

# Uluslararası HUKUK

Sekizinci Baskı  
Malcolm N. Shaw



Çeviri Editörü:  
İbrahim Kaya

Çevirenler:  
Yücel Acer  
İbrahim Kaya  
M. Turgut Demirtepe  
G. Engin Şimşek



TÜRKİYE BİLİMLER AKADEMİSİ

# ULUSLARARASI HUKUK

Sekizinci Baskı

**Malcolm N. Shaw**

**Çeviri Editörü**

İbrahim Kaya

**Çevirenler**

Yücel Acer

İbrahim Kaya

M. Turgut Demirtepe

G. Engin Şimşek

## ULUSLARARASI HUKUK

### Sekizinci Baskı

*Uluslararası Hukuk*, alanında kapsamlı ve otorite bir kitaptır. Kitap, Shaw'un eşsiz ifade berraklığı ile akademik titizliğini bir araya getirmekte, ilgi çekici ve yetkin bir üslupla hem anlama hem de eleştirel analiz imkanı sunmaktadır. Başlıca ilkeleri, uygulamaları ve davaları içeren ve ayrıntılı referanslarla okuyucuya ilave çalışma imkanı veren ve teşvik eden bu yeni baskı, anlaşılır ve merak uyandırıcı olmayı sürdürmesinin yanında, öğrencileri ve profesyonelleri motive de etmektedir.

Bu yeni baskı, son zamanlardaki davaları ve antlaşmalar alanındaki gelişmeleri dikkate alarak; uluslararası hukuk-iç hukuk ilişkisi, uluslararası insancıl hukuk prensipleri, uluslararası ceza hukuku ve uluslararası ekonomi hukuku konularını daha da kapsamlı ele almıştır.

**Malcolm N. Shaw**, QC (Queen's Counsel), Essex Court Chambers'de avukatlık yapmaktadır ve Cambridge Üniversitesi'ndeki Lauterpacht Uluslararası Hukuk Merkezi'nde kıdemli araştırmacıdır. Dünyanın önde gelen uluslararası hukukçularından biri olarak Uluslararası Hukuk Enstitüsü üyesi, Britanya Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü mütevelli üyesi ve Çin'de bulunan Xiamen Uluslararası Hukuk Akademisi yönetim kurulu üyesi olarak görev yapmaktadır. Kamerun Devleti tarafından "Officier de l'Ordre de la Valeur" nişanına layık görülmüştür.

### Altıncı Baskıdan

'Shaw'un Uluslararası Hukuk kitabı ders verirken öğrenciler için tercih ettiğim kitap olmuştur. Bugün de bu kitabın çok faydalı ve iyi düzenlenmiş olduğu kanaatindeyim. Yeni bölümlerin eklenmesi ve her şeyin güncellenmiş olmasıyla altıncı baskı baştan başa güncel olmaya devam etmektedir.'

Dame Rosalyn Higgins, Uluslararası Adalet Divanı Başkanı

'Malcolm Shaw'un Uluslararası Hukuk kitabı 1977 yılındaki ilk baskısından itibaren uluslararası hukuk öğrencileri için vazgeçilmez bir kaynak olmuştur. Kitap, uluslararası hukukun mevcut halini doğru ve dengeli bir biçimde sunmaktadır. Son gelişmeler ışığında uluslararası ceza hukukuna ve Uluslararası Adalet Divanı'na dair bölümlerin eklenmesi yerinde olmuştur. Lisans düzeyinde uluslararası hukuk öğrenen herkese Shaw'u candan tavsiye ederim.'

James Crawford, Lauterpacht Uluslararası Hukuk Merkezi, Cambridge Üniversitesi

'Uluslararası Adalet Divanı'ndaki çalışmam esnasında düzenli olarak kullandığım seçkin bir külliyat. Konuların seçiminde, kapsamlılıkta ve titizlikte mükemmel. Ülke konusu gibi birçok konuda hiçbir lisanda dengi yok.'

Bruno Simma, Hakim, Uluslararası Adalet Divanı

**Yedinci Baskıdan**

'İyi düzenlenmiş yapısı ve anlatım berraklığı ile Shaw'un Uluslararası Hukuk kitabı, çok önceden beri öğrenciler için uluslararası hukuka dair seçkin bir kitap olarak yer edinmiştir. Bununla birlikte, kitap bunun çok daha ötesine geçmektedir. Araştırmacılar ve avukatlar, kapsamlı ve uluslararası hukukun tüm alanlarını inceleyen bu güncel kitabı çok faydalı bulacaklardır.'

Sör Christopher Greenwood, Uluslararası Adalet Divanı Hakimi

'Şimdiye kadar birçok nesil uluslararası hukukçu, uluslararası hukuk bilgilerini bu kitaptan öğrenmiştir. Yıllar içinde Shaw, yeni Oppenheim olmuştur. Günümüzde Shaw'ın kitabı, uluslararası hukuk hakkında muhtemelen en iyi ders kitabıdır. Şüphesiz, bu konuda en kapsamlı ve en güncel kitaptır. Yazar, kaynakları ustaca incelemiştir. Shaw'un kitabında ele alınmamış hiçbir önemli devlet uygulaması, antlaşma, Güvenlik Konseyi kararı yada mahkeme içtihadı yoktur. Sadece bu sebepten dolayı bile bu kitap, her uluslararası hukuk öğrencisi, akademisyeni ve avukatı için vazgeçilmez başucu kitabıdır.'

Stefan Talmon, Bonn Üniversitesi

'Malcolm Shaw'un Uluslararası Hukuk kitabı öğrenciler için bu alandaki yerleşmiş bir öğrenim aracıdır. Avukatlar, hakimler ve hakemler için de çok faydalıdır. Kitap iyi anlaşılır, dengeli ve kapsamlı bir niteliğe sahiptir. Prof. Shaw'un kitabının yedinci baskısı bu külliyatın geçerliliğini devam ettirmektedir.'

Stephen M. Schwebel, Uluslararası Adalet Divanı Eski Başkanı

'Prof. Shaw'un şimdiden klasik olmuş ders kitabının son baskısı, ayrıntılı ve anlaşılabilir olma arasındaki zor dengeyi sağlamaya devam etmektedir. Kapsam bakımından son derece geniş olan ve hukukun gelişimini siyasi ve tarihi bağlamına yerleştiren bu kitap, uluslararası hukukun tüm öğrencileri için gerekli bir ders kitabıdır.'

Urfan Khaliq, Cardiff Üniversitesi

'Malcolm Shaw'un Uluslararası Hukuk kitabının yedinci baskısı, dünyada uluslararası hukuk kitapları arasındaki lider konumunu iyice pekiştirmiştir. Bu kitap uluslararası hukuk çalışan herkes için vazgeçilmez bir bilgi kaynağıdır.'

Malgosia Fitzmaurice, Londra Queen Mary Üniversitesi

'Shaw'un Uluslararası Hukuk kitabı lisans ve yüksek lisans düzeyinde uluslararası hukuk dersleri verirken 1990'lı yılların başlarından beri benim başucu kitabım olmuştur. Kitap sadece öğrencilere uluslararası hukukun birçok alanına ilişkin kavrayış sağlayan zengin bir kaynak olmakla kalmamakta, aynı zamanda onlara uluslararası toplumda ortaya çıkan gelişmelerle uluslararası hukukun teorik ve pratik açılardan nasıl sınındığına dair güncel tartışmalara katılma imkanı tanımaktadır. Ben, bu nitelikleri böyle üstün bir şekilde bir araya getiren başka bir ders kitabıyla henüz karşılaşmadım.'

Marcel Brus, Groningen Üniversitesi



# ULUSLARARASI HUKUK

**Sekizinci Baskı**

MALCOLM N. SHAW

Essex Court Chambers ve  
Lauterpacht Uluslararası Hukuk Merkezi, Cambridge Üniversitesi

*Çeviri Editörü*

PROF. DR. İBRAHİM KAYA  
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*Çevirenler*

PROF. DR. YÜCEL ACER  
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi

PROF. DR. İBRAHİM KAYA  
İstanbul Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi

DOÇ. DR. M. TURGUT DEMİRTEPE  
Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi  
B. İ. İ. B. F.

DOÇ. DR. G. ENGİN ŞİMŞEK  
İstanbul Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi



**Türkçe Baskısı:**



TÜRKİYE BİLİMLER AKADEMİSİ

Piyade Sokak, No: 27, 06690 Çankaya- ANKARA  
Tel: 0312 442 29 03  
Faks: 0312 442 72 36  
www.tuba.gov.tr

Bu kitabın Türkçe çevirisinin tüm hakları  
Cambridge University Press tarafından  
TÜBA'ya devredilmiştir.

Bu kitabın tüm yayın hakları saklıdır.  
Yayıncının izni olmadan çoğaltılamaz  
veya başka şekilde tekrar yayınlanamaz.  
TÜBA © 2018

ISBN 978-605-2249-21-5

1. Baskı

Dizgi: Fatih Akın ÖZDEMİR

Matbaa: Ses Reklam Paz. Tur. San. Tic. Ltd. Şti.

Tel: 0.312 215 62 00

Basıldığı Tarih: Aralık 2018

**İngilizce Baskısı:**

International Law  
Eight Edition

www.cambridge.org

DOI: 10.1017/9781316979815

Cambridge University Press,  
Cambridge Üniversitesi'nin bir parçasıdır.

Malcolm N Shaw © 2017

*Library of Congress Cataloging-in-Publication Data*

ISBN 978-1-107-18847-1 Hardback

ISBN 978-1-316-63853-8 Paperback



*Eşim Judith'e*

**BÖLÜM 1**

<b>ULUSLARARASI HUKUKUN DOĞASI VE GELİŞİMİ .....</b>	<b>1</b>
DÜNYA TOPLULUĞUNDA HUKUK VE POLİTİKA .....	2
GÜCÜN ROLÜ .....	3
ULUSLARARASI SİSTEM .....	4
POLİTİKANIN İŞLEVİ .....	8
TARİHİ GELİŞİM .....	9
◦ Erken Dönem Kökenleri .....	9
◦ Orta Çağ ve Rönesans .....	13
◦ Modern Uluslararası Hukukun Kurucuları .....	15
◦ Pozitivizm ve Naturalizm .....	17
◦ 19. Yüzyıl .....	18
◦ 20. Yüzyıl .....	20
◦ Uluslararası Hukuka Komünist Yaklaşımlar .....	21
◦ Üçüncü Dünya .....	26
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER .....	29

**BÖLÜM 2**

<b>GÜNÜMÜZDE ULUSLARARASI HUKUK .....</b>	<b>31</b>
ULUSLARARASI KONULARIN GENİŞLEYEN KAPSAMI .....	31
MODERN TEORİLER VE YORUMLAR .....	35
◦ Pozitif Hukuk ve Doğal Hukuk .....	35
◦ Yeni Yaklaşımlar .....	38
◦ Uluslararası Hukukun Parçalanması .....	46
◦ Sonuç .....	47
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER .....	47

**BÖLÜM 3**

<b>KAYNAKLAR .....</b>	<b>49</b>
TEAMÜL .....	51
◦ Giriş .....	51
◦ Maddi Gerçek .....	53
◦ Devlet Uygulaması Nedir? .....	57
◦ Opinio Juris (Psikolojik Öğe) .....	59
◦ Teamül Hukukunda İtiraz, Zimnen Kabul ve Değişiklik .....	63
◦ Bölgesel ve Yerel Teamül .....	65
ANTLAŞMALAR .....	66
HUKUKUN GENEL İLKELERİ .....	69
◦ Hakkaniyet ve Uluslararası Hukuk .....	75
YARGI KARARLARI .....	78
YAZARLAR .....	80
ULUSLARARASI HUKUKUN DİĞER OLASI KAYNAKLARI .....	81
◦ Uluslararası Hukuk Komisyonu .....	85
◦ Diğer Organlar .....	86
◦ Tek Taraflı İşlemler .....	86
KAYNAKLAR HİYERARŞİSİ VE BUYRUK KURAL (JUS COGENS) .....	87
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER .....	91

**BÖLÜM 4**

<b>ULUSLARARASI HUKUK VE ULUSAL HUKUK .....</b>	<b>93</b>
TEORİLER .....	94
◦ Uluslararası Hukukta Ulusal Hukuk Kurallarının Rolü .....	97
ULUSAL MAHKEMELER ÖNÜNDE ULUSLARARASI HUKUK .....	100
◦ Birleşik Krallık .....	101
◦ Uluslararası Teamül Hukuku .....	102
◦ Antlaşmalar .....	108

◦ Amerika Birleşik Devletleri.....	116
◦ Diğer Ülkeler.....	123
◦ (i) Diğer İngiliz Hukuku (Common Law) ve Bağlantılı Hukuk Sistemleri.....	123
◦ (ii) Kıta Avrupası Hukuku (Civil Law) Sistemleri .....	127
◦ (iii) Sonuç.....	131
DAVA EDİLEMEZLİK, DEVLET TASARRUFU VE İLGİLİ DOKTRİNLER .....	134
YÜRÜTME ORGANI BELGELERİ .....	147
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	149
<b>BÖLÜM 5</b>	
<b>ULUSLARARASI HUKUKUN ÖZNELERİ .....</b>	<b>151</b>
HUKUKİ KİŞİLİK – GİRİŞ .....	151
DEVLETLER.....	152
◦ Devletin Oluşumu .....	153
◦ Self-Determinasyon ve Devlet Olma Kriterleri .....	157
◦ Tanınma .....	159
◦ Devletin Son Bulması .....	159
◦ Devletlerin Temel Hakları .....	161
◦ Bağımsızlık.....	161
◦ Eşitlik .....	163
◦ Barış İçinde Bir Arada Yaşama .....	164
◦ Himaye ve Koruma Altındaki Devletler.....	165
◦ Federal Devletler .....	166
SUI GENERIS ÜLKESEL BİRİMLER .....	170
◦ Manda ve Vesayet Altındaki Ülkeler .....	170
◦ Almanya 1945.....	172
◦ Ortak Egemenlik (Condominium) .....	173
◦ Ülkelerin Uluslararası Yönetimi .....	174
◦ Tayvan.....	177
◦ “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti” (KKTC).....	178
◦ Sahra Arap Demokratik Cumhuriyeti.....	179
◦ Kosova .....	179
◦ Filistin.....	180
◦ Çeşitli Ayrılıkçı Hareketler .....	182
◦ Devlet Birlikleri .....	183
◦ Sonuç.....	186
ÖZEL ÖRNEKLER .....	186
◦ Malta Egemen Zümresi .....	186
◦ Papalık Makamı ve Vatikan Şehri .....	187
◦ İsyancılar ve Savaşanlar .....	188
◦ Ulusal Kurtuluş Hareketleri.....	188
◦ Uluslararası Kamu Şirketleri .....	189
◦ Ulusötesi Şirketler .....	190
BÜTÜN HALKLARIN SELF DETERMİNASYON HAKKI .....	191
◦ Hukuki Hakkın Tesisi.....	191
◦ Self Determinasyonun Tanımı.....	194
BİREYLER.....	196
ULUSLARARASI ÖRGÜTLER.....	197
HUKUKİ KİŞİLİĞİN ELDE EDİLMESİ, NİTELİĞİ VE .....	198
SONUÇLARI – BAZI DEĞERLENDİRMELER.....	198
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	201
<b>BÖLÜM 6</b>	
<b>İNSAN HAKLARININ ULUSLARARASI KORUNMASI.....</b>	<b>203</b>
İNSAN HAKLARININ NİTELİĞİ.....	203
ULUSLARARASI HUKUKTA İNSAN HAKLARINA İDEOLOJİK .....	204

YAKLAŞIMLAR.....	204
ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN GELİŞİMİ .....	206
BAZI TEMEL İLKELER .....	207
◦ Ulusal Yetki .....	207
◦ İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Kuralı .....	208
◦ Hakların Üstünlükleri .....	208
ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU VE İNSAN HAKLARI .....	209
BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SİSTEMİ – GENEL OLARAK .....	209
◦ Gruplar ve Bireylerin Kolektif Haklarının Korunması.....	213
AYRIMCILIK YASAĞI.....	213
BİR İNSAN HAKKI OLARAK SELF DETERMİNASYON İLKESİ.....	215
AZINLIKLARIN KORUNMASI .....	218
BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SİSTEMİ – UYGULAMA .....	223
◦ Siyasi Organlar .....	223
BM ORGANLARI TARAFINDAN KURULAN UZMAN KURULLARI .....	225
EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR ULUSLARARASI .....	225
SÖZLEŞMESİ .....	225
BELİRLİ ANTLAŞMALAR ÇERÇEVESİNDE KURULMUŞ UZMAN .....	227
KURULLARI .....	227
IRK AYRIMCILIĞININ ORTADAN KALDIRILMASI KOMİTESİ.....	227
İNSAN HAKLARI KOMİTESİ .....	229
KADINLARA KARŞI AYRIMCILIĞIN ORTADAN KALDIRILMASI .....	234
KOMİTESİ.....	234
İŞKENCEYE KARŞI KOMİTE .....	236
ÇOCUK HAKLARI KOMİTESİ.....	239
GÖÇMEN İŞÇİLERİN KORUNMASI KOMİTESİ.....	241
ENGELLİ BİREYLERİN HAKLARI KOMİTESİ .....	241
ZORLA KAYIP EDİLMELER KOMİTESİ .....	242
◦ Sonuçlar .....	242
İNSAN HAKLARININ BÖLGESEL DÜZEYDE KORUNMASI .....	244
AVRUPA .....	244
◦ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi .....	244
◦ Sözleşme Sistemi .....	248
◦ Avrupa Sosyal Şartı .....	255
◦ İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin .....	256
◦ Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi .....	256
◦ Avrupa Konseyi Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi .....	258
◦ Avrupa Birliği .....	260
◦ AGİT (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı).....	262
◦ BDT İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi .....	265
◦ Amerika Kıtası İnsan Hakları Sözleşmesi.....	265
İNSAN VE HALKLARIN HAKLARINA DAİR BANJUL ŞARTI.....	272
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	275

## BÖLÜM 7

### ULUSLARARASI HUKUKTA BİREYSEL

CEZAI SORUMLULUK.....	277
◦ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (YUCM) .....	281
◦ Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM).....	284
◦ Uluslararası Ceza Mahkemeleri için Mekanizma.....	286
◦ Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) .....	286
◦ Karma Mahkemeler ve Diğer Uluslararasılaştırılmış Ulusal Mahkemeler .....	293
◦ Sierra Leon Özel Mahkemesi .....	294
◦ Kamboçya Mahkemelerindeki Olağanüstü Daireler .....	296
◦ Kosova Regülasyon 64 Panelleri .....	297
◦ Ciddi Suçlara İlişkin Doğu Timor Özel Panelleri .....	298

## İÇİNDEKİLER

◦ <i>Bosna Savaş Suçları Dairesi</i> .....	299
◦ <i>Lübnan Özel Mahkemesi</i> .....	301
◦ <i>Irak Yüksek Mahkemesi</i> .....	302
◦ <i>Sırbistan Savaş Suçları Dairesi</i> .....	302
ULUSLARARASI SUÇLAR .....	303
◦ <i>Soykırım</i> .....	303
◦ <i>Savaş Suçları</i> .....	309
◦ <i>İnsanlığa Karşı Suçlar</i> .....	311
◦ <i>Saldırı</i> .....	313
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	314

## BÖLÜM 8

<b>TANIMA</b> .....	<b>315</b>
DEVLETLERİN TANINMASI .....	316
HÜKÜMETLERİN TANINMASI .....	322
DE FACTO VE DE JURE TANIMA .....	326
ERKEN TANIMA .....	327
ZİMNİ TANIMA .....	328
ŞARTLI TANIMA .....	330
TOPLU TANIMA.....	330
TANIMANIN GERİ ALINMASI .....	331
TANIMAMA .....	332
TANIMANIN HUKUKİ SONUÇLARI .....	334
◦ <i>Uluslararası Sonuçları</i> .....	334
◦ <i>Ülke İçindeki Sonuçları</i> .....	334
BİRLEŞİK KRALLIK .....	335
ABD .....	342
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	345

## BÖLÜM 9

<b>ÜLKE</b> .....	<b>347</b>
ULUSLARARASI HUKUKTA ÜLKE KAVRAMI.....	347
ÜLKESEL EGEMENLİK .....	349
YENİ DEVLETLER VE ÜLKE HAKKI .....	350
İLAVE ÜLKE KAZANMA .....	352
◦ <i>Sınır Anlaşmaları ve Sınır Kararları</i> .....	352
◦ <i>Arazi Oluşumu</i> .....	354
◦ <i>Devir</i> .....	355
◦ <i>Fetih ve Kuşvet Kullanma</i> .....	356
◦ <i>Etkin Kontrol Uygulama</i> .....	357
◦ <i>Dönemin Hukuku (Temporal law)</i> .....	361
◦ <i>Önemli Tarih</i> .....	362
◦ <i>Egemenlik Faaliyetleri</i> .....	363
◦ <i>Müteakip Uygulamanın Rolü: Tanıma, Muvafakat ve Dönememe (Estoppel)</i> .....	366
◦ <i>Sonuçlar</i> .....	370
ÜLKESEL BÜTÜNLÜK, SELF-DETERMİNASYON VE .....	371
MUHTELİF İDDİALAR.....	371
◦ <i>Uti Possidetis Doktrini</i> .....	375
◦ <i>Uti Possidetis Ötesi</i> .....	377
◦ <i>Uluslararası Sınır Nehirleri</i> .....	378
“İNSANLIĞIN ORTAK MİRASI” KAVRAMI .....	379
KUTUP BÖLGELERİ.....	380
KİRALAMA VE İRTİFAKLAR .....	383
DIŞ UZAY HUKUKU .....	386
◦ <i>Dış Uzayın Tanımlanması ve Sınırlarının Belirlenmesi</i> .....	387
◦ <i>Dış Uzay Rejimi</i> .....	387

İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	391
<b>BÖLÜM 10</b>	
<b>DENİZ HUKUKU .....</b>	<b>393</b>
KARASULARI .....	395
◦ İç Sular .....	395
◦ Esas Çizgiler.....	396
◦ Körfezler .....	399
◦ Adalar.....	401
◦ Takımda Devletleri .....	402
◦ Karasularının Genişliği .....	404
◦ Karasularının Hukuki Niteliği .....	404
◦ Zararsız Geçiş Hakkı.....	405
◦ Yabancı Gemiler Üzerindeki Yetki .....	407
ULUSLARARASI BOĞAZLAR .....	408
BİTİŞİK BÖLGE.....	410
MÜNHASİR EKONOMİK BÖLGE .....	412
KITA SAHANLIĞI .....	415
◦ Tanım .....	417
◦ Kıyı Devletinin Hakları ve Yükümlülükleri .....	418
DENİZ ALANLARININ SINIRLANDIRILMASI.....	420
◦ Sonuç.....	430
DENİZE KIYISI BULUNMAYAN DEVLETLER .....	431
AÇIK DENİZLER .....	433
◦ Açık Denizlerde Yetki.....	434
◦ Bayrak Devletinin Yetkisinin İstisnaları .....	436
◦ Ziyaret Hakkı .....	436
◦ Köle Ticareti .....	438
◦ İzinsiz Yayın .....	439
◦ Sıcak Takip .....	439
◦ Çatma .....	440
◦ Anlaşma Hakları ve Sözleşmeler.....	440
◦ Kirlilik.....	442
◦ Ayrık Stoklar.....	444
ULUSLARARASI DENİZ YATAĞI.....	447
◦ Giriş.....	447
◦ 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi (Kısım XI).....	448
◦ Devletlerarası Rejimler .....	449
◦ Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin Deniz Yatağı Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin 1994 Anlaşması .....	450
◦ Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi .....	451
UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ .....	452
◦ Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi .....	455
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	459
<b>BÖLÜM 11</b>	
<b>YETKİ .....</b>	<b>461</b>
İÇ YETKİ PRENSİBİ.....	462
YASAMA, YÜRÜTME VE YARGILAMA YETKİSİ .....	464
HUKUKİ YETKİ .....	465
CEZAİ YETKİ.....	466
◦ Ülkesellik Prensibi .....	466
◦ Vatandaşlık Prensibi .....	471
◦ Pasif Kişilik Prensibi .....	474
◦ Savaş Suçları, Barışa Karşı Suçlar ve İnsanlığa Karşı Suçlar.....	477
◦ Yetki Veren Antlaşmalar .....	481
◦ Şüphelilerin Hukuka Aykırı Yakalanması ve Yetki Kullanma.....	486

◦ ABD Yabancı Haksız Fiil Kanunu.....	487
◦ Suçluların İadesi .....	491
<b>BÖLÜM 12</b>	
<b>YETKİDEN MUAFİYET .....</b>	<b>499</b>
EGEMEN MUAFİYETİ.....	499
◦ Mutlak Muafiyet Yaklaşımı .....	502
◦ Sınırlayıcı Yaklaşım .....	504
◦ Devlet Muafiyeti ve İnsan Hakları İhlalleri .....	512
◦ Ticari Faaliyetler .....	516
◦ İş Akitleri.....	521
◦ Diğer Muafiyet Dışı Alanlar .....	523
◦ Kişilik Meselesi - Devletin Aygıtları ve Unsurları.....	524
◦ Kişilik Meselesi - Üst Düzey Devlet Görevlilerinin Muafiyeti .....	529
◦ Muafiyetten Feragat .....	533
◦ İhtiyati Tedbir .....	535
◦ Kararın İnfazından Muafiyet .....	536
◦ İspat Yükü Ve Standardı .....	539
DİPLOMASİ HUKUKU.....	540
◦ 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi .....	541
◦ Misyon Binalarının Dokunulmazlığı .....	543
◦ Diplomatik Çanta.....	546
◦ Diplomatik Muafiyetler - Mallar .....	548
◦ Diplomatik Muafiyetler - Kişiler.....	550
◦ Muafiyetin Kaldırılması.....	555
◦ 1969 Özel Misyonlara Dair Sözleşme .....	558
◦ 1975 Devletlerin Evrensel Nitelikteki Uluslararası Örgütler ile İlişkilerinde Temsiline Dair Viyana Sözleşmesi .....	560
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	560
<b>BÖLÜM 13</b>	
<b>DEVLETİN SORUMLULUĞU .....</b>	<b>561</b>
DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN MAHİYETİ .....	563
◦ Kusur Meselesi.....	564
◦ İsnat.....	566
◦ Ultra Vires Eylemler .....	568
◦ Devletin Kontrolü ve Sorumluluğu.....	569
◦ Gösterici Şiddeti, İsyançılar ve Savaşlar .....	570
DEVLET SORUMLULUĞUNUN İLERİ SÜRÜLMESİ .....	576
ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRI EYLEMLERİN SONUÇLARI.....	577
◦ Sona Erdirme .....	577
◦ Tazmin.....	578
BUYRUK KURALLARIN (JUS COGENS) CİDDİ İHLALLERİ .....	582
DİPLOMATİK HİMAYE VE VATANDAŞLIK BAĞI .....	583
İÇ HUKUK YOLLARININ TÜKETİLMESİ .....	590
YABANCILARA YAPILACAK MUAMELE .....	593
◦ İlgili Muamele Standardı.....	593
YABANCILARIN MAL VE YATIRIMLARININ KORUNMASI .....	597
◦ Söz Konusu Mal.....	598
◦ Kamulaştırmanın Niteliği.....	599
◦ Kamusal Amaçlar .....	600
◦ Ayrımcılık Yapmama .....	601
◦ Tazminat .....	602
◦ İkili Yatırım Antlaşmaları.....	604
◦ Toplu Ödeme Antlaşmaları.....	607
◦ Çoktaraflı Yatırım Garanti Ajansı .....	608

İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	609
--------------------------------	-----

**BÖLÜM 14**

<b>ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKU .....</b>	<b>611</b>
DEVLETİN SORUMLULUĞU VE ÇEVRE.....	615
◦ Devletlerin Temel Yükümlülüğü.....	615
◦ Uygun Standart.....	617
◦ Verilen Zarar.....	619
◦ Özel Kişiler Tarafından Verilen Zarardan Sorumluluk.....	620
◦ Tehlikeli Faaliyetlerden Doğan Sınırşan Zararın Önlenmesi.....	621
◦ Devletin Sorumluluğu Yaklaşımındaki Problemler.....	623
ULUSLARARASI İŞBİRLİĞİ – İLGİLİ PRENSİPLER .....	623
◦ Ülkenin Kullanımı.....	623
◦ Çevresel Etki Değerlendirmesi.....	626
◦ İhtiyatlılık İlkesi.....	627
◦ Sürdürülebilir Kalkınma.....	628
◦ Kirlenen Öder.....	629
ATMOSFERİN KİRLENMESİ.....	630
OZON TABAKASININ İNCELMESİ VE İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ.....	633
DIŞ UZAY .....	638
ULUSLARARASI SUYOLLARI.....	639
ÇOK TEHLİKELİ FAALİYETLER .....	642
◦ Nükleer Faaliyetler .....	643
BİLGİ VERME .....	644
YARDIM SAĞLAMA.....	645
NÜKLEER GÜVENLİK.....	646
HUKUKİ SORUMLULUK .....	646
◦ Tehlikeli Atıklar .....	647
DENİZ KİRLENMESİ .....	649
◦ Gemi Kaynaklı Kirlenme.....	650
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER .....	651

**BÖLÜM 15**

<b>ANTLAŞMALAR HUKUKU .....</b>	<b>653</b>
ANTLAŞMALARIN YAPILIŞI .....	657
◦ Formaliteler.....	657
◦ Rıza .....	658
◦ İmza ile Rıza.....	659
◦ Belgelerin Teatisi Yoluyla Rıza .....	659
◦ Onay Yoluyla Rıza.....	659
◦ Katılma Yoluyla Rıza.....	661
ANTLAŞMALARA ÇEKİNCE KONULMASI.....	661
ANTLAŞMALARIN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ.....	669
ANTLAŞMALARIN UYGULANMASI.....	669
◦ Üçüncü Devletler.....	671
ANTLAŞMALARIN TADİLİ VE DEĞİŞTİRİLMESİ.....	673
ANTLAŞMALARIN YORUMLANMASI .....	674
ANTLAŞMALARIN GEÇERSİZLİĞİ, SONA ERDİRİLMESİ VE .....	679
YÜRÜRLÜĞÜNÜN ASKIYA ALINMASI .....	679
◦ Genel Hükümler.....	679
◦ Antlaşmaların Geçersizliği.....	680
◦ İç Hukuk.....	680
◦ Hata.....	681
◦ Hile ve Ayartma .....	681
◦ Zorlama.....	681
◦ Jus Cogens.....	683



◦ Geçersizliğin Sonuçları.....	683
◦ Antlaşmaların Sona Erdirilmesi.....	683
◦ Antlaşma Hükümü veya Rıza ile Sona Erdirme.....	683
◦ Esaslı İhlal.....	685
◦ Sonraki İfa İmkansızlığı.....	687
◦ Şartlarda Esaslı Değişiklik.....	687
UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ.....	689
DEVLETLER VE ULUSLARARASI ÖRGÜTLER ARASINDAKİ.....	689
ANTLAŞMALAR.....	689
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	691
<b>BÖLÜM 16</b>	
<b>DEVLETİN HALEFİYETİ.....</b>	<b>693</b>
DEVAMLILIK VE HALEFİYET.....	695
ANTLAŞMALAR HALEFİYET.....	700
◦ Ülkesel, Siyasi ve Diğer Antlaşma Çeşitleri.....	700
◦ Genel Olarak Antlaşmalar HalefİYet.....	702
◦ İltihak ve Birleşme.....	703
◦ Ülkenin Bir Devletten Diğerine Devri.....	705
◦ Yeni Devlet veya Devletler Oluşturmak Üzere Mevcut Devletten Ayrılma.....	705
◦ “Yeni Bağımsız Devletler”.....	707
◦ Devletlerin Dağılması.....	709
◦ Uluslararası İnsan Hakları Antlaşmaları.....	710
ANTLAŞMALAR DIŞINDAKİ HUSUSLARA HALEFİYET.....	712
◦ Uluslararası Örgütlere Üyelik.....	712
◦ Varlıklar ve Borçlara HalefİYet.....	713
◦ Devlet Malları.....	714
◦ Devlet Arşivleri.....	718
◦ Kamu Borcu.....	720
◦ Özel Haklar.....	723
◦ Devletin HalefİYeti ve Vatandaşlık.....	725
◦ Devletin HalefİYeti ve Sorumluluk.....	728
HONG KONG.....	728
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	729
<b>BÖLÜM 17</b>	
<b>UYUŞMAZLIKLARIN BARIŞÇIL YOLLARLA ÇÖZÜMÜ.....</b>	<b>731</b>
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN DİPLOMATİK YÖNTEMLERİ.....	734
◦ Müzakere.....	734
◦ Dostane Girişim ve Arabuluculuk.....	736
◦ Soruşturma.....	738
◦ Uzlaştırma.....	739
ULUSLARARASI KURULUŞLAR VE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ.....	741
◦ Bölgesel Kuruluşlar.....	741
◦ Afrika Birliği (Eski Afrika Birliği Örgütü).....	742
◦ Amerika Kitası Devletleri Örgütü.....	745
◦ Arap Birliği.....	746
◦ Avrupa.....	746
◦ Uzmanlanmış Kurumlar.....	748
◦ Uluslararası Ekonomik Uyuşmazlıkların Çözümü.....	748
DEVLETLERARASI BAĞLAYICI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ USULLERİ.....	759
◦ Tahkim.....	760
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	767
<b>BÖLÜM 18</b>	
<b>ULUSLARARASI ADALET DİVANI.....</b>	<b>769</b>
DİVANIN YAPISI.....	770

DİVANIN YARGI YETKİSİ .....	774
◦ Genel Olarak .....	774
◦ Çekişmeli Yargılama .....	779
◦ 36 (1). Madde .....	783
◦ 36 (2). Madde .....	788
◦ Hukukun Kaynakları, Elverişlilik ve Hukuki Menfaat .....	792
◦ Geçici Tedbirler .....	797
◦ Davaların Birleştirilmesi .....	799
◦ Karşı İddialar .....	800
◦ Üçüncü Tarafların Müdahil Olması .....	801
◦ Kararın Uygulanması .....	806
◦ Yargı Kararının Yorumlanması Başvurusu .....	806
◦ Mahkemelerin Yaygınlaşması .....	813
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	814

**BÖLÜM 19****ULUSLARARASI HUKUK VE****DEVLETLERİN KUVVET KULLANMASI .....815**

“HAKLI SAVAŞ” TAN BİRLEŞMİŞ MİLLETLERE HUKUK VE KUVVET.....	815
BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ŞARTI .....	818
◦ “Kuvvet” .....	819
KUVVET ÇEŞİTLERİ .....	822
◦ Misilleme .....	822
◦ Zararla Karşılık .....	823
◦ Meşru Müdafaa Hakkı .....	824
◦ Yurtdışındaki Vatandaşların Korunması.....	833
◦ Sonuçlar .....	835
◦ Ortak Meşru Müdafaa .....	835
MÜDAHALE.....	837
◦ İç Savaşlar .....	838
◦ Bir Devletin Yetkili Mercilerine Yardım.....	839
◦ İnsani Müdahale .....	844
TERÖRİZM VE ULUSLARARASI HUKUK.....	847
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	852

**BÖLÜM 20****ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK.....853**

GELİŞİM.....	854
ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKTA KORUMANIN KAPSAMI.....	855
◦ Yaralı ve Hastalar.....	856
◦ Savaş Esirleri .....	857
◦ Sivillerin Korunması ve İşgal .....	859
ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK VE ULUSLARARASI .....	864
İNSAN HAKLARI HUKUKU .....	864
ÇATIŞMALARIN YÜRÜTÜLMESİ .....	866
ULUSLARARASI VE İÇ SİLAHLI ÇATIŞMALAR .....	872
ULUSLARARASI OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALAR .....	875
İNSANCIL HUKUKUN UYGULANMASI .....	879
SONUÇ.....	882
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER.....	883

**BÖLÜM 21****BİRLEŞMİŞ MİLLETLER.....885**

BM SİSTEMİ .....	885
◦ Güvenlik Konseyi .....	886
◦ Genel Kurul.....	889

◦ Diğer Ana Organlar .....	891
UYUŞMAZLIKLARIN BARIŞÇIL ÇÖZÜMÜ .....	893
◦ Milletler Cemiyeti .....	893
◦ Birleşmiş Milletler Sistemi .....	893
◦ Güvenlik Konseyi .....	894
◦ Genel Kurul .....	896
◦ Genel Sekreter .....	897
◦ Barışı Koruma ve Gözlem Misyonları .....	898
◦ Sonuç .....	904
KOLEKTİF GÜVENLİK SİSTEMİ .....	906
◦ Güvenlik Konseyi .....	906
◦ Durumun Tespiti .....	907
7. BÖLÜM TEDBİRLERİ .....	910
◦ Kuvvet Kullanımını İçermeyen Tedbirler .....	910
◦ Hedefli Yaptırımlar ve İnsan Hakları .....	916
◦ Kuvvet Kullanımını İçeren Tedbirler .....	917
◦ Zimni Yetkilendirme .....	919
◦ Koruma Sorumluluğu ve BM'nin İnsani Müdahalesi .....	921
◦ Zorlayamama Durumlarında Kuvvet Kullanımı .....	922
◦ Eski Yugoslavya .....	922
◦ Somali .....	924
◦ Ruanda .....	926
◦ Sierra Leone .....	926
◦ Demokratik Kongo Cumhuriyeti .....	927
◦ Sudan .....	928
◦ İnsani Yardımdan Zorlama Tedbirlerine Çeşitli BM Faaliyetleri - Sonuçlar .....	929
◦ Güvenlik Konseyi, Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Adalet Divanı .....	930
◦ Genel Kurul'un Rolü .....	932
◦ BM ve Bölgesel Anlaşmalar ile Kuruluşlar .....	934
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER .....	939
<b>BÖLÜM 22</b>	
<b>ULUSLARARASI ÖRGÜTLER .....</b>	<b>941</b>
◦ GİRİŞ .....	941
ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN BAZI HUKUKİ YÖNLERİ .....	948
◦ Kişilik .....	949
◦ Kurucu Belgeler .....	953
◦ Uluslararası Kuruluşların Yetkileri .....	955
◦ Uygulanacak Hukuk .....	958
◦ Uluslararası Kuruluşların Sorumluluğu .....	958
◦ Üye Devletlerin Yükümlülüğü .....	961
◦ Uluslararası Kuruluşların Hesap Verebilirliği .....	963
◦ Ayrıcalıklar ve Muafiyetler .....	964
◦ Fesih .....	972
◦ Halefiyet .....	973
İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER .....	974
İndeks .....	975
İndeks .....	976





## TAKDİM

TÜBA'nın önemli faaliyetlerinden biri de belirli bilim alanlarında Türk ve yabancı yazarlarca kaleme alınmış ders ve başvuru eserlerinin Türk bilim hayatına kazandırılmasıdır. Bu bağlamda, 2002 yılında "Yabancı Ders Kitaplarının Türkçe'ye Çevirisi Projesi" olarak başlatılan ve 2008'de "Üniversite Ders Kitapları Programı"na dönüştürülen proje ve program kapsamında, Türk ve yabancı bilim insanlarınca yazılmış bazı ders ve başvuru kitapları Türkçe olarak yayımlanmıştır. Temel bilimler alanında yazılmış bu eserlerden sonra ilk defa sosyal bilimler alanında bir kitabı, Malcolm N. Shaw'un "Uluslararası Hukuk" başlığıyla Türkçe'ye çevrilen eserini hukuk dünyasının istifadesine sunuyoruz.

"Küreselleşme"nin gündemde olduğu ve uluslararası ilişkilerin son derece yoğunluk ve önem kazandığı son yıllarda, ihlâl vaka ve iddiaları yanında uluslararası hukukun önemi de artmıştır. Bu süreçte, Türkiye'nin uluslararası rol ve ilişkilerinde de ciddi değişimler olmuştur. Türkiye'nin geleneksel ilişki ve ittifaklarında ciddi sıkıntılar yaşanırken, uluslararası alanda yeni ittifak arayışları ve ilişkileri de artmıştır. Bu durum, öteden beri Ülkemizde uluslararası hukukun ihmal edilmişliğini ve bu alana dair artan ihtiyaçlarımızı daha görünür hale getirmiştir.

Uluslararası hukuk alanındaki ihtiyaçlarımızın karşılanması bakımından, genç hukukçuların uluslararası hukuk alanında çalışmaya teşviki ve konuya dair yayınların sayı ve nitelik olarak geliştirilmesinin de önemli olduğu açıktır. Türkiye'nin millî bilimler akademisi olarak, sözü edilen ihtiyacın giderilmesine katkı sağlamak amacıyla, alanında uzman hukukçulardan da görüş alarak Prof. Shaw'un "Uluslararası Hukuk" adlı kitabını Türkçeye çevirtip yayımlamaya karar verdik. Bu kararımızda, eserin alanındaki en hacimli, ayrıntılı ve güncel kitap olması yanında dünyanın önde gelen üniversitelerinde okutulan ders kitapları arasından en önemlilerinden biri olması, belirleyici olmuştur. Elinizdeki bu kitap, telif ve yayın haklarının Akademi'mizce alınmasını takiben alanında yetkin bilim insanları tarafından Türkçe'ye çevrildi ve titiz bir editörlük süreci sonrasında yayımlandı. Kitabın çeviri editörlüğünü yapan Prof. Dr. İbrahim Kaya'nın şahsında eseri tercüme eden bilim insanlarına, kitabın yazarı ile Cambridge Yayınevi yöneticilerine, kitabın seçiminden baskısına kadarki süreçte emeği geçen herkese teşekkür ediyorum. Kitabın Türkiye'deki uluslararası hukuk alanındaki eğitim-öğretim, araştırma, yayın ve meslek faaliyetleri için faydalı olmasını diliyorum.

Prof. Dr. Ahmet Cevat ACAR  
TÜBA Başkanı

## SEKİZİNCİ BASKININ ÖNSÖZÜ

Bu kitaptaki bölümler, uluslararası hukuka ilişkin artan sayıdaki kaynağı incelemek ve onlarla başa çıkmak maksadıyla yeniden ele alınmış, güncellenmiş ve gerektiğinde yeniden yazılmıştır. İlaveten, hacim baskısını da dikkate alarak kitabın daha dengeli bir şekilde oluşturulması amacıyla insan haklarına ilişkin iki bölümün birleştirilmesine karar verilmiştir. Böylece, başka bazı bölümlerin genişletilmesi mümkün olmuştur.

Ben özellikle bu baskının gerçekleştirilmesindeki yardım ve teşviklerinden dolayı Cambridge University Press'den Marta Walkowiak, Caitlin Lisle, Caroline Mowatt ve Rosemary Crawley'e teşekkür ederim. Ayrıca dikkatli bir biçimde metnin editörlüğünü yapması dolayısıyla Heather Palomino'ya ve indeks ile tabloları hazırladığı için Michael Heary'e minnettarım. Bu baskının hazırlanması sırasında maalesef vefat eden uluslararası hukukun zirve isimlerinden Sör Elihu Lauterpacht'a (QC) daimi bir borcum var. Bu kitabın başlangıçtaki geliştirilmesinde onun teşviki ve yardımı vazgeçilmez olmuştur. Onun daimi ilgi ve arkadaşlığı derin bir biçimde her zaman takdir edilmiştir. Ben ayrıca dünyanın her yerindeki birçok meslektaşına da tavsiye ve desteklerinden dolayı müteşekkirim. Ancak nihai olarak kitabın tüm sorumluluğu bana ait bulunmaktadır.

Her zamankinden daha fazla olarak en derin şükranlarım eşim Judith'e, çocuklarım Talia, Ilan ve Daniella'ya ve torunlarım Mika, Eden and Zevi'yedir. Özellikle yaratıcı ve çok harika bir kapak resmi hazırlamış olmasından dolayı yine Ilan'a minnettarım.

Bu kitabın tarihi Ocak 2017'dir, ancak hazırlık aşamasında da bazı ilave kaynaklar ekleme imkanım olmuştur.

Malcolm N. Shaw QC  
Essex Court Chambers, Londra  
Bahar 2017

## ÇEVİRİ EDITÖRÜNÜN ÖNSÖZÜ

Bu kitap Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA) tarafından “Yabancı Ders Kitaplarının Türkçe’ye Çevirisi Projesi” adıyla, 2002 yılında başlatılan ve daha sonra “Üniversite Ders Kitapları Programı”na dönüştürülmüş bulunan program çerçevesinde Türkçe’ye çevrilmiş bulunmaktadır. Bu programın amacı yabancı ülkelerdeki saygın üniversitelerde kullanılan ders kitaplarının, yetkin uzmanlar tarafından Türkçe’ye çevrilmesi yoluyla özellikle eğitimin Türkçe olduğu üniversitelerdeki öğrencileri bu kitaplarla tanıştırmaktır. Ancak özellikle bu kitap bağlamında ifade etmek gerekir ki, Shaw’un Uluslararası Hukuk kitabı sadece her düzeydeki öğrenciler için değil, akademisyenler, dışişleri mensupları, hakimler, avukatlar ve kısaca uluslararası hukukla ilgilenen herkes için çok önemli bir başvuru eseridir.

TÜBA, ülkemizde öncelikle gelişmesine önem verilmesi gerekli bir alan olarak uluslararası hukuk dalında bu eseri kazandırmakla çok önemli bir görev ifa etmiş bulunmaktadır. Titiz bir süreç sonunda en faydalı, kapsamlı ve güncel olan kitabın çevrilmesine karar verilmiştir. Uzun ve meşakkatli bir çeviri ve editörlük sonunda elinizde bulunan bu kitap ortaya çıkmıştır. Çeviride yer alanlar yazarın orijinal ifadelerine saygı gösterme ile kitabın daha iyi anlaşılması amacı arasında hassas bir denge kurmaya özen göstermişlerdir. Özellikle yazara saygı kaygısı kimi zaman “çeviri kokan” cümlelere sebebiyet vermiş, ancak bunun anlaşılmayı engellememesine de çaba sarf edilmiştir. Kitabın yazarı *Common Law* geleneğine mensup bulunduğundan bazı kavramların Türkiye gibi Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde karşılıklarının bulunmaması ayrı bir sorun teşkil etmiştir. Buna rağmen çok gerekli olmadıkça kavramların parantez içinde İngilizceleri verilmemeye çalışılmıştır. Bazı kavramlar bakımından da Türkçe’de üzerinde uzlaşmış kullanımlar her zaman mevcut değildir. Latince önemli kavramlar ise aslına sadık kalınarak muhafaza edilmiştir. Bunların öğrenilmesinin ve kullanılmasının faydalı olduğu değerlendirilmektedir. Ayrıca davalarda da orijinal isimler kullanılmıştır.

Bu kitabın dört çevirmeni ve bir çeviri editörü bulunmaktadır. Bunlar dışında 10. Bölüm’e Dr. Çiğdem Pekar ciddi emek harcamış ve kitabın genel redaksiyonuna Dr. Sevda Keskin önemli katkı sağlamıştır. Kitapla ilgili olarak “kolektif sorumluluk” ilkesi geçerli olsa da sorumluluk sadece çevirenlere aittir.

Kitabın yayınlanabilmesi için izin veren ve destek olan Prof. Dr. Malcolm N. Shaw’a ve Cambridge University Press yetkililerine teşekkürü bir borç biliriz. Kitabı yayınlayan ve bu eseri Türk bilim camiasına sunan TÜBA ve onun Başkanı Prof. Dr. Ahmet Cevat Acar ile Başkan Yardımcısı Prof. Dr. Ahmet Nuri Yurdusev’i özellikle anmak isteriz. Onların teşvik ve desteği bu eserin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Ayrıca hukuki izinlerin alınmasından dizgisine kadar birçok alanda bu kitabın basılmasına katkı sağlayan tüm TÜBA personeline de teşekkür ederiz.

Okuyucuya yararlı olması dileğiyle.

Çevirenler Adına  
Çeviri Editörü  
İstanbul, 2018





**KISALTMALAR**

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ABÖ	Afrika Birliği Örgütü
ADÖ	Amerikan Devletleri Örgütü
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
AGİT	Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJIL	Amerikan Uluslararası Hukuk Dergisi
AT	Avrupa Toplulukları
BDT	Bağımsız Devletler Topluluğu
BM	Birleşmiş Milletler
Ç.N.	Çevirenin Notu
DUSPIL	ABD Uluslararası Hukuk Uygulaması Dergisi
ECOSOC	Ekonomik ve Sosyal Konsey
EJIL	Avrupa Uluslararası Hukuk Dergisi
ER	İngiltere Raporları
GDR	Alman Demokratik Cumhuriyeti
ICJ	Uluslararası Adalet Divanı
ICLQ	Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Üç Aylık Dergisi
ILM	Uluslararası Hukuki Kaynaklar
ILR	Uluslararası Hukuk Raporları
KKTC	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
LNTS	Milletler Cemiyeti Antlaşmalar Dizisi
NAFTA	Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması
NATO	Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü
RIAA	Birleşmiş Milletler Uluslararası Tahkim Kararları Raporları
RUCM	Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi
SSCB	Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
UAD	Uluslararası Adalet Divanı
UCM	Uluslararası Ceza Mahkemesi
UDAD	Uluslararası Daimi Adalet Divanı
UHK	Uluslararası Hukuk Komisyonu
UKHL	Birleşik Krallık Lordlar Kamarası
UKMIL	Birleşik Krallık Uluslararası Hukuk Belgeleri
UNTS	Birleşmiş Milletler Antlaşmalar Dizisi
US	ABD Raporları (Yüksek Mahkeme)
YUCM	Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi



## BÖLÜM 1

# ULUSLARARASI HUKUKUN DOĞASI VE GELİŞİMİ

Mağara döneminden bilgisayar çağına kadar insanlığın uzun yürüyüşünde, adil ve istikrarlı bir varoluş için düzenin gerekli, kaosu ise zararlı olduğuna dayanan hukuk düşüncesi daima merkezi bir rol oynamıştır. Büyük ya da küçük, güçlü ya da zayıf her toplum kendisi için gelişimini sürdürebileceği bir prensipler çerçevesi oluşturmuştur. Ne yapılabiliyor, ne yapılamayacağı, hangi fiillere izin veriliyor hangilerinin yasaklanacağı tümüyle o topluluğun bilinç dünyası içerisinde öznelendirilmiştir. İnsanoğlu hayvan avlamaktan, bağ-bahçe işlerine ya da para kazanmaya kadar birçok konuda ortak olarak belirlenmiş hedeflere ulaşabilmek için bir araya geldiğinden, öngörülemez sızramaları ve sınırları olan ilerleme olgusu da daima erkekler ve kadınların ortak amaçları gerçekleştirme için bir araya gelerek oluşturduğu topluma dayanır.

Hukuk, topluluk üyelerini kabul edilmiş değerlere ve standartlara bağlılık çerçevesinde bir araya getiren ve onları bağlayan bir unsurdur. Hukuk, hem bireylere sözleşmelerin kurulmasında olduğu gibi haklar ve vazifeler temelinde kendi hukuki ilişkilerini kurmaya imkan verme anlamında izin vericidir, hem de yasal düzenlemeleri ihlal edenleri cezalandırmada olduğu gibi zorlayıcıdır. Hukuk, davranışları düzenleyen ve toplumun sorunlarını ve ideallerini belli ölçüde yansıtan bir kurallar serisinden oluşur.

Uluslararası hukuk da bu özellikleri taşır, ancak önemli fark uluslararası hukukun temel süjeleri bireysel vatandaşlar değil, ulus-devletlerdir. Bir ülke içerisinde geçerli hukuk (ulusal hukuk) ile ülke dışında ve devletler, uluslararası organizasyonlar ve belli durumlarda da bireyler arasında işleyen hukuk arasında birçok karşılık vardır.

Uluslararası hukukun kendisi kanunlar ihtilafı (bazen tanımlandığı şekliyle uluslararası özel hukuk) ve uluslararası kamu hukuku (genellikle sadece uluslararası hukuk olarak tanımlanır) olarak ikiye ayrılır.<sup>1</sup> İlki, yerel bir hukuki sistem içerisinde yabancı unsurların davetsizce müdahil olduğu davalar ile ilgilenir ki, bu durumlarda yabancı hukukun uygulanması ya da yabancı mahkemelerin rolüne ilişkin sorunlar ortaya çıkmaktadır.<sup>2</sup> Örneğin, iki İngiliz Paris'te mal satmak için bir sözleşme yapsa, İngiliz mahkemesi bu sözleşmenin geçerliliğine ilişkin Fransız hukukuna başvurur. Buna karşılık, uluslararası kamu hukuku sadece bir hukuki düzenin tamamlayıcısı değildir, fakat tamamıyla ayrı bir sistemdir<sup>3</sup> ve elinizdeki kitapta incelenecek alan da budur.

Uluslararası kamu hukuku savaştan uydulara, ticaretten insan haklarına kadar devletler arası her tür ilişkiyi kapsar ve birçok uluslararası ve bölgesel kuruluşun faaliyetlerini düzenler. Uluslararası hukuk evrensel veya genel olabilir, ki bu durumda kayıt ve şarta bağlanmış kurallar bütün devletleri (ya da pratikte kuralın doğasına bağlı olan her devleti) bağlar, veya bölgesel olabilir, ki bu durumda coğrafi ya da ideolojik olarak birbirine yakın devletler yalnızca kendilerini bağlayan bazı özel kuralları kabul edebilirler (büyük ölçüde Latin Amerika'da gelişen diplomatik sığınma uygulamasında olduğu gibi).<sup>4</sup> Uluslararası hukuk kuralları uluslararası karşılıklı saygı ilkesi veya denizlerde yabancı savaş gemilerinin

<sup>1</sup> Bu terim ilk olarak J. Bentham tarafından kullanılmıştır. Bkz., *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1780.

<sup>2</sup> Örneğin, bkz., Cheshire, North ve Fawcett, *Private International Law* (ed. J. Fawcett ve J. M. Carruthers), 14. Baskı, Oxford, 2008.

<sup>3</sup> Bkz., the *Serbian Loans* davası, PCIJ, Series A, No. 14, ss. 41-2.

<sup>4</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., bu kitapta 2. Bölüm.

bayraklarının selamlanması gibi uygulamalardan (ki yasal olarak bağlayıcı olmayan sadece nezaket olarak gösterilen bir davranıştır) ayrı değerlendirilmelidir.<sup>5</sup> Benzeri şekilde, uluslararası hukuku uluslararası ahlak ile karıştırma hatasından da kaçınmak gerekir. İkisi bazı noktalarda örtüşebilirse de, uluslararası hukuk içeriği ve formu itibarıyla hukuki bir disiplin iken, uluslararası ahlak konsepti etiğin bir alt bölümüdür. Bununla birlikte bu durum uluslararası hukukun değerlerden bağımsız olduğu anlamına da gelmez.

Bu bölümde ve gelecek bölümde uluslararası hukuk sisteminin özellikleri ve uluslararası hukukun oynadığı rolün tam olarak anlaşılabilmesi için gerekli tarihi ve teorik arka plan incelenecektir.

## DÜNYA TOPLULUĞUNDA HUKUK VE POLİTİKA

Uluslararası hukukta ilk ortaya konulması gereken sorun onun hukuki niteliğine ilişkindir. Bir uluslararası anlaşmazlığın her bir tarafı kuşkusuz ki kendi eylemleri için hukuki meşruiyet iddiasında olacaktır, ancak uluslararası sistem içinde bu konuyu belirleyebilecek ve nihai karar verecek bağımsız bir kurum yoktur.

Uluslararası hukuk okumaya başlayan hemen hemen herkes halihazırda iç hukukun temel özellikleri konusunda bazı bilgiler öğrenmiş durumdadır. Bu temel bilgiler, kanun yapan ya da yasama faaliyetinde bulunan bir kurum, hukuki konulardaki anlaşmazlıkların çözümü noktasında yetkili mahkemeler hiyerarşisi ve bu kanunların icrasını sağlayan kabullenilmiş bir sistemin varlığı gibi konuları içerir. Yasama, yargı ve yürütme olmaksızın hukuki bir düzenden bahsedilemez gibi görünmektedir.<sup>6</sup> Ancak uluslararası hukuk bu modele uymaz. Uluslararası hukuk yasama organına sahip değildir. Bütün üye devletlerin delegelerinden oluşan bir Birleşmiş Milletler Genel Kurulu mevcuttur, ancak onun kararları, belli amaçlarla Birleşmiş Milletlerin bazı organlarına yönelik olanlar hariç, bağlayıcı değildir.<sup>7</sup> Mahkeme sistemi yoktur. Lahey'de Uluslararası Adalet Divanı bulunmaktadır, ancak bu mahkeme yalnız iki tarafın ittifak ettiği olaylarda karar verebilir<sup>8</sup> ve alınan kararlara uyulup uyulmadığını güvence altına alamaz. Bütün hepsinin ötesinde, yürütme organı ya da idari bir birim yoktur. Bir bakıma böyle bir role sahip olması amaçlanan Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi bazen beş daimi üyenin (ABD, SSCB – günümüzde Rusya Federasyonu, Çin, Fransa ve Birleşik Krallık) veto yetkisi ile etkili biçimde kısıtlanmaktadır.<sup>9</sup> Bu yüzden, eğer kuralları koyacak, ya da onları aydınlığa kavuşturacak veya onları ihlal edenleri cezalandıracak belli bir kurum yoksa, uluslararası hukuk olarak tanımlanan şey hukuk olarak nasıl kabul edilebilir sorusu önem kazanmaktadır.

Kuşkusuz ki, bu tür bir argümanın temelini uluslararası hukuk ile iç hukukun karşılaştırılmasına ve ulusal sistem ile uluslararası düzen arasında bir benzerlik bulunduğu varsayımına dayandığı fark edilecektir. Bu uluslararası hukukun doğasına ilişkin tüm tartışmaların merkezine oturmaktadır.

19. yüzyılın döneminde İngiliz filozof John Austin ceza ya da yaptırım uygulayabilen ve hüküm koyma yetkisine sahip bir egemen nosyonuna dayalı bir hukuk teorisi geliştirdi. Uluslararası hukuk bu tanımın içerisinde bir yere sahip olmadığı için 'pozitif ahlak'

<sup>5</sup> *North Sea Continental Shelf* davası, ICI Reports, 1969, s. 44; 41 ILR, s. 29. Ayrıca bkz. M. Akehurst, 'Custom as a Source of International Law', 47 BYIL, 1974-5, s. 1.

<sup>6</sup> Bkz., R. Dias, *Jurisprudence*, 5. Baskı, London, 1985, ve H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961.

<sup>7</sup> Bkz., Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 17 (1) maddesi . Ayrıca bkz., D. Johnson, 'The Effect of Resolutions of the General Assembly of the United Nations', 32 BYIL, 1955-6, s. 97 ve bu kitapta 21. Bölüm.

<sup>8</sup> Bkz., Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 36. maddesi ve bu kitapta 18. Bölüm.

<sup>9</sup> Örneğin, bkz., *The Charter of the United Nations* (ed. B. Simma ve diğerleri), 3. Baskı, Oxford, 2012, Bölüm 5, ve bu kitapta 22. Bölüm.

kategorisi içerisinde değerlendirildi.<sup>10</sup> Bu konsept, hukukun toplum içindeki gerçek rolünü aşırı derecede basitleştirdiği (ve hatta anlayamadığı) ve yaptırımını her kural ile ilişkilendirerek sistem içindeki rolünü abarttığı şeklinde eleştirildi.<sup>11</sup> Burada Austin'in teorisinin kapsamlı bir özetine girmeyeceğiz, ancak herhangi bir hukuki düzenin ayrılmaz bir unsuru olarak zorlama düşüncesi uluslararası hukuk bağlamında incelenmesi gerekli olan hayati bir kavramdır.

## GÜCÜN ROLÜ

Uluslararası hukukta yaptırımlara ilişkin ulusal hukukta olduğu gibi bir birleşmiş sistem bulunmamaktadır<sup>12</sup>, ancak güç kullanımının meşru ve yasal olarak görüldüğü durumlar vardır. Birleşmiş Milletler sistemi içinde barışa yönelik bir tehdit, barışın ihlali veya bir saldırı durumunda Güvenlik Konseyi tarafından yaptırımlar uygulanabilir.<sup>13</sup> Bu tür yaptırımlar örneğin 1966'da Rodezya'ya karşı olduğu gibi ekonomik nitelikli olabileceği gibi<sup>14</sup>, 1950'de Kore Savaşı'ndaki gibi askeri<sup>15</sup> ya da 1990'da Irak'a karşı uygulandığı gibi hem ekonomik hem de askeri nitelikli olabilir.<sup>16</sup>

Birleşmiş Milletler çerçevesinde zorlayıcı eylem nadirdir, çünkü bu tür bir karar Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesi arasında işbirliğini gerektirir ve böyle bir karar alınabilmesi için açıkçası büyük güçlerin bu tür bir kararı ya da eylemi kendi hayati çıkarlarına bir tehdit olarak görmemeleri gerekir.

Kore Savaşı'nda alınan karar bir istisnadır ve ortak eylem ancak SSCB'nin Güvenlik Konseyi'nde Milliyetçi Çin temsilcisinin varlığını protesto etmesi nedeniyle Konsey'den çekilmesi üzerine gerçekleşebilmiştir.<sup>17</sup>

Bu kurumsal yaptırımların dışında, kendi başına yapabilme (*self-help*) olarak bilinen şiddet eylemi gerçekleştirme haklarına da dikkat çekilmelidir.<sup>18</sup> Belli hakları savunmak için güce başvurmaya yönelik bu usul kan davasına dayalı ilkel hukuk sisteminin özelliğidir, fakat iç hukuk düzeninde bu tür uygulama ve yöntemler günümüzde münhasıran müesses otoritenin kontrolü altındadır. Devletler – eğer saldırının hedefi iseler - diğer devletlerin yasa dışı eylemlerine karşılık kendilerini korumak için güç kullanabilirler. Bu tür durumlarda devletler harekete geçip geçmeyeceklerine ve harekete geçmeye karar verirlerse bunun ölçüsünün ne olacağına kendileri karar verir. Uluslararası hukuk ilgili kuralları ortaya

<sup>10</sup> Bkz., J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (ed. H. L. A. Hart), London, 1954, ss. 134-42.

<sup>11</sup> Örneğin, bkz., Hart, *Concept of Law*, 10. Bölüm.

<sup>12</sup> Örneğin, bkz., W. M. Reisman, 'Sanctions and Enforcement', *The Future of the International Legal Order* (ed. C. Black ve R. A. Falk), New York, 1971, s. 273; J. Brierly, 'Sanctions', 17 *Transactions of the Grotius Society*, 1932, s. 68; Hart, *Concept of Law*, ss. 211-21; A. D'Amato, 'The Neo-Positivist Concept of International Law', 59 *AJIL*, 1965, s. 321; G. Fitzmaurica, 'The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement', 19 *MLR*, 1956, s. 1, ve *The Effectiveness of International Decisions* (ed. S. Schwebel), Leiden, 1971.

<sup>13</sup> Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 7. Bölüm. Bkz., bu kitapta 22. Bölüm.

<sup>14</sup> Güvenlik Konseyi Kararı 221 (1966). Ayrıca Güney Afrika'ya silah ambargosu uygulanmasına yönelik Güvenlik Konseyi Kararı 418 (1977) da bu çerçevede bir karardır.

<sup>15</sup> 25 Haziran, 27 Haziran ve 7 Temmuz 1950 tarihli Güvenlik Konseyi Kararları. Bkz., D. W. Bowett, *United Nations Forces*, London, 1964.

<sup>16</sup> 662 ve 678 sayılı (1990) Güvenlik Konseyi Kararları. Bkz., *The Kuwait Crisis: Basic Documents* (ed. E. Lauterpacht, C. Greenwood, M. Weller ve D. Bethlehem), Cambridge, 1991, ss. 88 ve 98. Ayrıca bkz., bu kitapta 21. Bölüm.

<sup>17</sup> Bkz., E. Luard, *A History of the United Nations*, Cilt 1, *The Years of Western Domination 1945-55*, London, 1982, ss. 229-74, ve bu kitapta 21. Bölüm.

<sup>18</sup> Bkz., D. W. Bowett, *Self-Defence in International Law*, Manchester, 1958, ve I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963.

koyuyor olmasına rağmen, iki tarafın da kabul edeceği bir Uluslararası Adalet Divanı incelemesinin olmadığı bir durumda, bu tür bir kararın yasallığı ya da yasadışılığına ilişkin karar verecek nihai üst bir merci yoktur.<sup>19</sup>

Sonuç olarak, teorilerinin temelini güç unsurunu koyan yazarlar yaptırımlar konusunda somut, tanımlanmış ve kapsayıcı bir çerçevesinin olmayışı nedeniyle uluslararası hukukun hukuki özünü açıklamakta birçok güçlüklerle karşılaşılırlar. Uluslararası hukuktaki yaptırımları devletlerin kendini savunma ve misilleme hakkı çerçevesinde değerlendirmek<sup>20</sup> sistem içinde yaptırımların rolünü yanlış anlamak olur, çünkü bu tür yaptırımlar sistemin kendisinin değil devletlerin tasarrufundadır. Ayrıca uluslararası hukukta güncel eğilimin güç kullanımını mümkün olduğunca sınırlandırmaya yönelik olduğu da unutulmayarak, uluslararası toplum tarafından güç daha çok kontrol edildikçe uluslararası hukuk daha az hukuk olmaktadır şeklinde saçma bir sonuca varılmamalıdır.

Uluslararası hukukun doğası, yaptırımlar temelini dayanan bir hukuk tanımına bakarak anlaşılacakları için, uluslararası hukuk düzeninin özelliği, devletlerin kendilerini uluslararası hukukun kurallarına itaate mecbur hissedip hissetmediği ve hissediyorsa bunun nedeninin ne olduğu sorusu temelinde incelenmelidir. Eğer ilk sorunun cevabı olumsuzsa, yani devletler kurallara uyma gereksinimi hissetmiyorlarsa, bu durumda bahsedilmeye değer herhangi bir uluslararası hukuk sistemi yok demektir.

## ULUSLARARASI SİSTEM<sup>21</sup>

Uluslararası sistem, temelde belli ortak prensipleri ve bir şeyleri yapma yöntemini kabul eden devletler arasındaki ilişkiler ağıdır ve kendine özgü bazı özellikler taşır.<sup>22</sup> En ilkel toplumlar hariç bütün sistemlerde hukuki yapı hiyerarşik ve otorite dikey iken, tümü egemenlik haklarına sahip, teorik olarak hukuki açıdan eşit ve üzerlerinde hiçbir otoriteyi tanımayan 190'ın üzerinde bağımsız devletten oluşan uluslararası sistem ise yatay niteliktedir.

Hukuk ulusal sistemlerde bireylerin üstündedir, ancak uluslararası hukuk yalnız devletler arasında mevcuttur. Bireyler sadece hukuka uyup uymama noktasında bir tercihe sahiptir, hukuk yapamazlar, hukuk ancak belli kurumlar tarafından yapılır. Uluslararası hukukta ise hukuku yapan ve ona itaat eden ya da etmeyen devletlerin kendileridir.<sup>23</sup> Bunun, kuşkusuz ki, hukukun kaynakları ve kabul edilmiş hukuk kurallarının uygulanmasındaki araçlar açısından derin yansımaları söz konusudur.

İleriki bölümlerde gösterileceği üzere, uluslararası hukuk, temel olarak, imzalayanları

<sup>19</sup> Bkz., bu kitapta 18. Bölüm. Ayrıca bkz., M. Barkin, *Law Without Sanctions*, New Haven, 1967.

<sup>20</sup> Örneğin, bkz., H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, London, 1946, s. 328.

<sup>21</sup> Bkz. L. Helkin, *How Nations Behave*, 2. Baskı, New York, 1979 ve Henkin, *International Law: Politics and Values*, Dordrecht, 1995; M. A. Kaplan ve N. Katzenbach, *The Political Foundations of International Law*, New York, 1961; C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, 1958; W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York, 1964; A. Sheikh, *International Law and National Behaviour*, New York, 1974; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991; T. M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, 1990; R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, E. Tourme-Jouannet, *What is a Fair Society? International Law Between Development and Recognition*, Oxford, 2013 ve *Oppenheim's International Law* (ed. R. Y. Jennings ve A. D. Watts), 9. Baskı, London, 1992, Cilt: 1, 1. Bölüm.

<sup>22</sup> "Uluslararası toplum" (International community) kavramı için bkz., G. Abi-Saab, 'Whither the International Community?', 9 EJIL, 1998, s. 248, B. Simma ve A. L. Paulus, "'The International Community': Facing the Challenge of Globalisation", 9 EJIL, 1998, s. 266 ve G. Gaja, 'The Protection of General Interests in the International Community', 364 HR, 2014, s. 13. Ayrıca bkz., P. Weil, 'Le Droit International en Quete de son Identite', 237 HR, 1992 V1, s. 25.

<sup>23</sup> Rosenne, bu nedenle, uluslararası hukuka iç hukukta olduğu gibi tabii olma hukuku yerine işbirliği hukuku olarak atıfta bulunur. *Practice and Methods of International Law*, Dordrecht, 1984, s. 2.

bağlayıcı kurallar koyan uluslararası antlaşmalar ve esasen uluslararası toplum tarafından uyulması zorunlu olarak görülen devlet uygulamaları olan teamül kurallarından oluşur.

Bununla birlikte, devletler anlaşmaları kendileri imzaladığı ve hukuki olarak zorunlu görülen ya da görülmeyen eylemlere kendileri karar verdikleri için, uluslararası hukukun, devletlerin istediklerini seçip istediklerini seçmeyebilecekleri kurallar serisinden oluşuyor gibi görüldüğü öne sürülebilir. Bu yaygın düşüncenin aksine devletler uluslararası hukuka uyar, ihlaller ise nispeten nadirdir. Ancak, ihlal durumları (silahlı saldırı ve ırkçı baskılar gibi) uluslararası kamuoyunda oldukça sık gündeme gelir; sistemi ve uluslararası barış ve adaletin temini ve korunmasını çok ciddi zedeler. Fakat tıpkı ulusal düzeydeki hukuk sistemlerinde görülen cinayet, hırsızlık ve tecavüz olaylarının sistemi yıkmaması gibi, uluslararası hukuk kurallarına yönelik saldırılar da sistemin geçerliliğini ve gerekliliğini ortadan kaldırmaz, yalnızca onun zayıflığına işaret eder. Bu yüzden ara sıra görülen ağır ihlallere rağmen uluslararası hukukun hükümlerinin büyük çoğunluğuna riayet edilir.<sup>24</sup>

Uluslararası yaşamın günlük rutin akışında antlaşmalar ve teamül kurallarının büyük çoğunluğuna uyulur. Ancak uluslararası ilişkilerin hızlı akışı içinde bir ölçüde düzenleyici çerçeve ya da oyunun oynanabileceği kurallar bütününe ihtiyaç hissedilir, ki uluslararası hukuk bu gereksinimi karşılar. Devletler bu gereksinimi, yaşanan gelişmelerin öngörülebilmesi ve istikrarın temin edilebilmesine olan ihtiyaç nedeniyle hissediler.

Ülkelerin bir anlaşmazlık ya da çatışma ile yüz yüze gelmesi durumunda uluslararası hukukun kurallarına başvurmak - bazı durumlarda birbirleriyle çatışan yorumlar olsa bile - son derece faydalıdır. Çünkü en azından ortak bir referans çerçevesi vardır ve devletler diğer devletlerin hangi görüşü ileri sürebileceğini bilebilecektir. Çatışmanın tarafları ortak bir dil konuşabilecektir ve iletişim açısından bu faktör, bu tür durumlarda yanlış anlamalar çok kolayca ortaya çıkabildiği ve bu durum da trajik sonuçlara yol açabildiği için, son derece hayatidir. Tarafların belli bir kuralın yorumlanmasına ilişkin anlaşmazlık yaşadıkları ve onun uygulanmasına dair farklı pozisyonlar benimsedikleri durumda, taraflar en azından aynı dalga boyundadırlar ve aynı üslup ve ifadeleri kullanarak iletişim sağlayabilirler. Bu bir şeydir ama her şey değildir; uluslararası hukukun muhtemelen verebileceğinden fazlasını ondan beklemek doğru değildir. Uluslararası hukuk her taraf açısından anlaşılabilir bir lügat sağlar ve prensiplerine dayanan bir çözüm imkanı sunar. Uluslararası hukukun ne kadar tehlikeli ve karmaşık olursa olsun her sorunu çözebileceği iddiası yanlış olur. Uluslararası hukuk bu aşamaya ulaşmamıştır, bu nedenle olumlu özelliklerine işaret ederken imkanları abartılmamalıdır. Uluslararası hukuk, bununla birlikte, görece münasip bir bağlamda devletlerin birlikte işlerini görmeleri için bir yöntem sağlar.

Ancak bir devleti belli bir politika izlerken uluslararası hukuku önemsemekten ne alıkoyabilir? Örneğin saldırganlığı yasaklayan bir hukuk kuralı, politik arzuların önüne geçebilir mi? Böyle bir eylemi önleyebilecek uluslararası polis gücü yoktur, fakat potansiyel bir saldırganın çekinmesini sağlayacak uluslararası hukukun özelliği ile yakından bağlantılı ve dikkate alınması gereken birçok mülâhaza söz konusudur.

İşleyen bir mütekabiliyet unsuru vardır ve bu çok güçlü bir silah olabilir. Devletler genellikle kendilerine kısa dönemli çıkar sağlayacak bir eyleme girişmezler, çünkü bu eylem karşılıklı toleransa dayalı sistemin dokusunu tahrip edebilir ki, bunun uzun dönemli olumsuz sonuçlar üretebilmesi çok muhtemeldir. Örneğin, devletler her yerde yabancı diplomatların dokunulmazlığını korur, aksi takdirde böyle davranılmaması yurtdışındaki kendi yetkililerini riske sokar.<sup>25</sup> Bu, devletlerin

<sup>24</sup> Bkz., H. Morgenthau, *Politics Among Nations*, 5. Baskı, New York, 1973, ss. 290-1; Henkin, *How Nations Behave*, ss. 46-9; J. Briery, *The Outlook for International Law*, Oxford, 1944, s. 5, ve P. Jessup, *A Modern Law of Nations*, New York, 1948, ss. 6-8.

<sup>25</sup> Bkz., *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, ICJ Reports, 1980, s. 3; 61 ILR, s. 502. Ayrıca bkz., the US Supreme Court Decision in *Boos v. Barry*, 99 L. Ed. 2d 333, 345-6 (1988); 121 ILR, s. 499.



makul hareket etmesine ve taleplerini frenlemesine bir sebep teşkil eder ve bu tür bir davranışın benzeri şekilde diğer devletleri de makul hareket etme ve böylece çatışmadan kaçınmaya sevk etmesi beklenilir. Çünkü kurallar, nihayetinde, kendi davranış biçimlerini değiştiren ve bir teamülün diğerinin yerine geçmesine yol açan devletler tarafından değiştirilebilir ya da karşılıklı anlaşma ile politik hayata dair belli mutlak referanslar muhafaza edilir. Ancak, bir devlet ihtimal dahilindeki bütün alternatifleri değerlendirdikten sonra kendi hayati çıkarlarını koruyabilmek için uluslararası hukuku ihlal etmekten başka çıkar yolu kalmadığını da düşünebilir. Beka kaygısının olduğu yerde uluslararası hukuk ikincil konuma düşebilir.

Diğer önemli bir faktör de belli durumlarda uluslararası hukuka uygun davranmaktan kaynaklanan avantajlar ya da 'ödüllendir'. Bu, dost ya da tarafsız devletlerin karşı taraf yerine çatışmanın taraflarından bir diğeri ile yan yana gelmesini, hatta aktif rol üstlenmesi teşvik edebilir. Birçok açıdan, bu tür davranış, destek elde etmek için kamuoyuna hitap etmektir ve bütün devletler bu taktiği uygular.

Bu tutum, birçok yönüyle hukukun esas alındığını gösteren saygın bir davranışı yansıtır. Sovyetler Birliği Birleşmiş Milletler'in barışı koruma operasyonlarına katkıda bulunma yükümlülüğü olmadığına dair sıklıkla hukuki argümanlara başvurmuştur<sup>26</sup>, ve Amerikalılar da Küba<sup>27</sup> ve Vietnam'daki<sup>28</sup> faaliyetlerini uluslararası hukuka referansla meşrulaştırmışlardır. Bazı durumlarda bu tutum işe yarayabilir ve arkasından ciddi destek getirebilir, fakat çoğu durumda sonuç vermeyecektir. Ancak, her halükarda, bütün devletlerin bu tutumu sürdürmesi yapıcı bir işaretir.

Bu bağlamda anılması gereken diğer bir unsur da, uluslararası ticaretin daimi olarak hukuki terimlerle ifade edilmesidir. Anlaşmazlıklar ve görüşler özellikle teamüle, uluslararası antlaşmalara ve hatta hukukçuların görüşlerine referansla hukuki çerçevede tanımlanmaktadır. İddialar ahlak ya da etiğe referansla değil, uluslararası hukukun kurallarına atıfla ortaya konulmaktadır.<sup>29</sup> Bu durum da uluslararası kurumlarda çalışanlara ek olarak yerel düzeyde devlet kurumlarında görev yapan, uluslararası hukuk nosyonuna sahip ve devletin rutin işleyişinin hukuki çerçevede yürümesini sağlayan bir resmi görevliler zümresinin doğmasına yol açmıştır. Birçok yazar bu resmi görevlilerin hukukun gerçek anlamda işlemedeki rolü ve hukuki süreç üzerindeki etkisini vurgulamıştır.<sup>30</sup>

Sonuç olarak, devletler uluslararası hukuka riayet eder ve genellikle onu ancak kendi çıkarlarına hayati düzeyde tehdit olarak gördükleri bir konuda ihlal ederler. Bu noktada, bu mecburiyet hissini temelini ne olduğuna dair bir soru öne çıkmaktadır.<sup>31</sup> Ticaret temelli bir felsefenin hakim olduğu 19. yüzyıl, iki (ya da çok) tarafın özgürce yaptıkları bir antlaşmanın hukuki temeli olarak sözleşmenin önemine vurgu yapılan bir dönem olmuştur ve bu durum uluslararası hukukta rıza teorisini doğurmuştur.<sup>32</sup> Devletler bağımsız ve özgür aktörlerdi ve nihayetinde ancak kendi rızaları ile sınırlandırılabilirlerdi. Değişik ulus devletler üzerinde teoride ve pratik olarak kural koyabilecek bir otorite yoktu. Bu yaklaşımın uç bir izahı kendi kendini sınırlandırma teorisidir. Bu görüşe göre, devletler uluslararası hukuk kurallarına ancak daha önceden yükümlülük altına girmeye rıza göstermişlerse uymakla mükellef olabilirlerdi.<sup>33</sup>

<sup>26</sup> Bkz., *Certain Expenses of the United Nations*, ICJ Reports, 1962, s. 151; 34 ILR, s. 281, ve R. Higgins, *United Nations Peace-Keeping; Documents and Commentary*, Oxford, 4 cilt, 1969-81.

<sup>27</sup> Örneğin, bkz., A. Chayes, *The Cuban Missile Crisis*, Oxford, 1974, ve Henkin, *How Nations Behave*, ss. 279-302.

<sup>28</sup> Örneğin, bkz., *The Vietnam War and International Law* (ed. R. A. Falk), Princeton, 4 cilt, 1968-76; J. N. Moore, *Law and the Indo-China War*, Charlottesville, 1972, ve Henkin, *How Nations Behave*, ss. 303-12.

<sup>29</sup> Bkz., Hart, *Concept of Law*, s. 223.

<sup>30</sup> Örneğin, bkz., M. S. McDougal, H. Lasswell ve W. M. Reisman, 'The World Constitutive Process of Authoritative Decision', *International Law Essays* (ed. M. S. McDougal ve W. M. Reisman), New York, 1981, s. 191.

<sup>31</sup> Örneğin, bkz., J. Briery, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, 1958.

<sup>32</sup> Bkz., W. Friedmann, *Legal Theory*, 5. Baskı, London, 1967, ss. 573-6. Ayrıca bkz., *Lotus davası*, PCIJ, Series A, No. 10, s. 18.

<sup>33</sup> Örneğin, bkz., G. Jellinek, *Allgemeine Rechtslehre*, Berlin, 1905.

Bununla birlikte, bu teori uluslararası hukukun niçin bağlayıcı olduğunun açıklanması, hatta uluslararası hukuk sisteminin izahı açısından tatmin edici olmaktan son derece uzaktır.<sup>34</sup> Bir örnek vermek gerekirse, İkinci Dünya Savaşı'nın sonundan günümüze kadar 100 civarında devlet ortaya çıkmıştır ve bu devletlerin hiçbirinin kurulmadan önce uluslararası hukukun tüm kurallarına uyacakları konusunda muvafakat verdikleri söylenemez. 'Bağımsızlığı kabul ederek' bu devletlerin bütün mevcut kurallara rıza gösterdikleri iddia edilebilirse de, bu görüşü esas almak rıza kavramını yalnızca hayal ürünü bir kurgu düzeyine taşımak olur.<sup>35</sup>

Bu teori ayrıca uluslararası hukuk sistemini yeterince izah edebilmekten de yoksundur, çünkü son yıllarda uluslararası kurumların devasa büyümesini ve bu büyüme sonucu ortaya çıkan yeni kurallar ve düzenlemeler bütününe göz önüne almaktan uzaktır.

Rızayı uluslararası hukukta yükümlülüğün temeli olarak kabul etmek<sup>36</sup>, rızanın geri çekilmesi durumunda ne olacağına ilişkin bir soruyu gündeme getirmektedir. Bir devletin bir kurala yönelik kabulünü geri çekmesi o kuralın ihtiyari olduğu ya da hukukiliğini kaybettiği anlamına gelmemektedir. Bu tür bir geri dönüş kararı vermesi ve bu doğrultuda hareket etmesi durumunda sadece o devleti uluslararası hukuk altındaki yükümlülüğünü ihlal etmiş konumuna sokar. Nitekim, bütün antlaşmalar hukukunun temelini oluşturan antlaşmaların bağlayıcı olduğu prensibinin (*pacta sunt servanda*) kendisi rızaya dayandırılmaz.<sup>37</sup>

Bu soruna güncel bir yaklaşım, görüş birliği (*consensus*) doktrindir.<sup>38</sup> Bu, uluslararası hukukta yeni normların oluşturulmasında çoğunluğun etkisini ve bu yeni kuralların diğer devletler tarafından kabulünü yansıtmaktadır. Bu durum ulus devlet üzerinde aşırı odaklanan yaklaşımdan, rıza ve yaptırım gibi kavramların ne olduğunu açıklamakta yetersiz kaldığı uluslararası işbirliğinin gelişen şekillerini dikkate alan yeni bir yaklaşıma doğru yaşanan değişimi göstermektedir.

Kuşkusuz ki uluslararası hukukta rızanın rolü görmezden gelinemez. Rıza kavramının sınırlarına işaret etmek, onun önemini ihmal etmek anlamına gelmez. Uluslararası hukukun büyük bir bölümü devletlerin spesifik normatif standartlar üzerindeki kabulünü açıktan deklare etmeleri - çoğunlukla da antlaşmalar yoluyla - sonucu gelişmiştir, ki bu küçümsenemez. Öte yandan, rızayı, yalnızca, kabul edilmiş spesifik kurallar açısından (kuşkusuz ki uluslararası hukukun tümü değildir) önemli olarak görmekle yetinmeyip, aynı zamanda genel olarak uluslararası sistemi oluşturan ve onu temellendiren tüm kurallar, davranış kalıpları ve yapılarla ilişkin devletlerin yaklaşımı ışığında da değerlendirmek gerekir.<sup>39</sup> Geniş anlamda, devletler uluslararası hukukun genel düzenini kabul eder ya da rıza gösterirler, ki gerçekte bu kabul ya da rıza olmaksızın böyle bir sistem çalışmaz. Bu yaklaşım görüş birliği ya da temel çerçeve olarak tanımlanabilir. Bu çerçeve içinde her bir devlet verdiği rıza ile uluslararası topluluğun parçası olarak kabule mazhar olur.

Devletler zaman zaman uluslararası hukukun bazı kurallarına itiraz edebilirler ve onları değiştirmeye çalışabilirler. Ancak bugüne kadar hiçbir devlet bir bütün olarak sisteme karşı çıkma arayışında olmamıştır. Kuşkusuz ki, her bir devlet uluslararası hukukun bazı kurallarının gelişimini söylem ve eylemleri ile etkilemeye çalışma hakkına sahiptir, fakat yeni teamül kurallarının oluşumu her bir devletin kendi açık rızasına bağlı değildir.

<sup>34</sup> Bkz., Hart, *Concept of Law*, ss. 219-20. Bkz., P. Weil, 'Towards Relative Normativity in International Law?', 77 AJIL, 1983, s. 413; e. g. R. A. Falk, 'To What Extent are International Law and International Lawyers Ideologically Neutral?' in *Change and Stability in International Law-Making* (ed. A. Cassese ve J. Weiler), 1989, s. 137, ve A. Pellet, 'The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making' 12 *Australian YIL*, 1992, s. 22.

<sup>35</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda.

<sup>36</sup> Örneğin, bkz., J. S. Watson, 'State Consent and the Sources of International Obligation', PASIL, 1992, s. 108.

<sup>37</sup> Bkz., bu kitapta 3. Bölüm.

<sup>38</sup> Örneğin, bkz., A. D'Amato, 'On Consensus', 8 *Canadian YIL*, 1970, s. 104. Ayrıca Deniz Hukuku Konulu 3. BM Konferansı'nda 'görüş birliği hakkında centilmenlik anlaşması' için bkz., L. Sohn, 'Voting Procedures in United Nations Conference for the Codification of International Law', 69 AJIL, 1975, s. 318, ve UN Doc. A/Conf.62/WP.2.

<sup>39</sup> Örneğin, bkz., J. Charney, 'Universal International Law', 87 AJIL, 1993, s. 529.

## POLİTİKANIN İŞLEVİ

Hukuk ve politika arasında asla tümüyle bir ayrımın olmayacağı açıktır. Hukuk teorisi ya da siyaset felsefesinde her ne görüş ifade edilirse edilsin, hukuk ve politika arasında birbirinden kopmaz bağlar olduğu kabul edilmek zorundadır.

Gelişmiş toplumlarda politikanın oluşturulması ile onun uygulanma yöntemi arasında ayrım yapılır. Birleşik Krallık'ta Parlamento yasa çıkarır, mahkemeler ise yargı işlevini yerine getirir. Benzeri bir ayrım ABD'de Kongre ile mahkemeler arasında söz konusudur. Böyle bir ayrımın amacı, kuşkusuz ki, devletin bir organının aşırı güç elde etmesini engellemektir. Bununla birlikte, kanunları yapan ve ilk aşamada hukuki sistemi oluşturan siyasi organdır. Yargı hiyerarşisi içinde bile hakimler hukuku yorumlamada esnekliğe sahiptir ve sonuçta bir dizi alternatif arasından karar verirler.<sup>40</sup> Ancak yine de bu durum abartılmamalıdır, çünkü siyasetin yargı süreci üzerindeki etkisini sınırlandıran ve azaltan bir dizi faktör vardır. Bunların arasında en önde geleni 'hukuk kültürü' (*law-habit*) olarak tanımlanan olgu ve geleneği önemseyen psikolojik unsurdur.<sup>41</sup> Böylece politik sistem tarafından desteklenen, hukuk kurumlarının bağımsızlığının kabul edildiği ve bu mercilerin verdiği kararların 'adil' ya da 'hukuki' olarak görüldüğü kendine mahsus bir hukuk atmosferi meydana gelir. Çoğu ülkelerde yargı sürecine müdahale temel prensiplere bir saldırı olarak görülür ve ciddi münakaşalara neden olur. Hukuk mesleği ile birlikte hukuk dilinin ve kabul edilmiş kuralların kullanımı, hukuk sistemini güçlendirir ve yasama-yürütme organları ile yargı organları arasındaki mesafeyi daha da pekiştirir.<sup>42</sup>

Bununla beraber, uluslararası hukuk sahnesine bakıldığında durumun değiştiği görülmektedir. Dünya düzeninin karar vermede etkili söz sahipleri son tahlilde devletlerdir ve her ne kadar uluslararası örgütler giderek büyüyor olsa bile onları önemsemeyerek kuralları koyan ve bu kuralları yorumlayıp uygulayan devletlerdir.

Devlet görevlileri ve uluslararası örgütlerdeki yetkililer arasında bir 'uluslararası hukuk kültürü' görülebilirse de bunu her daim öne çıkaracak bir yapı söz konusu değildir.

Politikanın uluslararası sistem ile bağlantısı ulusal hukuk sistemi içinde görülenden çok daha yakındır ve gücün rolü çok daha aşıkardır.<sup>43</sup> Dünya olaylarında hukuk ve politikanın karşılıklı etkileşimi çok daha karmaşıktır ve bu ilişkiyi koparabilmek oldukça güçtür. Bu durum bizi daha önce gündeme gelen devletlerin uluslararası hukuk kurallarına niçin uydukları sorusuna yeniden geri götürmektedir. Güç politikası, rekabet, çatışma ve hakimiyete vurgu yapar ve yaşam savaşı ve nüfuz mücadelesini esas olarak kabul eder.<sup>44</sup> Uluslararası hukuk ise çatışmaların çözümlenmesini ve uyumun teminini amaçlar. Uluslararası hukuk çatışan tarafların iddialarını yumuşatan ve farklı çıkarlar arasında dengeyi sağlamaya çalışan bir çeşit amortisör olarak işlev görebilecek bir çerçeve oluşturmaya teşebbüs eder. Ek olarak, devletlerin nasıl davranması gerektiğini beyan eden bir dizi prensip ortaya koyar. Tıpkı herhangi bir yerel topluluğun prensiplere ve gerçekleştirmeyi amaçladığı ideallere sahip olması gibi (ki onların çok azına ulaşılabilirse bile), uluslararası topluluk da temel değerlerini aklından çıkarmamak zorundadır.

<sup>40</sup> Örneğin, bkz., R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, 1977.

<sup>41</sup> Örneğin, bkz., K. Llewellyn, *The Common Law Tradition*, Boston, 1960; ve D. Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, 4. Baskı, London, 1979.

<sup>42</sup> Bkz., P. Stein ve J. Shand, *Legal Values in Western Society*, Edinburgh, 1974.

<sup>43</sup> Bkz., Henkin, *How Nations Behave*, ve Schachter, *International Law*, ss. 5-9.

<sup>44</sup> Bkz., G. Schwarzenberger, *Power Politics*, 3rd edn, London, 1964; G. Schwarzenberger, *International Law*, 3. Baskı, London, 1957, Cilt: I, ve Morgenthau, *Politics Among Nations*.

Ancak, bu temel değerler resmi düzeyde hukuki süreçten uzak tutulur. Uluslararası Adalet Divanı'nın *South-West Africa* davasında belirttiği gibi<sup>45</sup>, 'bir hukuk mahkemesi ahlaki prensipleri ancak hukuki çerçevede yeterli bir referansa sahipse dikkate alabilir. Söylenildiği gibi hukuk sosyal bir ihtiyacı karşılamak için vardır; fakat tam da bu nedenle hukuk bu amacı ancak kendi disiplininin sınırları içinde gerçekleştirebilir. Aksi takdirde verilen hizmet hukuk hizmeti olmaz.'<sup>46</sup>

Uluslararası hukuk yapısı ve içeriği itibariyle kendi iç zayıflığı nedeniyle çatışma ve cepheleşme durumlarında bu tür sorunların giderilmesine yönelik acil çözümlerin bir kaynağı olamaz. Bu gerçeği görmemek hakikatle yüz yüze gelindiğinde iflas etmeye mahkum bir ütopye yaklaşımına yol açar.<sup>47</sup> Diğer yandan kaba kuvvet saplantısına dayanan sinik bir tutum da aynı şekilde doğru değildir. Uluslararası hukukun gücü ve zayıflığını gören ve neyin başarılabileceğini neyin başarılamayacağına işaret eden orta yol, en çok ümit vadeden yaklaşımdır. İnsanoğlu yalnızca yaşadığı ülke içerisinde değil, aynı zamanda yaşadığı uluslararası sistem içerisinde de düzen, refah ve adalet arar.

## TARİHİ GELİŞİM<sup>48</sup>

Uluslararası hukukun (ya da milletler hukukunun) temelleri günümüzde kabul edildiği üzere köklü bir şekilde Batı kültürü ve politik organizasyonlarının gelişiminde yatmaktadır. Avrupa'da egemenlik ve bağımsız ulus devlet nosyonunun gelişimi, devletler arası ilişkilerin ortak olarak kabul edilmiş davranış standartları ile uyum içinde yürütülmesini temin edecek bir yöntemin belirlenmesini mecbur kılmış ve uluslararası hukuk bu boşluğu doldurmuştur. Fakat milletler hukuku Rönesans Avrupa'sının entelektüel derinlik kazanmasıyla kök salmış ve gelişmiş olsa da, bu özel melez oluşumun tohumlarını çok daha geçmişte aramak gerekir.

### Erken Dönem Kökenleri

Modern uluslararası sistemin kökleri yaklaşık 400 yıl öncesine kadar geri götürülebilirse de uluslararası hukukun temel kavramları binlerce yıl öncesinin politik ilişkilerinde fark edilebilir.<sup>49</sup> Örneğin, M.Ö. 2100 civarında tarihçiler tarafından Mezopotamya olarak bilinen

<sup>45</sup> ICJ Reports, 1966, s. 6 ve s. 34.

<sup>46</sup> Öte yandan Higgins böyle bir yaklaşımın 'hukuk disiplininin sınırı'nın ne olduğuna ilişkin bir soruya muhtaç olduğunu öne sürerek eleştirmektedir. Bkz., *Problems*, s. 5.

<sup>47</sup> Kuşkusuz ki bu noktada uluslararası hukuk altında bir yükümlülüğün varlığı ile bu yükümlülüğün icrası sorunu arasında önemli bir ayrım olduğu not edilmelidir. Bu vazifenin icrasına ilişkin sorunlar onun hukuki geçerliliğini etkileyemez. Örneğin, bkz., Hakim Weeramantry'nin Aynı Görüşü, 13 Eylül 1993 tarihli Emir, *Bochnia* davası, ICJ Reports, 1993, ss. 325, 374; 95 ILR, ss. 43, 92.

<sup>48</sup> Özellikle bkz., A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, gözden geçirilmiş baskı, New York, 1954; *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* (ed. A. Orford ve F. Hoffmann), Oxford, 2016, Kısım I; *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), Amsterdam, 1984, Cilt: 7, ss. 127-273; J. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, 10 Cilt, 1968-79, ve M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, 2001. Ayrıca bkz., *Oxford Handbook of the History of International Law* (ed. B. Fassbender, A. Peters, S. Peter ve D. Hogger), Oxford, 2012; *Research Handbook on the Theory and History of International Law* (ed. A. Orakhelashvili), London, 2011; S. Neff, *Justice Among Nations: A History of International Law*, Harvard, 2014; E. Jouannet, *The Liberal-Welfarist Law of Nations: A History of International Law*, Cambridge, 2012; W. Grewe, *The Epochs of International Law* (çeviri ve güncelleme M. Byers), New York, 2000; A. Cassese, *International Law in a Divided World*, Oxford, 1986, ve Cassese, *International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2005, 2. Bölüm; H. Thierry, 'L'Evolution du Droit International', 222 HR, 1990 III, s. 9; P. Guggenheim, 'Contribution à l'Histoire des Sources du Droit des Gens', 94 HR, 1958 II, s. 5; D. Gaurier, *Histoire du Droit International Public*, Rennes, 2005; D. Korff, 'Introduction à l'Histoire de Droit International Public', 1 HR, 1923 I, s. 1; P. Le Fur, 'Le Développement Historique de Droit International', 41 HR, 1932 III, s. 501; O. Yasuaki, 'When Was the Law of International Society Born? An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilisational Perspective', 2 *Journal of the History of International Law*, 2000, s. 1, ve A. Kemmerer, 'The Turning Aside: On International Law and its History', *Progress in International Organisation* (ed. R. A. Miller ve R. Bratspies), Leiden, 2008, s. 71. Genel bibliyografi için bkz., P. Macalister-Smith ve J. Schwietzke, 'Literature and Documentary Sources relating to the History of International Law', 1 *Journal of the History of International Law*, 1999, s. 136.

<sup>49</sup> Bkz., D. J. Bederman, *International Law in Antiquity*, Cambridge, 2001.

bölgede bulunan şehir devletleri Lagaş ve Umma yöneticileri arasında bir resmi sözleşme imzalanmıştır. İki devlet arasında bir sınırın tayinini esas alan bu anlaşma bir kaya bloğun üzerine kaydedilmiş ve iki tarafça buna saygı gösterileceğine söz verilmiştir.<sup>50</sup> Bu tarihten sonra en önemli ve bağlayıcı uluslararası antlaşma yaklaşık 1000 yıl sonra Mısır Kralı 2. Ramses ile Hitit Kralı arasında ebedi barış ve kardeşliğin tesisi için imzalanmıştır.<sup>51</sup> Bu anlaşmada imzalanan diğer maddeler, Kadeş'te (Şam'ın Kuzeyi) tarafların birbirlerinin toprak bütünlüğüne saygı göstermesi, saldırı durumunun sona ermesi ve savunma amaçlı bir ittifak kurulmasıdır.

O tarihten sonra Orta Doğu'daki rakip güçler arasında genellikle bir tarafın diğer tarafa boyun eğdiğini somutlaştırmayı ya da aşırı güçlü bir imparatorluğun etkisini sınırlandırmak için bir politik ittifak oluşturmayı amaçlayan birçok antlaşma yapılmıştır.<sup>52</sup>

Bu bağlamda, eski İsrail'in rolü de kaydedilmelidir. Savaşa ilişkin kuralları da içeren bir evrensel etik duruş kuşaktan kuşağa diğer halklara ve dinlere geçti. Ahlak üzerine kurulu adil bir hukuk sistemi ve adalet talebi daha sonraki kuşakların düşüncesi ve eylemlerine derinden nüfuz etti.<sup>53</sup> Örneğin İşaya Peygamber düşmanla yapılırsa bile yeminli anlaşmalara uyulmak zorunda olduğunu beyan etti.<sup>54</sup> Güç değil barış ve sosyal adalet insanın varoluşunda temeldir.

Uzun süre ihmal edildikten sonra Hz. İsa'nın doğumundan önceki dönemde Uzak Doğu'da, Hindistan<sup>55</sup> ve Çin<sup>56</sup> uygarlıklarında gelişen kültürler ve standartlar hakkında günümüzde artık ciddi bir ilgi söz konusudur. Hindu kurallarının birçoğu ahlak ve cömertliğin önemine vurgu yapıyordu. Çin İmparatorluğu'nda bir bütünü oluşturan parçalar arasında uyumlu ilişkilerin nasıl tesis edileceği hususunda birçok düşünce geliştirildi. Şiddetin kontrolüne ve masum sivillere nasıl

<sup>50</sup> Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 1-2. Ayrıca en az 4500 yıllık bir uygarlığın başkenti olan Ebla şehrinde Ebla ile Abarsal şehirleri arasında yapılmış politik bir anlaşmanın kopyasının bulunduğu da kaydedilmelidir. Bkz., *Times Higher Education Supplement*, 19 Mayıs 1995, s. 20. Ayrıca bkz., R. Cohen, *On Diplomacy in the Ancient Near East: The Amarna Letters*, Discussion Paper of the Centre for the Study of Diplomacy, University of Leicester, 1995; O. Butkevych, 'History of Ancient International Law: Challenges and Prospects', 5 *Journal of the History of International Law*, 2003, s. 189; A. Altman, 'Tracing the Earliest Recorded Concepts of International Law. The Early Dynastic Period in Southern Mesopotamia', 6 *Journal of the History of International Law*, 2004, s. 153, ve 'Tracing the Earliest Recorded Concepts of International Law. (2) The Old Akkadian and Ur III Periods in Mesopotamia', 7 *Journal of the History of International Law*, 2005, s. 115.

<sup>51</sup> Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 1-2.

<sup>52</sup> Preiser, M.Ö. 17. ve 15. yüzyıllar arasındaki dönemin (değişik zamanlarda) beş bağımsız devleti içeren bir tür rekabetçi devlet sistemine şahit olduğunu belirtmektedir. Bernhardt, *Encyclopedia*, Cilt: 7, ss. 133-4.

<sup>53</sup> Bkz., P. Weil, 'Le Judaisme et le D'evloppement du Droit International', 151 HR, 1976, s. 253, S. Rosenne, 'The Influence of Judaism on International Law', *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1958, s. 119 ve C. Leben, 'Hebrew Sources in the Doctrine of the Law of Nature and Nations in Early Modern Europe', 27 EJIL, 2016, s. 79.

<sup>54</sup> Bkz., Nussbaum, *Law of Nations*, s. 3.

<sup>55</sup> A.g.e. Ayrıca bkz., C. H. Alexandrowicz, *An Introduction to the History of the Law of Nations in the East Indies*, Leiden, 1967, ve Alexandrowicz, 'The Afro-Asian World and the Law of Nations (Historical Aspects)', 123 HR, 1967, s. 117; L. Chatterjee, *International Law and Inter-State Relations in Ancient India*, 1958; Nagendra Singh, 'The Distinguishing Characteristics of the Concept of the Law of Nations as it Developed in Ancient India', *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (ed. A. Bos ve I. Brownlie), Oxford, 1987, s. 91; R. P. Anand, *International Law and the Developing Countries*, The Hague, 1987; *International Law and Practice in Ancient India* (ed. H. S. Bhatia), New Delhi, 1977; Nagendra Singh, *India and International Law*, New Delhi, 1969, ve P. Bandyopadhyay, *International Law and Custom in Ancient India*, New Delhi, 1982.

<sup>56</sup> Nussbaum, *Law of Nations*, s. 4; Liu Tchoan Pas, *Le Droit des Gens et de la Chine Antique*, Paris, 2 cilt, 1926; P. Gong, *The Standard of 'Civilisation' in International Society*, 1984, ss. 130-63; Japonya'ya ilişkin ss. 164-200; Siam'a ilişkin ss. 201-37; I. C. Y. Hsu, *China's Entrance into the Family of Nations*, Harvard, 1960; K. Iriye, 'The Principles of International Law in the Light of Confucian Doctrine', 120 HR, 1967, s. 1, ve Wang Tiewa, 'International Law in China', 221 HR, 1990 II, s. 195. Ayrıca bkz., C. F. Amerasinghe, 'South Asian Antecedents of International Law', *International Law: Theory and Practice* (ed. K. Wellens), The Hague, 1998, s. 3, ve E. Y.-J. Lee, 'Early Development of Modern International Law in East Asia - With Special Reference to China, Japan and Korea', 4 *Journal of the History of International Law*, 2002, s. 42.

davranılacağına dair düzenlemeler yapıldı ve yönetici sınıfların eğitiminde etik değerlerin önemi telkin edildi. Çin hakimiyeti dönemlerinde bölgesel nitelikli vergiye tabii devletler sistemi (Çin'in düşüş gösterdiği dönemlerde belli ölçüde zayıflasa da) yüzyıllar boyunca devam etti.

Bununla birlikte, eski uygarlıkların hakim yaklaşımı coğrafi ve kültürel olarak sınırlanmıştır. Tanımlanmış bir çerçeve içinde bir arada yaşayan devletlerin oluşturduğu uluslararası topluluk kavramı yoktu. 'Uluslararası hukuk' alanı son derece sınırlıydı; bu bağlamda işaret edilebilecek tek nokta, anlaşmaların kutsallığı gibi belli bazı prensiplerin varlığıydı, ki bu prensipler günümüze kadar toplumda önemli bir unsur olarak süregelmiştir. Fakat evrensel bir topluluk nosyonu ve dünya düzeni ideali söz konusu değildi.

M.Ö. 6. yüzyıldan sonra birkaç yüzyıl devam edecek olan klasik Yunan dönemi Avrupa düşüncesi üzerinde büyük bir etkiye sahip oldu. Onun akla ilişkin eleştirel ve rasyonel tutumu, insan ve doğayı sürekli sorgulayan ve analiz eden yaklaşımı ve münazara ve tartışma aşkı, Helenistik kültürü tümüyle benimseyen Roma İmparatorluğu tarafından Avrupa ve Akdeniz dünyasına yayıldı ve Rönesans ile Batı bilincine nüfuz etti. Ancak Yunan farkındalığı, birbirleriyle rekabet halinde olan kendi şehir devletleri ve kolonileri ile sınırlıydı. Farklı olanlar barbarlar olarak görülüyor ve topluluk olarak anılmaya değer bulunmuyordu.

Uluslararası hukuk alanında Eski Yunan'ın değeri kısmen insanlığa miras bıraktığı felsefi, bilimsel ve politik analizlerinde, kısmen de Helenistik dünya içinde gelişen karşılıklı ilişkilerin büyüleyici mirasında yatmaktadır.<sup>57</sup> Şehir devletleri arasında birçok antlaşma yapıldı. Her birinin toprağında diğer devletlerin vatandaşlarına birçok hak tanıdı ve diplomatik elçilerin dokunulmazlığı ve korunmasına ilişkin kurallar uygulandı. Savaşın ilan edilmesinden önce belli bazı uygulamaların gerçekleştirilmesi zorunluymuş ve savaş korkusu, örneğin, dokunulmazlığa ilişkin dini kuralların uygulanması ile bir ölçüde gideriliyordu. Ancak Eski Yunan düşüncesinde, Yahudi ve Hindu düşüncesi temelli olarak ortaya çıkanlara benzer nitelikte bütüncül bir ahlaki yaklaşım gelişmedi. Akdeniz'in her yanında eski Yunan kolonilerinin artışına ve yükselişine rağmen eski Yunan düşüncesinde bir dünya topluluğu anlayışı söz konusu değildi. Bu konseptin gelişimi için Roma İmparatorluğu'nun ehil yöneticilerine kadar beklemek gerekecekti.<sup>58</sup>

Romalıların hukuka ve kurumlara derin bir saygısı vardı.<sup>59</sup> Hukuk, imparatorluklarını ayakta tutuyordu ve imparatorluğun en ücre köşelerine kadar tüm sakinlerinin referans kaynağını oluşturuyordu. Erken dönem Roma hukuku (*jus civile*) yalnızca Roma vatandaşlarına uygulanıyordu. Bu hukuk şekilci ve sertti ve girift ilişkilere sahip olmayan küçük bir topluluğun ihtiyacını karşılar nitelikteydi. Gelişen ve sınırları büyüyen bir topluluk için yeterli bir hukuki arka plan sağlayabilmekten tamamıyla uzaktı. Bu ihtiyaç *jus gentium* (milletler hukuku)'un ortaya çıkışı ve alanının genişlemesi ile karşılandı. Bu hukuk hem yabancılar ile vatandaşlar arasında hem de yabancıların kendi aralarındaki ilişkileri yönetmek için basitleştirilmiş kurallar ortaya koyuyordu. Bu özel sistemin gelişimi ile vazifesi imparatorluk içinde başta bürokratik ve ticari konular olmak üzere tüm hukuki ilişkileri denetlemek olan ve *Praetor Peregrinus* olarak bilinen resmi görevli ihdas edildi.

*Jus gentium*'un ilerici kuralları giderek daha dar nitelikli *jus civile*'nin etki alanını daraltarak zamanla geçersiz kıldı. Sonuçta *jus gentium* Roma İmparatorluğu'nun ortak hukuku oldu ve evrensel uygulama alanı buldu. Roma'yı Yunan deneyiminden derinden farklılaştıran bu

<sup>57</sup> Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 5–9, ve A. Lanni, 'The Laws of War in Ancient Greece', *Harvard Law School Public Law Research Paper No. 07–24*, 2007. Ayrıca bkz., G. T'en'ekid'es, 'Droit International et Communaut'es F'ed'e-rales dans la Gr'ee des Cit'es', 90 HR, 1956, s. 469; S. L. Ager, *Interstate Arbitrations in the Greek World, 337–90 BC*, Berkeley, 1996, ve Bernhardt, *Encyclopedia*, Cilt: 7, ss. 154–6.

<sup>58</sup> Bernhardt, *Encyclopedia*, Cilt: 7, ss. 136–9, ve Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 10–16.

<sup>59</sup> Örneğin, bkz., A. Jolowicz, *Historical Introduction to Roman Law*, 3. Baskı, London, 1972. Ayrıca bkz., A. Watson, *International Law in Archaic Rome*, Baltimore, 1993 ve *The Roman Foundations of the Law of Nations: Alberico Gentili and the Justice of Empire* (ed. B. Kingsbury ve B. Straumann), Oxford, 2010 ve R. Lesaffer, 'Roman Law and the Intellectual History of International Law' *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Bölüm 2.

faktördü. Ancak kuşkusuz hala diğer milletlerin eşitlik temelinde kabulü söz konusu değildi ve bu nedenle *jus gentium* Roma İmparatorluğu'nun 'milli hukuku' olarak kaldı.

Romalılar tarafından benimsenen en etkili Yunan konseptlerinden biri Doğal Hukuk düşüncesi idi.<sup>60</sup> Bu teori M.Ö. 3. yüzyıldaki Stoacı filozoflar tarafından geliştirilmişti ve evrensel nitelikli kuralların varlığına vurgu yapıyordu. 'Doğanın hukuku'nun idealleri ve hükümleri insan aklına dayandığı için bu kurallar rasyonel ve mantıklı idi ve bu nedenle bu kurallar herhangi bir millet ya da grup ile sınırlanamazdı ve dünya çapında geçerli olmak durumundaydı. Bu evrensellik unsuru uluslararası hukukun modern doktrinlerinin temelidir ve insanın mantıklı çıkarım gücünün Stoacılar tarafından hukuku 'keşfin' yüksek zirvesine yükseltilmesi Batının rasyonel felsefelerine işaret etmektedir. Hukuk teorisinde temel bir konsept olmanın yanı sıra, Doğal Hukuk uluslararası hukukun anlaşılmasında hayati öneme sahiptir ve insan hakları konusundaki çağdaş yaklaşımın da öncüsüdür.

Bazı Romalı filozoflar Doğal Hukuk konusundaki bu Yunan düşüncelerini sıklıkla kendi hukuk teorilerine kattılar. Örneğin, bütün medeni milletlerin ortak olarak benimsediği rasyonel prensipleri saygın bir konuma yerleştirdiği düşünülen *jus gentium*'un meşrulaştırılmasında doğal hukuk düşüncelerine başvurdular.

Bununla birlikte, doğanın hukuku *jus gentium*'un üstünde bir konumda görüldü. Bu, iki düşünce arasındaki ilişki konusunda ciddi karışıklığa yol açtı ve farklı Romalı hukukçular bu düşünceler ve onların unsurlarına ilişkin değişik değerlendirmelerde bulundular. Öte yandan bu bağlamda kaydedilmesi gereken önemli faktörler, hukukun evrenselliği teorisi ve hukuk kurallarının, en azından teorik açıdan, aşkın bir güce değil, fakat akla atıfla temellendirilmesini gerektiğini öngören hukukun rasyonel kökleri konusundaki teoriydi.

Roma Hukuku'nun klasik kuralları Bizanslı filozoflar tarafından M.S. 534'de bir hukuk materyalleri derlemesi olan *Corpus Juris Civilis*'de bir araya getirildi.<sup>61</sup> Böyle bir derleme, Roma İmparatorluğu'nun çökmesini müteakip ortaya çıkan erken dönem Orta Çağ'ın karanlık atmosferinin giderek dağılmaya başladığı bir zamanda paha biçilemez nitelikte olacaktır. Derleme, gelişmiş kanunlar bütünüydü ve kullanıma hazır halde uyanmakta olan Avrupa'ya transfer edilmeyi bekliyordu.

Tarihin bu aşamasında İslam'ın yükselişine de atıfta bulunmak gerekir.<sup>62</sup> İslam'ın uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuka yaklaşımı Müslüman olan ve Müslüman olmayan ülkeler ayırımına dayanıyordu. Savaş konusunda insani kurallar benimsendi ve 'kitap ehline' (Yahudi ve Hristiyanlar) – Müslümanlara göre ikincil konumda görülse de - inançsızlardan daha iyi yaklaşıldı. Fetihler dönemi bitip güç konsolide edildikten sonra Müslüman olmayan devletlerle ilişkilere dair kurallar da ortaya konulmaya başlandı. Uluslararası antlaşmaları belirleyen kurallar verilen söze saygı konseptine dayanıyordu ve diplomatlara ilişkin hukuki kurallar da konukseverlik ve emniyet (*aman*) nosyonu üzerine kuruluydu.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Örneğin, bkz., Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, ss. 79–169.

<sup>61</sup> Bizans'a ilişkin bkz., M. De Taube, 'L'Apport de Byzance au D'veloppement du Droit International Occidental', 67 HR, 1939, s. 233, ve S. Verosta, 'International Law in Europe and Western Asia between 100–650 AD', 113 HR, 1964, s. 489.

<sup>62</sup> Örneğin, bkz., M. Al Ghunaimi, *The Muslim Conception of International Law and the Western Approach*, The Hague, 1968; A. Draz, 'Le Droit International Public et l'İslam', 5 *Revue Egyptienne de Droit International*, s. 17; C. Stumpf, 'Christian and Islamic Traditions of Public International Law', 7 *Journal of the History of International Law*, 2005, s. 69; H. Khadduri, 'Islam and the Modern Law of Nations', 50 AJIL, 1956, s. 358, ve Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, 2. Baskı, Baltimore, 1962, ve S. Mahmassani, 'The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine', 117 HR, 1966, s. 205. Ayrıca bkz., 'L'Asile et les Refugies dans la Tradition Musulmane', Report of the Sixty-Ninth Conference, International Law Association, London, 2000, s. 305, ve Y. Ben Achour Yadh, 'La Civilisation Islamique et le Droit International', RGDIP, 2006, s. 19.

<sup>63</sup> Bkz., Bernhardt, *Encyclopedia*, Cilt: 7, ss. 141–2, ve Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 51–4.

### Orta Çağ ve Rönesans

Orta Çağ organize bir kurum olarak Kilise'nin otoritesi ve onun hakimiyetindeki güç yapısı ile karakterize edilebilir.<sup>64</sup> Avrupa'nın tümünün tek bir dini vardı ve kabilesel ya da bölgesel bağlılıklar göz önüne alınmaksızın kilise hukuku tümüne uygulanıyordu. Orta Çağ'ın çoğu döneminde dini otoriteler ile Kutsal Roma İmparatorluğu yöneticileri arasında mücadeleler yaşandı. Bu çatışmalar, sonunda Papalık lehine çözümlendi, fakat sekülerizme karşı bu zaferin nispi olarak kısa süreli olduğu zamanla ortaya çıktı. Politik ve bölgesel rekabetin olduğu bir dönemde din ve Roma İmparatorluğu'ndan gelen ortak miras kuvvetli bir şekilde birleştirici unsurlardı. Ancak genel kabul görmüş bir uluslararası hukuk sistemi ortaya çıkmadan önce sosyal değişiklikler zorunluydular.

Kutsal Roma İmparatorluğu'nun otoritesi ve kilise hukukunun uluslar üstü karakteri bu dönem boyunca özel öneme sahipti.<sup>65</sup> Bununla birlikte ticaret hukuku ve deniz ticaret hukuku hızla gelişti. İngiliz Hukuku içinde yabancı tüccarlara yönelik kuralları da içeren Ticaret Hukuku (*Law Merchant*) gelişti ve bu hukuk istisnasız herkese uygulanan evrensel nitelikli bir hukuk olarak ilan edildi.<sup>66</sup>

Avrupa'nın her yerinde, tüccarlar arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkları çözmek için ticaret mahkemeleri kuruldu. İngiltere'de olduğu gibi bir Ticaret Hukuku'nun (*Law Merchant*) Kıta Avrupası'nda oluştuğunu söyleyebilmek mümkün değilse de, ortak düzenlemeler ve uygulamaların Avrupa ticari hayatına damgasını vurmaya başladığı ve embriyonik düzeyde bir uluslararası ticaret hukukunun oluştuğu görüldü.<sup>67</sup>

Benzeri şekilde, deniz ticaret hukuku teamülleri Kıta Avrupası'nın her yerinde kabul edilmeye başlandı. Bir Bizans dönemi ürünü olan Rodos Deniz Hukuku'na dayanan kuralların çoğu 12. yüzyılda *Rolls of Oleron*'da ve diğer denizcilik kitaplarında adeta kutsal bir mertebeye erişti ve denizler konusunda yaygın olarak uygulanan bir dizi kural Atlantik ve Akdeniz sahillerinin deniz güçleri için bağlayıcı hale dönüştü.<sup>68</sup>

Henüz bu aşamada yalnızca milli hukuk sistemlerinin bir parçası olsa da, bu tür ticaret ve deniz ticaret hukuku kuralları uluslararası ilişkiler temelinde geliştiği ve uluslararası durumları kapsayan kurallara olan ihtiyacı yansıttığı için uluslararası hukukun habercisi konumundaydı.

Orta Çağ'ın erken dönemlerinde ortaya çıkan bu kurallar uluslararası hukukun tohumlarını attı. Ancak bu tohumların yeşermesi, öncelikle, Rönesans olarak bilinen entelektüel patlama sonucu Avrupa düşüncesinin gelişimini beklemek durumundaydı.

Bu düşünceler manzumesi Avrupa toplumunun yüzünü değiştirdi ve modern dönemdeki bilimsel, insani ve bireyci düşüncenin önünü açtı.<sup>69</sup> Türk ordularının 1453'te İstanbul'u fethi sonrası İstanbul merkezli Bizans İmparatorluğu'nun çöküşü, birçok Yunan bilim adamının İtalya'ya sığınmasına ve Batı Avrupa'nın kültürel yaşamını canlandırmasına yol açtı. 15. yüzyılda matbaanın icadı bilginin yayılmasını sağlayacak araçları sundu. Ekonomik büyümenin peşinden feodalizmin çözülüşü ve tüccar sınıfının yükselişi yeni gelişmekte olan araştırmacı ve sorgulayıcı tutumun arka planını oluşturdu.

<sup>64</sup> Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 17–23, ve Bernhardt, *Encyclopedia*, Cilt: 7, ss. 143–9.

<sup>65</sup> Anlaşmaların bağlayıcılığı ve savaşa ilişkin kurallar üzerinde Kilise'nin etkisi özellikle kaydedilmelidir. Bkz., Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 17–18, ve Bernhardt *Encyclopedia*, Cilt: 7, ss. 146–7. Ayrıca bkz., M. Keen, *The Laws of War in the Late Middle Ages*, London, 1965.

<sup>66</sup> Bkz., G. Holdsworth, *A History of English Law*, London, 1924, Cilt: 5, ss. 60–3.

<sup>67</sup> *Ibid.*, ss. 63–129.

<sup>68</sup> Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 29–31. Bu bağlamda 14. yüzyıl ortalarında Barselona'da derlenen *Consolato del Mare*'nin ve *Maritime Code of Wisby* (1407)'un etkisi de kaydedilmelidir.

<sup>69</sup> Örneğin, bkz., Friedmann, *Changing Structure*, ss. 114–16.



Avrupa'nın gelişen özgüveni kendini denizaşırı coğrafyalarda zenginlik ve lüks arayışı olarak ortaya çıkardı. 15. yüzyılın sonuna doğru Araplar İberya yarımadasından çıkarıldı ve Amerika kıtalarına ulaşıldı.

Özellikle İngiltere, Fransa ve İspanya'da ulus devletlerin yükselişi hem doktrinde hem de gerçekte ülkesel olarak konsolide olmuş bağımsız birimlerin ortaya çıkma süreci ile özdeşleşti. Bu, egemen birimler arası yüksek düzeyde etkileşime ve bunun sonucu olarak da bu tür ilişkileri her tarafın ittifak edebileceği bir çerçevede düzenleme ihtiyacına yol açtı. Makyavelli'nin *Prens*'inde (1513) gösterdiği gibi politik güç ve hakimiyet arayışı daha aşikar oldu ve çok daha fazla önem kazandı.

İtalya'nın şehir devletleri hakimiyet için mücadele ediyordu ve Papalık da seküler bir güce dönüştü. Bu ihtiraslı mücadelelerden modern uluslararası yaşamın birçok unsuru ortaya çıktı: diplomasi, devlet adamlığı, güç dengesi teorisi ve devletlerden oluşan bir topluluk düşüncesi.<sup>70</sup>

Bunun gibi nosyonlar hemen fark edilebilir ve politik hakimiyet için değişik manevralar yapılırken bu nosyonlar öne çıkar. İttifaklar, ihanetler, devlet kurumlarının manipülasyonları ve güç arayışı bizim için bilinmeyen olgular değildir. Toplumumuzun köklerini biliriz.

Uluslararası hukuk olarak anlaşılan olgunun başlangıcı birbirinden ayrı, egemen devletlerden oluşan bir uluslararası topluluk konseptinin ortaya çıkışı ve evrimi ile gerçekleşti. Rönesans, bağımsız ve eleştirel düşünce ve yaşama dair hümanist seküler bir yaklaşımın yanında gelecek için politik bir çerçeve gibi unsurları da miras bıraktı. Ancak, daha sonraki süreçte uluslararası hukukun yükselişi için hayati değerde önemli olan, bu sonuncu unsurdu. Reform hareketleri ve onu izleyen din savaşları da bu gerekliliğin altını çizdi. Birçok açıdan bu savaşlar din temelinde kurulu kıta sisteminin düşüşüne ve devletlerin egemenliğine dayanan bir kıta sisteminin doğuşuna işaret ediyordu.

Din savaşının tarafı olan bu devletler yeni bir insan ve devlet ilişkileri tasavvurunun zorunluluğunu derinden hissettiler. Bu arayış Kilise'nin düşüşü ve 'özgür düşünce' olarak tanımlanabilecek olgunun yükselişi ile hızlandı. Uluslararası hukuk teorisi tabii olarak politik hayatın yeniden öne çıkması ile derinden bağlantılıydı ve Yunan-Roma düşüncesinin yeniden keşfinden muazzam ölçüde etkilenmişti. Rönesans Helenik çalışmaların yeniden doğuşunu kamçılardı ve özellikle de Doğal Hukuk düşünceleri popüler oldu.

Böylece uluslararası ilişkileri destekleyen ayrı bir değerler sistemi oluşmuş ve milletler hukuku evrensel doğa hukukunun bir parçası olarak ortaya çıkmıştır.

Modern devletin yükselişi ve uluslararası ilişkilerin özgürleşmesi ile egemenlik doktrini ortaya çıktı. İlk olarak 1576'da Jean Bodin'in *Six Livres de la R'épublique*'sında sistematik olarak analiz edilen bu konsept, modern devlet içinde otoritenin yapısının incelenmesi bağlamında ortaya konulmuştu. Çalışmasını mutlak prensiplere ilişkin bir teorik tartışma yerine Avrupa politikasına dair algısı üzerine oturtan Bodin, devlet içerisinde kanunları yapan egemen bir güce olan ihtiyacı vurguladı. Böyle bir egemen güç kendi koyduğu kanunlarla sınırlandırılmamalı, yalnızca Tanrı'nın ve doğanın kanunlarına bağlı olmalıydı.<sup>71</sup>

Üst yasa yapıcı olarak bir egemen düşüncesi, devleti diğer devletler ile ilişkilerinde üst otorite olarak konumlandıran prensibin ortaya çıktığı bir zaman diliminde gelişti. Devlet

---

<sup>70</sup> Örneğin, bkz., G. Mattingley, *Renaissance Diplomacy*, London, 1955.

<sup>71</sup> Bkz., A. Gardot, 'Jean Bodin – Sa Place Parmi les Fondateurs du Droit International', 50 HR, 1934, s. 549. Ayrıca, geç Orta Çağ'da anlaşma yapma gücü ve egemenlik ilişkisine dair bir tartışma için bkz., T. Meron, 'The Authority to Make Treaties in the Late Middle Ages', 89 AJIL, 1995, s. 1.

hukukun üstünde görülüyordu. Bu tür nosyonlar ileride de detaylı olarak tartışılacağı üzere pozitivizm olarak bilinen düşünce çizgisinin entelektüel temelini oluşturdu.<sup>72</sup>

Uluslararası hukukun erken dönem teorisyenleri Doğal Hukuk düşüncelerinden derinden etkilendiler ve onları felsefelerinin temeli olarak kullandılar. Teorilerini büyük oranda, St Thomas Aquinas'ın felsefesinde olduğu gibi, Hristiyan ve Doğal Hukuk düşüncelerinin anlamlı bir birleşimi üzerinde inşa ettiler. St Thomas Aquinas'a göre, Doğal Hukuk Tanrı'nın yasasının bir parçasıydı ve akıl sahibi varlıkların Ebedi Hukuk'a (*Eternal Law*) katılımıydı.<sup>73</sup> Doğal Hukuk ilahi olarak vahyedilmiş Ebedi Hukuk'un tamamlayıcı bir unsuruydu. Akıl insanın özüydü ve bu yüzden hayatın akışında ilahi arzu doğrultusunda akla yer verilmeliydi. Doğal Hukuk sosyal ve politik kurumların olduğu kadar ahlaki davranışın da kaynağıydı. Bu yaklaşım, adaletsiz kanunların kabul edilemeyeceği anlayışına dayanan otoritenin şartlı kabulü teorisini doğurdu. 13. yüzyılın sonlarında ortaya konulan Thomas'ın bu görüşleri günümüzün Katolik davranışlarının anlaşılmasında hayati derecede önemlidir, ancak Doğal Hukuk konusunda daha sonraları yapılan ve doğal haklar konseptlerini vurgulayan yorumlar ile karıştırılmamalıdır.

Bu görüşler, Rönesans dönemi bilim adamlarının bir uluslararası hukuk sisteminin temeli ve meşrulaştırılması sorununa yaklaşımının entelektüel arka planını teşkil ediyordu. Bir İngiliz hukukçusu olan Maine, modern uluslararası hukukun doğuşunun doğa hukukunun en büyük sonucu olduğunu ileri sürer, bu görüş - tartışılabilir olmakla birlikte - dikkate alınması gereken bir yaklaşımdır.<sup>74</sup> Uluslararası hukuk, Doğal Hukuk prensiplerinden türemiş olmakla birlikte, artık kendi içinde çalışılacak ayrı bir konu olarak ortaya çıkmaya başlamıştır.

### Modern Uluslararası Hukukun Kurucuları

Uluslararası hukukta yeni yaklaşımın temeli İspanya'nın Altın Çağı'nın felsefecilerine kadar geri gider.<sup>75</sup> Bu ekolün önde gelen düşünürü Salamanca Üniversitesi İlahiyat profesörü olan Francisco Vitoria (1480-1546) idi. Dersleri öğrencileri tarafından kaydedilmiş ve ölümü sonrası yayınlanmıştır. Vitoria, Güney Amerika'nın İspanyollar tarafından işgaline karşı dönemi itibarıyla oldukça ilerici bir tavır sergilemiş ve o zamana dek hakim olan görüşlerin aksine Güney Amerika yerlilerinin kendi meşru çıkarları olan milletler olarak görülmesi gerektiğini savunmuştur. Vitoria'ya göre, onlara karşı savaş, ancak adil bir sebep temelinde meşrulaştırılabilir; uluslararası hukuk doğanın evrensel kanunları temelinde kurulmak durumundadır ve bu Avrupalı olmayanların da bu kapsamda değerlendirilmelerini zorunlu kılar. Bununla birlikte Vitoria Güney Amerika'nın yerli milletlerinin Avrupa'nın Hristiyan devletleri ile eşit olarak kabul edilmesi gerektiği görüşünü savunmamıştır. Vitoria için, işgal edilen topraklardaki misyoner çalışmalarına karşı direnmek adil bir savaş sebebidir ve bu anlamda Güney Amerika'da İspanyolların haklarına dair daha ziyade geniş bir görüş benimsediği söylenebilir. Vitoria liberal değildi, gerçekte İspanyol Engizisyonu adına hareket etti, ancak görüşleri doğru yönde atılmış ileri bir adıma işaret ediyordu.<sup>76</sup>

<sup>72</sup> Bkz., aşağıda.

<sup>73</sup> *Summa Theologia*, İngilizce baskısı, 1927.

<sup>74</sup> H. Maine, *Ancient Law*, London, 1861, ss. 56 ve 64-6.

<sup>75</sup> Bu noktada, Preiser 17. yüzyılın ortalarına kadar uluslararası hukukun önemli bir sorunu olup da İspanya ve ittifak halindeki Habsburg ülkeleri ile ilişkili olmayan tek bir konu olmadığını öne sürmektedir. Bkz., Bernhardt, *Encyclopedia*, Cilt: 7, s. 150. Ayrıca bkz., Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 79-93.

<sup>76</sup> Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 79-84, ve Bernhardt, *Encyclopedia*, Cilt: 7, ss. 151-2. Ayrıca bkz., F. Vitoria, *De Indis et de Jure Belli Relecciones*, Classics of International Law, Washington, DC, 1917, ve J. B. Scott, *The Spanish Origin of International Law*, Francisco de Vitoria and his Law of Nations, Washington, DC, 1934. Ayrıca bkz., I. de la Rasilla del Moral, 'Francisco de Vitoria's Unexpected Transformations and Reinterpretations for International Law', *15 International Community Law Review*, 2013, s. 287.

Uluslararası hukukun gelişiminde diğer önemli bir düşünür de Suarez (1548-1617) idi. Suarez bir Cizvit ve Orta Çağ kültürüne derinden vakıf olan bir ilahiyat profesörüydü. Suarez uluslararası hukukun zorunlu karakterinin Doğal Hukuk'a dayandığı ve esasının antlaşmaların uygulanmasına ilişkin Doğal Hukuk kuralından türediğini belirtmiştir.<sup>77</sup>

Tamamen farklı bir kökenden gelen ancak aynı derecede etkili diğer bir düşünür de Alberico Gentili (1552-1608) idi. Gentili Kuzey İtalya'da doğmuş ve Protestanlığa geçtiği için zulme uğramaktan kaçmak için İngiltere'ye sığınmıştı. 1598'de ünlü eseri *De Jure Belli*'yi yayınladı.<sup>78</sup> Bu eser savaş hukukunun kapsamlı bir değerlendirilmesiydi ve içinde anlaşmalar hukukuna ilişkin önemli bir bölüm vardı. Oxford'da profesör olan Gentili bu eseri ve görüşleriyle uluslararası hukukta seküler yaklaşımın öncüsü kabul edildi ve o döneme kadar hakim olan teolojik tezlerin etkisini azalttı.

Bununla beraber bu dönemin zirvesi Hollandalı bir bilim adamı olan Hugo Grotius'tur. Grotius, birçokları tarafından uluslararası hukukun babası olarak görüldü. 1583'te doğan Grotius tam bir Rönesans adamıydı. Derin bir öğrenme iştiağı olan Grotius tarih, teoloji, matematik ve hukuk alanlarında uzmanlık düzeyinde bir bilim adamıydı.<sup>79</sup> Grotius'un temel eseri 1623-1624 yıllarında yazdığı *De Jure Belli ac Pacis* idi. Bu eser geniş bir çalışmaydı ve eserde özel hukuk nosyonlarının izahına günümüzde uygun görüldüğünden çok daha fazla yer ayrılmıştı. Grotius eserinde Vitoria ve Gentili'ye atıfta bulunmuştu, birçok konuda özellikle Gentili'nin etkisi görülüyordu.

Grotius uluslararası hukuku teolojiden ayırdı ve uluslararası hukuk çalışmalarında ilahi hukuk konseptlerinin konuyla ilgisiz olduğunu vurguladı. Tanrı olmamış olsaydı bile doğa hukukunun geçerli olacağını söyledi, ki bu ifade uygun bir şekilde dini üslupla çerçevelenmiş olsa da son derece cüretkardı. Doğa hukuku artık münhasıran akıl üzerine dayandırılıyordu. Adalet insanın sosyal yaşamındaki fiillerinin bir parçasıydı ve bu yüzden yalnızca yararlı değil aynı zamanda zarurıydı. Grotius kapsamlı bir uluslararası hukuk sistemi tasavvur ediyordu ve eseri hızla üniversite ders kitabı oldu. Bununla birlikte, birçok konuda daha önce geçmişte ifade edilen görüşleri takip etti. Haklı savaş ve haksız savaş arasında teolojik ayrımı benimsedi, ki bu nosyonun izleri kısa süre sonra uluslararası hukuk üzerine yazılan eserlerde ortadan kalkacaktı, fakat belli bazı yönleriyle saldırı, meşru müdafaa ve serbestlik gibi konularda modern yaklaşımı besledi.

Grotius'un en kalıcı görüşlerinden biri denizlerin özgürlüğüne yaptığı vurguydu. Grotius Portekizlilerin 'kapalı deniz' konseptine karşıydı (ki bu görüş daha sonra İngiliz yazar John Selden tarafından geliştirilecekti<sup>80</sup>) ve bu konsept yerine milletlerin açık denizleri sahiplenemeyeceği, onların herkese ait olduğu prensibini savundu. Bu bağlamda bu teorinin serbest ticarete dair hakim Hollandalı bakış açısı ve genişleyen bir ticari imparatorluğun ihtiyaçları ile uyumlu olduğunu da parantez içinde anmak gerekir. Ancak bu sadece göz ardı edilmemesi gereken bir noktaya işaret etmektedir.

Tıpkı siyaset bilimi ve diğer disiplinler gibi hukuk konseptleri de sıkı bir şekilde gerçekliğin dünyasında kök salmıştır ve güncel meseleleri yansıtır. Hiçbir teori boşlukta gelişmez, fakat belli bir somut kültürel ve sosyal çevrede kurgulanır ve semeresini verir. Bu gerçeği ihmal etmek teorinin kendisini çarpıtmak olur.

<sup>77</sup> Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 84–91. Ayrıca Balthasar Ayala'nın görüşleri (1548–84) için bkz., *a.g.e.*, ss. 92–3.

<sup>78</sup> *A.g.e.*, ss. 94–101. Ayrıca bkz., A. Van der Molen, *Alberico Gentili and the Development of International Law*, 2. Baskı, London, 1968.

<sup>79</sup> Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 102–14. Ayrıca bkz., W. S. M. Knight, *The Life and Works of Hugo Grotius*, London, 1925, ve 'Commemoration of the Fourth Century of the Birth of Grotius', 182 HR, 1984, ss. 371–470 ve M.J. van Ittersum, 'Hugo Grotius: The Making of a Founding Father of International Law' *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Bölüm 4.

<sup>80</sup> *Mare Clausum Sive de Dominio Maris*, 1635.

### Pozitivizm ve Naturalizm

Grotius'tan sonra, önceki düşünürlerin görüşlerinden ayrılmaksızın bir fark ortaya çıktı ve iki farklı ekol gelişti. Bir tarafta uluslararası hukuku tamamıyla doğa hukuku ile tanımlamaya teşebbüs eden Samuel Pufendorf (1632-94)<sup>81</sup> ile örneklendirilebilecek "Naturalist" ekol, diğer tarafta uluslararası hukuk ile doğal hukuku birbirinden ayırıştırarak ve uygulamadaki sorunlar ve güncel devlet uygulamalarını öne çıkaran "pozitivizm" in temsilcileri vardı. Pufendorf Doğal Hukuk'u ahlaki bir sistem olarak ele aldı ve teamül hakkındaki kuralların geçerliliğini reddederek modern uluslararası hukukun yönünü yanlış anladı. Ayrıca antlaşmaların her halükarda uluslararası hukukun temeline ilişkin bir tartışma ile ilgili olduğunu kabul etmedi. Diğer "natüralistler" de devletlerin gerçek hayattaki uygulamalarını önemsemeyen ya da küçümserken bu hisleri yansıtıyorlardı ve hala politik gerçekliğin karmaşık dünyası ile artık temasını kaybetmekte olan mutlak değerlere ilişkin teorik bir kurgu peşindeydiler.

Pozitivist ekolün öncülerinden biri, Pufendorf ile aynı dönemde ancak İngiltere'de yaşayan Richard Zouche (1590-1660) idi.<sup>82</sup> Zouche, Doğal Hukuk'u tümüyle reddederken diğer geleneksel doktrinleri de yeterince ilgiye değer bulmadı. İlgi alanı özel durumlara ilişkindi ve kitabı yakın geçmiş dönemden birçok örnek olayı içeriyordu. Barış hukukunu savaş hukukunun sistematik incelenmesinden çok daha değerli gördü ve teorik açıklamalardan kaçındı.

Benzeri şekilde Bynkershoek (1673-1743) modern uygulamaların önemini altını çizdi ve Doğal Hukuk'u neredeyse tümüyle görmezden geldi. Savaşta tarafsızların hakları ve görevleri konusunda gelişmekte olan teoriye büyük bir katkı yaptı. Ayrıca konuyla ilgili olayları ayrıntılı olarak inceledikten sonra denizlerin özgürlüğü doktrini lehinde görüş ileri sürdü.<sup>83</sup>

Modern düşüncenin çoğu gibi pozitivist yaklaşım da Rönesans tarafından benimsenen ampirik yöntemden türemişti. Mutlak prensiplerden kaynaklı çıkarsamalar üzerine yapılandırılmış büyük teoriler ile ilgili değildi, daha ziyade olayları olduğu gibi görmeye ve ortaya çıkmış gerçek sorunları tartışmaya önem veriyordu. Locke ve Hume tarafından formülize edilen ampirizm<sup>84</sup> doğuştan gelen prensiplerin varlığını reddediyordu ve düşüncelerin deneyden türediğini varsayıyordu. Bilimsel deney yöntemi ve hipotezlerin kanıtlanması bu yaklaşımı öne çıkarıyordu.

Bu felsefi tutum ile, uluslararası hukuku akıldan türemiş konseptler bağlamında değil de rekabet halindeki devletler arasında gerçekte ne olduğu üzerinden yorumlamak arasında sadece kısa bir mesafe vardı. Devletlerin gerçekte ne yaptığı önemliydi, doğa hukukunun temel kuralları çerçevesinde ne yapması gerektiği değil. Antlaşmalar ve devletler tarafından tanınan teamüller milletler hukukunun temeliydi.

Pozitivizm, din savaşlarını izleyen 1648 Westfalya Barış Anlaşması sonrasında modern ulus devlet sisteminin ortaya çıktığı bir dönemde gelişti.<sup>85</sup> Ayrıca Bodin ve Hobbes'un<sup>86</sup> öne sürdüğü egemenin mutlak gücünün önemini belirten ve devletlerin egemenliği nosyonuna yol açan egemenlik teorileri ile de aynı zamana rast gelmişti.

<sup>81</sup> *On the Law of Nature and of Nations*, 1672. Ayrıca bkz., Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 147-50. Ayrıca bkz., M. Koskenniemi, 'Transformations of Natural Law: Germany 1648-1815' *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Bölüm 3.

<sup>82</sup> Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 165-7.

<sup>83</sup> *A.g.e.*, ss. 167-72.

<sup>84</sup> Bkz., Friedmann, *Legal Theory*, ss. 253-5.

<sup>85</sup> Bkz., L. Gross, 'The Peace of Westphalia 1648-1948', 42 *AJIL*, 1948, s. 20; *Renegotiating Westphalia* (ed. C. Harding ve C. L. Lim), The Hague, 1999, özellikle 1. Bölüm, ve S. Beaulac, 'The Westphalian Legal Orthodoxy - Myth or Reality?', 2 *Journal of the History of International Law*, 2000, s. 148.

<sup>86</sup> *Leviathan*, 1651.

İsviçreli bir hukukçu olan Vattel (1714-67)'in çalışmasında ise pozitivizm ve natüralizmin her ikisinin de unsurları görülüyordu. *Droit des Gens* adlı eseri Doğal Hukuk prensiplerine dayanmakla birlikte uygulama merkezliydi. Vattel uluslararası hukuka devletlerin eşitliği doktrinini getirdi. Tıpkı bir cücenin iri cüsseli biri kadar insan olması gibi küçük bir cumhuriyetin de çok güçlü bir krallıktan daha az egemen olmadığını savundu. Bilincin kanunları ile eylemin kanunları arasında ayırım yaparak ve yalnızca ikincisinin pratik değere sahip olduğunu vurgulayarak Doğal Hukuk'un önemini en aza indirdi.<sup>87</sup>

Pozitivist düşüncenin doğa hukukunun felsefi temelini yıktığı ve tarihe gömdüğü görülürken, doğal hukuk modern bir kisse altında gelecek için dopdolu anlamlara sahip olarak yeniden ortaya çıkarak doğal haklar konseptine yer verdi.<sup>88</sup>

Doğal haklar konsepti politik hakimiyetin bireysel düzeyde iddia edilmesi anlamına geliyordu. Bireyler arasında önceden yapılan bir anlaşma görüşüne dayanan ve sivil toplumu meşrulaştıran toplum sözleşmesi düşüncesi bireyin merkezi rolünü vurguluyordu. Böyle bir teorinin Hobbes'da olduğu gibi bir mutlak egemeni talep etmek için kötümser olarak mı ya da Locke'da olduğu gibi otoritenin şartlı kabulü anlamında iyimser olarak mı yorumlanacağı tartışması bir yana, bu teori devrimci bir doktrindi. İnsan hakları konsepti Amerikan<sup>89</sup> ve Fransız devrimlerinin kalbinde yer alıyordu ve modern demokratik toplumun da özüyüdü.

Ancak diğer yandan Doğal Hukuk doktrini egemenin mutlaklığı ve özel mülkün kutsallığını korumak için kullanıldı. Teorinin ne olduğu ve ne olması gerektiğine dair tartışma bağlamında reaksiyoner bir yönü vardı, çünkü teorinin toplum sözleşmesinden mi kaynaklandığı yoksa ilahi olarak takdir edilmiş mi olduğu sorusu doğa hukukunun ne ölçüde seküler zeminde kurgulandığına bağlı olarak önem kazanıyordu.

## 19. Yüzyıl

18. yüzyıl, uluslararası hukuk doktrininin gelişmesine katkıda bulunan rasyonalist felsefeler ve entelektüel düşüncelerin mayalandığı bir dönem olmuştur. 19. yüzyıl ise aksine uygulamaya dönük, yayılmacı ve pozitivist bir çağdı. Napolyon Savaşları'nın sonuna işaret eden Viyana Kongresi Avrupa'daki güç dengesine dayanacak olan yeni uluslararası sisteme kapı açtı. Uluslararası hukuk, Avrupa merkezci ve medeni Hristiyan devletlerin çıkarlarını koruyan bir anlayışa sahip oldu. Deniz aşırı ya da yabancı diğer devletlerin, ancak Batılı güçlerin ileri sürdüğü şartlar çerçevesinde ve onların rızası ile muhatap olabildiği bir hukuktu. Paradoksal olarak uluslararası hukuk bir yandan Avrupa İmparatorluklarının yayılması yoluyla coğrafi açıdan uluslararasılaşırken, diğer yandan da, teorik olarak kavramsal düzeyde, pratikte de Avrupa değerlerinin bir yansıması olması yönüyle daha az evrensel oldu.<sup>90</sup> Uluslararası hukukta evrensellik ile yerellik arasındaki ilişkilere dair bu konu günümüze kadar zaman zaman gündeme geldi. 19. yüzyıl, Latin Amerika ülkelerinin bağımsızlığını ve bununla bağlantılı olarak bu devletler tarafından uluslararası hukukun belli bazı konularına ilişkin ayrı bir yaklaşımın geliştirildiğine şahitlik etti. Bu ayrı yaklaşım özellikle diplomatik sığınma ve yabancı ülkelerin vatandaşlarına ve teşebbüslerine yönelik muamele konularında görülüyordu.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> Bkz., Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 156–64. Ayrıca bkz., N. Onuf, 'Civitas Maxima: Wolff, Vattel and the Fate of Republicanism', 88 AJIL, 1994, s. 280.

<sup>88</sup> Örneğin, bkz., J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, ve R. Tuck, *Natural Rights Theories*, Cambridge, 1979. Ayrıca bkz., G. Gordon, 'Natural Law in International Legal Theory: Linear and Dialectical Presentations' *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Bölüm 14.

<sup>89</sup> Örneğin bkz., N. Onuf ve O. Onuf, *Federal Unions, Modern World*, Madison, 1994.

<sup>90</sup> Bkz., Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 186–250, ve C. H. Alexandrowicz, *The European–African Confrontation*, Leiden, 1973. Ayrıca bkz., B. Bowden, 'The Colonial Origins of International Law. European Expansion and the Classical Standard of Civilisation', 7 *Journal of the History of International Law*, 2005, s. 1, ve C. Sylvest, 'International Law in Nineteenth-Century Britain', 75 BYIL, 2004, s. 9.

<sup>91</sup> Bkz., bu kitapta 3. ve 13. bölümler. Ayrıca bkz., H. Gros Espiell, 'La Doctrine du Droit International en Amérique Latine avant la Première Conférence Panaméricaine', 3 *Journal of the History of International Law*, 2001, s. 1 ve A. A. Cançado Trindade, 'The Contribution of Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law', 376 HR, 2016, s. 9.

19. yüzyılda önem kazanan daha birçok özellik vardır. Fransız Devrimi ve imparatorluk savaşları ile hız kazanan demokrasi ve milliyetçilik Kıta Avrupası'nın her yanına yayıldı ve uluslararası ilişkilerin özünü değiştirdi.<sup>92</sup> Dış politika artık aristokratik seçkin bir sınıfın ilgi alanı olmaktan çıkarak milliyetçiliğin hem olumlu hem de olumsuz yüzlerini yansıtmaya başladı. Self determinasyon kavramı Orta ve Doğu Avrupa'daki çok uluslu imparatorluklara yönelik bir tehdit olarak ortaya çıkarken, milliyetçilik Alman ve İtalyan birliğinin sağlanmasında zirve noktasına ulaştı ve zamanla yayılmacılık ve ırk üstünlüğü doktrinleri gibi özellikler göstermeye başladı. Demokrasi, bireylerin politika üzerindeki etkisini ve devlet yönetiminde söz sahibi olmasını getirdi. Ayrıca savaşlar herkesi ilgilendirdiği için demokrasi halka karşı sorumluluk gerçekliğini de ön plana taşıdı. Avrupa'nın her yerinde zorunlu askerlik uygulamasına geçildi ve küçük profesyonel savaş güçleri yerini geniş milli ordulara bıraktı.<sup>93</sup> Sanayi Devrimi Avrupa'yı makineleştirdi, ekonomik açıdan sermaye-emek karşıtlığını getirdi ve Batı etkisini dünyanın her yerine taşıdı. Bütün bu faktörler hem kamusal hem de özel alanda uluslararası kuruluşların çeşidi ve sayısında büyük artışa neden oldu ve uluslararası hukukun alanı bu değişime kendini uyarlayarak hızla gelişti.<sup>94</sup> Ticaret ve iletişimin gelişimi pratik nedenlerle daha büyük ölçekli bir uluslararası işbirliğini zorunlu kılıyordu. 1815'te Viyana Kongresi Nihai Belgesi uluslararası akarsularda seyrüsefer özgürlüğü prensibini getirdi ve bu prensibin kullanımının düzenlenmesi için Ren Nehri Merkezi Komisyonu kuruldu. 1856'da Tuna nehri için bir komisyon teşkil edildi ve diğer Avrupa nehirlerinin birçoğu da uluslararası sözleşmeler ve düzenlemelerin konusu oldu. 1865'te Uluslararası Telgraf Birliği ve 1874'te de Evrensel Posta Birliği kuruldu.<sup>95</sup>

Avrupa konferansları hızla çoğaldı ve bu konferanslar savaşa ilişkin kuralların gelişimine büyük ölçüde katkıda bulundu. 1863'te kurulan Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 1864'de başlayan ve çatışmaların 'insanileşmesi' ile ilgilenen Cenevre Konvansiyonları'nın gerçekleşmesine ön ayak oldu. 1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri Sürekli Hakemlik Mahkemesi'nin (*Permanent Court of Arbitration*) kurulmasını öngördü ve savaşın kontrolü ve mahkumlara yönelik uygulamalara ilişkin düzenlemeler getirdi.<sup>96</sup> Diğer birçok konferans, konvansiyon ve kongre uluslararası hukukun kurallarının yayılması ve uluslararası ilişkilerin kapalı dünyasının açılımını sağladı. Ayrıca, konunun uzmanı bilim adamlarının üniversitelerde yer alması ve devletlerin uygulamalarına yer veren özel ders kitaplarının yazılması ile yükseköğretim içinde uluslararası hukuk konusundaki akademik düzeyli çalışmalar gelişti.

Pozitivist teoriler 19. yüzyıla damgasını vurdu. Devletlerin yetkilerinin çoğalması ve ulusal mevzuatın artan gelişmişliği, kanunların temelde bir egemen kişi ya da kurum tarafından çıkarılan buyruklar olduğu düşüncesini güçlendirdi. Etik ya da ahlak tartışmasının, insan yapımı kanunların geçerliliğine yönelik bir tartışmanın içinde yeri yoktu. Bu yaklaşım uluslararası sahneye transfer edildiğinde uluslararası alanda bir üst otoritenin olmayışı gerçeği ile yüz yüze geldi.

Hukuk ulusal sistemlerde, sonuçta, egemenin iradesine bağlıyken, uluslararası hukuk da egemen devletlerin iradelerine bağlıydı.

Bu, devletin kendisiyle devletin içindeki kanun koyucu üst otoritenin karıştırılmasına yol açıyordu ve bu yüzden pozitivizm devletin metafizik kimliğini kabul etmek durumundaydı. Devletin bir hayatı ve kendi iradesi vardı ve uluslararası hukuku baskınlayabilirdi. Devletin soyut doğası üzerindeki bu vurgu bütün pozitivist teorilerde görünmüyordu ve sonraki bir gelişme olarak ortaya çıkacaktı.<sup>97</sup>

<sup>92</sup> Özellikle bkz., A. Cobban, *The Nation State and National Self-Determination*, London, 1969.

<sup>93</sup> G. Best, *Humanity in Warfare*, London, 1980; Best, *War and Law Since 1945*, Oxford, 1994, ve S. Bailey, *Prohibitions and Restraints in War*, Oxford, 1972.

<sup>94</sup> Örneğin bkz., *Bowett's Law of International Institutions*, ve *The Evolution of International Organisations* (ed. E. Luard), Oxford, 1966.

<sup>95</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., 22. Bölüm.

<sup>96</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., 20. Bölüm.

<sup>97</sup> Bkz., 2. Bölüm.

Devletin iradesi doktrinini ilk olarak ortaya koyan ve analiz eden Alman düşünürü Hegel'dir. Birey devletin emrine tabi ve ikincil konumdaydı, çünkü devlet bütün vatandaşların iradesini adeta kutsal bir noktaya taşımıştı ve böylece daha yüksek bir iradeye evrilmişti. Dışa bakan yönüyle, devlet egemen ve en yüce otoriteydi.<sup>98</sup> Bu görüşler yirminci yüzyılda rahatsız edici sonuçlar doğurdu ve 19. yüzyılda rafa kalkmış doğa hukukunun yeniden ortaya çıkmasını tetikledi. Uluslararası sözleşmelerin, teamülün ve düzenlemelerin artışı, pozitivist teorileri uluslararası hukuk ve devlet ilişkilerine dair ortaya çıkan sorunlarla ilgilenmeye sevk etti ve sonuç olarak iki düşünce ekolü doğdu.

Monistler, ulusal ve uluslararası hukukun ikisinin de altında yatan temel bir prensibin olduğunu savundular. Bu değişik bağlamlarda 'hak' ya da sosyal dayanışma veya anlaşmaların tabi olduğu kural (*pacta sunt servanda*) olarak öne sürülüyordu. Daha kalabalık bir grubu teşkil eden ve zihniyet itibariyle daha pozitivist olan Dualistler ise rıza unsurunun önemini vurguladılar.

Alman teorisyen Tripel'e göre uluslararası hukuk ve ulusal hukuk ayrı seviyelerde varlıklarını sürdürüyorlardı. İlki uluslararası ilişkileri yönetirken, diğeri hem bireyler arası ilişkileri hem de birey ve devlet arasındaki ilişkileri tanzim ediyordu. Uluslararası hukuk devletler arası sözleşmelere dayanıyordu, ki bu anlaşmalar Tripel'e göre hem anlaşmaları hem de teamülü içermekteydi. Uluslararası hukuk devletlerin 'ortak iradesi' ile oluştuğu için tek taraflı olarak değiştirilemezdi.<sup>99</sup>

Bu bir paradoksa yol açtı. Bu ortak irade tek tek her devlet için bağlayıcı olabilecek miydi? Eğer olacaksa bunun sebebi ne olabilirdi? Bu tartışmanın gittiği yer, egemen devletin iradesinin, üzerinde kontrole sahip olmadığı bir kuralın ortaya çıkışına yol açabileceğiydi. Bu nedenle devlet iradesi en yüce (*supreme*) nitelikte olamazdı, devletlerin iradelerinin toplamına göre ikincil konumda olabilirdi. Tripel bu noktaları tartışmadı, fakat hukuki konulara bağlı olarak onları açık bıraktı. Bu yüzden pozitivist teoriler hukukun özünü hukuki tanımın ötesine taşıyarak kendi pozitivist bakışlarını zayıflatıyorlardı. 19. yüzyıl, uluslararası hukukun kurallarının gelişimi üzerinde devletlerin davranışlarının önemini ve devlet uygulamalarını vurgulayan uluslararası hukuk konulu birçok çalışmaya şahit oldu.<sup>100</sup>

## 20. Yüzyıl

Birinci Dünya Savaşı dinamik ve iyimser bir yüzyılın bitişini sembolize ediyordu. Avrupa İmparatorlukları dünyayı yönetmiş ve Avrupa ideolojileri dünya üzerinde hakimiyetlerini tescil etmişti, ancak 1914-18 Savaşı Avrupa uygarlığının temellerinin altını oymuştu. Kendine olan özgüven yavaşça kayboldu, büyük bina zayıfladı ve ilerleme düşüncesinin evrensel olarak kabul edilen varsayımları giderek şüpheyle karşılanır oldu. Kendini sorgulama adeta zamanın direktifiydi ve sanat kadar hukuk da bunu yansıtıyordu.

Uluslararası ilişkiler açısından 1919 Barış Anlaşması'nın en önemli mirası Milletler Cemiyeti'nin kurulmasıydı.<sup>101</sup> Eski anarşik sistem başarısız olmuştu ve barışı korumak ve güvence altına almak için yeni kurumların gerekli olduğu düşünülüyordu. Milletler Cemiyeti, Genel Kurul ve Konsey'den oluşuyordu, fakat kuruluşu esnasında ve uzun bir süre ABD ve Sovyetler Birliği'nin Cemiyet'e katılmayışı nedeniyle güdük kalmıştı ve temelde bir Avrupa kurumu olarak kaldı.

<sup>98</sup> Örneğin bkz., S. Avineri, *Hegel's Theory of the Modern State*, London, 1972, ve Friedmann, *Legal Theory*, ss. 164–76.

<sup>99</sup> Friedmann *Legal Theory*, ss. 576–7. Ayrıca bkz., bu kitapta 4. Bölüm.

<sup>100</sup> Örneğin bkz., H. Wheaton, *Elements of International Law*, New York, 1836; W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, Oxford, 1880; Von Martens, *Völkerrecht*, Berlin, 2 Cilt., 1883–6; Pradier-Fod'er'e, *Traité de Droit International Public*, Paris, 8 Cilt., 1855–1906; ve Fiore, *Il Diritto Internazionale Codificato e la Sua Sanzione Giuridica*, 1890.

<sup>101</sup> Bkz., Nussbaum, *Law of Nations*, ss. 251–90, ve bu kitapta 21. Bölüm. Ayrıca bkz. M. Garcíá-Salmones, 'Early Twentieth Century Positivism Revisited' in *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Bölüm 9.

Milletler Cemiyeti'nin uluslararası düzenin devam ettirilmesine ilişkin bazı küçük başarıları söz konusu olsa da, kararlı saldırganlarla yüz yüze geldiğinde çatışmaları önlemekte başarısız oldu. Japonya, 1931'de Çin'i işgal etti ve iki yıl sonra Milletler Cemiyeti'nden ayrıldı. İtalya, Etiyopya'ya saldırdı ve Almanya engellenemeyen bir dizi iç ve dış saldırıya girişti. Sovyetler Birliği, Finlandiya'yı işgali sonrası 1939'da örgütten çıkarıldı.

Öte yandan, Milletler Cemiyeti deneyimi kısa süreli yaşanmış da olsa daha sonra kurulacak olan Birleşmiş Milletler'in alt yapısının hazırlanması ve konumunun sağlamlaşmasına katkıda bulundu.<sup>102</sup>

1921'de Lahey'de Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (*Permanent Court of International Justice*) kuruldu ve 1946'da Uluslararası Adalet Divanı (*International Court of Justice*) bu mahkemenin yerini aldı.<sup>103</sup> Birinci Dünya Savaşı'nın bitimini müteakip Uluslararası Çalışma Örgütü (*International Labour Organization*) kuruldu ve günümüze kadar faaliyetlerine devam etti. Bu dönemde diğer birçok uluslararası kuruluşun açılışı yapıldı ya da mevcut olanlar faaliyetlerini artırdı.

İlk olarak iki dünya savaşı arasında ortaya çıkan ve uluslararası hukukla ilgili diğer bir düşünce de manda sistemiydi. Manda sistemi, Birinci Dünya Savaşı'nda yenilgiye uğramış ülkelerin kolonilerinin İtilaf devletleri tarafından ilhak edilmek yerine yerli halkların yararı doğrultusunda yönetilmesi fikrine dayanıyordu. Ayrıca bu dönemde Milletler Cemiyeti tarafından azınlıkların korunmasına yönelik bir model geliştirme teşebbüsünde bulunuldu. Bu çaba sonuca ulaşamadıysa da, daha sonraki süreçte insan haklarını garanti altına almaya yönelik çalışmaların yolunu açtı.<sup>104</sup>

İkinci Dünya Savaşı travmasından sonra 1946 yılında selefi Milletler Cemiyeti'nin kusurlarına derman olmak amacıyla Birleşmiş Milletler kuruldu. BM'nin merkezi New York'tu, ki bu durum güç merkezinin artık Avrupa'dan başka mecalara kaydığı gerçeğini ve BM'nin tamamen evrensel bir kurum olma niyetini yansıtıyordu. Sömürgelerin bağımsızlaşması süreci bu beklentinin gerçekleşmesini sağladı ve BM Genel Kurulu'nda günümüzde 193 üye ülke temsil edilmektedir.<sup>105</sup>

İlk olarak 19. yüzyılda yükselen birçok trend günümüze kadar devam etti. Uluslararası anlaşmaların sayısındaki büyük artış, tahkim sisteminin güçlenmesi ve uluslararası örgütlerin gelişimi uluslararası hukukun bugün geldiği noktanın temellerini attı.

### **Uluslararası Hukuka Komünist Yaklaşımlar**

Klasik Marksist teori, hukuk ve politikayı yönetici sınıfların toplum üzerindeki hakimiyetini devam ettirme araçları olarak görüyordu. Ekonomik hayatın temeli üretim araçlarının sahipliği idi ve bütün güç bu sahiplik sayesinde ortaya çıkıyordu. Sermaye ve emek arasında bir çatışma söz konusuydu, sermaye ve emek arasındaki karşılıklı düşmanlık sonuçta bir devrime yol açacak ve yeni ve sömürücü olmayan bir toplum ortaya çıkacaktı.<sup>106</sup> Ulus devletler kapitalist sınıfların hakimiyetindeydi ve yeniden örgütlenme aşamasında ortadan kaybolmaları mukadderdi. Teori, yeni bir toplumun temelleri atıldığında hukuk ve devletin yok olacağını varsayıyor<sup>107</sup>, klasik uluslararası hukuk da devletleri temel olarak oluşturduğu için onun da süreç içinde ortadan kaybolacağını öngörüyordu.

<sup>102</sup> Bkz., G. Scott, *The Rise and Fall of the League of Nations*, London, 1973.

<sup>103</sup> Bkz., 18. Bölüm.

<sup>104</sup> Bkz., 6. Bölüm.

<sup>105</sup> En son olarak 2011 yılında Güney Sudan'ın üyeliği ile üye sayısı 193'e ulaştı.

<sup>106</sup> Bkz., Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, 10. Bölüm, ve Friedmann, *Legal Theory*, 29. Bölüm.

<sup>107</sup> Engels, *Anti-Duhring*, nakleden Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, ss. 773-4.



Bununla birlikte, güç realitesi ve kapitalist devletler tarafından çevrilmiş bir SSCB deneyimi bu yaklaşımda bir değişikliğe yol açtı. Devletlerden oluşan uluslararası sistem bir gecede sosyalist düzen ile değiştirilemezdi, bu yüzden bir geçiş süreci kaçınılmazdı. Ne var ki temel değişiklikler üzerinde de çalışıldı.

Örneğin, Profesör Tunkin Sovyet Devrimi'nin birçok yeni uluslararası hukuk görüşü ürettiğini ileri sürdü. Bu görüşler birbiriyle bağlantılı üç temel gruba ayrılabilir: a) sosyalist devletler arasındaki ilişkilerde sosyalist enternayonalizm prensibi b) temelde sömürgecilğe karşı ortaya konulmuş milletlerin ve halkların eşitliği ve kendi geleceğini belirleme hakkı prensipleri; c) farklı sosyal sistemlere sahip devletler arasında barış içinde bir arada yaşama prensibi.<sup>108</sup>

Bu bölümde bu prensipler kısaca incelenecek olmakla birlikte ilk olarak tarihi bir perspektifin verilmesi yerinde olacaktır.

Devrim sonrası dönemde geçiş aşamasının sona erdiği varsayılıyordu. Bu dönemde uluslararası hukuk sosyalist devletler tarafından sömürü aracı olduğu şeklinde eleştiriliyor, ancak yine de geçerli bir sistem olarak kabul ediliyordu. İki Sovyet teorisyeni, Korovin ve Paşukanis, bu dönemin en etkili isimleriydi. Geçiş aşaması uzlaşmaları zorunlu kılıyordu ve ekonomik ve teknik işbirliğinin bazı formları, uluslararası sosyal düzenin varlığı açısından bir temel teşkil ettiği için devrim tüm dünyada hakim oluncaya kadar gerekliydi.<sup>109</sup> Paşukanis, uluslararası hukukun, sosyalist sistemin zaferine kadar birbirine düşman iki sınıf sisteminin içinde barındıracak olan bir sınıflar arası hukuk olduğu görüşünü savunuyordu. Bununla beraber yine de sosyalizm ve Sovyetler Birliği kapitalist sistemin bir yansıması olan ve onun tarafından kurulan hukuk kurumlarını kullanabilirdi.<sup>110</sup> Ancak Stalinizmin ve 'Tek Ülkede Sosyalizm' anlayışının yükselişi ile bu pozisyonu devam ettirebilmek zorlaştı. Paşukanis çizgisini değiştirdi ve önceki görüşünden vazgeçti. Uluslararası hukuk kapitalist devletler ile SSCB arasında geçici bir uzlaşma formu değil, fakat daha ziyade sınıf savaşı yürütmenin araçlarından biriydi. Bu nedenle de SSCB ancak kendi amaçlarıyla uyumlu olan uluslararası hukuk kuralları ile bağlıydı.<sup>111</sup>

1930'ların sonlarındaki bu yeni yaklaşım uygulamada Rusya'nın Milletler Cemiyeti'ne katılması ve Batılı güçleri kazanma politikası ile açığa çıktı. Görüşleri ile bu dönemin yaklaşımını yansıtan diğer bir Sovyet hukukçusu da Vyshinsky'di. Vyshinsky uluslararası hukuka daha legalistik bir bakışı benimsedi ve uluslararası hukuk kurallarının tümünün değil, sadece self determinasyon, devlet egemenliği ve devletlerin eşitliği gibi prensiplerin kabul edilebileceğini vurguladı. Uluslararası hukuk, tüm devletler için bağlayıcı olan tek bir uluslararası hukuk sistemi olarak görülemezdi. Sovyetler Birliği Leninist-Stalinist dış politika prensipleri doğrultusunda hareket edebilirdi ve önceden açıkça muvafakat vermediği hiçbir kural ile bağlı sayılmazdı.<sup>112</sup>

İkinci Dünya Savaşı'nı izleyen yıllar Soğuk Savaş'ın sürati artarken Sovyet doktrininin de katılmasına tanık oldu. Ancak Stalin'in ölümü ve Kruşçev'in yerine geçmesi ile buzlar

<sup>108</sup> *Theory of International Law*, London, 1974, s. 4, ve *International Law* (ed. G. I. Tunkin), Moscow, 1986, 3. Bölüm. Ayrıca bkz., B. S. Chimni, *International Law and World Order*, New Delhi, 1993, 5. Bölüm; K. Grzybowski, *Soviet Public International Law*, Leiden, 1970, özellikle 1. Bölüm; H. Baade, *The Soviet Impact on International Law*, Leiden, 1964, ve Friedmann, *Legal Theory*, ss. 327-40. Ayrıca bkz., R. St J. Macdonald, 'Rummaging in the Ruins, Soviet International Law and Policy in the Early Years: Is Anything Left?', Wellens, *International Law*, s. 61; *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies* (ed. S. Marks), Cambridge, 2008 ve R. Knox, 'Marxist Approaches to International Law' *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Bölüm 15.

<sup>109</sup> Tunkin, *Theory of International Law*, s. 5.

<sup>110</sup> *A.g.e.*, ss. 5-6. Ayrıca bkz., H. Babb ve J. Hazard, *Soviet Legal Philosophy*, Cambridge, MA, 1951.

<sup>111</sup> Grzybowski, *Soviet Public International Law*, ss. 6-9.

<sup>112</sup> *A.g.e.*, s. 9.

eridi. Teorik terimlerle ifade edilirse, geçiş aşaması hukuku barış içinde birlikte yaşama hukuku ile yer değiştirdi. Artık kapitalist ve sosyalist ülkeler arasında savaş kaçınılmaz olarak görülüyordu ve karşılıklı hoşgörü ve işbirliği dönemine geçildi.<sup>113</sup>

Sovyet hukukçusu Tunkin, sosyalist ve kapitalist ülkeler için farklı olmaktan ziyade evrensel açıdan tek bir uluslararası hukuk sisteminin var olduğunu ve uluslararası hukukun devletler için bağlayıcı olan anlaşmalar üzerine kurulu olduğunu kabul etti. Tunkin, çağdaş uluslararası hukuku şöyle tanımlıyordu.<sup>114</sup>

*“Halkların bağımsızlığı ve özgürlüğü ve barışın ve barış içinde bir arada yaşamanın temini doğrultusunda işbirliği ve mücadele sürecinde devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen, zaruri durumlarda bireysel ya da kolektif olarak devletlerin cebren hayata geçireceği, devletlerin birbiriyle uyumlu iradelerini yansıtan ve demokratik karakterli ve farklı sosyal sistemlere sahip devletler arasındaki anlaşmalar ile ortaya çıkan kurallar toplamı”.*

Bu tanımdaki devlet egemenliğine vurgu, farklı sosyal sistemlerin tanınması ve barış içinde bir arada yaşama amacı gibi temel unsurların altını çizmek gerekir. Tanımda hukukta yaptırımların rolü vurgulanmaktadır, ki bu Sovyet düşüncesi üzerindeki pozitivist etkiyi yansıtmaktadır. Bu tür öncelikler Profesör Kozhevnikov ve arkadaşlarının hazırladığı Sovyet ders kitabında yer alan uluslararası hukuk tanımında da görülmektedir:

*“Uluslararası hukuk, çatışma ve işbirliği sürecinde devletler arasındaki ilişkileri yöneten, bu devletlerin yönetici sınıflarının iradesini yansıtan, barış içinde bir arada yaşama ilkesini korumayı amaçlamış ve ihtiyaç durumunda bu devletler tarafından bireysel ya da kolektif olarak cebir yoluyla savunulacak kurallar bütünü olarak tanımlanabilir”.*<sup>115</sup>

Anlaşmalar tek başına uluslararası hukukun gerçek kaynakları olarak görülüyordu, fakat teamül de büyük ölçüde psikolojik öğeye (*opinio juris*) dayanan bir çeşit zımni ve örtük anlaşma olarak kabul ediliyor ve teamülün hukuki olarak bağlayıcı olduğuna vurgu yapılıyordu. Devlet uygulaması genel olmak zorunda olmasa da, teamülün oluşması için onun hukuk olarak kabul edilmiş olması zorunluydu.<sup>116</sup>

Barış içinde bir arada yaşama, örneğin, devletlerin egemenliği ve diğer devletlerin iç işlerine karışmama gibi belli bazı temel konseptlere dayandırılıyordu. Bir dünya otoritesinin gerekliliği yönünde ileri sürülen herhangi bir görüş devletlerin egemenliği prensibinin ihlali olarak görülerek mahkum ediliyordu.

Barış içinde bir arada yaşama doktrini; iyi komşuluk, uluslararası işbirliği ve uluslararası yükümlülükler gibi iyi niyetle riayet edilmesi gibi ilkeleri de içinde barındırıyordu. Doktrinin sosyal gelişim kanunları hususundaki güncel uygulamalara dayandığı öngörülüyor ve doktrin, sosyalizm ile kapitalizm arasındaki sınıf mücadelesinin silahlı çatışmaların engellendiği spesifik bir formu olarak değerlendiriliyordu.<sup>117</sup> Bu tür bir kavramsallaştırma esasen uluslararası hukukun temel konseptlerini ideolojik bir eğilimi yansıtacak şekilde

<sup>113</sup> A.g.e., ss. 16–22. Ayrıca bkz., R. Higgins, *Conflict of Interests*, London, 1964, 3. Bölüm.

<sup>114</sup> *Theory of International Law*, s. 251. Ayrıca bkz., G. I. Tunkin, 'Co-existence and International Law', 95 HR, 1958, ss. 1, 51, ve E. McWhinney, 'Contemporary Soviet General Theory of International Law: Reflections on the Tunkin Era', 25 *Canadian YIL*, 1989, s. 187.

<sup>115</sup> *International Law*, Moscow, 1957, s. 7.

<sup>116</sup> *Theory of International Law*, s. 118. Ayrıca bkz., G. I. Tunkin, 'The Contemporary Soviet Theory of International Law', *Current Legal Problems*, London, 1978, s. 177.

<sup>117</sup> Tunkin, 'Soviet Theory', ss. 35–48. Ayrıca bkz., F. Vallat, 'International Law – A Forward Look', 18 YBWA, 1964, s. 251; J. Hazard, 'Codifying Peaceful Co-existence', 55 AJIL, 1961, ss. 111–12; E. McWhinney, *Peaceful Coexistence and Soviet–Western International Law*, Leiden, 1964, ve K. Grzybowski, 'Soviet Theory of International Law for the Seventies', 77 AJIL, 1983, s. 862.

yineleme teşebbüsüydü. Ancak bu tür prensiplerin uluslararası toplum tarafından uzun bir süredir kabul edildiğini de vurgulamak gerekir.

Tunkin ilk olarak bölgesel nitelikli farklı uluslararası hukuk sistemlerinin gelişimine karşı çıkarken, daha sonraları fikrini değiştirerek komünist ülkeler arasındaki özel ilişkileri yansıtan bir sosyalist hukuku kabul etti. Doğu Avrupa'daki Sovyet müdahalesi (özellikle de 1968'de Çekoslovakya'da) bu tür görüşlerin ortaya çıkışında önemli bir rol oynadı.<sup>118</sup> Sovyet bakış açısına göre, sosyalist (komünist) devletler arasındaki ilişkiler uluslararası ilişkilerin yeni ve daha üst düzeyli bir çeşidini ve sosyalist uluslararası hukuku temsil ediyordu. Ortak sosyo-ekonomik faktörler ve ortak bir politik topluluk devam eden dostça ilişkilerin objektif temelini oluşturuyordu, oysa tam zıt olarak uluslararası kapitalizm zayıfın güçlü tarafından sömürsünü içeriyordu. Sosyalist ya da proleterya enternasyonalizminin prensipleri, antlaşmalar ve teamül yoluyla sosyalist blok ülkeleri arasında ortak bir uluslararası hukuk prensipleri sistemi oluşturuyordu. Devlet egemenliğine saygı, iç işlerine müdahale etmeme ve devletlerin ve halkların eşitliği gibi temel prensipler genel uluslararası hukukta da var olmasına rağmen, sosyalist uluslararası hukuktaki aynı prensipler ekonomik rekabet ve sömürünün yokluğu ve daha yüksek düzeyli işbirliği sayesinde daha olumlu bir içerik kazanıyordu. Sonuç olarak, bu prensipler devletlere birbirlerinin haklarını ihlal etmemeleri için yalnızca esaslı yükümlülük getirmekle kalmıyor, aynı zamanda onlara kapitalist tehditlere karşı bu tür hakları savunabilmek için birbirlerine yardım etme vazifesi de yükliyordu.<sup>119</sup>

Pratikte büyük ölçüde kapitalist çevredeki sosyalist devletleri korumak için ileri sürülmüş olmakla birlikte, toprak bütünlüğü ve devlet egemenliği konseptleri üzerindeki Sovyet vurgusu, kendi ulusal kimliklerini kurma ve Batı'nın finansal ve kültürel etkilerine karşı çıkma çabasındaki Üçüncü Dünya'nın gelişmekte olan ülkeleri için oldukça cazipti.

Soğuk Savaş'ın zayıflaması ve Sovyetler Birliği'nde *Perestroika* (yeniden yapılandırma) politikasının başlaması ile uluslararası hukuk teorisi alanında da yeniden değerlendirme süreci başladı.<sup>120</sup> Barış içinde birlikte yaşama konsepti tadil edildi ve sınıf savaşı nosyonu Sovyet politik lügatinden tümüyle çıkarıldı. Bu kavramlar yerine küresel karşılıklı bağımlılık ve uluslararası işbirliği gereksinimi konseptleri öne çıktı. Kapitalizm ile sosyalizm arasındaki gerilim artık çağdaş dünyada büyük bir çatışma oluşturmuyordu ve artık eski dogmaların ötesinde iki dünya arasında birçok ortak çıkar alanlarının var olduğu kabul ediliyordu.<sup>121</sup>

Yeni Sovyet düşüncesinin özünün, dünya toplumu için uluslararası hukukun artan önemi ile doğrudan irtibatlı olan küresel sorunların çözümünü konusundaki öncelikler ve evrensel insani değerler olduğu ifade ediliyordu. Ayrıca uluslararası hukukun evrensel olmak zorunda olduğu ve suni olarak kapitalist, sosyalist ve Üçüncü Dünya "uluslararası hukuk" sistemlerine ayrılamayacağına işaret ediliyordu.<sup>122</sup>

Sovyet yazarlar ve siyasi liderler 1968'de Çekoslovakya ve 1979'da Afganistan'daki gibi müdahalelerin uluslararası hukuka aykırı olduğunu kabul etti. Hukuk devleti ilkesi, uluslararası hukuk sistemini ve uluslararası ilişkilerde hukuk kurallarını güçlendirme

<sup>118</sup> Bkz., Grzybowski, *Soviet Public International Law*, ss. 16–22.

<sup>119</sup> Tunkin, *Theory of International Law*, ss. 431–43.

<sup>120</sup> Örneğin, bkz., *Perestroika and International Law* (ed. A. Carty ve G. Danilenko), Edinburgh, 1990; R. Müllerson, 'Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking', 83 AJIL, 1989, s. 494; V. Vereshchetin ve R. Müllerson, 'International Law in an Interdependent World', 28 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1990, s. 291, ve R. Quigley, 'Perestroika and International Law', 82 AJIL, 1988, s. 788. Ayrıca bkz., L. Mälksoo, *Russian Approaches to International Law*, Oxford, 2015 ve R. Müllerson, 'Ideology, Geopolitics and International Law', 15 *Chinese Journal of International Law*, 2016, s. 47.

<sup>121</sup> Vereshchetin ve Müllerson, 'International Law', s. 292.

<sup>122</sup> A.g.e.

yönüyle zaruri olarak görüldü. Özellikle, Birleşmiş Milletler'in rolü konusunda yeni bir vurgu Sovyet politikasında öne çıktı.<sup>123</sup>

1991'de Sovyetler Birliği'nin çözülüşü Soğuk Savaş'ın sonuna ve ideolojik yaklaşımla kısıtlanmamış bir uluslararası ilişkiler sisteminin yeniden doğuşuna işaret etti. Bu noktadan sonra, Rusya eski Sovyetler Birliği'nin devamı olarak (fakat farklı politik ve teritoryal çerçevede) Batı politik sistemine dahil oldu ve politikalarını ideolojik düşmanlıklardan bağımsız olarak kendi ulusal çıkarları açısından yeniden tanımladı.<sup>124</sup> Sovyetler Birliği'ne bağlı cumhuriyetlerin bağımsızlıklarını elde etmesi ve Yugoslavya'nın çöküşü büyük etkileri olan bir politik kaos oluşturdu. Soğuk Savaş uluslararası ilişkiler açısından neredeyse bütün ciddi uluslararası politik anlaşmazlıklarda etkisini gösteren ve özellikle de Birleşmiş Milletler'in operasyonlarında kolunu ayağını bağlayan ikili bir üst yapı empoze etmişti. Sovyetler Birliği zaman içinde yaklaşımını önemli ölçüde değiştirmiş olmakla birlikte, komünist sistemin ve devletin sona ermesi uluslararası sistemin doğasını değiştirdi ve bu kaçınılmaz olarak uluslararası hukuk açısından da sonuçlar üretti.<sup>125</sup> Süper güçlerin çetin mücadelesinin hafiflemiş olması (ancak sona ermemiş bulunması) Avrupa'daki istikrarsızlıkta bir artışa neden oldu ve bu durum Birleşmiş Milletler'in paradoksal olarak hem daha çok önem kazanmasını hem de sınırlılıkların gündeme getirdi.

Bu noktada Çin'in yaklaşımını da değerlendirmek yerinde olacaktır. Çin'in bakış açısına göre, Batılı konseptler temelde uluslararası alanda burjuva sınıfının hakimiyetini korumak amacıyla ortaya konulmuştu. Sovyet görüşleri kısmen kabul edilmiş, ancak 1950'lerin sonundan ve iki komünist güç arasında büyüyen yabancılaşmadan itibaren, Çin, Rusların esas olarak statükoyu ve Sovyetler ile ABD arasındaki hakimiyet mücadelesini devam ettirmekle ilgilendiği sonucuna vardı. Çin, özellikle, Sovyetler'in çağdaş uluslararası hukukun dayanak noktası olarak gördüğü barış içinde bir arada yaşama konseptine biraz şüpheyle yaklaştı, ancak buna yeni bir biçim de verdi.<sup>126</sup>

Çin'in hukuk konsepti tarihi ve kültürel sebeplerle Batı'da gelişen hukuk konseptinden oldukça farklıydı. Batı uygarlığındakinden farklı olarak, 'hukuk' Çin toplumunda asla önemli bir yer elde etmedi.<sup>127</sup> Çin, sofistike bir bürokrasi uyum ve denge içinde bir toplum anlayışını hakim kılmaya çalıştı, bu nedenle bireyi korumayı amaçlayan Batılı anlamda bir yasal haklar sistemi gelişmedi. Topluma en iyi biçimde kurallar ve yaptırımlarla değil, örnek model olarak ve yerleşik ahlak anlayışı ile hizmet edilebileceğine inanılıyordu. Ancak bu Konfüçyüsçü felsefe komünist devrimin başarıya ulaşmasından sonra dikkate alınmadı ve sınıf savaşına vurgu yapan katı bir Marksizm-Leninizm ile yer değiştirdi.<sup>128</sup>

Çinliler başta Batılı, sosyalist ve revizyonist (Sovyetler Birliği) olmak üzere birbirinden ayrı uluslararası hukuk sistemlerinin var olduğu değerlendirmesini yapıyor, fakat evrensel bir sistemin ancak sosyalizmin nihai zaferi ile mümkün olabileceğini düşünüyordu.<sup>129</sup>

<sup>123</sup> Bkz., Quigley, 'Perestroika', s. 794.

<sup>124</sup> Örneğin, bkz., R. Müllerson, *International Law, Rights and Politics*, London, 1994. Ayrıca bkz., *The End of the Cold War* (ed. P. Allan ve K. Goldmann), Dordrecht, 1992, ve W. M. Reisman, 'International Law after the Cold War', 84 AJIL, 1990, s. 859.

<sup>125</sup> Örneğin bkz., R. Bilder, 'International Law in the "New World Order": Some Preliminary Reflections', 1 *Florida State University Journal of Transnational Law and Policy*, 1992, s. 1.

<sup>126</sup> Bkz., H. Chiu, 'Communist China's Attitude towards International Law', 60 AJIL, 1966, s. 245; J. K. Fairbank, *The Chinese World Order*, Cambridge, 1968; J. Cohen, *China's Practice of International Law*, Princeton, 1972; Anglo-Chinese Educational Trust, *China's World View*, London, 1979; J. Cohen ve H. Chiu, *People's China and International Law*, Princeton, 2 Cilt, 1974, ve C. Kim, 'The People's Republic of China and the Charter-based International Legal Order', 72 AJIL, 1978, s. 317. Ayrıca bkz. 4. Bölüm.

<sup>127</sup> Bkz., Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, ss. 760-3; S. Van der Sprenkel, *Legal Institutions in Northern China*, New York, 1962, ve R. Unger, *Law in Modern Society*, New York, 1976, ss. 86-109.

<sup>128</sup> Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, ve H. Li, 'The Role of Law in Communist China', *China Quarterly*, 1970, s. 66, aktaran Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, ss. 801-8. Ayrıca bkz. T. Ruskola, 'China in the Age of the World Picture' *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Bölüm 7.

<sup>129</sup> Örneğin bkz., Cohen ve Chiu, *People's China*, ss. 62-4. Ayrıca bkz., Xue Hanqin, 'Chinese Contemporary Perspectives on International Law: History, Culture and International Law', 355 HR, 2012, s. 41.

Uluslararası antlaşmalar uluslararası hukukun ana kaynağı olarak görülür, Çin de diğer devletler ile birçok antlaşma ve sözleşme yaptı ve bunlara bağlı kaldı.<sup>130</sup> Kuşkusuz ki, bunun bir istisnası, 19. yüzyılda Çin topraklarının diğer güçler tarafından (özellikle de Rus Çarlığı) işgali sonunda yapılmış olan ve “adaletsiz” olarak gördüğü antlaşmaları tanımamasıydı.<sup>131</sup>

Genel olarak uluslararası hukuka uluslararası politikanın bir parçası olarak yaklaşıyor ve uluslararası hukukun güç ve çıkar kaygıları kadar ideolojiye de bağlı olduğu düşünülüyordu. Uluslararası kuralların Çin politikaları ve çıkarları ile uyumlu olduğu durumlarda onlara uyuyor, uyumlu olmadığı durumlarda ise önemsemiyordu.

Bununla birlikte diğer ülkelerle ilişkiler kurulup Birleşmiş Milletler’de temsil edildikten, bir anlamda Çin açısından tarihin izolasyonist dönemi bittikten sonra, Çin uluslararası ilişkilerde çok daha aktif bir rol üstlendi. Bu yaklaşım hızla büyüyen ekonomik gücüyle de uyumlu oldu. Çin günümüzde dünya politikasının önde gelen aktörlerinden oldu ve bu -tıpkı Sovyetler Birliği gibi- uluslararası hukuka bakışının değişimine ve mevcut anlayışı kabulüne yol açtı.

Ancak bu, ne Rusya’nın ne de Çin’in uluslararası hukukta batının egemen olduğu yaklaşımları benimsedikleri manasına gelir. Her iki devlet de uluslararası ilişkilerin dayanak noktası olarak devlet egemenliğini, egemen eşitliği ve iç işlerine müdahale etmemeyi kendi odak noktaları olarak almaktadırlar. Bu durum, yakın zamanda 25 Haziran 2016’da Pekin’de bu devletlerce ilan edilen Uluslararası Hukukun İlerletilmesi Bildirgesi’nde kendini göstermektedir. Bu bildirme 1954 tarihli Birlikte Var Olmanın Beş İlkesi’nin<sup>132</sup> ve uyuşmazlıkların rıza temelli çözümünün geçerliliğinin devam ettiğinin de altını çizmiştir.<sup>133</sup> Bu tür bir yaklaşım, hukuken yanlış olmasa da, küreselleşme, uluslararası insan hakları ve demokratik yönetişime yapılan güncel vurguyu minimize etmektedir.

### Üçüncü Dünya

İkinci Dünya Savaşı’ndan bu yana uluslararası ilişkilerin evriminde tarihin kaderini en çok belirleyen olaylardan biri de, sömürge imparatorluklarının dağılması ve bir dönem Üçüncü Dünya olarak tanımlanan yeni devletler topluluğunun doğuşuydu. Bu devletler geçmiş statülerine ilişkin acı hatıralar taşıyor ve sosyal, ekonomik ve politik gelişim açısından birçok sorun yaşıyordu.<sup>134</sup> Böyle bir durumda uluslararası hukukun yapısı ve doktrininin eleştirilmesi de kaçınılmazdı.

19. yüzyılın Avrupa merkezilik üzerine kurulu ve içeriği Hristiyan, kentli ve yayılcı Avrupa değerleri ile doldurulmuş uluslararası hukuk anlayışı<sup>135</sup>, anlaşılabilirliği üzere, yeterli değildi ve uluslararası hukuk yirminci yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkan bu yeni devletlerin ihtiyaçları ve çıkarlarını da yansıtmak zorundaydı. Eski dönemin

<sup>130</sup> A.g.e., ss. 77–82, ve genel olarak 8. Bölüm.

<sup>131</sup> Örneğin bkz., I. Detter, ‘The Problem of Unequal Treaties’, 15 ICLQ, 1966, s. 1069; F. Nozari, *Unequal Treaties in International Law*, Stockholm, 1971; Chiu, ‘Communist China’s Attitude’, ss. 239–67, ve L.-F. Chen, *State Succession Relating to Unequal Treaties*, Hamden, 1974.

<sup>132</sup> İlave ayrıntılar için bkz. 4. Bölüm.

<sup>133</sup> [http://www.mid.ru/en/foreign\\_policy/news/-/asset\\_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2331698](http://www.mid.ru/en/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2331698).

<sup>134</sup> Örneğin bkz., R. P. Anand, ‘Attitude of the Afro-Asian States Towards Certain Problems of International Law’, 15 ICLQ, 1966, s. 35; T. O. Elias, *New Horizons in International Law*, Leiden, 1980; Higgins, *Conflict of Interests*, 2. Bölüm. Ayrıca bkz., Hague Academy of International Law, Colloque, *The Future of International Law in a Multi-cultural World*, özellikle ss. 117–42, ve Henkin, *How Nations Behave*, ss. 121–7; A.A. Yusuf, ‘Pan-Africanism and International Law’, 369 HR, 2014, s. 165 ve A.B Lorca, *Mestizo International Law*, Cambridge, 2015.

<sup>135</sup> Örneğin bkz., Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Cilt: 1, ss. 435–6. Ayrıca bkz., B. Roling, *International Law in an Expanded World*, Leiden, 1960, s. 10.

kuralları sömürgeciliği teşvik etmiş ve sonrasında da bu halkların boyunduruk altına alınmasını meşrulaştırmıştı, bu nedenle değişiklik zaruriydi.<sup>136</sup>

Değişmesi istenen uluslararası hukuk görüş ve prensipleri esasen 19. yüzyılda ortaya çıkan ve Batı'nın gücü ve hakimiyetini adeta kutsal bir mertebeye taşıyan prensiplerdi.<sup>137</sup> Uluslararası hukukun altında yatan konseptlerden ise vazgeçilmedi, tam aksine ortak olarak kabul edilmiş hukuki bir çerçevenin sınırları içerisinde güvenlik arayışında olan yeni devletler, devletlerin egemenliği ve eşitliği, iç işlerine müdahalede bulunmamama ve saldırmazlık prensiplerini canı gönülden benimsediler.

Uluslararası hukukun son 50 yılda meydana gelen bu yeni uluslararasılaşması onun Avrupa temelli bütünselliğini yok ederken, diğer yandan da uluslararası hukukun evrensel boyutunu öne çıkardı.<sup>138</sup> Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin kompozisyonu bu gelişmeleri yansıtmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 9. maddesi mahkeme içinde uygarlığın ana formları ve dünyadaki başlıca hukuk sistemlerinin temsil edilmek zorunda olduğuna işaret etmektedir. Benzer şekilde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nde daimi olmayan 10 üyeliğin 5'inin Afrika ve Asya ülkelerine, 2'sinin de Latin Amerika ülkelerine ayrılmasına ilişkin bir düzenleme söz konusudur. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (*International Law Commission*) kompozisyonu da yakın zamanda artırılmış ve coğrafi temelde yeniden yapılandırılmıştır.<sup>139</sup>

Yeni devletlerin etkisi, 193 üye devletin çoğunluğunu oluşturdukları için çoğu zaman Genel Kurul'da hissedildi.<sup>140</sup> Genel Kurul'dan çıkan değişik karar ve deklarasyonların içeriği ve kapsamı bu ülkelerin etkilerinin bir delilidir ve bir anlamda onların korku, kaygı ve ilgi alanlarının dökümünü yansıtır.

Örneğin, 1960 yılındaki Sömürge Ülkelere ve Halklarına Bağımsızlıklarının Verilmesi Hakkındaki Deklarasyon kolonilerin kendi egemenliklerini gecikmeksizin elde etme hakkını adeta kutsal bir noktaya taşıdı ve self-determinasyon prensibinin tanınması çağrısında bulundu. Kitapta ilerideki bölümlerde tartışılacak olan bu prensip<sup>141</sup> çoğu otorite tarafından (sınırları belirlenmemiş olmakla birlikte) uluslararası hukukun yerleşik bir kuralı olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, bu prensip post-kolonyal devletlerin yükselişi ve onların uluslararası hukukun gelişimi üzerindeki etkisini sembolize etmektedir.

Bu post-kolonyal ülkelerin, devletlerin egemenliğinin tanınmasına yönelik ilgileri 'ekonomik self-determinasyon' arzusu ya da doğal kaynaklar üzerinde mutlak egemenlik hakkı talebini de içeriyordu ve bu doğrultuda Birleşmiş Milletler'i ve onun Şart'ını destekliyorlardı.<sup>142</sup> Uluslararası hukukun ekonomi alanına doğru genişlemesi 20. yüzyılın en önemli gelişmelerinden biriydi ve Tarifeler ve Ticaret Genel Antlaşması (GATT)'nin kabulü ve Ticaret ve Kalkınmaya İlişkin Birleşmiş Milletler Konferansı'nın gerçekleştirilmesi ve Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası'nın kurulması gibi birçok örnek bunun göstergeleriydi.

<sup>136</sup> Bunun aksine bazı yazarlar uluslararası hukukun evrenselleşmesinin onun içeriğinin sulandırılmasına yol açtığı iddiasında bulundu. Örneğin bkz., Friedmann, *Changing Structure*, s. 6; J. Stone, *Quest for Survival: The Role of Law and Foreign Policy*, Sydney, 1961, s. 88, ve J. Brierly, *The Law of Nations*, 6. Baskı, Oxford, s. 43.

<sup>137</sup> Örneğin bkz., Alexandrowicz, *European-African Confrontation*.

<sup>138</sup> Örneğin, F. C. Okoye, *International Law and the New African States*, London, 1972; T. O. Elias, *Africa and the Development of International Law*, Leiden, 1972, ve Bernhardt, *Encyclopedia*, Cilt: 7, ss. 205-51.

<sup>139</sup> 36/39 sayılı Genel Kurul Kararı'na göre 34 üyeden 21'i Afrika, Asya ve Latin Amerika devletlerinden olacaktır.

<sup>140</sup> Bkz., yukarıda.

<sup>141</sup> Bkz., aşağıda 5. Bölüm.

<sup>142</sup> Bkz., aşağıda 13. Bölüm.

Üçüncü Dünya ülkelerinin çıkarları sanayileşmiş ülkelerinki ile sıklıkla çatışma halindeydi ve özellikle millileştirme konusunda ciddi anlaşmazlıklar ortaya çıktı. Ancak, sömürgelerin bağımsızlaşması sürecinin erken dönemlerinde birçoklarının ifade edilen kaygıların aksine, bu devletlerin uluslararası hukuka karşı çıkmaya ya da onu topyekun değiştirme çabası içinde olmadıklarını da vurgulamak gerekir. Yeni devletler bir yandan kendi çıkarlarına aykırı düşen kurallara karşı kampanya yürütürken, diğer yandan da diplomatik ilişkileri ve kontrollü güç kullanımını düzenleyen kurallar gibi birçok kuraldan fayda elde etmeyi arzuluyordu ve bu nedenle uluslararası hukukun genel çerçevesini benimsiyorlardı.

Bu yeni ülkelerin, yabancı hakimiyeti ve az gelişmişlik konularında ortak bir geçmişi paylaşıyor ve ulusal kimliğin uyanışı gibi konularda benzeri süreçleri yaşıyor olmakla birlikte, türdeş bir grup oluşturdukları da söylenemez. Bu ülkeler birbirinden oldukça farklı kültürel, sosyal ve ekonomik yaklaşımlara sahiptir ve yine birbirinden farklı gelişme süreçleri göstermektedir. "Üçüncü Dünya" başlığı, farklı politik bağlılıkları maskelemektedir. Birçok konuda yeni devletlerin çıkarları birbirleri ile çatışmakta ve bu durum benimsenen farklı pozisyonlar olarak kendini açığa çıkarmaktadır. Petrol ve diğer değerli doğal kaynaklara sahip olan devletler bu kaynaklara yeterince ya da hiç sahip olmayanlardan ayrılmakta, okyanusa sınır olan devletler denize kıyısı olmayan devletlerden farklılaşmaktadır. Farklılık listesi geniştir ve bu çeşitlilik güney yarımkürede kuzeyde olduğundan çok daha fazla görülmektedir.

Gelecekte sömürgelerin bağımsızlaşması sürecinin ateşinin sönmeye ve uluslararası hukuk üzerindeki Batı hakimiyetinin daha fazla aşınması sonucu hukuki açıdan somut yaklaşım farklılıklarının ortaya çıkması imkan dahilindedir. Bu eğilim aynı zamanda tarihi geleneklerin ve sömürge dönemi öncesi konseptlerin daha iyi anlaşılması ve değerlendirilmesine ve uluslararası hukukun gelecekteki gelişimi için onların öneminin farkına varılmasına kapı aralayacaktır.<sup>143</sup>

Bununla birlikte orta vadede Soğuk Savaş'ın sona ermesi ve Sovyet (sonrasında da Rus) – ABD işbirliğinin (ki bu sadece geçici olabilir) hızla gelişimi ile çatışma eksenli Doğu-Batı yönünden Kuzey-Güney yönüne doğru evrilmeye başlamıştır. Bu değişim ekonomi hukukundan deniz hukukuna ve insan haklarına kadar birçok konuda kendini açığa vururken, modern teknolojinin bu değişim süreci üzerindeki etkisi de henüz yeterince değerlendirilememiştir.<sup>144</sup> Bu faktörlerle birlikte küreselleşmenin gelişimi evrenselleşme ve yerellik arasındaki geleneksel gerilimi daha da artırmaktadır.<sup>145</sup>

Ulusal sınırların ötesinde bireylerin, grupların ve şirketlerin yüksek ölçüde karşılıklı bağımlılığı bağlamında küreselleşme Batı uygarlığının evrenselleşmesi ve bu açıdan da yerelliklerden birinin zaferi olarak görülebilir. Diğer yandan, yerellik bazen kültürel görecelik kılıfı altında, uluslararası denetim ve eleştirilere kapalı olarak insan hakları ihlallerinin meşrulaştırılması açısından da kullanılabilir.

<sup>143</sup> Örneğin bkz., H. Sarin, 'The Asian-African States and the Development of International Law', Hague Academy Colloque, s. 117; Bernhardt, *Encyclopedia*, Cilt: 7, ss. 205-51, O. Yasuaki, 'A Transcivilization Perspective on International Law', 342 HR, 2010, s. 77, Y. Masaharu, 'Significance of the History of the Law of Nations in Europe and East Asia', 371 HR, 2014, s. 277 ve R. Westbrook, 'Islamic International Law and Public International Law: Separate Expressions of World Order', 33 Va. JIL, 1993, s. 819. Ayrıca bkz., C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, Oxford, 1958, s. 169. Eritrea/Yemen davalarındaki Mahkemenin tarihsel hak ve bölgesel hukuk geleneklerine yaptığı atıflara da bakınız. Bkz. the judgment in Phase One: Territorial Sovereignty, 1998, 114 ILR, ss. 1, 37 vd. ve Phase Two: Maritime Delimitation, 1999, 119 ILR, ss. 417, 448.

<sup>144</sup> Örneğin bkz., M. Lachs, 'Thoughts on Science, Technology and World Law', 86 AJIL, 1992, s. 673.

<sup>145</sup> Bkz., Koskenniemi, *Gentle Civilizer of Nations*. Ayrıca bkz., G. Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, 2004.

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

T. M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, 1990.

L. Henkin, *International Law: Politics and Values*, Dordrecht, 1995.

R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994.

A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, gözden geçirilmiş baskı, New York, 1954.

*Research Handbook on the Theory and History of International Law* (ed. A. Orakhelashvili), London, 2011.





## BÖLÜM 2

# GÜNÜMÜZDE ULUSLARARASI HUKUK

### ULUSLARARASI KONULARIN GENİŞLEYEN KAPSAMI

Uluslararası hukuk geçen yüzyılın ortalarından bu yana modern dönemde hayatın karmaşasının artışına koşut olarak birçok doğrultuda gelişmektedir. Daha önce de vurgulandığı gibi, hukuk toplumun kültürel geleneklerini ve toplumsal koşulları yansıtır. Toplum sosyal, ekonomik ve politik alanda belli bazı değerler seti geliştirir ve bu, içinde bulunulan toplumun yaşamını düzenleyen hukuki çerçeveye damgasını vurur. Benzeri şekilde, uluslararası hukuk da içinde bulunduğu çevrenin bir ürünüdür. Uluslararası ilişkiler de hakim olan nosyonlara uygun olarak gelişmiştir ve yaşamını sürdürebilmek için çağın realiteleri ile uyum içinde olmak zorundadır.

Bununla birlikte, mevcut kurallar ile sistem içinde değişiklik arayışında olan güçler arasında süregelen bir gerilim vardır. Uluslararası hukukun en büyük sorunlarından biri, yeni davranış standartlarının ve yeni yaşam realitelerinin ne zaman ve nasıl mevcut çerçeveye dahil edileceğinin belirlenmesidir. Bu sorunun çözümü hayati derecede önemlidir, çünkü böylece bir yandan hukuk güncel gelişmeler ile bağlantılı kalacak, diğer yandan da sistemin kendisi çok kuvvetli bir sarsıntıya maruz kalmayacaktır.

Uluslararası toplum içinde meydana gelen değişimler son derece kritik olabilir ve sistem üzerinde sarsıcı etkide bulunabilir. Örneğin, nükleer silahların icadı Avrupa'da bir statüko ve dünya üzerinde de bir terör dengesi doğurdu. Günümüzde de bazı devletler nükleer teknoloji elde etme uğraşı içinde olduğundan bu durum endişe kaynağı oluşturmaktadır. Diğer bir örnek de okyanuslardaki madenlerin işletilmesi konusundaki teknolojik kapasite ve bunun sonucu ortaya çıkan faydalanmanın doğası ve tarafları ile ilgili sorunlardır.<sup>1</sup> Uluslararası terörizmin yükselişi, devletler ve uluslararası organizasyonlar bir yandan insan hakları ve devletlerin egemenliğine saygı ilkesini korurken, diğer yandan bu yeni fenomenle mücadele etmeye çalıştıkları için sisteme yönelik yeni meydan okumalara yol açmıştır.<sup>2</sup> Modern gelişmelerin uluslararası hukukun yapısı ve onun kuralları hususunda nasıl sürekli olarak yeniden değerlendirme ihtiyacını doğurduğunun birçok örneği mevcuttur.

Günümüzde uluslararası hukukun alanı çok geniştir. Uzay yolculuklarının düzenlenmesinden deniz dibinin taksimine insan haklarının korunmasından uluslararası finans sisteminin yönetimine kadar çağdaş uluslararası hayatın bütün ilgi alanlarını kapsamaya barışın korunmasına yönelik başlıca kaygıdan kaynaklanmaktadır.

Ancak, uluslararası hukukun varlık sebebi (*raison d'etre*) ve onun kompozisyonunda belirleyici faktör, uluslararası politik sistemin ihtiyaçları ve özellikleridir. Bir sistem içinde birden fazla birimin olduğu yerde diğer birimlerle nasıl bir ilişki biçimi (birlikte yaşama ya da düşmanlık temelinde) kurulacağına dair bir konsept olmak zorundadır. Uluslararası hukuk da 17. yüzyıldan beri gelişme süreci boyunca aynı yaklaşımı benimsedi ve genelde (kayda değer istisnalarına rağmen) daimi düşmanlık ve nefret düşüncesinden kaçındı. Devletler dış dünyaya karşı egemenliklerini devam ettirmek istedikleri ve giderek artan karşılıklı bağımlılık dünyasında diğer devletlerle sağlıklı ilişkiler kurulmasına ihtiyaç hissettikleri için diğerlerinin haklarını kabul etmek zorundadır. Devletlerin sahip olduğu hakların

<sup>1</sup> Bkz., aşağıda 10. Bölüm.

<sup>2</sup> Bkz., aşağıda 19. Bölüm.

tanınması (ki hiçbir devletin tek başına yaşayamayacağı bir dünyada zorunlu bir durumdur) kaçınılmaz olarak bu tür hakları ve, tabii ki, yükümlülükleri tanımlayan ve düzenleyen bir sistemi gerekli kılar. Ve bu zorunluluk, ne denli basit ve -bazen de- dağınık olursa olsun uluslararası hukuk düzeninin belli bir formunun ortaya çıkmasına yol açar.<sup>3</sup>

Mevcut sistem Avrupa uygarlığı bağlamında gelişti, fakat bu durum zamanla değişti. Amerika Birleşik Devletleri ve Sovyetler Birliği'nin yükselişi, Avrupa'nın düşüşüne ayna tuttu, sömürgelerin bağımsızlaşma sürecinin de bu değişimde kayda değer etkisi oldu. Daha yakın dönemde Sovyetler Birliği'nin çöküşü, Hindistan ve Çin'in büyük güçler olarak sahneye çıkışı ve küreselleşme olgusu da sistem üzerinde derinden etkide bulundu. Güç yapısındaki radikal değişikliklerle karşı karşıya kalan uluslararası hukukun yeni düşünceler ve meydan okumalarla ilgilenme zarureti ortaya çıktı.

Uluslararası hukukun Avrupa-merkezci karakteri yaklaşık son 60 yılda ciddi derecede zayıfladı. Artık günümüzde diğer kültür ve uygarlıkların görüşleri, umutları ve ihtiyaçları dünya hukuk düşüncesinin evriminde artan bir rol oynamaktadır.<sup>4</sup>

Uluslararası hukuk her şeyden önce dünya politikasının devlet merkezli temel karakterini yansıtır ve bu, devletin zamanla halkların umutlarının ve beklentilerinin (korunma amaçlı ya da daha kapsamlı amaçlarla) odak noktası olması nedeniyle. Devlet olmanın temel özelliklerine eşit oranda sahip olma ve hukuktaki eşit egemenlik nosyonlarından yararlanan resmi bağımsız birimlerin<sup>5</sup> ortaya çıkışını, bu değerleri saygın bir konuma yerleştiren bir sistemin oluşturulması izledi. Bu noktada kaydedilmesi gereken örnekler, iç işlerine müdahale etmeme, toprak bütünlüğü, güç kullanma yasağı, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda oyların eşitliği prensipleridir. Ancak yetersiz ekonomik ilişkiler, insan haklarına yönelik uluslararası kaygılar ve yeni teknolojik güçlerin yükselişi gibi birçok faktör devlet sınırlarını aşar ve dünya politikasında bir gerilime neden olur.<sup>6</sup> Uluslararası hukuk hem uluslararası hem de bölgesel bazda devlet politikaları ve güç dengelerinin (ayrıca iç politik koşullar ve gerilimlerin) gölgesinde işler. Hukuk devletlerin içindeki ve devletlerarası güçlerin kaygı ve çıkarlarını yansıtır.

Devletlerin belli bazı amaçları (ekonomik zenginlik, yaşam ve güvenlik kaygısı ya da ideolojik hakimiyet gibi) elde etmesi için hukuka ihtiyacı olduğunu da görmek gerekir. Bu nedenle sistem bu tür amaçların elde edilebilmesi açısından yeterince kesin ve değişim talep eden güçlerin kuvvetli baskıları sonucu değişimin zorunlu olduğu durumlarda, bu değişikliğe izin verme açısından da yeterince esnek olmak durumundadır.<sup>7</sup>

Öte yandan, uluslararası hukuk sadece İkinci Dünya Savaşı'nın sonundan bu yana kurulan yeni devletleri kapsamak için yatay olarak genişlemekle kalmamış, aynı zamanda bireyleri, grupları ve özel ve kamusal nitelikli uluslararası organizasyonları da kendi alanına dahil edecek şekilde yayılmıştır. Ayrıca, uluslararası ticaret, çevrenin korunması, insan hakları ve uzay araştırmaları gibi konuları içeren yeni alanlar da ilgi sahasına girmiştir.

19. yüzyılda pozitivistimin büyümesi uluslararası hukukun egemen devletler üzerindeki ilgisine odaklanma sonucunu getirmiştir. Yalnızca egemen devletler uluslararası hukukun

<sup>3</sup> Uluslararası düzen ya da sistem veya topluluğun tam tanımı ve özelliklerine ilişkin görüşler için bkz., G. Schwarzenberger ve E. D. Brown, *A Manual of International Law*, 6. Baskı, London, 1976, ss. 9–12; H. Yalem, 'The Concept of World Order', 29 YBWA, 1975, ve I. Pogany, 'The Legal Foundations of World Order', 37 YBWA, 1983, s. 277.

<sup>4</sup> Örneğin bkz., L. C. Green, 'Is There a Universal International Law Today?', 23 *Canadian YIL*, 1985, s. 3.

<sup>5</sup> Bkz., aşağıda 5. Bölüm.

<sup>6</sup> Ülke konusunda hukuk bağlamındaki örnekler için bkz., M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986, ss. 1–11.

<sup>7</sup> Bkz., S. Hoffman, 'International Systems and International Law', 14 *World Politics*, 1961–2, s. 205.

“süjeleri”dir ve uluslararası hukukun “objeleri” olarak bireyler ve bağımsız olmayan devletlerin statüleri ile tezat teşkil etmek durumundadır. Yine yalnızca egemen devletler hukuk yapabilir ve bu devletlerin bağımsızlığı üzerinde sınırlamalar getirilemez.<sup>8</sup> Fakat uluslararası ilişkiler sisteminin bütününe yönelik yeni yaklaşımların gelişmesiyle birleşerek pozitivist doktrinin giderek entelektüel derinlik kazanması bu dışlayıcı perspektifi kırdı ve bireyler, çok uluslu şirketler ve uluslararası kuruluşlar gibi devlet-dışı birimlerin rolleri de sisteme dahil edildi.<sup>9</sup> Kuşkusuz ki, uzun bir zamandır bireylerin uluslararası hukuktan yararlanabilme hakkı tanıyıyordu, ancak yalnızca yakın dönemlerde bireyler ulus devletlerine dayanmaktan ziyade kendileri doğrudan hareket edebildiler.

İkinci Dünya Savaşı'nın bitimi sonrası savaşın galibi Müttefik devletler tarafından kurulan Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri bu sürecin önemli bir parçasıydı. Suçlananların çoğu insanlığa ve barışa karşı suçlardan mahkum oldu ve buna göre cezalandırıldı. Bu, devletin müdahalesi olmaksızın uluslararası hukuk altında bireysel sorumluluğun tanınmasıydı ve bu anlayış 1990'ların ortasında Yugoslavya ve Ruanda Savaş Suçları Mahkemesi'nin, 1998'de de Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasıyla daha da güçlendi.<sup>10</sup> Benzeri şekilde 1948 Soykırım Sözleşmesi, faillerin ulusal mahkemeler ya da bir uluslararası ceza mahkemesi tarafından suçlu bulunduktan sonra cezalandırılması hükmünü getirmişti.<sup>11</sup> İnsan hakları konusunda gelişen duyarlılık, uluslararası hukukta bireyin rolünün artışına ilişkin bu yönelimin diğer bir boyutudur.

1948'de deklare edilen Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname, hukuki olarak bağlayıcı olmayan bir yönerge olmakla birlikte bir dizi siyasi ve sosyal hakkı belirtmekteydi. 1950'de imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1966'daki Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri daha farklıydı ve imzalayan tarafları bağlayıcı niteliğe sahipti. Tatmin edici biçimde işleyebilmesi için denetim ve uygulamaya yönelik birçok değişik birim kuruldu. Avrupa Birliği içinde bireyler ve şirketler belli haklar konusunda Birliğin değişik kurumlarının kararlarına karşı Avrupa Adalet Divanı'na doğrudan başvuru hakkına sahiptir. Ayrıca bireyler belli bazı uluslararası mahkemelerin huzuruna çıkabilirler. Bununla birlikte, daha genel çerçevede bu konu oldukça tartışmalıdır. Bazı yazarlar (örneğin *perestroika* öncesi Sovyet teorisyenleri) bireylerin uluslararası hukuk altında görevlerden bağımsız haklarının olabileceğini kabul etmiyorlardı. Ancak yine de konu devletin münhasır yetkisinden uzaklaşma eğiliminin bir göstergesidir.<sup>12</sup>

Bireysel insan haklarının evrimiyle birlikte, uluslararası örgütlerin yükselişi belki de modern uluslararası hukukun en temel ayırt edici özelliğidir. Gerçekten de çağdaş dönemde uluslararası hukuk, bu tür devletlerarası kurumların sayısı ve etkisinin artışına atıfta bulunulmaksızın anlaşılabilir, ki bu kurumların en önemlisi de Birleşmiş Milletler'dir.<sup>13</sup> BM dünyadaki devletlerin çok büyük çoğunluğunu kapsamaktadır ve şu an 193 üye mevcuttur. Bu durum diplomatik ilişkiler ve müzakereler sürecinde çok önemli bir politik faktör olmakta ve uluslararası işbirliğini ve norm yaratılmasını kolaylaştırmaktadır. Dahası, belli durumlarda tüm üye ülkeleri bağlayıcı nitelikte karar alma yetkisine sahip idari organ olarak Güvenlik Konseyi'nin varlığı uluslararası ilişkiler tarihinde emsalsizdir.

Uluslararası örgütler günümüzde kendi görevleri ve hakları olan ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip kurumlar olarak kabul edilmektedir. 1949 yılında Uluslararası Adalet Divanı BM'nin uluslararası hukuk sujesi olduğu ve uluslararası iddialar (bu davada BM görevlisi Kont

<sup>8</sup> Bkz., *Lotus* davası, PCIJ, Series A, No. 10, s. 18.

<sup>9</sup> Bkz., aşağıda 5. Bölüm.

<sup>10</sup> Bkz., aşağıda 7. Bölüm.

<sup>11</sup> *A.g.e.*

<sup>12</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., 6. Bölüm.

<sup>13</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., 22. Bölüm.

Bernadotte'nin katledilmesi üzerine İsrail'e karşı) öne sürerek haklarını icra edebileceğini ifade eden bir istişari görüş açıklamıştır.<sup>14</sup> Böyle bir karar Uluslararası Çalışma Örgütü ve Gıda ve Tarım Örgütü gibi kendi hukuki karakteri olan diğer uluslararası kuruluşlara da uygulanabilir. Bu yüzden devletler hala uluslararası hukukun temel kişileri olmakla birlikte, gelecekte önemleri çok daha fazla artması muhtemel olan devlet dışı unsurlar da günümüzde artık uluslararası hukukun süjeleri arasına girmiştir.

Bu aşamada bölgesel organizasyonların büyümesi de not edilmelidir. Bunların birçoğu askeri güvenlik sebepleriyle oluşturulmuş, örneğin NATO ve karşıtı Varşova Paktı, diğerleri de (Afrika Birliği Örgütü ve Amerikan Devletleri Örgütü gibi) bölgesel ve kültürel kimlik temelinde kurulmuştur. Kendi sınıfında değerlendirilmesi gereken diğer bir örgüt de Avrupa Birliği'dir. AB ekonomik işbirliği ve standardizasyon amacından çok daha öteye geçmiş ve günümüzde temelde Brüksel'de konuşlanmış bulunan büyüyen bir bürokrasinin hizmet verdiği bir dizi ortak kuruma sahip olmuştur.

Bu tür bölgesel organizasyonlar, genel çerçevede içerisinde "bölgesel uluslararası hukuk alt sistemleri"nin doğması ve sonucunda sadece üye devletleri bağlayan kuralların ortaya çıkması ile uluslararası hukukun gelişen zenginliğine katkıda bulunmuştur.<sup>15</sup>

Uluslararası hukuk tarafından kapsanan konuların çeşitleri, sisteme dahil olan katılımcıların sayısının çoğalması ve yüz yüze gelinen zorluklarda artış ile yan yana gelişti. Uluslararası hukuk artık yalnızca dar anlamda anlaşıldığı biçimiyle devletlerin yargı yetkisi ya da topraklarına ilişkin konular ile ilgilenmemektedir, çağdaş toplumun girift sorunlarını da dikkate almaya başlamıştır. Bunların birçoğuna (insan hakları, finans ve kalkınma konularını kapsayan uluslararası ekonomi hukukunun büyümesi, çevre talanına ilişkin kaygılar, uzay araştırmaları ve okyanus ve derin deniz yatağı kaynaklarından faydalanma gibi) daha önceden atıfta bulunulmuştu. Bunlara ek olarak ayrıca, uluslararası kuruluşların bürokrasisi (uluslararası idare hukuku), uluslararası çalışma standartları, sağlık düzenlemeleri ve iletişimin kontrolü gibi konularla ilgili hükümleri de anmak gerekir. Bu eğilimlerin birçoğu küreselleşme olgusunun bir parçası, ya da daha ziyade onun yansıması olarak görülebilir. Küreselleşme olgusu, ekonomik iletişim ve kültürel temeller üzerine kurulu karşılıklı bağımlılığa doğru ve ulusal düzenlemelerden tamamıyla bağımsız işleyen kaçınılmaz yönelimi ihtiva etmektedir.<sup>16</sup>

Bu, neredeyse tamamıyla ideolojik nitelikli ihtilafları - örneğin serbest ticaret ve çevre koruma arasındaki ilişkiler gibi - kamçulamaktadır.<sup>17</sup> Buna, devletlerin yargı yetkisi ve toprak egemenliği üzerindeki klasik vurguya belli bir ölçüde karşı olarak işleyen demokrasi ve insan hakları konusundaki baskılar da eklenebilir.

<sup>14</sup> *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports, 1949, s. 174; 16 AD, s. 318

<sup>15</sup> Genel olarak bkz., aşağıda 23. Bölüm.

<sup>16</sup> Örneğin bkz., A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Stanford, 1990; S. Sur, 'The State Between Fragmentation and Globalisation', 8 *EJIL*, 1997, s. 421; B. Simma ve A. Paulus, 'The "International Community": Facing the Challenge of Globalisation. General Conclusions', 9 *EJIL*, 1998, s. 266; P. M. Dupuy, 'International Law: Torn Between Coexistence, Co-operation and Globalisation. General Conclusions', 9 *EJIL*, 1998, s. 278; C. Ku, *International Law, International Relations and Global Governance*, London, 2012, ve R. Domingo, *The New Global Law*, Cambridge, 2011. Ayrıca bkz., the Declaration of Judge Bedjaoui in the Advisory Opinion on *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 270-1. Philip Bobbitt ulus devlet sistemine meydan okuyan ve bu yüzden esasen küreselleşmenin meydan okuyuşunu karakterize eden beş gelişmeye işaret etmektedir: iç hukuku göz önüne almadan bütün devletlerin bağımlılığını zorunlu kılan normlar olarak insan haklarının kabulü; toplumun korunması için devlet sınırlarının savunulmasını yetersiz kılabilecek ölçüde kitle imha silahlarının yayılması; göç, nüfus artışı, hastalık ya da kıtlık yoluyla devletleri tehdit eden veya çevreye zarar veren ve devlet sınırlarını aşan küresel ve ulus aşırı tehditlerin çoğalması; sermaye yatırımlarının hareketliliğinde ulusal sınırları önemsemeyecek ekonomik ilişkilerin yönetiminde devletleri etkin olarak kısıtlayan bir dünya ekonomik rejiminin gelişmesi ve sınırları elektronik olarak aşan ve ulusal diller, gelenekler ve kültürleri tehdit eden bir küresel iletişim ağının ortaya çıkması. Bkz., *The Shield of Achilles*, London, 2002, s. xxii.

<sup>17</sup> Örneğin bkz., *Myers v. Canada* 121 ILR, ss. 72, 110.

## MODERN TEORİLER VE YORUMLAR

Bu noktada uluslararası hukukun doğası ve rolüne ilişkin bazı modern teorilere kısaca değinilecektir.

### Pozitif Hukuk ve Doğal Hukuk

Düşünce tarihi boyunca idealizm ve liberalizm arasında, şeylerin olması gerektiği haliyle olan hali arasında, kompleks bir ilişki yaşandı. Hukuk felsefesi etik standartları da içermeli mi yoksa kendisini yalnızca hukuk analiziyle mi sınırlandırmalı sorusu bugüne kadar devam edegelen hayati bir tartışmadır.<sup>18</sup>

19. yüzyılın pragmatik ve iyimser dünyasında hızla gelişen pozitivist okul, hukukun mevcut haliyle ampirik olarak ve bütün etik unsurlardan arındırılarak incelenmesi gerektiğini öne sürdü. Pozitivist okula göre, ahlaki istekler tamamen güzel ve iyidir, ancak bu isteklerin hukuk biliminde yeri yoktur. İnsan yapımı kanunlar bu çerçevede incelenmelidir ve Doğal Hukuk'un metafizik spekülasyonları reddedilmelidir çünkü önemli olan pratik gerçekliklerdir, (anlaşılması güç değilse de) kesin olmayan ve muğlak genel prensipler değil.<sup>19</sup>

Hukuka bu tür bir yaklaşım Kelsen'in 'Saf Hukuk Teorisi' ile zirve noktasına ulaştı. Kelsen, hukuku yalnızca hukukun kendisi açısından tanımladı ve daha ziyade siyaset bilimi disiplini içinde yer aldığı düşünülen adaletin tüm unsurlarından kaçındı. Siyaset bilimi, sosyoloji ve tarihin tüm unsurları saf teoriden arındırılmıyordu. Saf teori, biçimsel değerlendirmeye dayalı mantıksal bütünleşmiş tek bir yapı inşa etmeyi amaçlıyordu.<sup>20</sup>

Kelsen'e göre hukuk, davranış kalıplarını ortaya koyan kurallardan oluşan normatif bir bilim olarak görülmelidir. Bu kurallar ve normlar, önceki bir norma göre hukuki geçerliliğe sahiptir ve bu süreç bütün sistemin temel normu olarak tanımlanan noktaya kadar devam eder. Temel norm hukuki büyük yapının dayanağıdır, çünkü ancak onunla bağlantılandırılabilen kurallar hukuki kural kabul edilebilir. Basit bir örnek verilecek olursa, bir para cezasını icra etmek için bir resmi görevliye yetki veren bir mahkeme emri, ancak eğer söz konusu mahkeme, o mahkemeyi kuran kanunun verdiği bir yetkiye sahipse geçerli olur. Bir kural ancak daha önceki (ve daha üst) hukuki kuralla uyumlu ise hukuki kural olur. Sistem kat kat inşa olur ve ana dayanak noktası temel normdur.<sup>21</sup>

Kelsen'in "saf" sisteminin zayıflığı esasen temel norm konseptinde yatmaktadır, çünkü konseptin kendisi hukuk dışı konulara dayanmaktadır. Gerçekten de temel norm, bir politik konsepttir ve bu konseptin Birleşik Krallık'ta Parlamento'nun üstünlüğü prensibi olması muhtemeldir.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Örneğin bkz., *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* (ed. A. Orford ve F. Hoffmann), Oxford, 2016; D. Lyons, *Ethics and the Rule of Law*, London, 1984; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, 1977; H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, ve P. Stein ve J. Shand, *Legal Values in Western Society*, Edinburgh, 1974. Ayrıca bkz., R. Dias, *Jurisprudence*, 5. Baskı, London, 1985; *Research Handbook on the Theory and History of International Law* (ed. A. Orakhelashvili), London, 2011, *The Philosophy of International Law* (ed. S. Besson ve J. Tasioulas), Oxford, 2010 ve *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (ed. J. Kammerhofer ve J. d'Aspremont), Cambridge, 2014.

<sup>19</sup> Bkz., Hart, *Concept of Law*, ve Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Morals', 71 *Harvard Law Review*, 1958, s. 593. Karşılaştırma için bkz., L. Fuller, 'Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart', 71 *Harvard Law Review*, 1958, s. 630. Ayrıca bkz., D. Anzilotti, *Cours de Droit International*, Paris, 1929, ve B. Kingsbury, 'Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power and Lassa Oppenheim's Positive International Law', 13 *EJIL*, 2002, s. 401.

<sup>20</sup> 'The Pure Theory of Law', 50 *LQR*, 1934, ss. 474, 477–85 ve 51 *LQR*, 1935, ss. 517–22. Ayrıca 'The European Tradition in International Law: Hans Kelsen' adlı çalışmadaki makalelere bkz., 9 *EJIL*, 1998, ss. 287 vd.; J. Kammerhofer, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective*, London, 2010, ve J. von Bernstorff, *The Public International Theory of Hans Kelsen*, Cambridge, 2010.

<sup>21</sup> Kelsen, *Pure Theory*.

<sup>22</sup> Bkz., J. Stone, 'Mystery and Mystique in the Basic Norm', 26 *MLR*, 1963, s. 34, ve J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford, 1975, ss. 129–31.

Bir hukuk ötesi konsept üzerine kurulu, mantıksal ve hiyerarşik olarak yapılandırılmış geçerlilik sistemi, uluslararası hukukla kesiştiği noktada güçlüklerle karşılaşmıştır. Kelsen için uluslararası hukuk, güçlü bir yasama, yargı ve icra organlarına sahip olmadığı ve bu yönüyle devlet öncesi toplumu çağrıştırdığı için ilkel bir hukuk düzenidir. Bu nedenle uluslararası hukuk kendine yardım (*self-help*) ilkesinin kullanımı ile karakterize edilebilir.<sup>23</sup> Uluslararası hukukun prensipleri ancak ulusal hukuk sisteminde olduğu gibi hiyerarşik olan uluslararası sistemin temel normu ile bağlantılı olduğu ölçüde geçerlidir. Kelsen için temel norm, hukukun kaynağı olarak teamülün tanımlayan ya da 'devletlerin teamülen davrandıkları gibi davranması gerektiğini' şart koşan kuraldır.<sup>24</sup> Bu kategorinin temel kurallarından biri, "anlaşmalar iyi niyet esasında yürütülmelidir" hükmünü ilan eden ve uluslararası hukuk düzeni içerisinde ikinci katmanı kuran *pacta sunt servanda*'dır. Bu ikinci katman uluslararası antlaşmalar ve sözleşmelerce oluşturulan normlar açısından oluşur. Üçüncü katman Uluslararası Adalet Divanı'nın kararları örneğinde olduğu gibi uluslararası antlaşmalar ile kurulmuş organlar tarafından koyulan kuralları kapsar.<sup>25</sup>

Kelsen'in uluslararası hukukun temel normunu formülleştirmesi ile ilgili sorun onun totolojik olmasında yatmaktadır. Formülasyon, sadece, kurallara itaat eden devletlerin bu kurallara uyması gerektiğini tekrarlamaktadır.<sup>26</sup> Kelsen'in, devletlerin o güne kadar davrandıklarından farklı davranarak yeni uygulamaları hukuk haline dönüştürmelerine ve böylece uluslararası hukukun ilerlemesine açık kapı bırakmadığı görülmektedir. Bütün bunların ötesinde, teamülün niçin bağlayıcı olduğu sorusuna cevap vermekte başarısız kalmaktadır.

Bununla birlikte, Kelsen, kuralların çoğalmasını ve bütün hiyerarşik süreci adeta mistik bir mühür gibi onaylayan geçerliliğin önemini açıklamaya yardım eden büyük bir mantıki tutarlılık modeli sunmaktadır. Bu model, bir hukuk düzenini oluşturan normların dizilişinde bir kuralın aşama aşama diğer bir kurala nasıl yol açtığına açıklanmasına yardımcı olmaktadır.

Kelsen'in uluslararası hukuk yorumunda diğer önemli bir unsur onun aşırı 'monist' duruşudur. Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk iki ayrı sistem değildir, fakat ilkinin üstte olduğu birbirine kenetli bir yapıdır. Ulusal hukuk nihai olarak meşruluğunu, tek bir evrensel normatif sistemin içindeki yetki devri süreciyle, uluslararası hukuk kurallarından alır.<sup>27</sup>

Kelsen'in saf teorisinin bu özel yolun sonuna işaret ettiği görülmektedir ve pozitivist yaklaşım Hart tarafından 1961 yılında *The Concept of Law* adlı kitabında daha sosyolojik terimlerle analiz edilmiştir.

Hart, hukuku birincil ve ikincil kuralların etkileşimine dayanan bir kurallar sistemi olarak tasavvur etmektedir. İlki, temelde, davranış standartlarını belirtirken, ikincisi onları geliştiren ve tanımlayan araçları sunar ve böylece değişim için anayasal prosedürleri belirler. İlkel toplumlar sadece birincil kurallara sahiptir ve bu yüzden belirsizlik, etkisizlik ve durgunluk ile karakterize edilir, fakat artan entelektüel derinleşme ile ikincil kurallar gelişir ve otoriteyi tanımlar ve kuralların düzenli ve kabul edilir bir surette değişen durumlara uyumlu olabilmesini sağlar.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1946, ss. 328 vd. Ayrıca bkz., J. Lador-Lederer, 'Some Observations on the "Vienna School" in International Law', 17 NILR, 1970, s. 126.

<sup>24</sup> Kelsen, *General Theory of Law and State*, ss. 369-70.

<sup>25</sup> *A.g.e.*

<sup>26</sup> Hart bunu 'sadece faydasız bir tekrerrür etme' olarak tanımlamaktadır. *Concept of Law*, s. 230.

<sup>27</sup> *General Theory of Law and State*, ss. 366-8. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., 4. Bölüm.

<sup>28</sup> *Concept of Law*, 5. Bölüm. Ayrıca bkz., Dworkin, *Taking Rights Seriously*; Raz, *Practical Reason*, ve N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978.

Uluslararası hukuk düzeni, merkezileşmiş bir yasamanın, zorunlu yargı yetkisine sahip mahkemeler ağının ve icra araçlarının olmayışı nedeniyle sadece birincil kuralları içeren basit formdaki bir sosyal yapının temel bir örneğidir. Bu nedenle bütün kuralların geçerliliğinin test edilebileceği bir referans olarak temel norma veya Hart'ın terminolojisinde tanıma kuralına ihtiyacı yoktur (ya da daha doğrusu temel norm henüz gelişmemiştir). Buradan devam ederek Hart, uluslararası hukukun kurallarının henüz bir 'sistem' oluşturmadığı, fakat sadece bir 'kurallar seti' olduğu sonucuna varır. Kuşkusuz ki, gelecekteki gelişmeler geçerlilik ölçütü (tanıma kuralı) konumuna yükseltilmiş bir özel prensibin (*pacta sunt servanda* gibi) ortaya çıkışını doğurabilir, ancak şu an için bu henüz meydana gelmemiştir.<sup>29</sup>

Bu yaklaşım, bir hukuk sistemindeki prensipler ve politikalar gibi diğer önemli unsurları dışlayarak kurallar üzerinde aşırı odaklanması<sup>30</sup> ve, daha önemlisi, uluslararası hukuka ilişkin sistemin zenginliğini ve canlılığını görememesi yönüyle eleştirilebilir. Özellikle, uluslararası hukuk bağlamında bir sistem ile kurallar seti arasındaki ayrım karmaşık ve tanımlanabilmesi güç bir konudur.

Pozitivist hareketin gücü tartışılmaz olarak doğru kabul edilen eski gerçekliklerin çökmesi ve sosyal rahatsızlıkların büyümesi ile geçen yüzyılda zayıfladı. Hukuk, daima olduğu gibi, çağının hakim tazyiklerini yansıtmaya başladı ve toplumda hukukun rolüne dair yeni teoriler geliştirdi. Yazarlar hukuki davranış biçiminin ve araçların (ki güncel pratikte kurallar onlara göre uygulanır) analizlerine girişerek, hukuk düzeni üzerindeki sosyolojik olguların etkilerini ve hukuk sürecinin doğasını incelemeye başladılar. Bunun en tipik örneği Roscoe Pound'un hukuk görüşüydü. Pound, hukuku toplum içindeki değişik çıkarları en etkili tarzda dengeleyen bir sosyal mühendislik formu olarak görüyordu.<sup>31</sup> Hukuk sosyal kontrolün bir yöntemi olarak görüldü ve fonksiyonel analizler lehine kavramsal yaklaşımlar reddedildi. Hukuk sistemi içinde gerçekte ne oldu, hangi iddialar öne sürülüyor ve onlar nasıl tatmin ediliyor soruları sosyolojik okulun parolalarıydı.<sup>32</sup>

Hukuk tarihi süreç içinde bir anlamda fildişi kuleden mahkeme salonuna doğru hareket ediyordu. Ampirik araştırmalar, özellikle ABD'de, çoğaldı. Sosyoloji kadar psikoloji ve antropoloji bilimleri de hukuk doktrinine eklendi. Daha geniş bir sosyal bağlama dayanan bu tür tartışma konuları, hukuka özel bir topluluk içinde işleyen bir kurum olarak yaklaşan Realizm teorilerinin doğuşuna yol açtı. Realizme göre bu özel topluluk, içinde hukukla ilgili bir dizi meslek barındırıyordu. Realistler, hukuk normlarının Kelseniyen anlamda kapalı bir mantıksal sistem içinde incelenmesinin, hukukun toplumdaki gerçek işleyişini çok fazla yansıtamadığını düşünüyorlardı. Bunun için mahkemelerin ve değişik hukuk görevlilerinin davranışlarını anlamak gerekliydi. Saha çalışmalarına ve "teknik" açılımlara odaklanan Realist-sosyolojik gelenek içerisinde tarihi ve etik faktörlere çok küçük bir rol verilmişti. Hukuk kuralları artık hukuk sisteminin kalbi olarak görülüyordu.<sup>33</sup>

Bu yaklaşımın çağdaş gelişmelerine ve bunların uluslararası hukukun yorumlarını nasıl etkilediğine bakmadan önce, Doğal Hukuk anlayışının yeniden revaç bulmasına göz atmak gerekir.

Doğal Hukuk görüşü temelinde, yaşamın anlamı ve hukuka etik bir temel arayışında bir dizi farklı yaklaşım geliştirdi. Onlardan biri, Aquinolu Thomas tarafından belirtilen ve Katolik

<sup>29</sup> *Concept of Law*, ss. 228–31.

<sup>30</sup> Bkz., Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Ayrıca bkz., Dworkin, 'A New Philosophy of International Law', 41 *Philosophy and Public Affairs*, 2013, s. 2.

<sup>31</sup> Örneğin bkz., *Philosophy of Law*, New Haven, 1954, ss. 42–7. Ayrıca bkz., M. D. A. Freeman, *The Legal Structure*, London, 1974, 4. Bölüm.

<sup>32</sup> *Outlines of Jurisprudence*, 5. Baskı, Cambridge, 1943, ss. 116–19.

<sup>33</sup> Örneğin bkz., K. Llewellyn, *The Common Law Tradition*, Boston, 1960, ve *Jurisprudence*, Chicago, 1962. Ayrıca bkz., W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, London, 1973, ve L. Loevinger, 'Jurimetrics – The Next Step Forward', 33 *Minnesota Law Review*, 1949, s. 455.



Kilise tarafından benimsenen prensiplerin yeniden dekore edilmiş biçimiydi. Bu yaklaşım, aklı selim (*right reason*) ve Tanrı'nın ebedi hukuku görüşüne karşı hukukun ahlak dışlığını tasdik ediyor ve insan onuru ve aklın üstünlüğünü vurguluyordu.<sup>34</sup> Daha biçimsel ve mantık temelli bir görüş ise, "değişken içerikli doğal hukuk" konsepti temelinde hukukun mantiki bir yapısını inşa etmeye çalışan Stammler gibi yazarlar tarafından ileri sürüldü. Bu eğilim, evrensel olarak uygulanabilen ve soyut, biçimsel bir tanım olarak hukuk *konsepti* ile sistemin amaçlarını ve doğrultusunu ifade eden hukuk *ideasını* birbiriyle farklı konuma oturtuyordu. İkincisi farklı sosyal ve kültürel bağlamlarda zaruri olarak değişkenlik arz ediyordu.<sup>35</sup>

Bu formalist idealist okuldan farklı olarak, Geny ve Duguit tarafından temsil edilen sosyolojiden esinlenen Doğal Hukuk temasına yönelik bir yaklaşım gelişti. Bu özel eğilim biçim üzerindeki vurguyu reddetti ve bunun yerine hukukun işlediği toplumda hakim olan evrensel faktörler (fiziki, psikolojik, sosyal ve tarihi) açısından Doğal Hukuk'un tanımlanması üzerine odaklandı.<sup>36</sup>

Doğal Hukuk tartışması Nazi deneyimi sonrası artış gösterdi ve önem kazandı. Yaşananlar karşısında Alman filozof Radbruch, adaletsiz kanunlara daha üst nitelikli bir teorinin, Doğal Hukuk'un, erdemiyile karşı konulmak zorunda olduğunu ifade eden yeni bir teori ortaya koydu.<sup>37</sup>

Uluslararası hukuk göz önüne alındığında, Doğal Hukuk'un yeniden doğuşu uluslararası adalete ve uluslararası organizasyonların kuruluşuna yönelik artan ilginin olduğu bir dönemde gerçekleşti. Günümüzde saldırmazlık ve insan hakları prensipleri gibi birçok uluslararası hukuk görüşü ve prensibi köklerini Doğal Hukuk nosyonunda ve hukuk düzenindeki etik standartlarda bulmaktadır.<sup>38</sup>

### Yeni Yaklaşımlar<sup>39</sup>

Uluslararası hukuk geleneksel olarak tarihi bağlamda anlaşılır ve kronolojik olarak çalışılır. Bu yaklaşım uluslararası ilişkilerin hızla geliştiği ve uluslararası konferanslar ve anlaşmaların katlanarak artış gösterdiği 19. yüzyıla özellikle damgasını vurmuştur. İki dünya savaşı arasında, devlet arşivlerinin açılması çoğu materyali gün yüzüne çıkardı ve diplomasi tarihi çalışmalarını daha ileri boyutlara taşıdı. Aynı dönemde Milletler Cemiyeti ve Uluslararası Daimi Adalet Divanı gibi uluslararası kuruluşların ortaya çıkışı uluslararası süreçlerin değerlendirilmesini teşvik etti.

<sup>34</sup> Örneğin bkz., J. Maritain, *Man and the State*, Paris, 1951, ve J. Dabin, *General Theory of Law*, 2. Baskı, 1950.

<sup>35</sup> Örneğin bkz., R. Stammler, *Theory of Justice*, New York, 1925, ve G. Del Vecchio, *Formal Bases of Law*, Boston, 1921.

<sup>36</sup> Örneğin bkz., F. Geny, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, Paris, 1899, L. Duguit, *Law in the Modern State*, New York, 1919, ve 'Objective Law', 20 *Columbia Law Review*, 1920, s. 817.

<sup>37</sup> *Introduction to Legal Philosophy*, 1947. Ayrıca bkz., Hart, 'Positivism'; Fuller, 'Positivism', ve Fuller, 'The Legal Philosophy of Gustav Radbruch', 6 *Journal of Legal Education*, 1954, s. 481.

<sup>38</sup> Bkz., H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, 1950. J. Rawls'ın daha genel bir görüşü için bkz., J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971, ve A. D'Amato, 'International Law and Rawls' Theory of Justice', 5 *Denver Journal of International Law and Policy*, 1975, s. 525. Ayrıca bkz., J. Boyle, 'Ideals and Things: International Legal Scholarship and the Prison-house of Language', 26 *Harvard International Law Journal*, 1985, s. 327; A. D'Amato, 'Is International Law Part of Natural Law?', 9 *Vera Lex*, 1989, s. 8; E. Midgley, *The Natural Law Tradition and the Theory of International Relations*, London, 1975, ve C. Dominic'e, 'Le Grand Retour du Droit Naturel en Droit des Gens', *M'elanges Grossen*, 1992, s. 399.

<sup>39</sup> Örneğin bkz., B. S. Chimni, *International Law and World Order*, New Delhi, 1993; A. Cassese, *International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2005, 1. Bölüm, ve R. Müllerson, *Ordering Anarchy: International Law in International Society*, The Hague, 2000. Ayrıca bkz., D. J. Bederman, *The Spirit of International Law*, Athens, 2002; A. Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-Determination*, Oxford, 2004; *International Law and its Others* (ed. A. Orford), Cambridge, 2006; S. Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law*, Leiden, 2004, ve P. M. Dupuy, *L'Unité de l'Ordre Juridique International*, Leiden, 2003.

Öte yandan, İkinci Dünya Savaşı sonrası güç politikasının analizi ve uluslararası ilişkilerin etki ve hakimiyet kapasitesi açısından değerlendirilmesi yönünde artan bir eğilim görüldü. Doğrudan baskıların ve bu baskılara karşı bir devletin direnme yeteneği ile ilgili sosyal, ekonomik ve politik verilerin değerlendirilmesine dayandığı için bu yaklaşım ilk bakışta görüldüğünden çok daha sofistike idi.<sup>40</sup> Ancak güç ve devletlerarası ilişkileri motive edici unsur olarak onun kullanımına odaklandığı için kötümser bir yorumdu.

Sonraki 'gelişim dalgası' davranışsal hareketin başarılarına şahit oldu. Bu düşünce ekolü psikoloji, antropoloji ve sosyoloji unsurlarını uluslararası ilişkilere taşıdı ve realist ekol içindeki benzeri gelişmeler ile paralellik arz etti.

Davranışsal ekol, dünya politik düzeninin idealist ya da sinik ("realist") kavramsallaştırması açısından analizinden, saha çalışmaları ve sosyal bilimlerin diğer araçları vasıtasıyla sistemin mekanik bir tartışmasına doğru değişen vurguyu yansıttı. Gerçekte, bu ekol geleneksel anlamda bir teori olmaktan çok hukuk ve topluma bir yaklaşım yöntemidir.<sup>41</sup>

Bu düşünce ekolünün kökleri toplumda devletin rolüne ilişkin değişen kavramsallaştırmada aranabilir. 19. yüzyılın bireyci etiği ve devlet müdahalesinin en aza indirgenmesi anlayışı radikal olarak değişti. Günümüzde vurgu daha çok devletin vatandaşlarına karşı sorumluluğu üzerinedir ve refah sistemine yönelik yasalardaki olağanüstü artış bunu göstermektedir. İnsan faaliyetlerinin geniş bir alanını kontrol eden kurallar ve düzenlemeler (ki bu durum 19. yüzyılın ortalarında duyulamayacak bir şeydi) gelişmiş dünya devletlerinde hızla çoğaldı ve teori böyle bir yönelime ayak uydurmak zorundaydı.

Hukuk, devlet müdahalesindeki artışla artık toplumda çok daha derin bir rol oynadığı için bu yeni eğilimi yansıtan hukuk teorileri öne çıktı. Hukuk, özellikle ABD'de, toplumdaki değişimleri etkileme aracı olarak görülür ve realist doktrin bunun altını çizer. Bu yaklaşım hukukun doğasını belirleyen topluluk değerleri ve politika kararları olduğunu vurgular ve bunun sonucu olarak hakim rolü çok daha fazla önemlidir. Hakim artık biçimsel hukuk kuralları bütününe bir yorumlayıcısı olarak değil, fakat daha ziyade kamu politikası kararlarının alınışında aktif bir unsur olarak görülmelidir.

Bu, hukukun işleyişini anlamak için toplumun özelliğini, ihtiyaçlarını ve değerlerini göz önüne almak gerektiği anlamına gelir. Bu yüzden hukuk dinamik bir süreçtir ve toplum bağlamında çalışmalıdır, kendinden kavranılabilir hukuk kurallarının toplamı olarak görülemez. Sosyal bilimler toplumun yeniden yorumlanmasına yol açtı ve bu bilim dallarının etkisi sadece genel bakış açısından değil, aynı zamanda toplumu tahlil etmek için gerekli araçları sağlama ve hukukun işleme sürecini ve hangi yöne doğru hareket ettiğini keşfetme açısından da hukuku incelemede davranışsal yöntem üzerine damgasını vurdu. Söz konusu çalışmalar siyaset bilimi, ekonomi ve felsefe dahil bütün sosyal bilimlerden yararlanan disiplinlerarası bir perspektife sahipti.<sup>42</sup> Özellikle veri elde etme ve nicel analiz gibi bilimsel yöntemlerin kullanımı açıkça göze çarpıyordu.

<sup>40</sup> Örneğin bkz., H. Morgenthau, *Politics Among Nations*, 4. Baskı, New York, 1967, ve K. Thompson, *Political Realism and the Crisis of World Politics: An American Approach to Foreign Policy*, Princeton, 1960. Ayrıca bkz., A. Slaughter Burley, 'International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda', 87 AJIL, 1993, s. 205, ve A.-M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, 2004; R. Aron, *Paix et Guerre Entre des Nations*, Paris, 1984; M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, 2001, 6. Bölüm.

<sup>41</sup> Örneğin bkz., *Contending Approaches to International Politics* (ed. K. Knorr ve J. Rosenau), Princeton 1969; W. Gould ve M. Barkun, *International Law and the Social Sciences*, Princeton, 1970.

<sup>42</sup> Bu noktada Barkun'un yorumunu not etmekte fayda vardır. Barkun'a göre, hukukla ilgili geçmişteki teorik yaklaşımlar insan davranış örüntülerinin ampirik çalışmasından çok daha fazla hukuk külliyatının mantıksal manipülasyonlarını içeriyordu. Barkun, *Law Without Sanctions*, New Haven, 1968, s. 3. Ayrıca bkz., R. A. Falk, 'New Approaches to the Study of International Law', *New Approaches to International Relations* (ed. M. A. Kaplan), New York, 1968, ss. 357-80, ve J. Frankel, *Contemporary International Theory and the Behaviour of States*, London, 1973, ss. 21-2. Ayrıca sosyal konstruktivist perspektifin etkisine atfen bkz., M. Hirsch, *Invitation to the Sociology of International Law*, Oxford, 2015.

Davranışsalcılık uluslararası ilişkiler disiplini temelinde iki çalışma alanına böldü. İlki, dış politika tekniklerinin analizi ve bir hareket tarzının niye diğer hareket tarzına tercih edildiğinin sebeplerinin incelenmesi; ikincisi ise uluslararası sistemler analizi yaklaşımıdır.<sup>43</sup> Teori, uluslararası sahnede değişik oyuncuların etkileşimini ve sistem ve katılımcılar üzerindeki karşılıklı baskıların etkilerini vurgulamaktadır. Dahası, davranışsalcılık, her bir özel sistemin dinamiklerinin nasıl kendi kurallarını yarattığını ve onların politik etkinliğin ve uluslararası hukukun doğasının açıklanmasında nasıl kullanılabileceğini göstermek için tarih boyunca var olan değişik uluslararası düzenleri incelemektedir. Diğer bir deyişle, uluslararası sistemin doğası, uluslararası hukukun rolünü açıklamak ve öngörebilmek için özel bazı değişkenlerin kullanılmasıyla incelenebilir.

Örneğin, 1848 ile 1914 arası dönem “güç dengesi” sistemi dönemi olarak görülür. Bu sistem bir takım faktörlere bağlıydı. Sistemin parçası olan az sayıda katılımcı (en az beş olarak kabul edilir) zayıf olanı güçlendirmek, güçlü olanı sınırlandırmak amacıyla (Örneğin Fransa’yı dize getirmek için İngiltere’nin girdiği koalisyonlar gibi) geçici ittifaklara girişti. Bu sistemin en belirleyici özelliği, hiçbir devletin diğer bir devleti tümüyle yok etmeyi arzulamaması, fakat sadece burnunu sürtme ve zayıflatma isteğiydi.<sup>44</sup>

Bu sistem, serbestçe değişen ittifaklar düşüncesinin temeli olan egemenlik konsepti ve devletlerin zayıf olanı desteklemek için güçlü olan tarafı bırakma ehliyeti gibi kendi uluslararası hukuk konseptlerini ortaya çıkardı. Güç dengesi Birinci Dünya Savaşı ile çöktü ve bir fetret döneminden sonra İkinci Dünya Savaşı’nı müteakip fark edilebilir bir gevşek “iki kutuplu” sistem ortaya çıktı.

Bu sistem, kapitalizm-komünizm kutuplaşması ve sonucunda yükselen katı ittifaklar ile karakterize edildi. Sistem, temelde bağlantısız ülkelerden oluşan Üçüncü Dünya’yı da içeriyordu. Üçüncü Dünya iki kutuplu sistemi devirecek denli güçlü olmamakla birlikte rekabet ve yarış sahasıydı. Bu çeşit bir düzenin varlığı iki gücün çarpıştığı Kore, Berlin ve Vietnam gibi yerlerde “sınır” çatışmalarını kolaylaştırıyordu. Ayrıca sistem, iki ittifak gücü içerisinde bir yanda NATO ve Avrupa Topluluğu (sonraları Avrupa Birliği) diğer yanda Varşova Paktı ve COMECON gibi organizasyonların kuruluşu ile egemenlik kavramının anlamını değiştirdi. Madalyonun diğer yüzü, süper güçlerin kendi etki alanlarındaki bocalayan devletleri kontrol etmek için kendilerini özgür hissetmeleriydi. Nitekim, Polonya, Macaristan ve Çekoslovakya’da Sovyetler Birliği’nin, Latin Amerika’da da ABD’nin müdahaleleri bunun tipik örnekleriydi.<sup>45</sup>

Davranışsalcılık, oyun teorisi gibi tekniklerin kullanımı ile zenginleşti.<sup>46</sup> Bu teori çatışma durumlarında (ki bu durumlarda tarafların çıkarları için mücadelelerinde rasyonel olarak hareket edecekleri varsayılır) karar alma süreçlerini çalışmanın matematiksel bir yöntemiydi. Bu, tarafların birbirini yenmeyi amaçladığı savaş durumu (örneğin Arap-İsrail çatışması) ya da tarafların karşı tarafı kendi görüşünün doğruluğuna ikna etmeye çalıştığı tartışma durumu ile zıtlık gösterir. Göz önüne alınan diğer faktörler iletişim, entegrasyon, çevre ve kapasitedir. Bu yüzden, bu yaklaşımın çeşitleri ve karmaşıklığı daha önceki teorilerinkileri oldukça aşmaktadır.

<sup>43</sup> Örneğin bkz., C. A. McClelland, *Theory and the International System*, New York, 1966; M. A. Kaplan, *System and Process in International Politics*, New York, 1964; M. A. Kaplan ve N. Katzenbach, *The Political Foundations of International Law*, New York, 1961; R. A. Falk ve C. Black, *The Future of International Legal Order*, Princeton, 1969. Ayrıca bkz., A. Kiss ve D. Shelton, ‘Systems Analysis of International Law: A Methodological Inquiry’, 17 *Netherlands YIL*, 1986, s. 45.

<sup>44</sup> Bkz., J. Frankel, *International Relations in a Changing World*, London, 1979, ss. 152-7; Kaplan ve Katzenbach, *Political Foundations*, ss. 62-70.

<sup>45</sup> Kaplan ve Katzenbach, *Political Foundations*, ss. 50-5. Sistemler yaklaşımı için ayrıca bkz., S. Hoffman, ‘International Systems and International Law’, *The International System* (ed. K. Knorr ve S. Verba), Westport, 1961, s. 205; G. Clark ve L. Sohn, *World Peace Through World Law*, 3. Baskı, Boston, 1966, ve *The Strategy of World Order* (eds. R. A. Falk ve S. Mendlovitz), New York, 4 Cilt, 1966.

<sup>46</sup> Örneğin bkz., R. Lieber, *Theory and World Politics*, London, 1972, 2. Bölüm; *Game Theory and Related Approaches to Social Behaviour* (ed. H. Shubik), London, 1964, ve W. J. M. Mackenzie, *Politics and Social Sciences*, London, 1967.

Tüm bunlar dünya toplumunun hukuk değerlendirmesindeki vurgu değişiminin altını çizmektedir. Geleneksel görüş, genel olarak, uluslararası hukukun bağımsız devletlerin eylemlerini sınırlandıran ve devlet egemenliğine istisnalar getiren kurallar serisi olduğu yönündeydi. Yeni teoriler ise duruma farklı bakma ve davranışlarına yönelik tanımlı bazı sınırlamaları kabul etmeye razı olan ulus devlet perspektifi yerine ufku daha geniş uluslararası düzen perspektifini benimseme eğilimindedir.

Nitel araştırmaların yükselişi çok büyük miktarlardaki verilerin düzenlenmesi ve tasnifini kolaylaştırdı. Nitel araştırma, öncelikle politik, ekonomik ve sosyal verileri ve istatistikleri kullanan metodolojik bir yaklaşımdır ve verileri ve bilgiyi bilimsel araştırma için uygun bir forma dönüştürür. Davranışsal ve nicel boyutlu bu tür yöntemler günümüzde uluslararası hukuk alanına tesir ediyor ve alana ilişkin daha derin bir bilgi düzeyi ve uygulamadaki değişik süreçlere dair daha geniş bir değerlendirme imkanı sunuyor.<sup>47</sup>

Uluslararası ilişkilerdeki Davranışsalcı yaklaşım bazı yazarlar, özellikle de Profesör McDougal, tarafından uluslararası hukuk teorisine kısmen önemli değişikliklerle aktarıldı. Bu "politikaya yönelik" hareket hukuku tanımlanmış kurallar ve yükümlülükler seti olmaktan ziyade kapsamlı bir karar yapım süreci olarak görülür. Bu, uluslararası hukuku belli bir dünya düzeni içerisinde işleyen dinamik bir sistem olarak gören kapsamlı bir yaklaşımdır.<sup>48</sup> Bu yaklaşım bu yüzden kuralların rolünü küçültür. Davranışsalcılara göre böyle bir geleneksel uluslararası hukuk kavramsallaştırması, çağdaş dünyada alınan kararların yapılı, usulleri ve tiplerinin anlaşılması açısından çok az imkan sağlar.<sup>49</sup> Hukuk, daimi olarak evrilmekte olan bir karar alma sürecidir ve onun evrileceği yol karar alıcıların bilgi ve anlayışlarına bağlı olacaktır.<sup>50</sup>

Diğer bir deyişle, hukuk kritik olarak görülen daimi insan etkileşiminin sosyal sürecidir ve bu süreçte katılımcıların elindeki değerleri en üst noktaya ulaştırmak için devamlı taleplerde bulunulur.

Bu süreci analiz etmek için sekiz değer-kurum kategorisi geliştirildi: güç, zenginlik, aydınlanma, beceri, mutluluk, şefkat, saygı ve dürüstlük. Bu liste daha da geliştirilebilir, ancak ayrıntılı değildir. Hukuk bu tür bir sosyal sürecin ürünü olarak değerlendirilir.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Bu noktada uluslararası hukukta fonksiyonist yaklaşımı da anmakta fayda vardır. Bu yaklaşım karşılıklı çıkarların söz konusu olduğu konularda devletlerin işbirliği yapmalarının pratik yararları olduğunu vurgular. Örneğin bkz., W. Friedmann, *An Introduction to World Politics*, 5. Baskı, London, 1965, s. 57; F. Haas, *Beyond the Nation State*, Stanford, 1964; D. Mitrany, *A Working Peace System*, London, 1946; C. W. Jenks, *Law, Freedom and Welfare*, London, 1964, ve J. Stone, *Legal Controls of International Conflict*, London, 1959. Ayrıca bkz., D. Johnston, 'Functionalism in the Theory of International Law', 25 *Canadian YIL*, 1988, s. 3.

<sup>48</sup> Örneğin bkz., M. S. McDougal, 'International Law, Power and Policy', 82 *HR*, 1952, s. 133; M. S. McDougal, H. Lasswell ve W. M. Reisman, 'Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence', 8 *Va. JIL*, 1968, s. 188; M. S. McDougal, 'International Law and the Future', 50 *Mississippi Law Journal*, 1979, s. 259, H. Lasswell ve M. S. McDougal, *Jurisprudence for a Free Society*, Yale, 1992; Lung-Chu Chen, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy-Oriented Perspective*, 3 Baskı, 2015, Oxford ve *Critical International Law* (ed. P. Singh ve B. Mayer), Oxford, 2014. Ayrıca bkz., G. Scelle, *Manuel de Droit International*, Paris, 1948, ve Chimni, *International Law*, 3. Bölüm.

<sup>49</sup> M. S. McDougal ve W. M. Reisman, *International Law in Contemporary Perspective*, New Haven, 1980, s. 5.

<sup>50</sup> M. S. McDougal, 'The Policy-Oriented Approach to Law', 40 *Virginia Quarterly Review*, 1964, s. 626. Ayrıca bkz., E. Suzuki, 'The New Haven School of International Law: An Invitation to a Policy-Oriented Jurisprudence', 1 *Yale Studies in World Public Order*, 1974, s. 1 ve Looking to the Future: Essays on International Law in Honour of W. Michael Reisman (eds. H. D. Betz, M. H. Arsanjani ve J. Cogan), The Hague, 2010 ve H. Saberi, 'Yale's Policy Science and International Law: Between Legal Formalism and the Policy Conceptualism' *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Bölüm 21.

<sup>51</sup> Suzuki, 'Policy-Oriented Jurisprudence', ss. 22-3. Ayrıca bkz., M. S. McDougal, 'Some Basic Theoretical Concepts about International Law: A Policy-Oriented Framework of Inquiry', 4 *Journal of Conflict Resolution*, 1960, ss. 337-54.

Uluslararası hukuk, özellikle otorite ve kontrol kavramlarını içeren yönetimdeki karar alma sürecinin tümüdür. Otorite, karar alıcının yetkinliği ve aynılığa ilişkin beklenti düzeyi açısından tanımlanırken, kontrol, yetkiye dayanıp dayanmadığı bir yana bir kararın gerçek etkililiğine atıfta bulunur.<sup>52</sup>

McDougal'ın çalışması ve onu izleyenler karar alma sürecindeki kişilerin uluslararası sistem içerisinde dikkate alması gereken uzun bir değerler, çıkarlar ve kanaatler listesine vurgu yaptılar. Bu durum, karar alıcının ABD Dışişleri Bakanlığı veya İngiliz Dışişleri'nde çalışan bir görevli mi ya da 'bir olay hakkındaki kararı belli ölçüde uluslararası öneme sahip bir kişi'<sup>53</sup> mi olduğu bir yana her halükarda yetkili karar alıcılar üzerinde büyük bir baskı oluşturmaktadır. Karar alıcılar, güç ve otoriteye dayalı gerçek dünyanın pratiğini de gözetererek uluslararası hukuk prensiplerini dikkate alan farklı görüşler arasında seçim yapmak durumunda kaldıkları için oldukça zorlanmaktadır.

Bir karar alıcı, içinde bulunduğu toplumun değerleri ve görev yaptığı devletin çıkarları gibi birçok baskı ve etkiye maruz kalır. O aynı zamanda insan onuru gibi dünya düzeninin temel değerlerini de dikkate almak zorunda kalacaktır. Bu yaklaşım geniş bir yelpazedeki bir dizi faktörün derinlikli tahlilini gerektirir ve uluslararası hukuku hem benimsenen prosedürler hem de analiz araçları açısından sosyal bilimlerin kapsama alanı içerisine yerleştirir. Uluslararası hukuk, bu yaklaşıma göre, şu şekilde değerlendirilir:

*"Uluslararası hukuk, kapsamlı bir karar sürecinin ürünüdür ve bu süreç içinde kurallar sürekli olarak yapılır ve yeniden yapılır. Uluslararası hukuk kurallarının fonksiyonu bu kapsamlı karar süreci hakkında dünya halklarının perspektiflerini (talepler ve beklentiler) aktarmaktır. Belli bazı durumlarda bu kuralların ulusal düzeyde uygulanması onları kimin kime karşı kullandığı, ne amaçla (büyük ve küçük) kullandığı ve hangi bağlamda kullandığı hususlarında kuralların yorumunu gerektirir."*<sup>54</sup>

Hukuk kuralları belli amaçlara tercüman olur ve onları elde etmeye çalışır; bu yüzden değer faktörü ihmal edilmemelidir. Bu ekol tarafından öne çıkarılan değerler temel olarak Batılı demokratik toplumun aşına olduğu insan onuruna dayanan değerlerdir.<sup>55</sup> Reisman bu yaklaşımın kökeni olarak Doğal Hukuk görüşünün altını çizdi. Ayrıca faaliyetleri uluslararası hukukun insan hakları ve çevrenin korunması gibi alanlarında yeniliklere yol açan şahıslar için hukuk doktrinini netleştirme ihtiyacının da bu yaklaşımı beslediğini ifade etti.<sup>56</sup>

Politika yönelimli bu hareket geleneksel uluslararası hukukçular tarafından yoğun olarak eleştirildi. Bu yaklaşım, konunun hukuki boyutunu haddinden fazla küçültmek ve devletlerin genellikle uluslararası hukuku olduğu gibi kabul ettiği ve onun hükümlerine itaat ettiği gerçeğini ihmal etmekle malul görüldü.<sup>57</sup> Devletler nadiren geniş davranışsalcı analizlere kendini kaptırır, belli bir olayda ilgili her unsuru özenle dikkate alır ve insan onuru ve refah gibi temel amaçları öne çıkarır. Nitekim, böyle davranmanın uluslararası hukuku

<sup>52</sup> M. S. McDougal ve H. Lasswell, 'The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order', 53 AJIL, 1959, ss. 1, 9.

<sup>53</sup> McDougal ve Reisman, *International Law*, s. 2.

<sup>54</sup> M. S. McDougal, 'A Footnote', 57 AJIL, 1963, s. 383.

<sup>55</sup> Bkz., M. S. McDougal, H. Lasswell ve L. C. Chen, *Human Rights and World Public Order*, New Haven, 1980. Belirli hedefler ışığında bir realist araştırmanın yapılabilmesi için gerekenler hakkındaki tartışma için bkz., McDougal, 'International Law and the Future', ss. 259, 267.

<sup>56</sup> 'The View from the New Haven School of International Law', PASIL, 1992, p. 118.

<sup>57</sup> Özellikle bkz., P. Allott, 'Language, Method and the Nature of International Law', 45 BYIL, 1971, s. 79. Higgins belirgin bir şekilde uluslararası hukuka ilişkin Amerikalı ve İngiliz yazarlar arasındaki yaklaşım farklarına dikkat çekmektedir. Higgins, 'Policy Considerations and the International Judicial Process', 17 ICLQ, 1968, s. 58. Ayrıca bkz., T. Farer, 'Human Rights in Law's Empire: The Jurisprudence War', 85 AJIL, 1991, s. 117.

zayıflatacağı öne sürülmüştür.<sup>58</sup> Ayrıca “insan onuru” gibi değer yönelimli konseptlerin uluslararası hukuka girişi, objektif olduğu varsayılan bir analitik yapı ile uyumlu olmayacak bir özelliğin (sübjektivitenin) zorluklarını getirir. Örneğin, Koskenniemi politika yönelimli yaklaşımın hakim gücü destekleme eğilimine dikkat çekmektedir.<sup>59</sup>

Profesör Falk gibi diğer yazarlar McDougal okulunun kapsamlı yaklaşımını temel olarak kabul ettiler, fakat tutarsızlıklarına ve sayısız çıkarların aşırı derecede kataloglaştırılmasına işaret etmektedirler. Bu yazarlar insan refahını ve ahlaki ciddi olarak önemseyen, fakat hukuk kuralları ve hukuk yapısının önemine de vurgu yapan küresel bir bakışı benimsemiş eğilimindedirler.<sup>60</sup>

Öte yandan, Profesör Franck uluslararası hukuk sisteminin varlığı ve işleyişine dair temel soruya, yani uluslararası hukuk sisteminin yapıları, süreçleri ve icra mekanizmalarındaki gelişmemiş koşullara rağmen devletlerin niçin uluslararası hukuka itaat ettikleri sorusuna yeniden odaklanmaya çalıştı.<sup>61</sup> Cevabın meşruiyet konseptinde yattığı görülüyor. Devletler kuralların ve onların kurumsal çerçevelerinin yüksek derecede meşruiyete sahip olduğunu düşündüklerinde o kurallara itaat ederler. Meşruiyet, bir kural ya da kurumun doğru süreç içinde genel olarak kabul edilmiş prensipler ile uyumlu olarak ortaya çıktığına ve işlediğine inanan kişilerin muvafakatini alan bir yönetim veya kural koyucu kurumun özelliğidir.<sup>62</sup> Meşruiyet ampirik olarak gösterilebilir, fakat muvafakat yalnızca devletlerin söz konusu prensiple uyumlu hareket eden devletleri gözlemleyerek değil, aynı zamanda ihlal eden kişi ya da devletin bir prensibi ihlal ederken bile o prensibe saygı gösterme derecesini gözlemleyerek ölçülebilir.

Meşruiyetin dört spesifik özelliğe bağlı olduğu ileri sürülmüştür: belirlilik (ya da kolaylıkla tahkik edilebilir normatif içerik veya ‘şeffaflık’); sembolik onaylama (ya da resmi tasdik); uygunluk (ya da uyum veya genel uygulama) ve bağlılık (ya da organize kurallar hiyerarşisi içinde yer almak). Diğer bir deyişle, niçin uluslararası kurallara itaat edildiği ve böylece sistemin çalıştığını anlamamıza yardım edecek objektif olarak doğrulanabilir kriterlerin olduğu öne sürülmüştür. Bu yaklaşım, ahlaka dayalı adalet ve meşruiyetin, dürüstlük konseptinin iki yönü olduğu görüşüyle tamamlanmıştır. Franck dürüstlük konseptini uluslararası hukukun en önemli sorunu olarak görmüştür.<sup>63</sup> Bununla beraber, Franck ayrıca ulus üstü kurumların büyümesi ve ulus devletlerin çöküşü ile dünya düzeninin geleneksel belirliliklerinin altın oyulduğu bir “küresel kimlik krizi”<sup>64</sup> bağlamı içerisinde “ortaya çıkan bireysellik hakkı”na<sup>65</sup> da dikkat çekmiştir. Franck, kişilerin giderek kendilerini bağımsız bireyler olarak tanımlama olasılığının arttığını not etmiş ve bunun uluslararası insan hakları hukukunun doğuşu ve yayılmasında ve çok katmanlı ve özgürce seçilmiş bağlılıkların

<sup>58</sup> Allott, ‘Language’, ss. 128 ff.

<sup>59</sup> Bkz., *Gentle Civilizer of Nations*, ss. 474 ff

<sup>60</sup> Örneğin bkz., R. A. Falk, *Human Rights and State Sovereignty*, New York, 1981, ve Falk, *On Human Governance*, Cambridge, 1995. Ayrıca bkz., *The United Nations and a Just World Order* (eds. R. Falk, S. Kim ve S. Mendlovitz), Boulder, 1991, ve Chimni, *International Law*, 4. Bölüm. Ek olarak şu kaynaklara da bakılabilir: J. S. Watson, ‘A Realistic Jurisprudence of International Law’, 34 *YBWA*, 1980, s. 265, M. Lane, ‘Demanding Human Rights: A Change in the World Legal Order’, 6 *Hofstra Law Review*, 1978, s. 269, Boyle, ‘Ideals and Things’.

<sup>61</sup> T. M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, 1990. Ayrıca bkz., Franck, ‘Fairness in the International Legal and Institutional System’, 240 *HR*, 1993 III, s. 13, 2. Bölüm; Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1995, 2. Bölüm, ve Franck, ‘The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium’, 100 *AJIL*, 2006, s. 88. Ayrıca bkz. E. Tourme-Jouannet, *What is a Fair Society? International Law Between Development and Recognition*, Oxford, 2013.

<sup>62</sup> Franck, *Legitimacy*, s. 24.

<sup>63</sup> Franck, ‘Fairness’, s. 26.

<sup>64</sup> T. M. Franck, *The Empowered Self*, Oxford, 1999, s. 3.

<sup>65</sup> *A.g.e.*, s. 1.

artışında açığa çıktığının altını çizmiştir.<sup>66</sup> Bu tür bireysel haklar giderek artan bir oranda ulusal ve uluslararası hukukta korunmakla birlikte, birey, grup ve devlet hakları arasında uygun bir dengeyi nasıl kurulacağı acil bir soru olarak ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, meşruiyet, bütün bir uluslararası politik sistem ile ilişkilere atıfla ve güç ve hukuk sistemi arasındaki bağın kurulması bağlamında daha geniş bir çerçevede de anlaşılabilir. Meşruiyet, normatif düzene hukukilik değilse de, otorite ve kabul edilebilirlik sağlar. Meşruiyet hukuk ve politikayı en geniş anlamında birbirine bağlar ve ortaya çıktığı şartlara bağlıdır. Bir yazar meşruiyetin 'bir tarih konusu olduğu'nu öne sürmüştü ve 'gelecekte yeni olayların çıkacağı ve yeni anlayışların geçmişi yeniden yorumlayacağı için meşruiyetin de bu yüzden değişime tabi olduğu' sonucuna varmıştır.<sup>67</sup> Meşruiyet, hukuki norm ve uygulamaların kabul edilirliliği ve daha geniş düzeyde politik çevre ile irtibatının test edilmesi için bir ölçü oluşturduğu için de önemlidir. Meşru görülen bir kural çifte onay almış olacaktır. Hukuk dışı ve gayri meşru görülen bir kural, kurum ya da uygulama iki kez onay bulmamış olacaktır. Hukuki fakat gayri meşru bir kural ya da kurum ise uzun dönemde kendi konumunu koruyamayacaktır. Hukuk dışı fakat meşru bir uygulama ise büyük olasılıkla yeni bir kuralın nüvesini oluşturacaktır.

Egemen devletler ve uluslararası toplum arasındaki ilişkilerin tekerrür eden temaları ve devlet merkezli bir dünyada uluslararası hukukun bağlayıcı niteliğini ikna edici şekilde açıklama çabası uluslararası hukuk teorisindeki eleştirel hukuk çalışmaları çerçevesi içine giren yakın dönem yaklaşımlarında da görülmektedir.<sup>68</sup> Bu tür yaklaşımlar uluslararası hukuk sistemi içerisinde devam edegelen birçok tutarsızlık ve anlamsızlığa dikkat çektiler. Kapsayıcı genel bir uluslararası hukuk teorisi ortaya koyma çabası ister dini ister sosyolojik temelli olsun doğrulanamaz önermeler üzerine kurulu olduğu için ana düşünce akımında terk edildi ve dikkatler uluslararası hukukun belli bazı alanlarının analizine ve özellikle de uyuşmazlıkların çözümü konusundaki prosedürlere çevrildi. Eleştirel hukuk çalışmaları okulu, uluslararası hukuka yönelik geleneksel yaklaşımın esasen yerel sistemlerin "liberal" prensiplerinin uluslararası sahneye aktarılmasını içerdiğini, fakat bunun sorunları daha çok artırdığını öne sürmüştür.<sup>69</sup> Spesifik olarak, liberalizm sürekli olarak bireysel özgürlük ile sosyal düzen arasında bir denge kurmaya çalışır ve bazı yazarların iddia ettiği üzere kaçınılmaz olarak onların önermelerinden biri ya da diğerinden yana olma ile son bulur.<sup>70</sup> Ayrıca adaletin kendisine ilişkin yalnızca iki olasılık vardır; ya sadece sübjektiftir ya da empoze edilmiştir. Her iki durumda da liberalizm sistem olarak uzlaşmacıdır.

Eleştirel hukuk çalışmaları yaklaşımı (bazen Uluslararası Hukukta Yeni Yaklaşımlar olarak da isimlendirilir) hukuk ve toplum arasında var olan yakın ilişkinin altını çizmekte, fakat kavramlar kendinden bağımsız olmayıp özel iktidar ilişkilerini yansıttığı için kavramsal

<sup>66</sup> A.g.e., ss. 278–80.

<sup>67</sup> Bobbitt, *Shield*, s. 17. Ayrıca bkz., J. Brunn'ee ve S.J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law*, Cambridge, 2010; *Fault Lines of International Legitimacy* (ed. H. Charlesworth ve J-M Coicaud), Cambridge, 2012 ve M. N. Shaw, 'International Law: A System of Relationships', 3 *Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law, China*, 2010, ss. 239, 244 vd.

<sup>68</sup> Örneğin bkz., *The Structure and Processes of International Law* (ed. R. St J. Macdonald ve D. Johnston), Dordrecht, 1983; Boyle, 'Ideals and Things'; A. Carty, *The Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester, 1986; D. Kennedy, *International Legal Structure*, Boston, 1987; M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, Helsinki, 1989; F. V. Kratochwil, *Rules, Norms and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge, 1989; P. Allott, *Eunomia*, Oxford, 1990; Allott, *The Health of Nations*, Cambridge, 2002; *Theory and International Law: An Introduction* (ed. Allott), London, 1991, ve *International Law* (ed. M. Koskenniemi), Aldershot, 1992. Ayrıca bkz., I. Scobbie, 'Towards the Elimination of International Law: Some Radical Scepticism about Sceptical Radicalism', 61 *BYIL*, 1990, s. 339, ve S. Marks, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy and the Critique of Ideology*, Cambridge, 2000.

<sup>69</sup> Örneğin bkz., Koskenniemi, *International Law*, s. xvi.

<sup>70</sup> Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, s. 52.

analizin de önemli olduğunu vurgulamaktadır. Yaklaşım, devlet gücü ve uluslararası hukuk konseptleri arasındaki bağın ve bu konseptlerin politik faktörleri yansıtmaya biçiminin göz önüne alınması gerektiğine işaret etmektedir. Koskenniemi'nin ifade ettiği üzere, 'post-realist teori tek bir problemin, kavramlardaki iktidar problemi, boyutları olarak egemenler dünyasında tahdidin meşruiyeti ile hukuk ve toplum ilişkilerine dair sorulara cevap vermeye amaçlar.'<sup>71</sup> Dünya topluluğunun büyümesinin doğurduğu sorunun ve bu topluluğun içindeki farklı kültürler ve geleneklerin çeşitliliğini göz önüne alma ihtiyacının, evrenselliğin düşüşüne ve belli bazı sorunların spesifik bağlamlarına odaklanma ihtiyacına yol açtığı öne sürülmüştür.

Yakın dönemdeki bir çalışmada Koskenniemi yalnızca uluslararası hukuktaki evrenselci ve partikülarist güçler arasında devam eden gerilime değil<sup>72</sup>, aynı zamanda formalizm ile dinamizm arasındaki ilgili ayrıma ya da kural yönelimli ve politika yönelimli yaklaşımlar arasındaki zıtlığa da dikkat çekmiştir. Koskenniemi, politika yönelimli yaklaşımların kolaylıkla hakim politik pozisyonu desteklemek için kullanılabileceği görüşündedir.<sup>73</sup> Herhangi bir olayda tipik bir hukukçunun cevabı bütün her şeyin olayın özel durumlarına bağlı olduğu şeklindedir ve bu yaklaşım ilgili uluslararası hukuk kurallarından hangisinin uygulanacağı sorununu çözmeye çalışmak için de genelleştirilebilir. Nitekim, işleyen üst prensiplerin bulunması ve meşrulaştırılması güçtür ve bu yüzden evrensel nitelikli konseptler ve prensipler arayışının çok az bir değeri vardır. Gerçekte, uyumlu bir uluslararası sistem yoktur ve belli bazı sorunların ve konuların ortaya çıktığı spesifik bağlamların sınırları içinde güç değerlendirmelerini yansıtan amaca özel (*ad hoc*) hukuk konseptlerine odaklanılması gerekir. Politika yönelimli yaklaşım gibi, eleştirel hukuk çalışmaları bakışı da uluslararası hukukun kurallar serisi olmaktan çok daha fazla bir şey olduğunu kabul eder; fakat sonrasında, hukuku aralarından hangi seçeneklerin tercih edileceği konusunda rekabet halindeki normlar koleksiyonu olarak görmekten ziyade, hukukun belirsizliğini vurgular.<sup>74</sup> Geçtiğimiz yıllardaki bir özel çalışma alanı da uluslararası hukuk içerisinde kadının pozisyonu ile ilgilenen yaklaşımdır. Bu konu hem sistemin yapısı - örneğin uluslararası hukuk süreçleri ve kurumlarında kadınların göreceli olarak eksikliği - açısından, hem de yakın döneme kadar kadınların ilgilerine ve ihtiyaçlarına çok az dikkat gösteren esasa ilişkin hukuk açısından incelenmektedir.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> A.g.e., s. xxi. Ayrıca bkz., W. Mansell ve K. Openshaw, *International Law: A Critical Introduction*, Oxford, 2013.

<sup>72</sup> Ayrıca bkz., M. Eyskens, 'Particularism versus Universalism' *International Law – Theory and Practice* (ed. K. Wellens), The Hague, 1998, s. 11.

<sup>73</sup> *Gentle Civilizer of Nations*. Ayrıca bkz., M. Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford, 2011.

<sup>74</sup> Bkz., Higgins, *Problems and Process*, s. 9. Ayrıca bkz., J. A. Beckett, 'Countering Uncertainty and Ending Up/Down Arguments: Prolegomena to a Response to NAIL', 16 *EJIL*, 2005, s. 213.

<sup>75</sup> Örneğin bkz., H. Charlesworth ve C. M. Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, 2000; H. Charlesworth, C. M. Chinkin ve S. Wright, 'Feminist Approaches to International Law', 85 *AJIL*, 1991, s. 613; F. Teson, 'Feminism and International Law: A Reply', 33 *Va. JIL*, 1993, s. 647, ve *International Law: Modern Feminist Approaches* (ed. D. Buss ve A. Manji), Oxford, 2005 ve D. Otto, 'Feminist Approaches to International Law' *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Bölüm 24. Ayrıca bkz., the 'Final Report on Women's Equality and Nationality in International Law', *Report of the Sixty-Ninth Conference*, International Law Association, London, 2000, s. 248. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kuralları'nın 25(2) maddesi mahkemenin bölümlerinin cinsiyet temelinde dengeli olması gerektiğini belirtirken Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 36(8)a(iii) maddesi de mahkeme hakimlerinin seçiliş sürecinde 'kadın ve erkek hakimlerin adil temsili'nin dikkate alınmasını ilan etmektedir. Ayrıca hakimlerin adaylık prosedürleri kadın ve erkek adaylar için minimum sayı belirlemiştir. Bkz., ICC-ASP/1/Res.-2 (2002).



**Uluslararası Hukukun Parçalanması<sup>76</sup>**

Uluslararası hukuk kuralları ve kurumlarının devasa ölçülerde yayılması ve bu süreçte her geçen gün daha çok uzmanlık alanının (ticaret hukuku, çevre hukuku ve insan hakları hukuku gibi) doğuşu ve yükselişi, bir bütünsel sistem olarak uluslararası hukukun parçalanma (*fragmentation*) sürecinde olduğu argümanlarına yol açmıştır. Bu, merkezin kaybolacağı ve uluslararası hukukun birbirinden ayrı yerleşmiş ya da birbiriyle irtibatsız veya çok az irtibatlı sınırlı sistemlere bölüneceği korkusuna neden olmuştur. Birçok yönüyle, küreselleşme olarak tanımlanan olgunun patlaması ve dünyanın her yanında küresel uygulama ve mekanizmaların yayılması<sup>77</sup>, bir görüşe göre 'sosyal eylem ve yapının uzmanlaşmış ve göreceli olarak otonom alanlarının ortaya çıkışı'<sup>78</sup> olarak tanımlanan parçalanma sorunsalını gündeme taşımıştır. Bu durum, uluslararası hukukta müstakil rejimler ile bir bütün olarak sistem arasındaki ilişkiler hakkında tartışmaya yol açmıştır.<sup>79</sup> Birbiri arasındaki ilişkileri düzenleyecek bir üst otoritenin olmadığı bir çerçevede özel uzmanlık kuralları ve mekanizmalarının yükselişinin yerel sistemler arasında çatışmaya, en azından uluslararası hukukun yorumu ve gelişiminde tutarsızlığa, yol açabileceğinden endişe duyulmuştur.<sup>80</sup> Belli ölçülerde ilki gerçek bir tehlike olmakla birlikte<sup>81</sup>, uluslararası hukukta hala güçlü bir merkezileşme dinamiği ve normatif çatışmaya karşı ciddi bir karine vardır<sup>82</sup>: örneğin, özel kural (*lex specialis*) genel kuralı (*lex generalis*) askıya alır, bu nedenle daha ayrıntılı ve spesifik kural önceliğe sahip olacaktır.<sup>83</sup> Ayrıca, her ne kadar uluslararası hukukun uzmanlık alanlarındaki artışa rağmen yine de bugüne kadar birbirinden ayrı alanları irtibatlandırmaya yönelik giderek yükselen bir eğilim söz konusu olsa da<sup>84</sup>, ademi merkezi bir sistem olarak uluslararası hukukun, uzun zamandır, genel antlaşmalar, spesifik antlaşmalar ve teamül hukuku kaynaklı çeşitli kuralları birbiriyle bağlantısını kurma sorunu ile yüzleşmek zorunda olduğu da bir gerçektir. Dahası, uluslararası mahkemelerin kararları her zaman birbiriyle uyumlu olmayabilse de yetki hiyerarşisinin zirvesinde Uluslararası Adalet Divanı bulunur.<sup>85</sup> Parçalanma Hakkında Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu iki ana sonuca ulaşmıştır. İlki müstakil olarak tanımlanmaması gereken özel antlaşma rejimlerinin ortaya çıkması hukuk güvenliği, öngörülebilirliği ya da hukuk konularının eşitliğini ciddi olarak zayıflatmamıştır' ve ikincisi 'normların ve rejimlerin çatışması ve bu tür çatışmaları gidermek için gerekli kurallar, yöntemler ve tekniklere artarak ilgi gösterilmek zorunda olunacaktır.'<sup>86</sup>

<sup>76</sup> Örneğin bkz., 'Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law', Report of the Study Group of the International Law Commission (finalised by M. Koskeniemi), A/CN.4/L.682, 2006; M. Koskeniemi ve P. Leino, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties', 15 *Leiden Journal of International Law*, 2002, s. 553; M. Prost ve P. K. Clark, 'Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law', 5 *Chinese Journal of International Law*, 2006, s. 341; *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law* (ed. M. Andenas ve E. Bjorge), Cambridge, 2015, *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation* (ed. M.A. Young), Cambridge, 2015; P. Webb, *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford, 2013; B. Simma ve D. Pulkowski, 'Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law', 17 *EJIL*, 2006, s. 483; ve E. Benvenisti ve G. W. Downs, 'The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law', 60 *Stanford Law Review*, 2007, s. 595.

<sup>77</sup> Örneğin bkz., P. S. Berman, *The Globalisation of International Law*, Aldershot, 2005.

<sup>78</sup> International Law Commission Report on Fragmentation, s. 11.

<sup>79</sup> Erken dönemdeki bir tartışma için bkz., B. Simma, 'Self-Contained Regimes', 16 *Netherlands YIL*, 1985, s. 111.

<sup>80</sup> Örneğin, bkz., *Unity and Diversity in International Law* (ed. A. Zimmermann ve R. Hofmann), Berlin, 2006; K. Wellens, 'Fragmentation of International Law and Establishment of an Accountability Regime for International Organizations', 25 *Michigan Journal of International Law*, 2004, s. 1159, ve *L'Influence des Sources sur l'Unite et la Fragmentation du Droit International* (ed. K. C. Wellens ve R. H. Viraxia), Brussels, 2006.

<sup>81</sup> Örneğin bkz., A. Reinisch, 'Necessity in International Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina', 8 *Journal of World Investment and Trade*, 2007, s. 191.

<sup>82</sup> International Law Commission Report on Fragmentation, s. 25.

<sup>83</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 3. Bölüm.

<sup>84</sup> Örneğin, insan hakları hukuku ve insancıl hukuka (ya da savaş kanunları) ilişkin bkz., A. E. Cassimatis, 'International Humanitarian Law, International Human Rights Law, and Fragmentation of International Law', 56 *ICLQ*, 2007, s. 623. Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 20. Bölüm.

<sup>85</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 18. Bölüm.

<sup>86</sup> Aşağıda.

## Sonuç

Uluslararası hukuk teorileri ve yaklaşımlarının çeşitliliği ve uluslararası hukuk ile uluslararası ilişkiler arasındaki yakın ilişkilere yapılan vurgu<sup>87</sup>, konunun önemini ve onun karşı karşıya olduğu içsel güçlükleri açığa vurmaktadır.<sup>88</sup> Uluslararası hukuk, kuşkusuz, basit bir kurallar dizisi olmaktan çok daha fazla bir şeydir. Uluslararası hukuk, iddialar, karşı iddialar, beklentiler ve öngörülerin birbiriyle iletişimini kurmanın ve bu tür talepleri değerlendirebilme ve önem sırasına göre öncelik verebilmeye yönelik bir çerçeve sağlamanın yöntemini teşkil eder.

Uluslararası hukuk özel, somut bir dünya sistemi içinde fonksiyon icra eder ve devletlerden, uluslararası örgütlere, şirketlere ve bireylere kadar farklı aktörleri içerir ve bu yüzden de bu aktörlerin tümünün ihtiyaçlarına ve arzularına karşılık vermek durumundadır. Uluslararası sistem, giderek artan oranda, sınır ötesi faaliyetlere katılan, işbirliğine açık ve rekabet halindeki unsurlardan oluşmaktadır, ancak uluslararası hukukun temel normatif ve yapısal doğası aynı kalmıştır. Hukuk, sınır aşan konuların müzakere edilmesi ve çözüme kavuşturulması ya da onlara yönelik mücadele yürütülmesinin tek yolu değildir. Halihazırda mevcut bulunan karmaşık ve değişen bir sistemle ilgilenmenin birçok yönteminden biridir, fakat karşılıklı olarak kabul edilmiş yükümlülükler çerçevesinde bir niteliğe sahip olduğu için belli ölçülerde prestij ve etki sağlar.<sup>89</sup> Hukuk ve politika birbirinden ayrılamaz. Bunların ikisi birebir aynı değildir, fakat farklı düzeylerde etkileşim içindedirler ve ciddi bir simbiyotik ilişki geliştirmişlerdir. Birinin, diğeri için önemini azaltmak gibi bir fonksiyonu yoktur.

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

P. Bobbitt, *The Shield of Achilles*, London, 2002.

H. Charlesworth ve C. Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, 2000.

T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1995.

T. M. Franck, *The Empowered Self*, Oxford, 1999.

M. Koskenniemi, *The Politics of International Law*, Oxford, 2011.

S. Marks, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy and the Critique of Ideology*, Cambridge, 2000.

R. Müllerson, *Ordering Anarchy: International Law in International Society*, The Hague, 2000.

*The Oxford Handbook of the Theory of International Law* (ed. A. Orford ve F. Hoffmann), Oxford, 2016

<sup>87</sup> Örneğin bkz., A.-M. Slaughter, A. S. Tulumello ve S. Wood, 'International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship', 92 AJIL, 1998, s. 367, ve Slaughter, *A New World Order*. Ayrıca bkz., Bobbitt, ulus devletin öldüğü ve piyasa devleti ile yer değiştirdiğini ve bunun uluslararası hukuk ve kurumlarına ilişkin değişiklikler doğurduğunu ileri sürüyor. Bobbitt, *Shield*, ss. 353 vd. ve 667 vd.

<sup>88</sup> Özellikle ABD'de yakın dönemde yeniden canlanan realist yaklaşıma dayalı bir argüman da uluslararası hukukun, temelde, ulusal çıkarların takibi ve diplomasi ile ilgili ve dolaylı olarak onlara boyun eğen faktörler manzumesinin bir parçası olduğudur. Örneğin bkz., J. L. Goldsmith ve E. A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford, 2005, ve M. J. Glennon, *Limits of Law, Prerogatives of Power: Interventionism after Kosovo*, New York, 2001, Franck, *Power of Legitimacy*; A. Van Aaken, 'To Do Away with International Law? Some Limits to the "Limits of International Law"', 17 EJIL, 2006, s. 289, ve G. Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, 2004.

<sup>89</sup> Higgins 'uluslararası hukukun aktörlerinin (ki bunlar çoğunlukla devletlerdir) birbirleriyle olan ilişkilerinde normatif olduğuna inandıkları şeylerle tanımlanması gerektiğini' not etmektedir. Higgins, *Problems and Process*, s. 18.



## BÖLÜM 3

### KAYNAKLAR

İç hukuk düzenlerinde herhangi bir konu hakkındaki hukukun tespiti genellikle çok zor bir süreç değildir.<sup>1</sup> Örneğin, İngiliz hukuk sisteminde konunun Parlamento tarafından çıkarılan bir kanun (yada muhtemelen bir mevzuat) kapsamına girip girmediğine bakılır, eğer giriyorsa, mahkemeler tarafından konunun nasıl yorumlandığına ilişkin hukuki raporlara bakılır. Eğer özel bir noktaya bir kanunda spesifik olarak atıfta bulunulmadıysa, gerekli bilgiyi temin etmek için mahkeme kararları incelenmelidir. Diğer bir deyişle, hukukun ne olduğunu bilebilmenin kesin bir yöntemi vardır. Kuralların içeriklerini teyit etmenin yanı sıra, bu yöntem ayrıca hukukun nasıl oluşturulduğunu da – meclis mevzuatı ile ya da dava sonucu içtihat hukuku yoluyla – gösterir. Bu, hukuki sürece belli bir kesinlik düzeyi verir, çünkü bir teklifin ne zaman kanun olduğu ve kanun hakkındaki herhangi bir uyuşmazlığı çözmek için gerekli mekanizmaların neler olduğu söylenebilir. Ulusal hukuk düzeni içinde otorite aşama aşama yükselir ve bu anlamda ulusal hukuk düzeni hiyerarşik bir karakter arz eder. Ulusal hukuk düzeninin bu özelliği hukuka büyük ölçüde istikrar ve öngörülebilirlik kazandırır.

Uluslararası hukuktaki durum göz önüne alındığında tezatlık çok çarpıcıdır. Uluslararası hukuk içinde yasama ve yürütme organlarının ve hiyerarşik temelde mahkeme yapısının olmayışından daha önce bahsedilmişti; bunun etkileri konu açığa kavuşturulduğunda daha net olarak anlaşılacaktır. Uluslararası açıdan herkesi bağlayıcı kanun çıkarabilecek tek bir organ yoktur. Hukuku yorumlayıp geliştirecek kapsamlı ve zorunlu yargı yetkisine sahip tam bir mahkeme sistemi de söz konusu değildir. Bu yüzden kanunun nerede çıkarılacağı ve bir teklifin hukuk kuralına dönüşüp dönüşmeyeceğinin anlaşılabilmesi önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu muğlaklık uluslararası ilişkilerinin anarşik doğası ve rekabet halindeki egemenliklerin çatışması nedeniyle daha da kesafet kazanmaktadır. Bununla birlikte, uluslararası hukuk vardır ve tahkik edilebilir. Kuralların çıkarılabileceği ve analiz edilebileceği “kaynakları” mevcuttur.

<sup>1</sup> Genel olarak bkz., H. Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford, 2014; J. d’Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law*, Oxford, 2011 ve ‘Towards a New Theory of Sources in International Law’ *The Oxford Handbook of the Theory of International Law* (ed. A. Orford ve F. Hoffmann), Oxford, 2016, Bölüm 27; C. Parry, *The Sources and Evidences of International Law*, Cambridge, 1965; M. Sørensen, *Les Sources de Droit International*, Paris, 1946; V. D. Degan, *Sources of International Law*, The Hague, 1997; H. Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford, 2014; *Oppenheim’s International Law* (ed. R. Y. Jennings ve A. D. Watts), 9. Baskı, London, 1992, s. 22; *Brownlie’s Principles of Public International Law* (ed. J. Crawford), 8. Baskı, Oxford, 2012, 2. Bölüm; P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 124; A. Boyle ve C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford, 2007; G. M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, The Hague, 1993; G. I. Tunkin, *Theory of International Law*, London, 1974, ss. 89–203; J. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, 1968, Cilt: 1, s. 1; H. Lauterpacht, *International Law: Collected Papers*, Cambridge, 1970, Cilt: 1, s. 58; *Change and Stability in International Law-Making* (ed. A. Cassese ve J. Weiler), Leiden, 1988; A. Bos, *A Methodology of International Law*, Amsterdam, 1984; A. Cassese, *International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2005, 8-10. Bölümler; A. Pellet, ‘Article 38’ *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (ed. A. Zimmermann, C. Tomuschat ve K. Oellers-Frahm), 2. Baskı, Oxford, 2012, s. 731; M. Virally, ‘The Sources of International Law’ *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, s. 116; C. Tomuschat, ‘Obligations Arising for States Without or Against Their Will’, 241 HR, 1993, s. 195; B. Simma, ‘From Bilateralism to Community Interest in International Law’, 250 HR, 1994, s. 219; M. Mendelson, ‘The International Court of Justice and the Sources of International Law’ in *Fifty Years of the International Court of Justice* (ed. A. V. Lowe ve M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996, s. 63; G. Abi-Saab, ‘Les Sources du Droit International – Un Essai de Deconstruction’ *Le Droit International dans un Monde en Mutation*, Montevideo, 1994, s. 29, ve O. Schachter, ‘Recent Trends in International Law-Making’, 12 *Australian YIL*, 1992.

“Kaynaklar” ile teknik düzeyde hukuk sistemi içerisinde yer alan kaynaklar kast edilmekte, akıl ve ahlak gibi nihai kaynaklar ile kütüphaneler ve dergiler gibi daha işlevsel kaynaklar dışarıda tutulmaktadır. Amaçlanan, uluslararası hukuk kurallarının ortaya çıktığı sürecin araştırılmasıdır.<sup>2</sup>

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38 (1). maddesi, uluslararası hukukun kaynaklarına ilişkin en geçerli ve bütüncül açıklama olarak kabul edilir.<sup>3</sup> Bu maddeye göre;

*“Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan; a) uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları; b) hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamülü; c) uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini; d) 59. madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak mahkeme kararları ve çeşitli ulusların en yetkili yazarlarının öğretilerini uygular.”*

Bu formülasyon teknik olarak Uluslararası Adalet Divanı’nun uygulamak zorunda olduğu uluslararası hukukun kaynakları ile sınırlı olmakla birlikte, gerçekte, Divan’ın fonksiyonu kendisine sunulan uyuşmazlıklara da ‘uluslararası hukuka uygun olarak’ karar vermek olduğu için ve BM Antlaşması’nın 93. maddesi sayesinde (BM üyesi olmayan devletler de Divan’ın Statüsü’ne taraf olabilirler – İsviçre 2002’de BM’ye katılıncaya kadar bunun en bariz örneği) BM’nin tüm üye devletleri kendiliğinden (*ipso facto*) Statü’nün tarafları olduğu için, maddenin uluslararası hukukun kaynaklarının sıralanmasına ilişkin evrensel algıyı ortaya koyduğu hususunda ciddi bir anlaşmazlık yoktur.

Bazı yazarlar bu maddedeki ayrımları kategorize etmeye çalışmışlardır. Bu yazarlara göre uluslararası antlaşmalar, teamül ve genel hukuk ilkeleri münhasıran üç hukuk yapım süreci olarak tanımlanırken, mahkeme kararları ve akademik yazarların öğretileri iddia olunan kuralların doğrulanmasıyla ilgilenen hukuku belirleyici vasıtalar olarak görülmektedir.<sup>4</sup> Ancak gerçekte net ayrımlar yapmak her zaman mümkün değildir. Farklı fonksiyonlar büyük ölçüde üst üste örtüşür. Birçok olayda antlaşmalar (ya da sözleşmeler) sadece teamül hukukunun kabul edilegelen kurallarını yineler ve tıpkı yerel hakimlerin mevcut hukuku yorumlama sürecinde yeni hukuk formüle etmeleri gibi Uluslararası Adalet Divanı’nın değerlendirmeleri de hukuk ortaya çıkarabilir.<sup>5</sup>

Bazen şekli ve maddi kaynaklar arasında ayırım yapılmaktadır.<sup>6</sup> İlkinin kurallara bağlayıcı bir nitelik kazandırdığı, ikincisinin ise kuralların gerçek içeriğini teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Bu yüzden şekli kaynaklar hukuku tanımlamak için anayasal mekanizmaları somutlaştırırken, maddi kaynaklar düzenlemelerin esasını ya da konusunu kapsar. Bu ayırım özellikle uluslararası hukukun kendine özgü bir yapısal düzeni olduğu çerçevesinde eleştirilmiştir. Bu yaklaşım, maddi ve prosedürel unsurlar arasında uluslararası hukukta benimsenmesi oldukça güç olan net bir ayırım yapmaya teşebbüs ederken, çok daha önemli bazı sorunlardan dikkati uzaklaştırma eğilimi taşımaktadır.

<sup>2</sup> Örneğin bkz., M. S. McDougal ve W. M. Reisman, ‘The Prescribing Function: How International Law is Made’, 6 *Yale Studies in World Public Order*, 1980, s. 249. Uluslararası hukukun kaynaklarının kurallara indirgenemeyecek topluluksal sınırlamalar dizgesi olarak anlaşılmasının daha doğru olduğuna dair görüş için bkz., J. d’Aspremont, ‘The Idea of “Rules” in the Sources of International Law’, 84 *BYIL*, 2013, s. 103.

<sup>3</sup> Örneğin bkz., *Oppenheim’s International Law*, s. 24, ve M. O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, New York, 1934, s. 601 vd.

<sup>4</sup> Örneğin bkz., G. Schwarzenberger, *International Law*, 3. Baskı, London, 1957, Cilt: 1, ss. 26–7.

<sup>5</sup> Bunun birçok örneği vardır. Bkz., aşağıda 4. Bölüm.

<sup>6</sup> Örneğin, bkz., Daillier ve diğerleri, *Droit International Public*, ss. 124–5 şunu belirtmektedir: ‘les sources formelles du droit sont les *procedes* d’elaboration du droit, les diverses techniques qui autorisent ‘a considerer qu’une regle appartient au droit positif. Les sources *materielles* constituent les fondements sociologiques des normes internationales, leur base politique, morale ou economique plus ou moins explicitee par la doctrine ou les sujets du droit’, ve Pellet, ‘Article 38’, s. 774. (Orijinal alıntı Fransızcadır-Ç.N.). Ayrıca bkz. Thirlway, *Sources*, s. 3.

## TEAMÜL<sup>7</sup>

### Giriş

Herhangi bir ilkel toplumda belli davranış kuralları ortaya çıkar ve bu kurallar neye izin verilir neye izin verilmeyeceğini belirler. Bu tür kurallar neredeyse tümüyle grubun bilinç altında gelişir ve sosyal baskılar ve diğer değişik daha maddi araçlar vasıtasıyla grup üyeleri tarafından devam ettirilir. Bu kurallar en azından ilk aşamalarda yazılı ya da kodifiye edilmiş değildir ve nihayetinde tarihi meşruiyetin aurası olarak ifade edilebilecek bir zeminde varlığını sürdürmüştür.<sup>8</sup>

İnsan toplumu geliştikçe mahkemeler ve yasama organı gibi hukuki mekanizmaların ortaya çıkışıyla toplumun davranış kodları modernleşmiştir. Teamül olarak tanımlanabilecek orijinal süreç bugüne kadar geldi ve evrimleşmeye de devam etmektedir.<sup>9</sup> Teamül herhangi bir zaman diliminde toplumun değerleri ve ihtiyaçlarının otantik ifadesi olarak görülmektedir.

Çağdaş hukuk sistemleri içinde, özellikle de gelişmiş ülkelerde, teamül göreceli olarak kullanışsız ve önemsizdir ve çoğu zaman sadece nostaljik değere sahiptir.<sup>10</sup> Diğer yandan, uluslararası hukukta teamül, uluslararası sistemin doğası ve merkezi yönetim organlarının olmayışı nedeniyle hukukun dinamik bir kaynağıdır.

<sup>7</sup> Genel olarak bkz., A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell, 1971; M. Akehurst, 'Custom as a Source of International Law', 47 BYIL, 1974-5, s. 1; C.A. Bradley, *Custom's Future: International Law in a Changing World*, Cambridge, 2016; Thirlway, *Sources*, Bölüm III; M. Mendelson, 'The Formation of Customary International Law', 272 HR, 1999, s. 159; B. Cheng, 'Custom: The Future of General State Practice in a Divided World', *The Structure and Process of International Law* (ed. R. St J. Macdonald ve D. Johnston), Dordrecht, 1983, s. 513; A. E. Roberts, 'Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation', 95 AJIL, 2001, s. 757; H. Thirlway, *International Customary Law and Codification*, Leiden, 1972; *Sources of State Practice in International Law* (ed. R. Gaebler ve M. Smolka-Day), Ardley, 2002; K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, 2. Baskı, Dordrecht, 1993, ve Wolfke, 'Some Persistent Controversies Regarding Customary International Law', Netherlands YIL, 1993, s. 1; H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, 1958, ss. 368-93; J. Kunz, 'The Nature of Customary International Law', 47 AJIL, 1953, s. 662; R. J. Dupuy, 'Coutume Sage et Coutume Sauvage', *Mélanges Rousseau*, Paris, 1974, s. 75; B. Stern, 'La Coutume au Coeur du Droit International', *Mélanges Reuter*, Paris, 1981, s. 479; R. Y. Jennings, 'Law-Making and Package Deal', *Mélanges Reuter*, s. 347; M. Byers, 'Custom, Power and the Power of Rules', 17 *Michigan Journal of International Law*, 1995, s. 109; J. Kammerhofer, 'The Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems', 15 EJIL, 2004, s. 523; P. M. Dupuy, 'Theorie des Sources et Coutume en Droit International Contemporain', *Le Droit International dans un Monde en Mutation*, s. 51; R. Müllerson, 'On the Nature and Scope of Customary International Law', *Austrian Review of International and European Law*, 1998, s. 1; M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules*, Cambridge, 1999, ve A. Carty, *The Decay of International Law?*, Manchester, 1986, 3. Bölüm. Ayrıca Bkz., the 'Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law', *Report of the Sixty-Ninth Conference*, International Law Association, London, 2000, s. 713; *The Nature of Customary Law* (ed. A. Perreau-Saussine ve J. B. Murphy), 2007; J. d'Asprement, *Formalism and the Sources of International Law*, Oxford, 2011; M. P. Scharf, *Customary International Law in Times of Fundamental Change*, Cambridge, 2013; T. Treves, 'Customary International Law', *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* ve P. Tomka, 'Custom and the International Court of Justice', 12 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2013, s. 195. Ayrıca bkz., the International Law Commission's Study of Formation and Evidence of Customary International Law/ Identification of Customary International Law (başlık 2013'te değişmiştir), Yearbook of the ILC, 2011, A/66/10, Annex A, s. 302, Yearbook of the ILC, 2012, A/67/10, 8. Bölüm, s. 108, Reports of the ILC 2012 (A/67/10), 2013 (A/68/10), 2014 (A/69/10), ve 2015 (A/70/10), ve günümüze kadar Özel Raportörün dört raporu A/CN.4/663 (2013), A/CN.4/672 (2014), A/CN.4/682 (2015) ve A/CN.4/695 (2016). 2015'te Yazım Komitesi tarafından bir dizi Taslak Sonuç geçici olarak kabul edilmiştir. A/CN.4/L.869 (2015), ve Komisyon tarafından dikkate alınmıştır, A/70/10, para. 60.

<sup>8</sup> Örneğin, bkz., R. Unger, *Law in Modern Society*, London, 1976. Unger, teamül hukukunun bireyler ve gruplar arasındaki etkileşim biçiminin bu grup ve bireylerin az ya da çok açık onayıyla birlikte kalıcı hale gelmesi ve bu etkileşim biçiminin karşılanması gereken karşılıklı davranış beklentileri üretmesi ile bağlantılı olduğunu belirtiyor. Bkz., s. 49. Ayrıca bkz., R. Dias, *Jurisprudence*, 5. Baskı, London, 1985, 9. Bölüm, ve H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961.

<sup>9</sup> Örneğin, bkz., D. Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, 4. Baskı, London, 1979, s. 649, ve H. Maine, *Ancient Law*, London, 1861.

<sup>10</sup> Örneğin, bkz., Dias, *Jurisprudence*.

Teamül kurallarının varlığı devletlerin uygulamaları ve davranışlarından anlaşılabilir ve bu tam da sorunların başladığı yerdir. Bir devlet tarafından benimsenen özel bir davranış tarzının ne zaman hukuk kuralını yansıttığı ya da sadece, örneğin, nezaketten kaynaklanan bir davranış olduğu nasıl söylenebilir? Nitekim, canlı bir “devlet” olmadığı, fakat daha ziyade devlet fonksiyonlarını icra eden birçok kurumda çalışan binlerce resmi görevliden bahsedilebileceği için, bir devletin tam olarak ne yaptığı ve bunu niçin yaptığı, nasıl anlaşılabilir? Diğer sorun alanları ise yeni kuralların oluşturulma hızı ve itirazların sürece etkisi ile ilgilidir.

Uluslararası hukukta teamül sisteminin değeri konusunda anlaşmazlıklar söz konusudur. Bazı yazarlar teamülün artık uluslararası hukukun gelişimini içerebilmek için çok ağır ve hantal olduğuna işaret ederek günümüzde hukukun kaynağı olarak önemli olabileceğini yadsırken<sup>11</sup>, diğer yazarlar ise teamülün hukuk yapım sürecinin dinamik bir unsuru olduğunu kaydederek evrensel uygulama alanı bulduğu için antlaşmalardan çok daha önemli olduğunu ileri sürmüşlerdir.<sup>12</sup> Diğer bir görüş ise teamülün spontane olarak harekete geçtiği ve bu yüzden toplumun çağdaş gereksinimlerini yansıttığı için değerli olduğunu savunmaktadır. Bununla birlikte, uluslararası hukuk günümüzde birçok farklı kültürel ve politik gelenekle yüzleşmek ve devlet faaliyetlerinin çeşitliliğinde ve hızındaki büyük artışla başa çıkmak zorunda olduğu için, teamülün rolünün çok daha azalmış olduğu düşünülmektedir.<sup>13</sup>

Bu yaklaşımların her birinde doğruluk payı vardır. Geniş bir yelpazede birbiriyle çatışan davranışların çeşitliliği arasında, teamül hukukunun yeni bir kuralının ortaya çıkışını engellemek kolay değildir ve bütün gerekli bilgilerin harmanlanmasında çok ciddi problemler vardır. Teamül, dünya sorunları ile ilgili girift konuların düzenlenmesi için her zaman mevcut en iyi enstrüman değildir, fakat belli bazı durumlarda modern yaşamın beklenmedik olayları karşısında işlevsel olabilir. İleride görüleceği üzere, belli durumlarda uzun bir kuluçka evresinden geçmeksizin geçerli kurallar ortaya koyan “teamül hukukunun ani oluşumu” olarak tanımlanabilecek bir olguya işaret etmek mümkündür ve teamül, uluslararası hukuk prensiplerinin tanımlanması ve gelişiminde işleyen girift mekanizmalara tam olarak uyabilir; ve sıklıkla da uyar.

Bundan daha önemlisi, teamül, ademi merkezi nitelikteki uluslararası sistemin karakteristik özelliklerini yansıtır. Yeni kurallar formüle edilirken bütün devletlerin sürece katılabilmesi yönüyle demokratiktir. Ancak “bazıları diğerlerinden daha eşittir” hükmünde hiçbir doğruluk payı yoktur da denilemez. Uluslararası toplum belli bir hukuk kuralından memnun değilse, bir dünya konferansı düzenlenmesi ve bu konferansın başarıyla sonuçlandırılması gerekliliği olmaksızın bu kural göreceli olarak hızla değiştirilebilir.

Çoğunluğun bütün tarafları bağlayıcı nitelikte yeni kural oluşturabilmesi karar almada konsensüs yaklaşımını yansıtırken, devletlerin aktif katılımı onların teamül kurallarına rıza göstermesini sağlar. Teamülün kesinlik arz etmeyişi esneklik kadar muğlaklık anlamı da taşır. Nitekim, deniz hukukunda münhasır ekonomik bölge konseptinin ortaya çıkışı bu sürecin bir örneği olarak anılabilir. Bu konu 10. Bölümde ayrıntılı olarak tartışılacaktır. 38. maddeye göre teamülün özü, ‘hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı’ni ortaya koymalıdır. Bu nedenle bir teamülün oluşumunda iki temel unsur öne çıkar. Bunlar devletlerin hakiki davranışı olan maddi gerçekler ve bu davranışın “hukuk” olduğuna dair psikolojik ya da subjektif inanç. Uluslararası Adalet Divanı’nın *Libya/Malta* davasında belirttiği gibi, teamül hukukunun temelleri esasen devletlerin gerçek uygulamalarında ve psikolojik öğede (*opinio juris*) aranmalıdır.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Örneğin, bkz., W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, New York, 1964, ss. 121–3. Ayrıca bkz., I. De Lupis, *The Concept of International Law*, Aldershot, 1987, ss. 112–16.

<sup>12</sup> Bkz., D’Amato, *Concept of Custom*, s. 12.

<sup>13</sup> C. De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, 3. Baskı, Princeton, 1960, ss. 161–2.

<sup>14</sup> ICJ Reports, 1985, ss. 13, 29; 81 ILR, s. 239. Ayrıca bkz., the Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 253; 110 ILR, s. 163 ve Uluslararası Teamül Hukukunun Saptanmasına İlişkin UHK Yazım Komitesi tarafından geçici olarak kabul edilen Taslak Sonuç 2, A/CN.4/L.869 (2015).

Teamül hukuku devlet faaliyetlerinin performansına ve uygulamaların bu performansla uyumuna, diğer bir deyişle devletlerin gerçekte ne yaptığına dayandığı için ilk gerekliliğin niçin anıldığı anlaşılabilir. Psikolojik ögenin (*opinio juris*) ise biraz açıklanmaya ihtiyacı vardır. Eğer teamülün tanımı devlet uygulaması ile sınırlanacak olursa, uluslararası hukukun ahlak prensiplerinden ya da sosyal örf ve adetlerden nasıl ayrılacağı sorunu ile yüz yüze gelinir. Devletler davranışlarını hukuki olarak zorunlu görülenler ile sınırlamazlar. Tamamen iyi niyet hissi ve karşılıklı fayda ümidiyle de bir davranış çizgisi izleyebilirler. Devletler turistlerin ülkelerinde seyahat etmelerine ya da uyduların fırlatılmasına izin vermek zorunda değildirler. Ya da gelişmekte olan ülkelere ekonomik yardım yapma zorunluluğu yükleyen bir kural yoktur. Böyle yapıyor olması bu tür davranışta bulunmak zorunda olduğu anlamına gelmez.

Bu nedenle konu, bir kanun nedeniyle yapılmış davranışın, diğer saiklerle (iyi niyetten kırgınlığa, ideolojik destekten politik rüşvete kadar çok farklı nedenler olabilir) yapılmış davranıştan nasıl ayrılacağıdır. Teamül hukuku yalnızca devletlerin fiili davranışları ile sınırlandırılırsa bu sorunun çözümü mümkün olamaz.

Sonuç olarak, teamülün tanımındaki ikinci unsura ayrıntılı olarak izahat getirilmiştir. Psikolojik unsur, belli bir yönde hareket eden bir devletin o şekilde hareket etmesinin hukuki zorunluluk olduğuna dair inancıdır. Bu hukuk terminolojisinde *opinio juris sive necessitatis* olarak bilinir ve ilk olarak Fransız yazar François Geny tarafından hukuki teamülü sosyal örf ve adetlerden farklılaştırmaya yönelik bir çaba olarak formüle edilmiştir.<sup>15</sup>

Bununla birlikte, iki unsurun - fiili hareket ve sübjektif inanç - göreceli olarak hangisinin daha önemli olduğu konusu değişik yazarlarca tartışılmıştır.<sup>16</sup> Pozitivistler devlet egemenliğine vurgularıyla psikolojik unsurun son derece önemli olduğunu ileri sürmüşlerdir. Devletler sadece rıza gösterdikleri konu ile sınırlandırılabilirler, dolayısıyla bu yüzden maddi unsur psikolojik unsurun (*opinio juris*) değerine göre daha ikincil konumdadır. Devletler bir hareket tarzının hukuki olduğuna inanırlarsa ve bir kez bile olsa o yönde davranırlarsa söz konusu kurala zımni olarak rıza gösterdikleri sonucu çıkarılır. Bu analiz hattını izleyerek birçok pozitivist düşünür açık tezahürün gerekliliklerinin - örneğin tekrarlama ve süre - birçoğunu hafifseme eğilimi göstermişlerdir.<sup>17</sup>

Diğer yazarlar tamamen karşı hatta yer almış ve *opinio juris*'in kanıtlanmasının mümkün olmadığı ve bu yüzden çok büyük sonuç doğurmayacağını savunmuşlardır. Örneğin Kelsen her hangi bir örf ya da adetin bir teamüle dönüşüp dönüşmeyeceğine mahkemelerin karar verme yetkisine sahip olduğunu, o örf ve adetin hukukiliğini belirlemede nihai karar için belli bir devletin ya da devletlerin sübjektif algularına başvurulamayacağını ifade etmiştir.<sup>18</sup>

### Maddi Gerçek

Devletlerin fiili uygulamaları dikkate alınması gereken ilk faktördür. Devletlerin özel bir uygulamasının niteliğine ilişkin göz önüne alınması gereken o uygulamanın süresi, tutarlılığı, tekrarlanması ve genelliği gibi birçok nokta vardır. Süre göz önüne alınırsa, çoğu

<sup>15</sup> *Methodes d'Interpretation et Sources en Droit Prive Positif*, 1899, 110. paragraf.

<sup>16</sup> Örneğin bkz., R. Müllerson, 'The Interplay of Objective and Subjective Elements in Customary Law', *International Law - Theory and Practice* (ed. K. Wellens), The Hague, 1998, s. 161.

<sup>17</sup> Örneğin bkz., D. Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, 3. Baskı, 1928, ss. 73-6; K. Strupp, 'Les Règles G'énérales du Droit International de la Paix', 47 HR, 1934, s. 263; Tunkin, *Theory of International Law*, ss. 113-33, ve 'Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law', 49 *California Law Review*, 1961, ss. 419-21, ve B. Cheng, 'United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law?', 5 *Indian Journal of International Law*, 1965, s. 23.

<sup>18</sup> 'Théorie du Droit International Coutumier', 1 *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 1939, ss. 253, 264-6. Ayrıca bkz., P. Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, Paris, 1953, ss. 46-8; T. Gihl, 'The Legal Character of Sources of International Law', 1 *Scandinavian Studies in Law*, 1957, ss. 53, 84, ve *Oppenheim's International Law*, ss. 27-31.



ülke kendi iç hukuk sistemlerinde bir uygulamanın teamül kuralı olarak kabul edilmesi için bir zaman cetveli belirler. Bu İngiliz teamül hukukunda 1189'a kadar geriye giden "çok eski zaman"dan Kıta Avrupası'nda 30-40 yıl gibi bir zaman dilimine kadar çeşitlilik gösterir.

Uluslararası hukukta, bununla beraber, çok katı bir zaman unsuru söz konusu değildir ve o, söz konusu örf ve adetin niteliğine ve vakanın şartlarına bağlı olacaktır. Hava ve uzay hukuku gibi belli bazı alanlarda kurallar hızla gelişmiştir, diğer alanlarda ise süreç çok daha yavaş işlemiştir. Bu yüzden süre, devlet uygulaması unsurlarının en önemlisi değildir.<sup>19</sup> Teamülün temeli başka bir yerde aranmalıdır.

1950'de Uluslararası Adalet Divanı'nda görülen *Asylum* davasında temel kural olarak devamlılık ve tekrarlanma kabul edilmiştir.<sup>20</sup> Divan bir teamül kuralının 'ilgili devletler tarafından devamlı ve muntazaman uygulanan bir örf ve adet kuralı olması gerektiğini' açıklamıştır.<sup>21</sup> Divan'da görülen dava, başarısız bir darbe teşebbüsü sonrası Peru hükümeti tarafından aranan Haya de la Torre hakkındaydı. Kolombiya'nın Lima'daki büyükelçiliği tarafından kendisine sığınma hakkı tanınmış, fakat Peru Torre'nin ülkeyi terk etmesine izin vermeyi reddetmişti. Kolombiya konuyu Uluslararası Adalet Divanı'na taşımış ve kendisinin Torre'nin suçlu olup olmadığını belirleme yetkisine sahip olduğuna ve bu olayda sığınma hakkı ve geçiş izni tanınabileceğine hükmeden bir karar verilmesini talep etmişti.

Divan teamül kuralının niteliğini karakterize ederken bir devlet (Kolombiya) ile ilgili bir hak ve diğeri (Peru) ile ilgili bir görev ifadelerini kullanmıştır. Bununla birlikte, mahkeme *Asylum* davasında söz konusu suçun tek taraflı niteliğine ilişkin 'devamlı ve yeknesak uygulanan bir örf ve adet kuralı' bulunmadığı ve devlet uygulamalarının bu konuda çok belirsiz ve birbirleriyle çelişkili olduğu yorumunda bulunmuştur.<sup>22</sup> Buradaki konu yalnızca Latin Amerika ile ilgili bir bölgesel teamüle ilişkindi, bu nedenle genel teamülün ileri sürüldüğü durumlarda aynı yaklaşımın takip edilmesinin gerekmediği ve daha düşük standartlarda bir kanıtın kabul edilebileceği öne sürülebilir.<sup>23</sup>

Uluslararası Adalet Divanı *Anglo-Norwegian Fisheries* davasında bir teamülün oluşabilmesi için devlet uygulamaları arasında belli ölçüde yeknesaklık olması gerektiği görüşünü vurgulamıştır.<sup>24</sup> Birleşik Krallık, karasularının genişliğinin ölçülmesinde Norveç'in yöntemine karşı argüman ortaya koyarken teamül kuralı olduğunu iddia ettiği bir kurala atıfta bulunmuştur. Buna göre on milden daha küçük koylar arasında düz çizgi çekilebilir ve bu, karasularının ölçümünde esas alınan çizgi olabilir. Mahkeme bu görüşü, devletlerin fiili uygulamalarının böyle bir teamülün oluşumunu meşrulaştırmadığına işaret ederek reddetmiştir. Diğer bir deyişle, bu konuda davranışlarda yeterli yeknesaklık söz konusu değildir.

Kara sahanlığının sınırlarının çizilmesi hakkında Almanya ile Hollanda ve Danimarka arasındaki uyuşmazlıkla ilgili *North Sea Continental Shelf* davalarında<sup>25</sup>, Uluslararası Adalet Divanı devlet uygulamalarının - 'ki bunlar çıkarları özellikle etkilenen devletlerin

<sup>19</sup> Bkz., D'Amato, *Concept of Custom*, ss. 56-8, ve Akehurst, 'Custom as a Source', ss. 15-16. Hakim Negulesco teamülün çok eski zamanlardan beri uygulanagelen bir örf ve adet olması gerektiğini vurguladı. *European Commission of the Danube*, PCIJ, Series B, No. 14, 1927, s. 105; 4 AD, s. 126. Ayrıca bkz., *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 43; 41 ILR, ss. 29, 72 ve Uluslararası Teamül Hukukunun Saptanmasına İlişkin UHK Yazım Komitesi tarafından geçici olarak kabul edilen uygulamanın genel olduğu müddetçe belirli bir sürenin gerekli olmadığını öngören Taslak Sonuç 8, A/CN.4/L.869 (2015).

<sup>20</sup> ICJ Reports, 1950, s. 266; 17 ILR, s. 280.

<sup>21</sup> ICJ Reports, 1950, ss. 276-7; 17 ILR, s. 284.

<sup>22</sup> *A.g.e.*

<sup>23</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda.

<sup>24</sup> ICJ Reports, 1951, ss. 116, 131 ve 138; 18 ILR, s. 86.

<sup>25</sup> ICJ Reports, 1969, s. 3; 41 ILR, s. 29.

uygulamalarını içerir’ - ‘atıfta bulunulan hüküm bağlamında kapsamlı ve neredeyse tümüyle yeknesak olması gerektiğini’ mütalaa etmiştir. Bunun, uluslararası teamül hukukunda yeni bir kuralın ortaya çıkışı açısından zaruri olduğu savunulmuştur.<sup>26</sup> Bununla birlikte, Divan *Nicaragua v. United States* davasında<sup>27</sup> söz konusu uygulamanın iddia edilen teamül kuralı ile ‘son derece katı bir uyum’ göstermesine gerek olmadığını vurgulamıştır. Divan;

“Teamül kurallarının var olduğu sonucunu çıkarmak için, mahkeme devletlerin uygulamalarının genel olarak bu kurallar ile uyumlu olmasının yeterli olduğunu ve mevcut bir kuralla uyumlu olmayan devlet uygulamalarının örneklerinin genel olarak yeni bir kuralın kabulünün işareti olarak değil, mevcut kuralın ihlali olarak değerlendirilmesi”

gerektiğini belirtmiştir.<sup>28</sup>

Hukuki olarak bağlayıcı bir teamül oluşturulmadan önce elde edilmesi gereken başlangıç noktası, iddia olunan kuralın niteliğine ve ona karşı yükselen itiraza bağlı olacaktır. Bu kısmen, teamül olduğu iddia edilen kuralın netlik arz etmediği durumlarda - örneğin *Asylum* davasında birbiriyle çatışan ve çelişkili birçok delil öne sürülmüştür - görülen muğlaklık sorunu ile ilgilidir.

Diğer yandan bir devletin ileri sürdüğü doğrulanmamış bir iddia kabul edilemez, çünkü bu tek taraflı hukuk yapımı olur ve uluslararası hukuk sisteminin tarafsızlığından ödün vermek anlamına gelir. Eğer bir iddia ciddi bir itiraz ile karşılaşırsa bunu ihmal etmek ve yerleşik bir kuralmış gibi davranmak arzulanmayacak bir durum olurdu. Diğer ilgili bir faktör de değiştiği belirtilen önceki kuralın gücüdür.<sup>29</sup> Örneğin, hava sahası üzerinde devlet egemenliğine ilişkin teamül hukuku Birinci Dünya Savaşı’nın hemen öncesinde ve savaş döneminde çok hızlı gelişmiştir. Benzeri şekilde, dünyanın çevresinde yörüngeye oturan ilk Rus yapay uydusundan hemen sonra uzay rotası üzerinde egemenliğin olmaması prensibi kabul edilmiştir. Bin Cheng, bu tür durumlarda eğer *opinio juris* (psikolojik öge) net olarak söz konusu ise tekrarlanma faktörünün gerekli olmadığını öne sürmüştür. Bu nedenle teamül hukukunun derhal oluşumu (*instant custom*) mümkündür.<sup>30</sup>

Tek bir fiilin teamül oluşturabileceği görüşü, özellikle teamül kurallarını örf ve adetler serisi dışında diğer başka bir yolla ispatlamanın güçlükleri nedeniyle eleştirilmiştir.<sup>31</sup> Bununla birlikte, sonuç olarak belirtilebilir ki, teamülün oluşumunda hayati öneme sahip olan unsur uluslararası bağlamdır. İlerleme dinamikleri nedeniyle sürekli olarak yeni durumlarla yüz yüze gelen bir toplumda bu tür değişimlere makul bir hızla cevap verebilmek için kural koyma sisteminin de hızlı işlemesine ciddi bir ihtiyaç vardır. Teamül, hukukun yeni alanlarında karşılaşılan durumların yeniliği, aşılması gereken zıt kuralların olmayışı ve uluslararası ilişkilerde düzenleme yapma ihtiyacı nedeniyle devlet uygulamaları ile hızla oluşturulabilir.

Teamül hukukunun genel niteliğini açıklamak için, De Visscher tarafından özel bir kıyaslama yapılmıştır. De Visscher teamülün büyümesini boş bir arazide kademeli olarak yol oluşumuna benzetmiştir. Yön konusunda ilk tereddütlerden sonra, çoğu kullanıcı tek bir patika olan aynı

<sup>26</sup> ICJ Reports, 1969, s. 43; 41 ILR, s. 72. Mahkeme’nin tamamen bir antlaşma kuralı temelinde bir teamül kuralının tesis edilmesi ile ilgilendiği not edilmelidir. Bkz., Akehurst, ‘Custom as a Source’, s. 21, özellikle 5. dipnot. Ayrıca bkz., *Paquete Habana* davası, 175 US 677 (1900) ve *Lotus* davası, PCIJ, Series A, No. 10, 1927, s. 18; 4 AD, s. 153.

<sup>27</sup> ICJ Reports, 1986, s. 14; 76 ILR, s. 349.

<sup>28</sup> ICJ Reports, 1986, s. 98; 76 ILR, s. 432.

<sup>29</sup> Bkz., D’Amato, *Concept of Custom*, ss. 60–1, ve Akehurst, ‘Custom as a Source’, s. 19. Ayrıca bkz., Judge Alvarez, *Anglo-Norwegian Fisheries* davası, ICJ Reports, 1951, ss. 116, 152; 18 ILR, ss. 86, 105, ve Judge Loder, *Lotus* davası, PCIJ, Series A, No. 10, 1927, ss. 18, 34.

<sup>30</sup> Cheng, ‘United Nations Resolutions’.

<sup>31</sup> Örneğin, bkz., Daillier ve diğerleri, *Droit International Public*, ss. 358–9.

hattı takip etmeye başlarlar. Hangi anda bu değişimin ortaya çıktığını tespit etmek mümkün olmamakla birlikte, patikanın yola dönüşmesinden kısa bir süre önce o hat tek normal yol olarak kabul edilmiş olur. Bir teamülün oluşumu da buna benzer. De Visscher tıpkı bazı insanların diğerlerine göre ağırlıkları nedeniyle daha büyük ayak izi bırakmaları gibi dünyada daha etkili devletlerin de daha enerjik olarak yol açtığını ve ilerledikleri yolun savunucuları ve garantörleri olma eğilimi taşıdıklarını öne sürmüştür.<sup>32</sup>

Bir devletin niçin belli bir şekilde davrandığının sebepleri değişkendir, fakat bu durum çıkarlarını nasıl algıladığı ile yakından ilişkilidir. Bu, sırasıyla, söz konusu devletin gücü ve rolü ile uluslararası itibarına bağlıdır. Dolayısıyla, teamül, devletlerin kendi güçlerini, umutlarını ve kaygılarını ortaya koyarken bu devletler tarafından uygulanan örf ve adetlere dayandığı için belli ölçüde devletlerin çoğunluğunun algılarını yansıtmalıdır. Ancak bazı devletlerin diğerlerine göre daha etkili ve güçlü olması ve faaliyetlerinin daha çok öneme sahip olarak görülmesi kaçınılmazdır. Bu gerçek, uluslararası hukukta da yansımaları bulur ve bu nedenle zenginlikleri, güçleri ya da uygulama konusu ile yakın ilişkileri (deniz devletleri-deniz hukuku ilişkisi gibi) gibi hangi sebeple olursa olsun gündeme gelen konuyla yakından ilgili birkaç devlet tarafından teamül oluşturulabilir. Hukuk politikadan ya da güçten ayrılmaz ve yukarıda anılan gerçek de bu önermenin somut bir örneğidir.<sup>33</sup>

Örneğin, Birleşik Krallık gücünün zirvesinde olduğu 19. yüzyılda deniz hukukunun ve savaş ganimesi hukukunun gelişiminde çok etkili olmuştur. Daha sonraları uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak kabul edilecek olan birçok öneri İngiltere tarafından gündeme getirilmiştir. Bunların birçok örneğinden biri olarak uluslararası seyrüsefer işlemleri gösterilebilir. Benzeri şekilde, Sovyetler Birliği (günümüzde Rusya) ve ABD'nin uzay hukukunda etkileri çok büyüktür.<sup>34</sup>

Nihayetinde, bir teamülün kabulü için o konuda büyük güçlerin fikir birliği içinde olmalarının gerektiği söylenebilir. Kara sularının genişliğine dair bir düzenlemenin hukuk olarak kabulü, büyük denizci ülkeler o konuda anlaşmazsa ya da rıza göstermezse bu düzenlemeyi deniz kıyası olmayan kaç devlet isterse istesin, pek mümkün olmayacaktır. Diğer devletler öneriler sunabilir ve baskı uygulayabilir, ancak konuyla en çok ilgili olan devletlerin fikir birliği olmaksızın o önerilerin teamül hukukunun bir kuralına dönüşmesi olası değildir. Bu uluslararası sistemin doğasından kaynaklanmaktadır. Sistem içinde her devlet katılımında bulunabilir, ancak güçlü olan aktörlerin görüşleri daha çok ağırlık taşır.

Sonuç olarak, bir uygulamanın süresi ve genelliği, herhangi bir alanda yeni bir teamül kuralının oluşumunu hızlandıran devletlerin göreceli önemine göre ikincil konumdadır. Evrensellik gerekli değildir, fakat güç ile bir bağlantı zaruridir. Belli ölçüde süreklilik de önemlidir, fakat bu yine yeni bir teamül kuralının oluşumunun bağlamı ve söz konusu örf ve adetlerin niteliğine bağlıdır.

Bu unsurlar bir uygulamanın dış tezahürlerinde açığa çıkar ve uygulamanın var olduğunu ve bu şekilde kendini ortaya koyduğunu belirler. Bu, söz konusu uygulamanın hukuk kuralı olduğu anlamına gelmez - bu faktör ilerideki alt bölümde incelenecektir -; ancak konunun tarafı olan tüm devletlerin onun varlığını keşfedebileceği anlamını taşır. Bu bariz olma durumu, hem örf ve adetin uygulandığı bağlamın önemini hem de bir teamülün varlığını teyit eden açık fiilin daha önemli unsurlarını gösterir.

<sup>32</sup> De Visscher, *Theory and Reality*, s. 149. Ayrıca bkz., Lauterpacht, *Development of International Law*, s. 368; P. Cobby, *Leading Cases on International Law*, 4. Baskı, London, 1922, s. 5, ve Akehurst, 'Custom as a Source', ss. 22-3.

<sup>33</sup> Örneğin, bkz., *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 42-3; 41 ILR, ss. 29, 71-3. Ayrıca bkz. Uluslararası Teamül Hukukunun Saptanmasına İlişkin UHK Yazım Komitesi tarafından geçici olarak kabul edilen ve 'İlgili uygulamanın yeterince yaygın ve temsil kabiliyetine sahip olma anlamında genel ve tutarlı olması gerektiğini' öngören Taslak Sonuç 8, A/CN.4/L.869 (2015).

<sup>34</sup> Örneğin bkz., Cheng, 'United Nations Resolutions'; C. Christol, *The Modern International Law of Outer Space*, New York, 1982, ve Christol, *Space Law: Past, Present and Future*, The Hague, 1991. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 10. Bölüm.

Bu noktada, bir fiilin gerçekleşmemesinin ne kadar önemli olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır. Yine, bir devletin ya da özellikle de büyük bir devletin bir uygulamaya katılmaması ne kadar önemlidir? Bu, söz konusu örf ve adetin uygulanmasına dair zımni muvafakat olarak yorumlanabilir mi? Veya tam tersine, öyle ya da böyle bir karar alınıncaya kadar o uygulamanın bir teamül olabilmesinin imkansızlığı anlamına gelen bir kayıtsızlığın işareti midir? Eyleme geçmedeki başarısızlıklar da bizatihi eylemler kadar bir devletin tutumlarının kanıtıdır. Bunlar, benzer şekilde, bir ülkenin çevresine ne şekilde yaklaştığını yansıtır. İngiltere, Fransa'ya saldırmamaktadır; Çad aya insan göndermemektedir. Fakat bunlar İngiltere'nin komşusuna saldırmamaya yönelik bir kuralı benimsediği ya da Çad'ın aya uzay aracı göndermemeye dair bir teamülü kabul ettiği anlamına mı gelir? Kuşkusuz ki, ilk örnek için cevap evet, ikincisi için ise hayırdır. Bu yüzden bir konuda eyleme geçmeme bir hukuki zorunluluktan ortaya çıkabileceği gibi, belli durumlarda eyleme geçmedeki yetersizlik ya da isteksizlikten de ortaya çıkabilir. Nitekim, belli durumlarda eyleme geçmeme yönünde devam edegelen bir adetin bir hukuk kuralının ortaya çıkmasına da yol açabileceği öne sürülmüştür.<sup>35</sup>

Bir fiilin gerçekleşmesinde uzun süreli başarısızlığın, o fiilin yapılmaması yönünde olumsuz bir teamülün ortaya çıkmasına yol açacağını iddia etmek anlamsızdır. Çünkü bu görüş 1950'lerin sonuna kadar uzaya yapay uydu veya uzay aracı gönderme konusunda sürekli başarısızlık yaşanmış olması nedeniyle bu konuda yasak getirilmesine yönelik hukuki bir kural konulması önerisinin absürtlüğüne benzer. Diğer yandan, belli bir davranış kuralının ortaya çıktığı durumlarda devletlerin buna itiraz etmemesi ya da itirazdan kaçınması bu kuralı kabul ettikleri anlamına gelebilir.

*Lotus* davasını<sup>36</sup> incelerken, Daimi Uluslararası Adalet Divanı (Uluslararası Adalet Divanı'nın selefi) kaçınma ya da çekimser kalmanın ancak bilinçli bir tutuma dayanıyorsa bir teamülün kabulü sonucunu doğuracağını ilan ederek yüksek bir standart belirlemiştir. Diğer bir deyişle, mahkemeye göre, devletlerin herhangi bir konuda belli bir şekilde hareket etmemeleri konusunda kesin bir zorunluluk olması nedeniyle, o şekilde hareket etmemiş olmaları gerekirdi. Bu karar eleştirilmiştir. Kararın hukuki zorunluluklara dayalı iradi olarak imtina etme durumlarını kapsadığı görülebilir, fakat kararda devletlerin sadece mevcut bir kurala karşı hareket etmeyerek, zımni olarak o kuralın hukukiliğini ve konuyla ilgili olduğunu kabul ettiği durumlara atıfta bulunulmamaktadır.

Bununla birlikte, zımni muvafakatın ilgili kural hakkında tam bir bilgiye dayanması gerektiği de belirtilmelidir. Bir fiilin gerçekleştirilmemesinin, bir şekilde, söz konusu konuya dair bilgi noksanlığından kaynaklandığı durumlarda zımni muvafakattan bahsetmek mümkün olmaz.

### **Devlet Uygulaması Nedir?**

Bugüne kadar devlet faaliyetlerinin bazı unsurları incelenmiş ve bunları belli bir bağlam içine yerleştirme teşebbüsünde bulunulmuştur. Fakat devlet uygulaması nedir? Bu kavram devlet tarafından başlatılan her çeşit davranışı kapsar mı ya da fiili ve olumlu eylemlerle mi sınırlıdır? Daha basit ifade edecek olursak, devlet uygulaması konuşmalar, resmi olmayan belgeler ve hükümet açıklamaları gibi şeyleri de içerir mi veya yalnızca devletlerin fiili olarak yaptıkları ile mi sınırlıdır?

Teamül hukukunun temelini oluşturan, pratikte devletlerin nasıl davrandıklarıdır; ancak bir devletin ne yaptığının kanıtı değişik kaynaklardan elde edilebilir. Bunun bariz örnekleri, idari işlemler, mevzuat, ulusal mahkeme kararları<sup>37</sup> ve uluslararası alandaki - örneğin

<sup>35</sup> Örneğin, bkz., Tunkin, *Theory of International Law*, ss. 116–17. Ayrıca karşılaştırma için bkz., D'Amato, *Concept of Custom*, ss. 61–3 ve 88–9.

<sup>36</sup> PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 18; 4 AD, s. 153.

<sup>37</sup> Bkz. *Jurisdictional Immunities (Germany v Italy)* davası, ICJ Reports, 2012, ss. 99, 123. Divan 'Özel öneme sahip devlet uygulamaları ulusal mahkeme kararlarında bulunabilir ...' demiştir.

antlaşma yapma gibi - uygulamalardır.<sup>38</sup> Devlet, yaşayan bir organizma değildir; fakat devlet, kurumlar ve binlerce resmi görevliden oluşur ve devlet faaliyeti çok geniş yelpazedeki bu kurumlar ve görevliler aracılığıyla gerçekleşir. Devletin, hukuk görevlileri, yasama organları, mahkemeleri, diplomatik kurumları ve politik liderleri vardır. Bunların her biri uluslararası alan ile bağlantılı faaliyetlerde bulunurlar, bu yüzden devletlerin ne yaptığını ortaya çıkarmak için yukarıda anılan tüm maddi kaynaklar incelenmek zorundadır.<sup>39</sup>

Ülkelerin nasıl davrandıklarını bulmanın en bariz yolu, gazeteleri okumak, tarihi kayıtlara başvurmak, devlet yetkililerinin söylediklerini dinlemek ve birçok resmi yayını dikkatlice incelemektir. Ayrıca birçok eski liderin hatıraları, hukuki sorunlar hakkında resmi el kitapları, diplomatik yazışmalar ve resmi hukuk danışmanlarının görüşleri de mevcuttur. Bütün bu kaynaklar fiili devlet uygulamalarını belirleme teşebbüsünde oldukça değerlidir.

Ayrıca, Genel Kurul'da alınan kararlar, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan taslaklar hakkında devletlerin yaptığı yorumlar, uluslararası yargı kuruluşlarının kararları, yerel mahkemelerin kararları, antlaşmalar ve uluslararası örgütlerin genel uygulamaları da bunlara eklenebilir.<sup>40</sup>

Uluslararası örgütler gerçekte teamül hukukunun oluşturulmasında araçsal öneme sahiptir. Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı'nın Birleşmiş Milletler'in uluslararası kişiliğe sahip olduğunu belirten istişari görüşü, kısmen, BM'nin fiili davranışına dayanmaktaydı.<sup>41</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu, 'uluslararası örgütlerin kümülatif uygulamalarının, devletlerin bu örgütlerle ilişkilerinde uluslararası teamül hukukunun kanıtı olarak değerlendirilebileceğine' işaret etmiştir.<sup>42</sup> Ayrıca, Uluslararası Adalet Divanı ilkelerin ve kuralların varlığının kanıtının, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun ve Güvenlik Konseyi'nin aldığı kararlarda bulunabileceğini belirtmiştir.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Örneğin, bkz., Pellet, 'Article 38', s. 815, ve *Congo v. Belgium*, ICJ Reports, 2002, ss. 3, 23-4; 128 ILR, ss. 60, 78-80. Ayrıca bkz., Uluslararası Teamül Hukukunun Saptanmasına İlişkin UHK Yazım Komitesi tarafından geçici olarak kabul edilen Taslak Sonuç 6, A/CN.4/L.869 (2015). Buna göre '1. Uygulama çok çeşitli biçimlerde olabilir. Bu biçimler hem fiziksel hem de sözlü eylemleri içerir. Bazı durumlarda bu biçim, eylemde bulunmamayı da içerebilir. 2. Devlet uygulamasının biçimleri, sınırlı olmamakla birlikte, şunları içerir: diplomatik eylemler ve iletişimler; bir uluslararası örgütün yada hükümetlerarası konferansın kabul ettiği kararlara ilişkin tutumlar; uluslararası antlaşmalara ilişkin tutumlar; "alandaki" operasyonel tutumu da içeren yürütme tutumu; yasama ve idare eylemleri ve ulusal mahkeme kararları. 3. Uygulamanın değişik biçimleri arasında önceden belirlenmiş bir hiyerarşi bulunmamaktadır.' bir uluslararası örgütün yada hükümetlerarası konferansın kabul ettiği kararlara ilişkin tutumlara yapılan atfın öneminin azaldığına dair öneriyi not ediniz. Bkz., Special Rapporteur's Fourth Report, A/CN.4/695, Annex (2016).

<sup>39</sup> Örneğin bkz., *Yearbook of the ILC*, 1950, Cilt: 3, ss. 368-72, ve *Interhandel* davası, ICJ Reports, 1959, s. 27. Bu noktada, Brierly'nin, bir devlet adına ileri sürülen her görüşün o devletin yerleşik görüşünü temsil etmediği yorumunda bulunduğu da not edilmelidir. Bkz., *The Law of Nations*, 6. Baskı, Oxford, 1963, s. 60. Ayrıca bkz., Akehurst, 'Custom as a Source', s. 2.

<sup>40</sup> ABD uluslararası hukuk konusundaki uygulamalarını kapsayan geniş bir yayın portföyüne sahiptir. Bkz., Wharton (1887), Moore (1906) ve Whiteman (1963-70) yayınlamış *Digests of International Law*. 1973-1980 arası yıllık olarak *Digest of US Practice in International Law* yayınlamış, 1981-1988 arası ise üç cilt olarak devam etmiştir. Seri 2000'den itibaren yeniden yayınlanmaya başlamıştır. Ayrıca bkz., H. A. Smith, *Great Britain and the Law of Nations*, London, 2 Cilt, 1932-5; A. D. McNair, *International Law Opinions*, Cambridge 3 Cilt, 1956; C. Parry, *British Digest of International Law*, London, 1965, ve E. Lauterpacht, *British Practice in International Law*, London, 1963-7. Bunların dışında birçok yıllık da ulusal uygulamalara ilişkin bölümlere yer vermiştir. Örneğin, *British Yearbook of International Law and Annuaire Français de Droit International*.

<sup>41</sup> *Reparation* davası, ICJ Reports, 1949, s. 174; 16 AD, s. 318. Ayrıca bkz., *Reservations to the Genocide Convention* davası, ICJ Reports, 1951, ss. 15, 25; 18 ILR, s. 364.

<sup>42</sup> *Yearbook of the ILC*, 1950, Cilt: 2, ss. 368-72. Ayrıca bkz., Akehurst, 'Custom as a Source', s. 12. Ayrıca bkz. Uluslararası Teamül Hukukunun Saptanmasına İlişkin UHK Yazım Komitesi tarafından geçici olarak kabul edilen ve 'Bazı durumlarda, uluslararası örgütlerin uygulamasının da uluslararası teamül hukukunun şekillenmesine yada ifade edilmesine katkı yaptığını' öngören Taslak Sonuç 4, A/CN.4/L.869 (2015).

<sup>43</sup> Divan'ın *Construction of a Wall* davasındaki istişari görüşü için bkz., ICJ Reports, 2004, ss. 136, 171; 129 ILR, ss. 37, 89-90.

ABD'de eyaletlerin yerel kanunları belli durumlarda teamül kurallarının temelini oluşturabilir. 1871'de ABD Yüksek Mahkemesi'nde görülen *Scotia* davasında<sup>44</sup> bir İngiliz gemisinin açık denizde bir Amerikan gemisine çarparak batırması incelenmiştir. Mahkeme, bir Parlamento Kanunu ile tesis edilen İngiliz denizcilik prosedürlerinin – diğer devletler mevzuatlarında neredeyse tıpatıp aynısını kabul ettikleri için - ilgili uluslararası teamülün temelini oluşturduğu görüşünü benimsemişti. Sonuçta, Amerikan gemisi doğru ışıkları göstermediği için hatalı bulundu. Ayrıca, mahkeme, gerçek fiziki fiillerden ayrı olarak sadece iddiaların devlet uygulamasını oluşturamayacağı görüşünü belirtmiştir. Bu, 'bir devlet icrai eylemde bulununcaya kadar, iddia devletin gerçekte ne yapacağını bir öngörüsü olmanın dışında çok az değere sahiptir' hükmüne<sup>45</sup> dayanmaktadır. Fakat daha önce de işaret edildiği gibi bu kesinlikle bir azınlık görüşüdür.<sup>46</sup> Devletlerin değişik bağlamlardaki iddiaları ve sözleşmeleri devlet uygulamasının kanıtları olarak gösterilmiştir ve bunun böyle olması da mantıklıdır<sup>47</sup>, ancak bu iddialara atfedilen ağırlık, çeşitli durumlara göre kuşkusuz ki farklılık gösterebilir. Bu yaklaşım tamamıyla doğrudur, çünkü iddialar ve karşı iddialar süreci kabul edilen bir yöntemdir; bu sayede devletler birbiriyle uluslararası kuralların ve normların statüsüne yönelik perspektiflerini aktarma imkanı bulurlar. Bu anlamda onlar fiziki fiiller gibi aynı şekilde işlerler. Soyut olarak (*in abstracto*) mı yoksa özel bir duruma ilişkin mi olduğu bir yana, onlar uluslararası hukukun belki de ileride revaçta olacak kurallarının ham maddesini teşkil ederler.<sup>48</sup> 'Devlet uygulamasının bir devletin herhangi bir fiili ve açıklamasını kapsadığı ve onlardan teamül hukukuna ilişkin görüşlerin ortaya çıkabileceği'<sup>49</sup> yorumunun temel olarak doğru olduğu öne sürülmüştür. Bununla birlikte, uygulamanın bütün unsurlarının aynı ağırlığa sahip olmadığı ve devlet uygulamasına verilen değer onun niteliğine ve kaynağına bağlı olacaktır da belirtilmelidir.

### Opinio Juris (Psikolojik Öge)<sup>50</sup>

Belirli bir örf ve adetin varlığı ortaya konulduktan sonra, devletin kendi davranışını nasıl gördüğünü değerlendirmek gerekmektedir. Söz konusu davranış, bir moral ya da politik veya hukuki fiil yahut açıklama olarak mı görülmektedir? Bir devlet fiilinin hukuki olarak zorunlu olduğuna dair *opinio juris* ya da kanaat, söz konusu örf ve adeti teamüle dönüştüren bir faktördür ve onu uluslararası hukuk kurallarının bir parçası kılar. Bir başka deyişle, devletler belli bir şekilde davranmalarının zorunlu olduğuna inandıkları için o yönde bir davranış gösterirler. Bunu Özel Raportör'ün 9. Taslak Sonucu 'söz konusu uygulama hukuki bir hak yada yükümlülük olduğu anlayışıyla yerine getirilmeli' şeklinde ifade etmektedir.<sup>51</sup>

<sup>44</sup> 14 Wallace 170 (1871). Ayrıca bkz., *Nottebohm* davası, ICJ Reports, 1955, ss. 4, 22; 22 ILR, s. 349, ve *Paquete Habana* davası, 175 US 677 (1900).

<sup>45</sup> D'Amato, *Concept of Custom*, ss. 88 ve 50–1. Ayrıca bkz., Hakim Read (Karşı Oy Görüşü), *Anglo-Norwegian Fisheries* davası, ICJ Reports, 1951, ss. 116, 191; 18 ILR, ss. 86, 132.

<sup>46</sup> Akehurst, 'Custom as a Source', ss. 2–3. Ayrıca bkz., Thirlway, *International Customary Law*, s. 58.

<sup>47</sup> Örneğin *Asylum* davası, ICJ Reports, 1950, ss. 266, 277; 17 ILR, s. 280; *Rights of US Nationals in Morocco* davası, ICJ Reports, 1952, ss. 176, 200, 209; 19 ILR, s. 255, ve *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 32–3, 47 ve 53; 41 ILR, s. 29. Ayrıca bkz., *Fisheries Jurisdiction* davaları, ICJ Reports, 1974, ss. 3, 47, 56–8, 81–8, 119–20, 135 ve 161; 55 ILR, s. 238.

<sup>48</sup> Bkz., Thirlway, *International Customary Law*, ss. 58–9

<sup>49</sup> Akehurst, 'Custom as a Source', s. 10. Bu ayrıca devletlerin ihmallerini ve sessizliğini de içerir.

<sup>50</sup> A.g.e., ss. 31–42, ve D'Amato, *Concept of Custom*, ss. 66–72. Ayrıca bkz., Pellet, 'Article 38', s. 818; Mendelson, 'Formation', s. 245; Bos, *Methodology*, ss. 236 vd.; P. Haggemacher, 'Des Deux ' El'ements du Droit Coutumier dans la Pratique de la Cour Internationale', 91 *Revue G'en'erale de Droit International Public*, 1985, s. 5; O. Elias, 'The Nature of the Subjective Element in Customary International Law', 44 *ICLQ*, 1995, s. 501; I. M. Lobo de Souza, 'The Role of State Consent in the Customary Process', 44 *ICLQ*, 1995, s. 521, ve B. Cheng, 'Opinio Juris: A Key Concept in International Law that is Much Misunderstood' in *International Law in the Post-Cold War World* (ed. S. Yee ve W. Tieya), London, 2001, s. 56.

<sup>51</sup> Bkz., Uluslararası Teamül Hukukunun Saptanmasına İlişkin UHK Yazım Komitesi tarafından geçici olarak kabul edilen Taslak Sonuçlar, A/CN.4/L.869 (2015). Bahar 2016'da önerilen bir değişiklik 'yerine getirilmeli' yerine 'eşlik edilmeli' ifadesini önermektedir, A/CN.4/695, p. 22.

Daimi Uluslararası Adalet Divanı *Lotus* davasını incelerken bu bakış açısını yansıtmıştır.<sup>52</sup> Dava uluslararası hukukun uygulandığı *Lotus* adlı bir Fransız gemisi ile *Bozkurt* adındaki Türk gemisinin çarpışması ile ilgilidir. Türk gemisindeki birkaç kişi çarpışma sonrası denize düşerek boğulmuştu ve Türkiye, Fransız görevlinin ihmali olduğunu iddia ediyordu. *Lotus* gemisi İstanbul'a ulaştığında Fransız görevli, adam öldürme suçlamasıyla tutuklandı ve dava Türkiye'nin Fransız görevliyi yargılama yetkisi olup olmadığı konusuna dönüştü. İddia edilen değişik argümanların arasında, Fransa zanlının bayrağını taşıdığı devletin (Fransa) bu tür durumlarda yargılama yetkisine sahip olduğuna dair bir teamül hukuku kuralı olduğunu, dolayısıyla mağdurun devletin (Türkiye) zanlıyı yargılayamayacağını öne sürmüştü. Fransa, bu görüşünü meşrulaştırmak için daha önceden benzeri durumlarda bu tür devletler tarafından ceza kovuşturması yapılmadığına atıfta bulunmuş ve buradan uygulamaya yönelik zımni onay olduğu ve bu yüzden bir hukuki teamül olarak görülmesi gerektiği sonucunu çıkarmıştı.

Daimi Divan bu iddiayı reddetti ve daha önceden bu tür bir ceza kovuşturmasının olmayışı gerçekte kanıtlanırsa bile, bu uygulamanın teamül olarak kabul edilmeyeceğini hükme bağladı. Daimi Divan'a göre, 'bu olmayış ancak devletlerin bilinçli bir kaçınmasına dayanıyorsa bir uluslararası teamülden bahsetmek mümkün olabilirdi'.<sup>53</sup> Bu yüzden zorunluluğun temel unsuru yoktu ve uygulama sadece uygulama olarak kalmıştı, daha fazla bir şey değildi.

Benzeri bir yaklaşım *North Sea Continental Shelf* davalarında görülmüştür.<sup>54</sup> Petrol ve doğal gaz arama çalışmaları için Kuzey Denizi kıta sahanlığının sınırları, bütün bölge ulusal alanlara bölünerek çizilmişti. Ancak Batı Almanya, Hollanda ve Danimarka ile sınır çizgisi konusunda anlaşamadı ve konu Uluslararası Adalet Divanı'nın önüne geldi.

1958 tarihli Kıta Sahanlığı Hakkında Cenevre Sözleşmesi'nin 6. maddesi, anlaşmaya ulaşamayan durumlarda ve özel durumlar farklı bir yaklaşımı meşrulaştırmadığı müddetçe, sınır çizgisinin, her devletin kara sularının genişliğinin ölçülmesinde esas alınan çizgilerin en yakın noktalarından eşit uzaklıkta olma prensibine göre belirlenmesini şart koşmuştu. Bu, Almanya'nın Kuzey Denizi'ne doğru Hollanda ve Danimarka ile kesiştiği noktalarda birden fazla hat çizilebileceği anlamına geliyordu. Ancak Almanya'nın kıyı şeridi içbükey olduğu için bu eşit mesafeli hatlar birleşiyor ve göreceli olarak küçük bir üçgen oluşturuyordu. Almanya 1958 Cenevre Sözleşmesi'ni imzalamadı fakat onaylamadı, bu nedenle hükümleri ile bağlı değildi. Bu yüzden "eşit mesafe-özel durumlar prensibi"nin teamül hukuku olarak kabul edilip sonuç olarak Almanya için de bağlayıcı olup olamayacağı sorusu gündeme geldi.

Divan bu soruyu olumsuz cevaplandırmış ve Cenevre Sözleşmesi'ndeki hükmün mevcut bir teamülü yansıtmadığı görüşünü savunmuştur.

Uluslararası Hukuk Komisyonu Cenevre'deki tartışmanın temelini oluşturan bu noktayı taslak antlaşmasında ele alırken eşit mesafe prensibini belli ölçüde bir tereddütle kısmen tecrübi temelde - fakat kesinlikle uluslararası teamül hukukunun yeni ortaya çıkan bir kuralı olarak değil - önermiştir.<sup>55</sup> Konu daha sonra sözleşme sonrası uygulamanın bir teamül kuralı oluşturup oluşturmadığı çerçevesinde tartışılmıştır. Divan buna olumsuz yaklaşmış ve zaman kendi başına kesin bir faktör olmamakla birlikte (yargısal işlemlerin başlamasından itibaren sadece üç yıl geçmişti) şu açıklamada bulunmuştur:

*"Vazgeçilemeyecek bir gereklilik şudur ki; söz konusu süre içerisinde – bu süre kısa da olabilir – çıkarları özellikle etkilenen devletlerin uygulaması atıfta bulunulan hüküm bağlamında"*

<sup>52</sup> PCIJ, Series A, No. 10, 1927, s. 18; 4 AD, s. 153.

<sup>53</sup> PCIJ, Series A, No. 10, 1927, s. 28; 4 AD, s. 159.

<sup>54</sup> ICJ Reports, 1969, s. 3; 41 ILR, s. 29.

<sup>55</sup> ICJ Reports, 1969, ss. 32-41.

*hem kapsamlı hem de neredeyse tamamen yeknesak olmalıdır ve üstelik bir hukuk kuralı ya da yasal zorunluluğun sürece dahil olduğuna dair bir genel kabulü gösterecek şekilde meydana gelmelidir.”<sup>56</sup>*

Bu yaklaşım *Nicaragua* davasında<sup>57</sup> da devam ettirilmiş ve *North Sea Continental Shelf* davalарına açık atıf yapılmıştır. Divan şunu belirtmiştir:

*“Yeni bir teamül kuralının oluşumu için uygulamaların yalnızca ‘yerleşik bir uygulamaya’ konumuna ulaşması yetmez, aynı zamanda opinio juris sive necessitatis (zorunlu psikolojik öge)’nin de eşlik etmesi gerekir. Ya uygulamayı gerçekleştiren ya da bu uygulamaya muhatap olan devletlerin davranışlarının, söz konusu uygulamayı gerekli kılan bir hukuk kuralının varlığı nedeniyle zorunlu olduğuna dair bir kanaatin sonucu olarak ortaya çıkmış olması gerekir. Bu tür bir kanaat ihtiyacı, yani bir sübjektif unsurun varlığı, opinio juris sive necessitatis nosyonunda zımni olarak söz konusudur”<sup>58</sup>*

Bu görüş *Germany v. Italy (Greece Intervening)* davasında mahkeme tarafından yeniden teyit edilmiştir:

*“Opinio Juris bu bağlamda özellikle, uluslararası hukukun kendilerine diğer devletlere karşı yargı bağımsızlığı tanıdığı iddia eden devletler tarafından savunmalarında; uluslararası hukukun kendilerine öyle davranma konusunda bir zorunluluk yüklediğini belirterek yargı bağımsızlığını kabul eden devletlerin onaylarında; ve bunların tersine yabancı devletler üzerinde yargı yetkisini uygulama hakkının iddia edildiği diğer davalardaki devletlerin savunmalarında yansıtılmıştır. Devletlerin bazen uluslararası hukukun tanıdığından daha kapsamlı bir yargı bağımsızlığına rıza göstermesi mümkünse de, halihazırdaki amaçlar açısından önemli olan nokta, böyle bir davada yargı bağımsızlığının tanınmasına zorunlu olan opinio juris eşlik etmemektedir ve bu yüzden bu tanıma mahkeme tarafından şu anda incelenen konuya ışık tutmamaktadır.”<sup>59</sup>*

Bu nedenle Divan’ın teamül hukuku oluşumunda sübjektif unsurun açık kanıtına ilişkin yüksek bir eşik benimsediği ve bu görüşü devam ettirdiği aşikardır. Uygulamanın yaygınlığı tek başına yeterli değildir. Bu *Diallo* davasında ortaya konulmuştur. Bu davada mahkeme birçok uluslararası sözleşmenin yatırımın korunmasına yönelik özel hukuk usulleri getirmesi ya da bu tür hükümlerin devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki sözleşmelere yaygın olarak konulmasının, ‘diplomatik korumaya ilişkin teamül kurallarında bir değişim olduğunu göstermek için yetersiz olduğunu’ savunmuştur.<sup>60</sup>

*Opinio juris* ile bağlantılı asıl sorun şudur: Fiillerin hukukla uyumlu olması bekleniyorsa yeni teamül kuralı açıkça o zamana kadar hukuk olarak kabul edilen kurallardan farklı ya da onlara karşı olması gerektiğine göre bu durumda yeni teamül kuralları nasıl oluşturulabilir? Eğer bir ülke kara sularını yasal olduğunu düşünerek 3 mil olarak iddia ediyorsa teamül hukukunda bu kural örneğin 12 mil olduğu iddialarına - hakim kuralla bu da uyumlu olmadığına göre - izin vermek için nasıl değiştirilebilir?<sup>61</sup> Açıkçası eğer psikolojik unsur sınırlı bir bakışla ele alınırsa mantıki olarak hukuk iptal edilmiş olacaktır.

<sup>56</sup> A.g.e., s. 43. Ayrıca bkz., *Asylum* davası, ICJ Reports, 1950, ss. 266, 277; 17 ILR, s. 280, ve *Right of Passage* davası, ICJ Reports, 1960, ss. 6, 42-3; 31 ILR, ss. 23, 55.

<sup>57</sup> ICJ Reports, 1986, s. 14; 76 ILR, s. 349.

<sup>58</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 108-9; 76 ILR, ss. 442-3; ICJ Reports, 1969, s. 44; 41 ILR, s. 73.

<sup>59</sup> ICJ Reports, 2012, 55. paragraf.

<sup>60</sup> *Guinea v. Democratic Republic of the Congo (Preliminary Objections)*, ICJ Reports, 2007, ss. 582, 615. Genel olarak bkz. S. Talmon, ‘Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion’, 26 *EJIL*, 2015, s. 417.

<sup>61</sup> *Opinio juris*’e olan ihtiyacı reddeden ya da küçümseyen görüşler için bkz. Akehurst, ‘Custom as a Source’, ss. 32-4.



Bu yüzden konuya, devletlerin gerçekleştirdikleri bir fiilin hukuk olduğu, ya da olmak üzere olduğu, kanaatiyle belli bir yönde hareket ettikleri görüşünden yola çıkılarak yaklaşılmalıdır. Süreç, daha sonra bu kural yapma sürecinin kabul mü yoksa ret mi edildiğine ilişkin diğer devletlerin nasıl bir tepki verdiğiyle ilgili olacaktır. Hukukilik hakkındaki katı tanımlar, devlet faaliyetinin meşrulaştırıcı damgasının sağlanabilip sağlanamayacağını görmek için değiştirilmek zorundadır. Eğer bir devlet kara suları sınırının 3 mil olarak kabul edilmesine rağmen yeni durumların geliştiği ve 12 mil sınırının hukuk olmaya başladığı yönünde bir kanaati ile kara sularının sınırını 12 mil olarak ilan ediyorsa, diğer devletler de bu yaklaşımı savunabilir ve böylece teamül hukukunda yeni bir kural ortaya çıkmış olur. Eğer diğer devletler bu teklifi reddederse, sonrasında bu öneri ortadan kalkar ve orijinal kural devlet uygulamaları ve genel kabul ile daha da güçlenmiş olarak mevcut olmaya eder. Divan'ın *Nicaragua* davasında belirttiği gibi 'bir devletin yeni bir hak ya da bir prensibe dair daha önce benzeri görülmemiş bir istisna konusundaki güveni – eğer diğer devletler tarafından da prensip itibarıyla paylaşıyorsa – uluslararası teamül hukukunda bir değişikliğe yol açabilir.'<sup>62</sup> Bu tür bir yaklaşımdaki zorluk, ne zaman bir kuralın diğerinin yerine geçeceğini tam olarak saptayabilmenin bazen güç olmasıdır, fakat bu teamülün doğasında var olan bir komplikasyondur. Değişim nadiren pürüzsüzdür, daha ziyade düzensiz gerçekleşir.

Bu *opinio juris*'e dair daha esnek bir pozisyon alma ve onu bir teamülün açık göstergeleriyle daha sıkı olarak ulusal ve uluslararası davranış bağlamı içine yerleştirme anlamına gelmektedir. Değişim, o an için hukuka aykırı da olsa yeni bir kuralın tohumunu içeren bir fiilin olabileceği düşüncesine açık olmak ve belli bir şekilde davranan devletin bunu hukukla uyumlu hareket ettiği kanaati ile gerçekleştirdiğini kesin olarak kanıtlamanın güç olduğunu kabul etmekle mümkün olabilir. Bu yaklaşımın aşırı bir ifadesi *opinio juris*'i maddi fiillerden çıkarsamaktır. Hakim Tanaka, *North Sea Continental Shelf* davalarındaki Karşı Oy Görüşünde,

*“Opinio juris’in varlığını - devlet uygulamasının her bir örneği için sübjektif sebeplere dair kanıt aramaktan ziyade - belli bir teamülün dış görünüşünden ve uluslararası toplumca ona yönelik hissedilen ihtiyaçtan anlamak dışında bir yol olmadığı”*<sup>63</sup> na işaret etmiştir.

Bununla birlikte devletler bir devletin belli bir şekilde hareket ettiğinde, onu - örneğin tamamen politik ya da ahlaki bir hareket olarak değil de - uluslararası hukukun sınırları içerisinde olduğu düşüncesiyle gerçekleştirdiğinin farkında olmak zorundadır. Fiilin hukuki bir boyutu olmak durumundadır ve fiili gerçekleştiren devlet bunun böyle olduğunu kabul etmek zorundadır, ki böylece uluslararası toplum kolaylıkla hukuki olanı hukuki olmayan uygulamadan ayırabilsin. Bu, devletler arasında hukuki bir çerçevenin ortaya konulması ve gelişimi için elzemdir.<sup>64</sup>

*Opinio juris*'in varlığını kanıtlamanın pratikteki güçlüğü ile yüz yüze gelindikçe, giderek daha çok uluslararası örgütlerdeki işleyişe atıfta bulunulmuştur.<sup>65</sup> Bu özellikle de

<sup>62</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 14, 109; 76 ILR, ss. 349, 443.

<sup>63</sup> ICJ Reports, 1969, ss. 3, 176; 41 ILR, ss. 29, 171. Lauterpacht devletlerin davranışlarındaki yeknesaklığın *opinio juris*'in kanıtı olarak görülmesi gerektiğini savunmuştur. *The Development of International Law*, s. 580; karşılaştırma için bkz., Cheng, 'Custom: The Future', s. 36, ve Cheng, 'United Nations Resolutions', ss. 530–2.

<sup>64</sup> D'Amato'ya göre, pratiğin bir teamül olması için o pratiğin bir kuralın 'kelimelere dökülmesi'nden önce ya da onunla beraber uygulamaya geçmesi gerekir. Bkz., *Concept of Custom*, s. 75. Akehurst ise devletlerin uygulamalarına açıklamaların eşlik etmesi gerektiğini, ancak bu tür açıklamaların mevcut durumun doğruluğuna dair düşünceler olmak zorunda olmadığını ileri sürmektedir. Bkz., Akehurst, 'Custom as a Source', ss. 35–6. Akehurst ayrıca *opinio juris*'e ilişkin sarıh beyanlar gerektirmeyen izin verici kurallar ve bu tür beyan gerektiren görev empoze eden kurallar ayrımı yapmaktadır. Bkz., a.g.e., ss. 37–8.

<sup>65</sup> Hukuk olarak kabul etmenin kanıtının biçimleri devletler adına kamuya yapılan açıklamaları; resmi yayımları; hükümetin hukuki görüşlerini; diplomatik yazışmaları; ulusal mahkeme kararlarını; antlaşma hükümlerini ve uluslararası bir örgüt yada hükümetlerarası bir konferans tarafından kabul edilen kararlara ilişkin tutumları içerebilir. Bkz., Uluslararası Teamül Hukukunun Saptanmasına İlişkin UHK Yazım Komitesi tarafından geçici olarak kabul edilen Taslak Sonuç 10, A/CN.4/L.869 (2015).

Birleşmiş Milletler bağlamında böyledir. Uluslararası Adalet Divanı birçok davada BM Genel Kurul kararlarının içeriğine ve onların kabul edilme koşullarına odaklanarak bu kararlardan *opinio juris*'in varlığını onaylamak için yararlanmıştır.<sup>66</sup> Bununla birlikte buradaki kilit nokta, bir özel antlaşmanın tarafları ya da bir BM kararının kabulündeki katılımcılar olarak ilgili devletlerin tutumudur.<sup>67</sup> Divan aynı amaçla büyük kanunlaştırma (kodifikasyon) sözleşmelerine<sup>68</sup> ve Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmalarına<sup>69</sup> da atıfta bulunmuştur.

### Teamül Hukukunda İtiraz, Zımnen Kabul ve Değişiklik<sup>70</sup>

Teamül hukuku, iddia, konuyla ilgili devletlerin itirazının olmayışı ve diğer devletlerin de zımni kabulünü izleyen bir süreç sonunda oluşur.<sup>71</sup> Onay, izin ve hukuki engel gibi ilgili nosyonlarla beraber, bu tür bir fiil veya fiilden kaçınma, hukuki ilkelerin ortaya çıktığı ve bütün devletlere karşı uygulanabileceği varsayılan kompleks bir çerçevenin parçasını oluşturur.<sup>72</sup>

Uluslararası Divan Dairesi *Gulf of Maine* davasında zımnen kabulü; 'diğer tarafın rıza olarak yorumlayabileceği tek taraflı fiil ile açığa çıkan örtük onaylama' olarak tanımlamış ve iyi niyet ve eşitlik prensipleri üzerine kurulu olarak değerlendirmiştir.<sup>73</sup> Genellikle devletlerin diğer devletlerin davranışına onlara itiraz etmeksizin zımni kabul verdiğinin<sup>74</sup> görüldüğü durumlarda, bu tür bir davranışın meşru olarak kabul edildiği varsayılmak zorundadır.<sup>75</sup>

Bazı yazarlar zımnen kabulün bir teamül kuralına rıza gösterme ile eş olabileceği ve itirazın olmayışının anlaşma anlamına geldiği görüşünü savunmuşlardır. Diğer bir deyişle bir devlet ya da devletlerin hukuki olduğunu açıkladıkları bir davranış gösterdikleri durumlarda diğer devletlerin sessizliği *opinio juris*'in bir ifadesi ya da yeni hukuk kuralı hususunda muvafakat olarak kullanılabilir. Bu, meşrulaştırım sürecini ortadan kaldırmak için fiili olarak itirazların yapılması gerektiği anlamına gelir.<sup>76</sup> Özel Raportör'ün belirttiği gibi 'Devletler reaksiyonda bulunma konumunda olduklarında ya da şartların tepki vermeyi gerektirdiği durumlarda,

<sup>66</sup> Örneğin bkz., *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davası, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 254–5; 110 ILR, s. 163. Ayrıca bkz., *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, ss. 31–3; *East Timor* davası, ICJ Reports, 1995, ss. 90, 102; 105 ILR, s. 226; *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 100, 101 ve 106; 76 ILR, s. 349; ve *Construction of a Wall* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 171–2; 129 ILR, ss. 37, 89–90.

<sup>67</sup> Bkz., *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 99–100.

<sup>68</sup> Örneğin bkz., *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 28–32 (1958 Kara Sahanlığı Sözleşmesi'ne ilişkin) ve *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 429–30 (1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne ilişkin).

<sup>69</sup> Örneğin, bkz., *Gabcikovo-Nagymaros* davası, ICJ Reports, 1997, ss. 7, 38–42 ve 46; 116 ILR, ss. 1, 47–51 ve 55.

<sup>70</sup> Bkz., H. Lauterpacht, 'Sovereignty over Submarine Areas', 27 *BYIL*, 1950, s. 376; I. MacGibbon, 'Some Observations on the Part of Protest in International Law', 29 *BYIL*, 1953, s. 293, ve MacGibbon, 'Customary International Law and Acquiescence', 33 *BYIL*, 1957, s. 115; Wolfke, *Custom*, ss. 157–65, ve I. Sinclair, 'Estoppel and Acquiescence', *Fifty Years of the International Court of Justice* (ed. A. V. Lowe ve M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996, s. 104. Ayrıca bkz., N. Antunes, *Estoppel, Acquiescence and Recognition in Territorial and Boundary Dispute Settlement*, Durham, 2000.

<sup>71</sup> İyi bir örnek için Uluslararası Adalet Divanı'nın *El Salvador/Honduras* davasındaki kararına bkz., ICJ Reports, 1992, ss. 351, 601; 97 ILR, ss. 266, 517, (üç kıyıdaş ülke kara sularının ötesinde Fonseca Körfezi'nin tarihi suları üzerinde eşit egemenliğe ilişkin).

<sup>72</sup> Örneğin, bkz., Sinclair, 'Estoppel and Acquiescence', s. 104 ve aşağıda 10. Bölüm.

<sup>73</sup> ICJ Reports, 1984, ss. 246, 305; 71 ILR, s. 74.

<sup>74</sup> Mahkemenin 'zımnen kabul düşüncesinin irade özgürlüğünü gerektirdiği' yönündeki açıklaması not edilmiştir. *Burkina Faso/Mali*, ICJ Reports, 1986, ss. 554, 597; 80 ILR, s. 459.

<sup>75</sup> Örneğin, bkz., *Grand-Duchy of Luxembourg v. Cie. Luxembourgaise de Telediffusion*, 91 ILR, ss. 281, 286.

<sup>76</sup> Örneğin bkz., MacGibbon, 'Customary International Law', s. 131, ve H. S. McDougal ve diğerleri, *Studies in World Public Order*, New Haven, 1960, ss. 763–72.

zaman içerisinde bir uygulamaya karşı tepkide bulunmamak hukuk olarak kabul etmenin (*opinio juris*) bir kanıtı olarak işlev görebilir'.<sup>77</sup>

*Lotus* davasında, mahkeme 'çekimsellik ancak devletlerin çekimsel kalma hakkına sahip oldukları bilincine dayanıyorsa bir uluslararası teamülden bahsetmek mümkün olabilir' görüşünü savunmuştur.<sup>78</sup> Bu yüzden, devletlerin belli bir eyleme karışmamasından o eylemi yasaklayan bir kuralın olduğu sonucu çıkarılamaz. Ancak bir devletin belli bir yönde hareket etmesi durumunda tepkide bulunmama konusu biraz farklıdır. Uluslararası hukukun yeni alanlarında (örneğin uzay hukuku) yeni bir hukuk kuralının ortaya çıktığı durumlarda, diğer devletlerin zımnen kabulü - kuralın fiili bir anlaşmadan mı yoksa vakaya özgü durumlar nedeniyle ilgi noksanlığından mı kaynaklandığı bir yana - kuralı güçlendirme olarak görülmektedir. Mevcut bir teamülden farklılaşan yeni bir kuralın zımnen kabulü ise daha sorunludur.

*Anglo-Norwegian Fisheries* davasındaki karar,<sup>79</sup> bir devletin mevcut bir teamül kuralına aykırı hareket ettiği ve diğer devletlerin bunu zımnen kabul ettiği durumlarda, bu devletin orijinal kural ile sınırlanmış olarak değerlendirilemeyeceği şeklindedir. Divan 'her hangi bir olayda Norveç mevcut teamül kuralının kendi kıyılarına yönelik uygulanma çabasına daima karşı çıktığı için bu ülkeye karşı bu kuralın uygulanamaz olarak görüldüğü'nü belirtmiştir.<sup>80</sup> Diğer bir deyişle bir teamül kuralının varlığına başlangıcından itibaren karşı çıkan bir devlet onunla bağlı kılınmaz. Bu, "ısrarlı itirazcı" kuralı olarak bilinir.<sup>81</sup> Bununla birlikte, bir ya da birden fazla devletin mevcut teamül kuralına zıt bir davranış göstererek itirazda bulunma çabası karşısında diğer devletlerin zımnen kabulü ya da reaksiyon göstermemesi durumu bir sorun olarak hala çözümlenmemiştir.

Devletler birçok sebeple itiraz etmeyebilir. Bir devlet kendi arzusuyla rahatsızlık vermek istemiyor olabilir ya da politik bağlarını kuvvetlendirmek istiyor olabilir veya diğer diplomatik ve politik kaygılar söz konusu olabilir. Bir devletin uygun bulmadığı her harekete itiraz göstermesi aşırı bir zorunluluk olurdu. Bu nedenle her devletin diğer devletlerin her bir hareketine karşılık vermesini beklemek mantıklı değildir. Eğer itiraz etmemenin her olayda mevcut bir teamül kuralının yürürlükten kalkmasını geçerli kıldığı kabul edilirse, bu durumda farklı devletler arasında zımnen kabul ve itiraza bağlı olarak bir dizi özel ilişki biçimi ortaya çıkabilir. Birçok vakada bir itiraz hukuki ilişkileri değiştirmek amacıyla değil de sadece şekli nitelikte olabilir ya da tamamen farklı bir alanda baskı uygulamak için dizayn edilmiş diplomatik manevranın bir unsuru olarak da ortaya çıkabilir.

Önceki kuralla çatışan yeni bir kuralın çok sayıda devlet tarafından savunulduğu durumlarda, birkaç devletin itirazı onu geçersiz kılamaz ve diğer devletlerin reaksiyon göstermekten kaçınması sadece onu kuvvetlendirebilir. Bir devletin sürekli itirazı diğer devletlerin zımnen kabulü ile güçlendiği zaman kurala yönelik kabullenilmiş bir istisna oluşturabilir, fakat bu büyük ölçüde durumun gerçekliklerine ve uluslararası toplumun görüşlerine bağlı olacaktır. Bir teamüle aykırı davranış kendi içinde yeni bir kuralın tohumlarını da taşır, diğer devletler

<sup>77</sup> Uluslararası Teamül Hukukunun Saptanmasına İlişkin UHK Yazım Komitesi tarafından geçici olarak kabul edilen Taslak Sonuç 10 (3), A/CN.4/L.869 (2015).

<sup>78</sup> PCIJ, Series A, No. 10, 1927, s. 28; 4 ILR, s. 159.

<sup>79</sup> ICJ Reports, 1951, s. 116; 18 ILR, s. 86.

<sup>80</sup> ICJ Reports, 1951, s. 131; 18 ILR, s. 93. Ayrıca bkz., *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 26-7; 41 ILR, ss. 29, 55-6, ve *Asylum* davası, ICJ Reports, 1950, ss. 266, 277-8; 17 ILR, ss. 280, 285. Ayrıca bkz., P. Dumberry, 'Incoherent and Ineffective: The Concept of the Persistent Objector Revisited', 55 ICLQ, 2010, s. 779 ve C. Quince, *The Persistent Objector and Customary International Law*, Colorado, 2010.

<sup>81</sup> Uluslararası Teamül Hukukunun Saptanmasına İlişkin UHK Yazım Komitesi tarafından geçici olarak kabul edilen Taslak Sonuç 15 şunu önermektedir: '1. Oluşma sürecinde olan bir teamül hukuku kuralına bir devletin itiraz etmesi durumunda, devlet itirazını devam ettirdiği müddetçe kural bu devlete dayatılmaz. 2. İtiraz açık bir biçimde ifade edilmeli, başka devletlere bildirilmeli ve ısrarla sürdürülmelidir.', A/CN.4/L.869 (2015). Ayrıca bkz., örneğin J.A. Green, *The Persistent Objector in International Law*, Oxford, 2016.

tarafından da onaylanırsa, önceki kural ortadan kalkacak ve yenisi ile yer değiştirecektir, ya da alternatif olarak iki teamülün onlardan biri genel olarak kabul edilinceye kadar birlikte var olduğu bir dönem yaşanabilir;<sup>82</sup> nitekim uzun yıllar kara sularının sınırlarına ilişkin pozisyon buydu.<sup>83</sup> Bu yüzden yukarıdaki ifadelerden, teamül kuralının o kuralın başlangıcından itibaren itiraz eden devletler hariç bütün devletleri bağladığı sonucu çıkar.<sup>84</sup>

Bu konu yeni devletler ile teamül arasındaki ilişki sorununu doğurur, çünkü geleneksel yaklaşımın mantığı yeni devletlerin bağımsız oldukları tarihte var olan bütün teamül kuralları ile bağlı olmasını gerektirir. Hukukta rıza teorisine dayalı karşı görüş ise bu tür devletlerin - diğer devletlerin tutumları ne olursa olsun - o aşamada hangi teamül kurallarına bağlı kalacaklarını seçmelerine imkan verir.<sup>85</sup> Ancak böyle bir yaklaşım hayli yıkıcı olabileceği için, yeni devletlerin diğer devletlerle şerh koymaksızın ilişkiye girmesinin uluslararası hukukun tümünü kabul ettikleri anlamına geleceği kaydı düşülür.<sup>86</sup>

### **Bölgesel ve Yerel Teamül<sup>87</sup>**

Yalnızca bir grup devleti (Latin Amerika'daki örneklerde olduğu gibi)<sup>88</sup> ya da iki devleti<sup>89</sup> bağlayacak kurallar ortaya koymak da mümkündür. Böyle bir yaklaşım "bölgesel hukuki geleneklere saygı" ihtiyacının bir parçası olarak görülebilir.<sup>90</sup>

*Asylum* davasında<sup>91</sup>, Uluslararası Adalet Divanı Kolombiya'nın iltica kabulü konusundaki pozisyonunu muteber kılan Latin Amerika'ya özgü bölgesel ya da yerel teamül iddiasını tartışmıştır. Divan, 'bu tür bir teamüle güvenen tarafın, bu teamülün diğer taraflar üzerinde bağlayıcı olacak şekilde kurulduğunu kanıtlamak zorunda olduğunu' açıklamıştır.<sup>92</sup> Divan davada, bu tür bir teamülün kesinlik arz etmeyen ve çelişkili delil nedeniyle kanıtlanamaz olduğuna hükmetmiştir.

Bu tür vakalarda, istenilen delil standardı (özellikle de yerel teamülün devam ettirilmesine karşı olan tarafça kabul edilen yükümlülüğe ilişkin) genel teamül iddiasının ileri sürüldüğü vakalardaki standartlardan daha yüksektir.

*Right of Passage over Indian Territory* davasında<sup>93</sup>, Portekiz kendi egemenliğindeki yabancı ülkelerle kuşatılmış bölgeleri (*enclave*) arasında Hindistan toprakları üzerinden geçiş hakkı olduğunu iddia etmiştir. Uluslararası Adalet Divanı, Hindistan'ın yalnızca iki devlet arasında

<sup>82</sup> İtiraz konusunda genel olarak bkz., Akehurst, 'Custom as a Source', ss. 38-42.

<sup>83</sup> Bkz., aşağıda 11. Bölüm.

<sup>84</sup> Örneğin bkz., *North Sea Continental Shelf* davası, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 38, 130; 41 ILR, ss. 29, 67, 137, ve *The Third US Restatement of Foreign Relations Law*, St Paul, 1987, Cilt: 1, ss. 25-6. Ayrıca bkz., T. Stein, 'The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law', 26 *Harvard International Law Journal*, 1985, s. 457, ve J. Charney, 'The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law', 56 *BYIL*, 1985, s. 1.

<sup>85</sup> Örneğin bkz., Tunkin, *Theory of International Law*, s. 129.

<sup>86</sup> A.g.e.

<sup>87</sup> Bkz., Akehurst, 'Custom as a Source', ss. 29-31; Thirlway, 'Supplement', s. 105; D'Amato, *Concept of Custom*, 8. Bölüm; G. Cohen-Jonathan, 'La Coutume Locale', AFDI, 1961, s. 133, ve Wolfke, *Custom*, ss. 88-90. Yerel teamüle bazen bölgesel ya da özel teamül olarak atıfta bulunulur.

<sup>88</sup> Örneğin bkz., H. Gros Espiel, 'La Doctrine du Droit International en Am'érique Latine avant la Premi'ere Conference Panam'ericaine', 3 *Journal of the History of International Law*, 2001, s. 1.

<sup>89</sup> The *El Salvador/Honduras* davasında Honduras tarafından ileri sürülen 'bir sözleşmenin içeriğindeki üç tarafça kabul edilen bir yerel teamül ortak bir egemenlik düzenlemesi tesis edebilir' iddiasını not ediniz, bkz., ICJ Reports, 1992, ss. 351, 597; 97 ILR, ss. 266,

<sup>90</sup> Bkz., *Eritrea/Yemen (Maritime Delimitation)* davası, 119 ILR, ss. 417, 448

<sup>91</sup> ICJ Reports, 1950, s. 266; 17 ILR, s. 280.

<sup>92</sup> ICJ Reports, 1950, s. 276; 17 ILR, s. 284.

<sup>93</sup> ICJ Reports, 1960, s. 6; 31 ILR, s. 23.

geçerli olan yerel bir teamülün söz konusu davada geçerli olamayacağına dair itirazına karşı Portekiz'in iddiasını desteklemiştir. Divan, geçmişte serbest geçişe izin veren devamlı ve yeknesak bir uygulamanın var olduğu ve 'uygulamanın taraflarca hukuk olarak kabul edildiği ve bir hak ve karşılıklı yükümlülük sonucunu doğurduğu' konusunda tatmin olduğunu açıklamıştır.<sup>94</sup> Daha genel olarak, Divan 'iki devlet arasındaki ilişkileri düzenlemeye dair taraflarca kabul edilen bir uygulamanın olduğu durumlarda, mahkemenin bu devletlerin belirli hak ve yükümlülüklerini tespit etme amacıyla bu uygulama konusundaki belirleyici etkiye atıfta bulunmak zorunda olduğunu ve 'bu tür özel bir uygulamanın herhangi bir genel kuralın üzerinde olması gerektiğini' belirtmiştir.<sup>95</sup>

Bu yüzden bu tür yerel teamüller, bir devletin diğer devlet (ya da devletler) tarafından hukuki bir yükümlülük ya da hakkın bir ifadesi olarak kabul edilen özel bir eylemine dayanır. Genel bir teamül kuralı durumunda, oydaşma (konsensüs) sürecinde ilgili devletlerin çoğunluğu ya da azımsanamayacak bir kısmının kabulü yeni bir teamül kuralı oluşturmak için yeterli olabilirken, yerel bir teamül için bütün tarafların ilgili kuralı kabul ediyor olması gerekir.<sup>96</sup> Bu, yerel teamüllerin, teamül hukukunun genel doğasına bir istisna teşkil etmesindedir. Teamül hukuku, bütün devletlerin hukuk yapım sürecinde yer almasına ilişkin daha ziyade esnek bir yaklaşım benimser ve bu yönüyle devletlerin yalnızca muvafakat verdikleri ile bağlı olduğunu ileri süren rıza teorisinin bir hatırlatıcısıdır. İstisnalar kural doğurabilir, ancak onların kendini kurala dönüştürebilmesi için daha büyük kanıtı ihtiyacı vardır.

## ANTLAŞMALAR<sup>97</sup>

Teamül yoluyla hukuk oluşturma sürecinin aksine, antlaşmalar (ya da uluslararası sözleşmeler) daha modern ve daha emin bir yöntemdir.<sup>98</sup> 38. madde 'antlaşmaya taraf olan devletlerce açıkça tanınan kurallar koyan uluslararası antlaşmalara (genel ya da özel)' atıfta bulunur. Antlaşmalar 16. bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır, ancak uluslararası hukukun kaynaklarına ilişkin bu bölümde de uluslararası antlaşmalara atıfta bulunmak gerekir.

Antlaşmalar; sözleşmeler, uluslararası anlaşmalar, paktlar ve genel senetlerden statüler, deklarasyonlar ve akitlere kadar bir dizi farklı isimlerle adlandırılır.<sup>99</sup> Bütün bu terimler benzer bir işleme atıfta bulunur; ki bu işlem, taraf olan devletlerin kendilerini belli bir şekilde davranma yönünde hukuki olarak bağladıkları ya da kendi aralarında özel bir ilişki kurdukları yazılı anlaşmaların yapılmasıdır. Bu yazılı anlaşmalarda tarafların ilişkilerinin yürütülmesinde kendilerini bağlayan bir dizi şart ve düzenleme ortaya koyulur.<sup>100</sup>

Antlaşmaların zorunluluk içeren doğası anlaşmaların bağlayıcı olduğuna (*pacta sunt servanda*) dair uluslararası teamül hukuku ilkesine dayanır. Antlaşmalar, evrensel ve genel

<sup>94</sup> ICJ Reports, 1960, s. 40; 31 ILR, s. 53. Bkz., Wolfke, *Custom*, s. 90.

<sup>95</sup> ICJ Reports, 1960, s. 44.

<sup>96</sup> Bkz., Cohen-Jonathan, 'La Coutume Locale'.

<sup>97</sup> Genel olarak bkz., A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961; Pellet, 'Article 38', s. 798, ve A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3. Baskı, Cambridge, 2013 ve R. Kolb, *The Law of Treaties*, Cheltenham, 2016. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 15. Bölüm.

<sup>98</sup> *Oppenheim Uluslararası Hukuk* kitabında 'teamülün yalnızca uluslararası hukukun orijinal kaynağı olmadığı, aynı zamanda antlaşmaların da geçerliliği ve yönteminin teamülden türediğini' vurgulamaktadır. *International Law*, s. 31.

<sup>99</sup> Örneğin bkz., UKMIL, 70 BYIL, 1999, s. 404.

<sup>100</sup> Bkz., Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969). 2 (1). madde sözleşmenin amacı doğrultusunda antlaşmayı, 'özel isimlendirilmesi her ne olursa olsun, bir tek enstrüman ya da birbiriyle bağlantılı birden fazla enstrüman ile somutlaşmış, uluslararası hukukça yönetilmiş ve devletler arasında yazılı olarak akdedilmiş uluslararası bir anlaşma' olarak tanımlamaktadır. Bağlayıcı olmayan uluslararası anlaşmalar konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda.

niteliğe sahip olması amaçlanan “hukuk yapan” (kural koyan) antlaşmalar ve sadece iki ya da az sayıda devlet arasında uygulanan “sözleşme antlaşmaları” olarak ikiye ayrılabilir. Bu tür bir ayırım özel bir antlaşmanın genel ya da yerel uygulanabilirliğini ve antlaşmada belirtilen yükümlülüklerin çeşitlerini ortaya koymak amacıyla yapılmıştır. Bu ayırım katı bir kural olarak görülemez ve örtüşen ve belirsiz birçok gri alan söz konusudur.<sup>101</sup>

Antlaşmalar (*treaties*) sarih anlaşmalardır (*agreements*) ve devletler tarafından üstlenilen yedek mevzuatın bir formudur. Antlaşmalar, yüzeysel bir bakışla, tarafların kendileri için bağlayıcı yükümlülük yarattıkları sözleşmelere benzerlik gösterir, ancak uluslararası sistemin karakterini yansıtan kendilerine özgü bir niteliğe sahiptir. Yapılan antlaşma sayısı geçen yüzyıl boyunca hızla artmıştır; Birleşmiş Milletler Antlaşma Serileri ya da Birleşik Krallık Antlaşma Serilerinin artan cilt sayılarına şahit olunmuş ve bunlar uluslararası ilişkilerde hayati bir rol oynamıştır.

Devlet denetimleri arttığı ve teknoloji ve iletişim devrimleri uluslararası yaşamı etkilediği için bir çeşit devletler arası düzenleme gerektiren konuların sayısı katlanmaktadır.

Birçok yazar için, antlaşmalar sözleşmenin taraflarının açık rızasını gerektirdiği için uluslararası hukukun en önemli kaynaklarını oluşturur. Bu yüzden antlaşmalar, herhangi bir olayda bir zımnı anlaşma şekli olarak değerlendirilen teamüle göre daha üstün görülür.<sup>102</sup> Önemli antlaşmaların örnekleri olarak, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Savaş Esirlerine Yönelik Muamele ve Sivillerin Korunması Hakkında Cenevre Sözleşmeleri ve Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi gösterilebilir. Uzayın keşfine ilişkin düzenlemeden uyuşturucuların kontrolüne ve uluslararası finans ve kalkınma organizasyonlarının kurulmasına kadar çok geniş yelpazede anlaşmalar yapılmaktadır. Yurt dışına telefon etmek ya da bir mektup göndermek veya diğer ülkelere uçakla seyahat etmek, bunları gerçekleştirilebilmek için gerekli ve kabul edilen şartlar ortaya koyan çeşitli uluslararası anlaşmalar olmaksızın imkansız olurdu.

Bir uluslararası antlaşmanın özü göz önüne alınacak olursa, aynı bir sözleşme gibi, uluslararası antlaşma da tarafları bağlayıcı olarak görülen bir dizi hüküm ortaya koyar. Bu durumda antlaşmalara ilgili taraflara getirilen yükümlülüklerden daha fazla anlam atfederek uluslararası hukukun kaynakları olarak yaklaşmak nasıl mümkün olacaktır? “Hukuk yapan antlaşmalar” terimi tam da bu bağlamda anlaşılabilir. Bu tür antlaşmalar dar anlamda değil, daha genel nitelikte etkide bulunması niyetiyle yapılır ve birkaç devlet arasında yalnızca sınırlı sayıda konuyu düzenleyen antlaşmalarla zıtlık arz eder. Hukuk yapan antlaşmalar, devletlerin bir konu hakkında uluslararası hukuk algılarını detaylandırdıkları ya da onlara gelecekteki uluslararası faaliyetlerinde kılavuzluk edecek yeni kurallar ortaya koydukları anlaşmalardır. Bu tür hukuk yapan antlaşmalar, etkili olması için zaruri olarak çok sayıda devletin katılımını gerektirir ve herkesi bağlayacak kurallar doğurabilir.<sup>103</sup> Bu antlaşmalar, izlenecek davranış kurallarını ortaya koyan anlaşmalar anlamında normatif antlaşmalardır. Antarktika Antlaşması ve Soykırım Antlaşması bu tür antlaşma örneklerindedir. Bunların dışında da Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (1961) gibi mevcut hukuku açıklayan ya da mevcut teamül kurallarını kanunlaştıran birçok antlaşma söz konusudur.

<sup>101</sup> Bkz., Virally, ‘Sources’, s. 126; Sørensen, *Les Sources*, ss. 58 vd. ve Tunkin, *Theory of International Law*, ss. 93–5.

<sup>102</sup> Tunkin, *Theory of International Law*, ss. 91–113. Ayrıca bkz., R. Müllerson, ‘Sources of International Law: New Tendencies in Soviet Thinking’, 83 AJIL, 1989, ss. 494, 501–9, ve Danilenko, ‘Theory’, s. 9.

<sup>103</sup> Ancak bu diğer devletlerin tutumuna bağlı olabilir. Bu uluslararası yasamanın bir çeşidini oluşturmaz. Örneğin bkz., *Oppenheim’s International Law*, s. 32; *Reparation* davası, ICJ Reports, 1949, s. 185; 16 AD, s. 318, ve *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, s. 56; 49 ILR, s. 2. Ayrıca bkz., R. Baxter, ‘Treaties and Custom’, 129 HR, 1970, s. 27. Ayrıca bkz., O. Schachter, ‘Entangled Treaty and Custom’, *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1989, s. 717, ve Y. Dinstein, ‘The Interaction Between Customary International Law and Treaties’, 322 HR, 2006, s. 247.

Belli bir antlaşmayı imzalamayan ve onaylamayan taraflar onun hükümleri ile bağlı değildir. Bu genel bir kuraldır ve *North Sea Continental Shelf* davalarında<sup>104</sup> konu izah edilmiştir. Bu davalarda Divan Batı Almanya'nın ilgili sözleşmeyi onaylamadığı için sözleşme hükümlerini dikkate alma yükümlülüğü altında olmadığına karar vermiştir. Bununla beraber, antlaşmaların teamül hukukunu yansıttığı durumlarda antlaşmaya taraf olmayanlar da antlaşmanın bir hükmü nedeniyle değil, ancak antlaşma uluslararası teamül hukukunun bir kuralını ya da kurallarını teyit ettiği için bağlıdır. Benzeri şekilde, antlaşmaya taraf olmayanlar antlaşmanın niteliğine, tarafların sayısına ve diğer ilgili faktörlere bağlı olarak özel bir antlaşmadaki hükümlerin teamül hukukunu oluşturabileceğini kabul edebilirler.

Antlaşmadaki bir maddenin, *opinio juris* ile birleştiğinde bütün devletleri bağlayıcı teamülün ortaya çıkmasına yol açabilecek bir kuralın temelini oluşturabilme ihtimali Uluslararası Adalet Divanı tarafından *North Sea Continental Shelf* davalarında ele alınmıştır.<sup>105</sup> Bu ihtimal uluslararası teamül hukukunda yeni kuralların formüle edilmesinde kabul edilen yöntemlerden biri olarak görülmüştür. Bununla birlikte mahkeme bu tür bir maddenin 'özü itibarıyla bir kural yaratıcı niteliğe sahip olması'<sup>106</sup> ve bu niteliğin de hukukun genel bir kuralının temelini oluşturmaya muktedir olması gerektiğini belirtmiştir. Bunun tam olarak ne anlama geleceği muhtemelen zamana ve yere göre değişecektir, fakat Divan bu kararlar diğer devletlerin, antlaşmaya taraf olanlar ve olmayanların gerekli olan uyumlu davranış ve *opinio juris* koşullarını yerine getirdikleri takdirde antlaşma maddelerinin teamüle yol açabileceğini teyit etmektedir. Bu ihtimalin genişletilebileceği iddia edilmiştir. Bu görüşe göre, genelleştirilebilir antlaşma maddeleri *opinio juris*'i gösterme ihtiyacı olmaksızın ve kısa bir sürenin geçmesiyle *ipso facto* (kendiliğinden) teamül kuralları doğurabilir.<sup>107</sup> Potansiyel olarak kural yaratıcı maddeleri içeren - özellikle insan hakları alanındaki - antlaşmaların önemini kabul etmekle birlikte, bu görüş açıkça aşırı bir yorumdur. Buradaki tehlike, muhalif devletler fiili olarak karşı bir antlaşma yapmadıkları müddetçe çok az sayıdaki devletin bütün herkes için bağlayıcı olacak bir kanunlaştırmada bulunması ihtimalidir.<sup>108</sup> Bu, kabul edilmesi durumunda, uluslararası toplum içerisinde şu anki hukuk yapım sürecinden radikal bir ayrılma anlamına gelirdi.

Bir antlaşma kuralının bir teamül kuralının zeminini kapsayacak şekilde konulması durumunda bile teamül kuralı antlaşma kuralı içine absorbe edilemez, ikisi de ayrı olarak varlıklarını devam ettirirler. Mahkeme *Nicaragua* davasında<sup>109</sup> ABD'nin meşru müdafaaya ilişkin uluslararası teamül hukuku kurallarının Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 51. maddesi tarafından 'kapsandığı' ve 'takip edildiği' argümanını kabul etmedi. Davada 'mevcut anlaşmazlığa dair bir antlaşma kuralı ve bir teamül kuralı tamamıyla aynı içeriğe sahip olsalar bile, teamül kuralının antlaşma hukuku içerisine dahil edilmesinin, mahkeme açısından teamül kuralının antlaşma kuralından ayrı olarak uygulanabilirliğini kaybettireceğini savunmak için bir sebep teşkil edemeyeceği' vurgulanmıştır.<sup>110</sup> Divan 'iki hukuk kategorisinin aynı içeriğe sahip oldukları durumlarda bile, uluslararası teamül hukukunun varlığını ve uluslararası antlaşma hukukundan ayrı olarak uygulanmasını devam ettireceğinin açık olduğu' sonucuna varmıştır.<sup>111</sup> Bu kararın söz konusu davadaki etkisi, Amerika'nın bir ihtirazı kaydı nedeniyle antlaşma temelli yükümlülüğü değerlendiremeyecek olan mahkemenin,

<sup>104</sup> ICJ Reports, 1969, ss. 3, 25; 41 ILR, ss. 29, 54.

<sup>105</sup> ICJ Reports, 1969, ss. 3, 41-2; 41 ILR, s. 71.

<sup>106</sup> Azınlıktaki karşı görüşler için bkz. ICJ Reports, 1969, ss. 56, 156-8, 163, 169, 172-80, 197-200, 221-32 ve 241-7; 41 ILR, s. 85. Ayrıca bkz., *Gulf of Maine* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 246, 295; 71 ILR, ss. 74, 122 ve *Libya/Malta Continental Shelf* davası, ICJ Reports, 1985, ss. 13, 29-34; 81 ILR, ss. 239, 261-6.

<sup>107</sup> Bkz., D'Amato, *Concept of Custom*, s. 104, ve D'Amato, 'The Concept of Human Rights in International Law', 82 *Columbia Law Review*, 1982, ss. 1110, 1129-47. Ayrıca bkz., Akehurst, 'Custom as a Source', ss. 42-52.

<sup>108</sup> D'Amato, 'Concept of Human Rights', s. 1146.

<sup>109</sup> ICJ Reports, 1986, s. 14; 76 ILR, s. 349.

<sup>110</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 94-5; 76 ILR, ss. 428-9. Ayrıca bkz., W. Czaplinski, 'Sources of International Law in the *Nicaragua Case*', 38 ICLQ, 1989, s. 151.

<sup>111</sup> ICJ Reports, 1986, s. 96; 76 ILR, s. 430.

kuralı teamül hukuku altında kurulmuş olarak inceleyebilmesi olmuştur.

Kuşkusuz ki, aynı içeriğe sahip olan iki kural, yorumları ve uygulamalarına ilişkin farklı prensiplere tabi olabilir; bu yüzden Divan'ın yaklaşımı teorik olarak doğru olmasının yanı sıra pratik değere de sahiptir. Birçok vakada - BM Sözleşmesi'nin 51. maddesi ve teamül hukuku altında meşru müdafaa davasında olduğu gibi - bir kuralın varlığının bu şekilde çifte kaynağının olmasının iki kaynağın gerçekte aynı nitelikte olduğu anlamına gelmeyeceği ileri sürülebilir, ancak bu daima özel durumlara bağlı olacaktır.<sup>112</sup>

Bazı antlaşmalar zaruri olarak taraf olmayanları da kapsayacak nitelikte bir "rejim" kurmaya teşebbüs eder.<sup>113</sup> Örneğin, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacıyla somut bir çerçeve oluşturmak için 2 (6). maddede 'örgüt Birleşmiş Milletler üyesi olmayan devletlerin de uluslararası barış ve güvenliğin devamının gerektirdiği ölçüde bu prensiplere (2. maddede sıralanan) uygun biçimde hareket etmesini sağlar' ifadesine yer vermektedir. Ayrıca, uluslararası ticaret alanında ortak davranış kuralları ortaya koyan ve daha sonraki yıllarda Dünya Ticaret Örgütü'ne dönüşecek olan 1947 tarihli Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) taraf olmayan devletler üzerinde de önemli bir etkiye sahiptir.

Yukarıdaki örnekte olduğu gibi, antlaşmalar kurucu nitelikte de olabilir; uluslararası kuruluşlar ortaya çıkarabilir ve onlar için yetki ve görevlerinin çerçevesini ortaya koyan bir anayasa olarak işlev görebilir.

Diğer yandan, "sözleşme antlaşmaları" sadece az sayıda devlet arasında ve sınırlı bir konuda olduğu için hukuk yapan enstrümanlar değildir, fakat teamül kurallarının kanıtı olabilir. Örneğin, benzer bir kuralı içeren bir dizi iki taraflı antlaşma o kuralın teamül hukukundaki varlığının bir kanıtı olabilir. Yine de bu görüşe iki taraflı antlaşmalar doğaları gereği sıklıkla münferit durumları yansıttığı için belli ölçüde ihtiyatla yaklaşılmalıdır.<sup>114</sup>

## HUKUKUN GENEL İLKELERİ<sup>115</sup>

Herhangi bir hukuk sisteminde bir mahkemenin, önündeki davayı incelerken bir hususu tam olarak kapsayan hukuki bir hükmün (parlamento mevzuatı ya da yargı içtihatı) olmadığını fark ettiği bir durum ortaya çıkabilir. Bu tür durumlarda hakim, mevcut kurallardan kıyas yaparak ya da doğrudan hukuk sistemine yön veren genel ilkelere (adalet, eşitlik ya da kamu politikası kaygıları gibi) başvurarak bir kural çıkarma yoluna gidecektir. Böyle bir durumun uluslararası hukukta ortaya çıkması, yüz yüze olduğu ihtiyaçlardan dolayı sistemin göreceli olarak daha az gelişmiş olması nedeniyle belki de çok daha fazla mümkündür.

<sup>112</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 20. Bölüm.

<sup>113</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 16. Bölüm.

<sup>114</sup> Ayrıntılı bilgi için aşağıda suçluların iadesi ve yatırım antlaşmaları konularına bakınız.

<sup>115</sup> Örneğin bkz., B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, 1953; A. D. McNair, 'The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations', 33 BYIL, 1957, s. 1; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, 1927; G. Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order*, Budapest, 1969; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991, ss. 50-5; O. Corten, *L'Utilisation du 'Raisonnable' par le Juge International*, Brussels, 1997; B. Vitanyi, 'Les Positions Doctrinales Concernant le Sens de la Notion de "Principes Generaux de Droit Reconus par les Nations Civilisees"', 86 *Revue Generale de Droit International Public*, 1982, s. 48; H. Waldock, 'General Course on Public International Law', 106 HR, 1962, s. 54; Pellet, 'Article 38', s. 832; Thirlway, 'Supplement', s. 108; M. Sorensen, 'Principes de Droit International', 101 HR, 1960, s. 16, ve V. Degan, 'General Principles of Law', 3 Finnish YIL, 1992, s. 1. Ayrıca bkz., G. Gaja, 'General Principles of Law', *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* ve Thirlway, *Sources*, Bölüm IV.



Uluslararası hukukta iç hukuk sisteminde olduğundan daha az dava vardır ve yeni durumları yönetebilmek için kurallar koymaya yönelik bir yasama yöntemi söz konusu değildir.<sup>116</sup> Bu nedenle “uygar uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri”<sup>117</sup> ifadesi 38. maddeye hukukun bir kaynağı olarak uluslararası hukukta kapsanmamış olabilecek bir boşluğu doldurmak ve hukuki açıdan *non liquet* (hukuki boşluk) olarak bilinen bu sorunu çözmek amacıyla koyulmuştur.<sup>118</sup> Sistemdeki boşluklar sorunu önemli bir konudur. Her uluslararası duruma uygulanabilir nitelikte elde mevcut ve açık bir kural her zaman olmayabilirse de ‘her uluslararası durum *bir hukuk konusu* olarak belirlenme ehliyetini haizdir.’<sup>119</sup>

Hukukun genel ilkeleri kavramı ile neye atıfta bulunulmak istendiğine dair çeşitli görüşler mevcuttur. Bazı yazarlar bu kavramı uluslararası hukuk sisteminin altında yatan ve pozitif (insan yapımı) kuralların geçerliliğini test etme yöntemini oluşturduğu varsayılan Doğal Hukuk konseptlerinin bir onayı olarak görmüştür.<sup>120</sup> Diğer başka yazarlar ise, özellikle pozitivistler, ona antlaşma ve teamül hukuku altındaki bir alt başlık olarak yaklaşmış ve devletlerin rızasını yansıtmadığı takdirde uluslararası hukuka yeni bir şey katabilme istidadından yoksun olarak değerlendirmiştir. Tunkin gibi Sovyet yazarları bu yaklaşımı benimsemiş ve “hukukun genel ilkelerini” antlaşma ve teamül hukukunda zaten ortaya konulmuş barış içinde birlikte yaşama gibi uluslararası hukukun temel hükümlerinin tekrarlanması olarak görmüştür.<sup>121</sup>

Bu iki yaklaşım arasındaki çoğu yazar genel ilkelerin hukukun ayrı bir kaynağını oluşturduğunu, ancak oldukça sınırlı bir alanı olduğunu kabul etmeye yakın durmuştur ve bu Daimi Uluslararası Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı’nın kararlarında da yansıtılmıştır. Bununla birlikte, burada söz konusu olan şeyin iç hukuk sistemlerinde ortaya çıkan bir genel ilke mi yahut uluslararası hukukun genel bir ilkesi mi olduğu ya da iç hukukun bu tür ilkelerinin devletler arası ilişkilere uygulanıp uygulanamayacağı konusu bütün vakalarda açık değildir.<sup>122</sup>

Bir kişinin yararlanabileceği hukuki havuz 190’dan fazla devletin hukuki işlemlerini içeriyorsa da bu, hakimlerin her hukuk sistemi hakkında uzman olmasını gerektirmez. Birçok farklı hukuk sisteminde geçerli olan belli ortak temalar vardır. Anglo-Amerikan teamül hukuku - tıpkı Fransız ve Alman sistemleri gibi - dünyadaki birçok devleti etkilemiştir. Latin Amerika’da hukukta birçok ortak unsur vardır; çoğu Afrika ve Asya ülkesi devleti yöneten

<sup>116</sup> Divan’ın “prensipler” ve “kurallar” terimlerini uluslararası hukukun içerisinde temel olarak aynı terimler olarak gördüğünü dikkat ediniz. Bkz., *Gulf of Maine* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 246, 288-90. Bununla beraber, “genel” sıfatının kullanılması anlamı daha geniş bir çerçeveye taşımaktadır.

<sup>117</sup> “Uygar uluslar” tarafından tanınmaya ilişkin ifade günümüzde gereksiz olarak görülmektedir. Örneğin bkz., Pellet, ‘Article 38’, s. 836.

<sup>118</sup> Örneğin bkz., J. Stone, *Of Law and Nations*, London, 1974, 3. Bölüm; H. Lauterpacht, ‘Some Observations on the Prohibition of *Non Liquet* and the Completeness of the Legal Order’, *Symbolae Verzijl*, 1958, s. 196; Pellet, ‘Article 38’, s. 734 ve 763; H. Thirlway, ‘The Law and Procedure of the International Court of Justice’, *BYIL*, 1988, s. 76, ve Thirlway, ‘Supplement’, s. 44, ve P. Weil, ‘The Court Cannot Conclude Definitively . . . ? *Non Liquet* Revisited’, *36 Columbia Journal of Transnational Law*, 1997, s. 109. Ayrıca bkz., *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, s. 46; 41 ILR, s. 29, ve *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, s. 135; 76 ILR, s. 349.

<sup>119</sup> *Oppenheim’s International Law*, s. 13. Bununla beraber, Uluslararası Adalet Divanı uluslararası hukukta bir devletin yaşamının ciddi tehdit altında olduğu bir durumda meşru müdafaa amacıyla nükleer silah kullanımı ya da tehdidine izin veren ya da yasaklayan bir kural olup olmadığı hususunda açıklamada bulunamadı. Bkz., *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davası, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 244; 110 ILR, ss. 163, 194. Hakim Higgins’in Karşı Oy Görüşü için bkz., a.g.e.; 110 ILR, ss. 532 vb. Ayrıca bkz., *Eritrea/Yemen* (First Phase), 114 ILR, ss. 1, 119 ve 121-2.

<sup>120</sup> Örneğin bkz., Lauterpacht, *Private Law Sources*. Ayrıca bkz., Waldock, ‘General Course’, s. 54; C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, 1958, s. 169, ve Hakim Tanaka (Karşı Oy Görüşü), *South-West Africa* davası (Second Phase), ICJ Reports, 1966, ss. 6, 294-9; 37 ILR, ss. 243, 455-9.

<sup>121</sup> Tunkin, *Theory of International Law*, 7. Bölüm.

<sup>122</sup> *Oppenheim’s International Law*, ss. 36-7.

yapıyı modernize etme ile ekonomik ve diğer teşebbüsleri Batılılaştırma çabalarında Avrupa deneyiminden büyük oranda yararlanmışlardır.<sup>123</sup>

Bu soruna nasıl yaklaşıldığını göstermek için bu alanda önde gelen davalardan bazılarına aşağıda atıfta bulunulacaktır.

Polonya tarafından Upper Silesia'daki bir nitrat fabrikasına el koyulmasını takiben 1928 yılında *Chorzow Factory* davasında<sup>124</sup> Daimi Uluslararası Adalet Divanı 'bir angajmanın her ihlalinin bir telafi yükümlülüğünü de içermesinin hukukun genel bir ilkesi' olduğunu açıklamıştır. Mahkeme ayrıca onu, 'bir yanlışın telafisinin, uluslararası hukuka aykırı bir fiilin sonucu olarak zarar gören mağdur devletin vatandaşlarının zararlarına tekabül eden bir tazminatı içerebileceğine dair bir uluslararası hukuk ilkesi' olarak değerlendirmiştir.

Bununla beraber, iç hukukla kıyaslamaların uygulanması için en verimli alanlar yargı sürecinin prosedür, kanıt ve mekanizmalarıdır. *German Settlers in Poland* davasında<sup>125</sup> mahkeme, konuya olumsuz bir perspektiften yaklaşarak<sup>126</sup>, kararında 'mevcut hukuk altında elde edilmiş özel haklar egemenliğin değişimi ile ortadan kalkmaz...hukukun devam etmesine rağmen onun altında elde edilmiş özel hakların yok olacağı savunulamaz. Böyle bir iddia bir ilkeye dayalı değildir ve evrensel görüş ve uygulamaya aykırı olur.'<sup>127</sup> ifadelerini kullanmıştır. Uluslararası Adalet Divanı *Corfu Channel* davasında,<sup>128</sup> dolaylı kanıtla atıfta bulunurken, 'bu dolaylı kanıtla bütün hukuk sistemlerinde izin verildiği ve onun kullanımının uluslararası kararlarca kabul edildiğine' işaret etmiştir. Davalardaki kararın son ve bağlayıcı olduğu ve temyize gidilemeyeceğine dair *res judicata* (kesin hüküm) kavramına da uluslararası yargı tarafından atıf yapılmıştır.<sup>129</sup>

*Administrative Tribunal* davasında<sup>130</sup>, Divan Birleşmiş Milletler Sekreterliği personelinin işten çıkarılma sorunu ve Genel Kurul'un ilgili mahkeme tarafından personel lehine verilen kararı reddetme hakkı olup olmadığı ile ilgilenmiştir. Divan olumsuz cevap vererek 'hukukun çok iyi bilinen ve genel olarak kabul edilen ilkesine göre bu tür bir yargı organı tarafından verilen bir karar *res judicata*'dır ve anlaşmazlığın tarafları arasında bağlayıcı etkisi vardır'<sup>131</sup> açıklamasında bulunmuştur.

<sup>123</sup> Genel olarak bkz., R. David ve J. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, 2. Baskı, London, 1978. Mahkeme *AMCO v. Republic of Indonesia* davasında, birçok devlete paylaşılan uygulama ya da hukuki hükümlerin uluslararası hukukun önemli bir kaynağını oluşturabilirken, Fransız konsepti olan idari tek taraflı sözleşmeler ya da idari sözleşmelerin bu tür uygulamalar ya da hukuki hükümler olmadığını belirtti. Bkz., 89 ILR, ss. 366, 461.

<sup>124</sup> PCIJ, Series A, No. 17, 1928, s. 29; 4 AD, s. 258. Ayrıca, Letelier ve Moffitt'in ölümlerine ilişkin Şili-ABD Komisyonu kararı hakkında bkz., 31 ILM, 1982, ss. 1, 9; 88 ILR, s. 727.

<sup>125</sup> PCIJ, Series B, No. 6, s. 36.

<sup>126</sup> Ayrıca bkz., *South-West Africa* davaları, ICJ Reports, 1966, ss. 3, 47; 37 ILR, ss. 243, 280-1.

<sup>127</sup> Ayrıca bkz., *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* davası, PCIJ, Series A, No. 7, s. 42, ve *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* davası, PCIJ, Series A/B, No. 46, s. 167.

<sup>128</sup> ICJ Reports, 1949, ss. 4, 18; 16 AD, ss. 155, 157.

<sup>129</sup> *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, 1949, s. 248.

<sup>130</sup> ICJ Reports, 1954, s. 47; 21 ILR, s. 310.

<sup>131</sup> ICJ Reports, 1954, s. 53; 21 ILR, s. 314. Ayrıca mahkeme, *Laguna del Desierto (Argentina/Chile)* davasında, *res judicata* otoritesine sahip olan bir kararın yargısal açıdan anlaşmazlığın tarafları üzerinde bağlayıcılığı olduğunu ve bunun hukuk doktrininde sürekli olarak tekrarlanan uluslararası hukukun temel bir ilkesi olduğunu belirtmiştir. Bkz., *Laguna del Desierto (Argentina/Chile)* davası, 113 ILR, ss. 1, 43. Ayrıca bkz., *AMCO v. Republic of Indonesia* davası, 89 ILR, ss. 366, 558; Cheng, *General Principles*, 17. Bölüm; Rosenne's *Law and Practice of the International Court, 1920-2015*, (ed. M. N. Shaw), 5. Baskı, Leiden, 2016, ss. 1598 vb.; M. Shahabuddeen, *Precedent in the International Court*, Cambridge, 1996, ss. 30 ve 168, ve I. Scobbie, 'Res Judicata, Precedent and the International Court', 20 *Australian YIL*, 2000, s. 299.

*Res judicata* meselesi *Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* davasında<sup>132</sup> detaylı olarak tartışılmıştır. Dava sırasında konu, mahkemenin yargı yetkisine itirazları reddeden 1996 yılındaki kararının anlamı üzerinde odaklandı.<sup>133</sup> Divan ilkenin, ‘mahkeme kararlarının taraflar üzerinde yalnızca bağlayıcı değil, aynı zamanda nihai’ olduğu ve ‘işlemler saklı kalmak kaydıyla, kararı verilmiş konulara ilişkin taraflarca yeniden açılmayacağı’ anlamına geldiğini belirtmiştir.<sup>134</sup> Divan iki amacın - biri genel ve biri de özel - *res judicata* ilkesini uluslararası olduğu kadar ulusal açıdan da desteklediğini açıklamıştır. İlki, davanın sona ermesini gerektiren hukuki ilişkilerin istikrarına göndermede bulunuyordu. İkincisi de, karara bağlanmış bir konunun yeniden tartışılmaması her tarafın çıkarınaydı. Elde edilmiş bir yargı kararının yararından davacının mahrum edilmesinin genellikle anlaşmazlıkların hukuki çözümü hakkındaki ilkelerin ihlali olarak görülmek zorunda olduğu vurgulanmıştır. Divan, ilkenin eşit olarak gerekçeli kararlara ve kararlara itirazlara uygulandığını vurgulamış ve yargı yetkisi 1996 yılındaki karar sonucu verildiğinden, günümüzdeki davalarda taraflardan birinin daha önceden gelemediği ancak şimdi görülebildiği için daha önceki karar verildiği tarihte mahkemenin o kararı verme yetkisinin olmadığını öne sürülemeyeceği notunu kayda geçirmiştir. Nitekim, aksi yönde bir karar, yargı kararının kesin hükmünün (*res judicata*) gücünü sorguya açmak olurdu.<sup>135</sup>

Dahası, Divan *Right of Passage* davasının ön itiraz aşamasında şunu belirtmiştir:<sup>136</sup>

“Söz konusu kural geçmişte mahkemeler tarafından esas alındığı gibi aynı zamanda genel olarak da kabul edilen bir hukuk kuralıdır. Mahkeme anlaşmazlık konusunu değerlendirmek üzere gündemine aldıktan sonra, davalı devletin mahkemenin yargı yetkisini kabul ettiğini belirttiği deklarasyonu tek taraflı olarak bitirmeye yönelik bir davranışı, mahkemeyi tamamıyla ya da kısmen yargı yetkisinden mahrum bırakamaz.”

Divan ayrıca belli bir durumda muvafakat gösteren tarafın daha sonra o konuya itiraz edemeyeceğini öngören *estoppel* ilkesini de değerlendirmiştir. *Temple* davasında<sup>137</sup>, Uluslararası Adalet Divanı bu ilkeyi uygulamış, ancak Sırp borçları konusunda kağıt para yerine altın üzerinden ödeme talep eden Fransız senet sahiplerinin itirazlarının görüşüldüğü *Serbian Loans* davasında<sup>138</sup> (1929) ise mahkeme bu ilkenin uygulanamayacağını ifade etmiştir.

Uluslararası Adalet Divanı’nın *ELSI* davasında<sup>139</sup> belirttiği gibi, bütün durumlarda bir *estoppel* sonucu çıkarma süreci konusunda sınırlamalar vardır. Divan’a göre, ‘bir *estoppel*’in bir şeylerin söylenmesi gerektiği belli durumlarda sessiz kalınmasından doğabileceğini dışlamak gerekirse de gelişigüzel diplomatik konuşmalarda belli bir noktada konu anılmadığı için buradan bir *estoppel* çıkarmakta ciddi güçlükler vardır.’<sup>140</sup> *Estoppel*’in anlamı *Cameroon v. Nigeria* davasında<sup>141</sup> da teyit edilmiştir. Bu davada Divan ‘eğer Kamerun

<sup>132</sup> ICJ Reports, 2007, ss. 43, 90.

<sup>133</sup> ICJ Reports, 1996, s. 595; 115 ILR, s. 110.

<sup>134</sup> ICJ Reports, 2007, ss. 43, 90.

<sup>135</sup> A.g.e., ss. 90-94. Ayrıca bkz. *Nicaragua v. Colombia (Application by Honduras for Permission to Intervene)*, ICJ Reports, 2011, ss. 420, 443 ve *Nicaragua v. Colombia (Delimitation of the Continental Shelf beyond 200 nautical miles), Preliminary Objections*, para. 58 vd.

<sup>136</sup> ICJ Reports, 1957, ss. 125, 141-2; 24 ILR, ss. 840, 842-3. Ayrıca bkz., the Argentina-Chile Boundary Award of 21 October 1994, XXII UNRIIAA, 2006, ss. 3, 24 ve 39.

<sup>137</sup> ICJ Reports, 1962, ss. 6, 23, 31 ve 32; 33 ILR, ss. 48, 62, 69-70.

<sup>138</sup> PCIJ, Series A, No. 20; 5 AD, s. 466

<sup>139</sup> ICJ Reports, 1989, ss. 15, 44; 84 ILR, ss. 311, 350.

<sup>140</sup> Ayrıca bkz., *Eastern Greenland* davası, PCIJ, Series A/B, No. 53, ss. 52 vb.; 6 AD, ss. 95, 100-2; Eritrea/Ethiopia Boundary Komisyonu Kararı (13 Nisan 2002), 130 ILR, ss. 1, 35-6; ve the *Saiga (No. 2)* davası, 120 ILR, ss. 143, 230; ve H. Thirlway, ‘The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-89 (Part One)’, 60 BYIL, 1989, ss. 4, 29. Ayrıca bkz., aşağıda 10. Bölüm.

<sup>141</sup> ICJ Reports, 1998, ss. 275, 303.

mahkemeye konu olan sınır anlaşmazlığının çözümünün yalnızca iki taraflı olarak ortaya konulacağı hususunda anlaşmaya varıldığını eylemleri ya da bildirimleri ile açıkça net olarak ortaya koymuş olsaydı bir *estoppel* ancak bu durumda doğabilirdi. Dahası, böyle bir tutuma güvenerek Nijerya'nın kendi aleyhine pozisyonunu değiştirmiş ve zarar görmüş olduğunun ispatlanması gerekirdi' açıklamasında bulunmuştur. *Mauritius v. the UK* davasında Mahkeme 'Temsil eden bir devlete intikal eden bir yararın yeterli olmasına rağmen, bir temsile dayanmada beklenen imkanların kanıtının zararlı dayanmanın en açık örneğini teşkil ettiğine' dikkat çekmektedir.<sup>142</sup>

Genel ilkelerin diğer bir örneği *AMCO v. Republic of Indonesia* davasında<sup>143</sup> Tahkim Mahkemesi tarafından ortaya konulmuştur. Davada mahkeme 'zararının tümüyle karşılanması - *damnum emergens* (uğranılan zararlar) ve *lucrum cessans* (mahrum kalınan karlar) – önemli ulusal hukuk sistemlerinin hepsinde var olan ortak bir ilkedir ve bundan dolayı uluslararası hukukun bir kaynağı olarak görülebilecek hukukun bir genel ilkesidir' görüşünü ifade etmiştir. Diğer bir ilke de kazanılmış haklara saygı ilkesidir.<sup>144</sup> Bir başkası da kendi talebini desteklemek için bir olguyu ileri süren tarafın bu olguyu ispatlamasıdır.<sup>145</sup> Tartışılan başka bir genel ilke de meşru müdafaaya başvurmaktan ve çatışmalarda bilfiil kuvvet kullanmaktan deniz uyuşmazlıklarına, DTÖ (Dünya Ticaret Örgütü)'ndeki, yatırım hukukundaki ve insan haklarındaki karşı önlemlere kadar uzanan alanlarda belirli bir kuralın uygulanmasının ilgili faktörler tarafından kısıtlanabileceğine işaret eden orantılılık ilkesidir.<sup>146</sup> Uluslararası hukukun çok önemli bir genel ilkesi de *pacta sunt servanda* ilkesi ya da uluslararası anlaşmaların bağlayıcı olduğu görüşüdür. Anlaşmalar hukuku kesin olarak bu ilke üzerine kuruludur, çünkü bağlayıcı anlaşmalar konsepti yalnızca, bu enstrümanların herkesçe bu niteliğe sahip olarak kabul edildiği varsayımı üzerine dayanabilir.<sup>147</sup>

Belki de en önemli genel ilke, çoğu uluslararası hukuk kuralını destekler mahiyette, iyi niyet ilkesidir.<sup>148</sup> Bu ilke Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde 2 (2). maddede 'bütün üyeler, üyelik sıfatından doğan hak ve çıkarlardan tüm üyelerin yararlanmasını sağlamak için işbu anlaşmaya uygun olarak üstlendikleri yükümlülükleri iyi niyetle yerine getirirler' şeklinde anılmıştır. Ayrıca 1970 yılındaki 2625 (25) sayılı kararla Genel Kurul tarafından benimsenmiş Devletlerarası Dostça İlişkiler ve İşbirliğine Dair Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkındaki Deklarasyon'da da, devletlerin uluslararası hukuktan - genel olarak anlaşmalardan – doğan yükümlülükleri iyi niyetle yerine getirme sorumluluğuna atıfta bulunulmuştur. Bu nedenle bu ilke genel olarak uluslararası hukuk kurallarının ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır.<sup>149</sup>

<sup>142</sup> Arbitral Award of 18 March 2015, para. 442.

<sup>143</sup> 89 ILR, ss. 366, 504.

<sup>144</sup> Örneğin bkz., the *German Interests in Polish Upper Silesia* davası, PCIJ, Series A, No. 7, 1926, s. 22; *Starrett Housing Corporation v. Iran* 85 ILR s. 34; the *Shufeld claim*, 5 AD, s. 179, ve *AMCO v. Republic of Indonesia* 89 ILR, ss. 366, 496. Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda.

<sup>145</sup> *Malaysia/Singapore*, ICJ Reports, 2008, ss. 12, 31 ve bkz. 18. Bölüm.

<sup>146</sup> Örneğin bkz., M. Newton ve L. May, *Proportionality in International Law*, Oxford, 2014 ve aşağıda insan haklarına, deniz hukukuna, kuvvet kullanmaya ve uluslararası insancıl hukuka dair bölümler. Avrupa Birliği Antlaşması'nın 5 (4) maddesinin orantılılık ilkesini AB eyleminin "içerik ve şeklinin" 'Anlaşmaların amaçlarını gerçekleştirmek için gerekenin ötesine geçemeyeceği' şeklinde tanımladığını not ediniz.

<sup>147</sup> Bkz., McNair, *Law of Treaties*, Cilt: 1, 30. Bölüm. Ayrıca bkz., the Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, ve *AMCO v. Republic of Indonesia* 89 ILR, ss. 366, 495-7.

<sup>148</sup> Oppenheim *International Law* adlı kitabında 'bunun büyük öneme sahip olduğunu' not etmektedir. Bkz., s. 38. Ayrıca bkz., E. Zoller, *Bonne Foi en Droit International Public*, Paris, 1977; R. Kolb, *La Bonne Foi en Droit International Public*, Paris, 2000; Thirlway, 'Law and Procedure of the ICJ (Part One)' ss. 3, 7 vb., ve Thirlway, 'Supplement', s. 7; ve G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, 1986, Cilt: 1, s. 183 ve Cilt: 2, s. 609. Ayrıca bkz. *Good Faith and International Economic Law* (ed. A.D. Mitchell, M. Sornarajah ve T. Voon), Oxford, 2015.

<sup>149</sup> Ayrıca bkz., Case T-115/94, *Opel Austria GmbH v. Republic of Austria*, 22 Ocak 1997.

Uluslararası Adalet Divanı *Nuclear Tests* davalarında şu görüşü ifade etmiştir:<sup>150</sup>

“Hukuki yükümlülüklerin ortaya çıkması ve işleyişindeki temel ilkelerden biri – bu yükümlülüklerin kaynağı her ne olursa olsun – iyi niyet ilkesidir. Güven ve itimat uluslararası işbirliğine – özellikle de birçok alanda bu işbirliğinin giderek çok daha önem kazandığı bir zamanda – içkindir. Tıpkı antlaşmalar hukukundaki *pacta sunt servanda* kuralının iyi niyet esasına dayanması gibi, tek taraflı olarak üstlenilmiş bir uluslararası yükümlülüğün bağlayıcı niteliği de iyi niyete dayanır.”

Bununla birlikte, Divan bir konsept olarak iyi niyetin ‘diğerlerinin olmadığı bir durumda kendisinin bizatihi yükümlülüğün kaynağı olmadığı’na işaret etmiştir.<sup>151</sup> Bu nedenle iyi niyet ilkesi, uluslararası hukukun mevcut kurallarına riayet edilmesi konusunda bilgilendiren ve şekillendiren ve bu kuralların meşru olarak uygulanabileceği yolu gösteren bir arka plan ilkesidir.<sup>152</sup> Divan’ın işaret ettiği gibi, iyi niyet ilkesi ‘yalnızca mevcut yükümlülüklerin yerine getirilmesi ile ilgilidir.’<sup>153</sup> Bahsedilmesi gereken diğer bir ilke de, hukuka uygun olmayan eylemlerden hak yaratılamayacağına dair *ex injuria jus non oritur* ilkesidir.<sup>154</sup>

Sonuç olarak, belli bir davadaki durumlara hangi hukuk ilkelerinin uygulanacağına karar verme yetkisi mahkemeye aittir ve Mahkeme bunu teamül ve antlaşma hukukunun gerekli çözümünü sağlamaması durumunda uygulayacaktır. Bu bağlamda Belçika ile İspanya arasındaki *Barcelona Traction* davasını<sup>155</sup> göz önüne almak gerekir. Davada Divan büyük oranda iç hukuktaki sınırlı sorumlu şirket kavramına dayanmış ve Divan’ın davada iç hukuktaki ilgili kuruluşları göz ardı ederek karar vermesi durumunda ciddi hukuki zorluklarla karşılaşacağı vurgulanmıştır. Uluslararası Adalet Divanı’nın dava esnasında müracaat edebileceği uluslararası hukukta buna denk gelen bir merci olmadığı için bu durumda Divan gerçeklikle bağlantısını kaybederdi.<sup>156</sup>

Bununla beraber, uluslararası hukuk belli bir devletin iç hukukuna atıfta bulunmamıştır, fakat daha ziyade iç hukuk sistemleri tarafından genel olarak kabul edilen kurallara – ki bu davada sınırlı sorumlu şirket düşüncesini tanıyan kurala - gönderme yapmıştır.<sup>157</sup>

<sup>150</sup> ICJ Reports, 1974, ss. 253, 267; 57 ILR, ss. 398, 412.

<sup>151</sup> *Border and Transborder Armed Actions* davası (*Nicaragua v. Honduras*), ICJ Reports, 1988, s. 105; 84 ILR, s. 218. Ayrıca, *Libya/Chad* davasında Hakim Ajibolo’nun Ayrı Görüşü için bkz., ICJ Reports, 1994, ss. 6, 71–4; 100 ILR, ss. 1, 69–72 ve Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Re-introduction of the Death Penalty in Peru* davasındaki açıklaması, 16 *Human Rights Law Journal*, 1995, ss. 9, 13.

<sup>152</sup> Ayrıca bkz., the *Fisheries Jurisdiction* davaları, ICJ Reports, 1974, ss. 3, 33; 55 ILR, ss. 238, 268; *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 46–7; 41 ILR, ss. 29, 76; *Lac Lannoux* davası, 24 ILR, s. 119 ve *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davası, ICJ Reports, 1996, ss. 264 vb.; 110 ILR, ss. 163, 214–15. Ayrıca Rio Çevre ve Kalkınma Deklarasyonu’nun 19. ve 27. ilkelerine bkz., 1992, 31 ILM, 1992, s. 876.

<sup>153</sup> *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 1998, ss. 275, 304.

<sup>154</sup> Örneğin bkz., *Gabcikovo–Nagymaros Project* davası, ICJ Reports, 1997, ss. 7, 76; 116 ILR, s. 1 ve *Brcko* davası, 36 ILM, 1997, ss. 396, 422.

<sup>155</sup> ICJ Reports, 1970, s. 3; 46 ILR, s. 178.

<sup>156</sup> ICJ Reports, 1970, s. 37; 46 ILR, s. 211. Ayrıca bkz., *Abu Dhabi* davası, 1 ICLQ, 1952, s. 247; 18 ILR, s. 44, ve *Texaco v. Libya* 53 ILR, s. 389.

<sup>157</sup> Ayrıca, yargı kararlarının yeniden incelenmesi hakkındaki genel ilke konusunu değerlendiren bir karar için bkz., the *Abyei Award of 22 July 2009*, Permanent Court of Arbitration, 401. paragraf ve 416. paragraf. Bir aktin uluslararası hukuka uygunluğunun, ancak o akit meydana geldiğinde yürürlükte olan bir kanuna atıfta belirlenebileceğine dair genel ilke konusunda bkz., *Germany v. Italy (Greece Interoening)*, ICJ Reports, 2012, ss. 99, 124. Ayrıca, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun hazırladığı Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlere İlişkin Devletlerin Sorumluluğu Konusundaki Maddeler’in 13. maddesine ve J. Crawford, *State Responsibility*, Cambridge, 2013, ss. 241 vd. bakınız.

### Hakkaniyet ve Uluslararası Hukuk<sup>158</sup>

Uluslararası hukuku güçlendirmek için iç hukuk sistemlerinin prosedürleri ve kurumlarına müracaat etmekten başka, birçok davada sistemin değerlerini oluşturan ilkeler serisi olarak hakkaniyete referans verildiğini görmek de mümkündür.<sup>159</sup> Bu bağlamdaki en ünlü karar, 1937 yılındaki Hollanda ve Belçika arasındaki bir anlaşmazlığa ilişkin *Diversion of Water from the Meuse* davasında<sup>160</sup> Hakim Hudson'un verdiği karardır. Hudson, hakkaniyet ilkeleri olarak görülen hususlara uzun bir dönemdir uluslararası hukukun bir unsuru olarak yaklaşıldığına ve bu ilkelerin mahkemeler tarafından uygulandığına işaret etmiştir. Hakim Hudson, 'sözleşmenin 38. maddesi doğrultusunda, eğer bu maddeden bağımsız değilse, mahkeme, uygulamak zorunda olduğu uluslararası hukukun bir unsuru olarak hakkaniyet ilkelerini göz önüne alma konusunda belli ölçüde özgürlüğe sahiptir' görüşünü ileri sürmüştür. Öte yandan, daha geniş bir çerçevede hakkaniyet ilkeleri hukukun gelişimi bağlamında kuralların katı bir şekilde uygulanması durumunda esnek olmayacak sistemde dinamik değişimler üreten yaratıcı bir unsur olarak görülebilirse de, bu hüküm yorumlanırken çok dikkatli olmak gerekir.<sup>161</sup>

Hakkaniyet konseptine<sup>162</sup> birkaç davada atıfta bulunulmuştur. 1968 yılında Hindistan ve Pakistan arasındaki *Rann of Kutch* tahkim davasında<sup>163</sup>, mahkeme hakkaniyetin uluslararası hukukun parçasını oluşturduğunu ve sonuç olarak tarafların davalarının savunulmasında bu tür ilkelere dayanabileceğini kabul etmiştir.<sup>164</sup> Uluslararası Adalet Divanı *North Sea Continental Shelf* davalarında taraflar – Batı Almanya, Hollanda ve Danimarka – arasında

<sup>158</sup> Bkz., M. Akehurst, 'Equity and General Principles of Law', 25 ICLQ, 1976, s. 801; B. Cheng, 'Justice and Equity in International Law', 8 *Current Legal Problems*, 1955, s. 185; V. Degan, *L'Equité et le Droit International*, Paris, 1970; C. de Visscher, *De l'Equité dans le Reglement Arbitral ou Judiciaire des Litiges de Droit International Public*, Paris, 1972; E. Lauterpacht, 'Equity, Evasion, Equivocation and Evolution in International Law', *Proceedings of the American Branch of the ILA*, 1977-8, s. 33, ve E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge, 1991, ss. 117-52; R. Y. Jennings, 'Equity and Equitable Principles', *Annuaire Suisse de Droit International*, 1986, s. 38; *Oppenheim's International Law*, s. 43; R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, 13. Bölüm; M. Miyoshi, *Considerations of Equity in the Settlement of Territorial and Boundary Disputes*, The Hague, 1993; S. Rosenne, 'Equitable Principles and the Compulsory Jurisdiction of International Tribunals', *Festschrift für Rudolf Bindstedler*, Berne, 1980, s. 410, ve Rosenne, 'The Position of the International Court of Justice on the Foundations of the Principle of Equity in International Law', *Forty Years International Court of Justice: Jurisdiction, Equality and Equity* (ed. A. Bloed ve P. Van Dijk), Dordrecht, 1988, s. 108; Pirote, 'La Notion d'Equité dans la Jurisprudence Recente de la CIJ', 77 *Revue Generale de Droit International Public*, 1973, s. 131; Chattopadhyay, 'Equity in International Law: Its Growth and Development', 5 *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1975, s. 381; R. Lapidot, 'Equity in International Law', 22 *Israel Law Review*, 1987, s. 161; Schachter, *International Law*, s. 49; A. V. Lowe, 'The Role of Equity in International Law', 12 *Australian YIL*, 1992, s. 54; P. Weil, 'L'Equité dans la Jurisprudence de la Cour International de Justice', Lowe ve Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, s. 121; Pellet, 'Article 38', s. 796; Thirlway, 'Law and Procedure of the ICJ (Part One)', s. 49, ve Thirlway, 'Supplement', s. 26. The *Jan Mayen (Denmark v. Norway)* davasında Hakim Weeramantry'nin hakkaniyet hakkındaki görüşü için bkz., ICJ Reports, 1993, ss. 38, 211; 99 ILR, ss. 395, 579. Ayrıca bkz., F. Francioni, 'Equity', *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* ve Thirlway, *Sources*, Bölüm IV (2).

<sup>159</sup> Hakkaniyet, genellikle hukukun belli bir alana uyarlanması ya da hukukun farklı yorumlarından birinin seçilmesi (*infra legem*), hukuktaki boşluğun doldurulması (*praetor legem*) ve adaletsiz kuralların uygulanmaması için bir sebep olarak (*contra legem*) anlaşılabilir. Bkz., Akehurst, 'Equity', ve Judge Weeramantry, *Jan Mayen* davası, ICJ Reports, 1993, ss. 38, 226-34; 99 ILR, ss. 395, 594-602.

<sup>160</sup> PCIJ, Series A/B, No. 70, ss. 73, 77; 8 AD, ss. 444, 450.

<sup>161</sup> Örneğin bkz., Hakim Weeramantry'nin *Jan Mayen (Denmark v. Norway)* davasındaki görüşü, ICJ Reports, 1993, ss. 38, 217; 99 ILR, ss. 395, 585. Ayrıca, Hakim Schwebel'in Ayrı Görüşü için bkz., ICJ Reports, 1993, s. 118; 99 ILR, s. 486.

<sup>162</sup> Uluslararası Adalet Divanı *Tunisia/Libya Continental Shelf* davasında 'bir hukuki konsept olarak hakkaniyetin adalet düşüncesinin doğrudan türevi' olduğunu belirtmiştir. Bkz., ICJ Reports, 1982, ss. 18, 60; 67 ILR, ss. 4, 53. Bununla birlikte, G. Abi-Saab'in Uluslararası Adalet Divanı'nın 'hakkaniyete kaçışı' şeklindeki değerlendirmesi için bkz., 'The ICJ as a World Court', Lowe ve Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, ss. 3, 11.

<sup>163</sup> 50 ILR, s. 2.

<sup>164</sup> A.g.e., s. 18.

karasularının sınırlarının çizilmesinin 'hakkaniyet ilkelerine uygun olarak' gerçekleştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>165</sup> Ayrıca *Barcelona Traction* davasında da hakkaniyet ilkelerinin konuyla ilgisi tartışılmıştır.<sup>166</sup> Bununla birlikte, Hakim Tanaka *South West Africa* davalarının İkinci Aşamasındaki Karşı Oy Görüşünde<sup>167</sup> daha geniş bir yorum getirmiş ve hakkaniyet konseptine insan hakları ideallerinin bir kaynağı olarak yaklaşmıştır.<sup>168</sup>

Öte yandan, burada sorunlu olan asıl konu, böyle bir yaklaşım gerektiren bir kural bağlamında hakkaniyet ilkelerinin kullanımınıdır. İlgili mahkemeler soyut adalet ilkelerini davalara uygulamazlar,<sup>169</sup> fakat daha ziyade hakkaniyet ilkelerini ve çözümleri uygulanabilir kurallardan çıkarırlar.<sup>170</sup> Uluslararası Adalet Divanı *Libya/Malta* davasında<sup>171</sup>, 'hakkaniyet ilkesinden doğan adalet bir soyut adalet değildir, hukuk devletine uygun bir adalettir, ki bu onun uygulamasının – her ne kadar daha genel uygulama ilkelerine de bakmak gerekecekse de - tutarlılık ve belli bir ölçüde öngörülebilirlik göstermesi gerektiği anlamına gelir' şeklinde görüş belirtmiştir.

Hakkaniyet ilkeleri, mahkemeler tarafından - hukuk kurallarının zararına davayı yeniden biçimlendirici niteliğe sahip bir yöntem olarak değil - açık haksızlıkları azaltmanın bir yolu olarak kullanılmıştır.<sup>172</sup> Bu yüzden onun hukukun ayrı ve farklı bir kaynağı olarak görülmesi en iyi olasılıkla son derece tartışmalıdır. Uluslararası Adalet Divanı'nın *Tunisia/Libya Continental Shelf* davasında<sup>173</sup> işaret ettiği gibi,

*“Divan, hakkaniyet ilkelerini uluslararası hukukun unsuru olarak uygulamakla ve hakkaniyetli bir sonuç ortaya koymak için davayla ilgili değişik değerlendirmeleri dengelemek ile yükümlüdür. Vakada her unsurun ağırlığına ilişkin katı kurallar olmamakla birlikte bu, takdir yetkisi ya da uzlaştırma yetkisinden veya adalet dağıtım işlemi olmaktan çok uzaktır.”*<sup>174</sup>

Bununla birlikte, hakkaniyet ilkelerinin kullanımı konusuna özellikle 1982 tarihli Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde işaret edilmiştir. Örneğin, 59. madde münhasır ekonomik bölgede sahil devletleri ile diğer devletler arasındaki ihtilaflarda bu ihtilafların "hakkaniyet temelinde" çözümlenmesi gerektiğine vurgu yapmıştır. 74. maddede sahil devletleri bitişik veya karşı karşıya bulunan devletler arasında münhasır ekonomik bölgenin sınırlarının çizilmesinin, hakkaniyetli bir çözüme ulaşmak amacıyla uluslararası hukuka uygun olarak

<sup>165</sup> ICJ Reports, 1969, ss. 3, 53; 41 ILR, ss. 29, 83. Davada hakkaniyet konseptinden, eşit mesafe yönteminin kullanılmasını dışlamak için yararlanıldı. A.g.e., ss. 48–50; 41 ILR, ss. 78–80.

<sup>166</sup> ICJ Reports, 1970, s. 3; 46 ILR, s. 178. Ayrıca bkz., *Burkina Faso v. Mali* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 554, 631–3; 80 ILR, ss. 459, 532–5.

<sup>167</sup> ICJ Reports, 1966, ss. 6, 294–9; 37 ILR, ss. 243, 455–9. Ayrıca bkz., *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, 1949, ss. 4, 22; 16 AD, s. 155.

<sup>168</sup> Ayrıca bkz., *AMCO v. Republic of Indonesia* 89 ILR, ss. 366, 522–3.

<sup>169</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ndeki 38 (2). madde uyarınca eğer taraflar anlaşır bir davada *ex aequo et bono* (hakkaniyet ve nispet kurallarına göre) karar verebilir, fakat bugüne kadar bu gerçekleşmemiştir. Örneğin bkz., Pellet, 'Article 38', p. 793.

<sup>170</sup> Bkz., the *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 47; 41 ILR, ss. 29, 76, ve the *Fisheries Jurisdiction* davaları, ICJ Reports, 1974, ss. 3, 33; 55 ILR, ss. 238, 268. Mahkeme tevzi-i adalet (adalet dağıtım) sorunu olamayacağı ilkesini *Libya/Malta* davasında yeniden teyit etmiştir. Bkz., ICJ Reports, 1985, ss. 13, 40; 81 ILR, ss. 238, 272.

<sup>171</sup> ICJ Reports, 1985, ss. 13, 39; 81 ILR, ss. 238, 271.

<sup>172</sup> Bkz., *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 49–50; 41 ILR, ss. 29, 78–80, ve *Anglo-French Continental Shelf* davası, Cmnd 7438, 1978, ss. 116–17; 54 ILR, ss. 6, 123–4. Ayrıca bkz., *Tunisia/Libya Continental Shelf* davası, ICJ Reports, 1982, ss. 18, 60; 67 ILR, ss. 4, 53, ve *Gulf of Maine* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 246, 313–14 ve 325–30; 71 ILR, ss. 74, 140–1 ve 152–7.

<sup>173</sup> ICJ Reports, 1982, ss. 18, 60; 67 ILR, ss. 4, 53.

<sup>174</sup> Genel olarak bkz., R. Y. Jennings, 'The Principles Governing Marine Boundaries', *Festschrift für Karl Doehring*, Berlin, 1989, s. 408, ve M. Bedjaoui, 'L"enigme" des "principes equitables" dans le Droit des Delimitations Maritimes', *Revista Española de Derecho Internacional*, 1990, s. 376.

anlaşma ile yapılacağı belirtilmiştir. 83. maddede de benzeri bir hüküm kıta sahanlığının sınırlarının çizilmesi konusunda söz konusudur.<sup>175</sup> Bu hükümler esnekliğe sahiptir; ki bu önemlidir, ancak belli ölçüde de muğlaktır. Tam olarak belli bir ihtilafın nasıl çözülebileceği, hangi yöntemin geçerli olacağı ve hangi ilkelerin kullanılacağı açık olmaktan çok uzaktır ve bu nedenle bir kararsızlık durumu ortaya çıkabilir.<sup>176</sup>

Uluslararası Akarsuların Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılması Sözleşmesi'nde (1997)<sup>177</sup> hakkaniyet kavramına büyük bir vurgu yapılmaktadır. Sözleşmenin 5. maddesi akarsu devletlerinin uluslararası bir akarsuyu hem kendi topraklarındaki kullanımında hem de genel olarak bu tür bir akarsunun kullanımı, gelişimi ve korunmasına katılımda bulunarak hakkaniyetli ve makul bir surette yararlanılmasını şart koşmaktadır.

Hakkaniyet konsepti belli bazı durumlarda denizler dışındaki sınırların çizilmesinde de kullanılabilir. Bir sınır çizgisinin neresi olduğuna dair bir kanıtın olmadığı durumlarda uluslararası mahkeme hakkaniyet konseptine başvurabilir. Örneğin, *Burkina Fas/Republic of Mali* davasında<sup>178</sup> Divan Soum gölüne ilişkin, 'Soum bir sınır gölüdür ve sınır hattının pozisyonu hakkındaki metinlerde herhangi bir netlik olmadığı için hat Soum gölünü hakkaniyet ölçülerine göre ayırmalıdır' hükmüne karar vermiştir. Divan'a göre, bu, gölü eşit olarak bölerek yapılabilirdi. Hakkaniyet özel durumların olmadığı yerlerde her zaman eşitlik anlamına gelmemekle birlikte eşitlik genellikle hakkaniyetin en iyi ifadesidir.<sup>179</sup> Divan ayrıca 'mevcut bir sınırı değiştirmek için hakkaniyet kavramına başvurmanın meşrulaştırılamayacağına' da vurgu yapmıştır.<sup>180</sup> Bir başka örneği Uluslararası Divan'ın 'maddi olmayan zararda tazminatın miktarının saptanmasının kesin olarak hakça mülahazalara dayanmakta' olduğunu ifade ettiği *Diallo* davası teşkil eder.<sup>181</sup>

Toplumsal değer yarguları olarak isimlendirilebilecek genelleşmiş ilkeler ve konseptler en geniş anlamda politik ve dolayısıyla da hukuki sistemlere şekil vermek ve onların içine işlemekle birlikte, bu ilke ve konseptlerin kendileri bağlayıcı hukuki kurallar olarak ortaya çıkmazlar. Bu durum, ancak uluslararası hukuk yapım mekanizmaları ve teknikleri sayesinde uluslararası toplum tarafından hukuki kurallar olarak kabul edilirlere gerçekleşebilir. Bununla beraber, 'insanlığın başlangıç ilkeleri' bu tür kuralların temelinde yatabilir ve onların varlığını en geniş anlamda meşrulaştırmaya yardım edebilir ve nitekim bu tür kuralların sistem içerisinde yer almasında ek bir katkı sağlanmasında değerli bir rol oynayabilir. Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı Nükleer Silahların Kullanımı ya da Kullanma Tehdidinin Hukuksallığı konusundaki İstisari Görüşü'nde<sup>182</sup> uluslararası insancıl hukuka ilişkin kurallar ve ilkelerin kalbinde 'insanlığın son derece önemli mülahazaları'nın yattığını vurgulamıştır.

<sup>175</sup> Ayrıca, açık deniz yatağındaki faaliyetler sonucu elde edilen parasal ve diğer menfaatlerin eşit paylaşımını öngören 140. maddeye bakınız.

<sup>176</sup> Bununla birlikte mahkeme *Cameroon v. Nigeria* davasında hukuk doktrininin; deniz sınırı anlaşmazlıklarında hakkaniyet ilkesinin sınır çiziminde esas alınacak bir yöntem olmadığını, ancak yalnızca sınır çiziminde akılda tutulması gereken bir amaç olduğunu gösterdiğini belirtti. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda 10. Bölüm.

<sup>177</sup> Bu sözleşme Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun taslak maddelerine dayanmıştır. Bkz., the Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Sixth Session, A/49/10, 1994, ss. 197, 218 vb.

<sup>178</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 554, 633; 80 ILR, ss. 459, 535.

<sup>179</sup> Ag.e.

<sup>180</sup> A.g.e. Ayrıca bkz., *El Salvador/Honduras* davası, ICJ Reports, 1992, ss. 351, 514–15, ve *Brcko* davası, 36 ILM, 1997, ss. 396, 427 vb. Bununla birlikte, *Brcko* davasında Tahkim Mahkemesi'nin 'ilgili hukuk ve hakkaniyet ilkelerini uygulamakla görevlendirildiği not edilmelidir. Bkz., The Article V of Annex 2 of the Dayton Accords, 1995, A.g.e., s. 400. Ayrıca bkz., J. M. Sorel, 'L'Arbitrage sur la Zona de Brcko Tragi-comedie en Trois Actes et un Epiloguea Suivre', *AFDI*, 1997, s. 253.

<sup>181</sup> ICJ Reports, 2012, ss. 324, 334.

<sup>182</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 226, 257, 262–3; 110 ILR, ss 163, 207, 212–13. Ayrıca bkz., *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, 1949, ss. 4, 22; 16 AD, s. 155. Ayrıca daha fazla bilgi için bkz., aşağıda 20. Bölüm.



YARGI KARARLARI<sup>183</sup>

Yargı kararları hukukun gerçek bir kaynağı olmaktan daha ziyade, 38. maddedeki ifadesiyle, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı bir araç olarak kullanılabilir, ancak bu kararlar çok büyük öneme sahip olabilirler. Uluslararası Adalet Divanı Sözleşmesi'nin 59. maddesinin de vurguladığı gibi, mahkeme kararları ancak uyumsuzluğun tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağlayıcıdır. Bununla beraber, mahkeme daha önceki içtihatları takip etmeye ve süreç içerisinde belli ölçüde kesinlik sağlamaya çalışır. Belli mahkemelerin kararlarını diğer mahkemelerin izlemek zorunda olduğuna ilişkin teamül hukuku olarak bilinen doktrin uluslararası hukukta geçerli olmamakla birlikte, uyumsuzluk durumundaki devletler ve hukuk yazarları Daimi Uluslararası Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı içtihatlarını geçerli kararlar olarak emsal göstermektedirler.

Uluslararası Adalet Divanı'nın kendisi de önceki kararlarını yakından inceleyecek ve ele alınan konuya uygulanmaması gerektiğini düşündüğü davaları dikkatlice incelenen vakadan ayıracaktır.<sup>184</sup> Ancak, tıpkı İngiliz hakimlerin ele alınan konuyu yorumlama sürecinde hukuk yapmaları gibi, Uluslararası Adalet Divanı hakimleri de bazen sadece 'belirlemekten' biraz daha fazla bir şey yaparlar. Bunun çok çarpıcı örneklerinden biri, *Anglo-Norwegian Fisheries* davasında<sup>185</sup> meydana gelmiştir. Divan karasularını ölçmede kullanılacak hat çizgilerinin onaylanması konusunda kriterler koymuştur, ki daha sonra 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nde bu kriterler sözleşme hükmüne dönüşmüştür.

Diğer örnekler arasında, belli bazı durumlarda uluslararası kuruluşların hukuki şahsiyetini tanıyan *Reparation* davası<sup>186</sup>, antlaşmalara yönelik çekincelerle ilgilenen *Genocide* davası<sup>187</sup> ve denizle ilgili sınır çizimine ilişkin çeşitli davalar ve vatandaşlığın özellikleri ve rolünü inceleyen *Nottebohm* davası<sup>188</sup> sayılabilir.<sup>189</sup>

Kuşkusuz ki, buradan Divan'ın bir kararının daha sonraki tartışmalarda ve hukuk yapımında değişmez biçimde kabul edileceği anlamı çıkmaz. Bunun bir örneği, daha sonra eleştirilecek ve Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri'nde terk edilecek olan *Lotus* davasındaki karardır.<sup>190</sup> Ancak mukayeseli olarak değerlendirildiğinde bunun nadiren görüldüğü ve Divan'ın uygulamasının ilgili içtihat hukukunu dikkatle incelemek olduğu ve ondan çok az ayrıldığı göze çarpmaktadır.<sup>191</sup> En azından, analizin başlangıç noktasını oluşturacaktır. Nitekim, bu yüzden Divan, örneğin, *Cameroon v. Nigeria* davasında 'gerçek mesele, bu davada, daha önceki davaların sonucu ve gerekçesini izlememenin bir sebebi olup olmadığıdır' yorumunu yapmıştır.<sup>192</sup>

<sup>183</sup> Örneğin bkz., Lauterpacht, *Development of International Law*; Waldock, 'General Course', ve Schwarzenberger, *International Law*, ss. 30 vb. Ayrıca bkz., Thirlway, 'Law and Procedure of the ICJ (Part Two)', ss. 3, 127, ve Thirlway, 'Supplement', s. 114; Pellet, 'Article 38', s. 854, ve P. Cahier, 'Le R' ole du Juge dans l' 'Elaboration du Droit International' *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (ed. J. Makerczyk), The Hague, 1996, s. 353. Ayrıca bkz. Thirlway, *Sources*, Bölüm V.

<sup>184</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., Shahabuddeen, *Precedent*.

<sup>185</sup> ICJ Reports, 1951, s. 116; 18 ILR, s. 86. Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 10. Bölüm.

<sup>186</sup> ICJ Reports, 1949, s. 174; 16 AD, s. 318. Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 22. Bölüm.

<sup>187</sup> ICJ Reports, 1951, s. 15; 18 ILR, s. 364.

<sup>188</sup> ICJ Reports, 1955, s. 4; 22 ILR, s. 349.

<sup>189</sup> Örneğin bkz., Thirlway, 'Supplement', s. 116, ve aşağıda 10. Bölüm.

<sup>190</sup> PCIJ, Series A, No. 10, 1927, s. 18; 4 AD, s. 5.

<sup>191</sup> Örneğin bkz., *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 93; *Liechtenstein v. Germany*, ICJ Reports, 2005, s. 6 ve *the Construction of a Wall Advisory Opinion*, ICJ Reports, 2004, ss. 135, 154-6; 129 ILR, ss. 37, 71-4.

<sup>192</sup> ICJ Reports, 1998, ss. 275, 292.

Daimi Uluslararası Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı'na ek olarak, "yargı kararları" ifadesi, ayrıca uluslararası tahkim kararları ve yerel mahkemelerin kararlarını da ihtiva etmektedir. Bugüne kadar birçok uluslararası tahkim mahkemeleri mevcut olmuştur. Bunlardan biri 1899 ve 1907 Lahey Konferansları sonrası kurulan Daimi Hakemlik Mahkemesi'dir. Ayrıca İran-ABD Talepler Mahkemesi gibi birçok muhtelif-talepler mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemeler bazı yönleriyle uluslararası mahkemelerden farklılık arz etmesine rağmen, onların birçok kararı uluslararası hukukun gelişmesinde son derece önemli olmuştur. Bu durum Birleşmiş Milletler tarafından 1948'den buyana yayınlanan Uluslararası Hakemlik Kararları Raporları'nın sayısında da açığa çıkmaktadır. Önde gelen bir örnek, uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl çözümünde yeni bir dönemin açılmasına damgasını vuran *Alabama Claims* hakemliğidir.<sup>193</sup> Bu tahkimde, artan kullanım, çatışmaların çözümündeki yargı ve hakemlik yöntemleri olarak kabul edilmiştir. Dava, Birleşik Krallık'a bağlı Merseyside'da inşa edilmiş ve Konfedere Devletler'in şartnamesine tabi olan *Alabama* adındaki bir gemi hakkındadır. Konfedere Devletler, Amerikan İç Savaşı sırasında Birleşik Devletler'e ait yaklaşık yetmiş federal gemiyi ele geçirmeyi başarmıştı, ancak savaştan sonra Birleşik Devletler *Alabama* ve diğer gemilerin hasarları için şartname doğrultusunda Birleşik Krallık'tan tazminat talep etmiş ve bu talep mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Karara göre Birleşik Krallık tarafsızlık kurallarını ihlal etmiştir ve bu nedenle Birleşik Devletler'e zararları ödemekle yükümlü olmuştur. Hakem kararlarının etkisini gösteren diğer bir örnek *Island of Palmas* davasıdır.<sup>194</sup> Bu dava ülkesel egemenlik konusunun ne denli önemli olduğunu kanıtlamıştır (dava 10. Bölümde ayrıntılı olarak tartışılacaktır). Ayrıca, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin oluşturduğu içtihat hukukunun giderek artan önemi de not edilmelidir.<sup>195</sup> Sonuç olarak uluslararası mahkemelerin birbirlerinin kararlarını bazen destek amaçlı<sup>196</sup> bazen de farklılığın altını çizmek için<sup>197</sup> aktarmaları nadir görülen bir durum değildir.

Daha önce de değinildiği üzere, ulusal mahkemelerin kararları<sup>198</sup> bir teamül kuralının varlığını gösterebilir. Onlar devletlerin fiili uygulamasının kanıtını da oluşturabilir. Bu fiili uygulama, devletlerin gerçekte nasıl davrandığının örneklerini, ya da diğer bir deyişle, teamül hukukunun bir kuralının ortaya çıkmasında çok gerekli olan maddi fiilin özünü sunar.<sup>199</sup> Özellikle İngiliz ve Amerikalı yazarlar ulusal mahkemelerin kararlarına yaygın olarak atıfta bulunma eğilimi göstermektedirler.

Ayrıca, son olarak, sınır anlaşmazlıkları gibi alanlarda uluslararası hukuk kurallarının gelişimi ile ilgili olarak, İsviçre ve ABD gibi federal devletlerin yüksek mahkemeleri tarafından bu tür ülkelerde organlar arasındaki çatışmaların çözümüne dair verilen kararlara işaret edilebilir. ABD'de Yüksek Mahkeme tarafından çözüme kavuşturulan iki federe devlet arasındaki sınır anlaşmazlığı, birçok açıdan Uluslararası Adalet Divanı'nın iki bağımsız devlet arasındaki

<sup>193</sup> J. B. Moore, *International Arbitrations*, New York, 1898, Cilt: 1, s. 653.

<sup>194</sup> 2 RIAA, s. 829; 4 AD, s. 3. Ayrıca bkz., the *Beagle Channel* decision, HMSO, 1977; 52 ILR, s. 93, ve *Anglo-French Continental Shelf* davası, Cmnd 7438, 1978; 54 ILR, s. 6. 22 Temmuz 2009'da Sudan hükümeti ve o zamanın Sudan'ın güney vilayeti hakkındaki *Abyei* kararını da not ediniz.

<sup>195</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>196</sup> Örneğin bkz., the *Saiga* (No. 2) davasında (International Tribunal for the Law of the Sea, judgment of 1 July 1999, 133-134. paragraf; 120 ILR, s. 143) the *Gabcikovo-Nagymaros* davasına verilen referanslar (ICJ Reports, 1997, s. 7). Ayrıca bkz., the *Diallo* davası, ICJ Reports, 2010, ss. 582, 606 vd.

<sup>197</sup> Örneğin, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Tadic* davasının kararında (IT-94-1-A, 115. paragraf, 124 ILR, s. 61) paramiliter birimler konusunda devlet sorumluluğuna ilişkin Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nicaragua* davasında benimsediği yaklaşımı (ICJ Reports, 1986, s. 14) kabul etmediğini ifade eden görüşler bu duruma bir örnektir. Ancak Uluslararası Adalet Divanı *Genocide Convention* (*Bosnia v. Serbia*) davasında bu yaklaşımını yeniden teyit etmiştir. Bkz., ICJ Reports, 2007, ss. 43, 209 vd.

<sup>198</sup> Örneğin bkz., *Thirty Hogsheads of Sugar, Bentzon v. Boyle* 9 Cranch 191 (1815); the *Paquete Habana* 175 US 677 (1900) ve the *Scotia* 14 Wallace 170 (1871). Ayrıca bkz., *Lotus* davası, PCIJ, Series A, No. 10, 1927, s. 18; 4 AD, s. 153. Devlet ve diplomatik dokunulmazlıklar alanlarındaki başka örnekler için bkz., aşağıda 12. Bölüm.

<sup>199</sup> Örneğin bkz., *Congo v. Belgium*, ICJ Reports, 2002, ss. 3, 24; 128 ILR, ss. 60, 80.

bir sınır anlaşmazlığı ile benzerlik gösterebilir ve böylece uluslararası hukuk için değerli bir malzeme sunabilir.<sup>200</sup>

## YAZARLAR<sup>201</sup>

38. madde hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı bir araç olarak, 'çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini' içermektedir.

Tarihi olarak, uluslararası hukukun gelişimi üzerinde akademik yazarların etkisinin olduğu kuşku götürmez. Doğal Hukuk'un altın çağında hayati derece önemli olan, hukuki görüşler ve analizlerdi; devlet uygulaması ve mahkeme kararları ise daha az değere sahiptir. Gentili, Grotius, Pufendorf, Bynkershoek ve Vattel gibi yazarlar 16. ile 18. yüzyıllar arasında üst otoritelerdi ve uluslararası hukukun alanı, yöntemi ve içeriğini belirlemişlerdir.<sup>202</sup>

Pozitivizmin yükselişi ve sonrasında devlet egemenliği üzerindeki vurgu ile beraber, antlaşmalar ve teamül uluslararası sistemin kurallarının izahında hakim pozisyona geçmiş ve hukuki makalelerin önemi azalmaya başlamıştır. Bu yüzden günümüzde hukuk kitapları fiili kuralların kaynağı ya da membaı olmaktan ziyade herhangi bir konu hakkında hukukun ne olduğunu öğrenmek amacıyla kullanılmaktadır. Hala Deniz Hukuku konusunda Gidel örneğinde olduğu gibi bazı kuralların gelişiminde etkili olmuş kimi yazarlar vardır<sup>203</sup>, ya da Oppenheim ve Rousseau gibi yazarların uluslararası hukuk konusundaki çalışmalarına neredeyse klasikler olarak atıfta bulunulmaya devam edilmektedir, ancak hukuk yazarlarının genel etkisi bir ölçüde düşüş göstermiştir.

Öte yandan, uluslararası hukukun yapısı ve formunun tanzim edilmesi ve hukuk kurallarının içeriği, tarihi ve uygulamasının izahı açısından hukuk kitapları önemlidir. Ayrıca, akademik makaleler de sistem içerisinde varolan noksanlıklara işaret etme ve geleceğe ilişkin önerilerde bulunma kadar uluslararası hukukun değerleri ve amaçları hakkında düşünce üretimini teşvik etmede de önemli bir role sahiptir.

Uluslararası hukuk sisteminde üst otoritelerin ya da kuruluşların olmayışı nedeniyle, kuralların doğrultusu ve amaçlarını sorgulamak kadar belli bir konu ile uyumlu yeni bir unsuru hukuka katmak açısından da çeşitli ulusların hukuk yazarlarına büyük bir sorumluluk düşmektedir.

Devletler iddialarını ortaya koyarken, resmi hukuk görevlileri hükümetlerine görüşlerini ifade ederken, çeşitli uluslararası yargı ve tahkim organları kararlarını verirken ve ihtiyaç hasıl olduğunda ulusal mahkemelerin hakimleri hüküm belirtirken, önde gelen hukuki otoritelerin makalelerine ve değerlendirmelerine başvururlar ve atıfta bulunurlar.

Kuşkusuz ki, hukuk kitaplarının yazarlarının sadece kendi ulusal önyargılarını yansıttığı iddiasında bulunulabilirse de<sup>204</sup>, bu abartılı bir yaklaşımdır. Bu görüş hukuk yazarlarının

<sup>200</sup> Örneğin bkz., *Vermont v. New Hampshire* 289 US 593 (1933) ve *Iowa v. Illinois* 147 US 1 (1893).

<sup>201</sup> Örneğin bkz., Parry, *British Digest*, ss. 103–5 ve Lauterpacht, *Development of International Law*, ss. 23–5. Ayrıca bkz., R. Y. Jennings, 'International Lawyers and the Progressive Development of International Law', Makerczyk, *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, 1996, s. 325; Pellet, 'Article 38', s. 868; M. Peil, 'Scholarly Writings as a Source of Law; A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice', *1 Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, s. 136; M. Wood, 'Teachings of the Most Highly Qualified Publicists', *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*; Thirlway, *Sources*, s. 126 ve d'Aspremont, *Formalism*, s. 209.

<sup>202</sup> Bkz., yukarıda 1. Bölüm.

<sup>203</sup> *Droit International Public de la Mer*, Chateauroux, 3 Cilt, 1932–4.

<sup>204</sup> Örneğin bkz., *Spanish Zone of Morocco* davasında Huber, 2 RIAA, ss. 615, 640; 2 AD, ss. 157, 164. Ayrıca bkz., Carty, *Decay of International Law?*, ss. 128–31.

değerinin yok sayılmasına yol açmamalı, ancak bizleri daha ziyade yazarları kendi özel çevreleri içerisinde doğru olarak değerlendirmeye götürmelidir.

## ULUSLARARASI HUKUKUN DİĞER OLASI KAYNAKLARI

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nde anılan, hukukun çeşitli kaynaklarına ilişkin bir değerlendirme yapılırsa, hukukun gerçek kaynakları ile kuralların varlığını kanıtlayan araçlar ve uygulamalar arasında bir ayrıma işaret edilebilir. Hukukun gerçek kaynakları; hukuk yapan antlaşmalar, teamül hukuku ve Uluslararası Adalet Divanı'nın çoğu kararı (yalnızca hukuku belirleme ya da izah etme kategorisi ile sınırlanamayacağı için) gibi yeni kurallar koyabilme kapasitesine sahip araçlardır. Diğer yanda ise hukuki değerlendirmeler ve makaleler, çoğu "sözleşme" antlaşmalar (*treaty-contracts*) ile uluslararası ve ulusal düzeydeki bazı yargı kararları gibi enstrümanlar bulunur. Gerçekte, her kaynak belli ölçüde hem yeni bir kural ortaya koyma hem de mevcut bir kuralı belirleme kapasitesine sahiptir. Bu kısmen uluslararası hukukun tertipsiz durumundan ve kısmen de 38. maddedeki ifadelerden kaynaklanmaktadır.

Benzeri bir karışıklık, uluslararası hukuk alanında İkinci Dünya Savaşı'nın sonuçlanmasından bu yana ortaya çıkan çeşitli yöntemlere ilişkin bir tartışma bağlamında, hukuk yapımı (*law-making*), hukuk belirlenmesi (*law-determining*) ve hukuk kanıtlanması (*law-evidencing*) ifadeleri arasında da görülebilir. Dünya sisteminde Avrupa etkisinin azalması ve Üçüncü Dünya devletlerinin öneminin artışına koşut olarak öne çıkan konuların en başında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararları ve deklarasyonlarının itibarı sorunu gelmektedir.<sup>205</sup>

BM'nin tüm üyelerini bağlayan BM Sözleşmesi'nin 24. ve 25. maddeleri uyarınca karar alma ehliyetine sahip olan BM Güvenlik Konseyi'nden farklı olarak<sup>206</sup>, Genel Kurul'un kararları genelde hukuki olarak bağlayıcı değildir ve yalnızca tavsiye kabilinden çoğunluk desteği ile çeşitli konularda ortaya konulan görüşler niteliğine sahiptir.<sup>207</sup> Bu klasik bir pozisyonudur ve Güvenlik Konseyi bağlayıcı kararlar alabileceksen Genel Kurul'un temelde parlamenter bir danışma organı olması niyetini yansıtmaktadır.

Günümüzde durum bir ölçüde daha karmaşıktır. Genel Kurul çok sayıda hayli önemli kararlar almakta ve deklarasyonlar yayınlamaktadır ve bu durumun modern uluslararası hukuk tarafından benimsenen doğrultu yönünde belli bir etkisinin olması kaçınılmazdır. Devletlerin Genel Kurul'da ne yönde oy verdikleri ve bu tür durumlarda yaptıkları açıklamalar, devlet uygulamasının kanıtını ve hukuka ilişkin devlet anlayışını ortaya koymaktadır. Belli bir devletin ısrarlı olarak, örneğin, apartheid rejiminin kaldırılması lehinde oy vermesi durumunda o devlet daha sonra ırk ayrımını mahkum eden bir teamülün varlığını reddedemez ve hatta bu teamül o devlet için bağlayıcı bir teamül kuralına dönüşebilir.

<sup>205</sup> Örneğin bkz., O. Y. Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, The Hague, 1966; D. Johnson, 'The Effect of Resolutions of the General Assembly of the United Nations', 32 BYIL, 1955-6, s. 97; J. Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, New York, 1969, ve R. A. Falk, 'On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly', 60 AJIL, 1966, s. 782. Ayrıca bkz., A. Cassese, *International Law in a Divided World*, London, 1986, ss. 192-5; M. Virally, 'La Valeur Juridique des Recommendations des Organisations Internationales', AFDI, 1956, s. 69; B. Sloan, 'The Binding Force of a Recommendation of the General Assembly of the United Nations', 25 BYIL, 1948, s. 1, ve Sloan, 'General Assembly Resolutions Revisited (40 Years After)', 58 BYIL, 1987, s. 39; Thirlway, 'Law and Procedure of the ICJ (Part One)', s. 6; O. Schachter, 'United Nations Law', 88 AJIL, 1994, s. 1; A. Pellet, 'La Formation du Droit International dans le Cadre des Nations Unies', 6 EJIL, 1995, s. 401, ve Pellet, 'Article 38', s. 771; ve S. Schwebel, 'United Nations Resolutions, Recent Arbitral Awards and Customary International Law', *Realism in Law-Making* (ed. M. Bos ve H. Siblescu), Dordrecht, 1986, s. 203. Ayrıca, Hakim Weeramantry'nin *the East Timor* davasındaki Karşı Oy Görüşü için bkz., ICJ Reports, 1995, ss. 90, 185; 105 ILR, ss. 226, 326.

<sup>206</sup> Örneğin bkz., *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, ss. 16, 54; 49 ILR, s. 29 ve *Lockerbie* davası, ICJ Reports, 1992, ss. 3, 15; 94 ILR, s. 478. Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 21. Bölüm.

<sup>207</sup> BM Sözleşmesi'nin 17. maddesi gibi daha ziyade yönetsel içeriğe sahip olan bazı kararlar bağlayıcıdır.

Divan *Nicaragua* davasında *opinio juris* (psikolojik unsur) gerekliliğinin bir Genel Kurul kararının benimsenmesi ve uygulanmasına ilişkin durumlardan çıkarılabileceği görüşünü açıklamıştır. Divan'ın şu ifadeyi kullanmıştır.<sup>208</sup>

“*Opinio juris, tüm ihtiyat payı bırakılarak, inter alia (diğer hususların yanı sıra) tarafların tutumlarından (bu davada ABD ve Nikaragua) ve devletlerin belli bazı Genel Kurul kararlarına ve özellikle de 2625 (XXV) sayılı ‘BM Sözleşmesi Doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine Dair Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusundaki Deklarasyon’ başlıklı karara yönelik tutumlarından çıkarılabilir.*”

Bunun gibi bir karara rıza göstermenin etkisi ‘karar tarafından ifade edilmiş kural ya da kuralların geçerliliğinin kabulü olarak anlaşılabilir’.<sup>209</sup> Ancak, bu yorum yalnızca sözkonusu kararın mevcut bir antlaşma (burada BM Sözleşmesi) taahhütünü tanımladığı ya da izah ettiği duruma yönelik olarak yapılabilir.

Devletlerin büyük çoğunluğunun mütemadiyen belli bir konuda kararlar ya da deklarasyonlar için oy kullandığı durumlarda bu devlet uygulaması anlamına gelir ve buradan - zaruri olan *opinio juris* kanıtlanabildiği takdirde - bağlayıcı bir kural ortaya çıkabilir. Örneğin, 1960 tarihli Sömürge Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Tanınması Hakkındaki Deklarasyon muhalefet olmaksızın yalnızca 9 çekimser oy ile benimsenmiştir ve bu deklarasyonu geride kalan sömürgeçler için self-determinasyon çağrısı ve sömürgecilik aleyhinde spesifik ifadeler içeren kararlar takip etmiştir. Bu anlamıyla 1960 Deklarasyonu, self-determinasyon konseptinin politik ve ahlaki bir ilkedan hukuki bir hakka ve müteakiben de yükümlülüğe (özellikle de 1970 tarihli Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkındaki Deklarasyon ile birlikte ele alındığında) dönüştürülmesine yol açmıştır.<sup>210</sup>

1963 tarihli Uzak’ın Araştırılması ve Kullanımı Konusunda Devletlerin Faaliyetlerini Belirleyen Hukuki İlkeler Hakkında Deklarasyon gibi bildireler teamül hukukunun bağlayıcı bir kuralına yol açan devlet uygulamalarının örnekleri olarak görülebilir. Devlet uygulaması teşkil etmesinin yanı sıra, bu tür kararların bir *opinio juris*’in (ki onuz bir teamül ortaya çıkamaz) varlığı ya da bir *opinio juris*’e doğru evrimleşmenin kanıtı olarak kullanılması mümkün olabilir. Ayrıca, kararlar duruma göre Genel Kurul tarafından BM Sözleşmesi’nin çeşitli ilkelerinin geçerli yorumları olarak anlaşılabilir.<sup>211</sup>

Dolayısıyla, bu tür kararlar bir devlet uygulamasının yasalaşma sürecini hızlandırabilir ve böylece teamül hukukunun modern yaşam koşullarına daha hızlı adaptasyonunu sağlayabilir. Genel Kurul’da dünyadaki devletlerin neredeyse tümünün temsilcilerinin

<sup>208</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 14, 99–100; 76 ILR, ss. 349, 433–4.

<sup>209</sup> ICJ Reports, 1986, s. 100; 76 ILR, s. 434.

<sup>210</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 5. Bölüm.

<sup>211</sup> Örneğin bkz., O. Schachter, ‘Interpretation of the Charter in the Political Organs of the United Nations’, *Law, States and International Order*, 1964, s. 269; R. Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963, ve M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986, 2. Bölüm. Özel Raportör Taslak Sonuç 12’de şunu önermiştir: ‘1. Uluslararası bir örgüt yada hükümetlerarası bir konferans tarafından kabul edilen karar tek başına bir uluslararası teamül hukuku kuralı oluşturamaz. 2. Uluslararası bir örgüt yada hükümetlerarası bir konferans tarafından kabul edilen karar bir uluslararası teamül hukuku kuralının var olduğuna ve içeriğinin ispatına delil teşkil edebilir yada onun gelişimine katkı yapabilir. 3. Uluslararası bir örgüt yada hükümetlerarası bir konferans tarafından kabul edilen karardaki bir hüküm, bu hükmün inşa etmesi halinde bir uluslararası teamül hukuku kuralını yansıtabilir’. Uluslararası Teamül Hukukunun Saptanmasına İlişkin UHK Yazım Komitesi tarafından geçici olarak kabul edilen Taslak Sonuçlar , A/CN.4/L.869 (2015). 2016’da 1. fıkradaki ‘oluşturamaz’ yerine ‘oluşturamaz’ ve 2. fıkradaki ‘inşa etmesi’ yerine ‘karar vermesi’ sözcüklerinin konulması ve ‘yada onun gelişimine katkı yapabilir’ ibaresinin çıkarılması önerilmiştir, A/CN.4/695, s. 22.

varlığı, hem genel politik bağlamda ve hem de bağlayıcı bir teamüle yol açabilecek ya da açamayacak bir devlet uygulamasının ortaya konulması açısından bu organın değerini son derece artırmaktadır. Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nicaragua* davasında<sup>212</sup> belirttiği gibi, 'devletler tarafından kabul edilen bazı Genel Kurul deklarasyonlarının lafzı, uluslararası teamül hukukunun bir konusu olarak güç kullanımının yasaklanması ilkesinin onaylanmasını kesin olarak göstermektedir.' Divan'ın konuyu *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davasındaki İstisari Görüşü'nde şu şekilde ortaya koymuştur:<sup>213</sup>

*"Divan, Genel Kurul kararlarının – bağlayıcı olmasalar bile – bazen normatif değere sahip olabileceklerini belirtmektedir. Onlar belli bazı durumlarda bir kuralın varlığının ya da bir opinio juris'in ortaya çıkışının gösterilebilmesi için önemli olan kanıtı sunar. Bunun bir Genel Kurul kararı için vaki olup olmadığını anlamak için onun içeriğine ve kabul edilme koşullarına bakmak gerekir; ayrıca onun normatif karakterine ilişkin bir opinio juris'in olup olmadığını da görmek gerekir. Ya da bir dizi karar yeni bir kuralın ortaya çıkması için zaruri olan opinio juris'in tedrici erimini gösterebilir."*

Bu davada mahkeme nükleer silahların hukukiliğine ilişkin bir dizi Genel Kurul kararını incelemiş ve onların bazılarının önemli miktarda olumsuz ve çekimser oylarla kabul edildiğini belirtmiştir. Ayrıca bu tür kararların odak noktasının daima sabit olmadığını da işaret etmiştir. Bu yüzden Divan bu kararların nükleer silahların gayri hukukiliği konusunda bir *opinio juris*'in varlığını ortaya koyma açısından yetersiz kaldığı sonucuna varmıştır.<sup>214</sup>

Bununla birlikte, Genel Kurul'dan çıkan herşeye hukuki bir değer atfetme noktasında tehlikelerin farkında olmak gerekir. Kararlar çoğu zaman politik uzlaşmaların ve düzenlemelerin sonuçlarıdır ve asla bağlayıcı kurallar ortaya koymak niyetiyle kabul edilmemişlerdir. Bir uygulamadan yola çıkarak hukuk kurallarının belirlenmesine doğru bir çaba sergilemede büyük bir itina gösterilmek zorundadır.

Diğer uluslararası örgütlerin uygulaması göz önüne alınacak olursa<sup>215</sup>, aynı yaklaşım - ancak kesinlikle bir nebze daha ihtiyatla - benimsenebilir. Kararlar mevcut bir teamülü gösterebilir ya da bir teamülün doğuşuna yol açabilecek bir uygulamayı ortaya koyabilir ve *opinio juris* gerekliliği benzeri şekilde o sıradaki mevcut koşullardan doğabilir ki bu noktada çok özen göstermek gerekir.<sup>216</sup>

Bazen, daha genel olarak, bağlayıcı olmayan enstrümanların ya da belgelerin veya antlaşmalardaki bağlayıcı olmayan hükümlerin "esnek hukuk" (yumuşak hukuk) (*soft law*) olarak isimlendirilebilecek özel bir kategori oluşturduğu tartışılmaktadır. Bu terminoloji ile söz konusu enstrüman ya da hükmün kendisinin 'hukuk' olmadığı, ancak uluslararası hukukun gelişiminin genel çerçevesi içerisindeki öneminin ona özel bir dikkat gösterilmesini gerekli kıldığı

<sup>212</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 14, 102; 76 ILR, ss. 349, 436.

<sup>213</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 226, 254-5; 110 ILR, ss. 163, 204-5.

<sup>214</sup> A.g.e., s. 255; 110 ILR, s. 205.

<sup>215</sup> Bu bağlamda diğer uluslararası organizasyonlara ilişkin genel olarak bkz., A. J. P. Tammes, 'Decisions of International Organs as a Source of International Law', 94 HR, 1958, s. 265; Virally, 'La Valeur Juridique', s. 66, ve H. Thierry, 'Les Resolutions des Organes Internationaux dans la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice', 167 HR, 1980, s. 385.

<sup>216</sup> Bkz., *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 100-2; 76 ILR, ss. 349, 434-6.

kasdedilmektedir.<sup>217</sup> “Esnek hukuk” bir hukuk değildir. Bunun vurgulanmaya ihtiyacı vardır, ancak örneğin bir belgenin uluslararası politikada bir etki gösterebilmesinden önce bağlayıcı bir antlaşma tesis etmesi gerekmez. 1975 Helsinki Nihai Senedi bunun en bariz örneğidir. Bu bağlayıcı bir anlaşma değildi, ancak onun uluslararası insan haklarının rolü ve öneminin vurgulanması hususunda Orta ve Doğu Avrupa’da etkisi kelimelere dökülemeyecek boyuttaydı.<sup>218</sup> Uluslararası hukukun bazı alanları diğerlerine kıyasla, önemli fakat bağlayıcı olmayan enstrümanların üretimi anlamında daha fazla ‘esnek hukuk’ üretmiştir. Bu bağlamda özellikle uluslararası ekonomi hukuku<sup>219</sup> ve uluslararası çevre hukuku<sup>220</sup> zikredilebilir. Bu tür belgelerin kullanımı; bu belgeler tavsiye kararları, talimatnameler, nizamnameler ya da standartlar gibi hangi terimle ifade edilirse edilsin, nihai olarak bağlayıcı hukuki kurallara dönüşme ihtimali olan yönergelerin ortaya konulmasını ve gelişimini işaret etmesi yönüyle önemlidir. Bu, gerekli koşullar sağlandığı takdirde, ya bağlayıcı bir antlaşma biçimine dönüşme ya da bir teamül kuralı olarak kabul edilme yoluyla gerçekleşebilir. ‘Esnek hukuk’ önerileri önemli ve etkilidir, ancak kendiliğinden hukuk normları oluşturmazlar. Birçok durumda devletlerin birbirleriyle ya da uluslararası örgütler aracılığıyla, bağlayıcı olması niyetlenilmeyen ve bu nedenle biçimsel hukuki uygulamaya tabi olan, ancak belli bir yönde hareket etmeye yönelik politik bir niyeti yansıtan anlaşmalara varması avantajlı olabilir. Bu tür anlaşmalar daha esnek, sonuca varması daha kolay ve ülke içi nedenlerle kabul edilmesi daha zahmetsiz olabilir.

ABD Dışişleri Bakanlığı’nın devletler arası bağlayıcı olmayan uluslararası anlaşmalara ilişkin bir raporunda şu ifadelerle yer verilmiştir:<sup>221</sup>

*“Uluslararası uygulamada uzun bir süredir devletlerin hukuki yükümlülükler ortaya çıkarmayan ortak politika ve niyet açıklamalarında bulunulması hususunda anlaşmaya varabileceği kabul edilmektedir. Bu, geçtiğimiz on yılda, diplomatik görüş alışverişinin sonuçlarının ilan edilmesi, politika konularında ortak pozisyonların açıklanması, karşılıklı çıkarların olduğu hususlarda niyetlenen yol haritasının tescil edilmesi ya da karşılıklı politik taahhütte bulunulması konularında yaygın bir araç oldu. Bu belgelere bazen bağlayıcı olmayan anlaşmalar, centilmenlik anlaşmaları, ortak açıklamalar ya da deklarasyonlar olarak atıfta bulunulur.”*

Böyle durumlarda belirleyici olan söz konusu belgeye verilen isim değil, mevcut konu hakkında kendileri arasında bağlayıcı hukuki ilişkiler tesis etmeyi amaçlayıp amaçlamadıklarına dair ilgili tüm durumlardan çıkarsanan tarafların niyetleridir.

<sup>217</sup> Örneğin bkz., Boyle ve Chinkin, *The Making of International Law*, ss. 211 vb.; Pellet, ‘Article 38’, s. 772; H. Hillgenberg, ‘A Fresh Look at Soft Law’, 10 *EJIL*, 1999, s. 499; M. Bothe, ‘Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations’, 11 *Netherlands YIL*, 1980, s. 65; I. Seidl-Hohenveldern, ‘International Economic Soft Law’, 163 *HR*, 1980, s. 164, ve Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, 2. Baskı, Dordrecht, 1992, s. 42; J. Gold, ‘Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements’, 77 *AJIL*, 1983, s. 443; *PASIL*, 1988, s. 371; G. J. H. Van Hoof, *Re-thinking the Sources of International Law*, Deventer, 1983, s. 187; C. M. Chinkin, ‘The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law’, 38 *ICLQ*, 1989, s. 850; L. Henkin, *International Law, Politics and Values*, Dordrecht, 1995, ss. 94 ve 192; W. M. Reisman, ‘The Concept and Functions of Soft Law in International Politics’ *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias* (ed. E. G. Bello ve B. Ajibola), Dordrecht, 1992, Cilt: 1, s. 135; A. E. Boyle, ‘Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law’, 48 *ICLQ*, 1999, s. 901; F. Francioni, ‘International “Soft Law”: A Contemporary Assessment’, Lowe ve Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, s. 167, ve *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* (ed. D. Shelton), Oxford, 2000.

<sup>218</sup> Örneğin *Nicaragua* davasında bu senede yapılan referans için bkz., ICJ Reports, 1986, ss. 3, 100; 76 *ILR*, ss. 349, 434.

<sup>219</sup> Örneğin bkz., Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, ss. 42 vb.

<sup>220</sup> Örneğin bkz., P. Birnie ve A. Boyle, *International Law and the Environment*, 2. Baskı, Oxford, 2002, ss. 24 vd.

<sup>221</sup> Memorandum of the Assistant Legal Adviser for Treaty Affairs, US State Department (88 *AJIL*, 1994, ss. 515 vd. den aktarılmıştır). Ayrıca bkz., A. Aust, ‘The Theory and Practice of Informal International Instruments’, 35 *ICLQ*, 1984, s. 787; O. Schachter, ‘The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements’, 71 *AJIL*, 1977, s. 296; McNair, *The Law of Treaties*, s. 6, ve A. T. Guzman, ‘The Design of International Agreements’, 16 *EJIL*, 2005, s. 579.

### Uluslararası Hukuk Komisyonu

Uluslararası Hukuk Komisyonu 1947 yılında Genel Kurul tarafından uluslararası hukukun tedrici gelişimi ve kodifikasyonunu teşvik etmek amacıyla kurulmuştur.<sup>222</sup> Komisyon Afrika, Asya, Amerika ve Avrupa'daki ulusal hükümetler tarafından verilen listedeki isimler arasından seçilen ve beş yıl boyunca görevde kalan 34 üyeden oluşmaktadır. Komisyona mütalaalarında Asya-Afrika Hukuki Danışma Kurulu, Hukuki İşbirliği Konusunda Avrupa Komisyonu ve Amerika Kıtası Hukukçular Konseyi gibi çeşitli harici organlar danışmanlık yaparak yardımcı olmaktadır.<sup>223</sup>

En önemli uluslararası sözleşmelerin çoğu Komisyon'un çalışmalarından doğmuştur. Uluslararası Hukuk Komisyonu bir konu belirlendikten sonra konuya ilişkin bir taslak hazırlar. Bu taslak yorumda bulunmaları için çeşitli devletlere sunulur ve bunu genellikle Birleşmiş Milletler tarafından toplanan bir uluslararası konferans izler. Sonuçta bir antlaşma ortaya çıkar. Bu prosedür, 1958 Deniz Hukuku, 1961 Diplomatik İlişkiler, 1963 Konsolosluk İlişkileri, 1969 Özel Misyonlar ve 1969 Antlaşmalar Hukuku gibi uluslararası sözleşmelerde takip edilmiştir. Kuşkusuz ki, bu süreç her zaman aynı kolaylıkla işlemez. Örneğin Deniz Hukuku hakkında yeni bir sözleşme üretmek için 1974'de Karakas ve 1975 ve 1982 yılları arası da Cenevre ve New York'da birçok konferans düzenlenmiştir.

Bu tür taslaklar hazırlamaktan başka, Uluslararası Hukuk Komisyonu ayrıca raporlar ve çalışmalar da yayımlar. Komisyon, 1949 tarihli Devletlerin Hakları ve Yükümlülükleri Hakkında Taslak Deklarasyon ve 1950 tarihli Nürnberg Mahkemesi Sözleşmesi'nde ve Mahkeme'nin Kararında Kabul Edilen Uluslararası Hukuk gibi belgeler kaleme almıştır. Komisyon 1991'de yargı dokunulmazlıkları sorunları hakkında bir dizi taslak madde, 1994'de bir uluslararası ceza mahkemesi için taslak bir tüzük ve 2001'de devlet sorumluluğu hakkında bir dizi taslak madde üretmiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun taslaklarına Uluslararası Adalet Divanı hükümlerinde sıklıkla atıfta bulunmaktadır. Nitekim, 1997'de BM Genel Kurulu'ndaki konuşmasında Baş Hakim Schwebel *Gabcikovo-Nagymaros Project* davasındaki<sup>224</sup> karara atıfta bulunarak şu değerlendirmede bulunmuştur:

*"Bu karar, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmasına verdiği önemin derinliği nedeniyle kayda değerdir. Divan'ın kararı yalnızca antlaşmalar hukuku, antlaşmalar çerçevesinde devlet halefiyeti hukuku ve uluslararası akarsular hukuku hakkında olanlar gibi Komisyon tutanaklarına uygun olarak sonuçlanmış antlaşmalara dayanmamaktadır: Divan kararı Komisyon'un devlet sorumluluğu hakkındaki taslak maddelerinin bazılarında da büyük ağırlık vermektedir. Bu tümüyle istisnai değildir, bu durum daha ziyade mahkemenin kararları ve görüşlerinin Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmasını etkilediği gibi Komisyon'un çalışmasının da Divan'ın kararları ve görüşlerini etkileyebildiği gerçeğini göstermektedir."*<sup>225</sup>

<sup>222</sup> Kanunlaştırma ve tedrici gelişme arasındaki ilişki konusunda Hakim Sørensen'in *North Sea Continental Shelf* davalarındaki Karşı Oy Görüşü için bkz., ICJ Reports, 1969, ss. 3, 242-3; 41 ILR, ss. 29, 217-19.

<sup>223</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu Sözleşmesi'nin 2., 3. ve 8. maddelerine bakınız. Ayrıca bkz., B. Ramcharan, *The International Law Commission*, Leiden, 1977; *The Work of the International Law Commission*, 4. Baskı, New York, 1988; I. Sinclair, *The International Law Commission*, Cambridge, 1987; *The International Law Commission and the Future of International Law* (ed. M. R. Anderson, A. E. Boyle, A. V. Lowe ve C. Wickremasinghe), London, 1998; *International Law on the Eve of the Twenty-first Century: Views from the International Law Commission*, New York, 1997; S. Rosenne, 'The International Law Commission 1949-59', 36 BYIL, 1960, s. 104, ve Rosenne, 'Relations Between Governments and the International Law Commission', 19 YBWA, 1965, s. 183; B. Graefrath, 'The International Law Commission Tomorrow: Improving its Organisation and Methods of Work', 85 AJIL, 1991, s. 597, ve R. P. Dhokalia, *The Codification of Public International Law*, Manchester, 1970; F.L. Bordin, 'Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law', 63 ICLQ, 2014, s. 535 ve G. Gaja, 'Interpreting Articles Adopted by the International Law Commission', BYIL, 2015, <http://bybil.oxfordjournals.org/content/early/2015/09/01/bybil.brw001.full>.

<sup>224</sup> ICJ Reports, 1997, s. 7; 116 ILR, s. 1.

<sup>225</sup> Bkz., <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=89&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>



Bu yüzden, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hukukun ana kaynaklarından en az ikisini kullandığı görülebilir. Taslak metinler, uluslararası antlaşmaların temellerini oluşturabilir, ki bu antlaşmalar imzalayan ve onaylayan devletler için bağlayıcıdır ve genel uluslararası hukukun da bir parçasını oluşturur. Ayrıca Komisyon'un çalışmaları değişik alanlardaki devlet uygulamalarının bir bölümüdür, ki bunlar da teamül hukukunda yeni kurallara yol açabilir. Nitekim, Komisyon'un taslakları bir teamülün delilini ortaya koyabilir, yeni bir kural ortaya çıkarabilecek teamüller külliyatına katkıda bulunabilir ve *opinio juris*'i gösterebilir.<sup>226</sup> Ayrıca, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun, birçoğu hükümetlerin hukuk danışmanları olan son derece yetkin yazarlardan oluşan bir organ olduğu gerçeği gözden kaçırılmamalıdır. Bu yazarların raporları ve çalışmaları, tıpkı hukuk kitapları gibi, hukukun gerçekte ne olduğunu belirleme yöntemi olarak kullanılabilir.

### Diğer Organlar

Uluslararası Hukuk Komisyonu hukuk çalışması ve gelişimi konusunda açık farkla en önemli organ olmakla birlikte, aynı misyon çerçevesinde çalışan diğer bazı organlar da vardır. Örneğin, Uluslararası Ticaret Hukuku Hakkında BM Komisyonu (UNCITRAL) ve Ticaret ve Kalkınma Hakkında BM Konferansı (UNCTAD) ekonomi, finans ve kalkınma alanlarındaki uluslararası hukuk çalışmalarını faal olarak artırmaktadır. Ayrıca, Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkında Komite gibi geçici organlar da çeşitli deklarasyonlar ve açıklamalar yayınlamıştır. Bu organların yanı sıra Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) gibi birçok uzmanlaşmış kurumun son derece değerli çalışmaları da uluslararası hukukun gelişimine kendi alanlarında önemli katkılarda bulunmaktadır.

Ek olarak, bu alana faal olarak katkıda bulunan bazı bağımsız organlar da söz konusudur. Uluslararası Hukuk Derneği (ILA) ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü (IDI) bu tür organizasyonların en çok bilinenleridir. İkinci Dünya Savaşı öncesi üretilmiş çeşitli Harvard Araştırma taslak metinleri de günümüzde hala ciddi bir değere sahiptir.

### Tek Taraflı İşlemler

Belli bazı durumlarda ilgili devlet yetkilileri tarafından yapılan açıklamalar gibi devletlerin tek taraflı işlemleri uluslararası hukuki yükümlülükler doğurabilir.<sup>227</sup> Bu tür işlemler, hukuki sonuçlara sahip olacağı düşünülerek yapılmış onay ya da itiraz davranışlarını da içerebilir. Tek taraflı işlemler Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38 (1). maddesinde anılan uluslararası hukukun kaynaklarından biri olmamakla beraber yükümlülüğün kaynaklarını oluşturabilir.<sup>228</sup> Bunun gerçekleşmesi için, - iyi ya da kötü tanınırlılığının bir unsuru olduğundan - söz konusu deklarasyonu yapan devletin sınırlandırılma niyetinin

<sup>226</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>227</sup> Bkz., Virally, 'Sources', ss. 154-6; Pellet, 'Article 38', s. 763; V. Rodriguez Cedeno ve M. Torres Cazorla, 'Unilateral Acts of States in International Law', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013; G. Venturini, 'La Portee et les Effets Juridiques des Attitudes et des Actes Unilateraux des Etats', 112 HR, 1964, s. 363; J. Charpentier, 'Engagements Unilateraux et Engagements Conventionnels', *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*, s. 367; A. P. Rubin, 'The International Legal Effects of Unilateral Declarations', 71 AJIL, 1977, s. 1; K. Zemanek, 'Unilateral Legal Acts Revisited' in Wellens, *International Law*, s. 209; E. Suy, *Les Actes Unilateraux en Droit International Public*, Paris, 1962, ve J. Garner, 'The International Binding Force of Unilateral Oral Declarations', 27 AJIL, 1933, s. 493. Uluslararası Hukuk Komisyonu 1996 yılından itibaren devletlerin tek taraflı eylemleri konusunu çalışmaktadır. Bkz., A/61/10, s. 328-9 ve 2006 yılında 'Hukuki Yükümlülükler Yaratma Kudretine Sahip Devletlerin Tek Taraflı Deklarasyonlarına Uygulanabilecek Yol Gösterici İlkeler' başlıklı çalışmayı yayınlamıştır. A/61/10, s. 369 vd.

<sup>228</sup> Örneğin bkz., the Report of the International Law Commission, A/57/10, 2002, s. 215 ve Yol Gösterici İlke 1, A/61/10, s. 370.

olması çok önemlidir.<sup>229</sup> Bu tür bir niyet, işlemin yorumu yoluyla tahkik ve tayin edilebilir ve iyi niyet ilkesi hayati bir rol oynar. Uluslararası Adalet Divanı, devletlerin kendi hareket özgürlüklerini sınırlandıran açıklamalar yaptığı durumlarda kısıtlayıcı bir yorumun zaruri olduğunu vurgulamıştır.<sup>230</sup> Onay tutumu burada önemli olacaktır, çünkü bu tür bir işlem ya da açıklamalara üçüncü devletler itiraz edebilirler. Bunun dışında, bu tür tek taraflı açıklamalar söz konusu devletin belli bir görüşünün kanıtı olarak kullanılabilir.<sup>231</sup>

## KAYNAKLAR HİYERARŞİSİ VE BUYRUK KURAL (JUS COGENS)<sup>232</sup>

Kaynaklar hiyerarşisi sorunu ilk bakışta görüldüğünden çok daha komplekstir. Kuralların çatışmasına karşı bir varsayım olmasına karşın<sup>233</sup>, uluslararası hukuk kurucu otoritenin sıralanmasında iç hukuk kadar kesinlik arz etmez<sup>234</sup> ve durum uluslararası hukukun alanının hem müstakil olarak hem de usul olarak genişlemesi kadar hiyerarşik olmayan tarzda varolan uluslararası mahkemelerin çoğalmasıyla<sup>235</sup> da çetrefilleşmiştir. Yargı kararları ve hukuki

<sup>229</sup> Bkz., *Nuclear Tests* davaları, ICJ Reports, 1974, ss. 253, 267; 57 ILR, ss. 398, 412. Divan şunun altını çizmiştir: 'Antlaşmalar hukukundaki *pacta sunt servanda* ilkesi gibi tek taraflı bir yükümlülük ile de üstlenilen uluslararası bir yükümlülüğün bağlayıcı niteliği iyi niyete dayanır.' a.g.e. Ayrıca bkz., *the Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case*, ICJ Reports, 1995, ss. 288, 305; 106 ILR, ss. 1, 27; *Nova-Scotia/Newfoundland (First Phase) davası*, 2001, 3. 14 paragraf; 128 ILR, ss. 425, 449; ve *Eritrea/Ethiopia davası*, 2002, 4.70 paragraf; 130 ILR, ss. 1, 69. Bu tür bir taahhüt mahkeme önündeki sözlü müdafaalardan doğabilir. Bkz., *Cameroon v. Nijeria*, ICJ Reports, 2002, s. 452. Yol Gösterici İlke 4 böyle bir beyanın sadece bunu yapmaya yetkili bir birim tarafından yapılması halinde devleti uluslararası olarak bağlayabileceğini öngörmektedir. İlke 6 bu tür beyanların bir bütün olarak uluslararası camiaya karşı veya bir yada birkaç devlet yada başka entitelere yapılabileceğini ifade etmekte ve İlke 7 böyle bir beyanın açık ve belirli bir şekilde yapılması gerektiğini öngörmektedir, A/61/10, ss. 372 ve 376.

<sup>230</sup> Bkz., *Nuclear Tests* davaları, ICJ Reports, 1974, ss. 253, 267; 57 ILR, ss. 398, 412. Ayrıca bkz., *Nicaragua davası*, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 132; 76 ILR, ss. 349, 466, ve *Burkina Faso v. Mali davası*, ICJ Reports, 1986, ss. 554, 573-4; 80 ILR, ss. 459, 477-8. North Sea Continental Shelf davalarında Mahkeme bir sözleşmeye taraf olmayan bir devletin tek taraflı olarak üstlendiği yükümlülüğün 'hafife alınmaması' gerektiğini belirtmiştir, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 25; 41 ILR, s. 29. Mahkeme *Malaysia/Singapore* davasında bir itirazın ya da reddin diğer tarafın iddiasına bir cevap olmadığı ya da iki taraf arasındaki bir anlaşmazlığın olmadığı durumlarda bağlayıcı bir taahhüt olarak yorumlanamayacağını açıklamıştır. Bkz., *Malaysia/Singapore* davası, ICJ Reports, 2008, ss. 22, 88.

<sup>231</sup> Örneğin, *Jan Mayen* davasında Norveç Dışişleri Bakanlığı tarafından yayınlanan basın açıklamasına ve Norveç Hükümeti tarafından Parlamento'ya sunulan bir anlaşma metnine yapılan referanslar için bkz., ICJ Reports, 1993, ss. 38, 51; 99 ILR, ss. 395, 419. Ayrıca Hakim Ajibola'nun *the Libya/Chad* davasındaki Ayrı Görüşü'ne bkz., ICJ Reports, 1994, ss. 6, 58; 100 ILR, ss. 1, 56.

<sup>232</sup> Bkz., D. Shelton, 'Normative Hierarchy in International Law', 100 AJIL, 2006, s. 291; M. Koskenniemi, 'Hierarchy in International Law: A Sketch', 8 EJIL, 1997, s. 566; B. Simma ve D. Pulkowski, 'Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law', 17 EJIL, 2006, s. 483; P. Weil, 'Towards Relative Normativity in International Law?', 77 AJIL, 1983, s. 413, ve 'Vers une Normativité Relative en Droit International?' 86 RGDIP, 1982, s. 5; M. Akehurst, 'The Hierarchy of the Sources of International Law', 47 BYIL, 1974-5, s. 273, ve Virally, 'Sources', ss. 165-6. Ayrıca bkz., H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, Leiden, 1980, ss. 84-6; Thirlway, 'Law and Procedure of the ICJ (Part One)', s. 143, ve Thirlway, 'Supplement', s. 52, ve U. Fastenrath, 'Relative Normativity in International Law', 4 EJIL, 1993, s. 305. Ayrıca bkz. Thirlway, *Sources*, Bölüm IV.

<sup>233</sup> Örneğin bkz., 'Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law', Report of the Study Group of the International Law Commission (finalised by M. Koskenniemi), A/CN.4/L.682, 2006, s. 25.

<sup>234</sup> Bununla beraber Pellet, sözleşmeler, teamül ve genel ilkeler arasında resmi bir hiyerarşinin olmamakla birlikte Uluslararası Adalet Divanı'nın onları ardışık sırada kullandığı ve birbirini tamamlayıcı nitelikte sıraladığını belirtmektedir. Bkz., 'Article 38', ss. 841 vd. Dupuy da kaynaklar arasında bir hiyerarşi olmadığını savunmaktadır. Bkz., *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2006, ss. 370 vb. Bununla birlikte, Uluslararası Hukuk Komisyonu, *Study on Fragmentation* başlıklı çalışmasında 'antlaşmaların genellikle teamül üzerinde ve özel antlaşmaların da genel antlaşmalar üzerinde önceliği olduğunu' öne süren yazarlarla aynı görüştedir. Bkz., The International Law Commission, 'Study on Fragmentation', s. 47.

<sup>235</sup> Ayrıntılı bilgi için aşağıya bkz. 18. Bölüm.

makaleler, hiyerarşi içerisinde Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38 (1). maddesinde hukukun kaynakları arasında yardımcı araç olarak tanımlandığı için net olarak ikincil bir fonksiyona sahiptir. Hukukun genel ilkelerinin teamül ve antlaşma hukukunu tamamlayıcı bir role sahip oluşu da onu sabit bir şekilde üçüncü konuma yerleştirmektedir.<sup>236</sup> Teamül ile antlaşma hukuku arasında öncelik sorunu ise daha karmaşıktır.<sup>237</sup> Bir genel kural olarak, antlaşmalar genellikle mevcut teamülün yerine geçmek ya da kanunlaştırmak üzere formüle edilirken<sup>238</sup> buna mukabil antlaşmaların kendileri de kullanılmaz duruma düşebilir ve yeni teamül kuralları ile yer değiştirebilir. Bununla birlikte, aynı kuralın hem bir antlaşma hem de bir teamül olarak görüldüğü durumlarda ikincinin ilki tarafından kapsanacağına dair bir varsayım sözkonusu değildir. İkisi birlikte var olabilir.<sup>239</sup> Ayrıca, özel bir kuralın genel kurala göre üstünlüğünün olduğuna dair önemli bir ilke (*lex specialis derogat legi generali* – özel kural genel kuralı ilga eder) mevcuttur, bu yüzden örneğin, devletler arası *lex specialis* (özel kural) olan antlaşma kuralları, aynı devletler arasındaki genel antlaşma kuralları ya da teamül kurallarına karşı önceliğe sahiptir.<sup>240</sup> Bunun istisnası, söz konusu genel kuralın buyruk kurallardan (*jus cogens*) biri olması durumudur.<sup>241</sup>

Diğerlerinden daha farklı ve daha yüksek konumda olduğu varsayılan ve teamülden ya da antlaşmadan kaynaklanan kuralların ve yükümlülüklerin varlığı, durumu daha karmaşık hale getirmektedir. Bunlar *erga omnes* (herkese uygulanabilir) yükümlülükler ya da *jus cogens* (buyruk kurallar) kurallarıdır.<sup>242</sup> Bu ikisi arasında bağlantılı oldukları kuralların içeriği açısından önemli ölçüde örtüşme ihtimali bulunmakla beraber, doğaları itibariyle bir farklılık vardır. İlk kavram (*erga omnes*), ilgili kuralın uygulanma genişliği ile alakalıdır, ki burada kastedilen devletlerin çoğunluk itibariyle söz konusu kurala yönelik hukuki bir çıkara sahip olma ve tabi olma derecesidir.<sup>243</sup> Bu nedenle odağında temel olarak usul hukuku vardır. Diğer yandan, *jus cogens* kuralları daha yüksek bir statüye sahip olarak kabul edilen maddi kurallardır. Uluslararası Adalet Divanı *Barcelona Traction* davasında<sup>244</sup> diplomatik himaye alanında bir devletin bütün olarak uluslararası topluma yönelik yükümlülükleri ile diğer bir devlet ile ilişkilerinden doğan yükümlülükleri arasında temel bir ayrım olduğunu açıklamıştır. Doğası itibariyle ilki bütün devletlerle ilgilidir ve 'bütün devletlerin himayeleriyle ilgili hukuki çıkara sahip olduğu düşünülebilir, bunlar *erga omnes* yükümlülüklerdir'. Bu tür yükümlülüklerin örnekleri olarak saldırının yasaklanması, soykırımın yasaklanması ile kölelikten ve ırk ayrımcılığından korunma gösterilebilir.<sup>245</sup>

<sup>236</sup> Pellet, 'Article 38', s. 852.

<sup>237</sup> A.g.e., s. 778, ve H. Villager, *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht, 1985.

<sup>238</sup> Bkz., R. Baxter, 'Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law', *BYIL*, 1965–6, s. 275.

<sup>239</sup> Bkz., *Nicaragua* davası, *ICJ Reports*, 1986, ss. 14, 95.

<sup>240</sup> Bkz., *ILC Report on Fragmentation*, ss. 30 vb., ve *Oppenheim's International Law*, ss. 1270 ve 1280. Ayrıca bkz., *Gabcikovo–Nagyymaros* davası, *ICJ Reports*, 1997, ss. 7, 76; 116 *ILR*, ss. 1, 85; *Beagle Channel* davası, 52 *ILR*, ss. 141–2; *Right of Passage* davası, *ICJ Reports*, 1960, ss. 6, 44; 31 *ILR*, ss. 23, 56; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davası, *ICJ Reports*, 1996, ss. 226, 240; 110 *ILR*, ss. 163, 190; *Tunisia/Libya Continental Shelf* davası, *ICJ Reports*, 1982, ss. 18, 38; 67 *ILR*, ss. 4, 31, ve *Nicaragua* davası, *ICJ Reports*, 1986, ss. 3, 137; 76 *ILR*, ss. 349, 471.

<sup>241</sup> Örneğin bkz., *OSPAR (Ireland v. UK)* davası, 126 *ILR*, s. 364, 84. paragraf.

<sup>242</sup> Örneğin bkz., A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford, 2006; T. Weatherall, *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge, 2015; R. Kolb, *Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory*, Oxford, 2015 ve 'La Determination du Concept de Jus Cogens', 118 *RGDIP*, 2014, s. 5; ve Thirlway, *Sources*, Bölüm VII. Uluslararası Hukuk Komisyonu *jus cogens'e* dair bir çalışmayı 2015'te başlatmış ve bir Özel Raportör tayin etmiştir, A/70/10, s. 138.

<sup>243</sup> Örneğin bkz., UHK Devletin Sorumluluğuna Dair Taslak Maddeler ve Şerhleri, madde 48. A/56/10, ss. 126 vb. Ayrıca bkz., Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi önündeki *Furundzija* davası, 121 *ILR*, ss. 213, 260.

<sup>244</sup> *ICJ Reports*, 1970, ss. 3, 32; 46 *ILR*, ss. 178, 206.

<sup>245</sup> Ayrıca bkz., *Nicaragua* davası, *ICJ Reports*, 1986, ss. 14, 100; 76 *ILR*, ss. 349, 468, ve *East Timor* davasında Hakim Weeramantry'in Karşı Oy Görüşü için bkz., *ICJ Reports*, 1995, ss. 90, 172 ve 204; 105 *ILR* ss. 226; 313 ve 345. Ek olarak bkz., Simma, 'Bilateralism', ss. 230 vb.; M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, 1997, ve J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002, ss. 242–4.

Bunlara işkencenin yasaklanması da eklenebilir.<sup>246</sup> Dahası, Uluslararası Adalet Divanı *East Timor* davasında 'self-determinasyon hakkının bir *erga omnes* özelliğe sahip olduğunu'<sup>247</sup> açıklarken, *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davasında 'sözleşmedeki haklar ve yükümlülüklerin *erga omnes* haklar ve yükümlülükler olduğunu'<sup>248</sup> yinelemiştir.

Suçlu olduğu iddia edilen devlete karşı hukuki başvuru yolu izleme açısından belli bazı durumlarda *locus standi* (mahkemeye başvurma hakkı)'ye ilişkin geleneksel kuralların gevşemesi, uluslararası hukuktaki daha yüksek ilkeler sorunu ile bağlantılandırılabilir. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesi bir antlaşma 'akdedilmesi esnasında genel uluslararası hukukun uyulması şart olan bir kuralı ile çatışsın' antlaşmanın geçersiz olacağını belirtmektedir. Dahası, 64. maddede de genel uluslararası hukukun uyulması şart olan yeni bir kuralı ortaya çıkarsa bu kuralla çatışan mevcut bir antlaşmanın geçersiz olacağı ve sona ereceği ifade edilmektedir. Bu kural (*jus cogens*) teamül kuralları bağlamında da geçerlidir ve böylece yerel ya da özel bir teamül yoluyla bu tür kuralların aşılmasına dair bir istisna söz konusu değildir.

Bu türde uyulması şart olan bir kural, Sözleşme'de, 'bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından istisnanın söz konusu olmadığı ve ancak genel uluslararası hukukun aynı özelliğe sahip müteakip bir kuralı ile değiştirilebileceği kabul edilen ve benimsenen bir kural' olarak tanımlanmaktadır.<sup>249</sup> *Jus cogens* kavramı sistem içerisinde temel ve en üstün konumdaki değerlerin kabulüne dayanmaktadır ve bazı açılardan iç hukuk düzenlerindeki kamu düzeni ya da kamu politikası nosyonuna yakındır.<sup>250</sup> Aynı zamanda Doğal Hukuk düşüncesinin etkisini de yansıtmaktadır. *Jus cogens* kuralları bu anlamda uluslararası hukukun yeni kuralları değildir. Daha ziyade uluslararası hukukun mevcut kurallarının bazılarında var olduğu kabul edilen özel ve üstün bir nitelik meselesidir. *Jus cogens* kurallarının çeşitli örnekleri, özellikle Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda hukuk dışı güç kullanımı, soykırım, köle ticareti ve korsanlık gibi konular hakkındaki tartışmalar sırasında görülmüştür.<sup>251</sup>

Uluslararası Adalet Divanı bir görüşünde, işkencenin yasaklanmasının uyulması şart bir kural olduğunu açıklamıştır.<sup>252</sup> Bununla birlikte, diğer konulara ilişkin net bir uzlaşma

<sup>246</sup> *Belgium v. Senegal*, ICJ Reports, 2012, ss. 422, 449-50.. Ayrıca bkz., *Furundzija* davası, 121 ILR, ss. 213, 260.

<sup>247</sup> ICJ Reports, 1995, ss. 90, 102; 105 ILR, s. 226.

<sup>248</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 595, 616; 115 ILR, s. 10.

<sup>249</sup> *US v. Matta-Ballesteros* davasında 'uluslararası teamül hukuku içerisinde en yüksek statüye sahip uyulması zorunlu olan *jus cogens* kurallarının bütün devletler için bağlayıcı olduğu ve antlaşmayla önceden geçersiz kılınmayacağı' belirtilmiştir. 71 F. 3d 754, 764 n. 4 (9th circuit, 1995).

<sup>250</sup> Örneğin bkz., J. Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, New York, 1974; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2. Baskı, Manchester, 1984, s. 203; M. Virally, 'R'eflexions sur le *Jus Cogens*', 12 AFDI, 1966, s. 1; Shelton, 'Normative Hierarchy', ss. 297 vb.; C. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, 1976; Cassese, *International Law*, 11. Bölüm; Gomez Robledo, 'Le *Jus Cogens International*', 172 HR, 1981 s. 17; G. Gaja, '*Jus Cogens* beyond the Vienna Conventions', 172 HR, 1981, s. 279; Crawford, *ILC's Articles*, ss. 187-8 ve 243; J. Verhoeven, '*Jus Cogens* and Reservations or "Counter-Reservations" to the Jurisdiction of the International Court of Justice', Wellens, *International Law*, s. 195, ve L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, Helsinki, 1988. Ayrıca bkz., article 26 of the ILC's Articles on State Responsibility, 2001, ve aşağıda 15. Bölüm.

<sup>251</sup> *Yearbook of the ILC*, 1966, Cilt: 2, s. 248. Bir *jus cogens* kuralı olarak işkencenin yasaklanmasına ilişkin Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Furundzija* davasındaki kararı için bkz., 121 ILR, ss. 257-8 ve 260-2; *Siderman v. Argentina* 26 F. 2d 699, 714-18; 103 ILR, s. 454; *Ex Parte Pinochet (No. 3)* [2000] 1 AC 147, 247 (Lord Hope), 253-4 (Lord Hutton) ve 290 (Lord Phillips); 119 ILR, ss. 135, 200, 206-7 ve 244, ve *Al-Adsani* davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 21 Kasım 2001 tarihli karar, 61. paragraf. 61; 123 ILR, ss. 24, 41-2. Yargısız infazın yasaklanmasına ilişkin ABD Bölge Mahkemesi'nin *Alejandro v. Cuba* davasındaki kararı için bkz., 121 ILR, ss. 603, 616. Ayrıca, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin Vesikasız Göçmenlerin Yargı Koşulları ve Hakları'na ilişkin istişari görüşünde ayrımcılığa bulunmama ile ilgili kararı için bkz., OC-18/03, Series A, No. 18 (2003).

<sup>252</sup> *Belgium v. Senegal*, ICJ Reports, 2012, ss. 422, 457. Bununla birlikte Hakim Abraham bunu *obiter dictum* olarak tanımlamıştır. Bkz., Separate Opinion, ss. 471, 477.

söz konusu değildir<sup>253</sup> ve hatta verilmiş örnekler bile katiben tartışılmamış değildir. Ancak uluslararası suçlar konusunda doğrudan bireysel sorumluluğun ortaya çıkması *jus cogens* kurallarının gelişiminde daha ileri bir adıma işaret etmektedir. Öte yandan, *jus cogens* kuralı bir kez ortaya çıkınca istisnaya izin verilmediği için bu tür kuralların yaratılabildiği mekanizmanın belirlenmesi özel öneme sahip olan bir konudur.

53. maddenin ışığında burada iki aşamalı bir yaklaşım ortaya çıkmaktadır: İlk olarak genel uluslararası hukuk kuralı olarak bir öneri getirilmesi; ikinci olarak da bu kuralın uluslararası toplumun tümü tarafından uyulması şart olan bir kural olarak kabul edilmesi. Bu yüzden daha yüksek derecede bağlayıcı kuralların koyulmasının uluslararası hukuk topluluğu açısından çok ciddi etkileri olduğu için sıkı bir süreci icap ettirdiği görülecektir. Kaçınılacak durum, uyulması zorunlu şartları politik ya da ideolojik azınlıklara dayatmaktır, aksi durum uzun dönemde konseptin değerini yitirmesine yol açar. Bu nedenle uygun olan durum, önerinin ideolojik ve politik ayrımları aşarak tüm devletler tarafından bir hukuk kuralı olarak kabulü ve devletlerin büyük çoğunluğu tarafından bir *jus cogens* kuralı olarak onaylanmasıdır.<sup>254</sup> Ayrıca sadece teamül ve antlaşmalara dayanan kuralların *jus cogens* kurallarının temellerini oluşturabileceği de açıktır. Uluslararası hukukun bağımsız bir kaynağı olarak genel ilkelere karşı birçok ülkenin hasmane tutumu ve *jus cogens*'in tesis edilmesinde evrenselliğin gerekliliği nedeniyle, bu özellikle böyledir. Viyana Sözleşmesi'nin 53. maddesinin belirttiği gibi, mevcut bir *jus cogens* kuralı aykırı bir antlaşma *ab initio* (başlangıçtan beri) geçersizdir<sup>255</sup>; diğer yandan 64. maddede de ifade edildiği üzere yeni ortaya çıkan bir *jus cogens* kuralı ile çatışan bir antlaşma, kuralın ortaya çıktığı tarihten itibaren sona erer. Bu durumda antlaşma başlangıçtan beri geçersiz değildir, ya da 71. maddenin ortaya koyduğu üzere bu durumdan antlaşmanın sona ermesinden önce antlaşmayla ortaya çıkmış herhangi bir hak, yükümlülük ya da hukuki durum etkilenmez; şu kadar ki bu hak, yükümlülük veya durumların daha sonra muhafaza edilmeleri yeni uyulması zorunlu kural ile çatışmadığı oranda mümkündür. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devletin Sorumluluğu Maddeleri (2001) arasındaki 41 (2). maddesi uyulması zorunlu olan bir kuralın 'ciddi ihlalini' hiçbir devletin hukuka uygun olarak göremeyeceğini belirtmektedir.<sup>256</sup> Bir *jus cogens* kuralına karşı olan ihtirazi kayıtlar hukuka aykırı olabilir.<sup>257</sup> Bir *jus cogens* kuralını ihlal eden devlet fiilinin devlet dokunulmazlığı iddiasına sahip olamayacağı ileri sürülmüştür.<sup>258</sup> *Jus cogens* kuralları ile Birleşmiş Milletler Sözleşmesi altındaki yükümlülüklerin diğer uluslararası anlaşmalar altındaki yükümlülüklere göre önceliği olduğunu belirten Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 103. maddesi arasındaki ilişki, Hakim Lauterpacht tarafından *Bosnia* davasındaki kendi Ayrı Görüşü'nde tartışılmıştır.<sup>259</sup> Hakim Lauterpacht, Sözleşme'nin 103. maddesinin Güvenlik Konseyi'ne kendi kararlarından biri ile geçerli bir antlaşma yükümlülüğü arasındaki çatışma durumunda verebileceği yardımın - kurallar hiyerarşisinin bir konusu olarak - bir Güvenlik Konseyi kararı ile *jus cogens* kuralı arasındaki çatışmaya genişletilemeyeceğini özellikle belirtmiştir.

<sup>253</sup> Örneğin, Lord Slynn *Ex Parte Pinochet (No.1)* davasında 'uluslararası hukukun bu tür ihlalleri açısından bir devletin ya da devlet başkanının dokunulmazlığı iddiasının kabul edilmemesini gerektiren herhangi bir *jus cogens* yoktur' açıklamasında bulunmuştur. Bkz., [2000] 1 AC 61, 79; 119 ILR, ss. 50, 67.

<sup>254</sup> Örneğin bkz., Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 218–24, ve Akehurst, 'Hierarchy'.

<sup>255</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, Cilt: 2, ss. 91–2.

<sup>256</sup> Bu, 40 (2). maddeye göre, sorumlu devletin yükümlülüğü yerine getirmedeki sistematik başarısızlığını içermektedir. Ayrıca bkz. 50(d). madde.

<sup>257</sup> Örneğin, Hakim Padilla Nervo, Hakim Tanaka ve Hakim Sørensen'in *North Sea Continental Shelf* davalarındaki kararlarına bakınız. ICJ Reports, 1969, ss. 3, 97, 182 ve 248; 41 ILR, s. 29. Ayrıca bkz., General Comment No. 24 (52) of the UN Human Rights Committee, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.

<sup>258</sup> Örneğin bu konuda ABD Temyiz Mahkemesi'nde görülen *Prinz v. Federal Republic of Germany* davasındaki Hakim Wald'in Karşı Oy Görüşü hakkında bkz., 1994, 103 ILR, s. 618 (aktaran, Cassese, *International Law*, ss. 105 vb.)

<sup>259</sup> ICJ Reports, 1993, ss. 325, 440; 95 ILR, ss. 43, 158. Ayrıca 103. maddenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesine göre önceliği olduğuna dair Lordlar Kamarası'nın *Al-Jedda* davasındaki kararı için bkz., [2007] UKHL 58.

Ayrıca bir *jus cogens* kuralının tesisinin, Uluslararası Adalet Divanı'na (ya da kuşkusuz ki herhangi diğer bir mahkemeye) yargı yetkisi vermediği de vurgulanmalıdır. Bir kuralın statüsü – kural *erga omnes* (herkese uygulanabilir) bir kural olsa da olmasa da - yargı yetkisinin uygulanmasına onay verilmesi konusundan ayrı bir konudur.<sup>260</sup>

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

A. Boyle ve C. Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford, 2007.

B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, 1953.

H. Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford, 2014.

A. Pellet, 'Article 38' *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (ed. A. Zimmermann, C. Tomuschat ve K. Oellers-Frahm), 2. Baskı, Oxford, 2016.

---

<sup>260</sup> *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, ICJ Reports, 2006, ss. 6, 31-2 ve *Germany v. Italy (Greece Intervening)*, ICJ Reports, 2012, ss. 99, 141-2.



## BÖLÜM 4

# ULUSLARARASI HUKUK VE ULUSAL HUKUK

Modern dünyada devletin rolü karmaşık bir roldür. Hukuk teorisine göre her devlet egemen ve eşittir.<sup>1</sup> Gerçekte, iletişim ve bilinç düzeyindeki olağanüstü artış sonucu ve küresel rekabetlerin de sürekli hatırlattığı gibi en güçlü devletler bile tamamen egemen değildir. Karşılıklı bağımlılık ve çağdaş uluslararası ticari ve politik toplumun birbirine sıkıca bağlı niteliği, bir devletin herhangi bir hareketinin diğer devletlerin verdikleri kararlar ve bir bütün olarak da sistem üzerinde derin yansımaları olmasını sağlar. Bu olgu, insan hakları, çevre hukuku ve uluslararası yatırım hukuku gibi birçok alanda uluslararası hukuk ve iç hukukun giderek artan oranda birbirinin içine nüfuz etmesine yol açmıştır. Bu alanlarda aynı konu en azından hem ulusal hem de uluslararası düzeyde (Avrupa Birliği konusunda bölgesel düzeyde de) düzenlemelere tabidir. Uluslararası hukukun yükselişi ve kapsamının genişlemesi ile uluslararası sistem içerisinde devletin oynadığı rolle paralel olarak çeşitli sorunlar ortaya çıkmaya başlamış ve belli bir ülkenin iç hukuk düzeni ile bir bütün olarak uluslararası toplumu yöneten kurallar ve ilkeler arasındaki ilişki konusu ön plana çıkmıştır. İç hukuk devletin ülke içine bakan yönlerini düzenler ve bireyler arası ve bireyler ile idari organ arası konularla ilgilenirken, uluslararası hukuk temel olarak devletler arası ilişkilere odaklanır. Ancak bu, günümüzde artık fazlasıyla basit ve indirgemeci bir iddiadır. Birçok durumda sorunlar ortaya çıkabilmekte ve iki sistem arasında güçlüklerle yol açabilmektedir.

Bir ulusal mahkeme önündeki davada, suçlamaya karşı uluslararası hukukun bir kuralı savunma olarak öne sürülebilir. Örneğin *R v. Jones* davasında (İngiliz hukukundaki) mala zarar verme suçuna dair bir iddia karşısında, (uluslararası hukuktaki) daha büyük bir suçu önlemeye çalışma savunması yapılmıştır.<sup>2</sup> Yine, bir başka davada bir gemi, iç hukukta karasuları olarak görülen bir bölgede olduğu için cezai takibata tabi tutuluyordu, fakat savunma olarak bu bölgeye uluslararası hukukta açık denizin bir parçası olarak yaklaşılabileceği ileri sürülmüştür. Dahası, aynı konunun hem ulusal hem de uluslararası mahkemelerin önüne geldiği ve mahkemelerin birbirleriyle etkileşim sürecinde birbirlerinin

<sup>1</sup> Genel olarak bkz., *Oppenheim's International Law* (ed. R. Y. Jennings ve A. D. Watts), 9. Baskı, London, 1992, Cilt: 1, s. 52; L. Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, 2004; Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford, 2007; J. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, 1968, Cilt: 1, s. 90; R. A. Falk, *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Princeton, 1964; H. Kelsen, *Principles of International Law*, 2. Baskı, London, 1966, ss. 290-4 ve 551-88; *Brownlie's Principles of Public International Law* (ed. J. Crawford), 8. Baskı, Oxford, 2012, 3. Bölüm; H. Lauterpacht, *International Law: Collected Papers*, Cambridge, 1970, Cilt: 1, ss. 151-77; A. Cassese, *International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2005, 12. Bölüm, ve Cassese, 'Modern Constitutions and International Law', 192 HR, 1985 III, s. 335; P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 105; R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, 12. Bölüm; K. Marek, 'Les Rapports entre le Droit International et le Droit Interne `a la Lumi`ere de la Jurisprudence de la CIJ', *Revue G`en`erale de Droit International Public*, 1962, s. 260; L. Ferrari-Bravo, 'International Law and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems', *The Structure and Process of International Law* (ed. R. St J. Macdonald ve D. Johnston), Dordrecht, 1983, s. 715; F. Morgenstern, 'Judicial Practice and the Supremacy of International Law', 27 BYIL, 1950, s. 42; B. Conforti, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, The Hague, 1993; J. G. Starke, 'Monism and Dualism in the Theory of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law', 92 HR, 1957, ss. 5, 70-80; H. Thirlway, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-89 (Part One)', 60 BYIL, 1989, ss. 4, 114; Report of the Committee on International Law and Municipal Law, International Law Association: Report of the Sixty-Sixth Conference, 1994, s. 326; V. Erades, *Interactions Between International and Municipal Law - A Comparative Caselaw Study*, Leiden, 1993, ve V. Heiskanen, *International Legal Topics*, Helsinki, 1992, 1. Bölüm. Ayrıca bkz., *International Law and Domestic Legal Systems* (ed. D. Shelton), Oxford, 2011; A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, 2011, ve *New Perspectives on the Divide Between National and International Law* (ed. J. Nijman ve A. Nollkaemper), Oxford, 2007.

<sup>2</sup> [2006] UKHL 16; 132 ILR, s. 668.



kararlarına atıfta bulunabildiği davalar vardır. Örneğin, ABD'nin 1963 tarihli Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi'ni ihlal ederek yabancı uyruklu tutukluların diplomatik yardım almalarına izin vermemesi Uluslararası Adalet Divanı<sup>3</sup>, Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi<sup>4</sup> ve ABD mahkemelerinin<sup>5</sup> önündeki bir içtihat konusudur. Ulusal mahkemelerde uluslararası hukukun ihlallerine atıfta bulunmaya yönelik artan bir eğilim söz konusudur.<sup>6</sup>

## TEORİLER<sup>7</sup>

Pozitivizm devletin önemini vurgular ve uluslararası hukuku devletlerin rızası üzerine kurulu olarak görme eğilimindedir. Uluslararası hukukun rolünü formüle eden, şekilci yapılar, teorik çıkarımlar ya da ahlaki şartlar değil, teamül ve antlaşma ile kendini ortaya koyan fiili uygulamadır. Bu yüzden, Triepel<sup>8</sup> ve Strupp<sup>9</sup> gibi pozitivistler uluslararası hukukun ulusal hukukla ilişkisini değerlendirdiklerinde, bu ilişkiyi devletin üstünlüğü ve iki işleyen düzen arasında geniş farklılıkların olması temelleri üzerinden kurarlar. Düalizm olarak bilinen bu teori, uluslararası hukuk ve ulusal hukuk sistemlerinin kurallarının birbirinden ayrı olarak varlıklarını sürdürdüklerini ve birinin diğeri üzerinde bir etkisi olamayacağı ya da birbirlerini nakzedemeyeceklerini öne sürer.

Bunun nedeni, devlet içi ve devletler arası ilişkilerin tamamen farklı doğaya sahip olmaları ve bir yanda devlet eliyle diğeryanda da devletlerarası olarak işleyen farklı hukuki yapıların varlığıdır. Ulusal mevzuatın uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasına izin verdiği yerlerde, bu durum devletin müsamahasını gösterir ve iç hukuk içerisinde uluslararası hukukun etkisinden ziyade, devletin kendi ulusal hukuki yetki alanı içerisinde en üst otorite olmasının bir özelliğidir.<sup>10</sup>

Bu teoriyi kabul etmeyen ve monist yaklaşım benimseyen yazarlar ise iki ayrı gruba ayrılabilir: İnsan hakları konusuna derin bir ilgi göstererek güçlü bir etik pozisyonu savunan Lauterpacht gibileri ve biçimsel mantık temelinde bir monist yaklaşımı savunan Kelsen gibileri. Monistler, hukuku bir bütün olarak kabul eden üniter bakış hususunda birleşirler ve pozitivistler tarafından öne sürülen katı ayrıma karşı çıkarlar.

İngiltere'de Lauterpacht'ın çalışmalarıyla temsil edilen 'naturalist' duruş, hukukun tümünün birincil fonksiyonunu bireylerin mutluluğunu temin etme olarak görür ve bunu elde edebilmenin mevcut en iyi yöntemi olarak uluslararası hukukun üstünlüğünü savunur. Bu görüş, devletlerin egemenliği ve bağımsızlığına dayanan bir uluslararası

<sup>3</sup> Örneğin bkz., *LaGrand* davası, ICJ Reports, 2001, s. 466; 134 ILR, s. 1, ve *Avena* davası, ICJ Reports, 2004, s. 12; 134 ILR, s. 120.

<sup>4</sup> *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Inter-American Court of Human Rights, Series A, No. 16, 1999.

<sup>5</sup> Örneğin bkz., *Breard v. Greene* 523 US 371 (1998) ve *Sanchez-Llamas v. Oregon* 126 S Ct 2669 (2006). Ayrıca bkz., *Medill v. Texas* 522 US (2008) (Slip Opinion).

<sup>6</sup> Örneğin bkz., *R v. Jones* [2006] UKHL 16; 132 ILR, s. 668; *ex parte Abbasi* [2002] EWCA Civ 1598; 126 ILR, s. 685; *R (Gentle) v. Prime Minister* [2008] 1 AC 1356 ve *R v. Mohamed Gul* [2012] EWCA Crim 280.

<sup>7</sup> Yukarıdaki 1. ve 2. Bölümlere bakınız. Ayrıca bkz., yukarıdaki not 1 ve J. H. Jackson, 'Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis', 86 AJIL, 1992, s. 310; N. Valticos, 'Pluralite des Ordres Juridiques et Unite de Droit International Public', *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century* (ed. J. Markarczyk), The Hague, 1996, s. 301, ve J. Dhommeaux, 'Monismes et Dualismes en Droit International des Droits de l'Homme', AFDI, 1995, s. 447. Ayrıca bkz., D. T. Bjorgvinsson, *The Intersection of International Law and Domestic Law: A Theoretical and Practical Analysis*, Cheltenham, 2015.

<sup>8</sup> H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Berlin, 1899.

<sup>9</sup> K. Strupp, 'Les Regles Generales du Droit International de la Paix', 47 HR, 1934, s. 389. Ayrıca bkz., D. Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, 3. Baskı, Rome, 1928, Cilt: 1, ss. 43 vd.

<sup>10</sup> Bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 53.

sisteme yönelik derin kuşkuyu yansıtır, ancak aynı zamanda uluslararası sisteme, insan haklarına saygı ve bireylerin refahı üzerine kurulu ahlaki amaç ve adalet duygusu zerk etmek için uluslararası hukuk kurallarının kapasitesine olan inancı gösteren bir yaklaşımdır.<sup>11</sup>

Kelsen'in monizm teorisini açıklarken başvurduğu yöntem ise belirgin şekilde farklıdır ve temel olarak Kant felsefesinden yararlanır. Hukuk, takip edilmesi gereken davranış kurallarını ve bir hukuk dışı fiil ya da davranış biçimi meydana geldiğinde ya da onlara teşebbüs edildiğinde verilecek cezalara dair hükümleri ortaya koyan bir düzeni tesis eden bir olgu olarak görülür. Aynı tanım hem iç hem de uluslararası alana ilişkin geçerli olacağı için mantıklı bütünlük adım adım ilerler ve devletler birbirleriyle hukuki ilişkilerinde eşitliği öne süren kurallar gibi uluslararası hukuk kurallarına muhtaç olduklarından ve o kural olmaksızın devletler hukuk önünde eşit olamayacaklarından uluslararası hukuk ulusal hukuktan daha üstündür ya da daha önceliklidir sonucuna ulaşılır.<sup>12</sup>

Daha önce de atıfta bulunulduğu üzere Kelsen, belli bir kuralın hukukiliğinin o kuralın daha önceki kurala uygun olduğu takdirde onaylanmasına bağlı olduğu düşüncesine dayanan bir hiyerarşik sistem öngörmüştü. Önceki ya da daha üst kurallara atıfta bulunma süreci hukuk sisteminin temel normu ile sona erer. Ancak devletlerin hukuki karakteri (yetkisi, egemenliği ve eşitliği gibi) uluslararası hukuk tarafından temellendirildiği için, bu temel norm sadece göreceli anlamda temeldir. Bu yüzden Kelsen, ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliğinin nihai sebebinin de uluslararası hukuk sisteminin temel normu olduğunu ileri sürerek, uluslararası hukukun üstünlüğü temelinde tüm hukuk sisteminin birliğini vurgular.<sup>13</sup>

Fitzmaurice ve Rousseau gibi düşünürler tarafından formüle edilen ve düalist pozisyonda kısmi bir değişikliğe dayanan üçüncü bir yaklaşım ise gerçeklikle irtibatlı kabul edilen bir teorik çerçevenin kurulmasına çalışır. Bu yaklaşım, uluslararası hukuk ve ulusal hukuk arasında bir sistemin diğerine göre daha üstün ya da daha aşağı olduğu herhangi bir ortak alanın söz konusu olmadığını savunur. Fransız hukuku ve İngiliz hukukunun kendi ülkelerinde üstün olması gibi her sistem de kendi faaliyet alanında üstündür. Tıpkı Fransız hukukunun İngiliz hukukunun üstünde olduğundan bahsedilemeyeceği ve yalnızca her biri kendi alanında işleyen iki ayrı hukuk sistemine işaret edilebileceği gibi, uluslararası hukuk ve iç hukuk ilişkisine de aynı şekilde yaklaşmak mümkündür. Onların ikisi de birbirinden müstakil ulusal ve uluslararası sistemler içerisinde işleyen hukuk unsurlarıdır ve farklı yargı sistemleri içerisinde var olurlar.

Karşılaşılabilen, sıklıkla da karşılaşılan bir durum yükümlülükler çatışması olarak tanımlanan bir olgudur. Bu çatışma, devletin kendi dahili alanı içerisinde uluslararası hukuk tarafından getirilen yükümlülüklerle uygun hareket etmediği durumlarda ortaya çıkar. Bu tür bir durumda iç huk.taki konum etkilenmez (ve uluslararası hukukun bir karşı kuralı ile geçersiz kılınmaz), fakat daha ziyade, devlet uluslararası alanda faaliyet gösterirken bir uluslararası hukuk kuralını çiğnemiş olur ve bunun çaresi diplomatik itiraz ya da hukuki işlem yoluyla uluslararası alanda olacaktır.

Sorunu bu yöntemle çözmeye, teorik mütaaalaların içine dalmayı gerektirmez, ancak pratik olmayı ve devlet uygulamasının ve uluslararası yargı kararlarının çoğunluğuna uygun

<sup>11</sup> Lauterpacht, *International Law*. Ayrıca bkz., Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, 1950.

<sup>12</sup> Kelsen, *Principles*, ss. 557-9. Ayrıca bkz., Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, ss. 363-80. Scelle, uluslararası hukuki monizmi toplumda insanlararası ilişkiye dayalı olarak sosyolojik temelde açıklar. Bkz., Daillier ve diğerleri, *Droit International Public*, s. 108.

<sup>13</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda 2. Bölüm.

davranmayı hedefler.<sup>14</sup> Nitekim, uluslararası hukukun genişleyen alanı, çoğu devletin bir ara pozisyonu kabul etmesine yol açmıştır. Bu pozisyon da, uluslararası hukuk kuralları ayrı bir sistemin parçası olarak görülmekte, ancak duruma bağlı olarak ülke içinde uygulanma ehliyetine sahip olarak değerlendirilmektedir; öte yandan da ulusal mahkemeler giderek daha çok uluslararası hukuk kurallarını yorumlamakla yükümlü tutulmaktadır.<sup>15</sup> Bunu gerçekleştirmenin bir sonucu olarak, bazı koordinasyon ilkeleri ortaya çıkmıştır. Kendi perspektifinden uluslararası hukuk (aşağıdaki kısımda işaret edildiği gibi) bir devletin yerel ya da ulusal hukuka dayanarak uluslararası bir kuralı ortadan kaldıramayacağını altını çizmektedir. Uluslararası belgeler, özellikle de ulusal ya da bölgesel mahkemeleri kuranlar, taraf devletlere kendi kurallarını işletebilecekleri bir alan açmaya izin vermeye çalışmaktadırlar. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu sözleşmeye taraf olanların diğerlerine nazaran bazı hükümleri oluşturma ve uygulamada daha fazla özgürlüğe sahip olmalarını öngören takdir yetkisi kavramını geliştirmiştir.<sup>16</sup> Yine, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 5. maddesi uyarınca ikincillik (*subsidiarite*) fikri AB düzeyinde gerçekleştirilen faaliyetlerin ulusal, bölgesel ya da yerel düzeyde mevcut olan imkanların ışığında meşrulaştırılabilmesi için vatandaşlara mümkün olan en yakın şekilde kararların alınmasını öngörmektedir. *Subsidiarite* ilkesi uyarınca ulusal, bölgesel ya da yerel düzeyde gerçekleşen faaliyetten daha etkin olmadığı müddetçe (münhasır yetki alanı içindekiler hariç olmak üzere) AB faaliyette bulunmaz. Bu, AB'nin faaliyetlerinin antlaşmaların amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olanın ötesine geçemeyeceğini öngören orantılılık ilkesiyle sıkı biçimde ilişkilidir. Benzer şekilde, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde bir kabul edilebilirlik ilkesi olan ve Mahkeme Statüsü'nün 17. maddesinde yansıtılan tamamlayıcılık ilkesi, mahkemenin sadece iddia edilen suçun ulusal hukuk sistemi tarafından soruşturulamayacağı ya da kovuşturulamayacağı, veya soruşturulamayacağı ya da kovuşturulamayacağı, durumlarda yetki kullanmasını sağlamayı amaçlamaktadır.<sup>17</sup> Daha genel olarak belirtmek gerekirse, bir devletin vatandaşlarının taleplerini uluslararası düzeye taşımadan önce, vatandaşın mevcut bulunan ve etkin iç hukuk başvuru yollarını tüketmesi gerektiğine ilişkin bir kural bulunmaktadır<sup>18</sup> ve bu kural uluslararası ve bölgesel insan hakları antlaşmalarında yer almaktadır.<sup>19</sup> Ulusal bakış açısından aradaki ilişkiyi yönetmeye çalışan ilkeler ortaya çıkmıştır. Örneğin mevzuatın uluslararası hukuka uygun bir şekilde yorumlanması gerektiğine dair bir varsayım<sup>20</sup> ve aksine bir mevzuat bulunmadıkça uluslararası teamül hukukunun İngiliz teamül hukukunun parçasını oluşturduğuna dair bir kavram mevcuttur.<sup>21</sup> Uluslararası terörizmin arttığı bir dönemde ulusal güvenlik ile uluslararası insan hakları ilişkisine dair çeşitli zorluklar da son zamanda ortaya çıkmıştır.

<sup>14</sup> G. Fitzmaurice, 'The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law', 92 HR, 1957 II, ss. 5, 70-80; C. Rousseau, *Droit International Public*, Paris, 1979, ss. 4-16; E. Borchard, 'The Relations between International Law and Municipal Law', 27 *Virginia Law Review*, 1940, s. 137; M. S. McDougal, 'The Impact of International Law upon National Law: A Policy-Orientated Perspective', McDougal ve diğerleri, *Studies in World Public Order*, New Haven, 1960, s. 157; P-M Dupuy, 'Relations between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law', *The Law of International Responsibility* (ed. J. Crawford., A. Pellet ve S. Olleson), Oxford, 2010, s. 173 ve H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London, 1958, ss. 262, 314 ve 332.

<sup>15</sup> İlgili teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Shany, *Regulating Jurisdictional Relations*, ss. 92 vd.

<sup>16</sup> Bkz. 6. Bölüm.

<sup>17</sup> Bkz. 7. Bölüm.

<sup>18</sup> Bkz. 13. Bölüm.

<sup>19</sup> Bkz. 6. Bölüm.

<sup>20</sup> Bkz. bu bölümde aşağıda.

<sup>21</sup> Bkz. bu bölümde aşağıda.

### Uluslararası Hukukta Ulusal Hukuk Kurallarının Rolü<sup>22</sup>

Uluslararası hukukun konuya bakışı çok açıktır. Uluslararası alanda ulusal hukukun pozisyonuna ilişkin genel kural, uluslararası hukukun bir şartını ihlal eden devletin kendisini iç hukuki konumuna atıfta bulunarak meşrulaştıramayacağıdır. Bir uluslararası yükümlülüğün ihlali, devletin kendi ulusal hukukunun dikte ettiği kuralları takip ettiği için o yönde hareket ettiğine dair bir gerekçe ile savunulamaz. İç hukuki kuralların uluslararası sorumluluktan kaçınmak için bir bahane olarak ileri sürülememesinin sebepleri açıktır. Eğer buna kapı aralansaydı, her bir durumda basit bir iç düzenleme yöntemi ile uluslararası hukukun aşılmasına imkan verilmiş olurdu.

Bu yüzden, devlet uygulaması ve uluslararası mahkeme kararları bu hükmü tesis etmiş ve böylece uluslararası hukuk davası olan ülkelerin uluslararası hukuku sınırlandırma yöntemi olarak iç hukukunu öne sürmesinin yolunu kesmiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı Devlet Sorumluluğu Hakkındaki Maddeler'in 3. maddesi 'bir devletin bir fiilinin uluslararası açıdan yanlış olarak tanımlanması uluslararası hukuk tarafından yapılır. Bu tür tanımlama aynı fiilin ulusal hukuk tarafından hukuki olarak tanımlanmasından etkilenmez' şeklindedir.<sup>23</sup> 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesi, antlaşmalar göz önüne alındığında, bir tarafın bir uluslararası anlaşmayı uygulamamasını meşrulaştırmak için kendi iç hukukunun hükümlerini ileri süremeyeceği kuralını koymuştur.

Sözleşmenin 46(1). maddesi, bir devletin, bir antlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun antlaşma akdetme yetkisiyle ilgili bir hükmünü ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakasına, rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramayacağını belirtmiştir.<sup>24</sup> Kendi iç hukukunun ihlali, 'aşıkâr ve temel önemi haiz bir kural olmadığı' müddetçe bu durum geçerlidir. 46 (2). madde, böyle bir ihlal, normal uygulamaya göre ve iyi niyet gereğince konuya yaklaşan herhangi bir devlet tarafından objektif olarak açık görünüyorsa bu ihlalin aşıkâr olduğunu belirtmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı bu kuralı, *Cameroon v. Nigeria* davasında Nijerya tarafından ileri sürülen, iki devlet başkanı tarafından imzalanan 1975 Maroua Deklarasyonu'nun henüz onaylanmadığı için geçerli sayılamayacağına dair argüman bağlamında incelemiştir.<sup>25</sup> Mahkeme, Viyana Sözleşmesi'nin 7 (2). maddesinin, devlet başkanlarının, görevleri gereği ve yetki belgesine başvurmaksızın kendi devletlerini temsil ettiklerini kabul ettiğini belirtti. Mahkeme ayrıca 'devletlerin kendi uluslararası ilişkileri için önemli olan ya da olma potansiyeli taşıyan diğer devletlerdeki yasal ve anayasal gelişmeler konusunda bilgilenmeleri gerektiğine dair bir genel yasal zorunluluğun olmadığı' görüşünü de esas almıştır.<sup>26</sup>

Bu tür hükümler içtihat hukukunda yansıtılmıştır. 1872 tarihli *Alabama Claims* tahkiminde, Birleşik Devletler, bir Konfedere devlet gemisinin Amerikan gemilerini aldatmak için Merseyside'dan sefere çıkmasına Britanya'nın izin vermesine şiddetle itiraz etmiştir. Mahkeme, İngiliz mevzuatında geminin inşası ya da sefere çıkmasını önlemek için gerekli hukuki hükümlerin olmayışının savunma olarak ileri sürülemeyeceğini belirtmiş ve Britanya

<sup>22</sup> Örneğin bkz., C. W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, London, 1964, 9. Bölüm; H. Lauterpacht, *The Development of International Law*, ve Morgenstern, 'Judicial Practice', ss. 43 vd. Ayrıca bkz., A. Roberts, 'Comparative International Law? The Role of National Courts in International Law', 61 ICLQ, 2011, s. 57.

<sup>23</sup> Appended to General Assembly resolution 56/83, 2001. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 14. Bölüm.

<sup>24</sup> Ayrıca, Devletlerin Hak ve Yükümlülükleri Hakkında Taslak Deklarasyon (1949)'un 13. maddesi 'her devletin antlaşmalar ve uluslararası hukukun diğer kaynaklarından doğan yükümlülüklerini iyi niyet çerçevesinde yerine getirme görevi' olduğunu ve 'bu görevi yerine getirmemenin bir bahanesi olarak anayasasına ve kanunlarına başvuramayacağını' belirtmektedir. Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1949, ss. 286, 289.

<sup>25</sup> ICJ Reports, 2002, ss. 303, 430 vd.

<sup>26</sup> *A.g.e.*, s. 430. Fakat *Anglo-Norwegian Fisheries* davasında mahkeme Norveç'in karasularının sınırlarını çizme sisteminin bilinmediği iddiasına karşı 'Kuzey Denizi balıkçılığı ile son derece ilgili bir kıyı ülkesi olarak Birleşik Krallık'ın 'ilgili Norveç kararı hakkında bilgisiz olamayacağı' görüşünü belirtmiştir. Bkz., ICJ Reports, 1951, s. 116; 18 ILR, ss. 86, 101.

söz konusu savaş gemisinin neden olduğu zararları ödemekle yükümlü tutulmuştur.<sup>27</sup> *Polish Nationals in Danzig* davasında, mahkeme 'bir devletin diğer bir devlete karşı kendi anayasasını uluslararası hukuk ya da yürürlükteki antlaşmalar altında yükümlü olduğu sorumluluklardan kaçınmak için ileri süremeyeceğini' ifade etmiştir.<sup>28</sup>

Uluslararası Adalet Divanı *Applicability of the Obligation to Arbitrate* davasında<sup>29</sup> 'uluslararası hukukun iç hukukun üzerinde olması, uluslararası hukukun temel ilkesidir' görüşünün altını çizmiştir. Hakim Shahabuddeen *Lockerbie* davasında<sup>30</sup> iç hukuk çerçevesinde bir fiilin gerçekleştirilememesinin uluslararası yükümlülükler uymamanın gerekçesi olmayacağını belirtmiştir. *LaGrand* davası<sup>31</sup> bu yorumu güçlendirmiştir ve mahkeme, ABD'nin prosedüre ilişkin tamamlayıcı hükmünün sonucunun<sup>32</sup>, (ki LaGrand kardeşlerin ABD federal mahkeme sistemi önünde ABD'nin Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi uyarınca varolan yükümlülüklerini ihlal ettiği yönündeki itirazını önleyecekti) ABD'nin sözleşmeyi ihlal etmesi hususundaki sorumluluğu üzerinde etkiye sahip olmadığını belirtmiştir.<sup>33</sup> Mahkeme *Avena* davasında<sup>34</sup> bu yaklaşımın altını çizmiş ve 'Viyana Sözleşmesi uyarınca garanti altına alınan hakların, ABD'nin söz konusu kişiye ilişkin - ABD Anayasa Hukuku uyarınca normal kanun yolundan bağımsız olarak - uymayı taahhüt ettiği antlaşma hakları olduğunu' belirtmiştir. Mahkeme bu davada, (ki davanın konusu Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'ni ihlal ederek yabancı mahkumların kendi devletlerinin konsolosluk görevlilerine ulaşmalarına izin verilmemesi hususunu içeriyordu) bir adım ileri giderek, 'Her bir davada yetkili makamlar tarafından 36. maddenin ihlal edilmesinin cezai adalet yönetimi sürecinde davalıya karşı zarara sebep olup olmadığının tespit edilmesi' ve 'bu ihlalleri düzeltmenin yolunun, ABD mahkemeleri tarafından bu kişilerin davalarının yeniden incelenmesine izin verilmesi hususunda ABD üzerindeki yükümlülüğe dayanması' gerektiğini belirtmiştir.<sup>35</sup> Bunun aksine, Uluslararası Adalet Divanı *Eletronica Sicula SpA (ELSI)* davasında<sup>36</sup> bir kamu otoritesinin fiilinin ulusal hukukta gayrihukuki olmasının söz konusu fiilin uluslararası hukukta da mutlaka gayrihukuki olacağı anlamına gelmeyeceğine işaret etmiştir.

Bununla beraber, uluslararası hukukun ulusal hukuk üzerinde olduğuna dair uluslararası mahkemelerdeki bu tür açıklamalar, ulusal mevzuat hükümlerinin ilgisiz ya da gereksiz olduğu anlamına gelmemektedir.<sup>37</sup> Aksine, ulusal hukuk kurallarının rolü uluslararası hukuk mekanizmasının işleyişi için hayatidir. Uluslararası hukuk açısından önemlilik arz eden çeşitli konular hakkında devletin hukuki pozisyonunu anlama ve keşfetmenin mümkün olduğu yollardan biri de ulusal hukuku incelemektir.<sup>38</sup> Bir ülke, karasularının genişliği ya da iddia ettiği yargı yetkisi veya uyrukluk elde etmenin şartları gibi hayati uluslararası konular

<sup>27</sup> J. B. Moore, *International Arbitrations*, New York, 1898, Cilt: 1, ss. 495, 653. Ayrıca bkz., *Free Zones* davası, PCIJ, Series A/B, No. 46, 1932, s. 167; 6 AD, s. 362; *Greco-Bulgarian Communities* davası, PCIJ, Series B, No. 17, 1930, s. 32; 5 AD, s. 4, ve *Nottebohm* davası, ICJ Reports, 1955, ss. 4, 20-1; 22 ILR, ss. 349, 357-8.

<sup>28</sup> PCIJ, Series A/B, No. 44, ss. 21, 24; 6 AD, s. 209. Ayrıca bkz., *Georges Pinson* davası, 5 RIAA, s. 327; 4 AD, s. 9.

<sup>29</sup> ICJ Reports, 1988, ss. 12, 34; 82 ILR, ss. 225, 252.

<sup>30</sup> ICJ Reports, 1992, ss. 3, 32; 94 ILR, ss. 478, 515. Ayrıca bkz., *Westland Helicopters Ltd and AOI* 80 ILR, ss. 595, 616.

<sup>31</sup> ICJ Reports, 2001, ss. 466, 497-8; 134 ILR, ss. 1, 35-6.

<sup>32</sup> ABD'de Ceza Hukukuna ilişkin bu federal kural, esasen, bir davanın eyalet mahkemesine getirilmediyse federal mahkeme önüne getirilmesini önler. Bkz., ICJ Reports, 2001, ss. 477-8.

<sup>33</sup> Ayrıca, *Sözleşmenin İhlali Durumunda Kanununun Yayınlanması ve Yürürlüğe Girmesi* hakkında Amerikalılar arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin İstisari Görüşü'ne bakılabilir; 116 ILR, ss. 320, 332-3.

<sup>34</sup> ICJ Reports, 2004, ss. 12, 65; 134 ILR, ss. 120, 168.

<sup>35</sup> *A.g.e.*, s. 60. Başkan Bush, sonrasında, mahkemelere Uluslararası Adalet Divanı kararının yürürlüğe girmesi konusunda talimat yayınladı. Bkz., 44 ILM, s. 461 (28 February 2005).

<sup>36</sup> ICJ Reports, 1989, ss. 15, 73-4; 84 ILR, ss. 311, 379-80. Ayrıca bkz., *Compania de Aguas del Aconquija v. Argentina* 41 ILM, 2002, ss. 1135, 1154.

<sup>37</sup> Örneğin bkz., Jenks, *Prospects*, ss. 547-603, ve K. Marek, *Droit International et Droit Interne*, Paris, 1961.

<sup>38</sup> Örneğin bkz., *Anglo-Iranian Oil Co.* davası, ICJ Reports, 1952, s. 93; 19 ILR, s. 507.

hakkındaki kendi görüşünü ulusal hukuk yapımı mekanizmasının aracılığıyla ortaya koyacaktır. Bu yüzden bir uluslararası mahkeme, sıklıkla, önündeki dava hakkında karar verme sürecinde ilgili ulusal mevzuatın incelenmesi ihtiyacını hissedecektir. Nitekim, tartışma konularının iç hukukun yorumu üzerine odaklandığı ve uluslararası hukuk kurallarının dar anlamıyla konu olmadığı *Serbian Loans* davası (1929)<sup>39</sup> gibi örnekler mevcuttur. Dahası, bir mahkeme gerekli olduğu durumlarda ulusal hukuk konseptlerine başvurabilir.<sup>40</sup> Ancak, bir uluslararası mahkemenin ulusal hukuk konseptlerine başvurma konusunda açık ya da zımni bir gerekliliğin olmadığı durumlarda bu konseptleri değerlendirme noktasında ihtiyat göstermesinin zaruri olduğu da aşikardır ve iki hukuk sistemi birbirinin yerine otomatik olarak geçmemelidir.<sup>41</sup>

Bir devletin uluslararası öneme sahip konulardaki hukuki pozisyonunu açığa çıkarmada ulusal hukukun rolüne ek olarak, ulusal hukuk kuralları uluslararası mahkemeler önündeki yargulamalarda olguları ortaya koyar, ancak uluslararası yükümlülükler ya da herhangi ilgili uygulanabilir bir kanuna riayet etme ya da etmemenin kanıtı olarak da yararlanılabilir.<sup>42</sup> *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* davasında, Daimi Uluslararası Adalet Divanı şu açıklamada bulunmuştur:

“Uluslararası hukuk ve onun organı olan Mahkeme açısından, ulusal hukuk, hukuki kararlar ve idari işlemler gibi aynı şekilde sadece devletlerin iradelerini açıklayan ve faaliyetlerini ortaya koyan bir olgudur. Mahkemenin kesinlikle bu şekilde Polonya hukukunu yorumlaması istenemez, fakat Polonya'nın hukuku uygularken Cenevre Sözleşmesi uyarınca Almanya'ya yönelik yükümlülüklerine uygun hareket edip etmediği konusunda Mahkemenin karar vermesini engelleyecek bir husus da mevcut değildir.”<sup>43</sup>

Bununla birlikte, ulusal hukuk kurallarının uluslararası hukuk alanı içerisindeki birçok işlevine karşın, bir devletin iç hukuk yapısı içerisinde (eğer varsa anayasası da dahil) belli bir hükmün varlığı ya da yokluğunun uluslararası bir yükümlülükten kaçınmak için kullanılamayacağı özellikle vurgulanmalıdır. Başka türlü bir çözüm uluslararası hukuk işlemlerini, daha ziyade, tartışmalı yapardı. Diğer yandan, uluslararası hukuk ulusal hukukun herhangi bir kuralını geçersiz kılamaz<sup>44</sup> ve bir ulusal kanunu çok nadir olarak ulusal otoritelere zıt olacak şekilde yorumlar.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> PCIJ, Series A, No. 20; 5 AD, s. 466. Ayrıca bkz., *Brazilian Loans* davası, PCIJ, Series A, No. 21.

<sup>40</sup> Örneğin ulusal hukuktaki sınırlı sorumlu şirket kavramını esas alan *Barcelona Traction* davasına ilişkin bkz., ICJ Reports, 1970, s. 3; 46 ILR, s. 178.

<sup>41</sup> Örneğin bkz., *Exchange of Greek and Turkish Populations* davası, PCIJ, Series B, No. 10, ss. 19–21; 3 AD, s. 378. Ayrıca, *South West Africa* davasında Hakim McNair'in özel hukuk kurum ve kavramlarının uluslararası hukuka tümüyle ithal edilemeyeceği yönündeki farklı görüşü için bkz., ICJ Reports, 1950, s. 148; 17 ILR, s. 47. Ayrıca konu hakkında bkz., Hakim Fitzmaurice'in *Barcelona Traction* davasındaki Ayrı Oy Görüşü, ICJ Reports, 1970, ss. 3, 66–7; 46 ILR, ss. 178, 240–1, ve Mahkeme Başkanı Cassese'nin *Erdemovic* davasındaki Ayrı ve Karşı Oy Görüşleri, 111 ILR, ss. 298, 387 vd.

<sup>42</sup> Örneğin bu konuda *uti possidetis* (toprak bütünlüğüne saygı) ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme için bkz., aşağıda 9. Bölüm.

<sup>43</sup> PCIJ, Series A, No. 7, s. 19; 3 AD, s. 5. Ayrıca Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nde görülen *Saiga (No.2)* davası hakkında bkz., 120 ILR, ss. 143, 188, ve *Benin v. Niger*, ICJ Reports, 2005, ss. 90, 125 ve 148. Eleştiri için örneğin bkz., *Brownlie's Principles*, ss. 52–4.

<sup>44</sup> Örneğin bkz., *Interpretation of the Statute of Memel*, PCIJ Series A/B, No 49, ss. 294, 336.

<sup>45</sup> Örneğin bkz., *Diallo*, ICJ Reports, 2010, ss. 639, 665, mahkeme kendi iç hukukunu yorumlamanın ilk olarak her bir devletin kendi vazifesi olduğu, mahkemenin prensip olarak ulusal otoritelerinkinin yerine (özellikle yorum en üst mahkeme tarafından yapılmışsa) kendisinin yorum yapma yetkisine sahip olmadığını hatırlatmıştır. Bu konuda bkz., *Serbian Loans*, Judgment No. 14, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 20, s. 46 ve *Brazilian Loans*, Judgment No. 15, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 21, s. 124. İstisnai olarak, bir devletin kendi iç hukuku hakkında açıkça yanlış yorumda bulunduğu – özellikle de devam eden bir davada avantaj elde etme amacıyla – bir durumda, doğru yorumun ne olduğunu tespit etmek mahkemenin işidir.

ULUSAL MAHKEMELER ÖNÜNDE ULUSLARARASI HUKUK<sup>46</sup>

Öte yandan, ulusal hukuk sistemi içerisinde uluslararası hukukun rolü hususundaki problem, iç hukuk sisteminden görüldüğü şekliyle, yukarıda tartışılmış pozisyonundan çok daha çetrefillidir ve bu konu hakkında birçok farklı yaklaşım söz konusudur. Devletler kuşkusuz ki uluslararası hukuk kuralları mucibince hareket etme yükümlülüğü altındadır ve bu yükümlülüğün ihlali - yasama, yürütme ya da yargı organlarının hangisi tarafından olursa olsun veya bu konudaki ulusal hukuk her ne olursa olsun - sorumluluk doğuracaktır.<sup>47</sup> Üstelik, uluslararası anlaşmalar taraf olan devletler üzerinde ulusal mevzuat değişimi empoze edebilirler.<sup>48</sup> Bağlayıcı BM Güvenlik Konseyi kararları da benzeri şekilde devletlerin kendi yetki alanı içerisinde belli bir eylemde bulunmalarını gerekli kılabilir.<sup>49</sup> Nitekim, ulusal hukuk sistemlerinin içerisinde uluslararası hukuk kurallarının giderek daha çok dahil edilmesine ve ulusal mahkemeler tarafından uluslararası boyuta sahip konulara ilişkin daha geniş yargı yetkisi kullanılmasına yönelik bariz bir eğilim vardır. Bu durum, daha önce var olan uluslararası hukuk ve ulusal hukukun otonom alanları arasındaki ayrımın bulanıklaşmasına, uluslararası hukuk kurallarının rolünün yeniden değerlendirilmesine ve ulusal mahkemelerin kendi hükümetlerinin uygulamalarını uluslararası hukukun ışığında incelenmesi hususunda hazırlıklı olmasına yol açmıştır.<sup>50</sup> Üstelik, ulusal mahkemeler sıklıkla önlerindeki davaya ilişkin olarak bir uluslararası hukuk kuralının ne anlama geldiğini belirlemek<sup>51</sup> veya devlet dokunulmazlığı ile işkencenin yasaklanması<sup>52</sup> ya da insan hakları antlaşma kuralları ile bağlayıcı Güvenlik Konseyi kararları<sup>53</sup> gibi uluslararası hukuk kuralları arasındaki çatışmaları çözümlenmek zorunda kalabilirler. İki sistem arasındaki ilişkiler bağlamında ifade edecek olursak, bir ulusal karara ilişkin uluslararası düzeyde *res judicata* (bağlayıcı ya da kesin hüküm) olamaz; bunun istisnası belli bir davada bunu sağlamaya yönelik belirli bir talimatın olması durumudur.<sup>54</sup> Ulusal hukuk sistemlerinde uluslararası kararlara ilişkin uygulama ise değişkendir. Ulusal mahkemeler sıklıkla uluslararası kararlara atıfta bulunur ve uluslararası ve ulusal tahkim kararlarına *res*

<sup>46</sup> Örneğin bkz., Morgenstern, 'Judicial Practice', ss. 48–66, ve Conforti, *International Law*. Ayrıca bkz., H. Mosler, 'L'Application du Droit International Public par les Tribunaux Nationaux', 91 HR, 1957 I, s. 619; W. Wenger, 'Reflexions sur l'Application du Droit International Public par les Tribunaux Internes', 72 *Revue Ge'nerale de Droit International Public*, 1968, s. 921; E. Benveniste, 'Judges and Foreign Affairs: A Comment on the Institut de Droit International's Resolution on "The Activities of National Courts and the International Relations of their State"', 5 EJIL, 1994, s. 423. Ayrıca bkz. *The Interpretation of International Law by Domestic Courts* (ed. H. P. Aust ve G. Nolte), Oxford, 2016; S. Weill, *The Role of National Courts in Applying International Humanitarian Law*, Oxford, 2014; P-H Verdier ve M. Versteeg, 'International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation', 109 AJIL, 2015, s. 514; A. Nollkaemper, 'The Duality of Direct Effect of International Law', 25 EJIL, 2014, s. 105 ve International Law Association, Final Report of Study Group on the Principles on the Engagement of Domestic Courts with International Law, 2016.

<sup>47</sup> Örneğin bkz., *Exchange of Greek and Turkish Populations* davası, PCIJ, Series B, No. 10, s. 20, ve the *Finnish Ships Arbitration*, 3 RIAA, s. 1484. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 13. Bölüm.

<sup>48</sup> Örneğin terörizm karşıtı sözleşmeler tarafından getirilen yükümlülüklerle ilişkin bkz., aşağıda 11. Bölüm, s. 489. Ayrıca *Furundzija* davasında 2. Daire'nin kararı için bkz., 121 ILR, ss. 218, 248–9.

<sup>49</sup> Güvenlik Konseyi tarafından alınan terörizm ve kitle imha silahlarının yayılması karşıtı önlemlerin etkisine ilişkin bkz., aşağıda 21. Bölüm.

<sup>50</sup> Örneğin bkz., Shany, *Regulating Jurisdictional Relations*; A. Nollkaemper, 'Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts', 101 AJIL, 2007, s. 760, ve *New Perspectives on the Divide Between National and International Law* (ed. A. Nollkaemper ve J. E. Nijman), Oxford, 2007. Ayrıca bkz., Conforti, *International Law*.

<sup>51</sup> Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen yargı yetkisi konsepti için bkz., *Al-Skeini v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26; 133 ILR, s. 693.

<sup>52</sup> Örneğin bkz., *Jones v. Saudi Arabia* [2006] UKHL 26; 129 ILR, s. 713.

<sup>53</sup> Örneğin bkz., *Al-Jedda v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 58.

<sup>54</sup> Örneğin bkz., *Brownlie's Principles of Public International Law*, s. 59.

*judicata* niteliği kazandırabilir.<sup>55</sup> Aynı zamanda, uluslararası hukuk kurallarının ulusal sistemlerde tam olarak nasıl uygulanacağına karar verme konusunda ilgili devletin anayasası hayati önem arz eder. Bu bağlamda, örneğin, İngiltere’de en önemli ilkeler kuvvetler ayrılığı, Parlatentonun üstünlüğü ve yargının bağımsızlığını içermektedir.<sup>56</sup>

Aşağıdaki bölümde, ulusal mahkemelerce benimsenen yaklaşımlar incelenecektir. İlk olarak İngiliz mahkemelerinin tutumlarına bakılacak ve sonrasında da ABD ve diğer ülkelerin mahkemelerinin görüşleri değerlendirilecektir.<sup>57</sup>

### Birleşik Krallık<sup>58</sup>

Mahkemelerin prensip olarak uluslararası hukukta mevcut kuralları uygulaması gerektiği Birleşik Krallık’ın kamu politikasının bir unsurudur.<sup>59</sup> Bu, bununla birlikte, bir mahkemenin takdir yetkisi kullanması durumunda, hükümet işlemlerinin uluslararası yükümlülüklerle uyumlu olmasını ve bunları ihlal etmemesini sağlamaya mecbur olduğu anlamına gelmez.<sup>60</sup>

Devletin yetkisi içerisinde uluslararası hukuk kurallarının uygulanabilirliğini açıklamak için değişik teoriler ileri sürülmüştür. Pozitivist-düalist pozisyonun bir görüşü *dönüştürme* (*transformation*) doktrindir. Bu yaklaşım birbirinden ayrı olarak işleyen tamamıyla farklı iki hukuk sistemi algısına dayanmaktadır. Bu doktrine göre, uluslararası hukukun bir kuralı ya da ilkesi ulusal devletin yetkisi içerisinde herhangi bir etkiye sahip olmadan önce, bu kural ya da ilke kanun yapımı gibi uygun anayasal mekanizmaların kullanımı yoluyla açık ve spesifik olarak ulusal hukuka ‘dönüştürülmelidir’. Bu doktrin, uluslararası anlaşmaların egemenin onayıyla ulusal hukukta yürürlüğe girmesi prosedüründen ortaya çıkmıştır ve uluslararası hukukun herhangi bir kuralının ulusal hukuk düzeni içerisinde geçerli olması

<sup>55</sup> Bkz., Shany, s. 159 vd. Ayrıca bkz., UK Arbitration Act 1996, 58. ve 66. Bölümler; 9 USC § 13 ve UNCITRAL Model Law on International Commercial Law, 2006, 17 (H) 1. madde. Bu durum kuşkusuz ki çoğunlukla taraflara ve ilgili konuya bağlı olacaktır. Uluslararası Adalet Divanı kararları ve görüşlerinin etkisine ilişkin bkz., aşağıda 18. Bölüm.

<sup>56</sup> Örneğin bkz. *R v Lyons* [2002] UKHL 44, para. 105, per Lord Millett.

<sup>57</sup> *Oppenheim’s International Law*’da ifade edildiği üzere, ‘devletler uluslararası hukuk kurallarını kendi ülkeleri içerisinde yürürlüğe koyarken prosedürler konusunda ciddi esneklik gösterirler... prosedürler farklılık göstermekle birlikte, sonuç olarak uluslararası hukukun gerekliliklerinin ülke içinde yürürlüğe girmesi genellikle tüm devletler tarafından gerçekleştirilir.’ Bkz., *Oppenheim’s International Law*, s. 54.

<sup>58</sup> Örneğin bkz., Morgenstern, ‘Judicial Practice’; H. Lauterpacht, ‘Is International Law a Part of the Law of England?’, 25 *Transactions of the Grotius Society*, 1939, s. 51; J. E. S. Fawcett, *The British Commonwealth in International Law*, London, 1963, Bölüm 2; *Oppenheim’s International Law*, ss. 39–41, ve W. Holdsworth, *Essays in Law and History*, Oxford, 1946, s. 260. Ayrıca bkz., J. Collier, ‘Is International Law Really Part of the Law of England?’, 38 *ICLQ*, 1989, s. 924; Higgins, *Problems and Process*, 12. Bölüm; R. O’Keefe, ‘Customary International Crimes in English Courts’, 72 *BYIL*, 2001, s. 293; K. Reece Thomas, ‘The Changing Status of International Law in English Domestic Law’, 53 *NILR*, 2006, s. 371; S. Fatima, *Using International Law in Domestic Courts*, Oxford, 2005, D. Feldman, ‘Monism, Dualism and Constitutional Legitimacy’, 20 *Australian YIL*, 1999, s. 105 ve C. McLachlan, *Foreign Relations Law*, Cambridge, 2014.. Ayrıca bkz., P. Sales ve J. Clement, ‘International Law in Domestic Courts: The Developing Framework’, *LQR*, 2008, s. 388 ve *Sanctions, Accountability and Governance in a Globalised World* (ed. J. Farrall ve K. Rubenstein), Cambridge, 2014.

<sup>59</sup> Örneğin bkz., Upjohn J, *In re Claim by Herbert Wragg & Co. Ltd* [1956], ss. 323, 334, ve Lord Cross, *Oppenheimer v. Cattermole* [1976] AC 249, 277; 72 *ILR*, s. 446. Ayrıca bkz., *Sandline v. Papua New Guinea* 117 *ILR*, ss. 552, 560. Bakanlık Kod’una atf yapıldığı üzere ‘Bakanlar uluslararası hukuk ve antlaşma yükümlülükleri de dahil olmak üzere hukuka uygun davranmakla mükelleftirler’. Bkz., *The Cabinet Manual*, 1 Baskı, Ekim 2011, s. 26, para. 3.46. Bununla birlikte Birleşik Krallık Bakanlık Kod’unun en son versiyonu (15 Ekim 2015) bakanlardan beklenen davranışları ortaya koyarken önceki ‘uluslararası hukuk ve antlaşma yükümlülükleri de dahil olmak üzere hukuka uygun davranma’ ibaresini kısaca ‘hukuka uygun davranma’ şeklinde değiştirmiştir. Bu bir miktar hoşnutsuzluğa yol açmıştır. Ancak Hükümet Ofisi yeni ibarenin de uluslararası hukuku içerdiğini beyan etmiştir. Bkz., E. Faulkner ve M. Everett, House of Commons Briefing Paper, ‘The Ministerial Code and the Independent Adviser on Ministers’ Interests, No. 03750, 21 October 2015. Ayrıca bkz., <http://www.bbc.co.uk/news/uk-34634533>

<sup>60</sup> Bkz., *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Brind* [1991] 1 AC 696, 747-8 (Lord Bridge) ve *R (Yam) v Central Criminal Court* [2016] AC 782-3 (Elias LJ).



için dönüştürülmek ya da spesifik olarak kabul edilmek zorunda olduğu görüşü üzerinde temellenmiştir.

*Dahil etme – aktarıma (incorporation) doktrini* olarak bilinen diğer bir yaklaşım ise, uluslararası hukukun anayasal onay prosedürüne ihtiyaç olmaksızın ulusal hukukun otomatik olarak bir parçası olduğunu savunmaktadır. Bu teorinin en iyi bilinen temsilcisi 18. yüzyıl hukukçusu Blackstone'dur. Blackstone, *Commentaries* adlı eserinde; görüşünü şu şekilde açıklamıştır:

*“Devletin yetkisi konusunda herhangi bir sorunun ortaya çıktığı her durumda milletler hukuku common law (İngiliz Teamül Hukuku) tarafından bütünüyle benimsenir ve ulusal hukukun bir parçası olarak görülür.”<sup>61</sup>*

Bu doktrin uluslararası teamül hukukuna atıfta bulunmaktadır ve antlaşmalara farklı kurallar uygulanmaktadır. Bununla birlikte, teamül ve antlaşma arasında daha önceden kabul edilen dikotomi – eğer kati surette devam ettirilirse – günümüzde yaşanan birçok gelişmeyi değiştirecektir. İngiliz mahkemeleri Avrupa Birliği ve onun Adalet Divanı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kaynaklı hukuki kararların etkisi<sup>62</sup> ve AB ve Avrupa Konseyi'ne üyelikten kaynaklanan diğer sonuçlar ile ilgilenmek zorunda kalmıştır. Uluslararası antlaşmaların (özellikle terörizm konularıyla ilgili olan önemli sayıda antlaşmaların) onaylanması yoluyla İngiliz hukukuna dahil edilen çok sayıdaki uluslararası hukuk kuralının yorumu ve bu antlaşmaların gerektirdiği sonraki iç düzenlemeler<sup>63</sup> ile meşgul olmuştur. Mahkemeler, uluslararası hukuk kurallarının çatışmaları ile uğraşmaya çalışmış ve dış politikanın uygulanmasına ilişkin sorun olarak ortaya çıkan konularda yetkisizliğe dair doktrinin değişen konfügirasyonlarıyla yüz yüze gelmiştir. Ayrıca, bu mahkemeler, uluslararası hukukla çatıştığı düşünülen yabancı kanunların geçerliliği ve yurtdışında uluslararası hukukun ihlal edildiği durumlarda elde edilmiş kanıtların kabul edilebilirliği gibi konularla da ilgilenmek durumunda kalmıştır.<sup>64</sup> İngiliz mahkemeleri uluslararası hukuku kendiliğinden dikkate alır<sup>65</sup>. Böylece, delil ile kanıtlanması gerekli olan yabancı hukuk kurallarından farklı olarak uluslararası hukukun kurallarının resmi olarak kanıtlanmasına ihtiyaç olmaz ve bu uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkiyi belirlemede temel bir faktördür. Hakimlerin uluslararası hukuku bildiği varsayılr. Pratikte bu, ulusal hukuk konusunda eğitim görmüş hakimlerin ve hukukçuların uluslararası hukukun farklı kaynakları ile uğraşmak zorunda olduğu anlamına gelir ve bu görevin güçlükleri uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkinin süzgecinden geçer.

### Uluslararası Teamül Hukuku

Bu bağlamda aktarıma (dahil etme) doktrini temel İngiliz yaklaşımı olmuştur. Geçmiş 18. yüzyıla kadar giden ve önemini diplomatik dokunulmazlığın kapsamının tam olarak ne olduğuna dair o dönemde ve doğal hukuk konseptlerinin baskınlığı ışığında yapılan tartışmalara borçlu olan bir teoridir.

Bu noktada önemli birkaç dava kısaca incelenecektir. *Buvor v. Barbuitt* davasında<sup>66</sup> Lord Talbot sarıh bir şekilde ‘uluslararası hukukun bütünüyle İngiliz hukukunun bir parçası olduğunu’

<sup>61</sup> *Commentaries*, IV, 5. Bölüm.

<sup>62</sup> AB antlaşmaları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukuka dahil edilmesine ilişkin 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Yasası'nın 3(1). bölümü ve 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun 2. bölümüne bakınız. Ayrıca bkz., *Kay v. Lambeth Borough Council* [2006] UKHL 10.

<sup>63</sup> Bkz., aşağıda 11. Bölüm.

<sup>64</sup> Ayrıca bkz., *A & Ors v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71.

<sup>65</sup> F. Bennion, *Statutory Interpretation*, London, 5. Baskı, 2007, s. 823 (*Re Queensland Mercantile and Agency Ltd* [1892] 1 Ch 219 at 226'den aktarılmıştır). Ayrıca bkz., *Lord Advocate's Reference No. 1 of 2000*, 2001, SLT 507, 512–13; *Chung Chi Cheung v. R* [1939] AC 160; *Trendtex v. Central Bank of Nigeria* [1977] 2 WLR 356 at 379 (per Stephenson LJ) ve *Post Office v. Estuary Radio* [1968] 2 QB 740, 756.

<sup>66</sup> (1737) Cases t. Talbot 281.

ilan etmiş ve bunun dava açısından etkisi, Prusyalı bir ticari temsilcinin uluslararası hukukla çatışan bir hükmü yerine getirmediği için sorumlu tutulmaması şeklinde olmuştur. Bu görüş 27 yıl sonra *Triquet v. Bath* davasında<sup>67</sup> yeniden gündeme gelmiş ve Lord Mansfield Bavyera hükümeti tarafından İngiltere'ye atanan diplomatın İngiliz hizmetçisinin diplomatik dokunulmazlık iddiasında bulunup bulunamayacağına ilişkin konuyu görüşürken, önceki *Buvor v. Barbut* davasına başvurmuş ve spesifik olarak Lord Talbot'un açıklamasına atıfta bulunmuştur.

Uluslararası teamül kurallarının İngiliz hukukunun bir parçası olarak kabulü – 18. yüzyıldaki bir dizi davada sarıh bir şekilde açıklanmıştır – Parlamento tarafından çıkarılan kanunların önceliğine bağlıdır ve İngiliz mahkemelerinin esas aldığı *stare decisis* (yargısal içtihatların bağlayıcılığı) ya da emsal karar ilkesi ile yumuşatılmış ve yüksek mahkemelerin kararlarının hiyerarşik sistem içinde alt mahkemeler üzerinde bağlayıcılığa sahip olduğu güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla, bir uluslararası hukuk kuralı yüksek mahkemenin kararına aykırıysa uygulanamazdı.<sup>68</sup> Ayrıca, bu dönemde uluslararası teamül hukuku kurallarının günümüze kıyasla göreceli olarak çok daha az olduğu ve bu nedenle uluslararası teamül hukuku ile ulusal hukuk arasında uygulamada az sayıda çatışmanın ortaya çıktığını da kaydetmek gerekir.

19. yüzyılda ortaya çıkan bir dizi dava konusu, çoğu hukukçunun o güne kadar kabul edilen *aktarıma doktrininin* geçerliliğinin sorgulanmasına ve onun uluslararası teamül kurallarının yalnızca mevzuat ya da içtihat hukuku yoluyla spesifik olarak onaylandığı takdirde İngiliz hukukunun parçası olabileceğini öngören *dönüştürme teorisi* ile yer değiştirmesine yol açmıştır. Bu yeni yaklaşım doğal hukuk düşüncesindeki düşüş ile devlet egemenliği ve devlet uygulamasının önemini vurgulayan pozitivistimin yükselmesini yansıtmıştır. Bu açıdan dönüm noktası *R v. Keyn* davası<sup>69</sup> olmuştur. Davanın konusu *Franconia* adında bir Alman gemisinin Manş Denizi'nde İngiltere'nin deniz kıyısından üç mil içeride bir İngiliz gemisi ile çarpışması sonucu İngiliz gemisindeki bir yolcunun ölümüne sebebiyet vermesi hakkındadır. Alman gemisinin kaptanı adam öldürme ile suçlanmıştır ve mahkeme önüne gelen konu, bir İngiliz mahkemesinin bu tür durumlarda suçluyu yargılama yetkisi olup olmadığı ile ilgiliydi.

Mahkeme üç millik kara suları içinde gerçekleşen bir olayı yargılama yetkisi veren bir İngiliz mevzuatı olmadığı sonucuna varmıştır. Böyle bir kuralın uluslararası hukukta olduğunun ifade edilmesi doğrudur, ancak devletin daha önce açık deniz olan bölgenin bir parçası üzerinde yasa yapma hakkına sahip olması bir şey, devletin kanunlarının ilgili mevzuat olmaksızın o bölge için uygulanabileceği sonucuna varmak ise başka bir şeydir. Bunlar birbirinden ayrı konulardır ve bir yanda Parlamento'nun yasa yapma yetkisi ile diğer yanda mahkemelerin önüne gelen davalarda uygun mevzuat olmaksızın ceza hukukunu uygulama yetkisi/yetkisizliğinin birbirinden ayrı tutulması zorunludur. Lord Cockburn'un vurguladığı gibi, sorun, hukuki olarak hareket eden mahkemenin ilgili bir mevzuatın olmadığı durumda Parlamento'nun yasa yapma yetkisini kullanabilip kullanamayacağıydı. Cevap olumsuz olmuş ve bu nedenle Alman kaptan serbest bırakılmıştır.

Bu dava, bazıları tarafından dönüştürme yaklaşımına doğru bir değişim olarak görülmüştür.<sup>70</sup> Fakat kara suları üzerinde yargı yetkisinin varlığı ya da yokluğu ile ilgili karar birçok açıdan muğlaktır.<sup>71</sup> Aktarıma (dahil etme) (*incorporation*) ve dönüştürme teorileri arasındaki farklılıklar, pratikte, kapsamlı teorik tartışmalardan daha çok somut sorunlar üzerinden

<sup>67</sup> (1764) 3 Burr. 1478.

<sup>68</sup> Bkz., *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* [1977] 2 WLR 356; 64 ILR, s. 111.

<sup>69</sup> (1876) 2 Ex.D. 63.

<sup>70</sup> Örneğin bkz., Holdsworth, *Essays*, ss. 263–6, ve W. Halsbury, *Laws of England*, 3. Baskı, London, 1968, Cilt: 7, s. 264.

<sup>71</sup> Örneğin bkz., Lauterpacht, 'Is International Law a Part?', ss. 60–1.

ortaya çıkmıştır. Herhangi bir olayda yeni bir *Franconia* durumu ile karşılaşmaya yönelik kuşkular, 1878 yılında çıkarılan ve benzeri durumlarda İngiliz mahkemelerine yargı yetkisi tanıyan Kara Suları Yetkisi Kanunu ile giderilmiştir.

*West Rand Gold Mining Co.* davasında<sup>72</sup> ileri sürülen görüşler, aktarıma ve dönüştürme teorileri arasındaki ayrımı daha da bulanıklaştırmıştır. Lord Alverstone, uygar ulusların ortak olarak benimsedikleri kuralların tümünün İngiltere tarafından da kabul edilmesi ve böylece ulusal mahkemeler tarafından da uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, Lord Alverstone, uluslararası hukukun herhangi bir kuralının İngiltere tarafından da onaylandığının ya da o kuralın herhangi uygar bir devlet tarafından reddedilemez bir niteliğe sahip olduğunun tatmin edici bir delille ispatlanması gerektiğini ifade ederek bu yaklaşımına farklı bir açılım getirmiştir. Lord Alverstone'a göre, Lord Mansfield'in *Triquet* davasındaki görüşü, hukukçu yazarların görüşlerinde açığa çıkan uluslararası hukuk kurallarını İngiliz hukuku içerisine dahil etmek için ve Britanya'nın muvafakat verdiği ilişkin delilin olmadığı şeklinde yorumlanamazdı.<sup>73</sup> Muvafakat verme üzerindeki bu vurgu, *R v. Keyn* davasında mahkeme tarafından ileri sürülen herhangi bir teamül hukuku kuralının varlığı ve kapsamına ilişkin kesin delilin olması gerektiği yönündeki görüşlere yakın bir benzerlik göstermektedir. Gerçekten de, sorun, çoğunlukla teamül hukukunun varlığı ve kapsamı konusundaki belirsizlikten kaynaklanmaktadır.

*West Rand Gold Mining Co.* davasından çok uzun süre geçmeden diğer önemli bir anlaşmazlık mahkeme önüne gelmiştir. *Mortensen v. Peters* davasında<sup>74</sup> bir Danimarkalı kaptan, Moray Firth Körfezi civarında balıkçılık mevzuatını ihlal ettiği gerekçesiyle İskoç mahkemesi tarafından mahkum edilmiştir. Kaptanın gemisi Moray Firth Körfezi'nde ilgili mevzuatta belirtilen alan içerisindedir, fakat uluslararası hukuk tarafından benimsenen üç mil sınırının dışında kalıyordu. Vaka, İskoçya Yüksek Mahkemesi önüne gelmiştir. Lord Dunedin kaptanın itirazını değerlendirirken söz konusu mevzuatın yapım sürecine odaklanmış ve usulüne uygun bir şekilde Parlamento'dan geçmiş ve kraliyet makamlarınca da onaylanmış bir düzenlemenin mutlak olduğunu ve mahkemenin bu hükümleri uygulamanın dışında bir seçeneği olmadığını belirtmiştir. Diğer bir deyişle hukuki mevzuat, teamül hukukunun üzerindedir ve Britanya mahkemesi Parlamento tarafından çıkarılan mevzuattaki hükümleri - o hükümler uluslararası hukukun bir kuralını ihlal ediyor olsa bile - önemsemek durumundaydı. İngiliz hukukunun mevzuatın uluslararası hukukla bir çatışmaya imkan vermeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiği yönündeki varsayımına rağmen bu böyledir. Bu tür bir çatışmanın meydana geldiği yerde, ulusal hukuki mevzuat önceliğe sahiptir ve bu tür bir durumda devletin kendisi bir teamül kuralının ihlali sorunu ile ilgilenmek zorunda kalacaktır.<sup>75</sup>

Bu değişikliğe uğramış dahil etme teorisi Lord Atkin tarafından *Chung Chi Cheung v. R.* davasında açıkça tanımlanmıştır.<sup>76</sup> Lord Atkin davada şu kaydı düşmüştür:

*"Uluslararası hukuk ilkeleri iç hukukumuz tarafından kabul edilip onaylanması durumu haricinde geçerliliğe sahip değildir... Mahkemeler milletlerin kendi aralarında kabul ettikleri kurallar kümesinin varlığını teyit ederler. Herhangi bir hukuki konuda ilgili kuralın ne olduğunu tespit etmeye çalışırlar ve bulduktan sonra o kuralı, kanunlarla yürürlüğe konulmuş ya da sonuçta mahkemelerce ifade edilmiş kurallara uygun olmadığı takdirde, iç hukuka dahil edilmiş olarak değerlendireceklerdir."*

<sup>72</sup> [1905] 2 KB 391.

<sup>73</sup> *A.g.e.*, ss. 407-8.

<sup>74</sup> (1906) 8 F.(J.) 93.

<sup>75</sup> Ayrıca bkz., 170 HC Deb., col. 472, 4 March 1907 ve the Trawling in Prohibited Areas Prevention Act 1909.

<sup>76</sup> [1939] AC 160, 168; 9 AD, s. 264. Ayrıca bkz., *Commercial and Estates Co. of Egypt v. Board of Trade* [1925] 1 KB 271, 295; 2 AD, s. 423.

Bu noktada, kuşkusuz ki, iddia olunan teamül hukuku kuralının desteklenmemiş bir önerme olmayıp, geçerli bir uluslararası hukuk kuralı olduğunun kanıtlanması gerektiği temel bir gerekliliktir. Bu durum aslında devletlerin ne yapmakta olduğunun incelenmesi gerektiğinin altını çizmiştir.

Belli bir kuralın varlığı ve niteliğinin tespit edilmesinde mahkemeler ‘uluslararası antlaşmalar ve sözleşmeler, hukuk kitapları, uygulama ve diğer ülkelerin mahkemelerinin yargı kararları gibi daha geniş çerçevedeki yetkin kaynaklara’ başvurabilirler.<sup>77</sup>

Büyük öneme sahip *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* davası birçok yeni konuyu gündeme taşımıştır. Dava, Nijerya Merkez Bankası’nın bağımsızlığı ya da devlet dokunulmazlığı iddiası ile ilgilidir.<sup>78</sup> Davada İstinaf Mahkemesi’nin üç hakimi de aktarıma (dahil etme) doktrinini doğru olarak kabul etmişlerdir. Lord Denning daha önceki bir davadaki görüşünü değiştirerek<sup>79</sup> aksi takdirde mahkemelerin uluslararası hukukun kurallarındaki değişimi kabullenmeyeceklerini vurgulamıştır.<sup>80</sup> Lord Stephenson şu açıklamada bulunmuştur:<sup>81</sup>

“Uluslararası hukukun halihazırda iç hukuka dahil edilmiş yeni bir kuralının kabul edilmesi ve benimsenmesi sürecinde güçlük yaratan uluslararası hukukun niteliği ve onu tespit etmenin spesifik sorunlarıdır.”

*Stare decisis* (içtihatların bağlayıcılığı) ya da emsal karar ve uluslararası teamül hukuku konusu da davada tartışılmıştır. *Stare decisis* doktrininin tıpkı mahkeme önündeki diğer tüm davalarda olduğu gibi uluslararası teamül hukuku ilkelerini ilgilendiren davalara da - bu arada uluslararası teamül hukukunda her ne değişiklik olursa olsun - uygulanacağı daha önceden kabul edilmiştir.<sup>82</sup> Bu yaklaşım *Thai-Europe Tapioca Service Ltd v. Government of Pakistan* davasında yeniden teyit edilmiştir.<sup>83</sup> Bununla birlikte, *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* davasında Lord Denning ve Lord Shaw uluslararası hukukun *stare decisis* kuralını benimsemediğini vurgulamıştır.<sup>84</sup> Hakimlere göre, uluslararası hukukun değiştiği bir durumda, mahkeme ‘Lordlar Kamarası’nın onu yapmasını beklemeksizin’ o değişikliği uygulayabilirdi.<sup>85</sup> Lord Shaw’a göre, doğru prensip, ‘İngiliz mahkemelerinin her zaman geçerli uluslararası hukuk kuralının ne olduğunu tespit etmek ve o kuralı uygulamak zorunda olması’dır.<sup>86</sup>

İstinaf Mahkemesi tarafından *JH Rayner v. Department of Trade and Industry* davasında aktarıma (dahil etme) yaklaşımı prensipte yeniden teyit edilmiştir.<sup>87</sup> Dava, Uluslararası Teneke Konseyi’nin (*International Tin Council-ITC*) sona ermesinin sonuçları ve *inter alia*

<sup>77</sup> Per Lord MacMillan, *The Cristina* [1938] AC 485, 497; 9 AD, s. 250. Bkz., *Re Piracy Jure Gentium* [1934] AC 586, 588; 7 AD, s. 213, ve Stephenson LJ, *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* [1977] 2 WLR 356, 379; 64 ILR, ss. 111, 135. Ayrıca bkz., Lauterpacht, ‘Is International Law a Part?’, s. 87.

<sup>78</sup> [1977] 2 WLR 356; 64 ILR, s. 111. Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 12. Bölüm.

<sup>79</sup> *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Thakrar* [1974] 2 WLR 593, 597; 59 ILR, s. 450.

<sup>80</sup> [1977] 2 WLR 356, 365; 64 ILR, ss. 111, 128. Ayrıca bkz., Shaw LJ, *A.g.e.*, 386 ve Stephenson LJ, *A.g.e.*, 378–81.

<sup>81</sup> [1977] 2 WLR 356, 379.

<sup>82</sup> Örneğin bkz., *Chung Chi Cheung v. R* [1939] AC 160, 169; 9 AD, s. 264. Ayrıca bkz., Morgenstern, ‘Judicial Practice’, ss. 80–2.

<sup>83</sup> [1975] 3 All ER 961, 967, 969–70; 64 ILR, s. 81.

<sup>84</sup> [1977] 2 WLR 356, 365; 64 ILR, ss. 111, 128.

<sup>85</sup> Per Lord Denning, [1977] 2 WLR 356, 366.

<sup>86</sup> *A.g.e.*, 388; 64 ILR, s. 152. Karşılaştırma için bkz., Stephenson LJ, *A.g.e.*, 381. Ayrıca bkz., Goff J, *I° Congreso del Partido* [1977] 3 WLR 778, 795; 64 ILR, s. 154. Bu yaklaşım Lord Slynn tarafından *Ex Parte Pinochet (No. 1)* davasında desteklenmiştir. Bkz., [2000] 1 AC 61,77; 119 ILR, ss. 50, 65.

<sup>87</sup> [1988] 3 WLR 1033; 80 ILR, s. 49.

(diğer hususların yanı sıra) ITC üyesi devletlerden bu organizasyonun borçlarının ifası hakkındadır. Lord Nourse, *Trendtex* davasının dahil etme ve dönüştürme doktrinleri arasındaki rekabeti ilki lehine çözdüğünü belirtmiştir.<sup>88</sup> *Tin Council* davasında konunun ana unsurlarından biri, ayrı bir kişiliğe sahip uluslararası bir örgütün üye devletlerinin, örgütün borçlarından sorumlu tutulmasına dair uluslararası hukukta bir kuralın olup olmadığı idi. Eğer böyle bir kural varsa bu kuralın ulusal hukuk bağlamında nasıl kabul edileceği ya da açıklanacağına dair bir soru gündeme gelecekti. Kuşkusuz ki bu, iddia olunan bu tür bir uluslararası hukuk kuralının kat'i içeriğine bağlı olacaktır, Lord Kerr'in de belirttiği gibi, uluslararası hukukta 'herhangi bir ulusal mahkemede' üye devletlere karşı icraya izin veren bu tür bir kural yoktur.<sup>89</sup> Ayrıca, bir İngiliz mahkemesi için kendisinin bu tür bir kural koyarak uluslararası hukuktaki bir boşluğu doldurması da mümkün değildir.<sup>90</sup> Ancak, Lord Nourse bu noktada farklı bir pozisyonu benimsemiştir ve 'bir İngiliz mahkemesi için böyle bir soruna (yani uluslararası hukukun müphem bir sorununa) cevap vermenin gerekli olduğu bir durumda, kuşkular ve zorluklar her ne olursa olsun mahkeme bunu yapabilir ve öyle de yapmak zorundadır'<sup>91</sup> görüşünü savunmuştur.

Lord Oliver'in Lordlar Kamarası'ndaki kararında<sup>92</sup> açıkça ve doğru olarak ifade ettiği gibi,

*"Bütünüyle şüpheli maddi unsurlar temelleri üzerinde ve iç hukuk amaçlarıyla bir kuralı yasa olarak yürürlüğe koymak kesinlikle ulusal bir mahkemenin görevi değildir."*<sup>93</sup>

Bu tür yaklaşımlar *Pinochet* kararlarında destek bulmuştur. Örneğin, Lord Lloyd *Ex Parte Pinochet* (No. 1) davasında 'İngiliz hukukunun parçasını oluşturan uluslararası teamül hukukunun yerleşmiş prensipleri'ne<sup>94</sup> atıfta bulunurken, Lord Slynn emsal karar doktrininin uluslararası teamül hukuku kurallarının dahil edilmesine uygulanmadığı görüşünü esas almıştır.<sup>95</sup> Lord Millett, *Ex Parte Pinochet* (No. 3) davasında 'uluslararası teamül hukukunun, İngiliz hukukunun bir parçası'<sup>96</sup> olduğunu vurgulamıştır. İskoçya'daki ceza davalarıyla ilgili Yüksek Mahkeme (High Court of Justiciary), *Lord Advocate's Reference No. 1 of 2000*'de 'bir uluslararası teamül hukuku kuralının İskoç hukukunun da bir kuralı'<sup>97</sup> olduğunu ifade etmiş ve bu nokta ayrıca *Sandline v. Papua New Guinea* davasında da Tahkim Mahkemesi tarafından 'mahkemelerin uluslararası hukukun yerleşmiş kurallarını uygulaması gerektiği İngiliz kamu politikasının bir parçasıdır'<sup>98</sup> şeklinde vurgulanmıştır.

Uluslararası teamül hukukunun İngiliz hukukunun bir parçasını oluşturduğu doktrini Lordlar Kamarası tarafından *R v. Jones* davasında<sup>99</sup>, saldırıyı yasaklayan uluslararası teamül hukuku kuralının otomatik olarak İngiliz ceza hukukuna dahil olup olmadığı bağlamında tartışılmıştır. Lord Bingham genel prensibin taraflar arasında ihtilafı olmadığını not etmekle birlikte 'bu görüşü, her halükarda çok daha güçlü argüman olmaksızın, sıklıkla olduğu şekliyle tamamen kesin terimlerle ifade edilmesini kabul etmede kendi adına tereddüdü'

<sup>88</sup> [1988] 3 WLR 1116; 80 ILR, s. 132.

<sup>89</sup> [1988] 3 WLR 1095; 80 ILR, s. 109.

<sup>90</sup> *A.g.e.*

<sup>91</sup> [1988] 3 WLR 1118; 80 ILR, s. 135.

<sup>92</sup> [1989] 3 All ER 523; 81 ILR, s. 671.

<sup>93</sup> [1989] 3 All ER 554; 81 ILR, s. 715.

<sup>94</sup> [2000] 1 AC 61, 98 ve ayrıca bkz., 90; 119 ILR, ss. 50, 87.

<sup>95</sup> Bkz., *Ex Parte Pinochet* (No. 1) [2000] 1 AC 61, 77; 119 ILR, ss. 50, 65.

<sup>96</sup> [2000] 1 AC 147, 276; 119 ILR, ss. 135, 230. Ayrıca bkz., *Regina (European Roma Rights Centre) v. Immigration Officer at Prague Airport and Another* [2004] UKHL 55, 22. paragraf (per Lord Bingham); 131 ILR, ss. 652, 671 vd.

<sup>97</sup> 2001 SLT 507, 512. Ayrıca bkz., S. Neff, 'International Law and Nuclear Weapons in Scottish Courts', 51 ICLQ, 2002, s. 171.

<sup>98</sup> 117 ILR, ss. 552, 560.

<sup>99</sup> [2006] UKHL 16; 132 ILR, s. 668.

olduğunu belirtmiştir. Bu noktada, Brierly tarafından ileri sürülen, uluslararası hukukun İngiliz hukukunun bir parçası değil, fakat daha ziyade kaynaklarından biri olduğu görüşünün tercih edildiği ifade edilmiştir.<sup>100</sup>

Daha spesifik olarak, Lordlar Kamarası dahil etme doktrininin uluslararası teamül hukukundaki saldırı suçuna uygulanmadığını oybirliği ile kabul etmiştir. Uluslararası teamül hukukunda kabul edilen bir suçun yasal açıdan emredici bir hüküm olmaksızın iç hukuk tarafından da özümsenebileceği kabul edilmekle birlikte bu otomatik değildir.<sup>101</sup> İngiliz mahkemeleri artık günümüzde yeni suçlar yaratma - ki ancak yasalarla yapılabilir - yetkisine sahip değildir ve pratik olarak uluslararası teamül hukukunun iç hukuk üzerinde etkisi olması isteniyorsa bu ancak yasa yapma yoluyla gerçekleştirilebilir.<sup>102</sup> Üstelik, saldırı suçlaması yalnız suçlananın değil, aynı zamanda devletin kendisinin de - eğer söz konusu devlet savaşa müttefikleriyle birlikte girmişse diğer devletlerin de - cürmünün belirlenmesini içerirdi ve bu mahkemenin yetkisizliğine dair anayasal konuları doğurur.<sup>103</sup>

Bu daha farklı yaklaşım Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından *Keyu v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* davasında teyid edilmiştir. Bu davada Lord Mance 'İngiliz hukuku hakimlerinin her bakışta uluslararası teamül hukukunun her noktada iç hukuk anayasa ilkeleri ve anlayışlarına ne ölçüde uyduğunu değerlendirme yetki ve görevlerini muhafaza ettiklerini'<sup>104</sup> ifade ederek ulusal mahkemelerin bir uluslararası hukuk kuralını tanıma ve uygulama noktasında karar verme politikası hususu ile karşı karşıya olduklarına işaret etmiş<sup>105</sup> ve 'Parlamentonun müdahalesi ve değerlendirmesini beklemeden, örnek olarak, mahkemeler kendileri hassasiyetle uluslararası teamül hukukunu ulusal anayasal ilkeler, mevzuat ve İngiliz gelenek hukukuna uygun olarak uygulayabilir. Bu tür bir politika hususu değerlendirilirken bir kez oluştu mu UTH (uluslararası teamül hukuku) İngiliz hukukunu şekillendirebilir ve de şekillendirmelidir varsayımına' varmıştır.<sup>106</sup>

Dolayısıyla, uluslararası teamül hukukunun İngiliz hukukunun bir parçası olduğu yönündeki keskin ifadelerle açıklanan geleneksel varsayıma ilişkin daha çok ihtiyat payı

<sup>100</sup> A.g.e., 11. paragraf; 132 ILR, s. 675, ve J. Brierly, 'International Law in England' 51 LQR, 1935, 24, 31.

<sup>101</sup> R v. Jones, 23. paragraf; 132 ILR, s. 680. Lord Bingham burada O'Keefe'den (Customary International Crimes in English Courts', s. 335) 'uluslararası teamül hukuku İngiliz mahkemelerinde ancak anayasanın izin verdiği durumlarda uygulanabilir' görüşünü ve Sir Franklin Berman'dan da ('Jurisdiction: The State', *Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives* (ed. P. Capps, M. Evans ve S. Konstadinidis), Oxford, 2003, ss. 3, 11.) 'uluslararası hukuk bir İngiliz mahkemesinde Parlamento'nun müdahalesi olmaksızın doğrudan yargılanabilir görünen bir suç oluşturamaz' görüşünü aktarmıştır.

<sup>102</sup> R v. Jones, 28. paragraf; 132 ILR, s. 683 ve R (Gentle) v Prime Minister [2008] UKHL 20, 49. paragraf (per Lady Hale). Ayrıca bkz., *Kneller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd v. Director of Public Prosecutions* [1973] AC 435. Lord Hoffmann R v. Jones davasında 'yeni ulusal suçlar, görüşüme göre, Parlamento'da tartışılmalı, bir kanun ile tanımlanmalı ve belirlenmiş bir tarihte yürürlüğe girmelidir. Bu ülkenin yürütmesinin sadece bir taraf olduğu bir uluslararası uzlaşımın sonucu olarak sessizce hukuka dahil olmamalıdır' görüşünü ifade etmiştir. Bkz., 62. paragraf; 132 ILR, ss. 694-5, ve Lord Mance at 102-3. paragraflar; 132 ILR, ss. 705-6. Ayrıca bkz., *Sosa v. Alvarez-Machain* (2004) 159 L Ed 2d 718, 765; 127 ILR, ss. 769, 807 (per Scalia J) ve *Nulyarimma v. Thompson* (1999) davasında Avustralya Federal Mahkeme kararı için bkz. 165 ALR 621, 630; 120 ILR, ss. 353, 364.

<sup>103</sup> R v. Jones, 30. paragraf; 132 ILR, s. 684, ve Lord Hoffmann, 63-7 paragraflar; 132 ILR, ss. 695-6. Ayrıca mahkemenin yetkisizliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>104</sup> [2015] UKSC 69, para. 146. Lord Denning'in *Trendtex* davasındaki kararı 147. paragrafta tartışılmış ve eleştirilmiştir.

<sup>105</sup> A.g.e., para. 149, Merkel J, *Nulyarimma v Thompson* [1999] FCA 1192, para. 109'a atfen.

<sup>106</sup> A.g.e., para. 150. Ayrıca bkz. *The Freedom and Justice Party v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2016] EWCA 2010 (Admin), para. 166 (per Lloyd-Jones LJ). Diğer hususların yanında 'Uluslararası teamül hukukunu sadece hukukun bir parçası olarak değil ulusal hakimlerin uyarınca karar verecekleri İngiliz hukukunun bir kaynağı olarak da ele alma yaklaşımının tercih edilebilir olarak görüldüğünü' belirtmektedir.

birakmakta fayda vardır.<sup>107</sup> Bu, yalnızca –geçmişte olduğu gibi – İngiliz içtihat hukukunun (bir uluslararası teamül hukuku kuralının dahil edildiği durumlarda da) mevzuata uygun olması gerektiği kuralına değil, aynı zamanda anayasal nitelikteki değerlendirmelere de bağlı olacaktır. Mahkemeler, belli bir hükmün gerçekten bir teamül kuralını oluşturup oluşturmadığını ve ayrıca bu kuralı hukuk sistemine dahil etmede anayasal bir engel olup olmadığını ve söz konusu teamülün iç hukuk sistemi içerisinde uygulanabilmesinin uygun olup olmadığını belirlemekle yükümlü olacaklardır. Bunun nedeni, uluslararası teamül hukukunun kurallarının çoğunun iki ya da daha fazla devlet arasındaki konulara ilişkin olması sebebiyle tanım gereği ulusal mahkemenin bir üçüncü devletin hakları ve yükümlülüklerini belirleyememesidir. Bu kısmen bir ulusal mahkemenin bu tür durumlarda üçüncü devlete karşı ya da üçüncü devlet içerisinde kararlarını icra ettiremeyeceğinden, kısmen de uluslararası kuralın devletten devlete ya da çok taraflılık temelindeki ilişkilerde sıklıkla uluslararası sistem üzerinden uygulama ve yaptırımlarının ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır.<sup>108</sup> Diğer ilgili faktörler, teamülün İngiliz içtihat hukukunda daha önce var olan bir kurala<sup>109</sup> ya da kamu politikasına uygun olup olmadığı sorununu da içerebilir.<sup>110</sup> Böylelikle, otomatik olarak dahil etme yaklaşımı, dahil etmeyi varsaymanın önerilmesi yaklaşımına yol açmıştır.

### Antlaşmalar<sup>111</sup>

Antlaşmalar göz önüne alındığında, tarihi ve politik nedenlerle bunların iç yetki alanı dahilinde uygulanmasına ilişkin farklı kurallar uygulanır. Teamül hukuku devlet uygulamasının evrimi yoluyla gelişirken, uluslararası antlaşmalar imzacıları bağlayan sözleşmeler biçimindedir. Bir teamülün ortaya çıkması için mutlak olan durum, - her zaman gerekli değilse de - birkaç devletin hukuka uygun olduğunu düşünerek belli bir yönde hareket etmesidir. Bu yüzden normal şartlarda belli bir devletin etkisi genellikle belirleyici değildir. Antlaşmalar durumunda ise, ilgili devletler daha önceki ya da güncel uygulamayı hesaba katmaksızın birbirleri üzerinde bağlayıcılığa sahip olabilecek yeni bir kural koyabilirler. Diğer bir deyişle yürütme, antlaşma hukuku göz önüne alındığında teamül hukuku durumuna kıyasla genel olarak daha büyük etkiye sahiptir ve bu durum, antlaşmaların onaylanmasının yürütmenin tasarrufunda olduğu Birleşik Krallık gibi yerlerde özellikle böyledir.

<sup>107</sup> Bkz., R. O'Keefe, 'The Doctrine of Incorporation Revisited', 79 BYIL, s. 7; Sales ve Clement, 'International Law in Domestic Court'; J. Collier, 'Is International Law Part of English Law?', 38 ICLQ, 1989, s. 890; J. Crawford, 'International Law in the House of Lords and in the High Court of Australia, 1996–2008: A Comparison', www.austlii.edu.au/au/journals/AUYrBkIntLaw/2009/1.pdf; M. Kirby, 'International Law and the Common Law: Conceptualising the New Relationship', 2009, www.michaelkirby.com.au/index.php?option=com\_content&view=article&id=82&Itemid=12 ve Sir Anthony Mason, 'International Law as a Source of Domestic Law', *International Law and Australian Federalism* (ed. B. R. Opeskin ve D. R. Rothwell), 1998, s. 210.

<sup>108</sup> Örneğin bkz., *West Rand Central Gold Mining Company v. R* [1905] 2 KB 391, 408 vd. ve *R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Thakrar* [1974] 1 QB 684, 702.

<sup>109</sup> Örneğin bkz., *Chung Chi Cheung v R* [1939] AC 160, 167–8 (Lord Atkin); *West Rand* [1905] 2 KB 391, 408 (Lord Alverstone CJ) ve *Chagos Islanders v. Attorney General and others* [2003] EWHC 2222, 374–9. paragraflar (Ouseley J).

<sup>110</sup> Bkz., *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company* [2002] UKHL 19, 18. paragraf (Lord Nicholls). Ayrıca bkz., *Oppenheimer v. Cattermole* [1976] AC 249, 277–8.

<sup>111</sup> Genel olarak bkz., A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, ss. 81–97; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3. Baskı, Cambridge, 2013, 10. Baskı; F. A. Mann, 'The Enforcement of Treaties by English Courts', 44 *Transactions of the Grotius Society*, 1958–9, s. 29; R. Higgins, *The Effect of Treaties in Domestic Law* (ed. F. Jacobs ve S. Roberts), London, 1987, s. 123; D. Lasok, 'Les Traités Internationaux dans la Syst'eme Juridique Anglaise', 70 *Revue Generale de Droit International Public*, 1966, s. 961; I. Sinclair, 'The Principles of Treaty Interpretation and their Application by the English Courts', 12 ICLQ, 1963, s. 508; I. Sinclair ve S. J. Dickson, 'National Treaty Law and Practice: United Kingdom', *National Treaty Law and Practice* (ed. M. Leigh ve M. R. Blakeslee), 1995, s. 223, ve C. Warbrick, 'Treaties', 49 ICLQ, 2000, s. 944. Ayrıca bkz., *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement: A Comparative Study* (ed. D. Sloss), Cambridge, 2014.

Antlaşmaların, imza ve onay sonrası ve iç uygulama öncesi herhangi bir ara aşama olmaksızın doğrudan devlet içerisinde uygulanabilir nitelikte olmasından, yürütmenin yasama organı olmaksızın kanun vazedebileceği sonucu çıkar. Bu nedenle antlaşma hukukuna dair herhangi bir dahil etme yaklaşımı reddedilmiştir. Nitekim, bu konu göz önüne alınırsa, konunun uluslararası hukukun herhangi bir peşin hükmünden daha ziyade devletin yürütme ile yasama organları arasındaki özel ilişkiye dönüştüğü görülmektedir.

İngiliz hukukunda bu durumu örneklendiren başta gelen davalardan biri *Parlement Belge* davasıdır.<sup>112</sup> Yüksek Mahkeme'nin tereke, boşanma ve deniz davalarına bakan bölümü tarafından incelenen dava, *Parlement Belge* adlı gemi ile bir İngiliz şilebinin çarpışması hakkındadır ve İngiliz şilebi zararının karşılanması talebinde bulunmuştur. *Parlement Belge* Belçika Kralı'na aitti ve kargo gemisi olarak kullanılıyordu. Savcı, gemi Belçika monarkına ait olduğu için mahkemenin gemi konusunda bir yargı yetkisinin olmadığını ve üstelik 1876'da İngiltere ve Belçika arasındaki politik antlaşma ile savaş gemilerine uygulanan yabancı hukuk süreci önünde dokunulmazlık konusunun bu gemi için de uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Davayı görüşen mahkeme ise, yalnızca devlete ait savaş gemilerinin bu tür bir dokunulmazlığa tabi olduğu ve bu tür bir dokunulmazlığın parlamentonun rızası olmaksızın bir antlaşma ile diğer kategorilere genişletilemeyeceği sonucuna varmıştır. Nitekim, mahkeme, bunun 'emsalsiz ve ilkesel olarak anayasa hukukuna aykırı şekilde Kralın antlaşma yapma imtiyazının kullanımı' olacağını açıklamıştır.<sup>113</sup>

Birleşik Krallık'ta antlaşma yapma yetkisi Kraliyet'e aittir ve bu imtiyaz mahkemeler tarafından reddedilemez.<sup>114</sup> Ancak, bu yetki yasama yoluyla etkilenebilir. Örneğin, 1978 tarihli Avrupa Parlamentosu Seçim Yasası'nın 6. Bölümü Avrupa Birliği yetkilerinde herhangi bir artış sağlayan bir antlaşmanın ilk olarak İngiliz Parlamentosu tarafından onaylanmaksızın Birleşik Krallık tarafından onaylanmış olamayacağını belirtmektedir.<sup>115</sup> Bu yüzden antlaşmalar devlet içerisinde kendi başlarına işlevsel olamazlar, buna imkan verecek bir mevzuatın kabul edilmesi gerekir. Birleşik Krallık'ta uluslararası anlaşmaları imzalama ve onaylama yetkisi Kraliyet'e aittir, fakat doğrudan yasama faaliyetinde bulunamaz. Bir antlaşma İngiliz hukukunun parçası olmadan önce Parlamento tarafından yasa çıkarılması zorunludur. Bu zorunluluk *JH Rayner v. Department of Trade and Industry* davasında Lordlar Kamarası'nın kararında Lord Oliver tarafından açıkça ifade edilmiştir.<sup>116</sup>

*"Birleşik Krallık'ın anayasa hukukunun bir konusu olarak kraliyet imtiyazı – antlaşma yapmayı kapsamakla birlikte – Parlamento'nun müdahalesi olmaksızın kanun değiştirme ya da bireylere hak tevcih etme veya bireylerin iç hukukta sahip oldukları haklarından mahrum etme yönünde genişletilemez. Antlaşmalar, bazen açıklandığı gibi, kendi başlarına yürürlüğe girmezler. Aksine, bir antlaşma yasama yoluyla hukuka dahil edilinceye kadar (ve dahil edilmezse) İngiliz hukukunun bir parçası değildir."*<sup>117</sup>

<sup>112</sup> (1879) 4 PD 129.

<sup>113</sup> *A.g.e.*, s. 154.

<sup>114</sup> Örneğin bkz., *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 418. Ayrıca bkz., *Rustonjee v. R* (1876) 2 QBD 69 ve *Lonrho Exports v. ECGD* [1996] 4 All ER 673; 108 ILR, ss. 596, 611.

<sup>115</sup> *Bkz., R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Rees-Mogg* [1994] 2 WLR 115.

<sup>116</sup> [1989] 3 All ER 523, 531; 81 ILR, ss. 671, 684. Ayrıca bkz., *Lonrho Exports v. ECGD* [1996] 4 All ER 673, 687; 108 ILR, ss. 596, 611.

<sup>117</sup> [1989] 3 All ER 523, 544–5; 81 ILR, s. 701. Ayrıca bkz., *Littrell v. USA (No. 2)* [1995] 1 WLR 82 ve *Thomas v Baptiste* [2000] 2 AC 1 (PC) 23 ve 31–3. Bkz., R. Y. Jennings, 'An International Lawyer Takes Stock', 39 ICLQ, 1990, ss. 513, 523–6.



Bu yüzden bireyler açısından bu tür antlaşmalar *res inter alia acta* (taraf olmayanın etkilenmemesi) prensibi gereği haklar türetemez ve onlar aracılığıyla bireyler haklarından mahrum edilemez ya da yükümlülüklere tabi kılınmazlar.<sup>118</sup> Lord Templeman, 'bir antlaşmanın mevzuat çıkarma yoluyla Birleşik Krallık'ın kanunlarına dahil edilmesi yolu dışında, Birleşik Krallık mahkemelerinin bir hükümetin ya da bir bireyin emri altında antlaşma hakları ve yükümlülüklerini yürürlüğe koyma yetkisine sahip olmadığını' vurgulamıştır.<sup>119</sup> Bu görüş, *A (FC) and Others (FC) v. Secretary of State for the Home Department* davasında Lord Bingham tarafından teyit edilmiştir. Lord Bingham, 'bir antlaşmanın Birleşik Krallık tarafından onaylansa bile eğer mevzuat yoluyla yürürlüğe girmemişse ya da uluslararası teamül hukuku ilkelerini açıklamıyorsa bu ülkenin iç hukukunda bağlayıcı bir gücü olmadığını' belirtmiştir.<sup>120</sup> Ulusal hukuka mevzuat yoluyla dahil edilmeyen antlaşmaların yorumu ve onların ulusal hukuka uygun olup olmadığına ilişkin karar yalnızca Kraliyet'e ait konulardandır, çünkü 'mahkeme yürütme ile aynı tonda konuşmak zorundadır.'<sup>121</sup> Bunun istisnası, ilgili arkaplan bilgisini vermek için bir antlaşmaya atıfta bulunmaya ihtiyacın olduğu durumlardır<sup>122</sup> (örneğin bir antlaşmanın hükümlerinin bir sözleşmeye dahil edildiği durumlar<sup>123</sup>).

Söz konusu sözleşmenin konuyla ilgili fakat hukuka dahil edilmemiş olan bir antlaşmaya açıkça atıfta bulunduğu durumda öncesinde verilmiş takdir hakkını sınırlandırmak için antlaşmanın kullanılmasına izin verilebilir.<sup>124</sup> Üstelik, bir uluslararası antlaşmanın onaylanması (hukuka dahil etmenin gerçekleşmediği bir durumda) yürütmenin - aksine emredici nitelikte kanuni bir hükmün olmaması durumunda - antlaşmaya uygun hareket edeceği yönünde meşru beklentiler doğurabilir.<sup>125</sup>

Bununla birlikte, savaş kararı, topraktan feragat ve devlet hazinesine yük getirilmesine ilişkin antlaşmalar<sup>126</sup> ülkedeki vatandaşlar üzerinde bağlayıcı niteliğe sahip olmadan

<sup>118</sup> [1989] 3 All ER 523, 544-5; 81 ILR, s. 701. Hukuka dahil edilmemiş antlaşmaların dava edilemezliği hakkında bkz., aşağıda.

<sup>119</sup> [1989] 3 All ER 523, 526; 81 ILR, s. 676. Ayrıca bkz., *Ex Parte Brind* [1991] 1 AC 696, 747-8; 85 ILR, s. 29, ve *R v. Lyons* [2002] UKHL 44; 131 ILR, s. 538.

<sup>120</sup> [2005] UKHL 71, 27. paragraf. Lord Bingham *R v. Asfaw* davasında (2008, UKHL 31, 29. paragraf) 'Birleşik Krallık'ı bağlayan bir yükümlülüğe aykırı kanun yapma niyetinde olan bir hükümetin bu niyetini ortaya koymasının beklenmekle birlikte, iç hukukta böyle bir yükümlülüğe sarıh bir şekilde aykırı bir kanunun yürürlüğe girmesini engelleyecek bilinen bir otorite olmadığını' ifade etmiştir.

<sup>121</sup> *Lonrho Exports v. ECGD* [1996] 4 All ER 673, 688; 108 ILR, ss. 596, 613. Ayrıca bkz., *The Arantzazu Mendi* [1939] AC 256, 264 (per Lord Atkin); *GUR Corporation v. Trust Bank of Africa Ltd* [1986] 3 All ER 449, 454, 459 ve 466-7; 75 ILR, s. 675, ve *Sierra Leone Telecommunications v. Barclays Bank* [1998] 2 All ER 821, 828; 114 ILR, s. 466. Ayrıca bkz., *R v. Lyons* [2003] 1 AC 976, 995 (Lord Hoffmann).

<sup>122</sup> Lord Oliver *JH Rayner v. Department of Trade and Industry* davasında, bir uluslararası antlaşmanın akdedilmesinin önemli bir mesele olduğu, bu yüzden bir antlaşmaya belli bir konunun ortaya çıktığı zeminde yer alan olayların bir unsuru olarak atıfta bulunulabileceğini vurgulamıştır. Bkz., [1989] 3 All ER 523, 545; 81 ILR, ss. 671, 702. Ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>123</sup> *Lonrho Exports v. ECGD* [1996] 4 All ER 673, 688; 108 ILR, ss. 596, 613.

<sup>124</sup> Örneğin bkz., *R v. Secretary of State, On the Application of the Channel Tunnel Group* 119 ILR, ss. 398, 407-8.

<sup>125</sup> Bu konuda Lord Woolf MR'nin *Ex Parte Ahmed and Patel* davasında daha önce Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin *Minister of Immigration v. Teoh* davasındaki yaklaşımını esas alarak ortaya koyduğu görüş için bkz., [1998] INLR 570, 584. Ayrıca Lord Hobhouse *Ex Parte Ahmed and Patel* davasında Dışişleri Bakanı'nun belli bir spesifik politika benimsediği durumlarda, ilgili politikanın kapsamının ötesine geçen antlaşmadan meşru bir beklenti içinde olmanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Bkz., [1998] INLR 570, 592. İnsan hakları antlaşmalarının diğer çok taraflı antlaşmalara göre özel bir durumu olduğunu not etmek gerekir. Örneğin bkz., *Matthew v. Trinidad and Tobago State* [2004] UKPC 33; 134 ILR, s. 687.

<sup>126</sup> Bu konuda Dışişleri Bakanlığı tarafından Lordlar Kamarası'nın Reformu Hakkında Kraliyet Komisyonu'na sunulan kanıt hakkında bkz., UKMIL, 70 BYIL, 1999, s. 405.

önce bir yasama faaliyetinde bulunma zorunluluğunu gerektirmez.<sup>127</sup> Benzeri bir durum göreceli olarak önemsiz olan ve onay gerektirmeyen idari anlaşmalara ilişkin de söz konusudur; kuşkusuz ki bu durum ulusal hukuku değiştirme anlamına gelmeyen anlaşmalar için geçerlidir. Belli bazı davalarda, Parlamento spesifik sınırlar içerisinde belli alanlardaki anlaşmaların akdedilmesi için önceden onay verebilecektir. Bu ancak sözkonusu anlaşmalara izin veren yasal belgenin (ikincil mevzuat) öngördüğü koşullara tabi olarak mümkün olabilir.<sup>128</sup> Bu tür istisnalar olur, çünkü - İngiliz anayasal yapısının üzerine kurulu olduğu tarihi uzlaşmalar akılda tutulacak olursa - Parlamento'nun önemli yürütme yetkilerini kaybetmediği düşünülür. Britanya vatandaşlarının hak ve yükümlülüklerinin etkilendiği diğer bütün durumlarda, belli bir anlaşmanın hükümlerinin Britanya'da geçerli olabilmesi için Parlamento'nun yasama faaliyetinde bulunması gereklidir. Sonuç olarak, bir anlaşmanın Birleşik Krallık'ta uygulanabilmesi için mevcut İngiliz hukukunda bir değişiklik ya da ekleme gerektirdiği, bu anlaşmanın uygulanmasının özel hakları etkilediği, Birleşik Krallık için mali yükümlülükler getirdiği, Avrupa Parlamentosu'ndaki yetkilerin artışı sağladığı, bir İngiliz toprağının devrini zorunlu kıldığı ya da Kraliyet'in yetkilerini artırdığı her durumda Parlamento'nun yasama faaliyetinin zorunlu olacağı söylenebilir.<sup>129</sup>

Bir anlaşmayı dahil etmenin tam olarak anayasal bir yöntemini belirleyen bir kural yoktur<sup>130</sup>, fakat pratikte değişik araçlar mevcuttur.<sup>131</sup> Örneğin, bir anlaşma ilgili kanuna eklenerek ya da eklenmeden kanun hükmü verilerek suretiyle, dahil etme kanunundan başka bir kanun tarafından yapılacak atıf suretiyle, bir kanundaki sathi atıf suretiyle<sup>132</sup> veya anlaşmada kapsanan tanımlara kanun tarafından yapılan atıf suretiyle iç hukuka dahil edilebilir.<sup>133</sup>

Birleşik Krallık'taki uygulama, Birleşik Krallık'ın imzaladığı ya da katılmaya niyetlendiği bütün anlaşmaların Parlamento'da kanun önergesi olarak sunulmasıydı.<sup>134</sup> Onay ve kabul gerektiren herhangi bir anlaşmanın metni en az yirmi bir gün önce Parlamento önüne gelmek zorundaydı. Bu 'Ponsonby Kuralı' olarak tanımlanırdı.<sup>135</sup> 1 Ocak 1997'den sonra imzalanan ve bu kural çerçevesinde Parlamento önüne gelen tüm anlaşmalara bir Resmi Yorum (*Explanatory Memorandum*) eşlik etmektedir.<sup>136</sup> Konu, şimdi 2010 yılındaki Anayasal Reform ve Yönetişim Kanunu'nun (*Constitutional Reform and Governance Act*) 2. maddesinde

<sup>127</sup> Örneğin bkz., S. de Smith ve R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 6. Baskı, London, 1989, ss. 140-2, ve W. Wade ve O. H. Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, 9. Baskı, London, 1977, ss. 303-6. Ayrıca bkz., *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* [1937] AC 326, 347; 8 AD, s. 41; *Walker v. Baird* [1892] AC 491; *Republic of Italy v. Hambro's Bank* [1950] 1 All ER 430; *Cheney v. Conn* [1968] 1 WLR 242; 41 ILR, s. 421; *Porter v. Freudenberg* [1915] 1 KB 857, 874-80, ve McNair, *Law of Treaties*, ss. 89-91.

<sup>128</sup> Bu konuda Dışişleri Bakanlığı tarafından Lordlar Kamarası'nın Reformu Hakkında Kraliyet Komisyonu'na sunulan kanıt hakkında bkz., UKMIL, 70 BYIL, 1999, s. 405 (suçluların iadesi ve çifte vergilendirme anlaşmaları örnekleri aktarılmaktadır).

<sup>129</sup> Sinclair ve Dickson, 'National Treaty Law', s. 230.

<sup>130</sup> Bkz., *Regina (European Roma Rights Centre) v. Immigration Officer at Prague Airport and Another* [2004] UKHL 55, 42. paragraf; 131 ILR, s. 683 (per Lord Steyn).

<sup>131</sup> Örneğin bkz., Fatima, *Using International Law*, ss. 57 vd.

<sup>132</sup> Örneğin 1993 tarihli İltica ve Göç Temyizleri Kanunu'nun 2. maddesi, 1971 tarihli Göç Kanunu kapsamındaki hiçbir hükmün Mülteci Konvansiyonu'na aykırı bir uygulama öngöremeyeceğini belirtmektedir.

<sup>133</sup> Örneğin bkz., 2001 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu.

<sup>134</sup> Ayrıca Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (1946) uyarınca Birleşmiş Milletler yaptırımlarını ülke içinde uygulamak için hazırlanan düzenlemelerin Parlamento'ya getirilmesi de bir uygulamadır. Bkz., Sözleşme'nin 1(4). Bölümü. Ayrıca bkz., H. Fox ve C. Wickremasinghe, 'UK Implementation of UN Economic Sanctions', 42 ICLQ, 1993, ss. 945, 959; *R v. HM Treasury and the Bank of England, ex parte Centro-Com*, Times Law Reports, 7 October 1993.

<sup>135</sup> Bkz., 171 HC Deb., col. 2001, 1 April 1924.

<sup>136</sup> UKMIL, 70 BYIL, 1999, s. 406. Bkz., Anayasa Reformu ve Yönetişim Kanunu (2010)'nda 24. Bölüm.

düzenlenmiştir. Bu kanuna göre, bir antlaşma ancak onay için ilgili bakan tarafından Parlamento önüne getirildikten yirmi bir gün sonra onaylanabilir; aksi takdirde Avam Kamarası karar vermez.<sup>137</sup>

İngiliz hukukunda mevzuatın uluslararası hukukla çatışması durumundan kaçınacak şekilde yorumlanması gerektiğine dair bir varsayım vardır.<sup>138</sup> Bu anlayış, özellikle, bir antlaşmayı yürürlüğe sokma niyetiyle yapılan yasaların muğlak olduğu durumlarda öne çıkar. Dolayısıyla, bir antlaşmayı yürürlüğe sokan bir mevzuatın hükümleri birden fazla anlama sahip olabilir; bir yorum antlaşma hükümlerine uygun iken, bir diğeri uygun olmayabilir. Bu durumda benimsenecek olan ilk yaklaşımdır. Bu nedenle, Lord Diplock'un işaret ettiği gibi, 'Parlamento uluslararası hukukun (spesifik antlaşma yükümlülükleri de dahil) ihlali yönünde hareket etmeyi amaçlamaz.'<sup>139</sup> Ayrıca bir mevzuatın ifadelerinin ilgili ulusal yetkililer tarafından uluslararası hukukun dikkate alınmasını gerektirebileceği de kaydedilmelidir.<sup>140</sup>

İngiliz hukukunun uluslararası yükümlülüklerle uyduğu yönünde genel bir varsayım olmakla birlikte<sup>141</sup>, bir mevzuatın ifadelerinin açık olduğu durumlarda uluslararası anlaşmalar ile yaşanan çatışma her ne olursa olsun mahkemelerin onları uygulamaktan başka seçenekleri yoktur.<sup>142</sup> Kuşkusuz ki, bir uluslararası yükümlülüğün herhangi bir ihlali Birleşik Krallık'ın

<sup>137</sup> Bkz., 2. Kısım, 20. Bölüm. Bu bölüm, eğer bir bakan istisnai olarak antlaşmanın yerine getirilmesi gereken zorunluluklar olmaksızın onaylanması gerektiği görüşüne sahipse ya da Avam Kamarası onaya gerek olmadığı kararı verirse o antlaşmaya uygulanmaz. Ayrıca bu hükümlerin kapsamadığı belli bazı antlaşma türleri de vardır. Bkz., 23. Bölüm (Avrupa Parlamentosu'nun yetkilerinde artış sağlayan antlaşmalar Parlamento tarafından kabul edilmiş bir kanunla onaylanmadıkça yürürlüğe giremezler: Avrupa Parlamentosu Seçimleri Kanunu (2002) 12. Bölüm; Avrupa Birliği kurucu antlaşmalarında değişiklik yapan antlaşmalar Parlamento onayı olmaksızın yürürlüğe giremez: Avrupa Birliği (Değişiklik) Kanunu (2008) 5. Bölüm; Miras Vergisi Kanunu (1984) 158. Bölüm uyarınca yapılan tüzüklerle ilişkili antlaşmalar (çifte vergilendirmeden kaçınmak için yapılan uluslararası antlaşmalar) ya da Vergi Kanunu (2010) 2. bölüm (çifte vergilendirmeden kaçınmak için yapılan düzenlemeler) veya Mali Kanun (2006) 173. Bölüm (uluslararası vergi icra düzenlemeleri); Britanya'nın deniz aşırı topraklarındaki bir hükümet tarafından Birleşik Krallık hükümetinin verdiği yetki uyarınca yapılan antlaşmalar.

<sup>138</sup> Örneğin bkz., *Garland v. British Rail Engineering Ltd* [1983] 2 AC 751; 93 ILR, s. 622, ve *Ex Parte Brind* [1991] 1 AC 696, 748; 85 ILR, s. 29. Ayrıca bkz., *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12. Baskı, London, 1969, s. 183; *A (FC) and Others (FC) v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKHL 71, 27. paragraf ve *Al-Skeini v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26, 45. paragraf; 133 ILR, ss. 715–16 (per Lord Rodger).

<sup>139</sup> *Salomon v. Commissioners of Customs and Excise* [1967] 2 QB 116, 143; *Post Office v. Estuary Radio Ltd* [1968] 2 QB 740 ve *Brown v. Whimster* [1976] QB 297. Ayrıca bkz., *National Smokeless Fuels Ltd v. IRC, The Times*, 23 April 1986, s. 36; Lord Oliver, *JH Rayner v. Department of Trade and Industry* [1989] 3 All ER 523, 545; 81 ILR, ss. 671, 702 ve *R (Adams) v. Secretary of State for Justice* [2011] UKSC 18, 14. paragraf (Lord Phillips).

<sup>140</sup> Diplomatik ve Konsolosluk Taşınmazları Kanunu (1987)'nin 1(4). Bölümü Dışişleri Bakanı'nın diplomatik ve konsolosluk taşınmazlarının statülerini değiştirmesine, eğer uluslararası hukuka göre bu tür bir değişikliğe izin verildiği hususunda eminse, izin vermektedir.

<sup>141</sup> Lord Hoffman 'İngiliz hukukunun (hem içtihat hukuku hem de mevzuatın) Birleşik Krallık'ın uluslararası bir yükümlülüğünü ihlal etmeyecek şekilde yorumlanması gerektiği yönünde güçlü bir karinenin mevcut olduğuna' işaret etmiştir. *Rv Lyons* [2002] UKHL 44, para. 27. Ayrıca bkz., *Assange v. The Swedish Prosecution Authority* [2012] UKSC 22, para. 10 (Lord Phillips); *Hounga v Allen* [2014] UKSC 47, para. 50 (Lord Wilson) ve *Pham v Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19, para. 77. Lord Mance 'Fakat tutarlılık her zaman gerçekleştirilebilir değildir ve de Parlamento tarafından arzulanmamıştır ya da gerçekleştirilmemiştir' demiştir. *A.g.e.*

<sup>142</sup> *Ellerman Lines v. Murray* [1931] AC 126; 5 AD, s. 342 ve *IRC v. Collico Dealings Ltd* [1962] AC 1; 33 ILR, s. 1. Bkz., Sinclair, 'Principles of Treaty Interpretation', ve C. Schreuer, 'The Interpretation of Treaties by Domestic Courts', 45 BYIL, 1971, s. 255. Ayrıca bkz., F. A. Mann, *Foreign Affairs in English Courts*, Oxford, 1986, ss. 97–114; R. Gardiner, 'Treaty Interpretation in the English Courts since *Fothergill v. Monarch Airlines* (1980)', 44 ICLQ, 1995, s. 620, ve Fatima, *Using International Law*, ss. 65 vd. Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi *HM Treasury v. Ahmed* davasında, hukukilik ilkesinin, genel ya da muğlak kanuni ifadelerin temel hakları ihlal edecek şekilde yorumlanmamasını gerektirdiğini vurgulamıştır. Bkz., [2010] UKSC 2, 45. paragraf,

sorumluluğunu - iç nedenler her ne olursa olsun - uluslararası düzeye taşıyacaktır.<sup>143</sup> Geçmişte antlaşmaların onları doğrudan yasalastırmayan iç mevzuat bağlamında ya da kamu politikalarının göstergeleri (özellikle insan hakları antlaşmalarına ilişkin) olarak göz önüne alınması yönünde teşebbüsler olmuştur.<sup>144</sup>; nitekim, muğlak hükümlerin yorumlanmasına çalışılırken onların dikkate alınabileceği görünmektedir.<sup>145</sup> Bununla birlikte, milletvekilleri karar verirken bunu yapmaları yönünde bir yükümlülük altında değillerdir.<sup>146</sup>

Uluslararası yükümlülüklerin uygulanması hususunda önemli bir konu gündeme gelmiştir ki bu da Birleşmiş Milletler'in yaptırımları ile ilgilidir. Birleşik Krallık'ta bu tür yaptırımlar Kraliçeye ikincil yasama (*Orders in Council*) yetkisi veren ve böylece yaptırımların uygulanmasına imkan sağlayan 1946 tarihli BM Yasası uyarınca yürürlüğe girer.<sup>147</sup> Bu tür ikincil yasama uygulamaları genellikle ayrıntılıdır ve bu nedenle farklı yorumların ortaya çıkma ihtimali yüksektir. Avrupa Birliği kurallarının uygulanması da bu bağlamda gündeme gelen konulardan biridir.<sup>148</sup> Ayrıca, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi Sözleşmesi'nin 29. maddesinde belirtilen ve BM Güvenlik Konseyi'nin 1993 yılındaki 827 sayılı bağlayıcı kararı ile kabul edilen yükümlülük de bu bağlamda anılabilir. 29. madde bütün devletlerin mahkeme ile işbirliğini ve özellikle de kişilerin gözaltına alınması ve tutuklanması ile mahkemeye teslim edilmesi de dahil olmak üzere 'mahkeme tarafından verilen talimatlara ya da yardım isteğine gecikmeksizin uymasını' öngörmektedir. Birleşik Krallık'ta bu madde de, 1946 tarihli BM Yasası uyarınca ikincil mevzuat ile uygulamaya girmiştir.<sup>149</sup>

İngiliz mahkemeleri, bir mevzuat ile İngiliz hukukuna dahil edilen uluslararası antlaşmaların yorumu konusunda, kanuni yorumda alışılmış olandan daha geniş bir yaklaşım benimsemiştir. Mahkemeler, kanuni yaklaşımın daha katı kurallarından ziyade Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde (1969) belirtildiği gibi antlaşma yorumuna dair uluslararası kurallardan

<sup>143</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>144</sup> Örneğin bkz., *Blathwayt v. Baron Cawley* [1976] AC 397.

<sup>145</sup> Bu konuda, 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası tarafından İngiliz hukukuna dahil edilmesinden önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamındaki örnek hakkında bkz., *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bhajan Singh* [1975] 2 All ER 1081; 61 ILR, s. 260; *R v. Chief Immigration Officer, Heathrow Airport, ex parte Salamat Bibi* [1976] 3 All ER 843; 61 ILR, s. 267; *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Phansopkar* [1976] QB 606; 61 ILR, s. 390; *Waddington v. Miah* [1974] 1 WLR 683; 57 ILR, s. 175; *Cassell v. Broome* [1972] AC 1027; *Malone v. MPC* [1979] 344. Bölüm; 74 ILR, s. 304; *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Anderson* [1984] 1 All ER 920; *Trawnik v. Ministry of Defence* [1984] 2 All ER 791 ve *Ex Parte Launder* [1997] 1 WLR 839. *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 AC 696, davasında ikincil yasama ve yürütmenin takdir yetkisinin bu kategoriye girmediği görüşü savunulmuştur. Ayrıca bkz., *Derbyshire County Council v. Times Newspapers Ltd* [1993] AC 534 HL; *Rantzen v. Mirror Group Newspapers (1986) Ltd* [1993] 3 WLR 953 CA; *Attorney-General v. Associated Newspapers Ltd* [1993] 3 WLR 74; *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Wynne* [1993] 1 WLR 115 ve *R v. Brown* [1993] 2 WLR 556. Ayrıca bkz., A. Cunningham, 'The European Convention on Human Rights, Customary International Law and the Constitution', 43 ICLQ, 1994, s. 537.

<sup>146</sup> Örneğin bkz., *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Fernandes* [1984] 2 All ER 390.

<sup>147</sup> Örneğin bkz., the Iraq and Kuwait (UN Sanctions) Order 1990, SI 1990 No. 1651; the Serbia and Montenegro (UN Sanctions) Orders 1992 and 1993, SI 1992 No. 1302 and SI 1993 No. 1188; the Libya (UN Sanctions) Orders 1992 and 1993, SI 1992 Nos. 973 and 975 and SI 1993 No. 2807; the Former Yugoslavia (UN Sanctions) Order 1994, SI 1994 No. 2673.

<sup>148</sup> Örneğin bkz., *Ex Parte Centro-Com* [1994] 1 CMLR 109; [1997] ECR I-81, ve [1997] 3 WLR 239; 117 ILR, s. 444. Ayrıca bkz., R. Pavoni, 'UN Sanctions in EU and National Law: The Centro-Com Case', 48 ICLQ, 1999, s. 582. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>149</sup> The UN (International Tribunal) (Former Yugoslavia) Order 1996, SI 1996 No. 716. Bu prosedürler konusunda farklı yaklaşımlar için bkz., C. Warbrick, 'Co-operation with the International Criminal Tribunal for Yugoslavia', 45 ICLQ, 1996, s. 947, ve H. Fox, 'The Objections to Transfer of Criminal Jurisdiction to the Tribunal', 46 ICLQ, 1997, s. 434.

yararlanmışlardır.<sup>150</sup> Özellikle de ilgili *travaux preparatoires*'e (hazırlık çalışmaları) başvurmak mümkün olabilir.<sup>151</sup> *Sidhu v. British Airways* davasında Lord Hope, *Fothergill v. Monarch Airlines* davasında işaret edilen geniş yaklaşımı benimseyerek İngiltere'de 'hukukun gücüne sahip olan uluslararası antlaşmaların yorumu konusunda amaca yönelik yaklaşımın (*purposive approach*) esas alınması gerektiğinin yerleşik bir görüş olduğunu' belirtmiştir.<sup>152</sup> *Fothergill* davasındaki yaklaşım daha sonraki içtihatlarda da Viyana Sözleşmesi'ndeki 31. ve 32. maddelere dayanılarak tekrarlanmıştır.<sup>153</sup> İlgili prensipler şu şekilde özetlenebilir: İlk olarak antlaşmanın ilgili maddesinde kullanılan kelimelerin açık anlamına bakılır; bu noktada kanunlaştırmacının amacının dikkate alınmasının, yorum sürecinin parçası olduğu akıldaki tutulmalıdır. Katı lafzi bir yorum bir uluslararası antlaşmayı hukuka dahil edecek ve yürürlüğe sokacak olan mevzuatın belirlenmesi açısından uygun değildir. Belli bir maddenin hükümleri muğlak ise bu muğlaklığı antlaşmayı amaca yönelik yaklaşım gözlüğü ile değerlendirerek aşmak mümkün olabilir. Bu amaca yönelik yaklaşım, ilgili İngiliz yasama belgesinde ortaya konulduğu gibi antlaşmanın diline atıfta bulunarak antlaşmaya bir bütün halinde bakarak gerçekleşir. İkinci olarak, *Fothergill* davasında belirtildiği gibi, bir uluslararası antlaşma 'İngiliz hukukunun teknik kurallarından ya da İngiliz hukukundaki emsal kararlardan bağımsız olarak, fakat genel ilkeler temelinde' yorumlanmalıdır. Üçüncü olarak Viyana Sözleşmesi'nin 31 (1). maddesinde belirtildiği gibi, 'bir antlaşma, iyi niyet temelinde, antlaşma hükümlerine kendi bağlamı içinde verilen olağan anlamına uygun olarak ve konu ve amacı ışığında yorumlanmalıdır.' Dördüncü olarak, yukarıdaki yaklaşım ilgili hükmün anlamını muğlak ve anlaşılabilir olarak bırakıyorsa ya da açıkça absürt ya da mantıksız bir sonuca yol açıyorsa Viyana Sözleşmesi'nin 32. maddesinde de belirtildiği üzere antlaşmanın anlamını tespit etmek için, antlaşmanın hazırlık çalışmaları (*travaux preparatoires*) da dahil, 'tamamlayıcı yorum araçlarına' başvurulabilir. Beşinci olarak, antlaşma ya da sözleşme hakkındaki sonraki yorumlar, o yorumların muhakeme gücüne bağlı olarak, sadece ikna edici değere sahiptir. Benzeri şekilde, antlaşmanın ya da sözleşmenin yorumu hususunda yabancı mahkemelerin kararları, ilgili mahkemenin itibarı ve konumundan kaynaklanan otoritesine bağlıdır. Altıncı olarak, bir antlaşmanın yorumunda başvuru, hazırlık çalışmaları (*travaux preparatoires*), uluslararası içtihat hukuku ve hukukçuların makaleleri gibi yardımcı araçlar, antlaşma hükümlerinin anlaşılmasında ikame edici bir unsur değildir.<sup>154</sup> *Al-Atiyyah v Al-*

<sup>150</sup> Lord Slynn, *R (Al Fawwaz) v. Governor of Brixton Prison* davasında şöyle demiştir: 'İade antlaşmalarını uygulamak için iç hukuk kanunlarına benzeyen katı kurallar çoğu zaman bu antlaşmaların amaçlarına hizmet etmek yerine onlara zarar vermektedirler', [2001] UKHL 69, para. 39. Lord Bridge'e atıf yapılmıştır *Ex Parte Postlethwaite* [1988] AC 924, 947. Ayrıca bkz., *Reyes v Al-Malki* [2015] EWCA Civ 32, para. 46. Bkz. M. Waibel, 'Principles of Treaty Interpretation: Developed for and Applied by National Courts' *The Interpretation of International Law by Domestic Court* (ed. H.P. Aust ve G. Nolte), s. 9.

<sup>151</sup> Bkz., *Buchanan v. Babco* [1978] AC 141 ve *Fothergill v. Monarch Airlines* [1981] AC 251; 74 ILR, s. 648. İkinci davada Lord Wilberforce'ın kısıtlayıcı yaklaşımını ([1981] AC 278; 74 ILR, s. 656) Lord Diplock'ın yaklaşımı ile karşılaştırmış. Bkz. [1981] AC 283; 74 ILR, ss. 661-2. Ayrıca bkz., *Goldman v. Thai Airways International Ltd* [1983] 3 All ER 693. Ayrıca *Wahda Bank v. Arab Bank plc* (Times Law Reports, 16 December 1992) Hakim Phillips Birleşmiş Milletler yaptırımlarının ülke içinde yerine getirilmesini sağlayan düzenlemenin söz konusu davaya uygulanabilirlik sorununu incelerken BM yaptırım kararlarına atıfta bulunmuştur. Ayrıca bkz., *Re H (Minors)* [1998] AC 72.

<sup>152</sup> [1997] 1 All ER 193, 202. Lord Mustill *Semco Salvage v. Lancer Navigation* davasında söz konusu ifadelerin olağan anlamında anlaşıldığı gibi metne uygun bir yorumunun önemini vurgulamıştır. Bkz., [1977] 1 All ER 502, 512.

<sup>153</sup> Örneğin bkz., *Ben Nevis (Holdings) Ltd v. Commissioners of HMRC* [2013] EWCA Civ 578, 16. paragraf.

<sup>154</sup> Bkz., *Mummery J., IRC v. Commerzbank AG* [1990] STC 285; *Memec v. IRC* [1998] STC 754 ve *Ben Nevis (Holdings) Ltd v. Commissioners of HMRC* [2013] EWCA Civ 578, 16. paragraf. Lord Slynn *R (Al Fawwaz) v. Governor of Brixton Prison* davasında 'suçluların iadesi antlaşmalarını uygulamak için iç mevzuattaki katı kuralların amaca hizmet etmekten ziyade sıklıkla zarar verme eğilimi taşımakta' olduğunu belirtmiştir. Bkz., [2001] UKHL 69, 39. paragraf. Ayrıca bkz., *R (ST) v. Secretary of State for the Home Department* [2012] UKSC 12, 30. paragraf (Lord Hope). Ayrıca, mahkemenin yoruma yaklaşımı her ne kadar geniş ve amaca yönelik olursa olsun, sonuçta, mahkemenin vazifesi sözleşme taraflarının anlaşarak kendilerini bağladıkları belgenin yorumlanmasıdır. Lord Bingham *Roma Rights* davasında mahkemenin tarafların anlaşmış oldukları konuyu yorumlamak zorunda olduğunu özellikle vurgulamıştır. Bkz., 31. paragraf.

*Thani* kararında<sup>155</sup> 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi hükümlerinin iç hukuka aktarılanlarını bu sözleşmenin bütün hükümlerine, iç hukuka aktarılmamış olanlar dahil, bakarak yorumlamanın meşru olduğu belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni İngiliz hukuk sistemine dahil eden 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu daha ziyade özel bir konuma sahiptir. 3(1). Bölüm 'mümkün olduğu kadarıyla birincil ve ikincil yasamanın sözleşme haklarına uygun olacak bir şekilde yorumlanması ve yürürlüğe girmesi gerektiğini' belirtmektedir; ancak bu durum sözleşmeye uygun olmayan herhangi bir birincil yasama unsurunun geçerliliğini ve icrasını etkilemez.<sup>156</sup> İnsan Hakları Kanunu'nda 3. Bölüm tarafından getirilen yükümlülük hem önceki hem de sonraki kanunlaştırma faaliyetleri ile yakından ilişkilidir.<sup>157</sup> Mevzuatın Sözleşme'deki haklara uygun olmadığı durumlarda kanundaki 4. Bölüm çerçevesinde uyuşmazlık itirazı getirilebilir ve Parlamento da kanundaki 10. Bölüm uyarınca uyuşmayan hükümleri değiştirir.

Ayrıca mahkemeler de Sözleşme'ye uyum sağlayabilmek amacıyla iç mevzuatın yorumunda daha geniş ve amaca yönelik yaklaşımı benimsemişlerdir.<sup>158</sup> İç mevzuatın yorumlanması sürecinde eğer mümkünse mevzuatı sözleşme haklarına uygun hale getirebilmek için mahkemeler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilgili içtihatını 'dikkate almak zorundadır'<sup>159</sup>; ancak yine de bu, bu tür bir içtihatın takip edilmesine dair zorunluluk getiren bir hüküm değildir.<sup>160</sup> Bu bağlamda ayrıca Avrupa Birliği'ne girişin giderek artan önemine değinmekte fayda vardır. Avrupa Birliği'nin içtihat hukuku, temel hakların hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz bir unsuru olduğunu göstermektedir; ki Avrupa Birliği Adalet Divanı bu temel üzerinde çalışır. Sistem, AB hukukunun ulusal hukukun üstünde olduğu ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarının üye devletlerin ulusal mahkemeleri tarafından uygulanacağı anlayışı üzerine dayalıdır. Bu yüzden bu yolla değişiklik potansiyeli oldukça önemlidir.<sup>161</sup> Üstelik, Lordlar Kamarası, 1972 tarihli Avrupa Topluluğu Kanunu'na uygun olarak yapılan iç mevzuatın yorumlanmasında, iç mevzuatın Avrupa Topluluğu'nu kuran Roma Antlaşması ile çatıştığı görülen yerlerde amaca yönelik yaklaşımın esas alınması gerektiğini savunmuştur.<sup>162</sup>

<sup>155</sup> [2016] EWHC 212 (QB), para. 39.

<sup>156</sup> Madde 3(2)b. Birincil mevzuatın uygun olmamayı ortadan kaldırmadığı durumda ikincil mevzuat bunu yapamaz. Madde 3(2)c.

<sup>157</sup> Section 3(2)a. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., H. Fenwick, *Civil Liberties and Human Rights*, 3. Baskı, London, 2002, s. 139, ve R. Clayton ve H. Tomlinson, *Human Rights Law*, London, 2000, 4. Bölüm.

<sup>158</sup> Örneğin, Lordlar Kamarası'nın *R v. A* (2001, 2 WLR 1546) ve *R (on the application of Alconbury Ltd) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* (2001, 2 All ER 929) davalarına bakınız. Ayrıca konu *HM Treasury v. Ahmed* davasında Birleşmiş Milletler Kanunu (1946)'nin 1 (1). Bölümü uyarınca BM yaptırımlarının tüzükle Birleşik Krallık içerisinde uygulanmasına ilişkin gündeme gelmiştir (*HM Treasury v. Ahmed*, 2010, UKSC 2). Lord Hope 'temel hakların genel ya da muğlak ifadelerle çığnenemeyeceğini' belirtmiştir. Bkz., 61. paragraf.

<sup>159</sup> İnsan Hakları Kanunu 2. Bölüm.

<sup>160</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 6. Bölüm.

<sup>161</sup> Örneğin bkz., *Nold v. EC Commission* [1974] ECR 491, 508 ve *Rutili v. Ministry of Interior of French Republic* [1975] ECR 1219.

<sup>162</sup> *Pickstone v. Freemans* [1988] 3 WLR 265. Ayrıca bkz., *Litster v. Forth Dry Dock Engineering* [1989] 1 All ER 1194.

**Amerika Birleşik Devletleri<sup>163</sup>**

Ulusal hukuk ile uluslararası teamül hukuku arasındaki ilişkilere dair Amerikan yaklaşımı gözönüne alınacak olursa, ABD Anayasası'nı dikkate alma gerekliliği dışında ABD'deki yaklaşımın İngiliz uygulamasına çok benzer olduğu görünmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Boos v. Barry* davasında vurguladığı gibi, 'genel bir varsayım olarak ABD'nin uluslararası hukuka uymasında hayati derecede ulusal çıkarı olduğu kuşkusuz ki doğrudur'. Bununla birlikte, uluslararası hukuk kuralları Anayasa'ya tabidir.<sup>164</sup>

Birleşik Krallık'ta olduğu gibi ABD'de de daha önceleri kabul edilen dahil etme doktrini daha sonraları değişikliğe uğramıştır. *Paquete Habana* davasında şu ifade edilmiştir:<sup>165</sup>

"Uluslararası hukuk, hukukumuzun bir parçasıdır ve uygun yargı yetkisine sahip adalet mahkemeleri tarafından tetkik edilmesi ve kullanılması gereklidir; sıklıkla uluslararası hukuka bağlı hak sorunları onların tespiti için usulüne uygun olarak mahkemelere sunulur."<sup>166</sup>

Benzeri şekilde, daha önceleri hakim olan dahil etme yaklaşımı yerini daha ihtiyatlı bir yaklaşıma bırakmıştır.<sup>167</sup> Günümüzde kabul edilen yaklaşım, ABD'de uluslararası teamül hukukunun federal hukuk olduğu ve federal mahkemeler tarafından o yönde verilen kararların federe devlet mahkemeleri için bağlayıcı olduğu<sup>168</sup> yönündedir; ancak yine de uluslararası teamül hukukunu ulusal hukuka dahil etmenin demokratik yönetim üzerindeki etkisine dair bazı tartışmaların olduğu da bir vakiadır.<sup>169</sup> Birleşik Krallık ile bu yaklaşım konusundaki benzerlik ortak tarihi ve kültürel gelenek düşünülecek olursa şaşırtıcı değildir ve teori konusunda benzeri sınırlılıklar aşıkardır. ABD mahkemeleri hukuki emsal doktrini ve daha önceki davalara göre işlem yapma zarurieti ile sınırlanmıştır ve mevzuata uygun olmayan herhangi bir uluslararası teamül hukukuna karşı mevzuatı uygulamak zorundadır.<sup>170</sup> Temyiz Mahkemesi *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan* davasında<sup>171</sup> bu pozisyonu yeniden teyit etmiştir. Mahkeme kararında 'Kongre'nin

<sup>163</sup> Örneğin bkz., P. R. Dubinsky, 'United States', Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, s. 631; C. A. Bradley, *International Law in the US Legal System*, 2. Baskı Oxford, 2015; *International Law in the US Supreme Court* (ed. D. L. Sloss, M. D. Ramsay ve W. S. Dodge), Cambridge, 2011; J. F. Murphy, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, Cambridge, 2004, 2. Bölüm; J. J. Paust, *International Law as Law of the United States*, Durham, NC, 1996, ve Paust, 'International Law as Law of the United States: Trends and Prospects', 1 *Chinese JIL*, 2002, s. 615; Morgenstern, 'Judicial Practice'; I. Seidl-Hohenveldern, 'Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law', 12 *ICLQ*, 1963, s. 88; *Oppenheim's International Law*, ss. 74 vd.; C. Dickinson, 'The Law of Nations as Part of the National Law of the United States', 101 *University of Pennsylvania Law Review*, 1953, s. 793; L. Henkin, *Foreign Affairs and the Constitution*, New York, 1972; L. Henkin, 'International Law: as Law in the United States', 82 *Michigan Law Review*, 1984, s. 1555; J. J. Paust, 'Customary International Law: Its Nature, Sources and Status as Law in the United States', 12 *Michigan Journal of International Law*, 1990, s. 59, ve *Treaties and Other International Agreements: A Study Prepared for the Committee on Foreign Relations*, US Senate, 2001.

<sup>164</sup> 99 L Ed 2d 333, 345-7 (1988); 121 ILR, s. 551.

<sup>165</sup> 175 US 677 (1900). Ayrıca bkz., *Respublica v. De Longchamps* 1 Dall. 111.

<sup>166</sup> 175 US 677, 700. Bu halihazırda kontrol eden bir yürütme yada yasama işleminin yokluğunda olur. Ayrıca bkz., *Hilton v. Guyot* 159 US 113 ve *United States v. Melekh* 190 F.Supp. 67 (1960), *Pauling v. McElroy* 164 F.Supp. 390 (1958).

<sup>167</sup> Örneğin bkz., *Cook v. United States* 288 US 102 (1933); 6 AD, s. 3 ve *United States v. Claus* 63 F.Supp. 433 (1944).

<sup>168</sup> Bkz., *US v. Belmont* 301 US 324, 331, 57 S.Ct. 758, 761 (1937); 8 AD, s. 34 ve *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, St Paul, 1987, Cilt: 1, ss. 48-52. Ayrıca bkz., *Kadic v. Karadzic* 70 F.3d 232, 246 (2d Cir. 1995); 104 ILR, ss. 149, 159; ve *In Re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation* 978 F.2d 493, 502 (9th Cir. 1992); 103 ILR, ss. 521, 529; C. A. Bradley ve J. L. Goldsmith, 'Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position', 110 *Harvard Law Review*, 1997, s. 816, ve J. Paust, 'Customary International Law in the United States: Clean and Dirty Laundry', 40 *German YIL*, 1997, s. 78.

<sup>169</sup> Örneğin bkz., Bradley, 'International Law in the US', 5. Bölüm.

<sup>170</sup> Örneğin bkz., *Schroeder v. Bissell* 5 F.2d 838, 842 (1925).

<sup>171</sup> 859 F.2d 929 (1988).

hiçbir kanunlaştırma faaliyetine uluslararası teamül hukukunu ihlal ettiği gerekçesiyle karşı çıkılmayacağı'nı belirtmiştir.<sup>172</sup>

Amerika Birleşik Devletleri'nin politik ve yargı organlarının, uluslararası hukuku ihmal yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Bu, bir mevzuata uygun olması ya da 'hükümet tasarrufunu kontrol etme' amacıyla meydana gelmesi durumunda gerçekleşebilir. Teamül ve onunla uyumsuz olan önceki mevzuat arasındaki genel ilişki gibi<sup>173</sup> bu da çok tartışmaya neden olmuştur.<sup>174</sup> Bununla birlikte, günümüzde mevzuatın daha önceki antlaşmaların ya da uluslararası teamül hukuku kurallarının üzerinde olduğu kabul edilmektedir.<sup>175</sup> Ayrıca, bir mahkemenin, Uluslararası Adalet Divanı'nın bir kararının ABD Yüksek Mahkemesi'nin bağlayıcı nitelikteki bir kararını iptal ettiğine karar vermesinin Anayasaya aykırı olacağı ve Anayasayı ihlal gerekçesiyle hukuki müracaat yolunu açacağı savunulmuştur.<sup>176</sup> Bununla birlikte Uluslararası Adalet Divanı'nın kararlarının ABD mahkemeleri üzerindeki etkisi konusu, tutuklu yabancıların konsolosluk görevlileri ile görüşmesine izin verilmemesi nedeniyle Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi'nin (1963) ihlal edildiğine ilişkin<sup>177</sup> ulusal mahkemelerin kararları ışığında tartışılmıştır.<sup>178</sup>

İngiliz hukukunda olduğu gibi ABD hukukunda da mevzuatın uluslararası hukuka aykırı olmayacağına dair bir varsayım vardır. Nitekim, *Schroeder v. Bissell* davasında<sup>179</sup> mahkeme şunu ifade etmiştir:<sup>180</sup>

*“Kongrenin bir yasama faaliyetinin uluslararası karşılıklı saygı prensibini yok sayma niyetiyle gerçekleştiği açıkça görünmüyorsa temel varsayım, onun bu prensipe uygun olduğu düşünülerek yürürlüğe sokulduğudur.”*

ABD hukuku ile teamül hukuku arasındaki ilişki bazı insan hakları durumları bağlamında yeniden inceleme konusu olmuştur. *Filartige v. Pena-Irala* davasında<sup>181</sup>, ABD Temyiz Mahkemesi bir Paraguaylı'nın diğer bir Paraguaylıya karşı oğlunun işkence edilerek öldürülmesi nedeniyle açtığı davayı görüşmüştür. İddia, 1789

<sup>172</sup> *A.g.e.*, 939. Ayrıca bkz., *Tag v. Rogers* 267 F.2d 664, 666 (1959); 28 ILR, s. 467 ve v. *Yunis* (No. 3) 724 F.2d 1086, 1091 (1991); 88 ILR, ss. 176, 181. Bu pozisyon temel olarak şu davalarda da yeniden teyit edilmiştir: *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692, 737–8 (2004) ve *Samantar v. Yousuf*, 130 S.Ct 2278 (2010).

<sup>173</sup> Bkz., *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, ss. 63–9 (§115); *Reagan* davası, 859 F.2d 929, ve Goldklang, 'Back on Board the *Paquete Habana*', 25 Va. JIL, 1984, s. 143.

<sup>174</sup> Bkz., *Brown v. United States* 12 US (8 Cranch) 110, 128 (1814) ve *Whitney v. Robertson* 124 US 190, 194 (1888). Ayrıca bkz., Henkin, 'International Law', s. 1555. Ayrıca bkz., *Rodriguez-Fernandez v. Wilkinson* 654 F.2d 1382 (1981); 505 F.Supp. 787 (1980); *US v. PLO* 695 F.Supp. 1456 (1988) ve *Klinghoffer v. SNC Achille Lauro* 739 F.Supp. 854 (1990).

<sup>175</sup> Önceki nota bakınız.

<sup>176</sup> *Valdez v. Oklahoma*, US Court of Criminal Appeals of Oklahoma, Case No. PCD-2001–1011, 2002.

<sup>177</sup> Örneğin bkz., *Torres v. State of Oklahoma* 43 ILM, 2004, s. 1227, ve *Sanchez-Llamas v. Oregon* 126 S. Ct. 2669 (2006). Bu davalarda, Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesinin ihlalinin her halükarda mahkumiyet kararının bozulmasını gerektirmediği savunulmuştur. Ayrıca bkz., *United States v. Rodriguez* 162 Fed. Appx. 853, 857 (11th Cir. 2006), *Cornejo v. County of San Diego* 504 F.3d 853, 872 (9th Cir. 2007) ve *Gandara v. Bennett* (Court of Appeals for the Eleventh Circuit, 22 May 2008) (Viyana Sözleşmesi'nin yargısal olarak icra edilebilir bireysel haklar doğurmadığı görüşü savunulmuştur.)

<sup>178</sup> Bkz., *LaGrand* davası (*Germany v. United States of America*), ICJ Reports, 2001, s. 466; 134 ILR, s. 1, ve *Avena and Other Mexican Nationals* davası (*Mexico v. United States of America*), ICJ Reports, 2004, s. 12; 134 ILR, s. 120.

<sup>179</sup> 5 F.2d 838 (1925).

<sup>180</sup> *A.g.e.*, s. 842. Ayrıca bkz., *Macleod v. United States* 229 US 416 (1913) ve *Littlejohn & Co. v. United States* 270 US 215 (1926); 3 AD, s. 483.

<sup>181</sup> 630 F.2d 876 (1980); 77 ILR, s. 169. Örneğin bkz., R. B. Lillich, *Invoking Human Rights Law in Domestic Courts*, Charlottesville, 1985, ve Comment, 'Torture as a Tort in Violation of International Law', 33 *Stanford Law Review*, 1981, s. 353.



tarihli Yabancıların Haksız Fiilleri Hakkındaki Kanun'a dayanmaktaydı.<sup>182</sup> Kanun, 'bölge mahkemeleri bir yabancı tarafından mahkeme önüne getirilen bir özel hukuk davası konusunda yalnızca konunun uluslararası hukukun ihlalini içeren bir haksız fiil olması durumunda yargı yetkisine sahiptir' hükmünü getirmiştir. Temyiz Mahkemesi işkencenin uluslararası teamül hukukunun ihlali olduğunu ve bu yüzden davanın açılabilirliğini savunmuştur. Mahkeme, sonuçta iki taraf da yabancı olmasına ve işkenceyle ölüm vakası Paraguay'da gerçekleşmiş olmasına rağmen davalı aleyhine hüküm vermiştir. Mahkeme, ayrıca, uluslararası hukukun niteliğinin anlaşılması açısından kanunun kabul edildiği dönemdeki değil, uluslararası hukukun günümüzdeki kural ve prensiplerinin yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.<sup>183</sup> İnsan hakları konularında uluslararası teamül hukuku hükümlerinin ABD hukukuna dahil edilmesi meselesinin tartışıldığı diğer davalar da mahkeme önüne gelmiştir.<sup>184</sup> Bununla birlikte, kendi vatandaşına karşı işkence yapması nedeniyle Arjantin hükümetine karşı açılan dava devletin bağımsızlığı doktrini temelinde çökmüştür.<sup>185</sup> Uluslararası terör eylemlerine karşı Yabancıların Haksız Fiilleri Hakkındaki Kanun çerçevesinde dava açılmayacağı savunulmuştur.<sup>186</sup> *Kadic v. Karadzic* davasında<sup>187</sup> ABD Temyiz Mahkemesi resmi işkence ve yargısız infaz iddialarının Yabancıların Haksız Fiilleri Hakkındaki Kanun kapsamında belirtilen fiiller arasında sayılmamakla birlikte incelemeye konu olabileceği ve soykırım, savaş suçları ve diğer uluslararası insancıl hukuk ihlallerine ilişkin iddiaların da bu kapsama girebileceği görüşünü savunmuştur.<sup>188</sup> Ancak, *Sosa v. Alvarez-Machain* davasında<sup>189</sup> Yüksek Mahkeme Yabancıların Haksız Fiilleri Hakkındaki Kanun'un yeni dava sebepleri doğurmeyen yargılama yetkisine dair bir mevzuat olduğu ve *common law*'un (teamül hukukunun) o dönemde büyükelçilere karşı suçlar, geçiş izninin ihlali ve korsanlık gibi şahsi sorumluluk taşıdığı düşünülen az sayıdaki uluslararası hukuk ihlalleri için dava

<sup>182</sup> 28 USC 1350 (1988).

<sup>183</sup> 630 F.2d 876, 881 (1980); 77 ILR, ss. 169, 175. Ayrıca bkz., *Amerada Hess v. Argentine Republic* 830 F.2d 421; 79 ILR, s. 1. Uluslararası hukuk normları, 'kamu hukuku konusunda yazan hukuk uzmanlarının çalışmaları ya da devletlerin genel teamül ve uygulamaları veya o normları kabul eden uygulamaya sokan yargı kararlarına başvurarak tespit edilmelidir.' Bkz., 630 F.2d 876, 880; 77 ILR, s. 174, (*United States v. Smith* 18 US (5 Wheat.), 153, 160-1'den aktarılmıştır). Ayrıca bkz., *Kadic v. Karadzic* 34 ILM, 1995, s. 1592. Bradley, *Filargita* davasından sonra uluslararası teamül hukukunun ABD'deki konumu hakkında 'önde gelen akademik görüşün, bunun 'kendiliğinden icra edilen federal hukuk' şeklinde olduğunu ancak bu duruma son zamanlarda karşı çıktığını belirtmiştir. Bkz., *International Law in the US Legal System*, s. 155 vd. Bradley ABD mahkemelerinin uluslararası teamül hukukunu iç hukuka aktarırken ihtiyatla yaklaşmaları gerektiği sonucuna varmıştır. *A.g.e.*, s.167.

<sup>184</sup> Örneğin bkz., *Fernandez v. Wilkinson* 505 F.Supp. 787 (1980) ve *In re Alien Children Education Litigation* 501 F. Supp. 544 (1980).

<sup>185</sup> *Siderman v. Republic of Argentina*, No. CV 82-1772-RMT (MCx) ve *International Practitioner's Notebook*, July 1985, s. 1. Ayrıca bkz., aşağıda 13. bölüm.

<sup>186</sup> *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic* 517 F.Supp. 542 (1981), *aff'd per curiam*, 726 F.2d 774 (1984), *cert. denied* 53 USLW 3612 (1985); 77 ILR, s. 192. Örneğin bkz., A. D'Amato, 'What Does *Tel-Oren* Tell Lawyers?', 79 AJIL, 1985, s. 92. Ayrıca bkz., *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua* 770 F.2d 1385, 1398 (1985); 88 ILR, ss. 75, 90 ve *Linder v Portocarrero* 747 F.Supp. 1452; 99 ILR, s. 55.

<sup>187</sup> 34 ILM, 1995, s. 1592.

<sup>188</sup> ABD İşkence Mağdurlarını Koruma Kanunu (1991) bir bireyin – gerçek ya da görünüşteki bir otorite altında - resmi işkence ya da yargısız infaz yaptığı durumlarda bu fiillere karşı dava açma hakkı tanımaktadır. Bkz., the US Torture Victim Protection Act 1991, 106 Stat. 73 (1992). Yüksek Mahkeme *Mohamad v Palestinian Authority* davasında kanunun sadece gerçek kişilere yönelik olduğunu, hukuki kişiliklere ve kuruluşlara karşı sorumluluk doğurmadığını belirtmiştir. Bkz., 566 US (2012), slip opinion 11-88. Söz konusu kanun, yargı yetkisi ile ilgili bir mevzuat değildir, bu yüzden resmi işkence iddiaları Yabancıların Haksız Fiilleri Hakkındaki Kanun'un sunduğu yargı yetkisi kapsamında takip edilecektir. Örneğin bkz., *Xuncax v. Gramajo* 886 F.Supp. 162 (1995); 104 ILR, s. 165. Ayrıca ulusal başvuru yolları tüketilmiş olmak zorundadır. Örneğin bkz., E. Apostolova, 'The Relationship between the Alien Tort Statute and the Torture Victim Protection Act', 28 *Berkeley Journal of International Law*, 2010, s. 640.

<sup>189</sup> 542 US 692, 714 vd. (2004). Ayrıca bkz., *Sarei v. Rio Tinto, Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 671 F. 3d 736, 747 (CA9 2011) (en banc) ve *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 654 F. 3d 11, 20 (CAD9 2011).

açma hakkına imkan vermesi amacıyla yürürlüğe girdiğini savunmuştur. Yüksek Mahkeme, ayrıca, federal mahkemelerin herhangi bir uluslararası hukuk kuralının ihlali konusunda federal *common law* (teamül hukuku) altında getirilen iddiaları, sözleşmenin kabul edildiği tarihte varolduğu düşünülen bazı suçlar bağlamında incelemek yerine yalnızca uygar uluslar arasında kabul edilen normların ihlali bağlamında inceleme yoluna gitmemesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>190</sup> Bu yüzden, söz konusu mevzuat çerçevesinde bir iddia ortaya konulabilmesi için, hem '18. yüzyıl paradigmasının özellikleri ile mukayese edilebilir nitelikteki bir özgürlük' hem de 'uygar dünya tarafından kabul edilmiş uluslararası nitelikteki bir norm'a dayanan bir temel şarttır.<sup>191</sup>

Yabancıların Haksız Fiilleri Hakkındaki Kanun'un kapsamı, *Kiobel v. Royal Dutch Corporation* davasında Yüksek Mahkeme tarafından daha da sınırlanmıştır. Mahkeme, ilgili davada, Amerika Birleşik Devletleri dışında başka bir devletin sınırları içerisinde meydana gelen uluslararası hukuk ihlalleri için söz konusu kanun çerçevesinde dava açma hakkı olup olmadığı ve varsa hangi durumlarda bunun kabul edileceği konusunu da incelemiştir. Yüksek Mahkeme, bu bağlamda, ülkedışılığa karşı karinenin kanun çerçevesindeki iddialara uygulanacağı ve söz konusu kanundaki hiçbir şeyin bu karineyi çürütemeyeceği görüşünü savunmuştur.<sup>192</sup>

Britanya ve ABD arasında teamül hukukunun ulusal hukuka dahil edilmesi hususunda uygulamadaki göreceli yakınlık, uluslararası antlaşmaların ele alınış tarzında görülmemektedir.<sup>193</sup> Birleşik Krallık'ta uluslararası anlaşmalar konusunda görüşmeleri yürüten, imzalayan ve onaylayan yürütme organıdır, ancak anlaşmanın maddelerinin İngiliz hukukunun parçası olarak kabul edilmesinden önce parlamento tarafından kanunlaştırılması gereklidir. Diğer yandan ABD'de ise Anayasa'nın 6. maddesinin 2. bölümü, 'Birleşik Devletlerin yetkisi altında yapılmış ya da yapılacak bütün antlaşmalar, ülkenin en üstün yasası olacak; ve bütün eyaletlerdeki hakimler, herhangi bir eyaletin anayasası ya da yasalarındaki karşıt hükümlere rağmen bu üstün yasaya uyacaklardır'<sup>194</sup> hükmünü getirmiştir.

Ayrıca antlaşmaların onaylanma yönteminde de bir farklılık vardır. ABD Anayasası'nın 2. maddesi Başkan'ın uluslararası anlaşmaları yapma yetkisi olmakla birlikte ancak Senato'nun en az 2/3'ü tarafından kabulünden sonra onaylayabileceğini hükme bağlamıştır.

Bunun bir istisnası vardır ve bu da yürütme antlaşmaları kurumudur. Yürütme antlaşmaları genellikle Başkan tarafından kendi yetkisi dahilinde yapılır, fakat yine de uluslararası hukuk çerçevesinde geçerli antlaşmalardır. Diğer antlaşmalardan farklı olarak yürütme antlaşmalarının yapılması konusu Anayasa tarafından açıkça kapsanmamıştır, fakat daha ziyade Anayasa'nın maddeleri ve uygulamadan zımnen çıkarılır ve bu araç yaygın olarak da kullanılmıştır. ABD'nin Sovyet hükümetini tanıdığı ve SSCB'ye karşı olan bazı borçların ABD'ye devrine imkan veren 1933 tarihli Litvinov Antlaşması'ndan sonraki davalarda, Yüksek Mahkeme, yürütme antlaşmalarının

<sup>190</sup> *A.g.e.*, 732.

<sup>191</sup> *A.g.e.*, 725 ve 738. Ayrıca bkz., *Vietnam Association for Victims of Agent Orange v. Dow Chemical Company*, US Court of Appeals for the Second Circuit, Docket No. 05-1953-cv, 22 February 2008.

<sup>192</sup> 569 US (2013), slip opinion 10-1491

<sup>193</sup> Örneğin bkz., Jackson, 'Status of Treaties', s. 310, ve D. Vagts, 'The United States and its Treaties: Observance and Breach', 95 *AJIL*, 2001, s. 313. Ayrıca bkz. Bradley, *International Law in the US Legal System*, Bölüm 2.

<sup>194</sup> Örneğin bkz., *Ware v. Hylton* 3 US (3 Dall.) 199 (1796); *Foster v. Neilson* 27 US (2 Pet.) 253 (1829 ve *US v. Belmont*, 301 US 324, 331 (1937). Ayrıca antlaşma yetkileri ve federe devletlerin 'saklı yetkileri' hakkında bkz., *Missouri v. Holland* 252 US 416 (1920); 1 AD, s. 4 ve *United States v. Curtiss-Wright Export Corporation* 299 US 304 (1936); 8 AD, s. 48

Başkan'ın Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca Senato'nun tavsiyesi ve onayıyla yaptığı antlaşmalar ile aynı statü ve itibara sahip olduğunu belirtmiştir.<sup>195</sup>

Antlaşmalar hukukunun anlaşılmasına ilişkin Amerikan doktrini "kendiliğinden icra edilen" ve "kendiliğinden icra edilemeyen" antlaşmalar arasındaki ayrıma dayanır.<sup>196</sup> İlki ulusal mevzuat gereksinimi olmaksızın ulusal düzeyde otomatik olarak işleyebilir, ikincisi ise ülke içinde geçerli ve Amerikan mahkemeleri için bağlayıcı olabilmesinden önce yetki kanunu gerektirir. Kendiliğinden icra edilen antlaşmalar ülkenin üst hukukunun parçası olarak doğrudan Birleşik Devletler içerisinde uygulanır, oysa kendiliğinden icra edilen olmadığı düşünülen antlaşmaların ise kanunlaştırma sürecine girmesi gerekir; öyle yapıncaya kadar bu antlaşmalar Amerikan vatandaşları ve kurumlarına karşı yasal açıdan yürürlüğe girmiş olarak değerlendirilemez.<sup>197</sup>

Ancak bu noktada bir uluslararası antlaşmanın hangi kategoriye girdiğinin nasıl bilinebileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu konu ABD mahkemelerini yıllardır meşgul etmiştir ve yakın zamana kadar ayırımın politik içerik de dahil olmak üzere çeşitli faktörler temelinde yapıldığı görülmüştür. Diğer bir deyişle, bir antlaşma tanımı ya da açıklamasında politik husus içeriyorsa, antlaşma otomatik olarak geçerli olmaktan ziyade yasama organına bırakılmalıdır.<sup>198</sup> Bunun örnekleri toprak kaybı ya da ele geçirilmesi ve mali düzenlemelerdir. Yüksek Mahkeme *Edye v. Robertson* davasında<sup>199</sup> 'ülkenin mahkemelerinde özel taraflar arasında icra gücüne sahip hükümler içeren antlaşmaların Kongre'nin diğer kanunları ile aynı kategoride olduğunu' belirtmiştir.

Bu, bir uluslararası antlaşmanın maddelerinin vatandaşların hak ve yükümlülüklerini belirlediği durumlarda ABD hukuku olduğu, politik bir meselenin söz konusu olduğu durumlarda ise bunun zıttının geçerli olduğu ve antlaşmanın kendiliğinden icra edilemeyen nitelikte olarak ele alınacağı anlamına gelmektedir.

Kuşkusuz ki, bu tür genellemeler birçok antlaşma durumunda önemli oranda muğlaklık ve şüpheye yol açmaktadır. Bu konu 1952 yılında *Sei Fujii v. California* davasında Kaliforniya Yüksek Mahkemesi tarafından yeniden incelenmiştir.<sup>200</sup> Söz konusu davadaki davacı, 1948 yılında Kaliforniya'da arazi satın almış bir Japon vatandaşıydı. Bu eyalette yürürlükte olan mevzuata göre yabancıların arazi satın alma hakkı yoktu. Davacı, araziye devlet tarafından el konulmasını önlemek için, - diğer argümanların yanı sıra - eyalette konuyla ilgili mevzuatın insan haklarını ırk ayrılığına dayanmaksızın tüm insanlık için teşvik eden Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ile uyumlu olmadığını savunmuştur.

<sup>195</sup> Örneğin bkz., *United States v. Pink* 315 US 203 (1942); 10 AD, s. 48. Ayrıca bkz., *Dames & Moore v. Regan* 101 SC 2972 (1981); 72 ILR, s. 270. Ayrıca bkz. Bradley, *International Law in the US Legal System*, Bölüm 3.

<sup>196</sup> Örneğin bkz., Y. Iwasawa, 'The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis', 26 Va. JIL, 1986, s. 635; J. Paust, 'Self-Executing Treaties', 82 AJIL, 1986, s. 760; T. Buergenthal, 'Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law', 235 HR, 1992 IV, s. 303, ve C. M. V'azquez, 'The Four Doctrines of Self-Executing Treaties', 89 AJIL, 1995, s. 695.

<sup>197</sup> Örneğin bkz., *Foster v. Neilson* 27 US (2 Pet.) 253, 311, 7 L.Ed. 415 (1829); *United States v. Percheman* 32 US (7 Pet.) 51 (1833); *United States v. Postal* 589 F.2d 862, 875 (5th Cir. 1979), cert. denied, 444 US 832 ve *Linder v. Portocarrero* 747 F.Supp. 1452, 1463; 99 ILR, ss. 55, 67-8.

<sup>198</sup> Bkz., Chief Justice Marshall, *Foster v. Neilson* 27 US (2 Pet.) 253, 314 (1829). Ayrıca bkz., J. C. Yoo, 'Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self-Execution, and the Original Understanding', 99 *Columbia Law Review*, 1999, s. 1955, ve Vagts, 'US and its Treaties', s. 321. *US v. Postal* davasında mahkeme, *inter alia* (diğer hususların yanı sıra), antlaşmanın amaçları, iç prosedürlerin varlığı, alternatif icra metodlarının mevcudiyeti ve uygunluğu, kendiliğinden icra edilen yada edilemeyen olma sonuçlarına atfta bulunmuştur. Bkz., 589 F.2d 862, 877 (5th Cir, 1979).

<sup>199</sup> 112 US 580 (1884).

<sup>200</sup> 38 Cal (2d) 718 (1952).

Davadaki mesele, BM Sözleşmesi'nin bir kendiliğinden icra edilen antlaşma olup olmadığıydı; kendiliğinden icra edilen bir antlaşma olarak değerlendirilmesi durumunda Sözleşme ülke hukukunun parçası olacağı için ona uygun olmayan ulusal mevzuat da aşılmış olacaktı. Mahkeme, bir antlaşmanın kendiliğinden icra edilen olup olmadığına dair bir karar vermek için mahkemenin antlaşmayı imzalayanların niyetlerini anlamaya çalışarak antlaşmaya başvurması ve bütün ilgili durumları incelemesi gerektiğini belirtmiştir. *Edye* davasından sonra mahkemeler artık, antlaşma maddelerinin ulusal mahkemelerde icra edilebilirliğine dair kurallar getirip getirmediğine bakmak zorundadır.

Mahkeme ayrıntılı bir incelemeden sonra BM Sözleşmesi'nin ilgili maddelerinin kendiliğinden icra edilen olarak amaçlanarak çıkarılmadığı sonucuna varmıştır. Bu maddeler BM'nin çeşitli prensipleri ve amaçlarını ortaya koymaktadır, ancak bu, 'üye devletlere hukuki yükümlülükler empoze ettiği ya da özel şahıslar için haklar tesis ettiği anlamına gelmiyordu.' Mahkeme, antlaşmayı imzalayan devletlerin vatandaşları üzerinde bağlayıcı olan ulusal hukuka BM prensiplerini dahil edebilmesi için yasama faaliyetinde bulunması gerektiğinin aşıkâr olduğunu belirtmiştir.<sup>201</sup> Dolayısıyla, ilgili Sözleşme maddeleri ülke hukukunun parçası olarak görülemez ve söz konusu Kaliforniya mevzuatını geçersiz kılmak için kullanılamazdı. Dava, tamamen başka sebeplerle, davacı lehine sonuçlanmıştır.<sup>202</sup>

Bununla birlikte ABD Yüksek Mahkemesi *Medillin v. Texas* davasında çeşitli faktörlerden daha ziyade yoğun olarak ilgili antlaşmanın (BM Sözleşmesi) metin analizine odaklanmıştır. Sözleşmenin (ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü ile Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi İhtiyari Protokolü'nün) kendiliğinden icra edilen olmadığı ve ABD hukukuna dahil edilmediği durumda söz konusu uluslararası antlaşmalara hukuki etki verilemeyeceği sonucuna varmıştır.<sup>203</sup> Divan bu yüzden kendiliğinden icra edilme lehine bir karinenin var olduğu görüşünü reddetmiş ve eldeki antlaşmanın metni, yapısı ve onaylama geçmişine bağlı olarak konunun her antlaşma bağlamında ayrı ayrı çözülmesinden yana bir görüşe eğilim göstermiştir. Bununla birlikte, antlaşmaların özel olarak uygulanabilir haklar bahşetmediğine de işaret edilmiştir.<sup>204</sup>

Birleşik Krallık'taki sistemde olduğu gibi ABD mevzuatına göre de yalnızca uluslararası hukuk kurallarını dikkate almamak değil, onlara kati şekilde karşı çıkabilmek de mümkündür ve bu tür durumlarda ABD mevzuatı Amerikan yargısı içerisinde nihai konumdadır.

Örneğin, *Diggs v. Schultz* davasında<sup>205</sup> mahkeme stratejik materyallerin (Rodezya'dan ithal edilen krom gibi) ABD'ye ithalatına izin veren Byrd Yasası'nın geçerliliğini

<sup>201</sup> *A.g.e.*, s. 721.

<sup>202</sup> Örneğin bkz., *People of Saipan ex rel. Guerrero v. United States Department of Interior* 502 F.2d 90 (1974); 61 ILR, s. 113. Ayrıca bkz., *Camacho v. Rogers* 199 F.Supp. 155 (1961) ve *Diggs v. Dent* 14 ILM, 1975, s. 797; O. Schachter, 'The Charter and the Constitution', 4 *Vanderbilt Law Review*, 1951, s. 643. *Medillin v. Texas* davasında (128 S. Ct. 1346 (2008)), ABD Yüksek Mahkemesi, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Avena (Mexico v. US)* davasında (ICJ Reports, 2004, s. 12) aldığı ilgili mahkumiyet kararının ABD tarafından 'yeniden incelenmesi ve gözden geçirilmesi'ni zorunlu tutan kararının, ilgili antlaşmalar (BM Sözleşmesi, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü ve Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin Ek Protokolü) kendiliğinden icra edilemeyen olduğu için, doğrudan yürürlüğe konulabilir federal kanun niteliğinde olmadığını savunmuştur. *Avena* davasına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 12. Bölüm ve 19. Bölüm. Ayrıca, Hollanda Yüksek Mahkemesi tarafından *Association of Lawyers for Peace and Four Other Organizations v. State of the Netherland* davasında verilen benzeri hüküm için bkz., Nr C02/217HR; LjN: AN8071; NJ 2004/329.

<sup>203</sup> 552 US 491, 508 ve 511 (2008).

<sup>204</sup> *A.g.e.*, 506 n.3.

<sup>205</sup> 470 F.2d 461, 466-7 (1972); 60 ILR, ss. 393, 397. Ayrıca bkz., *Breard v. Greene* 523 US 371, 376 (1998) ve *Havana Club Holding, Inc. v. Galleon SA* 974 F.Supp. 302 (SDNY 1997), *aff'd* 203 F.3d (2d Cir. 2000).

değerlendirmek durumunda kalmıştır. Yasa, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı ile açıkça yasaklanmış bir konuda ilgili karar ile çelişiyordu. Mahkeme'nin verdiği karara göre ise, Byrd Yasası 'bariz olarak antlaşma taahhütünü dikkate almıyor'du, fakat 'anayasa çerçevesinde Kongre öyle yapmayı uygun olarak gördüğü durumlarda antlaşmaları fesh edebilir'di ve 'devletin diğer organlarının bu konuda yapabileceği hiçbir şey yok'tu. Yasa ulusal açıdan itiraz edilemeyecek nitelikte olmakla birlikte, kuşkusuz ki ABD bir uluslararası hukuk kuralının ihmali konusunda uluslararası açıdan sorumludur.<sup>206</sup>

Diğer yandan, Kongre'nin devletin uluslararası yükümlülüklerine zıt olarak yasama faaliyetinde bulunmayacağı varsayımı mevcut bulunmaktadır.<sup>207</sup> Ayrıca, bir yasa ile bir antlaşmanın aynı konuyla ilgili olduğu durumda mahkemenin ikisinin de ifadelerine aykırı hareket etmeksizin onların ikisini de uygulayacak şekilde yorumlamaya çalışacağına dair bir yorum prensibi söz konusudur. Yasa ve antlaşmanın uyuşmadığı durumda, eğer antlaşma kendiliğinden icra edilen ise, zaman içinde antlaşmanın hakim olacağı varsayılır.<sup>208</sup>

Antlaşma yükümlülükleri ve iç mevzuat arasında muhtemel bir çatışma sorunu *United States v. Palestine Liberation Organisation* davasında da gündeme gelmiştir.<sup>209</sup> Terörle Mücadele Kanunu<sup>210</sup> ile ABD'deki tüm Filistin Kurtuluş Örgütü (FKÖ) ofisleri kapatılmıştı ve Adalet Bakanı kanunun Birleşmiş Milletler'deki FKÖ misyonunu da kapsadığı şeklinde yorumluyordu. Ancak bu, BM Genel Merkez Anlaşması çerçevesindeki ABD'nin yükümlülüklerinin ihlali anlamına geliyordu. Bununla birlikte, Federal mahkeme ilgili yasa da, geçerli bir antlaşma olan BM Genel Merkez Antlaşması'ndan kaynaklanan bir yükümlülüğü ihlal etmeye açık ve net bir şekilde niyetlenildiğinin saptanılmadığı sonucuna varmıştır.<sup>211</sup>

Uluslararası antlaşmalar ve ulusal hukuk arasındaki ilişki konusu *Breard v. Greene* davasında ABD Yüksek Mahkemesi önüne geldi.<sup>212</sup> Mahkeme, ilgili uluslararası mahkeme tarafından bir uluslararası antlaşmanın yorumuna 'hürmetkar bir özen' gösterilmesi gerektiği<sup>213</sup>, ancak 'aksine açık bir hüküm bulunmadığı sürece, antlaşmanın o devlette uygulanmasını ulusal mahkemenin usul kurallarının belirleyeceğinin uluslararası hukukta kabul edildiğini' belirtmiştir.<sup>214</sup> Sonuçta, bir iç usul kuralına başvurmak,

<sup>206</sup> Bu kuşkusuz ki genel kuralı yansıtmaktadır. Örneğin bkz., G. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington, 1940-4, Cilt: 5, ss. 185-6 ve 324-5. Ayrıca bkz., *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, 1987, 115(1)b. paragraf.

<sup>207</sup> Örneğin bkz., Marshall CJ, *Murray v. Schooner Charming Betsy* 6 US (2 Cranch) 64; *Weinberger v. Rossi* 456 US 25 (1982) ve *Cook v. United States* 288 US 102 (1933). Ayrıca bkz., R. Steinhardt, 'The Role of International Law as a Canon of Domestic Statutory Construction', 43 *Vanderbilt Law Review*, 1990, s. 1103, ve C. A. Bradley, 'The Charming Betsy Canon and Separation of Powers', 86 *Georgia Law Journal*, 1998, s. 479.

<sup>208</sup> Bu konuda *Whitney v. Robertson* davasında Yüksek Mahkeme tarafından verilen karar için bkz.; 124 US 190 (1888). Dış İlişkilerin Belirtilmesi Hakkında Üçüncü Birleşik Devletler Kanunu bir kanunun uluslararası hukuktaki daha önceki bir kuralın ya da bir uluslararası antlaşmadaki bir hükmün üstünde olma amacı açıksa ya da söz konusu kanun ile daha önceki kural veya hüküm gereği gibi uyuşmuyorsa, bu durumda ilgili kanunun uluslararası hukuktaki bu kuralın veya uluslararası antlaşmadaki o hükmün üstünde olacağını belirtmiştir. Bkz., *The Third US Restatement of Foreign Relations Law*, ss. 63 vd.

<sup>209</sup> 695 F.Supp. 1456 (1988).

<sup>210</sup> 22 USCA, 5201-3. paragraflar.

<sup>211</sup> A.g.e. bkz., Uluslararası Adalet Divanı'nın *Applicability of the Obligation to Arbitrate* davasındaki İstisnai Görüşü, ICJ Reports, 1988, s. 12; 82 ILR, s. 225. Ayrıca bkz., DÜSPIL, 1981-8, 1. Bölüm, ss. 8 vd.

<sup>212</sup> 140 L.Ed. 2d 529 (1998); 118 ILR, s. 22. Ayrıca bkz. S. Breyer, *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*, New York, 2015, Bölüm 9.

<sup>213</sup> Konu, Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi hakkındaydı ve söz konusu uluslararası mahkeme ise *Paraguay v. USA* davasına bakan Uluslararası Adalet Divanı'ydı. Bkz., ICJ Reports, 1998, s. 248; 118 ILR, s. 1.

<sup>214</sup> 140 L.Ed.2d 529, 537 (1998); 118 ILR, s. 22.

herhangi bir davada bir uluslararası antlaşmanın hükmünün uygulanmasının engellenmesi sonucunu doğurabilir. Yüksek Mahkeme ayrıca uluslararası antlaşmaların Anayasa uyarınca “ülkenin üst hukuku” olarak kabul edildiği, ancak Anayasa’nın maddelerinin de aynı hükümde olduğunu teyit etmiştir. Kongre’nin yasama faaliyeti bir antlaşma ile ‘tamamen aynı denklikte’ idi ve bu yüzden sonraki bir mevzuat daha önceki bir antlaşmayı çatışma durumunda geçersiz kılabilirdi.<sup>215</sup>

## Diğer Ülkeler

### (i) Diğer İngiliz Hukuku (Common Law) ve Bağlantılı Hukuk Sistemleri

Çoğu İngiliz Milletler Topluluğu üyesi devlet ya da İsrail<sup>216</sup> gibi İngiliz hukukunun benimsendiği diğer ülkelerde genel olarak aynı prensiplerin uygulandığını söylemek mümkündür. Teamül hukuku, bir bütün olarak ülke hukukunun parçası olarak görülür.<sup>217</sup> Ulusal kanunların uluslararası hukuk kuralları ile uyumsuz olmayacağı varsayılır, ancak çatışma durumlarında ilki önceliğe sahiptir.

Kanada Yüksek Mahkemesi *Reference Re Secession of Quebec* davası kararında<sup>218</sup>, mahkemenin birçok davada ilgili tarafların Kanada hukuk sistemi içerisindeki hak ve yükümlülüklerini belirlemek için uluslararası hukuka bakması gerektiğini belirtmiştir.<sup>219</sup> Antlaşmalar göz önüne alındığında ise, Lord Atkin Dominion Parlamentosu ve eyalet yönetiminin yargı yetkileri konusundaki uyuşmazlık hakkındaki *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* davasında<sup>220</sup> genel tutumu açıklamıştır. Lord Atkin o dönemde İngiliz İmparatorluğu içinde antlaşma yapmanın yürütmenin bir faaliyeti olduğu, onun yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin ise - eğer mevcut ulusal hukukta değişiklik gerekiyorsa - yasama faaliyetini gerektirdiğinin kabul edildiğini kaydetmiştir. Lord Atkin, ‘sorunun yükümlülüğün nasıl tesis edildiği değil – ki o yürütmenin fonksiyonudur – yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği olduğuna ve bunun da ‘yasama organının yetkisine bağlı’ olduğuna işaret etmiştir.<sup>221</sup>

<sup>215</sup> A.g.e. Antlaşmaların yorumuna ilişkin, ABD Yüksek Mahkemesi *Lozano v. Montoya Alvarez* davasında (572 US (2014), ss. 8–15) *United States v. Choctaw Nation* davasına (179 US 494, 535 (1900) atıfta bulunarak mahkemenin görevinin tarafların niyetini belgenin metni ve bağlamına bakarak belirlemek olduğunu savunmuştur. Ayrıca bkz., *Abbott v. Abbott*, 560 US 1 (2010). Mahkemeler yürütmenin antlaşmaları yorumuna ‘büyük ağırlık’ vereceklerdir, a.g.e., 15 ve *Medellin v. Texas*, 552 US 491, 513 (2008). Ayrıca bkz. S. Breyer, *The Court and the World*, Bölüm 7.

<sup>216</sup> Bkz., *Eichmann* davası, 36 ILR, s. 5; T. Einhorn, ‘Israel’ Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, s. 288; R. Lapidot, *Les Rapports entre le Droit International Public et le Droit Interne en Israel*, Paris, 1959, ve Lapidot, ‘International Law Within the Israel Legal System’, 24 *Israel Law Review*, 1990, s. 251. Ayrıca İsrail Yüksek Mahkemesi’nde görülen *Affo* davasına bakınız, 29 ILM, 1990, ss. 139, 156–7; 83 ILR, s. 121, ve *The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.*, HCJ 769/02. Ayrıca bkz., *A & B v. State of Israel*, Israeli Supreme Court, 11 Haziran 2008 ve Y. Ronen, ‘The Use of International Jurisprudence in Domestic Court: The Israeli Experience’ *International Law and Domestic Politics* (ed. M. Wind), yakında çıkacak, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2599016](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2599016).

<sup>217</sup> Öte yandan, uluslararası teamül hukukunun Avustralya hukukuna otomatik olarak dahil edilmesi hususundaki kuşku hakkında bkz., I. Shearer, ‘The Internationalisation of Australian Law’, 17 *Sydney Law Review*, 1995, ss. 121, 124. Ayrıca bkz., G. Triggs, ‘Customary International Law and Australian Law’, *The Emergence of Australian Law* (ed. M. P. Ellinghaus, A. J. Bradbrook ve A. J. Duggan), 1989, s. 376. Hakim Brennan, *Mabo v. Queensland* (1992) davasında ‘uluslararası hukukun meşru’ ve ‘İngiliz hukukunun gelişimi üzerinde önemli etkiye sahip’ olduğuna belirtmiştir. Bkz., 175 CLR 1, 41–2.

<sup>218</sup> (1998) 161 DLR (4th) 385, 399; 115 ILR, s. 536. Ayrıca bkz., G. La Forest, ‘The Expanding Role of the Supreme Court of Canada in International Law Issues’, 34 *Canadian YIL*, 1996, s. 89 ve S. Beaulac ve J. H. Currie, ‘Canada’, Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, s. 116.

<sup>219</sup> Ayrıca bkz., *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners’ Residences* [1943] SCR 208; *Reference re Ownership of Offshore Mineral Rights of British Columbia* [1967] SCR 792; 43 ILR, s. 93, ve *Reference re Newfoundland Continental Shelf* [1984] 1 SCR 86; 86 ILR, s. 593.

<sup>220</sup> [1937] AC 326; 8 AD, s. 41.

<sup>221</sup> A.g.e., ss. 347–8; 8 AD, ss. 43–4. Ayrıca bkz., *Pfizer Inc. v. Canada* [1999] 4 CF 441 ve *R v. Council of Canadians* 2003 CanLII 28426, 35–7. paragraflar (2005), affirmed 2006 CanLII 400222, 217 OAC 316.

Uluslararası teamül hukukunun Kanada iç hukukunun bir parçasını oluşturduğu doktrini birçok davada yeniden teyit edilmiştir.<sup>222</sup> Ayrıca bu yaklaşım Yeni Zelanda<sup>223</sup> ve Avustralya'da<sup>224</sup> da kabul edilmiştir. *Horgan v. An Taoiseach* davasında 'uluslararası teamül hukukunun yerleşik ilkelerinin Anayasa'nın hükümlerine, yazılı hukuka ve içtihat hukukuna aykırı olmadığı takdirde İrlanda iç hukukuna dahil edilebileceği' teyit edilmiştir.<sup>225</sup> Antlaşmalar ile iç hukuk arasındaki ilişki Avustralya Yüksek Mahkemesi tarafından *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh*. davasında incelenmiştir.<sup>226</sup> Mahkeme bu konudaki geleneksel doktrini desteklemiş ve Avustralya'nın taraf olduğu bir uluslararası antlaşmanın hükümleri bu hükümler mevzuat yoluyla ulusal hukukta geçerli bir şekilde dahil edilmeye kadar Avustralya hukukunun parçası olamayacağı ve haklar tesis edemeyeceği görüşünü savunmuştur.<sup>227</sup>

Kararda, bunun, yürütmenin antlaşmaları yapması ve onaylaması, yasamanın ise kanunları yapması ve değiştirmesine dayalı anayasadaki güçler ayrılığı nedeniyle olduğu da kaydedilmiştir.<sup>228</sup> Bununla birlikte, mahkeme üyelerinin çoğu bir antlaşmanın Avustralya hukukuna dahil edilmemiş olması gerçeğinin, o antlaşmanın yürütme tarafından onaylanmasının Avustralya hukuku açısından önem taşımadığı anlamına gelmediği görüşünü benimsemiştir. Bir kanunun ya da ikincil mevzuatın muğlak olduğu durumda mahkeme belli bir antlaşma uyarınca Avustralya'ya getirilen yükümlülüklerle uygun bir yorumun yanında olmalıydı<sup>229</sup>; mevzuat genellikle ifadelerinin imkan verdiği

<sup>222</sup> Örneğin bkz., *Reference re Exemption of US Forces from Canadian Criminal Law* [1943] 4 DLR 11, 41 ve *Reference re Powers to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioners' Residences* [1943] SCR 208. Ayrıca bkz., *R v. Munyaneza*, [2009] QJ No 4913; ILDC 1339 (CA 2009).

<sup>223</sup> Bkz., W. J. Hopkins, 'New Zealand', Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, s. 429 ve örneğin, *Marine Steel Ltd v. Government of the Marshall Islands* [1981] 2 NZLR 1; 64 ILR, s. 539; ve *Governor of Pitcairn and Associated Islands v. Sutton* [1995] 1 NZLR 426; 104 ILR, s. 508. Mahkeme ayrıca hukuki yoruma atıfta bulunmuş ve ifadelerin izin verdiği ölçüde mevzuatın Yeni Zelanda'nın yükümlülükleri ile uyumlu olacak bir şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Örneğin bkz., *Rajan v. Minister of Immigration* [1996] 3 NZLR 543, 551 ve *Wellington District Legal Services v. Tangiora* [1998] 1 NZLR 129, 137; 115 ILR, ss. 655, 663. Hukuki yorumda antlaşmaların kullanılması hakkında bkz., *Attorney-General v. Zaoui* [2005] NZSC 38, [2006] 1 NZLR 289, (2005) 7 HRNZ 860. Ayrıca bkz., *Nguyen Tuong Van v. Public Prosecutor* [2004] SGCA 47; 134 ILR, s. 660 (Singapur'a ilişkin).

<sup>224</sup> Örneğin bkz., *Potter v. BHP Co. Ltd* (1906) 3 CLR 479, 495, 506-7 ve 510; *Wright v. Cantrell* (1943) 44 SR (NSW) 45; *Polites v. Commonwealth* (1945) 70 CLR 60 ve *Chow Hung Ching v. R* (1948) 77 CLR 449. Bu davalar uygun teorik temel olarak dahil etme yaklaşımının mı yoksa dönüştürme yaklaşımının mı benimsendiği hususunda net değildir. Uluslararası hukukun iç hukukun 'kaynağı' olduğuna ilişkin görüş için bkz., Dixon J, *Chow Hung Ching and Merkel J, Nulyarimma v. Thompson* (1999) 165 ALR 621, 653-5; 120 ILR, s. 353. Ayrıca bkz., *Public International Law: An Australian Perspective* (ed. S. Blay, R. Piotrowicz ve B. M. Tsamenyi), Oxford, 1997, 5. Bölüm ve H. Burmeister; S. Reye, 'The Place of Customary International Law in Australian Law: Unfinished Business', 21 *Australian YIL*, 2001, s. 39 ve A. de Jonge, 'Australia', Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, s. 23.

<sup>225</sup> 132 ILR, ss. 407, 442.

<sup>226</sup> (1995) 128 ALR 353; 104 ILR, s. 466. Ayrıca bkz., Blay ve diğerleri, *Public International Law: An Australian Perspective*.

<sup>227</sup> Örneğin Hakim Mason ve Hakim Deane'in kararları hakkında bkz., (1995) 128 ALR 353, 361. Ayrıca bkz., *Dietrich v. The Queen* (1992) 177 CLR 292, 305 ve *Coe v. Commonwealth of Australia* (1993) 118 ALR 193, 200-1; 118 ILR, s. 322. Yüksek Mahkeme tarafından *Kruger v. Commonwealth of Australia* (1997) davasında yeniden teyit edilmiştir. Bkz., 146 ALR 126, 161; 118 ILR, s. 371. Ayrıca Botswana'da benzeri bir durum için bkz., *Kenneth Good v. Attorney-General*, Court of Appeal Civil Appeal No. 028 of 2005. *Dube v. American Embassy* kararında Botswana'daki mahkeme mevzuat yada içtihat hukukuyla çelişmediği müddetçe uluslararası teamül hukukunun ülkenin hukuku haline geldiğine işaret etmiştir. ILDC 1347 (BW 2006). Sri Lanka'ya ilişkin bkz., *Nallaratnam Singarasa v. Attorney General*, S.C. Spl (LA) No. 182/99 (2006).

<sup>228</sup> (1995) 128 ALR 353, 362 ve ayrıca bkz., *Simsek v. Macphee* (1982) 148 CLR 636, 641-2.

<sup>229</sup> Hakim Mason ve Hakim Deane'in kararı. Ayrıca bkz., *Chung Kheng Lin v. Minister for Immigration* (1992) 176 CLR 1, 38. *Kruger v. Commonwealth of Australia* davasında Hakim Dawson, böyle bir yorumun yükümlülüklerin sadece bir antlaşma çerçevesinde ortaya çıktığı ve söz konusu mevzuatın antlaşmadan önce yürürlüğe girdiği durumlarda gerekli olmadığını savunmuştur. Bkz., *Kruger v. Commonwealth of Australia* davası, 1997, 146 ALR 126, 161; 118 ILR, s. 371.

ölçüde uluslararası hukukun yerleşik kurallarına uygun ve bu kurallarla çatışmayacak şekilde yorumlanmak zorundaydı.<sup>230</sup> Nitekim, mahkeme bu bağlamda muğlaklık kavramının dar anlamda ele alınmaması gerektiğini belirtmiştir.<sup>231</sup> Mahkeme, *Ex Parte Brind* davasına<sup>232</sup> atıfta bulunarak, bu prensibin bir yorum kıstasından daha fazla bir şey olmadığı ve antlaşma maddelerini ulusal hukuka ithal etmediğini açıklamıştır.<sup>233</sup> İngiliz hukuku doktrinlerine genel olarak uygun olan bu yaklaşımın ötesine geçerek, mahkeme üyelerinin çoğu bir antlaşmanın onaylanmasının bizatihi kendisinin, idari karar alıcıların hukuka dahil edilmemekle birlikte onaylanmış olan söz konusu antlaşmaya uygun olarak hareket etmesine dair meşru bir beklenti için yeterli bir temel oluşturduğu (aksi yönde yasal ve idari göstergeler olmadığı müddetçe) görüşünü savunmuştur.<sup>234</sup> Bu yaklaşım hukuk doktrininde tartışmalıdır, ancak ulusal karar alıcıların devletin aldığı yükümlülüklerin etkisinden bağımsız olmasının her zaman beklenemeyeceği gerçeğinin ilginç bir örneğidir.<sup>235</sup>

Giderek daha esnek bir yaklaşımın başka işaretleri de vardır. Örneğin, *Hosking & Hosking v. Runting and Pacific Magazines NZ Ltd* davasında<sup>236</sup> Yeni Zelanda'nın Temyiz Mahkemesi 'Yeni Zelanda'nın taraf olduğu uluslararası antlaşmalara uygun bir İngiliz hukuku geliştirme ihtiyacının giderek daha çok kabullenildiğine' atıfta bulunmuştur. Mahkeme 'bunun bir uluslararası eğilim olduğu' ve 'devletin uluslararası yükümlülüklerinin bir mevzuat ile iç hukuka dahil edilmediği takdirde iç hukukta yeri olmayacağı' şeklindeki geleneksel yaklaşımın günümüzde artık çok katı bulunduğu'na işaret etmiştir.

Üstelik, Kanada Yüksek Mahkemesi soykırımın hem uluslararası teamül hukuku hem de antlaşma hukukunda bir suç olduğuna işaret ederek, bu nedenle uluslararası hukukun özellikle soykırım işlenmesi yönünde tahrik suçunun unsurlarına ilişkin iç hukukun yorumlanmasında bir yardımcı unsur olarak önemli bir rol oynaması gerektiğini belirtmiş ve iç hukukun uluslararası teamül hukukunun ilkeleri ve Kanada'nın antlaşma yükümlülükleri ile uyumlu olacak şekilde yorumlanmasının önemini vurgulamıştır.<sup>237</sup> Bu yaklaşım, İngiliz hukukunu benimsemiş çoğu devletin kabul edebileceğinden daha ileri boyutlardadır.

İngiliz hukukunu benimsemiş devletlerin çoğu tarafından kabul edilen temel yaklaşım açık olmakla birlikte söz konusu ülkenin yazılı bir anayasaya sahip olması durumunda anayasada uluslararası antlaşmaların ele alınması hususuna özel bir atıf yapıp yapılmadığı

<sup>230</sup> Ayrıca bkz., *Kartinyeri v. The Commonwealth* (1998) 195 CLR 337, 384 ve *Ahmed Ali Al-Kateb v. Goodwin* [2004] HCA 37. İkinci davada Hakim McHugh kuralı eleştirmiş, fakat kuralın yargı kararıyla ilga edilebilmesi için artık çok geç olduğu ve kuralın çok yerleşik olduğunu belirtmiştir. Bkz., *a.g.e.*, 65. paragraf.

<sup>231</sup> (1995) 128 ALR 353, 361. Ayrıca bkz., *Polites v. The Commonwealth* (1945) 70 CLR 60, 68–9, 77, 80–1.

<sup>232</sup> [1991] 1 AC 696 at 748; 85 ILR, s. 29.

<sup>233</sup> (1995) 128 ALR 353, 362.

<sup>234</sup> *A.g.e.*, 365. Ayrıca Hakim Tohey'in kararı için bkz., *A.g.e.*, 371–2, ve Hakim Gaudron'un kararı için bkz., *A.g.e.*, 375–6. Hakim McHugh'un farklı kararı için ise bkz., *A.g.e.*, 385–7.

<sup>235</sup> *Teoh* davasındaki karardan sonra Dışişleri Bakanlığı ve Adalet Bakanı 10 Mayıs 1995 tarihinde ortak bir açıklama yayınlarak bir antlaşmanın onaylanması üzerinden bu tür bir meşru beklenti içinde olunamayacağını belirttiler. Bkz., M. Allars, 'One Small Step for Legal Doctrine, One Giant Leap Towards Integrity in Government: *Teoh's* Case and the Internationalisation of Administrative Law', 17 *Sydney Law Review*, 1995, ss. 204, 237–41. Hükümet, ayrıca, antlaşmaların ya da sözleşmelerin bu tür meşru beklenti doğurduğu görüşünü reddetme amacıyla özel olarak çıkarılan İdari Kararlar Tasarısı'nı (1995) Parlamento'ya getirmiştir. Ayrıca bkz., *Trick or Treaty? Commonwealth Power to Make and Implement Treaties*, a Report by the Senate Legal and Constitutional References Committee, November 1995. Ayrıca *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh*. davasının eleştirisi için bkz., *Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex Parte Lam* [2003] HCA 6.

<sup>236</sup> [2004] NZCA 34, 6. paragraf.

<sup>237</sup> *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2005] 2 SCR 100, 82. paragraf; 132 ILR, ss. 295–6. Ayrıca bkz., *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [1999] 2 SCR 817, 69–71. paragraflar.



konusunda karışıklıklar ortaya çıkabilmektedir. Avustralya'da anayasanın yorumlanmasında uluslararası hukukun kullanılması hususu çok tartışma doğurmuştur.<sup>238</sup>

Örneğin, *Ahmed Ali Al-Kateb v. Godwin* davasında Avustralya Yüksek Mahkemesi'nin iki hakimi birbirlerinden çok farklı sonuçlara varmıştır. Bir hakim anayasanın sürekli olarak uluslararası hukuk kuralları ile değerlendirilmesini 'heretik' olarak yorumlarken<sup>239</sup>, diğer hakim ise 'Avustralya hukukunu (Anayasa hukuku da dahil) uluslararası hukukun ikna edici gücünden yoksun bırakmaya çalışan görüşler başarısızlığa mahkumdur' görüşünü savunmuştur.<sup>240</sup> Bu tartışma anayasal yorum hususunda farklı yaklaşımların varlığını göstermektedir.<sup>241</sup>

Hindistan Anayasası uluslararası hukuk maddelerine sadece çok muğlak ifadelerle atıfta bulunurken<sup>242</sup>, bunun aksine İrlanda Anayasası açıkça antlaşma hükümleri *Dail* (İrlanda Parlamentosu) tarafından onaylanmadığı müddetçe ülkenin kamu fonları üzerinde borç doğuracak herhangi bir antlaşma ile sınırlandırılmayacağını ifade etmiştir.<sup>243</sup> Kıbrıs Anayasası'nın 169 (3). maddesi uyarınca, 'bu maddenin hükümlerine uygun olarak akdolunan antlaşmalar Cumhuriyet Resmi Gazetesi'nde yayınlanmasından itibaren diğer tarafın söz konusu antlaşmaları, sözleşmeleri ve anlaşmaları tatbik etmesi şartı ile, diğer ulusal kanunlardan üstün tutulur.'<sup>244</sup> Yazılı bir anayasanın olduğu ülkelerde anayasa hukuku hususunda ciddi sorunlar ortaya çıkabilir; bu durumda bu sorunun ortaya çıktığı koşulların dikkate alınması ve kendi politik bağlamı içerisinde değerlendirilmesi gerekir.<sup>245</sup> Ancak, genel olarak İngiliz hukukunu kabul etmiş ülkeler İngiliz yaklaşımını benimseme eğilimindedir.

<sup>238</sup> Örneğin bkz., D. Hovell ve G. Williams, 'A Tale of Two Systems: The Use of International Law in Constitutional Interpretation in Australia and South Africa', 29 *Melbourne University Law Review*, 2005, s. 95; H. Charlesworth, M. Chiam, D. Hovell ve G. Williams, 'Deep Anxieties: Australia and the International Legal Order', 25 *Sydney Law Review*, 2003, ss. 423, 446–63; *International Law in Australia* (ed. K. W. Ryan), Sydney, 1984; Blay ve diğerleri, *Public International Law: An Australian Perspective*; A. Byrnes ve H. Charlesworth, 'Federalism and the International Legal Order: Recent Developments in Australia', 79 *AJIL*, 1985, s. 622, ve *Koowarta v. Bjelke-Petersen*, High Court of Australia, 39 ALR 417 (11 May 1982); 68 ILR, s. 181; *Tabag v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, Federal Court of Australia, 45 ALR 705 (23 December 1982); *Commonwealth of Australia v. State of Tasmania*, High Court of Australia, 46 ALR 625 (1 July 1983); 68 ILR, s. 266; *Polyukhovich v. Commonwealth* (1991) 172 CLR 501 and *Minister for Foreign Affairs v. Magno* (1992) 37 FCR 298.

<sup>239</sup> [2004] HCA 37, 63. paragraf, 63 (McHugh J).

<sup>240</sup> *A.g.e.*, 190. paragraf, 190 (Kirby J).

<sup>241</sup> Simpson ve Williams hakimlerin, anayasayı orijinal olarak tasarlandığı ve niyetlendiği gibi katı biçimde uygulama yanlısı ya da anayasanın vizyonu ile uyumlu olarak sosyal değişime göre yenileme yanlısı olup olmadıklarına bağlı olarak, uluslararası hukuk gibi dış kaynaklı materyallere farklı yaklaşacağı sonucuna varmışlardır. Bkz., A. Simpson ve G. Williams, 'International Law and Constitutional Interpretation', 11 *Public Law Review*, 2000, ss. 205, 226.

<sup>242</sup> Örneğin bkz., D. D. Basu, *Commentaries on the Constitution of India*, New Delhi, 1962, Cilt: 2, ve *Constitutions of the World* (ed. R. Peaslee), 3. Baskı, New York, 1968, Cilt: 2, s. 308. Ayrıca bkz., K. Thakore, 'National Treaty Law and Practice: India' Leigh ve Blakeslee, *National Treaty Law and Practice*, s. 79.

<sup>243</sup> Peaslee, *Constitutions*, Cilt: 3, s. 463 (29(5)2. madde). 29. madde İrlanda'nın uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkelerini diğer devletlerle ilişkilerini yürütürken esas alacağı kurallar olarak kabul ettiğini açıklamaktadır. Örneğin bkz., *Re O'Laighl'eis* 24 ILR, s. 420 ve *Re Woods* 53 ILR, s. 552. Ayrıca bkz., *Crotty v. An Taoiseach* 93 ILR, s. 480; *McGimpsey v. Ireland* [1988] IR 567, ve *Kavanagh v. Governor of Mountjoy Prison* [2002] 3 IR 97, 125–6; 132 ILR, ss. 394, 401–2. Ayrıca İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin *Horgan v. An Taoiseach* davasında belirtilen 29. maddenin bireysel haklar vermediğine dair 28 Nisan 2003 tarihli kararı hakkında bkz., 132 ILR, ss. 407, 446.

<sup>244</sup> Örneğin bkz., *Malachtou v. Arnefti and Arnefti* 88 ILR, s. 199.

<sup>245</sup> Örneğin bkz., *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada* (ed. H. Kindred), 6. Baskı, Toronto, 2000, 4. Bölüm; *Re Newfoundland Continental Shelf* [1984] 1 SCR 86, ve C. Okeke, *The Theory and Practice of International Law in Nigeria*, London, 1986.

**(ii) Kıta Avrupası Hukuku (Civil Law) Sistemleri**

Köken olarak Roma Hukuku'na dayalı olan Kıta Avrupası hukuku sistemini benimsemiş ülkelerin uygulaması belli bazı farklılıklara sahiptir.<sup>246</sup> Örneğin, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası<sup>247</sup>, 25. maddesinde özel olarak 'devletler hukukunun genel kuralları federal hukukun ayrılmaz parçasıdır. Bu kurallar kanunlardan üstündür ve federasyon topraklarında oturanlar için doğrudan hak ve yükümlülükler doğurur'<sup>248</sup> ifadelerine yer vermiştir. Uluslararası hukuka yalnızca ulusal hukukun parçası olarak yaklaşmakla kalmayıp aynı zamanda ulusal mevzuattan daha üst bir konum atfeden bu madde birçok tartışmanın konusu olmuştur. Hukukçular ve yazarlar uluslararası hukuk kurallarının onlarla uyuşmayan herhangi bir ulusal mevzuatı nakzedip nakzedemeyeceği ve dahası bu kuralların anayasayı aşip aşamayacağını tespit etmeye çalışmışlardır. Benzeri şekilde, "devletler hukukunun genel kuralları" ifadesi yorum hususunda sorunlara yol açmıştır ve bu ifadenin teamül ve antlaşma hukuku kuralları dahil olmak üzere uluslararası hukukun bütün yönlerine mi ya da sadece hepsinde ortak olan genel ilkelere mi veya belki de yalnızca bazı devletlere mi atıfta bulunduğu tartışma doğurmuştur.<sup>249</sup> Alman mahkemeleri iç hukuku daima uluslararası hukuka uygun olacak şekilde yorumlamaya çalışmışlardır.<sup>250</sup>

Antlaşmalar konusu gözönüne alınırsa Alman federal mahkemeleri bunları anayasayı etkileyecek şekilde işlemesine izin vermemekle birlikte iç mevzuata göre daha üst konumda görmektedir. Anayasa'nın 59. maddesi Federasyonun siyasal ilişkilerini düzenleyen veya federal yasamaya ait hususları ilgilendiren antlaşmaların, federal yasaları kabule yetkili organların, federal bir kanunla onayını veya iştirakini gerektirdiğini ifade etmektedir. Bu tür antlaşmalar bundan sonra Alman hukukuna federal bir kanun statüsü ile (ondan daha üst değil) dahil edilmiş olarak görülecektir. Eğer söz konusu antlaşma bireyin hukuki alanını doğrudan ihlal eden hükümler içeriyorsa bu tür kanunlara Alman mahkemeleri önünde anayasa ile ilgili bir dava aracılığıyla itiraz gündeme getirilebilir.<sup>251</sup> 15 Aralık 2015 tarihli kararında Alman Anayasa Mahkemesi (ikinci Senato) 'antlaşmaya üstün gelinmesi' süreci ile, anayasal ilke olan demokrasi ışığında, Alman Parlamentosu'nun daha önceki Parlamento tarafından onaylanmış bulunan bir antlaşmayı ihlal etse bile, kanun yapma veya değiştirme yetkisine sahip olduğunu teyid etmiştir.<sup>252</sup>

1983 tarihli Hollanda Anayasası'nın 91 (1). maddesi uluslararası antlaşmaların, Parlamento'nun onayı olmaksızın bağlayıcı etkiye sahip olmadıkları gibi, yürürlükten de kaldırılamayacaklarını ifade etmektedir. Anayasanın 91 (3). maddesi de Anayasaya aykırılık içeren, ya da Anayasayla

<sup>246</sup> Örneğin bkz., L. Wildhaber ve S. Breitenmoser, 'The Relationship Between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries', 48 Za'öRV, 1988, s. 163; Oppenheim's *International Law*, ss. 63 vd., ve Henkin ve diğerleri, *International Law: Cases and Materials*, ss. 154 vd.

<sup>247</sup> Bkz., H. D. Treviranus ve H. Beemelmans, 'National Treaty Law and Practice: Federal Republic of Germany', Leigh ve Blakeslee, *National Treaty Law and Practice*, s. 43 ve H-P Folz, 'Germany', Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, s. 240.

<sup>248</sup> Örneğin bkz., *Parking Privileges for Diplomats* davası, 70 ILR, s. 396.

<sup>249</sup> Örneğin bkz., *German Consular Notification* davası (*Individual Constitutional Complaint Procedure*), BVerfG, 2 BvR 2115/01, 19 September 2006, ve *Görgülü* davası (*Individual Constitutional Complaint*), BVerfG, 2 BvR 1481/04 of 14 October 2004, 111 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE), 307-32, [2004] *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 3407-3412. Ayrıca bkz., D. P. O'Connell, *International Law*, 2. Baskı, London, 1970, Cilt: 1, ss. 71-6; ayrıca bu kaynakta aktarılan diğer kaynaklara da bakabilirsiniz. Genel olarak bkz., A. Drzemczewski, *The European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, 1983, ve Peaslee, *Constitutions*, Cilt: 3, s. 361.

<sup>250</sup> Bkz., H-P Folz, 'Germany', Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, ss. 240, 245-6.

<sup>251</sup> Bkz., *Unification Treaty Constitutionality* davası, 94 ILR, ss. 2, 54. Ayrıca bkz., *East Treaties Constitutionality* davası, 73 ILR, s. 691 ve *Görgülü* davası (*Individual Constitutional Complaint*), BVerfG, 2 BvR 1481/04 of 14 October 2004, 111 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE), 307-32, [2004] *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 3407-12.

<sup>252</sup> 2BvL 1/12, bkz. A. Peters, 'New German Constitutional Court Decision on "Treaty Override": Triepelianism Continued', EJIL:Talk!, <http://www.ejiltalk.org/new-german-constitutional-court-decision-on-treaty-override-triepelianism-continued-2/#more-14105>

çelişmesi muhtemel antlaşma hükümlerinin ancak Parlamento'nun üçte iki çoğunluğunun lehte kararıyla onaylanabileceğini belirtmektedir. 93. madde, içerikleri gereği herkes üzerinde bağlayıcı etkisi bulunan uluslararası antlaşma hükümleri ve uluslararası örgütlerin kararlarının yayımlandıktan sonra bağlayıcılık kazanacağına atıfta bulunurken, 94. madde de Hollanda Krallığı'nın meri kanunlarının, uygulamanın uluslararası bağlayıcı antlaşmalara ve uluslararası örgüt kararlarına aykırı olması halinde uygulanmayacağını hükme bağlamıştır.<sup>253</sup> Uluslararası teamül hukukuna anayasada atıfta bulunulmamaktadır. Uluslararası teamül hukukunun iç hukukta uygulanacağı varsayılır, buna rağmen çatışma durumlarında mevzuatın hakim olacağı görünmektedir.<sup>254</sup> Antlaşma hükümlerinin ya da bir uluslararası örgütün kararının Anayasanın 93. ve 94. maddelerinin anlamı içerisinde tüm şahıslar üzerinde bağlayıcı olup olmadığının tespiti mahkemelere bırakılmıştır.<sup>255</sup>

Diğer anayasaların bu konuda içerdiği bir hüküm örneği olarak İtalyan Anayasası'nın 10. maddesi gösterilebilir. Söz konusu madde İtalyan hukuk sisteminin 'uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen kurallarına uyacağını' taahhüt etmektedir. Bu madde uluslararası teamül hukukunun onunla uyumlu olmayan ulusal mevzuatın üzerinde olacağı şeklinde yorumlanmaktadır.<sup>256</sup> 238-2014 numaralı Karar ile İtalyan Anayasa Mahkemesi anayasada mündemiç temel haklarla uyumlu olduğu müddetçe devletin yetkiden bağımsızlığına dair uluslararası teamül hukuku yükümlülüklerinin İtalyan hukuk düzeninde otomatik olarak uygulanabileceğine hükmetmiştir.<sup>257</sup>

Portekiz Anayasası'nın 8 (1). maddesi genel uluslararası hukukun ya da uluslararası teamül hukukunun kuralları ve ilkelerinin Portekiz hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğunu belirtirken<sup>258</sup>, 1997 tarihli Polonya Anayasası'nın 87. maddesine göre de Parlamento tarafından onaylanmış bir uluslararası antlaşma kanuna eşdeğerdir ve hukukun kaynaklarından biridir.<sup>259</sup> Belçika Yüksek Mahkemesi doğrudan etkili uluslararası antlaşma maddelerinin uyuşmazlık halindeki mevzuatın üzerinde olduğu<sup>260</sup> gibi Anayasa'nın da üzerinde olduğu<sup>261</sup> görüşünü benimsemiştir.

<sup>253</sup> Örneğin bkz., E. A. Alkema, 'Netherlands' Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, s. 407 ve *idem*, 'Fundamental Human Rights and the Legal Order of the Netherlands', *International Law in the Netherlands* (ed. H. Van Panhuys ve diğerleri), Dordrecht, 1980, Cilt: 3, s. 109; Peaslee, *Constitutions*, Cilt: 3, s. 652; *Oppenheim's International Law*, s. 69, ve H. Schermers, *The Effect of Treaties in Domestic Law* (ed. F. Jacobs ve S. Roberts), Leiden, 1987, s. 109. Ayrıca bkz., *Nordstern Allgemeine Versicherungs AG v. Vereinigte Stinees Rheinreedereien* 74 ILR, s. 2 ve *Public Prosecutor v. JO 74 ILR*, s. 130. Ayrıca bkz., J. Klappers, 'The New Dutch Law on the Approval of Treaties', 44 *ICLQ*, 1995, s. 629.

<sup>254</sup> Örneğin bkz., H. F. van Panhuys, 'The Netherlands Constitution and International Law: A Decade of Experience', 58 *AJIL*, 1964, ss. 88-108. Ayrıca bkz., *Handelskwekerij GJ Bier BV v. Mines de Potasse d'Alsace SA* 11 *Netherlands YIL*, 1980, s. 326.

<sup>255</sup> Bkz., *Reinier van Arkel Foundation and Others v. Minister for Transport, Public Works and Water Management*, Case Nr 200401178/1; LJN: AR2181; AB 2005/12.

<sup>256</sup> Bkz., G. Cataldi, 'Italy', Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, s. 328 ve Cassese, *International Law*, s. 225, 21. dipnot. Ayrıca Canada v. Cargnello davasında İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin kararı için bkz., 114 ILR, s. 559. Latviya'da benzeri bir görüş için bkz., *Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia on a Request for Constitutional Review*, No. 2004-01-06 of 7 July 2004, *Latvian Herald*, 9 July 2004, No. 108, 3056.

<sup>257</sup> 54 *ILM*, 2015, s. 471. Mahkeme, Uluslararası Adalet Divanı tarafından *Jurisdictional Immunities (Germany v Italy)* davasında (ICJ Reports, 2012, s. 99) tanımlanan devlet bağımsızlığına ilişkin teamül kuralı ile İtalyan Anayasasının 2. ve 24. maddeleri arasında tutarsızlık olduğunu saptamıştır.

<sup>258</sup> Bkz., F. F. de Almeida, 'Portugal', Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, s. 500. Ayrıca örnek olarak Portekiz Yüksek Mahkemesi'nin *Brazilian Embassy Employee* davası kararına bakınız, (*Brazilian Embassy Employee* davası, Mayıs 1984, 116 ILR, s. 625).

<sup>259</sup> Bkz., *Resolution of the Supreme Court of 19 February 2003*, I KZP 47/02.

<sup>260</sup> *Franco-Suisse Le Ski (Hof van Cassatie/Cour de Cassation)*, 21 May 1971, *Pas.* 1971, I, 886.

<sup>261</sup> *B.M.*, Cass. 16 November 2004, nr P.04.0644.N, *Pas.* 2004, I, 1795, *RCJB* 2007, 36, *RW* 2005-06, 387, *CDPK* 2005, 610, *RABG* 2005, 504, *T.Strafr.* 2005, 285. Ayrıca bkz., *Gruyez and Rolland v. Municipality of Sint-Genesius-Rode*, Court of Appeal of Brussels, 28 January 2003, AR nr 2002/KR/412.

1958 tarihli Fransız Anayasası usulüne uygun olarak onaylanmış ve yayınlanmış antlaşmaların iç hukuk sisteminde kanun gibi işlem göreceğini belirtmiştir.<sup>262</sup> 52. madde uyarınca antlaşmaları müzakere ve tasdik eden Cumhurbaşkanıdır. Bununla birlikte, barış sözleşmeleri, ticaret sözleşmeleri, uluslararası teşkilatlara ilişkin, devletin mali sorumluluğuna matuf, yasama niteliğindeki düzenlemeleri değiştiren, kişilerin durumlarına ilişkin, toprak terki, değişimi yahut ilhakını öngören uluslararası sözleşme ya da anlaşmalar, ancak bir kanun ile onaylanır ve tasdik edilir (53. madde), ki bu durum Fransa'nın tutumunu İngiliz hukukunu benimsemiş ülkelerin dualist yaklaşımına yakınlaştırmaktadır. İlgili kanun çıkarıldıktan sonra antlaşma yürürlüğe girer ve mahkemeler üzerinde bağlayıcılığa sahip olur. Anayasa'nın 55. maddesi usulüne uygun biçimde tasdik ve onaylanan sözleşme ve anlaşmaların, bu sözleşme ve anlaşmaların diğer tarafça da uygulanması şartıyla, yayımlandıkları andan itibaren kanunlardan üstün bir nitelik kazanacaklarını belirtmektedir.<sup>263</sup> Ayrıca günümüzde Fransız mahkemelerinin daha önceki bir antlaşmayla çatışma olması halinde bir kanunu uygulanamaz olarak ilan edebileceği kabul edilmiştir.<sup>264</sup> Bununla birlikte, Fransız Yüksek Mahkemesi iç hukukta uluslararası antlaşmaların üstünlüğünün anayasa hükümlerine doğru genişletilemeyeceği görüşünü savunmuştur.<sup>265</sup>

Güney Afrika 1993 yılında yeni bir (ara) anayasa kabul etmiştir.<sup>266</sup> 1910, 1961 ve 1983 tarihli daha önceki anayasalar uluslararası hukuk konusunda sessiz kalırken 1993 Anayasası birkaç ilgili hüküm içermektedir. Anayasa'nın 231 (4). bölümü 'Cumhuriyet üzerinde bağlayıcı olan uluslararası teamül hukuku kuralları – Anayasa ve yasa ile uyumsuzluk göstermediği müddetçe – Cumhuriyet hukukunun parçasını oluşturur' ifadesine yer vermiştir. Bu yaklaşım temelde *common law* ülkelerinin pozisyonunu teyit etmekte ve *stare decisis* (yargısal içtihatların bağlayıcılığı) ilkesinin uluslararası teamül hukukuna uygulanamayacağını da ima etmektedir. Antlaşmalar konusunda ise, bir uluslararası antlaşmanın hukuka dahil edilmesi için yasanın gerekli olduğu şeklindeki önceki pozisyonda değişikliğe gidilmiştir. Antlaşmaların müzakere edilmesi ve imzalanması Cumhurbaşkanı'nın bir görevi iken (82 (1).i. bölüm), onay artık Parlamento'nun görev alanına girmektedir (231 (2). bölüm).<sup>267</sup>

<sup>262</sup> Anayasa'nın 6. Başlığı. Ayrıca örneğin bkz., E. Decaux, 'France', Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, s. 207; Pellet ve diğerleri, *Droit International Public*, ss. 251 vd.; P. M. Dupuy, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2006, ss. 422 vd.; D. Alland, 'Jamais, Parfois, Toujours. Reflexions sur la Competence de la Cour de Cassation en Matiere d'Interpretation des Conventions Internationales', *Revue Generale de Droit International Public*, 1996, s. 599; V. Kronenberger, 'A New Approach to the Interpretation of the French Constitution in Respect to International Conventions: From Hierarchy of Norms to Conflict of Competence', NILR, 2000, s. 323.

<sup>263</sup> Örneğin bkz., O'Connell, *International Law*, ss. 65–8; Rousseau, *Droit International Public*, ve Peaslee, *Constitutions*, Cilt: 3, s. 312. Ayrıca bkz., *SA Rothmans International France and SA Philip Morris France* 93 ILR, s. 308.

<sup>264</sup> Bkz., *Cafes Jacques Vabre* davası, 16 *Common Market Law Review*, 1975, s. 336 ve *In re Nicolo* 84 AJIL, 1990, s. 765; 93 ILR, s. 286. Anayasa'nın 54. maddesi uyarınca Anayasa Konseyi bir antlaşmanın anayasaya aykırı olduğunu ilan edebilir, bu durumda söz konusu antlaşma onaylanıp yürürlüğe girmeden önce ilk olarak anayasada değişiklik yapılması zorunludur. Örneğin bkz., *Re Treaty on European Union* 93 ILR, s. 337. Ayrıca bkz., *Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisemitisme*, AFDI, 1993, s. 963 ve AFDI, 1994, ss. 963 vd.

<sup>265</sup> Bkz., *Pauline Fraisse*, 2 June 2000, *Bulletin de l'Assembl'ee Pl'eni'ere*, No. 4, s. 7 ve *Levacher*, RFDA, 2000, s. 79. Teamül hukukuna ilişkin pozisyon muğlaktır. Örneğin bkz., *Aquarone*, RGDIP, 1997–4, ss. 1053–4; *Barbie*, Cass. Crim., 6 October 1983, Bull., s. 610 ve *Kadahfi*, RGDIP, 2001–2, ss. 474–6. Ayrıca Danıştay (Conseil d'Etat) ve Anayasa Mahkemesi'nin (Conseil Constitutionnel) bu konudaki farklı pozisyonları hakkında bkz., Decaux, 'France', s. 235 vd.

<sup>266</sup> Bkz., 33 ILM, 1994, s. 1043. Geçici anayasa 27 Nisan 1994 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Meclis ile Senato'dan oluşan bir Anayasa Kurulu tarafından kabul edilecek bir anayasa ile yer değiştirinceye kadar beş yıl süreyle yürürlükte kalması amaçlanmıştır. Bkz., J. Dugard, *International Law: A South African Perspective*, 4. Baskı, Kenwyn, 2011, ve Hovell ve Williams, 'A Tale of Two Systems', ss. 113 vd. Ayrıca bkz., E. de Wet, 'South Africa', Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, s. 567 ve D. Tladi, 'Interpretation of Treaties in an International Law-Friendly Framework: The Case of South Africa' *The Interpretation of International Law by Domestic Courts*, s. 135.

<sup>267</sup> Bkz., Dugard, *International Law*. Bu değişim anayasanın yürürlüğe girmesinden önce yapılmış antlaşmaların yasa ile iç hukuka açıkça dahil edilmediği müddetçe iç hukukun parçası olmadığı, öte yandan yeni anayasadan sonra yapılan antlaşmaların ise iç hukukun parçası olabileceği anlamına gelmektedir.

Anayasa'nın 231 (3). bölümü 'Parlamento açıkça onayladığı ve anayasa ile uyumsuz nitelikte olmadığı takdirde bu tür uluslararası antlaşmalar Cumhuriyet üzerinde bağlayıcılığa sahiptir ve Cumhuriyet hukukunun parçasını oluşturur' hükmünü getirmiştir. Dolayısıyla, Güney Afrika, İngiliz sisteminden uzaklaşarak *civil law*'u benimsemiş ülkelerin pozisyonuna doğru yaklaşmıştır. Ayrıca, bu ara anayasada net bir şekilde 'Güney Afrika Cumhuriyeti Silahlı Kuvvetleri'nin Cumhuriyet üzerinde bağlayıcı olan saldırı konusundaki uluslararası teamül hukukunu ihlal edemeyeceği' ve bir silahlı çatışma durumunda 'Cumhuriyet'i bağlayan antlaşmalar ve uluslararası teamül hukuku çerçevesindeki yükümlülükler uygun hareket edeceği' ifadelerine yer verildiği de belirtilmelidir.<sup>268</sup>

8 Mayıs 1996 tarihinde yeni bir anayasa kabul eden Kurucu Meclis tarafından bu hükümler yeniden gözden geçirilmiş ve değişikliğe tabi tutulmuştur.<sup>269</sup> Yeni Anayasa'nın 231 (1). bölümü bütün uluslararası antlaşmaların müzakere edilme ve imzalanmalarının yürütmenin sorumluluğunda olduğunu, bu tür antlaşmaların ancak hem Milli Meclis hem de Milli Eyaletler Konseyi tarafından onaylanmasından sonra Cumhuriyet'i bağlayıcı niteliğe sahip olacağını ifade etmektedir.<sup>270</sup> Herhangi bir uluslararası antlaşma yasama tarafından kanunlaştırıldığında iç hukukun parçası olur, bununla birlikte Parlamento tarafından onaylanan bir antlaşmanın kendiliğinden uygulama maddesi bir kanun ya da Anayasa ile uyumsuzluk göstermediği takdirde kanun hükmündedir.<sup>271</sup> 232. bölüm uluslararası teamül hukukunun da kanun ya da Anayasa ile uyumsuzluk halinde olmadığı takdirde kanun hükmünde olacağını ifade etmektedir. 233. bölüm ise herhangi bir mevzuatı yorumlarken her mahkemenin uluslararası hukukla uyumsuzluk gösteren yorumlar karşısında uluslararası hukuka uygun olan makul bir yorumu tercih etmek zorunda olduğunu hükme bağlamıştır. Ayrıca özellikle kaydedilmelidir ki, Anayasa'nın 200 (2). bölümü silahlı kuvvetlerin temel amacının Cumhuriyeti, toprak bütünlüğünü ve halkını 'Anayasa ve güç kullanımını düzenleyen uluslararası hukuk ilkeleri ile uyumlu olacak şekilde' savunmak ve korumak olduğunu belirtmektedir.<sup>272</sup>

Rusya Federasyonu 1993 yılında yeni bir anayasa kabul etmiştir.<sup>273</sup> Anayasa'nın 86. maddesi uyarınca Başkan antlaşmaları müzakere eder ve imzalar ve onay belgelerini de imzalar. 106. maddeye göre ise, Devlet Duması'nın uluslararası antlaşmaların onaylanması ve iptali hususunda kabul ettiği federal kanunların Federasyon Konseyi tarafından görüşülmesi zorunludur. Anayasa Mahkemesi Rusya Federasyonu'nun yürürlüğe girmemiş uluslararası antlaşmalarının anayasaya uygunluğunu inceleyebilir (125 (2). madde) ve anayasaya aykırı

<sup>268</sup> Namibya Anayasası 144. maddesine göre, anayasa ve kanunla aksi belirtilmedikçe devletler hukuku genel kuralları ve anayasa uyarınca Namibya'yı bağlayan uluslararası antlaşmalar Namibya hukukunun parçasını oluşturur. Bkz., B. Erasmus, 'The Namibian Constitution and the Application of International Law', 15 *South African Yearbook of International Law*, 1989-90, s. 81.

<sup>269</sup> Bkz., 36 *ILM*, 1997, s. 744.

<sup>270</sup> 231(2). Bölüm. Bir uluslararası antlaşma 'teknik, idari ve icrai niteliğe' sahipse ya da onay gerektirmiyorsa Milli Meclis ve Milli Eyaletler Konseyi'nin tasdiki olmaksızın Cumhuriyeti bağlar, ancak uygun bir süre içerisinde Meclis ve Konsey'e sunulması gerekir. Bkz., 231(3). Bölüm.

<sup>271</sup> 231(4). Bölüm.

<sup>272</sup> Hakim O'Regan *Kaunda v. President of the Republic of South Africa* davasında 'anayasanın, on yıllarca süren izolasyondan sonra Güney Afrika'nın artık milletler topluluğunun bir üyesi ve uluslararası hukuk açısından yükümlülükleri ve sorumluluklarının taşıyıcısı olduğunu' tasdik ettiğini belirtmiştir. Bkz., CCT 23/04, [2004] ZACC 5, 22. paragraf.

<sup>273</sup> Bkz., G. M. Danilenko, 'The New Russian Constitution and International Law', 88 *AJIL*, 1994, s. 451 ve Danilenko, 'Implementation of International Law in CIS States: Theory and Practice', 10 *EJIL*, 1999, s. 51; V. S. Vereshchetin, 'New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law', 7 *EJIL*, 1996, s. 29, ve S. Y. Marochkin, 'International Law in the Courts of the Russian Federation: Practice of Application', 6 *Chinese JIL*, 2007, s. 329. Ayrıca bkz., Y. Tikhomirov, 'Russia', Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, s. 517 ve L. Mälksoo, *Russian Approaches to International Law*, Oxford, 2015, Bölüm 3(9). Sovyetler Birliği'ndeki uygulamaya ilişkin bkz., K. Grzybowski, *Soviet Public International Law*, Leiden, 1970, ss. 30-2.

uluslararası antlaşmalar yürürlüğe konamaz ve uygulanamaz (125 (6). madde). Anayasa'nın 15 (4). maddesi 'uluslararası hukukun evrensel ilke ve normları ile Rusya Federasyonu'nun uluslararası antlaşmaları, Rusya Federasyonu'nun hukuk sisteminin bir parçasıdır. Eğer; Rusya Federasyonunun uluslararası antlaşmasıyla, kanunda belirtilenlerden başka kurallar öngörülmüşse, uluslararası antlaşmanın kuralları uygulanır' hükmünü getirmiştir. Dolayısıyla, hem antlaşma hukuku hem de teamül hukuku Rus hukukuna dahil edilmiştir<sup>274</sup> ve antlaşma kuralları iç hukuktan daha yüksek bir statüye sahiptir.<sup>275</sup> Anayasa Mahkemesi, Rusya tarafından onaylanan uluslararası antlaşmaların ve uluslararası teamül hukukunun Rus hukukuna dahil edilmiş kurallar olduğu görüşünü benimsemiştir.<sup>276</sup>

1946 tarihli Japon Anayasası'nın 73 (3). maddesi hükmünce Bakanlar Kurulu Parlamento'nun (*Diet*) önceden ya da sonradan onayını almak üzere antlaşma yapma yetkisine sahiptir.<sup>277</sup> Bununla birlikte yürütme antlaşmaları böyle bir onay olmaksızın - genellikle sadece diplomatik nota mübadelesi yoluyla - gerçekleştirilebilir. Bir antlaşma, Bakanlar Kurulu tarafından onayı ve Parlamento tarafından tasdiki sonrası İmparator'un imzasıyla Resmi Gazete'de yayınlanmasını müteakip yürürlüğe girer (7. madde). Anayasa'nın 98 (2). maddesi uyarınca Japonya yaptığı antlaşmalara ve uluslararası hukukun yerleşik kurallarına sadakatla uyacağını belirtmektedir. Bu madde, uluslararası hukukun - hem ilgili antlaşma hem de teamül hukukunun - Japon hukuk sistemine dahil edilmesi olarak görülmektedir.<sup>278</sup> Öte yandan, Japonya bir iç hukuk düzenlemesine ihtiyaç göstermeden sonuç doğuran antlaşmalar ile iç hukuk düzenlemesi gerektiren antlaşmaların tanımlanması hususunda da bazı zorluklarla<sup>279</sup> karşılaşmıştır.<sup>280</sup>

### (iii) Sonuç

İngiliz hukuku ve Kıta Avrupası hukuku geleneklerini benimsemiş değişik ülkelerin yaklaşımlarına ilişkin bu inceleme bazı sonuç hükümlerine yol açmaktadır. Bunlardan ilki monist ya da düalist yaklaşımlardan herhangi birine katı bir bağlılık yeterli olmayacaktır. Çoğu ülke mevcut kanunlarla çatışmadığı müddetçe kendi yetki alanı içerisinde teamül kurallarının yürürlükte olmasını kabul etmektedir ve bazı ülkeler de belirli durumlarda uluslararası hukukun ulusal hukuk kuralları üzerinde olmasına imkan tanımaktadır.

<sup>274</sup> Örneğin bkz., *Re Khordodovski*, 133 ILR, s. 365 (2006).

<sup>275</sup> Ayrıca 16 Haziran 1995 tarihinde kabul edilen Rusya Uluslararası Antlaşmalar Hakkında Federal Kanunu'nun 5. maddesine bakınız; 34 ILM, 1995, s. 1370. Bu madde, anayasanın 15 (4). maddesini tekrar etmekte ve Rusya Federasyonu'nun uygulama için kanun çıkarılmasını gerektirmeyen resmi olarak yayınlanmış uluslararası antlaşmalarındaki hükümlerinin Rusya Federasyonu'nda doğrudan yürürlüğe gireceğini, Rusya Federasyonu'nun uluslararası antlaşmalarındaki diğer hükümlerin ise yürürlüğe girebilmesi için kanuni bir işlemin gerekli olduğunu belirtmektedir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., W. E. Butler, *The Law of Treaties in Russia and the Commonwealth of Independent States*, Cambridge, 2002. Butler, anayasanın 15 (4). maddesi uyarınca getirilen değişikliğin Rus hukuk gelişiminde yirminci yüzyılın en ciddi değişikliklerinden biri olduğunu kaydetmektedir. Bkz., *a.g.e.*, s. 36.

<sup>276</sup> Butler, *Law of Treaties in Russia*, s. 37. Ayrıca genel olarak bkz., *Constitutional Reform and International Law in Central and Eastern Europe* (ed. R. Müllerson, M. Fitzmaurice ve M. Andenas), The Hague, 1998; T. Schweisfurth ve R. Alleweldt, 'The Position of International Law in the Domestic Legal Orders of Central and Eastern European Countries', 40 *German YIL*, 1997, s. 164; I. Ziemele, 'The Application of International Law in the Baltic States', 40 *German YIL*, 1997, s. 243, ve W. Czaplinski, 'International Law and Polish Municipal Law', 53 *ZaöRV*, 1993, s. 871.

<sup>277</sup> Bkz., Shin Hae Bong, 'Japan', Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, s. 360. Genel olarak bkz., S. Oda, *The Practice of Japan in International Law 1961-1970*, Leiden, 1982, ve Y. Iwasawa, 'The Relationship Between International Law and National Law: Japanese Experiences', 64 *BYIL*, 1993, s. 333; H. Oda, *Japanese Law*, 2. Baskı, Oxford, 1999, ve Y. Iwasawa, *International Law, Human Rights, and Japanese Law - The Impact of International Law on Japanese Law*, Oxford, 1998.

<sup>278</sup> Iwasawa, 'Relationship', s. 345.

<sup>279</sup> *A.g.e.*, ss. 349 vd.

<sup>280</sup> Bu konuda genel olarak Çin'in yaklaşımı hakkında bkz., T. Wang, 'International Law in China', 221 *HR*, 1990, s. 195; J. Z. Li ve S. Guo, 'China', Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems*, s.158 ve H. Xue ve Q. Jin, 'International Treaties in the Chinese Domestic Legal System', 8 *Chinese Journal of International Law*, 2009, s. 299.

Buna izin veren belli bir hükmün – anayasa maddesi ya da yargı kararı - ulusal hukukun üstünlüğünü gösterip göstermediği tartışması bir yana, bu durum bizzat ulusal hukukun korunması ve ilkelerinin yaygınlaşmasında önemli bir unsur olarak görülebilir. Bunu ifade ederken, artık artan sayıda devletin uluslararası teamül hukukunu iç hukuka aktarmayı anayasal hüküm ve ilkelere tabi kıldığı da vurgulanmalıdır. Uluslararası teamül hukukunun iç hukuka otomatik aktarımı konseptinin artık ulusal hukuk sistemlerinde gerçekleşmekte olan uygulamayı tarif etmede yetersiz olduğu görülmektedir.

Antlaşmalara ilişkin durum ise farklı ülkeler farklı tutumlar geliştirdiği için çok daha komplekstir. Bazı ülkelerde belli bazı antlaşmalar ülke içinde kendiliğinden yürürlüğe girerken, diğer antlaşmalar ise bir iç yasama sürecinden geçmek zorundadır. Bu arada Belçika gibi neredeyse bütün uluslararası antlaşmalar için bir yasama sürecinin zaruri olduğu ülkeler de söz konusudur.<sup>281</sup> Bir genel ilke olarak antlaşmaların ulusal hukukun üstünde olup olmayacağı konusu katıyetle düzenlenmemiştir. Bazı ülkeler antlaşmaların ilgili antlaşmadan önce ya da sonra yürürlüğe giren tüm ulusal kanunların üzerinde olduğunu kabul eder. Norveç gibi diğer bazı ülkeler ise buna zıt bir tutum benimsemiştir. Yazılı anayasaların olduğu yerlerde sorunu daha da güçleştiren ek bir faktör ortaya çıkmaktadır ve hukuk sistemi içerisinde ulusal kanunlar, anayasa hükümleri ve uluslararası hukuk arasında makul bir hiyerarşinin sağlanması gerekmektedir. Bu durum, federal sistemin yürürlükte olduğu ülkeler için daha da geçerlidir. Her bir ülke kendi öncelikleri çerçevesinde tercihlerini yapmaktadır.<sup>282</sup>

Kuşkusuz ki, bu denli farklı tutumlar zihin karışıklığına yol açabilir, ancak uluslararası hukukun günümüzdeki durumunun ışığında onun icrası ve faaliyet alanının ulusal hukuk görüşleri ve uygulamaları ile iç içe girmesi kaçınılmaz olmaktadır. Nitekim tamamıyla uluslararası hukukun yetersiz icra imkanları nedeniyle ulusal hukukla ilişki konusu ciddi öneme sahip bir konu olarak dikkate alınmak zorundadır. Ulusal mahkemelerin ne ölçüde uluslararası hukuk kurallarını uygulayacağı uluslararası kural yapımının ve uluslararası yargı kararlarının etkililiğini tamamen belirleyebilir.

Bununla beraber, uluslararası hukuk kurallarının her zaman her ilgili iç mevzuatın üzerinde olduğunu söylemek çoğu durum için doğru değildir ve bunu iddia etmek ideal uğruna gerçekliğin göz ardı edilmesi olur. Devletler adeta kiskançça kendi imtiyaz ve önceliklerini korurlar ve bu, çoğu durumda dış kontrolden bağımsız yasama faaliyetinde bulunma iradesini ellerinde tutma arzusundan kaynaklanır; ve kuşkusuz ki, bunun demokratik anlamları söz konusudur. Ulusal hukuk sistemlerinin ulusal bazda uluslararası hukuk karşısındaki üstünlüğü istisnai bir durum değildir; reddedilemez nitelikte bir genel prensip olarak bulunmaktadır.

Bu bağlamda Avrupa Birliği'nin etkisine burada kısaca değinmek yerinde olacaktır.<sup>283</sup> Avrupa Birliği Antlaşması'nın (ABA) konsolide halinin 3 (5). maddesi dünya ile ilişkilerinde Birliğin kendi değerlerini üstün tutacağını ve öne çıkaracağını ve de Birleşmiş Milletler Şartı ilkelerine saygı da dahil olmak üzere uluslararası hukuka kesin olarak uymaya ve uluslararası hukukun gelişimine katkı yapacağını belirtmektedir. Avrupa Adalet Divanı,

<sup>281</sup> Temel olarak ticaret antlaşmaları ve devlet ya da bireyler üzerinde yükümlülük getiren antlaşmalar ile ilgili olan Anayasanın 68. maddesine bakınız.

<sup>282</sup> Genel olarak bkz., Drzemczewski, *Domestic Law*, ve Peaslee, *Constitutions*, Cilt: 3, ss. 76 ve 689. Ayrıca, Filipinler'e ilişkin bkz., the decision of the Supreme Court (*en banc*) in *The Holy See v. Starbright Sales Enterprises Inc.* 102 ILR, s. 163; Polonya'ya ilişkin bkz., W. Czaplinski, 'International Law and Polish Municipal Law – A Case Study', 8 *Hague Yearbook of International Law*, 1995, s. 31.

<sup>283</sup> Örneğin bkz., S. Weatherill, *Cases and Materials on EU Law*, 9. Baskı, Oxford, 2010; P. Craig ve G. de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 5. Baskı, Oxford, 2011; S. Weatherill ve P. Beaumont, *EC Law*, 3. Baskı, London, 1999; L. Collins, *European Community Law in the United Kingdom*, 4. Baskı, London, 1990, ve H. Kovar, 'The Relationship between Community Law and National Law', *Thirty Years of Community Law* (Commission of the European Communities), 1981, s. 109.

AB'nin uluslararası teamül hukuku dahil uluslararası hukuka saygı göstermesi gerektiğinin altını çizmiştir. Örneğin, *Air Transport Association of America and others v. Secretary of State for Energy and Climate Change* davasında Divan madde 3 (5) ışığında AB'nin 'bir işlem tesis ettiğinde Avrupa Birliği kurumları üzerinde bağlayıcı olan uluslararası hukuka, uluslararası teamül hukuku dahil, riayet etmesi gerektiğini' ifade etmiştir.<sup>284</sup> İlâveten, uluslararası teamül hukuku ilkelerinin 'bir birey tarafından, ilk olarak bu ilkeler Avrupa Birliği'nin bir işlem tesis etme yetkisini gerektirmeye yettiği ... ve ikinci olarak şahsın Avrupa Birliği hukukundan doğan hakkını etkileme ya da bu bağlamda Avrupa Birliği hukuku uyarınca yükümlülükler oluşturma yetisine sahip bulunduğu müddetçe, Avrupa Birliği'nin bir işleminin Mahkeme tarafından geçerliliğini inceleme maksadıyla öne sürülebilir' olduğu vurgulanmıştır.<sup>285</sup>

AB hukuku ile ulusal hukuk ilişkisi bağlamında, Avrupa Adalet Divanı, Topluluk hukukunun ulusal hukukun<sup>286</sup> ve dahası ulusal anayasa hukukunun<sup>287</sup> da üzerinde olduğu görüşünü benimsemiştir. AB'yi kuran antlaşmaların yanı sıra<sup>288</sup>, üye devletlere uygulanabilecek ve AB kurumlarından neşet eden birçok ikincil yasama işlemleri vardır. Bu düzenlemeler, kararlar ve talimatlar şeklinde ortaya çıkar. Bunların ilk ikisi bir yasama faaliyetine gerek olmaksızın doğrudan ilgili her bir ülkede yürürlüğe girebilir ve uygulanabilir niteliktedir. Bu tür bir işlem için bir mevzuat çıkarılmış olduğu - örneğin Birleşik Krallık'ta peşinen bu tür dolaylı hukuk yapımına izin veren ve böylece bunların ulusal hukuka dahil edilmesine imkan tanıyan 1972 tarihli Avrupa Toplulukları Kanunu'nun 2(1). maddesi<sup>289</sup> - doğru olmakla birlikte, üye devletlerin kendileri üzerinde bağlayıcılığa sahip uluslararası hukuk kaynaklarını kabul ettikleri gerçeği açıktır. Bu nedenle, bunun etkisi, Topluluk hukukunun onunla uyuşmayan Birleşik Krallık mevzuatının üzerinde olduğudur. Bu Lordlar Kamarası tarafından *Factortame Ltd v. Secretary of State for Transport* davasında teyit edilmiştir.<sup>290</sup> Birleşik Krallık'ın Avrupa Topluluğu'na girişi ve Avrupa Toplulukları Yasası'nı çıkarmasının sonuçlarından biri ihtiyari tedbir kararı verilebilmesiydi, ki bunun etkisi, bir mevzuatın Topluluk hukukunu ihlal ettiği iddiası temelinde yürürlüğünün askıya alınmasıydı. Bu durum, İngiliz hukuk sistemi ve önceden benimsenen hukuk prensipleri açısından Topluluğa katılmanın doğurduğu büyük etkinin örneklerinden biriydi. Ancak, yine de bu özel ilişkiden yola çıkarak bir bütün olarak uluslararası hukukun alanına dair bir genelleştirme yapma hatasına düşülmemelidir.

<sup>284</sup> Case C-366/10, [2012] 2 CMLR 4, para. 101, atfen Case C-286/90 *Poulsen ve Diva Navigation* [1992] ECR I-6019, para. 9 ve 10, ve Case C-162/96 *Racke* [1998] ECR I-3655, para. 45 ve 46.

<sup>285</sup> *A.g.e.*, para. 107, atfen (bkz. Joined Cases 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 ve 125/85 to 129/85 *Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission* [1988] ECR 5193, 14-18. paragraflar, ve Case C-405/92 *Mondiet* [1993] ECR I-6133, 11-16. paragraflar). *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities* davasında baş savcı (advocate general) şunu belirtmiştir: 'Topluluk hukukunun uygulanması ve yorumlanması, Topluluğun uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmeyi istediği yönündeki karine uyarınca gerçekleştirilir. Bu yüzden Topluluk Mahkemeleri, Topluluğu uluslararası düzeyde bağlayan yükümlülükleri ciddi bir biçimde incelerler ve bu yükümlülükleri hukuki olarak dikkate alırlar' Case C402/05 P, 2008, para. 22, şu kararlara atfen: Case 41/74 *Van Duyn* [1974] ECR 1337, para. 22; Case C286/90 *Poulsen and Diva Navigation* [1992] ECR I6019, 9-11. paragraflar; Case C431/05 *Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos* [2007] ECR I0000; Case C300/98 *Dior and Others* [2000] ECR I11307, para. 33; Case C162/96 *Racke* [1998] I3655; and Joined Cases 21/72 to 24/72 *International Fruit Company and Others* [1972] ECR 1219.

<sup>286</sup> Bkz., *Costa v. ENEL*, Case 6/64 [1964] ECR 585; 93 ILR, s. 23.

<sup>287</sup> Bkz., *Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125.

<sup>288</sup> Maastricht (1992), Amsterdam (1997), Nice (2001) ve Lizbon (2007, yürürlükte değil) Antlaşmaları.

<sup>289</sup> Ayrıca bkz., 2(4). Bölüm.

<sup>290</sup> Bkz., [1990] 2 AC 85, 140 (per Lord Bridge); 93 ILR, s. 652. Ayrıca bkz., *Ex parte Factortame (No. 2)* [1991] 1 AC 603; 93 ILR, s. 731; *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, Avrupa Adalet Divanı davası C-213/89, 93 ILR, s. 669 ve Case C-221/89, 93 ILR, s. 731.



## DAVA EDİLEMEZLİK, DEVLET TASARRUFU VE İLGİLİ DOKTRİNLER

Bir konu hukuka göre yargılanabiliyorsa dava edilebilir (*justiciable*) niteliktedir.<sup>291</sup> Bu bağlamda ilgili usul kurallarına uygun olarak önüne bir dava getirilen mahkemenin bu davaya bakma yetkisinin olduğuna dair bir varsayım bulunur. Bununla beraber, anayasa hukukundan ve/veya uluslararası hukuktan kaynaklanan ve bu varsayımı etkileyen bazı kısıtlama ilkeleri mevcuttur. Bu ilkeler, örneğin, yabancı ceza, mali ve kamu hukuklarının uygulanmasına karşı çıkan kuralı içermektedir.<sup>292</sup> Anayasal olarak devletin yürütme erkinin yetki alanı içerisine girdiği kabul edilen konular mahkeme önünde dava edilemez. Sonuçta, bir konunun dava edilebilir nitelikte olup olmadığına ilişkin değerlendirme, yürütme ve yargının alanlarının birleştiği ve örtüştüğü gri alanın açıklığa kavuşturulmasını gerekli kılar. Son yıllarda yürütmenin yargı gözetiminden bağımsız müstakil yetki alanında ciddi bir daralma görülmüş ve bazı önemli davalar yürütme ve yargı arasındaki sınırı yeniden tayin etmeye çalışmıştır. Bunlar birçok devlette toplumun artan biçimde şeffaflaşmasını ve de ilgili bilginin sunulmasındaki büyük artışı yansıtmaktadır. Dava edilebilirliğin kapsamındaki genişleme yabancılık unsuru taşıyan davalara ulusal mahkemelerin bakma yetkisini sınırlandıran bir konsept olarak yabancı devletlerin egemenliğinin mutlak niteliğindeki azalmayı ve devletin iç anayasal dengesine ilişkin ilgiye dönüşümü de yansıtmaktadır. Bu son husus dinamiğinin bir parçası olarak devletin mahkemeler tarafından incelenemeyecek karar alma yetkisinin kısıtlanması ve sınırlandırılmasına doğru bir yönelim mevcuttur.

Bir kavram olarak dava edilemezlik, genel olarak yürütmenin yabancı devletlerle ilişkilerindeki egemenlik tasarruflarını konu alan devlet tasarrufu doktrini ile ilgilidir ancak bununla aynı değildir.<sup>293</sup> Uluslararası hukuk ve ulusal mahkemeler bağlamında dava edilemezlik özellikle yabancı bir devletin diğer bir devlet üzerinde yargı yetkisine sahip olmadığı doktrinine atıf yapmaktadır.<sup>294</sup> Bu anlamda kavram, devletlerin egemenliği ve eşitliği prensiplerine dayanmaktadır.<sup>295</sup> Dava edilemezlik, bir konu ortaya konulamayacağı ya da ispatlanamayacağı için kanıtsal bir engel olarak ele alınır. Bu durum, ilgili birey ya da kurumun statüsü nedeniyle mahkemelerin söz konusu konuya ilişkin yargı yetkisini kullanamayacağı devlet dokunulmazlığı durumundan farklıdır, ki bu durumda ilgili devletin dokunulmazlığından feragat

<sup>291</sup> Bkz., Mann, *Foreign Affairs*, 4. Bölüm. Ayrıca bkz., L. Collins, 'Foreign Relations and the Judiciary', 51 ICLQ, 2002, s. 485; R. Singh, 'Justiciability in the Areas of Foreign Relations and Defence', *The Iraq War and International Law* (ed. P. Shiner ve A. Williams), 2008, 9. Bölüm; D. McGoldrick, 'The Boundaries of Justiciability', 60 ICLQ, 2010, s. 981; P. Daly, 'Justiciability and the "Political Question" Doctrine', *Public Law*, 2010, s. 160; Sales ve Clement, 'International Law in Domestic Courts: The Developing Framework'; ve O'Keefe, 'The Doctrine of Incorporation Revisited'. Ayrıca bkz., McLachlan, *Foreign Relations Law*, Bölüm 6 ve s. 523 vd.; H. Fox ve P. Webb, *The Law of State Immunity*, 3. Baskı, Oxford, 2013, Bölüm 3; D. McGoldrick, 'The Boundaries of Justiciability', 59 ICLQ, 2010, s. 981 ve M. Nicholson, 'The Political Unconscious of the English Foreign Act of State and Non-justiciability Doctrines', 64 ICLQ, 2015, s. 743.

<sup>292</sup> Örneğin bkz., *Oppenheimer v Cattermole* [1976] AC 249 ve *Shergill v Khaira* [2014] UKSC 33, para. 41.

<sup>293</sup> Örneğin bkz., Wade ve Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, ss. 299-303; J. B. Moore, *Acts of State in English Law*, New York, 1906; Mann, *Foreign Affairs*, 9. Bölüm; Singer, 'The Act of State Doctrine of the UK', 75 AJIL, 1981, s. 283; M. Akehurst, 'Jurisdiction in International Law', 46 BYIL, 1972-3, ss. 145, 240, ve M. Zander, 'The Act of State Doctrine', 53 AJIL, 1959, s. 826. Yargı işlemlerinin, hükümet tasarrufu doktrinini amaçları bakımından hükümet tasarrufu olarak kabul edilemeyeceğine dikkat ediniz. Bkz., *Altimo Holdings and Investment Ltd. v Kyrgyz Mobil Tel Ltd.* [2012] 1 WLR 1804; *Yukos v Rosneft* [2012] EWCA Civ 855, para. 73 vd. ve 87 vd. ve *Belhaj v Straw* [2014] EWCA Civ 1394, para. 54.

<sup>294</sup> Bkz., Lord Pearson, *Nissan v. Attorney-General* [1970] AC 179, 239; 44 ILR, ss. 359, 390.

<sup>295</sup> Bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 365.

edip, bu şekilde yargı yetkisi engelini kaldırabilme yolu açıktır.<sup>296</sup> Dava edilemezlik, genellikle görünüşte özel bir fiil hakkında hukuki takibata girilen devletler arası ilişki ya da durum ile ilgiliyken, dokunulmazlık konuları bu şekilde devletler arası faaliyetlerden değil, istisnasız her durumda bir devlet-özel taraf ilişkisinden doğar.<sup>297</sup> Ne var ki, dava edilemezliği saptamanın sonucunun, bu yöndeki iddianın öne sürülen savunma argümanlarının biri (ya da aslında sadece biri) tarafından mahrum bırakılma ihtimali nedeniyle mi başarısız olduğu ya da aksi halde dava edilebilir olabilecek bir iddianın dava edilemezlik savunmasının yokluğunda adil bir şekilde dava edilemeyeceği gerekçesiyle mi başarısızlığa uğramış olduğu tam olarak açık değildir.<sup>298</sup>

Dava edilemezlik kavramı temel olarak bir çok şekilde bir taviz verme doktrindir. Burada iki kaynak mevcuttur. İlki anayasal yöndür. Yürütmenin dış politika ve milli savunma alanlarındaki<sup>299</sup> yetkisinden - ki temelde bir demokratik sistemde güçler ayrılığını tanımlayan hukuk devleti prensibidir<sup>300</sup> - yabancı devletlerin egemenliği ve bağımsızlığına saygı ilkesine<sup>301</sup> kadar bir dizi sütun üzerinde konumlanır. Dolayısıyla hem iç hem de dış yürütme fiilleri kapsamaktadır. İç yürütme faaliyetlerine ilişkin bir değerlendirmede bulunulacak olursa<sup>302</sup>, mahkemeler savaşa girme, uluslararası antlaşma yapma ya da toprak verme gibi egemen gücün bir uygulaması hakkında yargılamada bulunmayı reddedecek ya da en azından aşırı derecede gönülsüz olacaktır.<sup>303</sup> Bu, dış ilişkiler konusundaki uygulamaları<sup>304</sup> olduğu kadar Birleşik Krallık içerisindeki bölgelerin tanımı konusunu<sup>305</sup> da içerir. Lord Hoffman'ın *R v. Jones* davasında ifade ettiği gibi 'savaş ve barış yapma ve silahlı kuvvetlerin kullanımı daima Kraliyet'in mahkemelerin sorgulayamayacağı bir takdir yetkisi kapsamında

<sup>296</sup> Bkz., *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No 3)* [2000] 1 AC 147, 269. Lord Millett, devlet tasarrufu ile devlet dokunulmazlığı arasındaki bağlantıyı belirtmiş, fakat devlet dokunulmazlığının uluslararası hukukun yarattığı bir olgu olduğu ve ulusal mahkemelerin yargı yetkisine bir engel teşkil ettiği, oysa devlet tasarrufu doktrinin ise bir devletin egemen fiillerinin hukuksuzluğu konusunda ulusal mahkemelerde yargılanmasını engelleyen bir iç hukuk kuralı olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca bkz., *Yukos v. Rosneft* [2012] EWCA Civ 855, 43 vd. paragraflar ve *Belhaj v Straw* [2014] EWCA Civ 1394, para. 48 vd. Devlet dokunulmazlığı ve diplomatik dokunulmazlık hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 12. Bölüm.

<sup>297</sup> Örneğin bkz., *Amalgamated Metal Trading v. Department of Trade and Industry, The Times*, 21 Mart 1989, s. 40. Ayrıca bkz. *Shergill v Khaira* [2014] UKSC 33, para. 41.

<sup>298</sup> *A.g.e.*, para. 42.

<sup>299</sup> Birleşik Krallık'ta geleneksel olarak Kraliyet yetkisi dahilindeki alanlardır.

<sup>300</sup> Örneğin bkz., Lord Hoffmann in *R v. Lyons* [2002] UKHL 44, 40. paragraf; 131 ILR, s. 555; Lord Millett *R v. Lyons*, 105. paragraf; 131 ILR, s. 575, ve Richards J *CND* davası [2002] EWHC 2777 (Admin), 60. paragraf.

<sup>301</sup> Bkz., *Underhill v. Hernandez* 168 US 250, 252.

<sup>302</sup> Bkz., *Nissan v. Attorney-General* [1970] AC 179 ve *Buron v. Denman* (1848) 145 ER 450. Ayrıca bkz., S. de Smith ve R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 6. Baskı, London, 1989, ss. 145-51, ve Mann, *Foreign Affairs*, 10. Bölüm.

<sup>303</sup> Mahkemelerin bu tutumu, yalnızca söz konusu uygulamaların Kraliyet'e ait imtiyazlı yetkiler dahilinde olmasından değil, aynı zamanda bu yetkilerin takdir yetkisi olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz., *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1984] 3 All ER 935, 956 ve Lord Hoffmann in *R v. Jones* [2006] UKHL 16, 65. paragraf; 132 ILR, ss. 695-6. Ayrıca bkz., Lord Reid in *Chandler v. DPP* [1964] AC 763, 791; Simon Brown LJ, *R v. Ministry of Defence, ex parte Smith* [1996] QB 517, 539; Laws LJ, *Marchiori v. The Environment Agency* [2002] EWCA Civ 3, 38. ve 40. paragraflar; 127 ILR, ss. 642 ve 643; *CND v. Prime Minister* [2002] EWHC 2759, 15. paragraf (Simon Brown LJ), 50. paragraf (Maurice Kay J) ve 59. paragraf (Richards J); 126 ILR, ss. 735, 750 ve 753; ve *R (on the application of Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ 1598, 106(iii). paragraf; 126 ILR, s. 725.

<sup>304</sup> Örneğin bkz., *R (Al-Rawi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2006] EWCA Civ 1279, 131. vd. paragraflar. (Laws LJ), ve yukarıdaki dipnotta aktarılan davalar.

<sup>305</sup> Bkz., *The Fagernes* [1927] P 311, 324 (per Atkin LJ). Ayrıca bkz., *Christian v. The Queen* [2006] UKPC 47, 9-10. paragraflar (Lord Hoffmann) ve 33. paragraf (Lord Woolf); 130 ILR, ss. 699-700, 707.

görülmüştür.<sup>306</sup> Buna *Keyu v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* davasında Lord Mance'ın onayıyla atıfta bulunulmuştur.<sup>307</sup>

İkinci yön yabancı devletlerin tasarruflarına atıf yapmakta ve uluslararası hukuktaki devletlerin egemenliği ve hukuki eşitliği ilkelerine dayanmaktadır. Lord Wilberforce bu doktrinin klasik ifadesinde *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer (No. 3)* davasında<sup>308</sup> şunu belirtmiştir:

*“İngiliz hukukunda mahkemelerin yabancı egemen devletlerin faaliyetlerini yargılamayacakları yönünde bir genel ilke vardır... bu ilkeyi devlet tasarrufunun bir çeşidi olarak değil, fakat yargı kısıtlaması ya da çekincesi olarak değerlendirmek daha uygun görünmektedir.”*<sup>309</sup>

Bu tür bir ilke bir takdir yetkisi değildir, yargı sürecinin bizatihi doğasında vardır. Bu ulusal anayasa hususlarından değil uluslararası sistemin karakterinden doğmaktadır. *The Buttes* davası, hakaret ve komplo iddiası ile açılmış bir hukuk davası olmakla birlikte, Lordlar Kamarası konunun belirlenmesinin dört egemen devletin faaliyetlerinin yeniden incelenmesini ve bu faaliyetlerin bir kısmının uluslararası hukuka aykırı olup olmadığının tespit edilmesini gerekli kıldığı yorumunda bulunmuştur. Yürütmenin dış ilişkilerinde bir sıkıntı doğurma ihtimalinden tamamen ayrı olarak<sup>310</sup>, bu tür konuları yargılamak için elverişli nitelikte hukuki standartlar yoktu.<sup>311</sup> Bu, bu tür uluslararası kararların sadece uluslararası hukuk değil ama aynı zamanda siyasa ve siyaset ışığında da verilmesindedir.<sup>312</sup> Bu konuda, ayrıca, örneğin, ciddi uluslararası yansımalara sahip olabilecek ve daha ziyade diplomasi alanına giren bir konuda yargı incelemesinde bulunulmasının uygun olmayacağı görüşü de

<sup>306</sup> [2006] UKHL 16, 65. paragraf; 132 ILR, s. 696. Lord Hoffman '(Irak'a karşı) savaşa gitme kararı –kararın doğru ya da yanlış olduğunun düşünülmesi bir yana – doğrudan ülkeyi savunma ve ülkenin dış politikasını yürütme konusunda Kraliyet'in takdir yetkisi içerisine girmektedir... Savaşa girme yetkisinin takdir yetkisi oluşu ve bu yetkinin dava edilemezliği kanaatimce saldırının iç hukukta bir suç olmamasının sebeplerinden biridir' sonucuna varmıştır. Bkz., *a.g.e.*, 66. ve 67. paragraflar ve ayrıca bkz., Lord Mance, 103. paragraf; *a.g.e.*, ss. 705–6. Daha ihtiyatlı olarak, Lord Bingham mahkemelerin dış ilişkilerin yürütülmesi ve silahlı kuvvetlerin gönderilmesine ilişkin takdir yetkisinin kullanılmasını değerlendirme hususunda çok yavaş olacaklarına dair yerleşik kuralların olduğunu ifade etmiştir. Bkz., *a.g.e.*, 30. paragraf, s. 684. *R v. Jones* davasındaki yaklaşım Temyiz Mahkemesi tarafından *R (Gentle) v. Prime Minister* davasında uygulanmıştır. Bkz., *R (Gentle) v. Prime Minister* [2006] EWCA Civ 1689, 33. paragraf (Clarke MR); 132 ILR, s. 737. Bu davada mahkemeye göre, Birleşik Krallık'ın Irak'a asker göndermesi hususunda hukuka aykırı hareket edip etmediği iki nedenle dava edilemezdi. İlk olarak, en az iki uluslararası kararın (Güvenlik Konseyi'nin 678 ve 1441 sayılı kararları) incelenmesini gerektirirdi; ikinci olarak da 'münhasıran yürütmenin sorumluluğu olan' dış ilişkiler ve savunma alanlarında politika kararlarının ayrıntılı incelenmesini zorunlu kıları. Lordlar Kamarası bu konuda temel olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin anlamına odaklandı ([2008] UKHL 20); Lord Bingham 'yüksek politika olarak tanımlanan savaş ve barış, antlaşmalar yapma, dış ilişkiler yürütme gibi konularda karar verme hususunda mahkemelerin geleneksel olarak gösterdiği kaçınma' davranışına atıfta bulunurken (*a.g.e.*, 2. paragraf) Lord Hope 'uluslararası hukukun bu alanında (devletlerin güç kullanımı) hukukilik konusu devletler arası ilişkiler alanına aittir... ve bir politik hüküm konusudur... burada incelenebilir iç hukuk unsuru değildir' görüşünü ifade etmiştir (*a.g.e.*, 24. paragraf (ve 26. paragraf). Ayrıca bkz., Lady Hale, *a.g.e.*, 58. paragraf.

<sup>307</sup> [2015] UKSC 69, para. 145.

<sup>308</sup> [1982] AC 888; 64 ILR, s. 331.

<sup>309</sup> [1982] AC 888, 931; 64 ILR, s. 344. Ayrıca bkz., *Duke of Brunswick v. King of Hanover* (1848) 1 HLC 1. Bkz., Fatima, *Using International Law*, ss. 385 vd. Ayrıca bkz., *R v. Director of the Serious Fraud Office and BAE Systems* [2008] EWHC 714 (Admin), 74. ve 160. paragraflar.

<sup>310</sup> Bkz., *Korea National Insurance Corporation v. Allianz Global Corporate & Speciality AG* [2008] EWCA Civ 1355, 32. paragraf. Bununla birlikte, hafif ya da önemsiz derece bir rahatsızlık ile uluslararası ilişkilerin bozulması arasında bir ayrımın çizilmesi gerekir. İki dava edilebilirliğe bir engel teşkil etmezken, ikincisi açıkça dava edilemezlik doktrini için bir zemin oluşturmaktadır. Bkz., *Yukos v. Rosneft* [2012] EWCA Civ 855, 65. paragraf ve *Belhaj v Straw* [2014] EWCA Civ 1394, para. 66. Ayrıca bkz., *Habib v. Australia*, Decision on justiciability, (2010) FCAFC 12; ILDC 1518 (AU 2010), 118. paragraf.

<sup>311</sup> [1982] AC 888, 938; 64 ILR, s. 351.

<sup>312</sup> Aşağıda *Shergill v Khaira* davasının değerlendirilmesine bakınız.

savunulmuştur.<sup>313</sup> Başka bir davada da, mahkemelerin İngiltere'nin Hint Okyanusu'ndaki karasuları içerisinde Moritanya'nın balıkçılık hakkına ilişkin iddialar hususunda davanın bir tarafı olarak Moritanya'nın yokluğunda hüküm ve karar veremeyeceği ileri sürülmüştür.<sup>314</sup> Söz konusu işlemlerin ticari nitelikten ziyade egemenlikle ilgili bir niteliğe sahip olması ve yabancı bir devletin toprakları içerisinde gerçekleşmiş olması gerekiyordu. Temyiz Mahkemesi Birleşik Krallık'ta ticari amaçlarla yabancı banknotların tutulması ve elden çıkarılmasının, bu tür işlemleri *Buttes* davasında ileri sürüldüğü gibi bir dava edilemezlik doktrininin koruması içerisine sokmak amacıyla devlet tasarrufları olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.<sup>315</sup> Mevzuat, kuşkusuz ki, bir konu hakkında yargılamada bulunulup bulunulamayacağı hususunda sınırı aşabilir<sup>316</sup>, ancak 1978 tarihli Devlet Dokunulmazlık Yasası ticari işlemler hususunda devlet dokunulmazlığını kaldırmış ve devleti mahkemenin yargı yetkisine tabi kılmıştır.<sup>317</sup> Temyiz Mahkemesi'nin *Maclaine Watson v. International Tin Council* davasında<sup>318</sup> ele aldığı sorunlardan birisi de bu tür durumlarda dava edilemezlik doktrininin geçerli olup olmadığı hakkındaydı. Mahkeme, dokunulmazlık ve dava edilemezlik kavramlarının birbirinden ayrı tutulması gerektiğini vurgulamış ve *Buttes* davasında ileri sürülen dava edilemezlik prensibinin yasaya aykırı olarak ticari konularda devletlere karşı başlatılan yasal işlemleri önlemek için kullanılabilirliği endişesini dile getirmiştir.<sup>319</sup> İlaveten belirtilmelidir ki, İngiliz mahkemeleri büyük ihtimalle 'uluslararası ilişkiler, milli güvenlik veya savunma alanındaki kamu yararına zarar' getirebilecek bir konuya karar vermeye çalışmaktan kaçınacaklardır.<sup>320</sup> *R v. Jones* davasında Lord Bingham mahkemelerin 'uluslararası hukuk alanında egemen devletlerce tesis edilen işlemlerden doğan haklara dair yargılama yapmada çok yavaş' davrandıklarına dikkat çekmiştir.<sup>321</sup>

Dava edilebilirlik konusu, *JH Rayner v. Department of Trade and Industry* davasında hem Temyiz Mahkemesi<sup>322</sup> hem de Lordlar Kamarası<sup>323</sup> tarafından tartışılmıştır. Tartışma, İngiliz hukukuna dahil edilmemiş bir antlaşmayla bir grup devlet tarafından Uluslararası Teneke Konseyi'nin kuruluşu bağlamında gerçekleşmiştir. Lord Kerr bu bağlamdaki doktrinin, İngiliz hukukuna dahil edilmemiş antlaşmaların İngiliz hukukunun parçasını oluşturmadığı ve bu tür antlaşmaların İngiliz mahkemelerinin bakabileceği antlaşmalar olmadığı prensipleri üzerine dayandığını vurgulamıştır.<sup>324</sup> Bununla birlikte, Uluslararası Teneke Konseyi'nin hukuki niteliğini değerlendirmek için gerekli olduğu düşünülerek İngiliz hukukuna dahil edilmemiş de olsa söz konusu antlaşmaya atıfta bulunulmuştur.<sup>325</sup> Lord Oliver Lodlar Kamarası kararında dava edilemezlik doktrininin özünü yeniden teyit etmiştir. Lord Oliver

<sup>313</sup> Örneğin bkz., *R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Pirbhai* 107 ILR, s. 462. Ancak bu konuda *Abbasi* davasına da bakınız.

<sup>314</sup> *R (Bancoult) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2013] EWHC 1502 (Admin), 153. paragraf.

<sup>315</sup> *A Ltd v. B Bank* 111 ILR, ss. 590, 594–6.

<sup>316</sup> Bu yüzden, örneğin, Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu (2001) ışığında savaş suçuna ilişkin konular yargıya taşınabilir. Bkz., *R v. Jones* [2006] UKHL 16, 4. ve 28. paragraflar; 132 ILR, ss. 672 ve 683.

<sup>317</sup> Bkz., *Empresa Exportadora de Azucar v. Industria Azucarera Nacional SA* [1983] 2 LL. R 171, 194–5; 64 ILR, s. 368. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 13. Bölüm.

<sup>318</sup> [1988] 3 WLR 1169; 80 ILR, s. 191.

<sup>319</sup> [1988] 3 WLR 1169, 1188 per Kerr LJ; 80 ILR, s. 209.

<sup>320</sup> *CND v. Prime Minister of the UK*, para. 47, *Horgan v. An Taoiseach* davasındaki 28 Nisan 2003 tarihli kararda İrlanda Yüksek Mahkemesinin onayıyla alıntılanmıştır. 'Yürütmenin genel olarak uluslararası ilişkileri yürütmesi ile ilgili olarak, yetki uygulama durumunda olan mahkemelerin takındığı katı muteyakkız role' vurgu yapmıştır. 132 ILR, ss. 407, 440.

<sup>321</sup> [2006] UKHL 16, para. 30; 132 ILR, s. 684. Ayrıca bkz. *R (Islamic Human Rights Commission) v. CAA* [2006] EWHC 2465; 132 ILR, s. 707, ve *R (Gentle) v. Prime Minister* [2008] UKHL 20.

<sup>322</sup> [1988] 3 WLR 1033; 80 ILR, s. 49.

<sup>323</sup> [1989] 3 All ER 523; 81 ILR, s. 671.

<sup>324</sup> [1988] 3 WLR 1033, 1075; 80 ILR, ss. 49, 86.

<sup>325</sup> [1988] 3 WLR 1033, 1075–6. Ayrıca bkz., *Nourse LJ, a.g.e.*, s. 1130; 80 ILR, s. 148.

ulusal mahkemelerin bağımsız egemen devletlerin uluslararası hukuk çerçevesinde kendi aralarında yapılan işlemlerinden doğan haklar konusunda dava yetkisine sahip olmaması ve olamaması ya da bunları icra edememesinin aksiyomatik (kanıtlanmamış ama doğru olduğu kabul edilen kavramlara dayalı) olduğunu belirtmiştir.<sup>326</sup>

Bununla birlikte, bu, mahkemenin bir antlaşmaya asla bakmaması ya da yorumlamaması gerektiği anlamına gelmemektedir. Bir antlaşma, belli bir konu ortaya çıktığında ona karşı arkaplan bilgisinin bir unsuru olarak incelenebilirdi.<sup>327</sup> Bir grup devlet tarafından Uluslararası Teneke Konseyi'nin kuruluşu egemen bir fiildi ve Konsey'in kendisi ve üye devletleri arasında haklar ve yükümlülükler konusunda hüküm verilmesi ancak uluslararası düzeyde gerçekleştirilebilir.<sup>328</sup> Diğer bir deyişle, durumun yalnızca *Buttes* davasında ileri sürüldüğü biçimiyle yabancı devletlerin işlemlerini ilgilendiren bir dava edilemezlik durumunu değil, aynı zamanda İngiliz hukukuna dahil edilmemiş bir antlaşma temelinde dava edilemezlik durumunu da içerdiği görülmektedir.<sup>329</sup> Bu husus anayasal ve uluslararası dava edilemezlik ayırımını aşmaktadır.

*Littrell v. USA (No. 2)* davasında<sup>330</sup> Lord Hoffmann Birleşik Krallık'ta NATO askerlerinin konuşlanmasına imkan veren antlaşmanın statüsü bağlamında, bir antlaşmanın akdedilmesinin diğer başka unsurlar gibi bir olgu olduğunu belirterek, mahkemelerin yabancı askerlerin davet üzerine ülkede buldukları konusunda açıklık sağlamak amacıyla bu tür antlaşmalara bakabileceklerine işaret etmiştir.<sup>331</sup> Bununla birlikte Lord Hoffman bunun, mahkemelerin İngiliz hukukuna dahil edilmemiş bir antlaşmanın hükümlerini fiili olarak uygulamaya koyabileceği anlamına gelmediğini de ifade etmiştir. Ayrıca, yabancı bir egemen devletin bir antlaşmayı ihlal edip etmediğinin tespiti de Birleşik Krallık mahkemelerinin yetki alanı içinde değildir.<sup>332</sup> Bu konuda

<sup>326</sup> [1989] 3 All ER 523, 544; 81 ILR, ss. 671, 700. Ayrıca bkz., *R v. Director of the Serious Fraud Office and BAE Systems* [2008] EWHC 714 (Admin), 107. paragraf.

<sup>327</sup> [1989] 3 All ER 523, 545; 81 ILR, s. 701. Ayrıca bkz., *In the Matter of AY Bank Ltd* [2005] EWCA Civ 1116 ve *Republic of Croatia v Republic of Serbia* [2009] EWHC 1559 (Ch), 40. paragraf. ABD Yüksek Mahkemesi *Kirkpatrick v. Environmental Tectonics* davasında (110 S. Ct. 701, 822 ff. (1990); 88 ILR, s. 93) hükümet tasarrufu doktrininin hukuki olarak kaçınma doktrini olmadığını fakat, uygulanması halinde, yabancı devletin tasarruflarını geçerli kabul ederek mahkemenin davada karar vermesini gerektiren bir karar verme kuralı olduğunu altını çizmiştir. Mahkeme, kendisinden tasarrufların hukuki geçerliliğine karar verme amacıyla bunları incelenmesinin talep edilmesinin durumundan farklı olarak, yabancı bir egemenin bazı resmi tasarruflarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunun tek konu olması halinde bu doktrinin uygulanmayacağını belirtmiştir. Bu durum 'Kirkpatrick istisnası' olarak adlandırılmaktadır. Bkz. *Yukos v Rosneft* [2012] EWCA Civ 855, para. 95 vd. ve *Belhaj v Straw* [2014] EWCA Civ 1394, para. 54 ve 89.

<sup>328</sup> [1989] 3 All ER 523, 559; 81 ILR, s. 722. Ayrıca Hakim Ralph Gibson'un Temyiz Mahkemesi kararı için bkz., [1988] 3 WLR 1033, 1143-4; 80 ILR, ss. 49, 163.

<sup>329</sup> Fakat *Re McKerr* davasında Lord Steyn, bu kararın dar bir perspektifi yansıttığı, 'insan hakları antlaşmalarının özel bir statüye sahip olduğu yönündeki görüşün giderek daha çok destek aldığı düşünülecek olursa, gelecekte hukukun bu alanının eleştirel açıdan yeniden incelenmesinin gerekli olabileceği'ni belirtmiştir. Bkz., [2004] UKHL 12, 51-2. paragraflar.

<sup>330</sup> [1995] 1 WLR 82, 93.

<sup>331</sup> Benzeri şekilde, Hakim Colman *Westland Helicopters Ltd v. Arab Organisation for Industrialisation* davasında, bir uluslararası örgütün hukukunu ve onun tam olarak niteliğini tespit etmek amacıyla o örgütü kuran antlaşmanın hükümlerine ve o örgütün temel tüzüğüne hükümlerine referans verilmesinin yargılanabilir olan ile yargılanamaz olanın arasındaki sınırı aşmadığı görüşünü savunmuştur. Bkz., *Westland Helicopters Ltd v. Arab Organisation for Industrialisation*, [1995] 2 WLR 126, 149.

<sup>332</sup> Bkz., *British Airways Board v. Laker Airways Ltd* [1985] AC 58, 85-6; *Ex parte Molyneux* [1986] 1 WLR 331; 87 ILR, s. 329 ve *Westland Helicopters Ltd v. Arab Organisation for Industrialisation* [1995] 2 WLR 126, 136. Ayrıca bkz., *Minister for Arts Heritage and Environment v. Peko-Wallsend Ltd* (1987) 75 ALR 218, 250-4; 90 ILR, ss. 32, 51-5. *Minister for Arts Heritage and Environment v. Peko-Wallsend Ltd* davasında Avustralya Federal Mahkemesi, bir antlaşmanın uygulanmasında Avustralya'nın uluslararası ilişkilerini içeren bir Bakanlar Kurulu kararının yargılanabilir bir konu olmadığını belirtmiştir. Brezilya Yüksek Mahkemesi *Arab Republic of Syria v. Arab Republic of Egypt* davasında, temelde iki devletin arasındaki devlet hâlefiyeti konusunda - davaya konu olan mülk üçüncü bir ülkenin yargı yetkisinin olduğu sınırlar içerisinde olsa bile - üçüncü bir devletin mahkemelerinin yargı yetkisi kullanamayacağı ifade etmiştir. Bkz., *Arab Republic of Syria v. Arab Republic of Egypt* 91 ILR, ss. 288, 305-6.

temel yaklaşım, 'normal olarak İngiliz mahkemelerinin yalnızca uluslararası hukuk düzeyinde geçerli olan uluslararası enstrümanların gerçek anlamı ve etkisi hakkında karar vermeyeceği'dir.<sup>333</sup> Dahası, İngiliz mahkemeleri bir konunun 'uluslararası ilişkiler, milli güvenlik ya da savunma alanında kamu yararına zarar verebileceği' durumunda da muhtemelen bu konuyu tespit etme uğraşı içinde olmayacaktır.<sup>334</sup> *R v. Jones* davasında Lord Bingham 'mahkemelerin uluslararası hukuk çerçevesinde egemen devletler arasında yapılan işlemlerden doğan haklar konusunda yargılama yapmada çok yavaş olacağını' belirtmiştir.<sup>335</sup> Bununla birlikte, bu kural mutlak değildir.<sup>336</sup> Mahkemeler şu spesifik durumlarda İngiliz hukukuna dahil edilmemiş bir antlaşmanın hükümlerine bakmaya istekli olmaktadır: İlk olarak, yukarıda kaydedildiği gibi, bir antlaşmanın varlığı, hükümleri ve tarafları gibi belli olguları tespit etmek için ya da söz konusu antlaşmanın bir sözleşmeye dahil edildiği veya iç mevzuatta atıfta bulunduğu ve belli bir hüküm için gerekli olduğu durumlarda. İkinci olarak, ulusal mahkemelerin iç hukuk çerçevesinde özel hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi için belli bir uluslararası antlaşmanın yorumu hakkında hüküm vermek zorunda kaldığı durumlarda.<sup>337</sup> İkinci varsayım, örneğin, suçluların iadesi ve sığınma davalarına ilişkin konularda görülebilir, ki bu durumlarda iç mevzuatın (1996 tarihli İltica ve Göç Yasası) bir sonucu olarak 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne bakılmak zorundadır.<sup>338</sup> *Republic of Ecuador v. Occidental Exploration and Production Co.* davasında Temyiz Mahkemesi - bu prensibi onaylamakla birlikte - bağlamın daima önemli olduğuna işaret ederek, yargı işlemlerinde imzacı devletlerden birine karşı rızaya dayalı tahkime gidilmesi durumunda antlaşma çerçevesinde icra yetkisine sahip olan özel yatırımcılar lehinde hak doğurması amaçlanan bir antlaşmanın bu istisna kapsamı içerisinde gireceği ve bu yüzden de dava edilebileceğini belirtmiştir.<sup>339</sup> Dava edilemezlik konusunda *CND* ve *Occidental* davalarında ortaya konulan istisna *In the Matter of AY Bank Ltd* davasında<sup>340</sup> yeniden teyit edilmiştir. Davada Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin dağılması, onun Merkez Bankası'nın feshi ve

<sup>333</sup> *CND v. Prime Minister of the UK and Others* [2002] EWHC 2777 (Admin), 23., 36. ve 47. paragraflar. Ayrıca bkz., *R v. Lyons* [2002] 3 WLR 1562; 131 ILR, s. 538.

<sup>334</sup> Bkz., *CND v. Prime Minister of the UK*, 47. paragraf. İrlanda Yüksek Mahkemesi *Horgan v. An Taoiseach* davasına ilişkin 28 Nisan 2003 tarihindeki kararında *CND v. Prime Minister of the UK* davasındaki karara atıfta bulunmuş ve yürütmenin genel olarak uluslararası ilişkileri sevk ve idare etmesine ilişkin yargı yetkisini kullanma hususunda mahkemelerin benimsediği son derece basiretli bir rol olarak vurgulamıştır. Bkz., *Horgan v. An Taoiseach*, 132 ILR, ss. 407, 440.

<sup>335</sup> [2006] UKHL 16, 30. paragraf; 132 ILR, s. 684. Ayrıca bkz., *R (Islamic Human Rights Commission) v. CAA* [2006] EWHC 2465; 132 ILR, s. 707, ve *R (Gentle) v. Prime Minister* [2008] UKHL 20, yukarıda dipnot 287.

<sup>336</sup> Bkz., Lord Oliver, *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Department of Trade and Industry* [1989] 3 All ER 523, 544. Lord Steyn *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)* davasında bu prensibin 'kategorik bir kural' olmadığını belirtmiştir. Bkz., *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co. (Nos. 4 and 5)* [2002] 2 AC 883, 1101. Ayrıca bkz., Fatima, *Using International Law*, ss. 273 vd.

<sup>337</sup> Örneğin bkz., *CND v. Prime Minister* [2002] EWHC 2777 (Admin), 35-36. paragraflar (Simon Brown LJ) ve 61(iii). paragraf (Richards J). Ayrıca bkz., *Belhaj v Straw*, para. 92. 'Yargılanabilir hakları teyid etme maksadıyla gerekli olduğunda, bu ülkede mahkemelerin uluslararası hukuk konularında karar verme yükümlülüğü altında olduklarına' işaret edilmiştir. *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ 1598; *R (Gentle) v. Prime Minister* [2008] AC 1356, para. 8 ve *Shergill v. Khaira* [2014] UKSC 33, para. 43

<sup>338</sup> Örneğin bkz., *Ex parte Adan* [2000] UKHL 67.

<sup>339</sup> [2005] EWCA Civ 1116, 31. ve 37. paragraflar. Hakim Mance 'İngiliz mahkemesinin bu tür hakların kapsamına dava edilemez olarak yaklaşması, farklı bağlamlarda gelişmiş mevcut doktrinlerin bir uygulamasından daha ziyade bu doktrinlerin kapsamının genişletilmesi olarak görünüyor' görüşünü ifade etmiştir. Bkz., *A.g.e.* Ayrıca bkz., 39-42. paragraflar. Hakim Mance, bir ölçüde muğlak olarak, dava edilemezlik doktrinini muvafakat ile ortadan kalkmayacağı sonucuna varmıştır. Bkz., *A.g.e.*, 57. paragraf.

<sup>340</sup> [2006] EWHC 830 (Ch), 51. vd. paragraflar. Ayrıca bkz., *R v. Director of the Serious Fraud Office and BAE Systems* [2008] EWHC 714 (Admin), 118-20. paragraflar ve *Republic of Croatia v. Republic of Serbia* [2009] EWHC 1559 (Ch), 27. vd. paragraflar. *Republic of Croatia v. Republic of Serbia* davasında Hakim Briggs *AY Bank* davasının dava edilemezlik prensibinin bir başka istisnasının örneği olduğunu, İngiliz mahkemelerinin yabancı devletler arasındaki bir anlaşmazlık hakkında yargılamada bulunamayacağı durumlarda bile bu tür anlaşmazlıkların sonucunu karara bağlamayarak statükoyu muhafaza etmek için koruyucu önlemler alabileceğini ifade etmiştir. Bkz., *Republic of Croatia v. Republic of Serbia* [2009] EWHC 1559 (Ch), 31. paragraf.

sonrasında ardılı devletler arasında paylaşılması üzerine Birleşik Krallık'taki (Yugoslavya Merkez Bankası'nın da dahil olduğu) bir ortak teşebbüs bankasının tasfiyesi hususunda İngiliz iç hukukunda ispat hakkı doğmuştu. Eski Yugoslavya'nın mal varlığı ve borçlarını resmi olarak paylaştıran ve halef devletler tarafından imzalanan Halefiyet Konuları Hakkındaki Anlaşma'nın varlığı sorunun mahkeme önüne getirilemeyeceği şeklinde yorumlanmamıştır. Dahası, bir hükümet yetkilisi ya da kamu görevlisinin açıkça bir antlaşmayı o antlaşmanın hükümleriyle bağlantılı olarak bir karara varmak ya da kararı meşrulaştırmak için dikkate aldığını ifade ettiği durumlarda söz konusu antlaşma mahkeme önüne getirilebilir.<sup>341</sup> Dava edilemezlik ilkesinin iki şekilde işlev gördüğü değerlendirilebilir. İlk durumda, yürütme ile yargı arasındaki kuvvetler ayrılığına dayanan anayasal bir ilke olarak işlev görmektedir. Bu işlev demokratik yönetim üzerine inşa edilmiştir ve ayrıca belirli durumlara ilişkin özel bilgiye ve uzmanlığa sadece yürütmenin erişiminin olduğunun bazı hallerde kabul edildiğini öngörmektedir.<sup>342</sup> Bu, kuvvet kullanma ve antlaşmaların otomatik olarak içe dahil edilmesiyle dolaylı olarak yasa çıkarmaya müsaade etmeye karşı isteksiz olma gibi bazı alanlarda yetkiye karar vermeyi kapsamaktadır. Bu alanda, dava edilemezlik selahiyetinin kapsamının ciddi olarak daraldığı açıktır ve bu durum, örneğin Kraliyet buyruğu ile bir konuyu mahkemenin inceleme yetkisinden çıkarmanın artık yeterli görülmemesi yönündeki toplumdaki siyasi değişimi yansıtmaktadır.

İkinci durumda, dava edilemezlik devletlerin egemenliği ve eşitliğinin bir yansımasıdır. Bunun bir sonucu olarak bir devletin mahkemeleri başka bir devletin egemenlik tasarruflarını yargılayamazlar. Bu kategoride dava edilemezliğin meşrulaştırılmasındaki vurgu anayasal gerekçelere doğru kaydığından daralmaktadır. İlâveten belirtilmelidir ki, uluslararası alandaki bir hükümet tasarrufu ile bunun iç hukuktaki sonuçları arasında bir ayırım söz konusu olabilir. Örneğin *The Freedom and Justice Party v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* davasında<sup>343</sup> Temyiz Mahkemesi dış ülkeden özel bir misyonun Dış İşleri Bakanlığı tarafından tanınmasının dava edilemezliğini kabul ederken, tanınan bağışıklık konusunun mahkemenin yargı yetkisine tabi olduğuna işaret etmiştir. Bu, yukarıda değinilen *CND* ve *AY Bank* davaları gibi davalardaki argümanları yansıtmaktadır. Bu davalarda mahkemeler özel kişilerin haklarına dair hususlara karar vermek için konulara bakmışlardır. Diğer bir deyişle bu durumlarda görünüşe göre dava edilemezlik unsuru 'iç hukukta dayanağa sahip değildir'<sup>344</sup> ya da iç hukuk dayanağı yoktur'.<sup>345</sup>

Dava edilemezlik ile hükümet tasarrufu arasındaki kesin ilişki net değildir. Bir yandan, iki kavramın birbirinden farklı olduğu görüşü benimsenirken,<sup>346</sup> diğer yandan her ikisinin

<sup>341</sup> *R (Corner House Research) v. Serious Fraud Office* (HL(E)) [2009] 1 AC 756, 118–9. paragraflar.

<sup>342</sup> Örneğin bkz. Lord Hoffmann, *Secretary of State for the Home Department v Rehman* [2003] 1 AC 153, para. 62 ve Laws LJ, *Marchiori v Environment Agency* [2002] [2002] EWCA Civ 03, para. 38. Ayrıca bkz. *Binyam Mohamed v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2010] EWCA Civ 65 ve *R (Noor Khan) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2014] EWCA Civ 24.

<sup>343</sup> [2016] EWCA 2010, para. 57.

<sup>344</sup> Simon Brown LJ in *CND v. Prime Minister* [2002] EWHC 2777 (Admin), para. 40. Ayrıca bkz. 36, 37 ve 47(i). paragraflar.

<sup>345</sup> Bkz. *R (Al-Haq) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2009] EWHC 1910 (Admin), para. 60.

<sup>346</sup> Bir yabancı devletin kendi toprakları içerisindeki fiillerinin tanınmasına ilişkin daha dar nitelikli devlet tasarrufu doktrini ile bir yabancı devletin kendi topraklarının ötesinde etkilere sahip 'belli bazı egemen fiilleri'nin dava edilemezliğine yönelik daha genel bir prensip arasında bir ayırım getirilmiştir. Bu konuda Hakim Mance'nin *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company* davasındaki görüşü hakkında bkz., 116 ILR, ss. 534, 568 (Mance bu görüşünü, Lord Wilberforce'un *Buttes Gas and Oil v. Hammer* davasındaki yaklaşımı üzerinde temellendirmiştir; [1982] AC 888, 930–2; 64 ILR, s. 331). Hakim Mance'nin analizi Lord Lloyd tarafından *Ex Parte Pinochet (No. 1)* davasında teyit edilmiştir; [2000] 1 AC 61, 102; 119 ILR, ss. 51, 91. Ayrıca bkz. *Shergill v Khaira* [2014] UKSC 33, para. 41; *Rahmattullah v Ministry of Defence* [2014] EWHC 3846 (QB), 120. ve 123. paragraflar; *Serdar Mohammed v Ministry of Defence* [2015] EWCA Civ 843, para. 318, 320 ve 339 vd. ve *Belhaj v Straw* [2014] EWCA Civ 1394, para. 129.

de aynı ilkenin parçaları olduğu yaklaşımı ifade edilmiştir.<sup>347</sup> Dava edilemezlik prensibi<sup>348</sup>, egemen ve resmi olarak eşit devletler temeli üzerinde kurulu olan bir uluslararası sistemde mevcut olmak zorundadır.<sup>349</sup> Bunu ifade ettikten sonra, kuşkusuz ki, doktrinin kapsamının sorgulamaya açık olduğunu kaydetmekte de yarar vardır. Mahkemeler yabancı bir devletin anayasasına uygunluğa dair bir sorunu dava edilemez olarak görebilir<sup>350</sup> ve genel bir kural olarak yabancı kanunların anayasallığı gibi egemen irade çerçevesinde yapılmış kanunların geçerliliğini sorgulamayabilir<sup>351</sup>, bununla beraber ikinci durumun sınırları söz konusu olabilir.<sup>352</sup> Lordlar Kamarası bu konuya *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company* davasında göndermede bulunmuştur.<sup>353</sup> Lord Nicholls, bir İngiliz mahkemesinin uygun durumlarda bir yabancı kanunun kabul edilip edilmeyeceğine karar vermek için uluslararası hukuka bakmasının meşru olduğunu belirtmiştir. Lord Nicholls, dava edilemezlik prensibinden kaçınılmaz olarak, yargının bir devletin diğer devlete karşı işlediği uluslararası hukuk ihlalini - 'ihlalin açık ve varlığının teyit edilmiş olduğu durumlarda' - önemsememesi gerektiği sonucu çıkmayacağını savunmuştur.<sup>354</sup> Bu tür durumlarda, Lord Wilberforce tarafından *Buttes Gas and Oil* davasında tartışılan, iki yabancı devlet arasında egemenlik konusundaki bir uyuşmazlığı ele almak için gerekli hukuki standartların olmayışı hususundaki güçlük geçerli olmaz.<sup>355</sup> Yabancı hukuktaki bir hükmün kabul edilebilirliği hususunda çağdaş standartlar çerçevesinde karar verilmek zorundadır ve mahkemeler uluslararası hukukun yerleşik kurallarını uygulamak durumundadır.<sup>356</sup> Uluslararası hukukun ihlali sonucu bu ihlalle bağlantılı olarak bir kanunun kabul edildiği durumda (1990'da Irak'ın Kuveyt'i işgali ve onun mal varlıklarına el koyması gibi) bu tür bir kanunun mahkemeler tarafından tanınması ve icrası 'açıkça İngiliz hukukunun kamu politikasına aykırı olur'du. Dahası, bir ulusal mahkemenin yabancı devletlerin uluslararası hukuku ihlal eden kanun ya da diğer fiillerini yürürlüğe koymayı reddedebileceğinin uluslararası hukuk tarafından kabul edildiği de vurgulanmıştır.<sup>357</sup> Lord Steyn, yabancı kanunların tanınması hususundaki kamu politikası istisnasının insan hakları ihlallerinden 'uluslararası hukukun apaçık ihlallerine' doğru genişlemesinin doğru olduğunu kaydetmiştir. Bu çerçevede BM Sözleşmesi, bağlayıcı Güvenlik Konseyi kararları ve genel olarak uluslararası görüşe atıfta

<sup>347</sup> Örneğin bkz., *Yukos v. Rosneft* davasında, dava edilemezliğin devlet tasarrufundan çok ayrı bir prensip olmadığı, daha ziyade 'daha genel ve temel bir prensip olduğu' özellikle belirtilmiştir. Ayrıca bkz., *Yukos v. Rosneft* [2012] EWCA Civ 855, 40. paragraf. Ayrıca bkz. *Yukos v Rosneft (no. 2)* [2014] QB 458 ve *Belhaj v Straw* [2014] EWCA Civ 1394, 53-5. paragraflar ve 67. Ayrıca bkz., *Serdar Mohammed v Ministry of Defence* [2015] EWCA Civ 843, para. 318.

<sup>348</sup> Yazar tarafından boş bırakılmıştır (Çevirenin notu)

<sup>349</sup> Belçika Danıştay'ı *T v. Belgium* davasına ilişkin 9 Nisan 1998 tarihli kararında, bir yabancı diplomatın *persona non grata* ilan edilme sürecinin, hem bu kararı alan devletin isteğinin devletler arası bir konu olması hem de söz konusu kişiyi geri çağırarak ya da görevini sona erdirmek durumunda olan tarafın gönderen devlet olması nedeniyle, dava edilemez nitelikte olduğunu belirtmiş ve Danıştay'ın bir yabancı devletin kaynaklanan bir fiil üzerinde yargı yetkisine sahip olmadığını ifade etmiştir. Bkz., *T v. Belgium*, 115 ILR, s. 442.

<sup>350</sup> Örneğin bkz., *Ex parte Turkish Cypriot Association* 112 ILR, s. 735.

<sup>351</sup> Bkz., *Buck v. Attorney-General* [1965] 1 Ch. 745; 42 ILR, s. 11.

<sup>352</sup> Bkz., *Yukos v Rosneft* [2012] EWCA Civ 855, 68 vd. paragraflar. Bu davada Hakim Rix, yabancı bir mahkemenin bir hukuk mahkemesi olarak kendi sorumluluklarını suiistimal edecek bir şekilde hareket ettiği durumda, 'söz konusu yabancı mahkemenin kusurları yeterince ve ikna edici bir şekilde İngiliz mahkemesinin önüne getirilmişse İngiliz mahkemeleri bu tür bir mahkemenin geçmişteki kararlarını ve yargı yetkisini tanımakla yükümlü değildir. Bunu, Devlet Danışma Kurulu'nun (Privy Council) *AK Investment v. Kyrgyz Mobil* davasına ilişkin görüşü olarak değerlendireyoruz' şeklinde görüşünü ifade etmiştir. Devlet Danışma Kurulu'nun ilgili davadaki görüşü için bkz., [2011] 4 All ER 1027, 73. ve 87. paragraflar. Ayrıca bkz., *Berezovsky v. Abramovich* [2011] EWCA Civ 153, 93 vd. paragraflar.

<sup>353</sup> *A.g.e.*, 26. paragraf.

<sup>354</sup> *A.g.e.*, 26. paragraf.

<sup>355</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>356</sup> 2002] UKHL 19, 28. paragraf. Ayrıca bkz., *Blathwayt v. Baron Cawley* [1976] AC 397, 426 ve *Oppenheimer v. Catmole* [1976] AC 249, 278.

<sup>357</sup> [2002] UKHL 19, 29. paragraf. Ayrıca bkz., *Oppenheim's International Law*, ss. 371 vd.



bulunulmuştur.<sup>358</sup> Lord Hope, 'devlet tasarrufu kuralının herhangi bir istisnası hususunda çok dar sınırlar olması gerektiği', ancak 'uluslararası hukukun yerleşik bir kuralının ihlal edildiğinin tartışmasız bir şekilde çok açık olduğu durumda' kamu politikası temelinde sınırlamaya ihtiyaç olmadığını vurgulamıştır.<sup>359</sup> Lord Hope, 'bir yabancı devletin uluslararası hukukun yerleşik kurallarını apaçık ihlal eden bir mevzuatının bu ülkenin mahkemeleri tarafından o ülkenin hukukunun kurucu unsuru olarak kabul edilmemesi gerektiği' sonucuna varmıştır.<sup>360</sup> *Belhaj v. Straw* davasında bu yaklaşımın altı çizilmiştir.<sup>361</sup> Temyiz Mahkemesi 'uluslararası hukukun ihlalinin mevcut olduğu ya da temel insan haklarının ciddi ihlalinin bulunduğu bir durumda kamu politikası gereğiyle yerleşmiş bulunan hükümet tasarrufu doktrini uygulanamayabilir' demiştir. *Belhaj* davasında Temyiz Mahkemesi'nin hükümet tasarrufu ve dava edilemezliği aynı doktrin olarak gören yaklaşımı benimsediği hatırlanacaktır.<sup>362</sup>

Bu yüzden mahkemeler, bir uluslararası hukuk ihlalinin, özellikle de insan hakları alanında, olduğu durumlarda yabancı devletlerin faaliyetleri hakkında görüşlerini açıklamakta bir beis görmeyebilir<sup>363</sup> ve özel hakları içeren bir uyuşmazlıkta egemen bir devlet adına hareket ettiğini iddia eden bir vatandaşın yaptığı bir fiilin hukuki geçerliliğini soruşturma hususunda kendinin sınırlandırılmış olduğunu düşünmeyebilir. Bu durum, tartışmalı olmayan bir egemenin işleminin hukuki geçerliliğini incelemekten farklıdır.<sup>364</sup> Mahkemeler dost yabancı devletlerle ilişkiler hususunda hükümet politikası kararlarını, dış politikanın esas olarak mahkemelerin değil hükümetin bir alanı olduğu gereğiyle dava edilemez olarak görecektir.<sup>365</sup> Özellikle, birçok dava, yurtdışındaki İngiliz vatandaşlarının korunması hususunda yürütmenin yabancı devletlerle ilişkisinde alınan kararların dava edilemez olduğu görüşüne dayandırılmıştır.<sup>366</sup>

Bununla birlikte bu yaklaşım bazı niteliklere tabidir.<sup>367</sup> Bu, özellikle hem yürütmeye ilişkin yargı denetiminin alanı hem de olağan uygulamanın devam edeceğine dair 'meşru beklenti'<sup>368</sup> ya da makul bir beklenti açısından yargı denetiminin zaman içinde değişen hukuku<sup>369</sup> ile yakından ilgilidir. Temyiz Mahkemesi, yurtdışındaki bir vatandaşın diplomatik korunmasının

<sup>358</sup> [2002] UKHL 19, 114. paragraf.

<sup>359</sup> *A.g.e.*, 138–40. paragraflar.

<sup>360</sup> *A.g.e.*, 148. paragraf. Ayrıca bkz., Lord Scott, *a.g.e.*, 192. paragraf.

<sup>361</sup> [2014] EWCA Civ 1394, para. 81.

<sup>362</sup> *A.g.e.*, 53-5. paragraflar. Bu kitabın yazımı esnasında konu Yüksek Mahkeme önünde bulunmaktadır.

<sup>363</sup> Örneğin bkz., *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ. 1598, 57. paragraf ve 66. paragraf (per Lord Phillips MR); 126 ILR, ss. 710 ve 713. Ayrıca bkz., *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs v. Rahmatullah* [2012] UKSC 48.

<sup>364</sup> Örneğin bkz., *Dubai Bank v. Galadari, The Times*, 14 July 1990. Ayrıca bkz. *Belhaj v Straw* [2014] EWCA Civ 1394, para.89. Burada Temyiz Mahkemesi 'yabancı bir devletin veya onun bir biriminin işleminin geçerliliği, hukukiliği veya etkililiği mahkeme önündeki davada doğrudan bir konu olmadığı durumlarda, hükümet tasarrufu doktrini bizim mahkemelerimizin soruşturma ve incelemede bulunmasına bir sınırlandırma getirmez' diyerek *Kirkpatrick v. Environmental Tectonics davasına atıfta bulunulmuştur*. 110 S. Ct. 701, 822 vd. (1990).

<sup>365</sup> Bkz., *Ex parte Everett* [1989] 1 QB 811; 84 ILR, s. 713; *Ex parte Ferhut Butt* 116 ILR, ss. 607, 620–1, *Foday Saybana Sankoh* 119 ILR, ss. 389, 396.

<sup>366</sup> Örneğin bkz., *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] 1 AC 374, 411 (per Lord Diplock); *Ex parte Pirbhai* 107 ILR, ss. 462, 479; *Ex parte Ferhut Butt* 116 ILR, ss. 607, 615 ve 622 ve *R (Suresh and Manickavasagam) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] EWHC Admin 1028, 19. paragraf; 123 ILR, s. 598.

<sup>367</sup> Lord Phillips'in *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* davasında bu konudaki görüşü için bkz., [2002] EWCA Civ. 1598, 80. vd paragraflar, 126 ILR, s. 718. Ayrıca bkz., *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs v. Rahmatullah*, [2012] UKSC 48.

<sup>368</sup> Bkz., *Secretary of State for the Foreign and Commonwealth Office v. The Queen (on the application of Bancoult)* [2007] EWCA Civ 498, 72 vd. paragraflar.

<sup>369</sup> Örneğin bkz., S. A. De Smith, H. Woolf ve J. Jowell, *Judicial Review*, 5. Baskı, London, 1998, ss. 419 vd.

gerekli olduğu bir durumda 'Dışişleri Bakanı'nın dava edilemez nitelikte olan dış politika değerlendirmelerine önem vermek hususunda özgür olmak zorunda' olduğu, 'ancak, bunun bütün sürecin yargı denetiminden bağımsık olduğu anlamına gelmediği', 'vatandaşın meşru beklentisinin, kendi isteğinin dikkate alınacağı ve bu esnada bütün ilgili faktörlerin hesaba katılacağı olduğu'nu belirtmiştir.<sup>370</sup> Örneğin, Lord Taylor *ex parte Everett* davasında 'her vatandaşın normal beklentisi'ne atıfta bulunmuş ve 'eğer yurtdışında bir temel hakkın ihlaline maruz kalmışsa her vatandaşın normal beklentisinin İngiliz hükümetinin kendini konudan sıyrarak vatandaşı kendi kaderine terk etmek olmayacağı'nın altını çizmiştir.<sup>371</sup> *Abbasi* davasında mahkeme, Dışişleri Bakanlığı'nın - açık politikasına aykırı olarak - temel hakları ihlal edilen bir vatandaş adına diplomatik temsilde bulunup bulunmamayı dikkate bile almadığı durumda yargı denetiminin mümkün olacağı sonucuna varmıştır. Bununla birlikte, bunun ötesinde durumlara bağlı olarak genel bir varsayım ifade edilemez. Özellikle, vatandaşın korumak için dava edilebilir bir yükümlülük yoktur, sadece takdire kalmıştır.<sup>372</sup> *Al-Rawi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, davasında Temyiz Mahkemesi takdirin uygulanmasına dair bu tür meşru bir beklentinin vatandaş olmayanların durumlarını da içerecek şekilde genişleyebileceğini kabul etmemiştir.<sup>373</sup>

Dava edilemezliğe dair yaklaşım *Shergill v. Khaira* davasında bir kez daha incelenmiştir.<sup>374</sup> Lord Neuberger, *Sumption and Hodge* (Lord Mance ve Clarke'in de katıldıkları) kararında *Buttes* davasına atıfta bulunulmuştur.<sup>375</sup> Bu davada konu, (iki sebepten) siyasi olmasından dolayı dava edilemezliktir. İlk olarak devletin dış ilişkileri yürütmekle görevli organı olduğundan dolayı konu yürütmenin yetki alanına girmektedir ve ikinci olarak yargısal ve yönetilebilir standartlar mevcut değildir. Bu uyuşmazlığa dahil dört devletin eldeki uyuşmazlığı 'diplomasi, siyasi baskı ve kuvvetin bir karışımı ile' çözmüş bulunmalarından ve eldeki uyuşmazlığın davacının mahkemenin 'egemen devletlerin hukuk tarafından değil kuvvet politikaları ile düzenlenen tasarruflarını değerlendirme' argümanı ile alakadar olmasındandır.<sup>376</sup> Yüksek Mahkeme kabul edilemezliğe ilişkin davaların genellikle iki kategoriye ayrıldığına karar vermiştir. İlk kategori davalarda eldeki konu kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca mahkemelerin anayasal yetkisi dışındadır. Bu kategorideki davalar 'çok azdır ve ancak ya İngiliz içtihat hukuku yahut İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca istisnai olarak meşrulaştırılabilecek adil yargılamanın engellenmesi ile sonuçlanabilecek davalardır'. Paradigma davaları yabancı devletlerin bazı işlemlerinin ve Parlamento işlemlerinin dava edilemezliği olabilir. Belirtildiği gibi tüm davaların ayırt edici özelliği şudur: 'yasak alan' belirlendikten sonra, mahkeme 'şüphe götürmeyecek bir biçimde dava edilebilir olan başka hususlarda karar vermek gerekli olsa bile, bu alandaki konularda yargılama yapamaz'.

<sup>370</sup> Lord Phillips'in *Abassi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* davasındaki görüşü için bkz., [2002] EWCA Civ. 1598, 99. paragraf.

<sup>371</sup> [1989] 1 QB 811, 96-8. paragraflar. Bununla birlikte Foskett J. *Ramadan Bashir v Sovereign Base Authority* davasında şöyle karar vermiştir. Kıbrıs adasındaki İngiliz Egemen Üslerinde 1951 tarihli Mülteci Konvansiyonu uluslararası hukuk konusu olarak uygulanamayacak olmasına rağmen, Birleşik Krallık hükümeti başvuru sahiplerine bu Sözleşmenin ruhu ile uyumlu hareket ederek mülteci statüsü sağlama yönünde bir kamu politikası benimsemiştir. Bir iç politika konusu olarak bu politikanın benimsenmesi, başvurularla ilgili değerlendirmede bulunurken İç İşleri Bakanı'nun Sözleşme yükümlülüklerinin ruhuna uygun bir karar vermesini gerektirmektedir. [2016] EWHC 954 (Admin)

<sup>372</sup> [2002] EWCA Civ 1598, 104-7. paragraflar. Mahkeme bu takdir yetkisinin çok geniş olduğu, fakat Dışişleri Bakanlığı'nın kararı ya da hareketsizliğinin niçin incelenemediğine ilişkin - eğer mantık dışı ya da meşru beklentiye aykırı olduğu gösterilebiliyorsa - bir sebep bulunmadığı sonucuna varmıştır. Bkz., *a.g.e.*, 106 (iii). paragraf. Ayrıca bkz., *R v. Director of the Serious Fraud Office and BAE Systems* [2008] EWHC 714 (Admin), 56. paragraf.

<sup>373</sup> [2006] EWCA Civ 1279, 89. paragraf.

<sup>374</sup> [2014] UKSC 33, para. 37 vd.

<sup>375</sup> Bkz. bu bölümde yukarıda.

<sup>376</sup> *A.g.e.*, para. 40.

İkinci kategorideki davalar ne özel hukuki haklara ya da yükümlülükler ne de kamu hukukunun incelenebilir konularına dayanan iddialar veya savunmaları içeren davlardır. Bunun örnekleri şunları içerebilir: iç hukuka ilişkin uyuşmazlıklar; işlemi gerçekleştirenlerce hukuksal ilişkilerini etkilemeyi amaçlamayan işlemler; ve davacının özel hakkını ya da kamu hukukunun incelenebilir bir konusunu ilgilendirmeyen uluslararası hukuk konuları. Kamu hukukunda yada özel hukukta bir vatandaşın hukuki hakkı ile alakadar değilse, mahkemeler yargılamada bulunmayı reddeder. Ancak meşru bir beklenti ile ya da ona bağlı bir Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hakkı uyarınca meşrulaştırılabilirse, ve yahut benzer şekilde bu konuya bağlı bir özel hukuk sorumluluğu öngörülmüşse, mahkeme bu durumda yargılamada bulunur.<sup>377</sup> İlaveten zamana ilişkin yetki sorunu ya da zaman engeli sorunları da ilgili hususlar olabilir. Bu durumlarda mahkeme usuli zaman maniasından dolayı yargılamada bulunmayı reddedebilir.<sup>378</sup> İlaveten belirtmek gerekir ki, egemen ya da devlet muafiyetinden feragat edilebilirse de, devlet tasarrufu ilkeleri ve dava edilemezlik kaldırılmaz.<sup>379</sup>

*Abbasi* davasında benimsenen yaklaşım Güney Afrika Anayasa Mahkemesi tarafından *Kaunda v. The President of the Republic of South Africa* davasında teyid edilmiştir. Mahkeme, 'koruma sağlanıp sağlanmayacağına, eğer sağlanacaksa ne tür bir koruma olması gerektiğine dair bir kararın, esasen yürütmenin fonksiyonu olan dış politikanın bir veçhesi' olduğunu belirtmiştir.<sup>380</sup> Bu, Güney Afrika mahkemelerinin diplomatik korumaya ilişkin konularla ilgilenmek için yargı yetkisi olmadığı anlamına gelmemektedir. Bütün kamu gücünün uygulanması anayasal kontrole tabi olduğu için, bu durum, hükümetin diplomatik koruma isteğine usulüne uygun şekilde karşılık vermediği yönündeki bir iddia için de geçerlidir. Örneğin, eğer söz konusu karar irrasyonel ya da kötü niyetle alınmış bir karar ise, mahkeme hükümetin konuyla usulünce ilgilenmesi için müdahale edebilir.<sup>381</sup>

Avustralya mahkemeleri de güçler ayrılığının önemini ve mahkemelerin dış politikaya ilişkin büyük bir ihtiyat göstermeleri gerektiğini açıkça *Buttes* davasına atıfta bulunarak vurgulamışlardır.<sup>382</sup> Dava edilebilirlik meselesi federal yargının gündemine gelmiş bir konuydu.<sup>383</sup> Örneğin, hükümetin yürütme ve yasama organlarıncı kamu güvenliğine yönelik "terörist tehdit" konusunda yapılan bir değerlendirmeye ilişkin herhangi bir uyuşmazlık konusunun mahkeme önüne getirilemeyeceği, fakat bu durumun konuya ilişkin getirilecek

<sup>377</sup> *A.g.e.*, 42-3. paragraflar. *Affen R (Campaign for Nuclear Disarmament) v Prime Minister* [2002] EWHC 2777 (Admin); *R (Al-Haq) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2009] EWHC 1910; *R (Abbasi) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2003] UKHRR 76 ve *R (Gentle) v Prime Minister* [2008] 1 AC 1356. Bu yorumlar Temyiz Mahkemesi tarafından alıntılanmıştır, bkz., *Serdar Mohammed v Secretary of State for Defence* [2015] EWCA Civ 843, para. 320. Ayrıca şu davadaki tartışmaya bakınız: *States v Guernsey v Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs* [2016] EWHC 1847 (Admin), para. 67 vd.

<sup>378</sup> Burada şuna bkz. *Keyu v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2015] UKSC 69 ve *Ministry of Defence v Iraqi Civilians* [2016] UKSC 25.

<sup>379</sup> Bkz., *High Commissioner of Pakistan v Jah* [2016] EWHC 1465 (Ch), para. 89. Ayrıca devlet bağımsızlığına ilişkin bkz., 12. Bölüm.

<sup>380</sup> CCT 23/04, [2004] ZACC 5, 77. paragraf (per Chief Justice Chaskalson). Ayrıca bkz., *Swissborough Diamond Mines v. South Africa*, Supreme Court, Transvaal Provincial Division, 1997, 132 ILR, s. 454. Alman Federal Anayasa Mahkemesi *Hes* davasında, 'Federal hükümet yabancı devletlere karşı koruma sağlanıp sağlanmayacağı, sağlanacaksa bunun ne tür koruma olacağı sorununa karar vermede geniş bir yetkiye sahiptir' görüşünü savunmuştur. Bkz., BVerfGE 55, 349; 90 ILR 386, 395.

<sup>381</sup> CCT 23/04, [2004] ZACC 5, 78-80. paragraflar.

<sup>382</sup> Bkz., the decision of the High Court of Australia in *Thorpe v. Commonwealth of Australia (No. 3)* (1997) 144 ALR 677, 690-1; 118 ILR, s. 353; *Re Ditfort* (1988) 19 FCR 347, 369; 87 ILR, s. 170; *Petrotimor Companhia de Petroleos SARL v. Commonwealth of Australia* [2003] FCAFC 3, ve *Victoria Leasing Ltd v. United States* (2005) 218 ALR 640. Ayrıca bkz., McLachlan, *Foreign Relations Law*, s. 533; G. Lindell, 'The Justiciability of Political Questions: Recent Developments', *Australian Constitutional Perspectives* (ed. H. P. Lee ve G. Winterton), Sydney, 1992, s. 180, ve R. Garnett, 'Foreign States in Australian Courts', *Melbourne University Law Review*, 2005, s. 704.

<sup>383</sup> *Wilson v. Minister for Aboriginal and Torres Strait Islander Affairs* [1996] HCA 18; (1996) 189 CLR 1, 11.

yeni bir mevzuat ile değişebileceği belirtilmiştir.<sup>384</sup> *Habib v. Australia* davasında<sup>385</sup> Avustralya Federal Mahkemesi dava edilemezlik ya da devlet tasarrufu doktrininin, Pakistan, Mısır ve Guantanamo Bay'da ilgili ülkelerin devlet görevlileri tarafından işkenceye maruz kaldığını iddia eden bir Avustralya vatandaşını ilgilendiren bir davaya, iddia olunan insan hakları ihlallerinin ciddi niteliğini gözönüne alarak, bakmaya engel olmadığına karar vermiştir.

ABD mahkemeleri benzer şekilde hassas politik sebeplerle dava edilemeyecek konuların varlığını kabul etmişlerdir. Buna genellikle politik sorun doktrini olarak atıfta bulunulmuştur ve bu, mahkemelerin dış ilişkiler alanında nazik politik konuları yargılamalarını önlemek yönünde işlemektedir.<sup>386</sup> Örneğin, *Greenham Women against Cruise Missiles v. Reagan* davasında<sup>387</sup> mahkeme, Birleşik Krallık'taki bir hava üssüne ABD'nin cruise füzelerini yerleştirmesini önlemek amacıyla açılan bir davanın dava edilemez bir politik konu olduğunu ve yargı kararı vermenin uygun olmadığını savunmuştur.<sup>388</sup> Benzeri şekilde, bir yabancı devletin mal varlığına yönelik halefiyet haklarına ilişkin konular dava edilemezdi.<sup>389</sup> Çoğu konu, ilgili vakanın özel durumlarına bağlı olacaktır. Örneğin, Nikaragua hükümeti için çalışan bir ABD vatandaşının isyancı güçler tarafından öldürölmesi hakkındaki *Linder v. Portocarrero* davasında<sup>390</sup> ABD Temyiz Mahkemesi davanın ne ABD'nin Nikaragua'daki politikasının meşruluğuna itiraz ettiği ne de mahkemenin ülkedeki iç savaşta kimin haklı kimin haksız olduğuna karar vermesini istediği için davada politik sorun doktrinine yer olmadığı görüşünü savunmuştur. Dava daha ziyade tekil bir olaydaki sanığın eyleminin hukukiliği üzerine yoğunlaşmıştır. ABD Temyiz Mahkemesi *Koochi v. United States* davasında,<sup>391</sup> mahkemelerin ABD ya da dışman ülkedeki sivillerin yaralanmasına neden olan (savaş zamanı ya da barış döneminde olduğu fark etmeksizin) askeri kararları incelemelerinin engellenmediği görüşünü savunmuştur. Politik sorun doktriniyle ilgili en önemli dava olan *Baker v. Carr* davasında<sup>392</sup> mahkeme, dış ilişkilerle alakalı her vakanın dava edilemez nitelikte olmadığını kaydetmekle birlikte, bir vakayı yargıya konu olmaktan çıkarabilecek altı faktöre işaret etmiştir.<sup>393</sup> *Kadic v. Karadzic* davasında<sup>394</sup> Temyiz Mahkemesi, 'hakimlerin insan hakları bağlamındaki zor ve belli ölçüde hassas kararlardan kaçınmak

<sup>384</sup> *Thomas v. Motwray* [2007] HCA 33, 107. paragraf.

<sup>385</sup> Dava edilemezlik konusundaki karar için bkz., (2010) FCAFC 12; ILDC 1518 (AU 2010). Örneğin bkz., B. Batros ve P. Webb, 'Accountability for Torture Abroad and the Limits of the Act of State Doctrine: Comments on *Habib v Commonwealth of Australia*', 8 *Journal of International Criminal Justice*, 2010, s. 1153.

<sup>386</sup> Örneğin bkz., *Underhill v. Hernandez* 168 US 250 (1897), *Baker v. Carr* 369 US 181 (1962) ve *American Insurance Association v. Garamendi*, US Court of Appeals for the Ninth Circuit, 23 June 2003. Ayrıca bkz., Henkin ve diğerleri, *International Law: Cases and Materials*, s. 178; L. Henkin, 'Is There a "Political Question" Doctrine?', 85 *Yale Law Journal*, 1976, s. 597; J. Charney, 'Judicial Deference in Foreign Relations', 83 *AJIL*, 1989, s. 805, ve T. M. Franck, *Political Questions/Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?*, Princeton, 1992. Ayrıca bkz., Bradley, *International Law in the US Legal System*, s. 4 vd. ve S. Breyer, *The Court and the World*, ss. 19 vd.

<sup>387</sup> 591 F.Supp. 1332 (1984); 99 ILR, s. 44.

<sup>388</sup> Bununla birlikte, *Japan Whaling Association v. American Cetacean Society* davasında ABD Yüksek Mahkemesi, bir ABD mevzuatının hukuki yorumunun – mevzuat dış ilişkiler hakkında olsa bile – dava edilebilirliği engelleyen politik bir sorun olmadığını belirtmiştir. Bkz., 478 US 221 (1986). Ayrıca bkz., *Dellums v. Bush* 752 F.Supp. 1141 (1990).

<sup>389</sup> Örneğin bkz., *Can and Others v. United States* 14 F.3d 160 (1994); 107 ILR, s. 255.

<sup>390</sup> 963 F.2d 332, 337 (1992); 99 ILR, ss. 54, 79.

<sup>391</sup> 976 F.2d 1328, 1331–2 (1992); 99 ILR, ss. 80, 84–5.

<sup>392</sup> 369 US 186, 211 (1962).

<sup>393</sup> Bunlar: 1) konu hakkında metin olarak gösterilebilir anayasal taahhüt, 2) konuyu çözmek için gerekli olan hukuki olarak ortaya konulabilir ve kullanışlı standartların mevcut olmayışı, 3) hukuki olmayan takdir yetkisi türünde bir başlangıç politika kararı olmaksızın karar vermenin imkansızlığı, 4) mahkemenin bağımsız karar vermesinin imkansızlığı 5) halihazırda verilmiş bir politik karara sorgulanmayan bir bağlılık için olağandışı bir ihtiyaç, 6) bir sorun hakkında çeşitli devlet kurumlarının muhtelif ve gereğinden fazla mütaala verme ihtimali. Bkz., *Baker*, 369 US, 217. Ayrıca bkz., *Schneider v. Kissinger* 412 F.3d 190 (DC Cir. 2005); *Bancoult v. McNamara* 445 F.3d 427 (DC Cir. 2006); *Gonzalez-Vera v. Kissinger* 449 F.3d 1260 (2006).

<sup>394</sup> 1995 US App. LEXIS 28826.

amacıyla refleks olarak bu doktrinlere (politik sorun ve devlet tasarrufu doktrinleri) başvurmaması gerektiği'nin altını çizmiştir. Hukuki olarak ortaya konulabilir ve kullanışlı standartların mevcut olması durumu, ilgili konuların gerçekte dava edilebilir nitelikte olduğu anlamına gelir.<sup>395</sup> *Corrie v. Caterpillar* davasında, ABD Temyiz Mahkemesi politik sorun doktrininin yargısal bir konu olduğunu ve *Baker v. Carr* davasındaki faktörlerin dava edilebilirliğe engel olduğunu yeniden teyit etmiş ve özellikle de ABD tarafından yabancı devletlere yapılan askeri yardımlara ilişkin kararın bu tür bir politik sorun oluşturduğunu kaydetmiştir.<sup>396</sup> Ek olarak, *El-Shifa v. United States* davasında D.C. Temyiz Mahkemesi 'Başkan'ın yabancı bir hedefe saldırı gerçekleştirme kararı'nun incelenmesini amaçlayan bir davanın, dava edilemez bir siyasi konuyu oluşturduğuna hükmetmiştir.<sup>397</sup> *In re Nazi Era Cases Against German Defendants Litigation* davasında Temyiz Mahkemesi Üçüncü Dairesi yargılamanın 'İkinci Dünya Savaşı'na ve Nazi dönemine ilişkin taleplerin hükümetlerarası müzakere ile çözülebileceği şeklindeki Yürütme Organı'nın uzun zamandır öngörülen yaklaşımına bir saygı eksikliği ifade edeceğinden dolayı' siyasi konuların dava edilemezliği gerekçesiyle davayı düşürmüştür.<sup>398</sup> Bununla beraber, *Zivotofsky v. Clinton* davasında ABD Yüksek Mahkemesi'nin doktrinini kapsamını daraltmış olduğu görülmektedir.<sup>399</sup> Mahkeme yürütmenin (İsrail'in Kudüs üzerindeki egemenliğine ilişkin) dış politikayı belirlemesini (Kudüs'te doğmuş bulunan bir Amerikan vatandaşının ABD pasaportuna doğum yeri olarak 'Kudüs, İsrail' yazdırmasına müsaade edilmesi hususunda) kanunun yorumlanması ve eldeki davadaki kanunun anayasaya uygunluğunun sorgulanması konusu olarak ele almıştır.<sup>400</sup> *Baker* faktörlerinden ilk iki tanesine özel olarak işaret edilmiştir.<sup>401</sup> Temel konuların anayasaya uygunluk ve kanunların yorumlanması olduğu durumlarda, dava edilebilirliğe karşı çıkan argümanların reddedilmesi yaklaşımı ilk derece mahkemeler tarafından da benimsenmiştir.<sup>402</sup>

Dava edilemezlik bağlamında diğer önemli bir konu da ABD'de işlev görmesi itibarıyla devlet tasarrufu doktrindir. ABD Dış İlişkiler Kanunu'nda<sup>403</sup> hukuki ilkelerin düzenlenmesine ilişkin bir antlaşma ya da diğer sarıh anlaşmaların olmaması durumunda ABD'deki mahkemelerin yabancı bir devletin kendi toprakları içerisindeki bir mal varlığının alınmasının geçerliliğini incelemekten ya da bir yabancı devlet tarafından kendi toprakları içerisinde yapılmış ve orada uygulanabilir diğer hükümet fiilleri hakkında karar vermekten genellikle kaçınacaklarını belirtmektedir.<sup>404</sup> *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* davasında<sup>405</sup>, ABD Yüksek Mahkemesi devlet tasarrufu doktrininin bir devletler genel hukuku kuralı olmadığı, fakat iç anayasal dengeler ile bağlantılı olduğunu savunmuştur.<sup>406</sup> Devlet tasarrufu doktrini, yargının kendi kendisini sınırlandırması kuralıdır. Mahkeme, yargının bir yabancı devletin kendi toprakları içerisinde mal varlığı elde etmesinin - uluslararası hukukta bu fiilin hukukiliği her ne olursa

<sup>395</sup> Örneğin bkz., *Klinghoffer v. SNC Achille Lauro* 937 F.2d 44 (1991); *Nixon v. United States* 122 L.Ed.2d 1 (1993); *Can v. United States* 14 F.3d 160 (1994); *Schneider v. Kissinger* 310 F.Supp. 2d 251, 257-64 (DDC 2004).

<sup>396</sup> 503 F.3d 974 CA 9 (Wash.), 2007.

<sup>397</sup> 607 F.3d 836, 844 (D.C. Cir. 2010) (en banc).

<sup>398</sup> 196 Fed.Appx. 93, 98 (3d Cir. 2006).

<sup>399</sup> 132 S. Ct. 1421, 1425 (2012).

<sup>400</sup> Foreign Relations Authorization Act, Fiscal Year 2003, 116 Stat. 1350.

<sup>401</sup> Bkz. bu bölümde yukarıda.

<sup>402</sup> Örneğin bkz. *Kaplan v. Central Bank of Islamic Republic of Iran*, 961 F. Supp. 2d 185, 191-93 (D.D.C. 2013).

<sup>403</sup> 1987, 443. paragraf, ss. 366-7. Ayrıca bkz., J. Harrison, 'The American Act of State Doctrine', 47 *Georgetown Journal of International Law*, 2016, s. 507.

<sup>404</sup> Bu doktrin kanunla değişikliğe tabidir. Bkz., a.g.e., 444. paragraf.

<sup>405</sup> 376 US 398 (1964); 35 ILR, s. 2.

<sup>406</sup> 376 US 398, 427-8 (1964); 35 ILR, s. 37. ABD Federal Bölge Mahkemesi *United States v. Noriega* davasında, devlet tasarrufu doktrininin, yabancı hükümetlerin fiillerinin hukuki incelenmesini engellediği için - aksi takdirde yürütmenin dış ilişkileri sevk ve idare etmesine engel teşkil edebilecektir - güçler ayrılığının bir fonksiyonu olduğunu belirtmiştir. Bkz., *United States v. Noriega*, 746 F.Supp. 1506, 1521-3 (1990); 99 ILR, ss. 143, 163-5.

olsun<sup>407</sup> - hukuki geçerliliğini inceleyemeyeceğini belirtmiştir.<sup>408</sup> Bu temel yaklaşım daha sonraki bir davada desteklenmiştir.<sup>409</sup> Öte yandan, *Alfred Dunhill of London Inc. v. Republic of Cuba* davasında<sup>410</sup> Yüksek Mahkeme bir devletin ticari yükümlülüklerinin devlet tasarrufu gerekçesiyle reddedilmesini kabul etmeme sebebi olarak devlet muafiyeti konseptlerini göstermiştir. Bununla birlikte, günümüzde katı devlet tasarrufu doktrini hususunda bir istisna olduğu görülmektedir. Taraflar arasındaki bir antlaşma hükmü ödenecek tazminat miktarını belirliyor ve böylece 'hukuki ilkelerin düzenlenmesini' sağlıyor ise bu istisna söz konusudur.<sup>411</sup>

1990 yılındaki önemli bir davada Yüksek Mahkeme devlet tasarrufu doktrininin kapsamını yeniden incelemiştir. *Kirkpatrick v. Environmental Tectonics* davası<sup>412</sup> olarak bilinen bu davada, Nijerya hükümeti'nin yaptığı bir ihalede başarısız olan bir teklif sahibi, diğer teklif sahibinin Nijeryalı devlet görevlilerine rüşvet vererek ihaleyi aldığı iddiasını gündeme getirmişti. Mahkeme, yabancı bir hükümetin tasarrufunun geçerliliğinin dava konusu olmadığı gerekçesiyle bu davada devlet tasarrufu doktrininin uygulanmayacağına oybirliği ile karar vermiştir. Mahkeme, ayrıca, devlet tasarrufu konularının sadece bir mahkemenin 'bir yabancı egemen gücün resmi fiilinin etkisi hakkında - ki bu davanın sonucunu değiştirdiği durumda - karar vermek zorunda olduğu zaman' ortaya çıktığına işaret etmiştir.<sup>413</sup> Doktrin açık olarak bir ABD mahkemesinin yabancı bir devletin kendi yetki alanındaki tasarruflarının geçerli sayıldığını kabul etmek zorunda olduğu anlamına gelmekle birlikte, bu yaklaşım bunun dışında kalan durumlarda yabancı hükümetleri sıkıntıya sokabilecek davalara ve ihtilaflara genişletilemezdi; kısacası, devlet tasarrufu genişletilmeyecekti.<sup>414</sup> Hükümet tasarrufu doktrini hukuki olarak kaçınma doktrini değildir ve, uygulanması halinde, yabancı devletin tasarruflarını geçerli kabul ederek mahkemenin davada karar vermesini gerektiren bir karar verme kuralıdır.

## YÜRÜTME ORGANI BELGELERİ

Belli bazı konularda maddi delillerin tespiti için yürütme organına başvurma yönünde İngiliz mahkemeleri tarafından benimsenmiş yerleşik bir uygulama vardır. Bunun örnekleri, yabancı bir devletin ya da hükümetin statüsü, belli bir ülkeye yönelik ya da iki yabancı devlet arasında savaş durumu olup olmadığına ilişkin sorunlar ve belli bir kişinin diplomatik

<sup>407</sup> Bu yaklaşım 1964 yılında Dış Yardım Kanunu Hickenlooper Değişikliği ile Kongre tarafından geçersiz kılınmıştır. Bkz., Pub. L No. 86-663, 301(d)(4). paragraf, 78 Stat. 1013 (1964), 79 Stat. 653, 659 (düzenlenmiş şekliyle, 22 USC, 23470(e)(2), paragraf, (1982). Lordlar Kamarası *Williams & Humbert Ltd v. W & H Trade Marks (Jersey) Ltd* davasında bir İngiliz mahkemesinin istimlak konusunda değişikliğe yolaçan bir yabancı kanunu ve bunun sonucunda yabancı devletin kontrolü altına giren emlakla ilgili bir tapu değişimini kabul edebileceği ve istimlakın sonuçlarını, onun faydasını gözetmeksizin, tatbik edebileceğini belirtmiştir. Bkz., *Williams & Humbert Ltd v. W & H Trade Marks (Jersey) Ltd*, [1986] 1 All ER 129; 75 ILR, s. 312.

<sup>408</sup> 376 US 398 (1964); 35 ILR, s. 2.

<sup>409</sup> *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba* 406 US 759 (1972); 66 ILR, s. 102.

<sup>410</sup> 96 S. Ct. 1854 (1976); 66 ILR, s. 212. Ayrıca bkz., M. Halberstam, 'Sabbatino Resurrected', 79 AJIL, 1985, s. 68.

<sup>411</sup> Bkz., *Kalamazoo Spice Extraction Co. v. Provisional Military Government of Socialist Ethiopia* 729 F.2d 422 (1984). Ayrıca bkz., *AIG v. Iran* 493 F.Supp. 522 (1980) ve *Sabbatino* davasında Hakim Harlan'ın görüşü için bkz., 376 US 398, 428 (1964); 35 ILR, ss. 25, 37.

<sup>412</sup> 110 S. Ct. 701 (1990); 88 ILR, s. 93.

<sup>413</sup> 110 S.Ct. 701, 705 (1990).

<sup>414</sup> Ayrıca bkz., *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, ss. 366-89; ve *First American Corp. v. Al-Nahyan* 948 F.Supp. 1107 (1996). Ayrıca Temyiz Mahkemesi *Bandes v. Harlow & Jones* davasında devlet tasarrufu doktrininin yabancı bir devletin kendi toprakları dışında emlak almasına uygulanamayacağına karar vermiştir. Bkz., *Bandes v. Harlow & Jones*, 82 AJIL, 1988, s. 820. Devlet tasarrufu doktrininin uygulanmasını talep eden taraf onun uygulanabilirliğini kanıtlama yükümlülüğünü taşır. Bkz., *Daventree Ltd v. Republic of Azerbaijan* 349 F.Supp.2d 736, 754 (SDNY 2004).

statüye sahip olup olmadığına dair problemler gibi konuları içerir.

Bu, devletin bu tür konularında mahkemelerin hükümete danışacağı ve istek üzerine yayınlanan yürütme belgesini (ya da bazen ifade edildiği üzere Dışişleri belgesi) – uluslararası hukukta ilgili bir kural her ne olursa olsun - nihai olarak kabul edeceği anlamına gelmektedir.<sup>415</sup> Bu, *Duff Development Co. Ltd v. Kelantan* davasında<sup>416</sup> kesin olarak teyit edilmiştir. Söz konusu dava, Malay Yarımadası'ndaki Kelantan devletinin statüsü ve İngiliz mahkemelerinde dokunulmazlık iddia edip edemeyeceği hakkındaydı. Hükümet Kelantan'ı bağımsız bir devlet olarak gördüğünü açıklamış ve bunun üzerine Lordlar Kamarası da 'bu tür bir açıklamanın olduğu durumda diğer bir delile ihtiyaç olmadığını' belirtmişti. Lordlar Kamarası ayrıca 'Kolonyal Ofisin, Kelantan Sultanı'nın uluslararası hukuk tarafından bir egemen olarak tanınmaya hak kazanmış olduğu sonucuna doğru olarak mı vardığı sorusunu araştırmak mahkemenin işi değildir' görüşünü savunmuştu.<sup>417</sup>

Bu temel yaklaşım *R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Trawnik* davasında<sup>418</sup> yeniden teyit edilmiştir. Davada, 1947 tarihli Kraliyet İşlemleri Kanunu'nun 40 (3). maddesi ve 1978 tarihli Devlet Dokunulmazlığı Kanunu'nun 21. maddesi çerçevesindeki belgelerin mahkemelerde sadece, gerçek belge olmadıkları için hükümsüz bulunmaları ya da açıkça ilgili yasal yetki alanı dışında yayınlanmaları durumunda incelenebileceği görüşü ifade edilmiştir. Bu tür belgelerin içerikleri kapsadıkları konular hususunda kesin ve nihai idi ve yabancı devletlerin tanınması ile bağlantılı konularda hükümdarca verilen imtiyaz alanı içerisindeki konularda ve yargı incelemesine tabi değildi. *R v. Mohammed Gul* davasında<sup>419</sup>, Irak'ta 28 Haziran 2004 tarihinden ve Afganistan'da da Aralık 2001 tarihinden sonraki çatışmaların uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar olduğunu beyan eden bir Dışişleri Bakanlığı belgesi sunulmuştur. Davayı temyize götüren taraf bu belgenin hayli ikna edici olduğunu kabul etmekle beraber, kararın jüriye ait olması gerektiğini öne sürmüştür. Konu daha fazla tartışılmamış ve mahkeme belgenin nihai olduğu, ancak davanın ilerleyiş şeklinin daha fazla herhangi bir incelemeyi gerektirmediği yönünde bir "geçici karar" almıştır. *Khurts Bat v Investigating Judge of the German Federal Court*<sup>420</sup> davasında mahkeme, Moğolistanlı bir yetkilinin (Almanya'nın iade talebi ve ilgili kişinin İngiltere'deki özel misyon görevi iddiası bağlamında) ziyaretine rıza gösterilmediği şeklindeki bir Dış İşleri Bakanlığı yazısını bağlayıcı olarak değerlendirmiştir.<sup>421</sup>

Birleşik Krallık'ın 1980'de ilan ettiği, rejimlerin anayasaya aykırı değişimi durumunda söz konusu hükümetleri tanımamaktan daha ziyade konuya diplomatik ilişkilerle bağlantılı bir

<sup>415</sup> Örneğin bkz., *Oppenheim's International Law*, ss. 1046 vd.

<sup>416</sup> [1924] AC 797; 2 AD, s. 124. Ayrıca bkz., *The Fagernes* [1927] s. 311; 3 AD, s. 126 ve *Post Office v. Estuary Radio Ltd* [1968] 2 QB 740; 43 ILR, s. 114. Ayrıca karşılaştırma için bkz., *Hesperides Hotels v. Aegean Turkish Holidays* [1978] 1 All ER 277; 73 ILR s. 9.

<sup>417</sup> 1964 yılındaki Diplomatik Ayrıcalıklar Kanunu 7. Bölüm ve 1978 yılındaki Devlet Dokunulmazlığı Kanunu 21. Bölüm uyarınca bu tür belgeler diplomatik ve devlet dokunulmazlığı konularına ilişkin 'kesin delil' hükmündedir. Bkz., *R (Alamiyeseigha) v. Crown Prosecution Service* [2005] EWHC 2704 (Admin); ve *R (Sultan of Pahang) v. Secretary of State for the Home Department* [2011] EWCA Civ 616. Ayrıca bkz., *International Organisations Act* 1968. Konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 12. Bölüm.

<sup>418</sup> *The Times*, 18 April 1985, s. 4. Ayrıca bkz., C. Warbrick, 'Executive Certificates in Foreign Affairs: Prospects for Review and Control', 35 *ICLQ*, 1986, s. 138, ve E. Wilmshurst, 'Executive Certificates in Foreign Affairs: The United Kingdom', 35 *ICLQ*, 1986, s. 157.

<sup>419</sup> [2012] EWCA Crim 280, 20. vd. paragraflar.

<sup>420</sup> [2011] EWHC 2029 (Admin).

<sup>421</sup> O tarihte özel misyonların kabulüne dair resmi bir usul bulunmaktaydı. 4 Mart 2013 tarihinde yapılan yazılı bir bakanlık açıklamasında, zamanın Dış İşleri Bakanı misyon Birleşik Krallık'a varmadan önce özel misyona ilişkin hükümetin rızasına dair yeni bir pilot usulü duyurmuştur. Buna göre misyonun özel misyon kabul edilmesine ilişkin hükümetin açık rızasının talep edildiği durumlarda Londra'da bulunan yabancı büyükelçilikler Dış İşleri Bakanlığı'nu bilgilendireceklerdir. Dikkat edilmelidir ki hukuki sonuçlar hakkında son karar mahkemelere aittir. Bkz., <http://www.parliament.uk/documents/commons-vote-office/March-2013/4-3-13/6.FCO-Special-Mission-Immunity.pdf>. Ayrıca bkz. *Bouhadi v Breish* [2016] EWHC 602 (Comm), para. 43.

mevzu olarak yaklaşma kararı bazı sorunlar üretmiştir.<sup>422</sup> *Republic of Somalia v. Woodhouse Drake and Carey (Suisse) SA* davasında<sup>423</sup> mahkeme Somali'deki geçici hükümetin gerçekten etkin bir hakimiyete sahip olup olmadığı ve diğer güçlerin ülkenin farklı bölgelerini ne ölçüde kontrol ettiğine ilişkin karmaşık bir durum ile yüz yüze gelmişti. Mahkeme, geçici hükümetin ülkede ne derece kontrole sahip olduğu ışığında eski hükümetin meşru halefi olup olmadığına ilişkin karar verme hususunda Dışişleri Bakanlığı'ndan gelen belgelerin davada kanıt teşkil ettiğini belirtmiştir. Söz konusu ülkede ne olduğu hakkındaki açıklamalara ilişkin üç belge değerlendirildiğinde 'bu belgeler en iyi delil olmayabilir'di, ancak Birleşik Krallık'ın sözkonusu yabancı hükümetle ne ölçüde münasebete sahip olduğuna ilişkin, bu belgeler 'neredeyse kesinlikle en iyi belgeler ve konunun tek kat'i delili olacak'tı.<sup>424</sup>

ABD Dışişleri Bakanlığı da benzeri şekilde bu tür konularda 'tavsiyeler'de bulunmaktadır. Ancak bu 'tavsiyeler' Birleşik Krallık'taki muadillerinden daha kapsamlı olma eğilimindedir ve konu hakkında yorumları ve bazen de, hukuki sonuçlar olmaksızın sadece olgular yerine, yürütmenin görüşlerini içermektedir.<sup>425</sup> Bunlar bağlayıcı kabul edilmektedir.<sup>426</sup>

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

*International Law and Domestic Legal Systems* (ed. D. Shelton), Oxford, 2011.

S. Fatima, *Using International Law in Domestic Courts*, Oxford, 2005.

D. Feldman, 'Monism, Dualism and Constitutional Legitimacy', 20 *Australian YIL*, 1999, s. 105.

*International Law in the US Supreme Court* (ed. D. L. Sloss, M. D. Ramsey ve W. S. Dodge), Cambridge, 2011.

C. McLachlan, *Foreign Relations Law*, Cambridge, 2014

C. A. Bradley, *International Law in the US Legal System*, 2. Baskı, Oxford, 2015

Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts*, Oxford, 2007.

<sup>422</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 8. Bölüm.

<sup>423</sup> [1993] QB 54, 64-8; 94 ILR, ss. 608, 618-23.

<sup>424</sup> [1993] QB 54, 65; 94 ILR, ss. 608, 619. Ayrıca bkz., *Sierra Leone Telecommunications Co. Ltd v. Barclays Bank* [1998] 2 All ER 821; 114 ILR, s. 466 ve *North Cyprus Tourism Centre Ltd v. Transport for London* [2005] EWHC 1698 (Admin).

<sup>425</sup> O'Connell, *International Law*, ss. 119-22. Bkz., *The Pisaro* 255 US 216 (1921); *Anderson v. NV Transandine Handelsmaatschappij* 289 NY 9 (1942); 10 AD, s. 10; *Mexico v. Hoffman* 324 US 30 (1945); 12 AD, s. 143, the *Navemar* 303 US 68 (1938); ve *Samantar v. Yousef*, (2010) 130 S.Ct 2278. Ayrıca bkz., M. Chorazak, 'Clarity and Confusion: Did Republic of Austria v. Altmann Revive State Department Suggestions of Foreign Sovereign Immunity?', 55 *Duke Law Journal*, 2005, s. 373 ve H. Koh, 'Foreign Official Immunity After Samantar: A US Government Perspective' 44 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, s. 1141.

<sup>426</sup> Örneğin bkz., *Manoharan v. Rajapaksa*, 711 F.3d 178, 179 (D.C. Cir. 2013) *Habyarimana v. Kagame*, 696 F.3d 1029, 1031-1033 (10th Cir. 2012); *Giraldo v. Drummond Co.*, 493 F. App'x 106 (D.C. Cir. 2012) (per curiam), cert. denied, 133 S. Ct. 1637 (2013); *Matar v. Dichter*, 563 F.3d 9, 13-15 (2d Cir. 2009); *Ye v. Zemin*, 383 F.3d 620, 625, 627 (7th Cir. 2004); *Doe v. Zedillo*, No. 3:11-cv-01433-MPS (D. Conn. 18 Temmuz 2013) ve *Rosenberg v. Lashkar-e-Taiba*, No. 1:10-cv-5381-DLI-CLP, 2013 WL 5502851, at 5-7 (E.D.N.Y. 30 Eylül 2013).





## BÖLÜM 5

# ULUSLARARASI HUKUKUN ÖZNELERİ

### HUKUKİ KİŞİLİK – GİRİŞ

Herhangi bir hukuk sisteminde belli bazı birimlerin – bireyler ya da şirketler – hukuk önünde geçerli hak ve yükümlülükler sahip olduğu düşünülecektir.<sup>1</sup> Dolayısıyla, örneğin, bir şahıs saldırı gerekçesiyle dava açabilir ya da saldırgan şahıs aleyhinde dava açılabilir; bir şirket sözleşmenin ihlali iddiasıyla bir şahıs ya da şirketi dava edebilir. Bunlar yapılabilir, çünkü hukuk bu şahıs ya da şirketleri belli bazı haklara sahip ve spesifik yükümlülükleri yerine getirmeye tabi “hukuki kişiler” olarak görür. Hangi kişilerin, hangi durumlarda, hangi haklara sahip olacağı hukukun kapsamı ve niteliğine bağlı olacaktır. Ancak, hak ve yükümlülükleri bu tür birimlere uygun gördüğü şekilde dağıtmak, hukukun bir fonksiyonudur. Hukuki kişilik çok önemlidir. Hukuki kişilik olmaksızın kurumlar ve gruplar faaliyet gösteremez, çünkü onların hak talebinde bulunabilme ve bu taleplerini gerçekleştirebilmeye gereksinimleri vardır. İç hukukta bireyler, limited şirketler ve kamu kurumları, her biri ilgili mevzuatla çerçevesi çizilen ayrı birer hukuki kişiliğe sahip olan varlıklar olarak tanınır.<sup>2</sup> Kişiliğin kapsamını ve içeriğini belirleyecek olan hukuktur. Kişilik, belli bazı hak ve yükümlülüklerin niteliği ve kapsamı kadar, statü, kapasite, yeterlilik gibi bazı kavramların hukuk içerisinde incelenmesini de içerir. Belli bir birimin statüsü bazı yetki ve yükümlülüklerin belirleyicisi olabilir; kapasite, bir kişinin statüsünü bazı hak ve yükümlülüklerle ilişkilendirir. Bütün süreç, kişiliğin, onun niteliğinin ve tanımının çerçevesini çizen ilgili hukuk sisteminin sınırları içerisinde işler. Bu durum, uluslararası hukukta özellikle geçerlidir. Uluslararası hukuk sistemi içindeki bir yaklaşım, her halükarda uluslararası hukuki kişiliklerin kimliği ve niteliği sorunu hakkında da bir görüşe sahip olacaktır.<sup>3</sup>

Uluslararası hukukta kişilik, uluslararası sistem bağlamında verilmiş haklar ve getirilen yükümlülükler arasındaki karşılıklı ilişkinin ve hak taleplerinde bulunabilme durumunun göz önüne alınmasını gerektirir. İlgili birimin kapasitesinin niteliğini tam olarak belirlemek için uluslararası hukuk kurallarına yakından bakılması gerekir. Belli bazı temel nitelikli konuların ele alınmasına ihtiyaç vardır. Belli bir davacının kişiliği, örneğin, hak kullanma ehliyetine sahip olmasına mı bağlıdır? Gerçekten, hak kullanımının niteliğini test etmenin yolu var mıdır ya da uluslararası sahnedeki etkinliğin en kısıtlı formu bile yeterli olabilir mi? Bir görüşe göre, örneğin, bir kuralın ihlali durumunda doğan sorumluluğun niteliği, herhangi bir hukuki kişinin bir açığa karşı şikayette bulunabilme niteliği ile, genellikle, birlikte var olurken, bu niteliklerden birine sahip olanları tüzel kişiliğe sahip olarak

<sup>1</sup> Örneğin bkz., R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, 2010; J. E. Nijman, *The Concept of International Legal Personality*, The Hague, 2004; *Brownlie's Principles of Public International Law* (ed. J. Crawford), 8. Baskı, Oxford, 2012, 2. Bölüm; Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2006; D. P. O'Connell, *International Law*, 2. Baskı, London, 1970, Cilt: 1; J. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, 1969, Cilt: 2; O. Lissitzyn, 'Territorial Entities other than Independent States in the Law of Treaties', 125 HR, 1968, s. 5; H. Lauterpacht, *International Law: Collected Papers*, Cambridge, 1975, Cilt: 2, s. 487; C. Rousseau, *Droit International Public*, Paris, 1974, Cilt: 2; N. Mugerwa, 'Subjects of International Law', *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, s. 247; G. Schwarzenberger, *International Law*, 3. Baskı, London, 1957, Cilt: 1, s. 89; A. Cassese, *International Law in a Divided World*, Oxford, 1986, 4. Bölüm; ve Cassese, *International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2005, 2. Bölüm; *International Law: Achievements and Prospects* (ed. M. Bedjaoui), Paris, 1991, 1. Bölüm, 1. Başlık; *Oppenheim's International Law* (ed. R. Y. Jennings ve A. D. Watts), 9. Baskı, London, 1992, 2. Bölüm; R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, 3. Bölüm; ve S. Rosenne, 'The Perplexities of Modern International Law', 291 HR, 2001, 7. Bölüm.

<sup>2</sup> R. Dias, *Jurisprudence*, 5. Baskı, London, 1985, 12. Bölüm.

<sup>3</sup> Örneğin, bu konuda Sovyet görüşü için bkz., G. I. Tunkin, *Theory of International Law*, London, 1974.

değerlendirmek yerinde olur.<sup>4</sup> Öte yandan, diğer yazarlar uluslararası sistem içerisinde hakların kullanılabilirliği unsurunun oynadığı hayati rolü vurgulamaktadırlar.<sup>5</sup>

Bununla birlikte, bir birimin uluslararası kişiliğe sahip olup olmadığını, eğer sahipse belli bir vakada hangi tür haklar, yükümlülükler ve yetkilerin geçerli olduğunu belirleyebilmeden önce bir dizi faktörün dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekir. Kişilik, durumlara göre değişen göreceli bir olgudur. Çağdaş uluslararası hukukun ayırt edici özelliklerinden biri de çok çeşitli katılımcıların varlığıdır. Bu katılımcılar devletleri, uluslararası örgütleri, bölgesel örgütleri, hükümet dışı kuruluşları, kamu şirketlerini, özel şirketleri ve bireyleri içerir. Bunlara uluslararası terörizme başvuran gruplar da eklenebilir. Bütün bu birimler uluslararası düzlemde belli ölçüde etkiye sahip olarak faaliyette bulunabilirlerse de, bütün hepsi hukuki kişilik teşkil etmezler. Uluslararası kişilik, katılımın yanı sıra belli ölçülerde toplumun kabulünü de gerektirir. Toplumun kabulü, kişiliğin çeşiti de dahil birçok farklı faktöre bağlı olacaktır. Kişilik, birçok formda kendini ortaya koyabilir ve belli bazı durumlarda uygulamadan da anlaşılabilir. Ayrıca bir ihtiyacı da yansıtacaktır. Uluslararası hukukun belli dalları burada çok önemli rol oynar. İnsan hakları hukuku, silahlı çatışmalar hukuku ve uluslararası ekonomi hukuku, uluslararası hukukta giderek artan katılım ve hukuki kişiliği yansıtması açısından özellikle önemlidir. Devletleri oluşturmayan gruplar, birimler ve bireyler çoğunlukla devlet dışı aktör olarak anılmaktadır. Bu terim, uluslararası hukuku etkileyen ve ondan etkilenen, ancak bunlar arasındaki farklılıkları da muhtemelen tam olarak tanımayan, artan miktarda kişiyi bir araya getirmektedir.<sup>6</sup>

## DEVLETLER

Uluslararası sistemde artan sayıda aktör ve katılımcıya rağmen, devletler şu ana kadar en önemli hukuk kişileri olarak kalmıştır. Küreselleşmenin yükselişi ve bu olgunun yol açtığı bütün sonuçlara rağmen devletler insanoğlunun sosyal faaliyetinin ve dolayısıyla da uluslararası hukukun temel odak noktası olmaya devam etmiştir.

Lauterpacht 'ortodoks pozitivist doktrinin uluslararası hukukun öznelinin yalnızca devletler olduğu konusunda net olduğu' gözleminde bulunmaktadır.<sup>7</sup> Bununla beraber, pratikte bu pozisyonun devam edip etmediği hususu daha az belirgindir. Vatikan (özellikle 1871'den 1929'a kadar), isyancılar ve muharip güçler, uluslararası örgütler, hükümdar izniyle kurulmuş şirketler ve Şehirler Birliği gibi çeşitli teritoryal birimlere zaman zaman uluslararası kişiler olma kapasitesine sahip birimler olarak yaklaşmıştır.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Örneğin bkz., M. Sørensen, 'Principes de Droit International Public', 101 HR, 1960, ss. 5, 127. Daha geniş bir tanım için bkz., H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, Dordrecht, 1980, s. 32.

<sup>5</sup> Örneğin bkz., Verzijl, *International Law*, s. 3

<sup>6</sup> Genel olarak bkz., *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law* (ed. J. d'Aspremont), London, 2011; *Non-State Actors in International Law* (ed. M. Nortmann, A. Reinisch ve C. Ryngaert), London, 2015 ve R. McCorquodale, 'Defining the International Rule of Law: Defying Gravity?', 65 ICLQ, 2016, s. 277. Devlet dışı aktörlerin çok farklı tanımları mevcuttur. Bazı tanımlar devlet dışı aktörü, devlet olmayan aktör olarak tanımlarken, ayrıntılı tanımlar, *inter alia*, devletin kontrolünün bulunmamasına, uluslararası hukuk alanında gerçekten performans göstermeye ve hukuken tanınan ve örgütlenmiş olmaya işaret etmektedir. Ayrıca bkz., International Law Association, Committee on Non-State Actors, Draft Final Report 2016, para. 17 vd. [www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1023](http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1023)

<sup>7</sup> Lauterpacht, *International Law*, s. 489.

<sup>8</sup> Bkz., Verzijl, *International Law*, ss. 17-43; ve Lauterpacht, *International Law*, ss. 494-500. Ayrıca bkz., *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, ss. 12, 39; 59 ILR, ss. 30, 56; ve *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission*, Memorandum of the Secretary-General, 1949, A/CN.4/1/Rev.1, s. 24.

### Devletin Oluşumu<sup>9</sup>

Bu alanda fiili gerçek kriterler ile hukuki kriterler arasındaki ilişki çok önemlidir. Yeni bir devletin doğuşunun gerçek fiili bir durum mu yoksa hukuki bir durum mu olduğu ve etkinlik kriterleri ile diğer ilgili hukuki prensipler arasındaki etkileşimin nasıl uzlaştırılabileceği oldukça kompleks ve önemli sorulardır. Kimseye ait olmayan toprakların (*terrae nullius*) varlığı artık söz konusu olmadığı için<sup>10</sup>, dekolonizasyon sürecinin sona ermesini müteakip gelecekte yeni devletlerin doğuşu sadece mevcut devletlerin azalması ya da yok olmasının bir sonucu olarak gerçekleşebilir ve bu nedenle özenli bir düzenleme ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Sovyetler Birliği, Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti ve Çekoslovakya'nın dağılması gibi yakın dönemde görülen olaylar bu gerçeğin altını çizmektedir. Ayrıca, dekolonizasyon hareketi de geleneksel kriterlerin yeniden ele alınmasını kamçılamıştır. 1933 tarihli Devletlerin Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Montevideo Sözleşmesi'nin 1. maddesi<sup>11</sup> uluslararası hukukta devlet olmanın en yaygın olarak kabul edilen kriterlerini ortaya koymuştur. Sözleşme, bir uluslararası kişilik olarak devletin şu niteliklere sahip olması gerektiğini kaydetmektedir: 'a) Daimi bir nüfus, b) Tanımlanmış bir toprak parçası, c) Hükümet, d) Diğer devletlerle ilişki kurma kapasitesi.'

Yugoslavya Hakkında Avrupa Konferansı'nın Tahkim Komisyonu<sup>12</sup> 1 numaralı mütalaasında 'devlet, yaygın olarak örgütlenmiş bir politik otoriteye tabi bulunan bir toprak parçası ve bir nüfustan oluşan bir topluluk olarak tanımlanır' ve 'bu tür bir devlet egemenlik ile karakterize edilir' görüşünü ifade etmiştir. Ayrıca hükümetin nüfus ve toprak parçası üzerindeki hakimiyetini belirlemek için iç politik örgütlenme ve anayasa maddelerinin varlığının dikkate alınması gerekli ise de bunların yalnızca olguları teşkil ettiği ifade edilmiştir.<sup>13</sup>

Bu maddeler ne geniş kapsamlı ve ayrıntılı ne de değişmezdir. Aşağıda görüleceği üzere, self determinasyon ve tanınma da dahil olmak üzere diğer faktörler de söz konusu olabilir; ayrıca belli durumlarda bu tür kriterlere atfedilen göreceli ağırlık değişebilir. Bununla birlikte net olan nokta, ana çerçevenin temel olarak, bir toprak parçası üzerinde etkili olma hususunda odaklanmasıdır.

Daimi bir nüfusun varlığı<sup>14</sup> doğal olarak gereklidir ve Nauru ve Tuvalu gibi örneklerin<sup>15</sup> de

<sup>9</sup> Özellikle bkz., Crawford, *Creation of States*, 2. Bölüm; R. Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963, ss. 11–57; K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2. Baskı, Leiden, 1968; N. Casperson, *Unrecognised States*, Cambridge, 2012; A. Duxbury, *The Participation of States in International Organisations*, Cambridge, 2013; M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1963, Cilt: 1, ss. 221–33, 283–476; ve P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 449. Ayrıca bkz., Societe Française pour le Droit International, *L'E'tat Souverain*, Paris, 1994; L. Henkin, *International Law: Politics and Values*, Dordrecht, 1995, 1. Bölüm; A. James, *Sovereign Statehood: The Basis of International Society*, London, 1986; ve J. Vidmar, *Democratic Statehood in International Law*, Oxford, 2013.

<sup>10</sup> Bu konu hakkında Antarktika'ya ilişkin bkz., O'Connell, *International Law*, s. 451. Ayrıca bkz., aşağıda 10. Bölüm.

<sup>11</sup> 165 LNTS 19. Uluslararası hukuk, devletin yapısına ilişkin herhangi bir modeli zorunlu kılmıyor. *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, ss. 12, 43–4; 59 ILR, ss. 30, 60–1.

<sup>12</sup> Bu Komisyon, Avrupa Topluluğu'nun 27 Ağustos 1991 tarihli deklarasyonu uyarınca kurulmuştur. Bkz., Bull. EC, 7/8 (1991). Genel olarak, M. Craven, 'The EC Arbitration Commission on Yugoslavia', 65 BYIL, 1994, s. 333.

<sup>13</sup> 92 ILR, ss. 162, 165. *Oppenheim's International Law* (s. 120) 'bir devletin tam olarak varlığının, bir halkın bir toprak parçasında kendi egemen devleti altında mukim olduğu bir durumda söz konusu olduğu'nu belirtmektedir.

<sup>14</sup> Bu yüzden bir göçebe topluluğun varlığı, toprak egemenliğinin amaçları açısından bir öneme sahip olmayaabilir. Bununla birlikte, Uluslararası Adalet Divanı *Western Sahara* davasında göçebe halkların gidip geldikleri topraklar üzerinde belli bazı haklara sahip olduğu görüşünü savunmuştur. Bkz., ICJ Reports, 1975, ss. 12, 63–5; 59 ILR, ss. 30, 80–2.

<sup>15</sup> Nauru'nun nüfusu yaklaşık 12.000, Tuvalu'nun nüfusu ise 10.000 civarındadır. Bkz., *Whitaker's Almanack*, London, 2003, ss. 1010 ve 1089.

gösterdiği üzere ahalinin minimum sayısına ilişkin bir şart yoktur. Bununla birlikte Falkland Adaları çatışması ile ortaya çıkan konulardan biri de self determinasyon konularına ilişkin kabul edilebilir nitelikte minimum sayı meselesi ile bağlantılıdır<sup>16</sup> ve dekolonizasyonu bekleyen bir dizi küçük ada olduğu için konunun daha netleştirilmeye ihtiyacı olduğu söylenebilir.<sup>17</sup>

Tanımlanmış bir toprak parçası gereksinimi, üzerinde faaliyet yürütülen belli bir ülkesel zemin gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Ancak uluslararası hukukta sınırların belirlenmiş ve yerleşik olmasına dair bir gereklilik söz konusu değildir. Bir devlet sınırlarının tam olarak belirlenmesi hususunda komşularıyla bir anlaşmazlık yaşıyor olsa da, ilgili devletin hükümeti tarafından kontrol edildiği reddedilemez nitelikte olan bir toprak parçası varsa, o devlet bir hukuki kişilik olarak tanınabilir. Bu nedenle, en azından bu sebepten ötürü 1988 yılının Kasım ayında Cezayir’de düzenlenen bir konferansta ilan edilen “Filistin Devleti” geçerli bir devlet olarak görülemez. Nitekim, Filistin örgütleri iddia ettikleri toprak parçaları üzerinde hakimiyete sahip değillerdi.<sup>18</sup>

Birinci Dünya Savaşı öncesinde Arnavutluk, sınırları tartışmalı olmasına rağmen, birçok devlet tarafından tanınmıştır.<sup>19</sup> Daha yakın dönemde İsrail, sınırları hususu nihai olarak çözümlenmemiş ve varlığı ve toprak sınırları konusunda Arap komşuları ile husumet içerisinde olmasına karşın, Birleşmiş Milletler’in yanı sıra çoğu devlet tarafından da geçerli bir devlet olarak kabul edilmiştir.<sup>20</sup> Önemli olan konu, sınırları muğlak olsa da belli bir alan içerisinde istikrarlı bir topluluğun varlığıdır. Nitekim, devletin topraklarının ayrı parçalara bölünmüş olması, 1971’de Bangladeş’in ayrılmasından önce Pakistan ve günümüzde Azerbaycan örneklerinde de görüldüğü üzere, mümkündür.

Bir politik toplumun etkin olarak işlemesi için belli bir hükümet formuna ya da merkezi kontrole ihtiyaç vardır. Bununla birlikte, bu ihtiyaç, bağımsız bir ülke olarak tanınmak için ön koşul değildir.<sup>21</sup> Bu durum, sofistike yürütme ve yasama organlarının gerekliliğinden çok, bir çeşit uyumlu bir politik yapı ve toplumun göstergesi olarak değerlendirilmelidir.<sup>22</sup> Bu noktada ilgili bir faktör de, hükümetin kontrolünde olmayan bir bölgeye yönelik diğer bir devlet tarafından sahiplik iddiasında bulunulması hususundaki ölçü olabilir, ki bu mevzu,

<sup>16</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>17</sup> Yapay adalar konusu hakkında bkz., *United States v. Ray* 51 ILR, s. 225; *Chierici and Rosa v. Ministry of the Merchant Navy and Harbour Office of Rimini* 71 ILR, s. 283; ve *Re Duchy of Sealand* 80 ILR, s. 683. Ayrıca bkz. 10. Bölüm.

<sup>18</sup> Bkz., *Keesing’s Record of World Events*, s. 36438 (1989). Ayrıca bkz., General Assembly resolution 43/77; R. Lapidot ve K. Calvo-Goller, ‘Les’ El’ elements Constitutifs de l’Etat et la D’eclaration du Conseil National Palestinien du 15 Novembre 1988’, AFDI, 1992, s. 777; J. Crawford, ‘The Creation of the State of Palestine: Too Much Too Soon?’, 1 EJIL, 1990, s. 307; ve Crawford, ‘Israel (1948–1949) and Palestine (1998–1999): Two Studies in the Creation of States’, *The Reality of International Law* (ed. G. Goodwin-Gill ve S. Talmon), Oxford, 1999, s. 95. İsrail-Filistin Kurtuluş Örgütü Deklarasyonu ışığında Filistin otonomisinin gelişimine ilişkin bkz., aşağıda.

<sup>19</sup> Örneğin bkz., *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 32.

<sup>20</sup> Nitekim, Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra ortaya çıkan yeni devletlerin çoğu, sınırları bir antlaşma ile belirlenmeden önce *de facto* ya da *de jure* olarak tanınmıştır. Bkz., H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1948, s. 30. Bkz., *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft v. Polish State* (1929), 5 AD, ss. 11, 15; *Mosul Boundary* davası, PCIJ, Series B, No. 12, s. 21; *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 32; 41 ILR, ss. 29, 62; ve *Libya/Chad* davası, ICJ Reports, 1994, ss. 6, 22 ve 26; 100 ILR, ss. 5, 21 ve 25. Ayrıca İsrail’in BM’ye girişine ilişkin ABD adına konuşan Jessup’un konuşması için bkz., SCOR, 3. Yıl, 383. Toplantı, s. 41. Birleşik Krallık Dışişleri Bakanlığı 5 Şubat 1991 tarihli açıklamasında ‘Birleşik Krallık’ın sınırları konusunda komşularıyla anlaşmazlık yaşayan birçok devleti tanıdığı’nı belirtmiştir. Bkz., UKMIL, 62 BYIL, 1991, s. 557. Bağımsızlık durumunda mevcut sınırların aynı kalacağına dair *uti possidetis* doktrini hakkında bkz., aşağıda 9. Bölüm.

<sup>21</sup> Örneğin bkz., *Congo* davası, Higgins, *Development*, ss. 162–4; ve C. Hoskyns, *The Congo Since Independence*, Oxford, 1965. Ayrıca bkz., Higgins, *Problems and Process*, s. 40; ve Nguyen Quoc Dinh ve diğerleri, *Droit International Public*, ss. 415 vd.

<sup>22</sup> Bkz., *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, ss. 12, 43–4; 59 ILR, ss. 30, 60–1.

*de facto* kontrol meselesinden ayrı olarak uluslararası hukukun bir konusu bağlamında önem arz etmektedir. Genel gereklilik, 19. yüzyıldaki “medeniyet” vurgusunu bağımsız devlet olmanın bir temeli olarak görürken, bağımsızlığa sahip olmayan halklar için – idari koşulları dikkate almaksızın - egemenliğe çok önem atfeden modern eğilimi ise önemsememektedir.<sup>23</sup>

İlk eğilimin bir örneği olarak, 1920 yılındaki *Aaland* adaları davası gösterilebilir. Adaların statüsünü araştırmak için bir Uluslararası Hukukçular Komitesi oluşturulmuştur. Bu Komite'nin hazırladığı raporda, Rus Devrimi'ni müteakip günlerdeki istikrarsızlık ortamında Fin Cumhuriyeti'nin kuruluşuna ilişkin olarak, Finlandiya'nın egemen bir devlet olduğu tarihi belirlemenin son derece güç olduğuna işaret edilmiştir. Finlandiya'nın egemen bir devlet oluşunun, 'istikrarlı bir politik organizasyon kuruluncaya ve kamu otoritelerinin yabancı askerlerin yardımı olmaksızın devletin toprakları üzerinde kendi hakimiyetlerini kabul ettirmek için yeterince güçlü oluncaya kadar kesinlikle gerçekleşmediği' belirtilmiştir.<sup>24</sup>

Eski Yugoslavya'nın dağılmasıyla ortaya çıkan Hırvatistan ve Bosna-Hersek devletlerine ilişkin yakın dönemdeki uygulama, bir hükümetin kendi toprakları üzerinde etkin bir kontrole sahip olması kriterinde bir değişikliğe işaret etmektedir. Hırvatistan ve Bosna-Hersek, iç savaş koşulları altında topraklarının önemli kısmının hükümet dışı güçler tarafından kontrol edildiği bir dönemde Avrupa Topluluğu üyesi devletler tarafından bağımsız devletler olarak tanınmış<sup>25</sup> ve Birleşmiş Milletler'in (BM Sözleşmesi'nin 4. maddesi uyarınca sadece 'devletler' ile sınırlı olan)<sup>26</sup> üyeliğine de kabul edilmişlerdir.<sup>27</sup> Daha yakın bir dönemde Kosova, açık bir şekilde merkezi hükümetin kontrolü altında olmayan Sırp yerleşim bölgelerinin varlığına rağmen, 17 Şubat 2008 tarihinde bağımsızlığını ilan etmiştir.<sup>28</sup> Bu tür durumlarda, etkin merkezi kontrolün olmayışı, uluslararası tanınma ile dengelenebilmekte ve Birleşmiş Milletler üyeliği ile sonuçlanabilmektedir. Ancak, devlet oluşumu için etkin kontrolün sağlanabilmesine yönelik bir alt yapının varlığı zorunludur. Bununla birlikte, aksine bir durumda, bağımsız bir devlette merkezi hükümetin kontrolü kaybetmesi ve düzenin geniş ölçüde bozulması devlet olmayı ortadan kaldırmayacaktır. Birleşmiş Milletler, ya da koşullara bağlı olarak başka güçler, tarafından yapılacak muhtemel insani müdahale yönüyle sonuçları her ne olursa olsun, bir devlet içinde yönetimin çökmesi (bazen “başarısız devlet” olarak da atıfta bulunulur) o devletin devlet statüsü üzerinde zaruri bir etkide bulunmaz. Aslında, 'başarısız devlet' tanımlaması da tartışmalıdır ve uluslararası hukuk açısından yanlıcıdır.<sup>29</sup>

Diğer devletlerle ilişkiye girme kapasitesi, söz konusu birimin varlığının bir boyutu olduğu kadar diğer devletler tarafından tanınmaya verilen önemin de bir göstergesidir. Uluslararası

<sup>23</sup> Self determinasyon hakkı hususunda bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>24</sup> LNOJ Sp. Supp. No. 4 (1920), ss. 8–9. Ayrıca karşılaştırma için bu davadaki Raportörler Komisyonu'nun görüşüne bakınız; LN Council Doc. B7 21/68/106 (1921), s. 22.

<sup>25</sup> Hırvatistan 15 Ocak 1992, Bosna Hersek de 6 Nisan 1992 tarihlerinde tanınmıştır. Bkz., *Keating's Record of World Events*, 1992, ss. 38703, 38704 ve 38833. Öte yandan, Yugoslavya Hakem Komisyonu'nun 11 Ocak 1992 tarihli 5 numaralı görüşü, Hırvatistan'ın 4 Kasım 1991 tarihindeki Yugoslavya Hakkındaki Taslak Sözleşme ve 16 Aralık 1991 tarihindeki Yugoslavya Hakkındaki Deklarasyon ve Doğu Avrupa ve Sovyetler Birliği'ndeki Yeni Devletlerin Tanınması Hakkındaki Yönetmelik'de ortaya konulan gereklilikleri karşılamadığını belirtmiştir. Bkz., 92 ILR, s. 178. 4 numaralı görüş bir referandum yapılması aşamasında olan Bosna Hersek'in bağımsızlığına ilişkin çekince ortaya koymuştur. Bununla birlikte, Avrupa Topluluğu üyelerinin tanınması ve BM'ye kabul edilmesi öncesi bağımsızlık konusunda bir referandum yapılmış ve çoğunluk oyuyla bağımsızlık kabul edilmiştir. *A.g.e.*, s. 173. Ayrıca bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>26</sup> Örneğin bkz., V. Gowlland-Debbas, 'Collective Responses to the Unilateral Declarations of Independence of Southern Rhodesia and Palestine', 61 BYIL, 1990, s. 135.

<sup>27</sup> BM üyeliğine 22 Mayıs 1992 tarihinde kabul edilmişlerdir. Bkz., M. Weller, 'The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia', 86 AJIL, 1992, s. 569.

<sup>28</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>29</sup> Örneğin bkz., Crawford, *Creation of States*, ss. 719–22; S. Ratner, 'The Cambodia Settlement Agreements', 87 AJIL, 1993, s. 1; ve T. M. Franck, 'The Democratic Entitlement', 29 *University of Richmond Law Review*, 1994, s. 1.

örgütler, bağımsız olmayan devletler ve diğer yapılar uluslararası hukukun kuralları çerçevesinde diğer birimlerle hukuki ilişkilere girebildikleri için, bu kapasite egemen uluslarla sınırlanmamış bir kapasitedir. Ancak, bir egemen devletin diğer birimlerle bu tür hukuki ilişkileri kendi uygun gördüğü gibi yürütebilmesi esastır. Bunun olmadığı yerde söz konusu birim bir bağımsız devlet olamaz. Buradaki temel konu, bir ülkenin diğeri üzerinde uyguladığı politik baskı ile ilgili değildir, fakat daha ziyade hukuki ilişkilere girmek için yetkinin olmayışı meselesidir. Fark, kararları etkileyebilecek etki derecesi değil, hukuki kapasitenin varlığı ya da yokluğudur.

Bu tür bir kapasitenin temeli bağımsızlıktır. Bu, devlet olma için hayati derecede öneme sahiptir ve belirli koşullar altında hukuki bir sonuç doğurur. Devletin başka bir egemenliğe tabi olmadığı ve diğer devletlere fiili bağımlılıktan ya da uluslararası hukuk kurallarına itaat etmekten etkilenmeyeceği bir resmi açıklamadır.<sup>30</sup> Resmi bağımsızlık kadar fiili bağımsızlığın derecesinin de gerekli olabileceği tartışılabilir. Bu konu Güney Afrika'nın, yirmi kabile bölgesinden oluşan Bantustan'daki Bantustanlılara bağımsızlık vermesi ile ilgili olarak gündeme gelmiştir. Örneğin, Transkei bölgesi ele alınacak olursa bütçesinin büyük kısmı – belki de yüzde 90'ı – Güney Afrika tarafından karşılanıyordu; Bophuthatswana ise Güney Afrika toprakları tarafından bölünmüş bir dizi bölgeye ayrılmıştı.<sup>31</sup> Afrika Birliği Örgütü ve Birleşmiş Milletler bu 'bağımsızlığın' geçersiz olduğunu ilan etmiş ve tüm devletleri bu yeni birimleri tanımamaya çağırılmıştı. Bu birimler Güney Afrika'dan başka hiçbir devlet tarafından tanınmamıştır.<sup>32</sup> Bununla birlikte, birçok devlet diğer devletlerden gelen yardımlara muhtaç olduğu için ekonomik başarı uluslararası toplumun tutumunu değiştirmezdi. Güney Afrika egemen bir devlet olarak uluslararası hukuk uyarınca kendi topraklarının bir kısmını devredebildiği için, devlet olmanın resmi kriterleri ışığında bu birimlerin resmi olarak bağımsız oldukları görünmektedir. Ancak onların statüsüne dair cevabın devlet olmanın kriterlerini açıklamada değil, başka bir yerde yattığı ileri sürülmüştür. Bu cevap, daha ziyade, ırk ayrımı gibi hukuk dışı bir politika izlemek için alınan bu tür kararların desteklenmeyeceği anlayışında yatmaktadır.<sup>33</sup>

Bu tür bir süreçte ortaya çıkabilen karmaşıklığın bir örneği, Litvanya'nın 11 Mart 1990 tarihinde bağımsızlığını tek taraflı olarak ilan etmesidir.<sup>34</sup> Litvanya 1940 yılında Sovyetler Birliği tarafından hukuksuz bir biçimde ilhak edilmiş Baltık devletlerinden biriydi. 1940 ilhaki Batılı devletler tarafından hiçbir zaman *de jure* olarak tanınmamıştı ve bu nedenle SSCB'nin kontrolü sadece *de facto* temelde kabul edilmişti. 1990 yılındaki bağımsızlık deklarasyonu politik açıdan çok hassastı ve Sovyetler Birliği içerisinde hızlı bir dağılımın yaşandığı bir dönemde yapılmıştı, ancak Litvanya'nın bu deklarasyonu hiçbir devlet tarafından tanınmadı. SSCB içerisinde devam eden anayasal kriz ve 15 Sovyet cumhuriyetinin özgürce yeni bir konfederal birliği kabul etme ihtimali düşünülerek, o dönem itibarıyla Litvanya'dan bir bağımsız devlet olarak bahsedilmesi için, özellikle de Sovyet otoriteleri

<sup>30</sup> Bkz., *Austro-German Customs Union* davası, (1931) PCIJ, Series A/B, No. 41, ss. 41 (Court's Opinion) ve 57–8 (Separate Opinion of Judge Anzilotti); 6 AD, ss. 26, 28. Ayrıca bkz., Marek, *Identity*, ss. 166–80; Crawford, *Creation of States*, ss. 62 vd.; ve Rousseau, *Droit International Public*, Cilt: 2, ss. 53, 93.

<sup>31</sup> Bu, İngiliz Dışişleri Bakanlığı tarafından Birleşik Krallık'ın bağımsızlığı tanımamasının sebeplerinden biri olarak açıklanmıştır. Bkz., UKMIL, 57 BYIL, 1986, ss. 507–8.

<sup>32</sup> 1993 Güney Afrika Anayasası ırk ayrımcılığına (apartheid) yönelik tüm kanunların ilga edilmesini öngörmüş, dört Bantustan (Bantu kökenli zenci Afrikalıların yaşadığı kabile bölgeleri – çevirmenin notu) için ayrı "bağımsız devletler" kuran dört kanun da bu kapsamda olduğu için bu bölgelerin Güney Afrika ile yeniden birleşmesini sağlamıştır. Bkz., J. Dugard, *International Law – A South African Perspective*, Kenwyn, 1994, s. 346.

<sup>33</sup> Bkz., M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986, ss. 161–2. Ayrıca, Afrika Birliği Örgütü kararı (493 (XXVII)), BM Genel Kurul kararı (31/61A) ve Güvenlik Konseyi'nin 21 Eylül 1979 ve 15 Aralık 1981 tarihli açıklamalarına bakılabilir. Birleşik Krallık Dışişleri Bakanı 'Bophuthatswana'nın varlığının ırk ayrımcılığının bir sonucu olduğu ve tanınmamasının ana sebebinin de bu olduğunu düşündüğünü' açıklamıştır. Bkz., 126, HC Deb., cols. 760–1, 3 February 1988.

<sup>34</sup> Bkz., *Keating's Record of World Events*, s. 37299 (1990).

Litvanya topraklarında kontrolü devam ettirdiklerinden, henüz erkendi.<sup>35</sup> Litvanya'nın ve diğer Baltık devletlerinin bağımsızlıkları 1991 yılı içinde birçok devlet tarafından, daha da önemlisi Sovyetler Birliği'nce, tanınmıştır.<sup>36</sup>

Bununla birlikte, istisnai olarak, hükümetin belli bazı fonksiyonları bir dış aktörün elinde olsa bile bir devletin bağımsız olarak kabul edilmesi mümkündür. Bosna Hersek örneğinde, 1995 Dayton Barış Anlaşması ile bir Yüksek Temsilci anlaşmanın uygulanması hususunda 'nihai otorite' olarak atanmıştı<sup>37</sup> ve, örneğin, Yüksek Temsilci birçok kişiyi devlet memuriyetinden çıkarmıştı. Bunlar, uluslararası topluluk tarafından Bosna'nın bağımsız devlet statüsünü etkilediği şeklinde anlaşılmamıştır, çünkü bu düzenleme şiddetli bir iç savaş esnasında üçüncü tarafın müdahalesi sonucu barış anlaşması yapmak ve uygulamasını sağlamak için bir çaba olarak ortaya çıkmıştı. Daha tartışmalı bir konu olarak, Kosova bir sürelik uluslararası yönetimden sonra<sup>38</sup> 17 Şubat 2008 tarihinde bağımsızlığını ilan etmiştir. Kosova bağımsızlık ilanında spesifik olarak Kosova'nın Statüsünün Çözümü İçin Kapsamlı Öneri Planı (Ahtisaari Planı) çerçevesindeki Kosova'nın sorumluluklarını kabul ettiğini belirtmiştir.<sup>39</sup> "Uluslararası gözetim altında bağımsızlık" öngören bu plan ve Kosova'nın yükümlülükleri, planın uygulanmasını denetlemek için bir uluslararası yapıyla birlikte insan hakları ve ademi merkezileştirme garantilerini de içermekteydi. Planın hükümleri Kosova'daki diğer tüm hukuki hükümlerin üzerinde olacaktı. Uluslararası yapı, Uluslararası Yönlendirme Grubu tarafından atanacak (aynı zamanda Avrupa Birliği Özel Temsilcisi de olacak) olan bir Uluslararası Sivil Temsilcilik şeklinde öngörülmüştü.<sup>40</sup> Uluslararası Sivil Temsilcilik planın sivil yönlerinin yorumlanmasına ilişkin Kosova'daki nihai otorite olacaktı ve, özellikle de, Kosova yöneticileri tarafından kabul edilen kanun ve kararları iptal etme ve planın hükümlerine aykırı fiilleri olan kamu görevlilerini uzaklaştırma yetkisine sahip olacaktı.<sup>41</sup> Ayrıca, NATO öncülüğünde bir uluslararası askeri güç Kosova'da güvenli bir ortam sağlayacaktı.<sup>42</sup>

### Self-Determinasyon ve Devlet Olma Kriterleri

Hukuki olarak self-determinasyon hakkının gelişiminden en çok etkilenen, yukarıda da belirtildiği gibi, hükümet kriteri olmuştur. Hükümet kriterinin istikrar ve etkinlik üzerinde odaklanan geleneksel yorumu bu faktörün karşılanmasını gerekli kılmaktadır<sup>43</sup>; hükümetin temsili ve demokratik niteliği de bir zorunluluk olarak ileri sürülmüştür. Self determinasyonun evrimi otoritenin fiili uygulaması göz önüne alındığında gerekli standartları etkilemiştir, ki bu sayede artık etkinlik kriterinin daha düşük bir düzeyinin,

<sup>35</sup> Bu konuda, örneğin, Birleşik Krallık hükümetinin görüşü için bkz., 166 HC Deb., col. 697, Written Answers, 5 February 1990.

<sup>36</sup> Örneğin bkz., R. Müllerson, *International Law, Rights and Politics*, London, 1994, ss. 119 vd.

<sup>37</sup> Bkz., Annex 10 of the Dayton Peace Agreement. Ayrıca bkz., R. Caplan, 'International Authority and State Building: The Case of Bosnia and Herzegovina', 10 *Global Governance*, 2004, s. 53, ve International Crisis Group, *Bosnia: Reshaping the International Machinery*, November 2001. Yüksek Temsilci, Barış Uygulama Konseyi İdari Kurulu tarafından aday gösterilmektedir. Barış Uygulama Konseyi barış uygulama sürecini yönlendiren ve destekleyen 55 ülke ve uluslararası örgütten oluşan bir gruptur. İdari Kurul'un belirlediği aday daha sonra Güvenlik Konseyi tarafından onaylanmaktadır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda.

<sup>38</sup> Kosova'nın uluslararası yönetimine ilişkin bu bölümde aşağıya bakınız. Tanınmaya ilişkin bkz. 8. bölüm.

<sup>39</sup> Bkz., [www.assembly-kosova.org/?krye=newsnewsid=1635&lang=en](http://www.assembly-kosova.org/?krye=newsnewsid=1635&lang=en).

<sup>40</sup> Bu yapı, Fransa, Almanya, İtalya, Rusya, Birleşik Krallık, ABD, AB, Avrupa Komisyonu ve NATO'dan oluşacaktır.

<sup>41</sup> Bkz., S/2007/168 ve S/2007/168/Add.1. İkinci belgenin 9. Eki Uluslararası Sivil Temsilcilik'in rolünü ayrıntılandırmaktadır.

<sup>42</sup> Bkz., Annex XI. Kosova yetkili makam ve mercilerini desteklemek için 16 Şubat 2008 tarihinde bir AB Hukuk Devleti Misyonu kuruldu. *Kosova'ya İlişkin Bağımsızlığın Tek Taraflı İlanının Uluslararası Hukuka Uygunluğu* hakkında Uluslararası Adalet Divanı'nun İstisnai Görüşü'nde mahkeme bağımsızlığın ilanının uluslararası hukuka aykırı olmadığına karar verdi. Bkz., ICJ Reports, 2010, s. 403.

<sup>43</sup> Bkz., Lauterpacht, *Recognition*, s. 28.



en azından dekolonizasyon durumlarında, kabul edildiği görülmektedir.<sup>44</sup> Bu olgu, birkaç örneğe referansla gösterilebilir.

Eski Belçika Kongosu 30 Haziran 1960 tarihinde başkente kadar yayılmış olan kabile çatışmaları arasında bağımsız olmuştur. Yerel askeri güç olan *Force Publique*'nin başkaldırısından birkaç hafta sonra, Belçika askerleri olaylara müdahale etmiş ve Katanga bölgesi ayrılık ilan etmiştir. Hükümetin tamamen çökmesine rağmen Kongo bağımsızlık ilanını müteakip çok sayıda devlet tarafından tanınmış ve karşı çıkılmaksızın Birleşmiş Milletler'e üye devlet olarak kabul edilmiştir. Gerçekte, Eylül 1960 tarihinde ilgili Genel Kurul kararı zamanında Kongo hükümetinin iki ayrı hizbi BM tarafından devletin meşru temsilcisi olarak kabul edilmeye çalışmıştır. Sonuçta bu olayda, devlet başkanı tarafından görevlendirilen heyet kabul edilmiş, Başbakan'ın heyeti ise reddedilmiştir.<sup>45</sup> Daha farklı bir vaka, Portekiz sömürgeci Gine-Bissau ile ilgiliydi. 1972 yılında Gine-Bissau'nun "kurtarılmış bölgeleri"ne bir BM Özel Misyonu gönderilmiş ve bu misyon sömürgeci gücün Gine-Bissau'nun büyük bir kesiminde etkin bir idari hakimiyeti kaybettiği sonucuna varmıştır.<sup>46</sup> 24 Eylül 1973 tarihinde Gine-Bissau'nun Bağımsızlığı İçin Afrika Partisi (PAIGC), Gine-Bissau'yu bağımsız bir devlet olarak ilan etti. 'Gine-Bissau'nun belli bazı bölgelerinin Portekiz askeri güçleri tarafından illegal olarak işgali' meselesi BM Genel Kurulu önüne gelmiş ve bazı devletler uluslararası hukukta bu yeni devletin bağımsızlığının geçerli olduğunu tasdik etmiştir. Batılı devletler ise devlet olma kriterlerinin yerine getirildiğini kabul etmediler. Bununla birlikte, 93 devlet 'Gine-Bissau Cumhuriyeti egemen devletini kuran Gine-Bissau halkının bağımsızlığa geçişi'ni belirten 3061 (XXVIII) sayılı BM Genel Kurulu kararının lehinde oy kullanmıştır.<sup>47</sup>

Self-determinasyon prensibi, bazı durumlarda hükümetin etkinliğine ilişkin geleneksel prensipte değişikliğe yol açmasının yanı sıra, ayrıca devlet olmanın ek kriteri olarak da önem arz edebilir. Rodezya örneğinde, BM kararları Rodezya'nın 11 Kasım 1965 tarihinde tek taraflı olarak bağımsızlığını ilan etmesinin hukuki geçerliliğini kabul etmemiş ve üye devletleri bağımsızlığı tanımamaya çağırmıştır.<sup>48</sup> Hiçbir devlet Rodezya'yı tanımamış ve yaşanan iç savaş, nihayetinde Rodezya'nın Zimbabve olarak tanınan devlete dönüşmesi ile sonuçlanmıştır. Rodezya belki devlet olmanın fiili gerekliliklerini karşılaması durumunda bir devlet olarak görülebilirdi, ancak yine de bu müphem bir varsayımdır. Çünkü hiçbir ülke tarafından tanınmaması, bağımsızlığını ilan etmesinin uluslararası toplumca ağır suçlamalara maruz kalması ve gelişen iç savaş bunun fazlasıyla aleyhine olmuştur. Öte yandan, tanınmanın olmaması durumunda hiçbir birimin devlet olamayacağı öne sürülebilir, ancak tanınmaya ilişkin bu kurucu teori kabul edilebilir nitelikte değildir.<sup>49</sup> En iyi yaklaşım, self-determinasyonun gelişimini devlet olmanın bir ek kriteri olarak kabul etmektir, ki self-determinasyonun reddi devlet olmayı önler. Bu sadece self-determinasyon durumlarına ilişkin kabul edilebilir; örneğin mevcut devletlerden ayrılma durumlarında geçerli olamaz.<sup>50</sup> Diğer bir deyişle, self-determinasyon hakkını uygulama yetkisi uluslararası toplum tarafından kabul edilmiş ve devlet olma çabasında olan bir birim örneğinde,

<sup>44</sup> Örneğin bkz., Crawford, *Creation of States*, ss. 107 vd.

<sup>45</sup> *Keesing's Contemporary Archives*, sss. 17594-5 ve 17639-40, ve Hoskyns, *Congo*, ss. 96-9.

<sup>46</sup> *Yearbook of the UN*, 1971, ss. 566-7, ve A/AC.109/L 804, s. 19. Ayrıca bkz., A/8723/Rev.1 ve Genel Kurul kararı 2918 (XXVII).

<sup>47</sup> Bkz., GAOR, 28. oturum, Genel Komite, 213. toplantı, ss. 25-6, 28, 30 ve 31; GAOR, 28. oturum, 2156. toplantı, ss. 8, 12 ve 16, ve 2157. toplantı, ss. 22-5 ve 65-7. Ayrıca bkz., *Yearbook of the UN*, 1973, ss. 143-7, ve CDDH/SR.4, ss. 33-7. Ayrıca bkz., Batı Sahra örneği. Kağıt üzerinde bir millî birlik hükümetinde yer alan, ancak gerçekte birbirleriyle çatışma halindeki üç kurtuluş hareketi arasında devam eden iç savaşa rağmen 1975'de Angola'nun tanınması konusunda bkz., Shaw, *Title*, ss. 155-6.

<sup>48</sup> Örneğin, 2024 (XX) ve 2151 (XXI) sayılı Genel Kurul kararları ve 216 (1965) ve 217 (1966) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Bkz., R. Higgins, *The World Today*, 1967, s. 94, ve Crawford, *Creation of States*, ss. 129 vd. Ayrıca bkz., Shaw, *Title*.

<sup>49</sup> Aşağıda 8. Bölüm.

<sup>50</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

prensibin iç koşullarının ihlal edilmediğini göstermek gerekli olabilir. Devlet uygulamasını hesaba katınca bugüne kadar bu koşul çok katı bir şekilde tanımlanmamıştır, fakat sistemli ve kurumsallaşmış ayrımcılığın devlet olma iddiasını geçersiz kılabileceği mantıklı bir varsayım olarak görünmektedir.

Özellikle, eski Yugoslavya'nın ardılı devletlere ilişkin uluslararası toplumun uygulamasına işaret edilebilir. Avrupa Topluluğu 16 Aralık 1991 tarihinde Doğu Avrupa ve Sovyetler Birliği'ndeki Yeni Devletlerin Tanınması Hakkında Rehber İlkeler Beyannamesi'ni kabul etmiştir.<sup>51</sup> Bu beyanname bu tür yeni devletlerin tanınması süreci hususunda ortak bir pozisyon teşkil ediyor ve self-determinasyon prensibine spesifik olarak atıfta bulunmaktadır. Beyannamede hukuk devleti, demokrasi ve insan haklarına saygı gösterilmesi gereğinin altı çizilmiş ve özel olarak azınlıkların haklarının korunmasına ilişkin zorunluluklardan bahsedilmiştir. Bu beyanname tanınma konusu ile ilgili olmasına ve devlet olma kriterlerine değinmemesine rağmen, bu ikisi birbiriyle bağlantılıdır ve tanınma için gerekli şartlar, - özellikle spesifik ifadelerle değil, genel olarak açıklandığı durumlarda - sıklıkla pratikte devlet olma kriterlerine ek olarak yorumlanabilmektedir.

### Tanınma

Tanınma belli bazı fiili durumları kabul etme ve onlara hukuki anlam bahsetme yöntemidir, fakat bu ilişki çetrefilli bir konudur. Devlet oluşumu bağlamında tanınma (daha ayrıntılı olarak 9. Bölümde belirtileceği üzere) kurucu ve beyan edici nitelikte olarak görülebilir. İlk teori uluslararası hukuk çerçevesinde bir devletin sadece tanınma yoluyla var olabileceğini savunurken, ikinci yaklaşım devlet olmanın fiili kriterleri karşılandıktan sonra yeni bir devletin bir uluslararası kişilik olarak var olacağı görüşünü öne sürer, ki bu yaklaşıma göre tanınma bu bağlamda hukuki değil, sadece politik bir fiildir. Bu teoriler üzerinde çeşitli değişiklikler yapılmıştır, ancak tanınmanın rolü, en azından ilgili kriterlerin karşılanıp karşılanmadığını gösterme açısından güçlü bir kanıt sağlaması yönüyle, onaylanmak zorundadır. Birçok durumda tanınma için gerekli koşulların, Avrupa Topluluğu Beyannamesi hakkında önceki bölümdeki yorumların da gösterdiği gibi, devlet olma meselesini etkilediği görülebilir. Tanınma ve devlet olma kriterleri arasında birbirini tamamlayıcı bir ilişki vardır. Bu bağlamda somut bir durumda uluslararası tanınmanın düzeyi arttıkça devlet olma kriterlerini taşıyıp taşımadığı daha az tartışılabilir. Buna karşılık, uluslararası tanınma daha az ise ilgili kriterler açısından uygun olup olmadığının kanıtı üzerinde daha çok odaklanılacaktır.

### Devletin Son Bulması<sup>52</sup>

Devletin son bulması birleşme, ilthak ya da tarihsel olarak ilhakin bir sonucu olarak gerçekleşebilir. Bu durum, ayrıca, mevcut bir devletin parçalanmasının bir sonucu olarak da meydana gelebilir.<sup>53</sup> Genel olarak, bir devletin çözülmesi uluslararası olarak kabul edilmeden önce devletin son bulması konusuna ihtiyatla yaklaşılması gerekir.<sup>54</sup> Bir devletin yok olması - varlığı gibi - bir olgu olmakla birlikte<sup>55</sup>, bu hukuki şartlara bağlıdır. Belli fiili durumlarda belli bazı hukuki sonuçları tanzim edecek olan uluslararası hukuktur ve bu olgunun (devletin son bulması) değerlendirilmesi belli bir hukuki çerçeve içerisinde gerçekleşecektir.

Hükümetlerin son bulması sıra dışı bir olay değildir, ancak devletlerin sona ermesi ise daha nadir görülür. Bu, uluslararası hukukta Ağustos 1990'daki Kuveyt Krizi ve müteakip

<sup>51</sup> Beyanname için bkz., 31 ILM, 1992, ss. 1486-7 ve 92 ILR, s. 173.

<sup>52</sup> Örneğin bkz., Crawford, *Creation of States*, ss. 700 vd., ve *Oppenheim's International Law*, s. 206. Ayrıca bkz., H. Ruiz-Fabri, 'Genese et Disparition de l'Etat a l'Epoque Contemporaine', AFDI, 1992, s. 153.

<sup>53</sup> *Oppenheim's International Law*, ss. 206-7. Devletin son bulması devletin topraklarının coğrafi olarak ortadan kaybolmasının bir sonucu olarak da gerçekleşebilir. Örneğin Tuvalu'nun durumuna ilişkin bkz., *Guardian*, 29 October 2001, s. 17.

<sup>54</sup> Örneğin bkz., Yugoslav Arbitration Commission, Opinion No. 8, 92 ILR, ss. 199, 201.

<sup>55</sup> *A.g.e.*

BM müdahalesinin açıkça gösterdiği gibi<sup>56</sup> hukuk dışı güç kullanımının ya da bir devletin içerisinde baş gösteren iç karışıklıkların bir sonucu olarak ortaya çıkmaz<sup>57</sup>; ancak rızayla meydana gelebilir. Bu konuda yakın dönemdeki üç örneğe işaret edilebilir. 22 Mayıs 1990 tarihinde Kuzey ve Güney Yemen tek bir devlet (Yemen Cumhuriyeti) olmak üzere birleşmiştir.<sup>58</sup> 3 Ekim 1990 tarihinde, iki Alman devleti, Alman Demokratik Cumhuriyeti'nin Almanya Federal Cumhuriyeti'ne anayasal katılımının bir sonucu olarak yeniden birleşmiştir.<sup>59</sup> 1 Ocak 1993 tarihinde ise Çekoslovakya'nın dağılması<sup>60</sup> ve Çek Cumhuriyeti ve Slovakya olarak iki yeni devletin kurulması, bir devletin parçalanması ya da yok olmasının daha başka bir örneğidir.<sup>61</sup>

1991 yılı boyunca Sovyetler Birliği'nin çözülüş süreci ivme kazanmıştır. Baltık devletleri yeniden bağımsızlıklarını ilan ettiler<sup>62</sup> ve SSCB'nin diğer cumhuriyetleri de bağımsız olma niyetlerini açıkladılar. 1991'in Aralık ayında Bağımsız Devletler Topluluğu (BDT) ilan edildi ve Alma Ata Deklarasyonu'nda<sup>63</sup> BDT'nin kuruluşuyla 'Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin varlığını sona erdirdiği' açıklanmıştır. BDT devletleri 'Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin Birleşmiş Milletler'deki üyeliğini (Güvenlik Konseyi'ndeki daimi üyelik ve diğer uluslararası organizasyonlardaki üyelikleri de dahil olmak üzere) Rusya'nın devam ettirmesini' desteklediklerini ilan ettiler.<sup>64</sup> Rusya'nın SSCB'nin devamı olduğu ve eski Sovyetler Birliği cumhuriyetlerinin bağımsızlıklarını göz önüne alan bununla ilgili düzenlemeler çoğunlukla kabul edilmiştir.<sup>65</sup> Bu yüzden bu durum, temel olarak bir mevcut devletin transformasyonundan oluşan bir parçalanma örneğidir. SSCB'nin ortadan kalkmasına, Rusya Federasyonu'nun SSCB'nin devamı olduğu (uluslararası olarak da kabul edilen) iddiası eşlik etti. Devamlılık unsuru devlet halefiyeti kuralları bağlamında çok önemli olmakla birlikte<sup>66</sup>, bu unsur devletlerin sona ermesi bağlamında bir sorun teşkil eder.

Buna karşılık, 1991 ve 1992 yılları boyunca yaşanan eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin dağılma sürecinin bu devletin dağılmasıyla sonuçlandığını ilgili tarafların hepsi kabul etmemiştir.<sup>67</sup> Eski Sırbistan ve Karadağ Cumhuriyetlerinden oluşan Yugoslavya Federal Cumhuriyeti kendisini daha daralmış sınırlar içerisinde eski devletin devamı olarak görürken, diğer eski cumhuriyetler ise bu görüşe karşı çıkmış ve daha ziyade Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin (Sırbistan ve Karadağ), Hırvatistan, Slovenya ve Bosna Hersek gibi eski cumhuriyetler ile tamamen aynı gerekçelerle eski Yugoslavya'nın halefi olduğunu savunmuştur. Konu, Yugoslavya Hakem Komisyonu tarafından tartışıldı. 29 Kasım 1991 tarihindeki 1 numaralı görüş bildirisinde o aşamada Yugoslavya Sosyalist Federal

<sup>56</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 21. Bölüm.

<sup>57</sup> 1990'lı yılların başlarından günümüze kadar Somali'de olduğu gibi. Örneğin bkz., 751 (1992); 767 (1992); 794 (1992); 814 (1993); 837 (1993); 865 (1993); 885 (1993) ve 886 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Ayrıca bkz., Crawford, *Creation of States*, ss. 412 vd.

<sup>58</sup> Bkz., *Keesing's Record of World Events*, s. 37470 (1990). Ayrıca bkz., 30 ILM, 1991, s. 820, ve R. Goy, 'La Reunification du Yemen', AFDI, 1990, s. 249.

<sup>59</sup> Ayrıca bkz., C. Schrike, 'L'Unification Allemande', AFDI, 1990, s. 47, ve W. Czaplinski, 'Quelques Aspects sur la Reunification de l'Allemagne', AFDI, 1990, s. 89.

<sup>60</sup> O dönemde Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti olarak adlandırılmıştı.

<sup>61</sup> Örneğin bkz., J. Malenovsky, 'Problemes Juridiques Lies `a la Partition de la Tcheoslovaquie', AFDI, 1993, s. 305.

<sup>62</sup> Bkz., L. Kherad, 'La Reconnaissance Internationale des Etats Baltics', RGDIP, 1992, s. 843.

<sup>63</sup> Bkz., 31 ILM, 1992, ss. 148-9.

<sup>64</sup> *A.g.e.*, s. 151.

<sup>65</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>66</sup> Bkz., aşağıda 17. Bölüm.

<sup>67</sup> Ayrıca bkz., A. Pellet, 'La Commission d'Arbitrage de la Conference Europeenne pour la Paix en Yougoslavie', AFDI, 1991, s. 329; AFDI, 1992, s. 220, ve AFDI, 1993, s. 286.

Cumhuriyeti'nin 'dağılma sürecinde' olduğu belirtildi.<sup>68</sup> Öte yandan, 4 Temmuz 1992 tarihindeki 8 numaralı görüş bildirisinde Hakem Komisyonu dağılma sürecinin tamamlandığı ve Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin artık var olmadığını açıklamıştır. Bu sonuca, Slovenya, Hırvatistan ve Bosna Hersek'in yeni devletler olarak tanınması, Sırbistan ve Karadağ cumhuriyetlerinin 'Yugoslavya Federal Cumhuriyeti' için yeni bir anayasa kabul etmesi ve BM kararlarının 'eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'ne atıfta bulunarak kabul edilmesi, temelinde ulaşılmıştır.<sup>69</sup> Komisyon ayrıca kurucu birimlerin çoğunluğunun, ki bunlar federal devletin toprakları ve nüfusunun çoğunluğuna sahiptiler, federal merkezi otoritenin artık etkin olarak işleyemediği sonucuna vararak kendilerini egemen devletler olarak ortaya koymaları ile federal devletlerin varlığı hususunda ciddi anlamda uzlaşmaya varıldığını vurguladı.<sup>70</sup> BM Güvenlik Konseyi 1992 yılındaki 777 sayılı kararında 'eskiden Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti olarak bilinen devletin varlığını sona erdirdiğini' açıklamıştır. Bu, Güvenlik Konseyi'nin eski Yugoslavya devletleri arasındaki Dayton Barış Anlaşması'nı (Bosna Hersek'te Barış İçin Genel Çerçeve Anlaşması) memnuniyetle karşılayan ve yaptırımların uygulanmasını askıya alan 1995 yılındaki 1022 sayılı kararında, Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin 'varlığını sona erdirdiği' yönündeki ifadesiyle yinelenmiştir. 27 Ekim 2000 tarihinde Güvenlik Konseyi'ne yapılan talep üzerine<sup>71</sup>, 1 Kasım 2000 tarihinde Yugoslavya Birleşmiş Milletler'e yeni bir üye olarak kabul edilmiştir.<sup>72</sup>

### Devletlerin Temel Hakları

Devletlerin temel hakları, diğer hukuk düzenlerinde olduğu gibi, kendi öznelерinin özelliklerini tanımlayabilen uluslararası hukuk düzeni sayesinde vardır.<sup>73</sup>

### Bağımsızlık<sup>74</sup>

Belki de bir devletin en öne çıkan özelliği, onun bağımsızlığı ya da egemenliğidir. Bu, 1949 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Devletlerin Hak ve Yükümlülükleri Hakkındaki Taslak Deklarasyonu'nda, bir devletin kendi refahını ve gelişimini diğer devletlerin hakimiyetinden (onların meşru haklarını ihlal etmemek ve zarar vermemek şartıyla) bağımsız sağlama kapasitesi olarak tanımlanmıştır.<sup>75</sup> Bağımsızlıkla bir

<sup>68</sup> 92 ILR, ss. 164-5. Dağılma hususunda gerçek durumun belirlenmesinde devletin federal yapısının önemini not etmek gerekir. Hakem Komisyonu bu tür olaylarda 'devletin varlığının, federal organların federasyonun unsurlarını temsil ettiği ve etkili güce sahip olduğunu gösterdiği'ne işaret etmiştir. Bkz., *a.g.e.*, s. 165.

<sup>69</sup> Örneğin bkz., 752 ve 757 (1992) Güvenlik Konseyi kararları. Ayrıca 27 Haziran 1992 tarihinde Lizbon Konseyi'nde Avrupa Topluluğu tarafından kabul edilen karara bakılabilir (Opinion No. 9, 92 ILR, ss. 204-5'da aktarılmıştır).

<sup>70</sup> 92 ILR, s. 201. Hakem Komisyonu 9 ve 10 numaralı görüşlerinde Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin (Sırbistan ve Karadağ) kendisini Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin devamı olarak göremeyeceği, ancak bunun yerine tanınan yeni devletler ile aynı temelde Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin haleflerinden biri olduğunu belirtmiştir. Bkz., *a.g.e.*, ss. 205 ve 208.

<sup>71</sup> Bkz., *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, ICJ Reports, 2003, s. 7.

<sup>72</sup> 55/12 sayılı Genel Kurul kararı.

<sup>73</sup> Örneğin bkz., A. Kiss, *Repertoire de la Pratique Francaise en Matiere de Droit International Public*, Paris, 1966, Cilt: 2, ss. 21-50, ve *Survey of International Law*, (BM Genel Sekreterliği tarafından hazırlandı), A/CN.4/245. Ayrıca bkz., O. Spiermann, 'General Legal Characteristics of States: A View from the Past of the Permanent Court of International Justice' *Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford* (ed. C. Chinkin ve F. Baetens), Cambridge, 2015, s. 144 ve A. Orakhelashvili, 'The Dynamics of Statehood in the Practice of International and English Courts' *a.g.e.*, s. 172.

<sup>74</sup> *Oppenheim's International Law*, s. 382. Ayrıca bkz., N. Schrijver, 'The Changing Nature of State Sovereignty', 70 BYIL, 1999, s. 65; C. Rousseau, 'L'Independance de l'Etat dans l'Ordre International', 73 HR, 1948 II, s. 171; H. G. Gelber, *Sovereignty Through Independence*, The Hague, 1997; ve Daillier ve diğerleri, *Droit International Public*, s. 465.

<sup>75</sup> *Yearbook of the ILC*, 1949, s. 286. Hakim Huber *Island of Palmas* davasında 'dünyanın bir kısmına ilişkin bağımsızlık orada, başka devletlerden münhasıran, devlet fonksiyonlarını icra etmektedir' demiştir. 2 RIAA, ss. 829, 838 (1928); 4 AD, s. 3.

hukuki kavrama atıfta bulunulur ve uluslararası hukuk kurallarına tabi olmak bağımsızlıktan bir sapma değildir. Gerçekte var olabilen herhangi bir politik ya da ekonomik bağımlılık, ilgili devlet daha üstün bir devletin taleplerine boyun eğmeye resmi olarak zorlanmadığı müddetçe - ki bu durumda bağımlılık statüsü söz konusudur - o devletin hukuki bağımsızlığını etkilemez. 1931 yılında Uluslararası Daimi Adalet Divanı önündeki *Austro-German Customs Union* davasında bağımsızlığın anlamı ve içeriği hakkında bir tartışma yer almıştır.<sup>76</sup> Tartışma, Almanca konuşan iki ülke arasında bir serbest ticaret gümrük birliği oluşturma önerisi ve bunun 1919 Barış Antlaşmalarına (ve onu izleyen 1922 yılındaki protokole) uygun olup olmadığını tartıştı. Bu antlaşmalar ve protokolde Avusturya, Milletler Cemiyeti Konseyi'nin rızası olmaksızın bağımsızlığından taviz verecek eylemlerde bulunmayacağını taahhüt etmiştir. Davada mahkeme önerilen birliğin Avusturya'nın ekonomik bağımsızlığını olumsuz yönde etkileyeceğini savunmuştur. Hakim Anzilotti bir devletin özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların (ister teamül hukukundan isterse de antlaşma yükümlülüklerinden kaynaklansın) bu şekilde o devletin bağımsızlığını etkilemeyeceğini belirtmiştir. Bu tür sınırlamalar söz konusu devleti diğer bir devletin hukuki otoritesi altına sokmadığı müddetçe, o devlet bağımsız bir devlet olma statüsünü devam ettirmiştir.<sup>77</sup>

Uluslararası Daimi Adalet Divanı *Lotus* davasında<sup>78</sup> 'devletlerin bağımsızlığı üzerindeki sınırlamaların kabul edilemeyeceği'ni vurgulamıştır. Farklı durumlardaki benzer bir noktaya *Nicaragua* davasında<sup>79</sup> Uluslararası Adalet Divanı tarafından işaret edilmiştir. Davada mahkeme, 'uluslararası hukukta ilgili devlet tarafından antlaşma ya da başka yolla kabul edilebilecek kurallardan (ki bu sayede egemen bir devletin silahlanma düzeyi sınırlandırılabilir) başka bu tür kuralların olmadığı ve bu prensibin istisnasız bütün devletler için geçerli olduğu'nu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davasında<sup>80</sup> 'devlet uygulamasının, belli bazı silahların kullanımının hukuk dışılığının bir yetki yokluğundan kaynaklanmadığı, aksine yasaklama açısından formüle edildiğini gösterdiği'nin altını çizmiştir. Uluslararası hukuk sistemi içerisinde devletlerin hak ve yükümlülüklerinin ele alınmasında başlangıç noktası, uluslararası hukukun devletlerin hareket özgürlüğüne, bunu kısıtlayan bir kural olmadığı müddetçe, izin vermesidir. Bununla beraber, bu tür bir özgürlük uluslararası hukuk sisteminin dışında değil içerisinde vardır ve bu yüzden devletlerin bağımsızlığının kapsamı ve içeriğini dikte eden uluslararası hukuktur, bireysel ve tek taraflı olarak devletlerin kendileri değil.

Uluslararası hukukta bağımsızlık kavramı birçok hak ve yükümlülükleri içerir: Örneğin, bir devletin kendi toprakları ve nüfusu üzerinde yargı yetkisini kullanma hakkı ya da belli durumlarda meşru müdafaaada bulunma hakkı gibi. Bu kavram ayrıca diğer egemen devletlerin iç ilişkilerine müdahale etmeme yükümlülüğünü de içerir. Tam olarak bir devletin iç ilişkilerinin ne olduğu tartışmaya açıktır ve duruma göre sürekli değişen standardı mevcuttur. Batılı devletler uzun yıllar, sömürge sahibi olmaları hususunda Birleşmiş Milletler tarafından herhangi bir tartışma ya da eylem gerçekleştirilmesinin<sup>81</sup> uluslararası hukuka aykırı olduğunu savunmuştur.

<sup>76</sup> PCIJ, Series A/B, No. 41, 1931; 6 AD, s. 26.

<sup>77</sup> PCIJ, Series A/B, No. 41, 1931, s. 77 (Karşı Oy Görüşü); 6 AD, s. 30. Ayrıca bkz., *North Atlantic Coast Fisheries* davası (1910), Scott, *Hague Court Reports*, s. 141 ve s. 170, ve *Wimbledon* davası, PCIJ, Series A, No.1, 1923, s. 25; 2 AD, s. 99.

<sup>78</sup> PCIJ, Series A, No. 10, 1927, s. 18; 4 AD, ss. 153, 155.

<sup>79</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 14, 135; 76 ILR, ss. 349, 469. Ayrıca bkz., *the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 238-9; 110 ILR, s. 163.

<sup>80</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 226, 247; 110 ILR, s. 163.

<sup>81</sup> BM Sözleşmesi'nin 2 (7). maddesi 'Sözleşmenin hiçbir hükmünün Birleşmiş Milletler'e herhangi bir devletin temel olarak kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediğini' öngörmektedir.

Bununla birlikte, Avrupalı sömürgeci güçlerin bu argümanı başarılı olmamış ve Birleşmiş Milletler sömürgecilikle ilgili birçok konuyu incelemiştir.<sup>82</sup> Ayrıca insan hakları ve ırkçı baskılarla ilgili konular günümüzde dışa kapalı iç yetki alanı kategorisi içerisinde girmektedir. Avrupa Topluluğu adına, örneğin, 'insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması kesinlikle bir devletin içişlerine müdahale olarak görülemez' açıklaması yapılmıştır. Ayrıca 'her ne zaman insan hakları ihlal edilirse ahlaki açıdan müdahalede bulunma hakkına' atıfta bulunulmuştur.<sup>83</sup>

Herhangi bir devletin iç yetki alanı içerisindeki konulara müdahalede bulunmama yükümlülüğü, 1970 yılının Ekim ayında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Devletlerarası Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk Prensipleri Hakkındaki Deklarasyon'da yer almıştır. Deklarasyonda şu ifade edilmiştir:

*"Hiçbir devlet ya da devletler grubu doğrudan ya da dolaylı olarak her ne sebeple olursa olsun diğer bir devletin iç ya da dış ilişkilerine müdahalede bulunma hakkına sahip değildir. Dolayısıyla, silahlı müdahale ve diğer bütün müdahale formları ya da devletin kişiliğine veya onun politik, ekonomik ve kültürel unsurlarına karşı tehdit teşebbüsleri uluslararası hukukun ihlalidir."*

Yasak, ayrıca, bir devletin hükümetini şiddet yoluyla devirmeyi amaçlayan yıkıcı unsurlara herhangi bir destekte bulunma ya da yardım yapmayı da kapsamaktadır. Özellikle, insanları kendi ulusal kimliklerinden yoksun bırakmak için güç kullanımı, müdahalede bulunmama prensibinin ihlali sayılmıştır.<sup>84</sup>

Müdahalede bulunmama gibi egemenlikle ilgili prensipler, rekabet eden devletlerden oluşan makul derecede istikrarlı bir sistemin devamı için esastır. Devletlerin diğer devletlerle ilişkilerinde güçleri üzerinde sınırlama getirme, hukuki düzen içerisinde istikrarın teminine belli ölçüde katkıda bulunur. Uluslararası Adalet Divanı'nın 1949 yılında *Corfu Channel* davasında işaret ettiği gibi, 'bağımsız devletler arasında, ülke egemenliğine saygı uluslararası ilişkilerin temel bir dayanağıdır.'<sup>85</sup>

Benzeri bir şekilde, bir devlet diğer bir devletin toprakları içerisinde o devletin rızası olmaksızın kendi hukukunu uygulama iddiasında bulunamaz. Bununla beraber, uluslararası hukukun bazı durumlarda tutuklamanın hukuksuzluğuna rağmen devletin kendi yargı yetkisini kullanmaya devam etmesine izin verdiği görülmektedir.<sup>86</sup> Ayrıca bir egemen devletin toprakları üzerinde yabancı askerlerin varlığı, o devletin rızasını gerektirir.<sup>87</sup>

### **Eşitlik<sup>88</sup>**

Çok önemli prensiplerden bir diğeri de devletlerin hukuki eşitliğidir, ki bu hukuki hak ve yükümlülüklerinin eşitliği anlamına gelir. Devletler, büyüklükleri ve güçlerinden bağımsız

<sup>82</sup> Bkz., Higgins, *Development*, ss. 58–130; M. Rajan, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, 2. Baskı, London, 1961, ve H. Kelsen, "Principles of International Law", 2. Baskı, London, 1966.

<sup>83</sup> E/CN.4/1991/SR. 43, s. 8, (UKMIL, 62 BYIL, 1991, s. 556'dan aktarıldı). Ayrıca Avrupa Topluluğu'nun 1992'deki aynı mealdeki açıklaması için bkz., UKMIL, 63 BYIL, ss. 635–6. Buna mukabil, İran'ın İngiliz yazar Salman Rüşdi'yi idama mahkum eden fetvası, Birleşik Krallık tarafından İran'ın Birleşik Krallık'ın içişlerine müdahalede bulunmama yönündeki taahhütünü sorgulanabilir hale getirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz., *a.g.e.*, s. 635. Ayrıca bkz., M. Reisman, 'Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law', 84 AJIL, 1990, s. 866.

<sup>84</sup> Ayrıca güç kullanımı hakkında bkz., aşağıda 20. Bölüm.

<sup>85</sup> ICJ Reports, 1949, ss. 4, 35; 16 AD, ss. 155, 167. Ayrıca bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>86</sup> Örneğin bkz., *Eichmann* davası, 36 ILR, s. 5. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>87</sup> Bu konuda, Baltık devletlerinde Rus askeri varlığına ilişkin 25 Kasım 1992 tarihinde Avrupa Topluluğu adına yapılan açıklamaya bakılabilir. Bkz., UKMIL, 63 BYIL, 1992, s. 724.

<sup>88</sup> *Oppenheim's International Law*, s. 339; Daillier ve diğerleri, *Droit International Public*, s. 472.

olarak, aynı yetki ve fonksiyonlara sahiptirler ve eşit şekilde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda bir oy hakları vardır. Devletlerin hukuki eşitliği doktrini, kapsamı içerisinde bütün devletlerin kabul edilmiş hak ve yükümlülüklerini içerdiğinden bir şemsiye kategoridir.

Bu doktrin, 1970 yılındaki Uluslararası Hukuk Prensipleri Hakkındaki Deklarasyon'da tanınmıştır. Bu deklarasyonda belirtildiği üzere;

*“Bütün devletler mutlak eşitlikten yararlanırlar. Bütün devletler, ekonomik, toplumsal, siyasal ya da başka nitelikteki farklılıklara bağlı olmaksızın eşit haklara ve yükümlülüklerle sahiptirler ve uluslararası toplumun eşit üyeleridirler. Mutlak eşitlik özellikle aşağıda sayılan unsurları içerir:*

- (a) Devletler hukuksal olarak eşittirler;
- (b) Her devlet tam egemenliğin doğasında var olan haklardan yararlanır;
- (c) Her devletin başka devletlerin şahsına saygı gösterme yükümlülüğü vardır;
- (d) Devletin toprak bütünlüğü ve siyasal bağımsızlığı dokunulmazdır;
- (e) Her devlet kendi siyasal, ekonomik ve kültürel sistemlerini özgürce seçme ve geliştirme hakkına sahiptir;
- (f) Her devletin, kendi uluslararası yükümlülüklerini iyi niyet çerçevesinde ve tamamen yerine getirmek ve diğer devletler ile barış içinde yaşamak görevi vardır.”<sup>89</sup>

Birçok açıdan bu doktrin kökenlerini Doğal Hukuk düşüncesine borçludur. Eşitlik insanın özü olarak görüldüğü ve böylece devletin temellerine felsefi olarak katkıda bulunduğu için, doğal hukuk görüşünü savunan düşünürler de eşitliği devletlerin doğal koşulu olarak değerlendirmişlerdi. Pozitivizmin yükselişi ile vurgu değişti ve bütün her şeye uygulanabilir ve hak ve yükümlülüklerin kaynağı olacak genel bir kural varsaymaktan ziyade, uluslararası hukukçular her bir devletin egemenliği ve uluslararası hukukun devletlerin rızası üzerine kurulu olması gerekliliği üzerinde yoğunlaştılar.

Hukuk önünde eşitlik nosyonu, devletler tarafından hukuki kişiliğin ve kapasitenin eşitliği anlamında kabul edilir. Bununla birlikte, hukuk yapma hususunu devletlerin eşitliği açısından ele almak tam olarak doğru olmayabilir. Büyük devletler ilgileri çok daha geniş, çıkarları çok daha derin ve güçleri de çok daha etkin olduğu için her zaman konumlarıyla orantılı bir etkiye sahip olacaklardır.<sup>90</sup>

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu içerisinde eşitlik doktrini bir devlete bir oy kuralı çerçevesinde devam ettirilmektedir.<sup>91</sup> Bununla birlikte, ABD, Rusya, Çin, Fransa ve İngiltere'nin Güvenlik Konseyi'ndeki veto hakkı olması da göz ardı edilmemelidir.<sup>92</sup>

### **Barış İçinde Bir Arada Yaşama**

Bu kavram SSCB, Çin ve Üçüncü Dünya tarafından hukuki içeriği hakkında farklı şekillerde ve farklı görüşlerle formüle edilmiştir. Kavram, 1954 yılında Hindistan ve Çin tarafından birbirinin toprak bütünlüğüne ve egemenliğine karşılıklı saygı, karşılıklı saldırmazlık, birbirinin işlerine müdahalede bulunmama ve eşitlik prensibi başlıkları altında Barış İçinde

<sup>89</sup> Ayrıca Avrupa'da Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Nihai Senedi'ne de bakılabilir. Bkz., Helsinki, 1975, Cmnd 6198, ss. 2-3. Ayrıca bkz., O'Connell, *International Law*, ss. 322-4; P. Kooijmans, *The Doctrine of the Legal Equality of States*, Leiden, 1964, ve Marshall CJ, *The Antelope*, 10 Wheat., 1825, ss. 66, 122.

<sup>90</sup> Bkz., Daillier ve diğerleri, *Droit International Public*, ss. 1098.

<sup>91</sup> Örneğin bkz., L. Sohn, *Cases on UN Law*, 2. Baskı, Brooklyn, 1967, ss. 232-90, ve G. Clark ve L. Sohn, *World Peace Through World Law*, 3. Baskı, New York, 1966, ss. 399-402.

<sup>92</sup> Devletlerin eşitliği doktrini, yargı bağımsızlıkları gibi uluslararası hukuk alanlarında da etkilidir. Bkz., aşağıda 13. Bölüm; aynı bağlamda devlet tasarrufu konusunda ise bkz., 4. Bölüm.

Bir Arada Yaşamın Beş Prensipleri olarak geliştirilmiştir.<sup>93</sup>

Bu düşünce 1955 Bandung Konferansı'nın Sonuç Bildirgesi gibi birkaç uluslararası belgede ve Birleşmiş Milletler'in değişik kararlarında genişletilmiştir.<sup>94</sup> Kavramın kabul edilen unsurları ayrıca Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi'nin Prensipler listesinde de yer almıştır. Sıralanan konular arasında mutlak eşitlik, devletlerin içişlerine müdahalede bulunmama, devletlerin egemenlik ve toprak bütünlüğüne saygı kavramlarının yanı sıra bir devletten diğerine karşı yürütülen yıkıcı faaliyetlerin kınanması da vardır. Bu kategori içinde yer alan diğer kavramlar, saldırmazlık ve uluslararası yükümlülüklerin iyi niyet çerçevesinde yürütülmesi gibi prensipleri kapsar. Sovyetler Birliği ayrıca barış içinde bir arada yaşamın çağdaş uluslararası hukukta yol gösterici prensip olduğu görüşünü açıklamıştır.<sup>95</sup> Bu kavrama ilgi 1954 tarihli Birlikte Yaşamaya Dair Beş İlke'nin öneminin devam ettiğinin altını çizen Uluslararası Hukukun Yükseltilmesine ilişkin Rusya-Çin Bildirgesinin 25 Haziran 2016'da kabul edilmesiyle yenilenmiştir.<sup>96</sup>

### Himaye ve Koruma Altındaki Devletler<sup>97</sup>

Bazen himaye altındaki (*protectorate*) devletler ile koruma altındaki (*protected*) devletler arasında ayırım yapılır. İlk örnekte genellikle ilgili birim, bir devlet ile kendi ayrı hukuki kişiliğinin kabul edildiği fakat ayrı devletin söz konusu olmadığı bir ilişki biçimine dayanan bir düzenlemeye girer. Koruma altındaki devlet örneğinde ise, ilgili birim ayrı devlet statüsünü devam ettirir, ancak diğer devlet ile o devletin kendisinin belli bazı iç ve dış fonksiyonlarını sağladığı geçerli bir antlaşma ilişkisine girer. Bununla birlikte, tam olarak hangi tür bir düzenleme yapıldığı ve söz konusu statünün, hakların ve yükümlülüklerin niteliği, duruma ve, özellikle de ilgili anlaşmanın hükümleri ve üçüncü tarafların yaklaşımına, bağlı olacaktır.<sup>98</sup>

Fas örneğinde, 1912 yılında Fransa ile yapılan Fez Antlaşması Fransa'ya Fas adına belli bazı egemenlik güçlerini (uluslararası ilişkiler de dahil olmak üzere) kullanma yetkisi vermiştir. Ancak Uluslararası Adalet Divanı Fas'ın hukuki dava durumlarında egemen bir devlet olarak kalmaya devam ettiğini vurguladı.<sup>99</sup>

Sömürgecilik dönemindeki Sahra Altı Afrika örneğinde, devletlerle değil kabile toplulukları ile himaye antlaşmalarına girilmiştir. Bu birimler "kolonyal himaye" olarak adlandırılmış ve iç kolonyal düzenlemelere tabi olmuştur. Bu antlaşmalar uluslararası olarak tanınan devletlerle yapılan uluslararası antlaşmalar niteliğinde değildir.<sup>100</sup>

Bu tür durumlarda himaye eden devlete aktarılan yetkilerin kapsamı - tıpkı düzenlemenin sona erme biçimi gibi - değişkenlik gösterebilir. Bu durumlarda biçimsel egemenlik etkilenmez ve söz konusu birim bir devlet olarak statüsünü devam ettirir ve değişik uluslararası platformlarda - kuşkusuz ki düzenlemenin hükümlerini gözeterek - bu

<sup>93</sup> Örneğin bkz., Tunkin, *Theory*, ss. 69-75. Ayrıca bkz., B. Ramondo, *Peaceful Co-existence*, Baltimore, 1967, ve R. Higgins, *Conflict of Interests*, London, 1965, ss. 99-170.

<sup>94</sup> Örneğin bkz., 1236 (XII) ve 1301 (XIII) sayılı Genel Kurul kararları. Ayrıca bkz., *Yearbook of the UN*, 1957, ss. 105-9; *a.g.e.*, 1961, s. 524 ve *a.g.e.*, 1962, s. 488.

<sup>95</sup> Tunkin, *Theory*, ss. 35-48.

<sup>96</sup> [http://www.mid.ru/en/foreign\\_policy/news/-/asset\\_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2331698](http://www.mid.ru/en/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2331698).

<sup>97</sup> Bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 266; Crawford, *Creation of States*, ss. 286 vd.; O'Connell, *International Law*, ss. 341-4, ve Verzijl, *International Law*, ss. 412-27.

<sup>98</sup> Bkz., *Tunis and Morocco Nationality Decrees* davası, (1923) PCIJ, Series B, No. 4, s. 27; 2 AD, s. 349. Ayrıca Ionian Adaları sorunu hakkında bkz., M. F. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, London, 1926, ss. 181-2.

<sup>99</sup> *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, ICJ Reports, 1952, ss. 176, 188; 19 ILR, ss. 255, 263. Ayrıca bkz., *Bena'im c. Procureur de la R'epublique de Bordeaux*, AFDI, 1993, s. 971.

<sup>100</sup> Bkz., *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 404-7. Ayrıca bkz., *Island of Palmas* davası, 2 RIAA, ss. 826, 858-9, ve Shaw, *Title*, 1. Bölüm.



şekilde hareket edebilir. Bu konuda yükümlülük sadece himaye eden devletin tavsiyelerini dikkate almak şeklinde olabileceği gibi, Lihtenştayn örneğinde olduğu üzere, himaye eden devletin talimatına tabi olan bir diplomatik heyet biçimi şeklinde de genişleyebilir. Örneğin, diplomatik temsil, posta, telgraf ve telefon hizmetlerinin idaresi ve belli bazı hukuki konularda nihai karar verme gibi egemenliğe ait yetkilerini devrettiği için, Lihtenştayn'ın sözleşme ile getirilen uluslararası yükümlülükleri yerine getiremeyeceği gerekçesiyle Milletler Cemiyeti'ne girişi reddedilmiştir.<sup>101</sup> Ancak Lihtenştayn Uluslararası Adalet Divanı Sözleşmesi'ne taraftı ve Divan önüne gelen *Nottebohm* davasına<sup>102</sup> da taraf olmuş, ki bu imkan sadece devletlere açıktır. Lihtenştayn 1990 yılında Birleşmiş Milletler'e katılmıştır.

### Federal Devletler<sup>103</sup>

Federasyon ya da konfederasyonun merkez ile yerel birimler arasında gücün göreceli dağılımına göre çeşitli formları vardır. Gücün çoğu bazı devletlerde merkezi hükümetin, diğerlerinde ise yerel birimlerin elindedir. Konfederasyon daha esnek bir düzenlemedir ve merkezi organın aleyhine bileşenlerine önemli ölçüde otorite ve yetki bırakır.<sup>104</sup>

Yugoslavya Hakem Komisyonu 1 numaralı görüş bildirisinde, bir ölçüde otonomiye sahip topluluklardan oluşan ve bu toplulukların federasyonun ortak kurumlarının çerçevesi içerisinde politik güç kullanımına katıldığı bir federal devlet örneğinde, 'devletin varlığı(nın) federal organların federasyonun bileşenlerini temsil ettiği ve etkin gücü kullandığı anlamına geldiğini' belirtmiştir.<sup>105</sup> Ayrıca, 'federal otoritenin artık etkin olarak yürürlükte olmadığı ve federal devletin (ülkenin ve nüfusun büyük bölümünü oluşturan) bileşenlerinin çoğunun kendilerini egemen devletler olarak ortaya koyduğu zaman', bu tür bir federal devletin varlığı ciddi oranda tehlikeye girmiş demektir.<sup>106</sup>

Bu tür düzenlemelerin özünde var olan yetki dağılımı, sıklıkla uluslararası hukuk açısından - özellikle kişilik, sorumluluk ve dokunulmazlık alanlarında - önemli soruları ortaya çıkarmaktadır. Federasyonun iki ya da daha çok devlete parçalanması, ayrılma şeklindeki self determinasyon doktrini gündeme getirmektedir. Bu tür parçalanma, dostane ve anayasal bir anlaşmanın sonucu olabilir ya da zor kullanarak ayrılmayı müteakiben meydana gelebilir. İkinci durumda, uluslararası hukuk kurallarının yardımına başvurulabilir, fakat bu durumlarda (kabul edilen sömürge ile ilgili durumlardan başka) ayrılmaya başvurmayı meşrulaştıracak nitelikte bağımsız devletlere uygulanabilir bir self-determinasyon hakkının olmadığı görünmektedir. Kuşkusuz ki aksine bir Güvenlik Konseyi kararı olmadığı durumda ayrılmaya çabalarına engel olabilecek bir uluslararası hukuk yükümlülüğü yoktur; durum iç hukuka tabi bulunmaktadır. Bununla birlikte, böyle bir ayrılma fiili olarak başarılı olursa, sonrasında tanınma ve devlet olmanın uygun kriterlerine dair kavramlar konuyla ilgili hale gelecek ve yeni duruma ilişkin belirleyici olacaktır.<sup>107</sup>

Federal devletin kendisinin de kişiliği vardır, ancak uluslararası alanda federasyonun bileşenlerinin kişiliği ve ehliyeti konusu ise, gerçekte sadece ilgili devletin anayasası ve devlet uygulaması ışığında belirlenebilir. Örneğin, 1945 yılında o dönemde Sovyet Cumhuriyetleri olan Belarus ve Ukrayna Birleşmiş Milletler'e üye olarak kabul

<sup>101</sup> Bkz., Crawford, *Creation of States*, ss. 479 vd.; Report of the 5th Committee of the League, 6 December 1920, G. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington, 1940, Cilt: 1, ss. 48-9, ve Higgins, *Development*, s. 34, 30. dipnot.

<sup>102</sup> ICJ Reports, 1955, s. 4; 22 ILR, s. 349.

<sup>103</sup> Bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 245. Ayrıca bkz., I. Bernier, *International Legal Aspects of Federalism*, London, 1973, ve 17 *Revue Belge de Droit International*, 1983, s. 1 ve G. I. Hernández, 'Federated Entities in International Law' in *Statehood and Self-Determination* (ed. D. French), p. 491.

<sup>104</sup> Ayrıca bkz., aşağıda.

<sup>105</sup> 92 ILR, s. 165.

<sup>106</sup> Opinion No. 8, *a.g.e.*, s. 201.

<sup>107</sup> Bkz., aşağıda.

edilmiş ve bu ölçüde uluslararası kişiliğe sahip olmuşlardır.<sup>108</sup> Dolayısıyla, bir federasyonun sınırlı da olsa belli bir uluslararası yetki verilen bileşen devletleri bir ölçüde uluslararası kişiliğe sahip olarak kabul edilebilir. Konu özellikle antlaşmalar hususunda gündeme gelmiştir. Örneğin, Lauterpacht, Antlaşmalar Hukuku hakkındaki raporunda federal devletin bileşenleri tarafından yapılan antlaşmaların ‘uluslararası hukuk anlamında antlaşmalar’ olduğunu belirtmiştir.<sup>109</sup> Fitzmaurice ise Antlaşmalar Hukuku hakkındaki raporunda farklı bir yaklaşım benimsemiş ve bu tür federasyon bileşenlerinin, uluslararası kişiliğe tek başına sahip, antlaşmayla bağlı ve onun yürütülmesinden sorumlu birim olan federasyonun ancak temsilcileri olarak görülebileceğini ifade etmiştir.<sup>110</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Antlaşmalar Hukuku Hakkında Taslak Maddeler’in 5 (2). maddesi ‘bir federal birliğin üye devletleri(nin), federal anayasa tarafından kendilerine yetki verilmişse anayasada ortaya konulan sınırlar içerisinde antlaşma yapma yetkisine sahip olabil(eceğini)’ öngörmüştür. Ancak bu madde sonuç olarak Antlaşmalar Hukuku Hakkındaki Viyana Konferansı’nda<sup>111</sup> kısmen kuralın sözleşmenin kapsamı dışında olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Öte yandan, bu reddin en önemli sebepleri, bu hükmün üçüncü devletlere federal devletlerin anayasalarını yorumlamaya çalışarak bu devletlerin içişlerine müdahale etmesine imkan vereceği ve diğer bir perspektiften uluslararası hukukun aleyhine olarak uluslararası kişilik meselelerini belirlemek için iç hukukun gücünü gereğinden çok artıracığı endişesiydi. Bu belki de gerçekten dengeyi konunun uluslararası mahiyetinden çok uzağa taşıyabilirdi.

Farklı federasyonlar antlaşma yapma yetkisinin tahsis edilmesi hususunda farklı sistemler geliştirmiştir. Bazı örneklerde, federasyonun bileşenleri değişik koşullara bağlı olarak bu tür düzenlemelere girebilmektedir. Örneğin, İsviçre Anayasası kantonların kamu ekonomisi, sınır ilişkileri ve polislik konularında Federal Konsey’in arabulucu olarak bulunması hükmüne tabi olmaları şartıyla yabancı devletlerle antlaşma yapabilmelerine imkan tanımaktadır.<sup>112</sup> ABD örneğinde ise, dış ilişkilerin yürütülmesi sorumluluğu münhasıran Federal hükümete aittir.<sup>113</sup> Öte yandan, Amerikan federe devletleri yabancı devletler ya da o devletlerin bileşenleri (Kanada’nın Manitoba ve Quebec eyaletleri gibi) ile otoyollar ve uluslararası köprülerin inşası ile ilgili olarak bazı sözleşmelere girmişlerdir, ancak bu, federal yetkililerin yabancı devletlerle yürüttüğü görüşmeleri müteakip gerçekleşmiştir. Hangi durum olursa olsun, iç anayasal yapının ilgili birime yetki vermesinin çok önemli olduğu aşikardır. Bununla birlikte, bunu uluslararası yetkiye dönüştürecek olan ise tanınmadır.

Yakın dönemde tartışma ve ilgi konusu olan bir mesele de federasyon örneklerinde antlaşma yükümlülüklerinin iç uygulaması sorunudur. Bu özellikle federasyonun bileşenlerinin ilgili antlaşma konuları hususunda yasama yetkisine sahip olabilmesi durumunda daha çok önem arz etmektedir. Bu konu temel olarak ulusal anayasa hukuku alanı içerisine girmekle birlikte uluslararası hukuk açısından da önemli muhtemel sonuçları vardır. Örneğin, ABD’de benimsenen yaklaşım, federe devletlerin ilgili konu üzerindeki yetkisini kullandığı durumlarda antlaşmalara federal yönetimin ihtirazı kayıt koyması olmuştur. Ancak bu ihtirazı kayıt koyma, federe devletlerin yetkili otoritelerinin ilgili yükümlülüklerini yerine getirmesi için uygun önlemler almasını sağlayabilmek amacıyla Federal hükümetin uygun

<sup>108</sup> Örneğin bkz., Bernier, *Federalism*, ss. 64–6. Ayrıca bu cumhuriyetler bazı uluslararası örgütlerin üyeleri ve antlaşmalar imzaladılar.

<sup>109</sup> *Yearbook of the ILC*, 1953, Cilt: 2, s. 139.

<sup>110</sup> *Yearbook of the ILC*, 1958, Cilt: 2, s. 24. Ayrıca bkz., Waldock, *a.g.e.*, 1962, Cilt: 2, s. 36.

<sup>111</sup> A/CONF.39/SR.8, 28 April 1969.

<sup>112</sup> Örneğin bkz., A. Looper, ‘The Treaty Power in Switzerland’, *7 American Journal of Comparative Law*, 1958, s. 178.

<sup>113</sup> Bkz., ABD Anayasası, 10. Bölüm, 1. Madde; *US v. Curtiss-Wright Export Corp.* 299 US 304 (1936); 8 AD, s. 48, ve *Zachevning v. Miller* 389 US 429 (1968). Ayrıca genel olarak bkz., Whiteman, *Digest*, Cilt: 14, ss. 13–17, ve Rouseau, *Droit International Public*, ss. 138–213 ve 264–8.

adımlar atması koşuluyla söz konusudur.<sup>114</sup> Bununla beraber, genel olarak, uluslararası anlaşmalara girme hususunda çok az sınırlama vardır.<sup>115</sup>

Uluslararası antlaşmalar ve federasyonlarda bölünmüş yetki konusundaki sorun (özellikle de tipik olarak federe birimlerin hukuk yapma yetkisine bağlı alanları kapsayan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmelerine ilişkin) geçmişte de gündeme gelmiştir. Örneğin, Kanada'da merkezi hükümetin Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmelerini onaylama teşebbüsü anayasal temellerde eyaletlerin görüşlerini destekleyen mahkeme kararları ile geri çevrilmiştir.<sup>116</sup> ABD'nin de Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmelerinin onaylanması hususunda benzeri şekilde yerel yetki ve federal antlaşma yapma temellerine dayalı nedenlerle kötü bir sicili vardır.<sup>117</sup> Bu yüzden bu bağlamda gündeme gelen konu, ya söz konusu alanda federal devletin bileşenlerinin yetkisi/yetkisizliği temelinde bir antlaşmayı imzalama ya da onaylamayı reddeden bir devletin pozisyonudur ya da alternatif olarak uygulama sorunudur ve dolayısıyla da onaylamanın nerede gerçekleşeceği hususundaki sorumluluk meselesidir. İkinci durum göz önüne alınacak olursa, konu 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesi bağlamında gündeme gelmiştir. ABD bu sözleşmeye taraftır ve sözleşme, diğer konuların yanı sıra, devletlerin tutuklanma durumundaki bir yabancıyı kendi konsoloslugu ile iletişime geçme hakkı hususunda bilgilendirmesi gerektiği hükmünü içermektedir. Uluslararası Adalet Divanı, iki kez ABD'nin bu gerekliliği ihlal ettiği kararı vermiş ve "usuli ilk durum" olarak bilinen iç doktrin (davacının yargılama safhasında bir konuyu gündeme getirmemesi durumunda temyiz ya da yeniden inceleme aşamasında bu konuyu ileri sürememesi) bu ihlali meşrulaştırma nedeni ya da bahanesi olamayacağını belirtmiştir.<sup>118</sup> ABD Yüksek Mahkemesi ise, Uluslararası Adalet Divanı kararlarının "saygıdeğer mütalaa" olmakla birlikte bağlayıcı olmadığını savunmuştur.<sup>119</sup> ABD Yüksek Mahkemesi'nin bu kararı, ABD Başkanının 28 Şubat 2005 tarihli bir memorandumunda ABD'nin *Avena* davasındaki karar uyarınca yükümlülüklerini yerine getireceğini ve mahkemelerin bu kararı yürürlüğe koyacağını ilan etmiş olmasına rağmen ortaya konulmuştur.<sup>120</sup> Bununla birlikte Teksas Ceza İstinaf Mahkemesi, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Avena* davasındaki kararının ya da Başkan'ın memorandumunun Teksas hukukunu üstünde yer alan bağlayıcı federal kanun olmadığı ve bu yüzden de davacıya Uluslararası Adalet Divanı ve Başkan tarafından istenilen mahkeme kararının yeniden incelenmesi imkanını sağlamayacağı görüşünü savunmuştur.<sup>121</sup>

<sup>114</sup> Örneğin, 1978'de dört insan hakları antlaşmasına yönelik önerilen çekinceler hakkında bkz., *US Ratification of the Human Rights Treaties* (ed. R. B. Lillich), Charlottesville, 1981, ss. 83–103.

<sup>115</sup> Örneğin bkz., *Missouri v. Holland* 252 US 416 (1920); 1 AD, s. 4.

<sup>116</sup> Özellikle bkz., *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* [1937] AC 326; 8 AD, s. 41.

<sup>117</sup> Bernier, *Federalism*, ss. 162–3, ve A. Looper, 'Federal State Clauses in Multilateral Instruments', 32 BYIL, 1955–6, s. 162.

<sup>118</sup> *LaGrand* davası, ICJ Reports, 2001, s. 104 ve *Avena* davası, ICJ Reports, 2004, s. 12; 134 ILR, s. 120.

<sup>119</sup> *Medellin v. Dretke* 118 S.Ct. 1352 (2005) ve *Sanchez-Llamas v. Oregon* 126 S.Ct. 2669 (2006); 134 ILR, s. 719.

<sup>120</sup> 44 ILM, 2005, s. 964.

<sup>121</sup> *Medellin v. Dretke*, Application No. AP-75, 207 (Tex. Crim. App. 15 November 2006). ABD Anayasa Mahkemesinin Texas başvurusundan önce Uluslararası Mahkeme kararının etkilerini değerlendirmek için dava dosyası inceleme müzakeresi kararının 'basiretsizce verildiğini' belirtmiştir. Bkz., 44 ILM, 2005, s. 965. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi 30 Nisan 2007 tarihinde (Texas kararından sonra) iki konuyu değerlendirmek için müzakkereye izin vermiştir: '1. *Avena* kararında belirtilen 51 Meksika vatandaşına ilişkin olarak eyaletlerin ABD'nin antlaşma yükümlülüklerini yerine getirmesi için karar verdiğinde, ABD başkanı anayasa ve dış ilişkiler hakkındaki kanunlar çerçevesinde hareket etmiş midir? 2. Eyalet mahkemeleri, *Avena* kararında belirtilen vakalarda bu kararı uygulamak bakımından, Senatunun tavsiye ve rızası üzerine Başkan tarafından onaylanan antlaşmalar gereğince, ABD'nin tartışmasız uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesine ilişkin Anayasa hükmü ile bağlı mıdır? Bkz., *Medellin v. Texas*, 128 S.Ct. 1346.

Avustralya’da konu, federal hükümetin dış ilişkilere dair kanun yapma yetkisinin anayasal devri hususunun yorumlanması üzerinde yoğunlaşmıştır.<sup>122</sup> Yakın dönemdeki iki dava bu konuyu özellikle yerleşik prensip ışığında ele almıştır. Bu bağlamdaki yerleşik prensip, federal hükümetin bu hüküm uyarınca özü itibarıyla uluslararası bir boyuta sahip olan ve başka şekilde açıkça onun görevlendirilmediği konular hakkında da yasama faaliyetinde bulunabileceğidir.<sup>123</sup>

1982 yılındaki *Koowarta v. Bjelke-Petersen* davasında<sup>124</sup> Avustralya Yüksek Mahkemesi 1975 tarihli Irk Ayrımcılığı Kanunu’nun ihlali nedeniyle Queensland Başbakanı’na karşı açılan bir davaya bakıyordu. Irk Ayrımcılığı Kanunu, 1965 yılında kabul edilen Irk Ayrımcılığın Bütün Çeşitlerinin Ortadan Kaldırılması Hakkındaki Uluslararası Sözleşme’nin hükümlerini iç hukuka dahil eden bir kanundu. Mahkeme söz konusu mevzuatın Anayasa’nın 51 (29). bölümü altındaki “dış ilişkiler” hükmüne göre geçerli olduğunu savundu. Diğer bir deyişle, ilgili konu federal yetki alanının dışında olmasına rağmen “dış ilişkiler” yetkisi bir uluslararası anlaşmanın uygulanmasına izin vermek için genişletilmişti. Eğer Avustralya kendi iç hukuki düzeninin bir yönüne ilişkin bir antlaşma yükümlülüğünü kabul ederse, yükümlülüğün konusu bir “dış ilişki” olurdu ve bununla ilgili mevzuat da Anayasa’nın 51 (29). bölümü kapsamı içerisine girerdi.<sup>125</sup> Bir antlaşma yükümlülüğünün üstlenilmesi gerekli değildi. Uluslararası teamül hukukunda ayrımcılık karşıtı kuralın mevcudiyeti kendi başına bizatihi – Hakim Stephen’in görüşüne göre - ırk ayrımcılığı konusuna dış ilişkilerin parçası olarak yaklaşmak için yeterlidir.<sup>126</sup>

*Commonwealth of Australia v. Tasmania* davasında<sup>127</sup> dava konusu, Avustralya’nın taraf olduğu Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunması Hakkında UNESCO Sözleşmesi (1972) çerçevesinde belirlenen Dünya Miras Listesi’ndeki bir bölgede baraj yapımı hakkındaydı. 1983 yılında Federal hükümet diğer hususların yanı sıra *Koowarta* davasında yorumlandığı gibi “dış ilişkiler”e atıfta bulunarak çevre konusunda spesifik yasama yetkisine sahip olmadığı gerekçesiyle davayı durdurmak istedi. Mahkeme üyelerinin çoğunluğu “dış ilişkiler” yetkisinin antlaşma yükümlülüklerinin uygulanmasını da kapsadığı görüşünü savundu. Antlaşmanın konusunun özü itibarıyla uluslararası nitelikte olması gerekli değildi.

Kuşkusuz ki Avustralya Anayasası bağlamında görülen bu davaların etkisi, federal devletlerin ulusal yetkisi karşısında yüz yüze olduğu uluslararası yükümlülüklerin uygulanması hususundaki sorunları azaltmak olmuştur.

Federal devletlerin yüz yüze olduğu güçlükler devlet sorumluluğu konularında da aşık olmuştur.<sup>128</sup> Uluslararası hukukun bir konusu olarak devletler kendi fiillerinden (iç anayasal düzenlemelerden bağımsız olarak alt organlarının fiilleri de dahil olmak üzere) sorumludurlar.<sup>129</sup> Uluslararası Adalet Divanı *Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur* davasında ‘bir devletin bir organının icraatı(nun) o devletin bir fiili olarak göz

<sup>122</sup> Örneğin bkz., L. R. Zines, *The High Court and the Constitution*, Sydney, 1981, ve A. Byrnes ve H. Charlesworth, ‘Federalism and the International Legal Order: Recent Developments in Australia’, 79 AJIL, 1985, s. 622.

<sup>123</sup> *R. v. Burgess, ex parte Henry* 55 CLR 608 (1936); 8 AD, s. 54.

<sup>124</sup> 68 ILR, s. 181.

<sup>125</sup> *A.g.e.*, ss. 223–4 (Hakim Stephen); s. 235 (Hakim Mason) ve s. 255 (Hakim Brennan).

<sup>126</sup> *A.g.e.*, ss. 223–4.

<sup>127</sup> *A.g.e.*, s. 266. Dava benzeri şekilde Yüksek Mahkeme önüne geldi.

<sup>128</sup> Örneğin bkz., R. Higgins, ‘The Concept of “the State”: Variable Geometry and Dualist Perceptions’, *The International Legal System in Quest of Equity and Universality* (ed. L. Boisson de Chazournes ve V. Gowlland-Debas), The Hague, 2001, s. 547.

<sup>129</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun 2001 yılında hazırladığı Devlet Sorumluluğu Hakkında Maddeler metnindeki 4 (1). madde, ‘bir devlet organın yasama mı, yürütme mi, yargı mı ya da diğer başka bir fonksiyon mu icra ettiği; bu organın devlet organizasyonu içinde hangi konumda olduğu; ve merkezi hükümetin ya da devletin bir teritoryal biriminin bir organı olarak hangi özelliğe sahip olduğu fark etmeksizin, herhangi bir devlet organının bir işleminin uluslararası hukuk uyarınca o devletin bir fiili olarak göz önüne alınacağını’ belirtmektedir. Ayrıca bkz., J. Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002, ss. 94 vd.

önüne alınması gerektiğinin yerleşik bir uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu'nu<sup>130</sup> ve bunun bir federal devletin bileşenleri için de geçerli olduğunu belirtmiştir. Uluslararası Adalet Divanı *La Grand* davasındaki geçici önlemler hakkındaki 3 Mart 1999 tarihli kararında belirttiği gibi, 'bir devletin uluslararası sorumluluğu, o devletin tüm yetkililerinin ve yetkili organlarının icraatı ile yerine getirilir.' ABD Arizona eyaleti valisine kararı iletme yükümlülüğü altındayken; vali de ABD'nin uluslararası taahhütleri ile uyumlu hareket etme sorumluluğu altındaydı.<sup>131</sup> Benzeri bir şekilde Uluslararası Adalet Divanı *Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur* davasında, Malezya hükümetinin mahkemenin istişari görüşünü Malezya'nın uluslararası yükümlülüklerini yürürlüğe koymasına için Malezya mahkemelerine iletme konusunda sorumluluğu olduğunu belirtmiştir.<sup>132</sup>

Bu yüzden, devletin uluslararası sorumluluğu, belli bazı uluslararası yanlışlıkları düzeltmek için yetkinin olmaması durumu ile birlikte var olabilir. Bu tür durumlarda merkezi hükümetin uluslararası hukuk ihlalinin düzeltilmesi için kendi bileşenlerini ikna etmeye çalışma vazifesi vardır<sup>133</sup>; federal devletin bileşenlerinin de devletin uluslararası yükümlülüklerine uygun hareket etme hususunda uluslararası bir yükümlülüğü olduğu görünmektedir.

Federal devletin bileşenleri arasındaki uyuşmazlıkların düzenlenmesi hususunda federal yönetimin uygulaması uluslararası hukukta oldukça öneme sahiptir. Bu, özellikle, benzeri konuların ortaya çıktığı sınır sorunları davalarında söz konusudur.<sup>134</sup> Diğer taraftan, uluslararası uygulamaya da federal devletin bileşenleri arasındaki çatışmaların çözümünde sıklıkla alakalı olabilir.<sup>135</sup>

## SUI GENERIS ÜLKESEL BİRİMLER

### Manda ve Vesayet Altındaki Ülkeler<sup>136</sup>

Birinci Dünya Savaşı'nın bitimi ile ittifak devletleri ve Rus İmparatorluğu'nun çökmesi sonrası İtilaf devletleri, yenilgiye uğramış güçlerin kolonileriyle ilgili (onların ilhakını içermeyen) bir sistem kurdular. Bu topraklar, 'buralarda yaşayan halkların refahı ve gelişimi(nin) uygarlığın kutsal bir görevi' olduğu prensibine göre yönetilecekti. Bu prensibin hayata geçirilme yöntemi, bu halkları 'kaynakları, deneyimleri ve coğrafi pozisyonları itibarıyla bu sorumluluğu alabilecek gelişmiş milletler'in himayesine vermektir. Bu konuda düzenleme Milletler Cemiyeti adına onlar tarafından mandacılar olarak uygulanacaktı.<sup>137</sup>

<sup>130</sup> ICJ Reports, 1999, ss. 62, 87; 121 ILR, s. 367.

<sup>131</sup> ICJ Reports, 1999, ss. 9, 16; 118 ILR, s. 37. Ayrıca örneğin bkz., *Pellat* davası, 5 RIAA, s. 534 (1929).

<sup>132</sup> ICJ Reports, 1999, ss. 62, 88; 121 ILR, s. 367.

<sup>133</sup> İnsan haklarına dair bu tür konular zaman zaman uluslararası ya da bölgesel insan hakları kurumları önüne gelmektedir. Örneğin bkz., *Toonen v. Australia*, Human Rights Committee, Communication No. 488/1992, 112 ILR, s. 328, ve *Tyler v. UK*, 2 European Human Rights Reports 1. Ayrıca bkz., *Matthews v. UK*, 28 European Human Rights Reports 361, ve *RMD v. Switzerland*, a.g.e., 224.

<sup>134</sup> Örneğin bkz., E. Lauterpacht, 'River Boundaries: Legal Aspects of the Shatt-Al-Arab Frontier', 9 ICLQ, 1960, ss. 208, 216, ve A. O. Cukwurah, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law*, Manchester, 1967.

<sup>135</sup> Ayrıca bkz., aşağıda 12. ve 13. Bölümler.

<sup>136</sup> Genel olarak bkz., H. Duncan Hall, *Mandates, Dependencies and Trusteeships*, London, 1948; Whiteman, *Digest*, Cilt: 1, ss. 598-911 ve Cilt: 13, ss. 679 vd.; C. E. Toussaint, *The Trusteeship System of the United Nations*, New York, 1957; Verzijl, *International Law*, Cilt: 2, ss. 545-73; Q. Wright, *Mandates Under the League of Nations*, New York, 1930; J. Dugard, *The South West Africa/Namibia Dispute*, Berkeley, 1973, ve S. Slonim, *South West Africa and the United Nations*, Leiden, 1973. Ayrıca bkz., *Oppenheim's International Law*, ss. 295 ve 308, ve Crawford, *Creation of States*, ss. 565 vd.

<sup>137</sup> Bkz., Milletler Cemiyeti Sözleşmesi 22. madde. Ayrıca bkz., *the International Status of South West Africa*, ICJ Reports, 1950, ss. 128, 132; 17 ILR, s. 47; *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, ss. 16, 28-9; 49 ILR, ss. 2, 18-19; *Certain Phosphate Lands in Nauru*, ICJ Reports, 1992, ss. 240, 256; 97 ILR, ss. 1, 23 ve *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, 212. paragraf.

İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesi ve Milletler Cemiyeti'nin çöküşü üzerine manda sistemi Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 12. ve 13. Bölümleri uyarınca BM vesayet sistemine dönüştürüldü.<sup>138</sup> Mandacı güç olarak Japonya'dan alınan Pasifik'teki stratejik bölge güvenlik sebepleriyle Vesayet Konseyi gözetimi yerine Güvenlik Konseyi'ne tabi özel bir kategori içinde konumlandırıldı<sup>139</sup>; Güney Afrika manda altındaki bölgesinin bu sistem altına alınmasına karşı çıktı. Bu bölgelerde egemenlik sorunu uzun yıllar boyunca yoğun bir tartışma konusu oldu.<sup>140</sup>

Pasifik'teki vesayet altındaki bölge göz önüne alınacak olursa, ABD, Kuzey Mariana Adaları Topluluğu ile bir sözleşme ve Mikronezya Federe Devletleri ve Marshall Adaları Cumhuriyeti ile de serbest birlik sözleşmeleri imzaladı. Vesayet sisteminin 1986 sonbaharında sona ermesi planlandı. ABD ile politik bir birlik sağlayan bu işlem Vesayet Konseyi tarafından self-determinasyonun meşru uygulaması olarak kabul edildi.<sup>141</sup> Bununla birlikte, Palau Cumhuriyeti ile serbest birlik sözleşmesi önerisi, nükleer güç ya da silahlı gemiler ve uçakların Palau karasuları ve hava sahasından transit geçişi konusunda anlaşmazlık nedeniyle yürürlüğe girmedi ve bu yüzden ABD vesayet anlaşması çerçevesinde oradaki otoritenin yöneticisi olarak hareket etmeye devam etti.<sup>142</sup> Ancak bu güçlükler sonunda çözüldü.<sup>143</sup>

Güney Batı Afrika Birinci Dünya Savaşı'nın bitimi sonrası Güney Afrika tarafından bir manda olarak yönetildi. Güney Afrika İkinci Dünya Savaşı sonrası bölgenin vesayet sistemi altına girmesini reddetti. Bunu müteakip Uluslararası Adalet Divanı 1950 yılında Güney Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü Hakkındaki İstisnâ Görüşü'nde<sup>144</sup>, BM Sözleşmesi tarafından manda yönetimi altındaki bir bölgenin vesayet sistemi altındaki bölgeye dönüştürülmesini empoze eden bir hukuki yükümlülük olmadığı ve üstelik Güney Afrika'nın hala Milletler Cemiyeti sözleşmesi ve manda anlaşmasının hükümleri ile ve o dönemde taahhüt ettiği yükümlülükler ile bağlı olduğunu açıkladı. Mahkeme ayrıca Güney Afrika'nın tek başına bölgenin uluslararası statüsünü değiştirme yetkisine sahip olmadığını vurguladı. Bu yetki, ancak Milletler Cemiyeti'nin halefi olarak BM'nin rızasına mutabık hareket etmesi durumunda Güney Afrika'ya aitti. Bunun mantiki sonucu, Milletler Cemiyeti'nin uygulamalarının takip edilmesini ve BM kararlarının dikkate alınmasını Güney Afrika'nın kabul etmemesi durumunda bölgeden gelen itirazların görüşülmesi hususunda BM'nin yetkili olmasıydı.<sup>145</sup>

1962 yılında Uluslararası Adalet Divanı, daha önce Milletler Cemiyeti'nin de üyesi olan Etyopya ve Liberya tarafından Güney Afrika'nın manda hükümlerini ihlal ettiği ve bu nedenle de uluslararası hukuku çiğnediği iddiasıyla açılan davaya baktı. Mahkeme ilk olarak anlaşmazlığa bakmak için yargı yetkisinin olduğunu teyit etti.<sup>146</sup> Ancak davanın ikinci

<sup>138</sup> Örneğin bkz., *Certain Phosphate Lands in Nauru*, ICJ Reports, 1992, ss. 240, 257; 97 ILR, ss. 1, 24. Ayrıca Hakim Shahabuddeen'in Şahsi Ayrı Görüş (Separate Opinion)'ündeki tartışması için bkz., ICJ Reports, 1992, ss. 276 vd.; 97 ILR, s. 43. Bu davada mahkeme, Nauru'nun Birleşik Krallık, Avustralya ve Yeni Zelanda hükümetleri tarafından "yönetici otorite" olarak, vesayet anlaşması çerçevesinde birlikte yönetileceği yönündeki düzenlemenin, söz konusu otoriteye üç devletten ayrı bir uluslararası hukuki kişilik vermediğini açıklamıştır. Bkz., ICJ Reports, 1992, s. 258; 97 ILR, s. 25. Ayrıca bkz., *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, 212. paragraf.

<sup>139</sup> Bkz., McHenry, *Micronesia: Trust Betrayed*, New York, 1975; Whiteman, *Digest*, Cilt: 1, ss. 769-839; S. A. De Smith, *Micro-States and Micronesia*, New York, 1970; DUSPIL, 1973, ss. 59-67; *a.g.e.*, 1974, ss. 54-64; *a.g.e.*, 1975, ss. 94-104; *a.g.e.*, 1976, ss. 56-61; *a.g.e.*, 1977, ss. 71-98 ve *a.g.e.*, 1978, ss. 204-31.

<sup>140</sup> Özellikle Hakim McNair'in görüşü için bkz., *International Status of South West Africa*, ICJ Reports, 1950, ss. 128, 150 ve mahkemenin görüşü için bkz., *a.g.e.*, s. 132; 17 ILR, ss. 47, 49.

<sup>141</sup> Bkz., 683 (1990) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>142</sup> Bkz., 'Contemporary Practice of the United States Relating to International Law', 81 AJIL, 1987, ss. 405-8. Ayrıca bkz., *Bank of Hawaii v. Balos* 701 F.Supp. 744 (1988).

<sup>143</sup> Bkz., 956 (1994) Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>144</sup> ICJ Reports, 1950, ss. 128, 143-4; 17 ILR, ss. 47, 57-60.

<sup>145</sup> ICJ Reports, 1955, s. 68; 22 ILR, s. 651 ve ICJ Reports, 1956, s. 23; 23 ILR, s. 38.

<sup>146</sup> ICJ Reports, 1962, ss. 141 ve 143.

aşamasında mahkeme (bu arada mahkemenin kompozisyonu kısmen değişmişti) Etyopya ve Liberya'nın dava konusu (Güney Batı Afrika üzerinde manda yönetiminin varlığı ve denetimi) ile ilgili bir hukuki çıkarının olmadığı gerekçesiyle, iki ülkenin iddialarını reddetti.<sup>147</sup> İki Afrika ülkesinin bu davadaki pozisyonlarına işaret ettikten sonra, mahkeme önünde duran içeriğe ilişkin temel soruların hiç birini tartışmadı.

Bu karar özellikle Üçüncü Dünya'da büyük bir yankı uyandırmış ve söz konusu bölge sorunuyla ilgili vurgu değişimine neden olmuştur.<sup>148</sup>

BM Genel Kurulu Ekim 1966'da Güney Afrika'nın yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle manda yönetimini sona erdirmesiyle konuyu karara bağladı. Güney Batı Afrika (ya da daha sonradan adlandırılacak olduğu gibi Namibya) BM'nin doğrudan sorumluluğu altına girecekti.<sup>149</sup> Sonuç olarak, bölgeyi yönetmek için bir Konsey kuruldu ve bir Yüksek Komiser atandı.<sup>150</sup> Güvenlik Konseyi birçok kararında Genel Kurul'un eylemini destekledi ve Güney Afrika'nın bölge yönetimini çekmesi için çağrıda bulundu. Ayrıca diğer devletlerin Namibya konusunda Güney Afrika hükümeti ile ilişki kurmaktan kaçınmalarını istedi.<sup>151</sup>

Güvenlik Konseyi nihayetinde Uluslararası Adalet Divanı'na döndü ve Namibya'da Güney Afrika'nın Devam Eden Varlığının Hukuki Sonuçlarına ilişkin bir İstisari Görüş talebinde bulundu.<sup>152</sup> Divan BM kararları ile neticelenen bir dizi olayı gözönüne alarak Güney Afrika tarafından bir antlaşmanın (manda antlaşması) ihlali gerekçesiyle Güney Afrika'nın Namibya'daki varlığının hukuk dışı olduğu sonucuna vardı. Divan ayrıca 'bir durumun hukuk dışı olması hususunda BM'nin yetkili bir organı tarafından yapılan bağlayıcı bir saptamanın sonuçsuz kalamayacağı'ni belirtmiştir. Güney Afrika bölgeden yönetimini çekmek zorunda bırakıldı ve BM'nin diğer üye devletleri bu bölgeye ilişkin Güney Afrika'nın eylemlerinin hukuk dışılığı ve geçersizliğini kabul etmeleri ve BM'ye sorunun çözümüne ilişkin çabalarında yardım etmeleri hususunda yükümlü kılındı.<sup>153</sup>

Bu görüş Güvenlik Konseyi'nin 1971 yılındaki 301 sayılı kararı ile onaylandı ve kararda ayrıca Namibya'nın milli birliği ve toprak bütünlüğü de yeniden teyit edildi. 1978'de Güney Afrika Namibya'nın bağımsızlığı için beş Batılı devlet (Birleşik Krallık, ABD, Fransa, Kanada ve Batı Almanya) tarafından müzakere edilen ve BM gözetiminde bir seçim ve barış gücünü içeren bir öneriyi kabul ettiğini açıkladı.<sup>154</sup> Bazı güçlüklerden sonra<sup>155</sup>, Namibya sonunda bağımsızlığını 23 Nisan 1990 tarihinde elde etti.<sup>156</sup>

### Almanya 1945

Almanya'nın 5 Haziran 1945'de yenilgisi üzerine Müttefik güçler herhangi bir işgal niyetleri olmadığını açıkça ilan ederek bu ülkeye ilişkin 'en yüksek otorite' statüsünü üstlendi.<sup>157</sup> Almanya dört işgal bölgesine ayrıldı; Berlin ise dört gücün de kontrole sahip olduğu bir şehir statüsündeydi. Müttefik güçler tarafından kurulan Kontrol Konseyi Almanya adına

<sup>147</sup> ICJ Reports, 1966, s. 6; 37 ILR, s. 243.

<sup>148</sup> Örneğin bkz., Dugard, *South West Africa/Namibia*, s. 378.

<sup>149</sup> 2145 (XXI) sayılı karar.

<sup>150</sup> Bkz., 2145 (XXI) ve 2248 (XXII) sayılı Genel Kurul kararları.

<sup>151</sup> Örneğin, bkz., 263 (1969), 269 (1969) ve 276 (1970) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>152</sup> ICJ Reports, 1971, s. 16; 49 ILR, s. 3.

<sup>153</sup> ICJ Reports, 1971, ss. 52–8.

<sup>154</sup> 17 ILM, 1978, ss. 762–9, ve DUSPIL, 1978, ss. 38–54. Bkz., 435 (1978) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., *Africa Research Bulletin*, April 1978, s. 4829 ve July 1978, s. 4935.

<sup>155</sup> Bkz., S/14459; S/14460/Rev.1; S/14461 ve S/14462.

<sup>156</sup> Bkz., 28 ILM, 1989, s. 944.

<sup>157</sup> Bkz., Whiteman, *Digest*, Cilt: 1, ss. 325–6, ve R. W. Piotrowicz, 'The Status of Germany in International Law', 38 ICLQ, 1989, s. 609. Ayrıca bkz., Crawford, *Creation of States*, s. 523.

hareket etti ve bu yetkisi ile bağlayıcı hukuki düzenlemelere girdi. Bununla birlikte Almanya devleti devam etti ve durum, gözlemlendiği üzere, hukuki temsil ya da zorunluluktan kaynaklanan temsil durumuna yakındı.<sup>158</sup> Üç Batılı devlet ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında yapılan 1952 Antlaşması uyarınca barış antlaşması yapmaya ilişkin yetkiler de dahil egemenlik yetkileri Almanya'ya devredildi. Almanya Federal Cumhuriyeti ile Sovyetler Birliği'ne ayrılan bölgede 1954 yılında kurulan Alman Demokratik Cumhuriyeti 1972 yılında birbirlerini egemen devletler olarak tanıdılar.<sup>159</sup>

Bununla beraber, 1989 yılında Orta ve Doğu Avrupa'da esasen Sovyet kontrolünün ortadan kalkmasından kaynaklanan bir dizi dramatik gelişmeyi müteakip 1990'da Almanya'nın birleşmesine yönelik tazyik durdurulamaz nitelikteydi.<sup>160</sup> 18 Mayıs 1990'da iki Alman devletinin Maliye Bakanları tarafından Alman Ekonomik, Parasal ve Sosyal Birliği Hakkında Devlet Antlaşması imzalandı ve 1 Temmuz'da da yürürlüğe girdi.<sup>161</sup> Birlik Hakkında Devlet Antlaşması 31 Ağustos'ta imzalandı, 3 Ekim'de Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası'nın 23. maddesi çerçevesinde Almanya Demokratik Cumhuriyeti Almanya Federal Cumhuriyeti'ne katıldı ve Berlin başkent olarak ilan edildi.<sup>162</sup> Birliğe yönelik dış engel ise, iki Alman devleti ile dört savaş dönemi müttefik gücü (Birleşik Krallık, ABD, SSCB ve Fransa) arasında 12 Eylül'de Almanya'ya İlişkin Nihai Çözüm Antlaşması'nın imzalanmasıyla kaldırıldı.<sup>163</sup> Bu antlaşma uyarınca yeniden birleşen Almanya, Polonya ile Oder-Neisse sınırı, askeri gücünün 370.000 kişi ile sınırlandırılması ve atom, kimyasal ya da biyolojik silahları elde etmeyeceği hususlarını kabul etti. 25 Eylül 1990 tarihinde Federal Cumhuriyet ile üç Batılı güç arasında Berlin'e İlişkin Belli Bazı Konuların Çözümü Hakkındaki Anlaşma imzalanarak Berlin konusunda Müttefik güçlerin hakları Almanya Federal Cumhuriyeti'ne bırakıldı.<sup>164</sup>

### Ortak Egemenlik (Condominium)

Bu durumda iki ya da daha çok devlet eşit olarak bir bölge ve o bölgedeki yerleşik halka ilişkin egemenlik kullanımında bulunur. İlgili devletler arası ilişkiler, bölgesel amaçlar doğrultusunda egemenliğin niteliği ve yetkilerin niteliğine dair tartışmalar söz konusudur.<sup>165</sup> New Hebrides örneğinde İngiltere ile Fransa arasında bir dizi anlaşmayla ortak etki bölgesi kuruldu. Bu örnekte her iki devlet de kendi uyruğundan olanlar üzerinde egemenliğe sahip olmakla birlikte bölge üzerinde ayrı otorite uygulamıyordu.<sup>166</sup> Ortak egemenliğe dayanan hükümetin fonksiyonlarını belirten ve bir İngiliz ve bir Fransız Yüksek Komiserine ortak düzenleme yapma yetkisi veren bir protokol imzalanmıştı. Bu yetki her biri kendi uyruğundan olanlarla ilgilenen bölge komiserlerine aktarıldı. Sonuç olarak bu üçlü sistem arazi kullanım hakkı ve yerli halkın işlemlerine ilişkin bazı

<sup>158</sup> *Brownlie's Principles*, s. 205. Ayrıca bkz., Whiteman, *Digest*, s. 333, ve I. D. Hendry ve M. C. Wood, *The Legal Status of Berlin*, Cambridge, 1987.

<sup>159</sup> 12 AD, s. 16. Ayrıca bkz., *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon* 94 ILR, s. 135. İki devlet de izleyen yıl BM üyesi oldular. Bkz., Crawford, *Creation of States*, ss. 523-6, ve F. A. Mann, *Studies in International Law*, Oxford, 1973, ss. 634-59 ve 660-706.

<sup>160</sup> Örneğin bkz., J. Frowein, 'The Reunification of Germany', 86 AJIL, 1992, s. 152; Schrike, 'L'Unification Allemande', s. 47; Czaplinski, 'Quelques Aspects', s. 89, ve R. W. Piotrowicz ve S. Blay, *The Unification of Germany in International and Domestic Law*, Amsterdam, 1997.

<sup>161</sup> Bkz., *Keesing's Record of World Events*, s. 37466 (1990). Ayrıca bkz., 29 ILM, 1990, s. 1108.

<sup>162</sup> *Keesing's*, s. 37661. Ayrıca bkz., 30 ILM, 1991, ss. 457 ve 498.

<sup>163</sup> Bkz., 29 ILM, 1990, s. 1186.

<sup>164</sup> Bkz., 30 ILM, 1991, s. 445. Ayrıca Berlin'deki müttefik askerlerinin varlığına ilişkin aynı günlü Nota Teatisi hakkında bkz., *a.g.e.*, s. 450.

<sup>165</sup> O'Connell, *International Law*, ss. 327-8; A. Coret, *Le Condominium*, Paris, 1960; *Oppenheim's International Law*, s. 565, ve V. P. Bantz, 'The International Legal Status of Condominia', 12 *Florida Journal of International Law*, 1998, s. 77.

<sup>166</sup> Örneğin bkz., 99 BFSP, s. 229 ve 114 BFSP, s. 212.



hukuki boşluklarına rağmen birarada bulundu.<sup>167</sup> Ayrıca, bölgenin bağımsızlığına giden süreç bir ortak egemenlik olarak onun kendine mahsus statüsünü de yansıttı.<sup>168</sup> New Hebrides bir İngiliz kolonisi olmadığı için normal bir bağımsızlık bildirisinin de uygun olmayacağı belirtildi. New Hebrides'in bir İngiliz-Fransız ortak egemenlik yönetimi olarak hukuki statüsü uluslararası antlaşmalarla tesis edildiği için ancak yine aynı şekilde sona erebilirdi. Ortak egemenliğin niteliği iki metropolitan gücün daima birlikte hareket etmesi varsayımına dayanıyordu ve temel anayasal belgeler tek taraflı harekete izin vermiyordu.<sup>169</sup> Bölge, 30 Temmuz 1980'de Vanuatu devleti olarak bağımsız oldu. Bağımsızlıktan önceki birim bir uluslararası antlaşmadan ortaya çıkmıştı ve metropolitan hükümetlerden ayrı bir idari birim kurulmuş, fakat bu birim daha ziyade bir dizi yetkinin devredildiği ortak bir yönetim biçiminde çalışmıştı.<sup>170</sup>

1917 yılında Orta Amerika Adalet Mahkemesi üç kıyıdaş devlet olan Nikaragua, El Salvador ve Honduras'ın Fonseca Körfezi üzerinde birlikte mülkiyet haklarına sahip oldukları bir ortak egemenliğin söz konusu olduğu kararını verdi.<sup>171</sup> Konu *El Salvador / Honduras* davasında Uluslararası Adalet Divanı'nın önüne geldi.<sup>172</sup> Divan, ilgili devletler arasında normal bir şekilde anlaşma ile 'bir bölge üzerinde egemen devlet yetkilerinin ortak uygulaması için yapılandırılmış bir sistem' olan bir ortak egemenlik düzenlemesinin yapıldığını, ancak bunun Fonseca Körfezi durumunda olduğu gibi devletlerin halefiyetinin hukuki bir sonucu olarak da ortaya çıkabileceğini (ki bu durum toprak egemenliğinin bir devletten diğerine geçebilme yollarından biridir) belirtmiştir. Divan, üç millik karasularının ötesindeki Fonseca Körfezi sularının tarihi sular olduğu ve üç kıyıdaş devletin ortak egemenliğine tabi olduğu sonucuna vardı. Kararını, Orta Amerika Adalet Mahkemesi'nin 1917 kararından başka, Fonseca Körfezi sularının tarihi karakterine dair üç kıyıdaş devletin bu konudaki iddialarına ve diğer devletlerden itirazın olmayışına dayandırdı.<sup>173</sup>

### Ülkelerin Uluslararası Yönetimi

Bu tür durumlarda belli bir bölge uluslararası bir rejim tarafından yönetilir, fakat bunun hangi koşullar altında yapıldığı devletler içerisinde yer alan otonom bölgelerden göreceli olarak bağımsız birimlere kadar çok değişik alanlarda çeşitlilik gösterir.<sup>174</sup> BM spesifik bazı

<sup>167</sup> O'Connell, *International Law*, s. 328.

<sup>168</sup> Hükümet Sözcüsü Lord Trefgarne'ın New Hebrides Kanun Tasarısı'nın Lordlar Kamarası'nda ikinci okunması sırasındaki konuşmasına bakılabilir. Bkz., 404 HL Deb., cols. 1091–2, 4 February 1980.

<sup>169</sup> Bkz., Mr Luce, Foreign Office Minister, 980 HC Deb., col. 682, 8 March 1980 ve 985 HC Deb., col. 1250, 3 June 1980. Ayrıca bkz., D. P. O'Connell, 'The Condominium of the New Hebrides', 43 BYIL, s. 71.

<sup>170</sup> Ayrıca, 2 Aralık 1922 tarihli antlaşmaya dayalı Suudi Arabistan-Kuveyt ortak yönetimindeki Tarafsız Bölge hakkında bkz., 133 BFSP, 1930 Kısım II, ss. 726–7. Örneğin bkz., The Middle East (ed. P. Mansfield), 4. Baskı, London, 1973, s. 187. Suudi Arabistan ve Kuveyt bütün bölge üzerinde eşit haklar temelinde bölünmemiş egemenliğe sahiptiler. Bununla birlikte, iki devlet, 7 Temmuz 1965 tarihinde tarafsız bölgenin bölünmesi için bir anlaşma imzaladı, ancak bölge, kaynakların kullanımı amaçlarıyla, ortak egemenlik statüsünü devam ettirdi. Bkz., 4 ILM, 1965, s. 1134, ve H. M. Albaharna, *The Legal Status of the Arabian Gulf States*, 2. Baskı, Beirut, 1975, ss. 264–77. Ayrıca bkz., F. Ali Taha, 'Some Legal Aspects of the Anglo-Egyptian Condominium over the Sudan: 1899–1954', 76 BYIL, 2005, s. 337.

<sup>171</sup> 11 AJIL, 1917, s. 674.

<sup>172</sup> ICJ Reports, 1992, ss. 351, 597 vd.; 97 ILR, ss. 266, 513 vd. El Salvador ve Nikaragua 1917 kararına taraftarlar, fakat ortak egemenlik çözümü hususunda farklılaşıyorlardı. Honduras ise taraf değildi ve ortak egemenlik düşüncesine karşı çıkıyordu.

<sup>173</sup> ICJ Reports, 1992, s. 601; 97 ILR, s. 517.

<sup>174</sup> Örneğin bkz., B. Knoll, *The Legal Status of Territories Subject to Administration by International Organisations*, Cambridge, 2008; C. Stahn, *The Law and Practice of International Territorial Administration*, Cambridge, 2008; R. Wilde, *International Territorial Administration*, Oxford, 2008; M. Ydit, *Internationalised Territories*, Leiden, 1961; Crawford, *Creation of States*, ss. 501 vd.; M. Benzing, 'International Administration of Territories', Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2010, ve M. N. Shaw, "Territorial Administration by Non-Territorial Sovereigns", *The Allocation of Authority in International Law* (ed. T. Broude ve Y. Shany), Oxford, 2008, s. 369, ve Rousseau, *Droit International Public*, Cilt: 2, ss. 413–48.

durumlarda toprakların yönetimini üzerine alabilir. Vesayet sistemi BM'nin gözetmenlik rolü üzerine kuruluydu.<sup>175</sup> Güney Batı Afrika örneğinde BM Güvenlik Konseyi tarafından desteklenen BM Genel Kurulu Güney Afrika'nın manda yönetimini sona erdirmiş ve bağımsızlığa doğru giden bölgede yönetimi üzerine almıştı.<sup>176</sup> Bunun ötesinde, yetkilerini kullanan BM organları uluslararası kaygıların yükseldiği durumlarda belli bazı bölgelerin üzerinde çeşitli idari fonksiyonlar üstlenebilir. 1947 BM Genel Kurulu Filistin'i bölme kararı çerçevesinde Kudüs için 'BM tarafından yönetilecek ... özel bir uluslararası rejim altında *corpus separatum* (bağlantısız bölge)' olarak bu tür bir rejim oluşturma çabasında bulundu, ancak bu bir dizi sebepten ötürü hiç gerçekleşmedi.<sup>177</sup> Ayrıca BM Güvenlik Konseyi 1947 yılında Trieste Serbest Bölgesi İçin Daimi Bir Statü benimsedi, bu statü altında Konsey bölgenin üst idari ve hukuki otoritesi olarak dizayn edildi.<sup>178</sup>

Daha yakın dönemlerde, BM çok daha fazla önemli idari fonksiyonlar üstlendi. Bu, uluslararası antlaşmalardan, ulusal muvafakattan ve Güvenlik Konseyi'nin 7. Bölüm çerçevesinde uluslararası barış ve güvenliğe ilişkin bağlayıcı kararlar alabilme yetkisinden kaynaklanan otorite gibi değişik şekillerde ortaya çıktı. Örneğin, 1991 yılında dört Kamboçyalı grup arasında yapılan Paris Barış Antlaşmaları BM'yi Kamboçya'da yeni bir anayasanın yapılması ve seçimlere gidilmesi sürecinde sivil idari fonksiyonlar üstlenmesi için yetkilendirdi. Bu görev, barışın tesisi için gerekli tüm yetkilerin devredildiği ve ayrıca dış ilişkiler, savunma, maliye ve benzeri alanlarda yetkiye sahip olan Kamboçya'da BM Geçici Otoritesi (UNTAC) tarafından yerine getirildi.<sup>179</sup>

Bosna Hersek'te Barış İçin Genel Çerçeve Anlaşması'nın (Dayton Anlaşması)<sup>180</sup> 10. Eki, barış anlaşmasının sivil açıdan uygulanmasına ilişkin geniş yetkilere sahip olan ve çözümün sivil boyutlarını yorumlamada en üst otorite olarak bir Yüksek Komiserlik makamı getirdi.<sup>181</sup> Bu, BM Güvenlik Konseyi'nin 1995 yılındaki 1031 sayılı kararıyla onaylandı. 10. Ek altında Yüksek Komiserliğin göreceli olarak daha az olan yetkileri, sonradan uygulamada, barışın tesisine ilişkin ilerlemeyi incelemek için kurulmuş 55 üyeli bir organ olan Barışı Uygulama Konseyi tarafından Aralık 1997'de Bonn Zirvesi'nde alınan kararlarla daha da genişletildi.<sup>182</sup> Bu yetkiler, örneğin, barış anlaşması çerçevesinde verilmiş hukuki taahhütleri ihlal ettiği Yüksek Komiserlik tarafından tespit edilen kişilere karşı önlemler alma gibi imkanlar sağlıyordu. Bunlar, kamu görevinden uzaklaştırmayı, Bosna kurumlarının başarısız olduğu

<sup>175</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>176</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>177</sup> 18(II) sayılı Genel Kurul kararı. Bkz., E. Lauterpacht, *Jerusalem and the Holy Places*, London, 1968, ve Ydit, *Internationalised Territories*, ss. 273–314.

<sup>178</sup> Bkz., 16 (1947) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Kudüs konusu gibi bu da gerçekleşmedi. Ayrıca Saar ve Danzig'e ilişkin Milletler Cemiyeti tecrübeleri hakkında bkz., Ydit, *Internationalised Territories*, Bölüm 3.

<sup>179</sup> Paris Barış Antlaşması 6. madde ve Ek 1'e bakılabilir. Ayrıca bkz., C. Stahn, 'International Territorial Administration in the Former Yugoslavia: Origins, Developments and Challenges Ahead', *ZaöRV*, 2001, s. 107. BM Geçici Otoritesi (UNTAC) Mart 1992'den Eylül 1993'e kadar devam etti ve 22.000 askeri ve sivil personeli kapsadı. Bkz., <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/untac.htm>. Namibya'nın bağımsızlığına giden süreçte idari yetki kullanan Namibya'daki BM Geçiş Grubu'nun çalışmaları hakkında bkz., Report of the UN Secretary-General, A/45/1 (1991). Ayrıca, iki yıllık süreç içinde bölgenin Sırp yönetiminden Hırvat yönetimine transferine yardım eden Doğu Slovenya İçin BM Geçiş Yönetimi (UNTAES) hakkında bkz., 1037 (1996) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>180</sup> 1995'de Dayton (Ohio)'da parafe edildi ve Paris'de imzalandı.

<sup>181</sup> Anlaşmanın askeri uygulamasına ilişkin nihai otorite, SFOR (Barış Gücü)'un komutanıydı. Dayton Barış Anlaşması'nun askeri boyutları hakkında anlaşmanın 12. maddesine bakılabilir. Ayrıca, üyelerinin çoğu diğer devletlerden oluşan İnsan Hakları Komisyonu'nun kuruluşu hakkında bkz., aşağıda 7. Bölüm; ve Yerinden Edilmiş Kişiler ve Sığınmacılar Komisyonu hakkında bkz., Barış Anlaşması'nın 6. ve 7. Ekleri.

<sup>182</sup> Dokümantasyona [http://www.ohr.int/?page\\_id=1220](http://www.ohr.int/?page_id=1220) adresinden ulaşılabilir. Ayrıca bkz., 1144 (1997), 1256 (1999) ve 1423 (2002) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

durumlarda geçici mevzuat çıkarma yetkisini<sup>183</sup> ve 'ortak kurumların düzgün çalışması ile Bosna Hersek ve birimlerinde barış anlaşmasının uygulanmasını temin etmek için diğer önlemler'in alınmasını içeriyordu.<sup>184</sup> Yüksek Komiserlik gelişen durumun ışığında Yüksek Komiserliğin yetkilerini yerel otoritelere devretme sürecinde Aralık 1997'de Bosna Hersek Vatandaşlığı Hakkında Kanun'u<sup>185</sup> ve Şubat 1998'de Bosna Hersek Bayrağı Hakkında Kanun'u uygulamaya koymaktan<sup>186</sup> Ocak 2006'da Seçim Kanununda Değişiklik Hakkındaki Kanun'u yürürlüğe sokmaya kadar bir dizi karar aldı.<sup>187</sup> Nihayetinde, bağımsız bir devlete ilişkin bu olağandışı yapı, tarafların rızası ve BM Güvenlik Konseyi'nin bağlayıcı olan 7. Bölüm çerçevesindeki faaliyetlerinin bir karışımından doğmuştu.

Yugoslav güçlerinin NATO'nun müdahalesi sonrası bölgeden çekilişini müteakiben BM Güvenlik Konseyi 1999'daki 1244 sayılı kararında Genel Sekreter'i Kosova'da geçici bir uluslararası sivil oluşum (UNMIK) kurmakla görevlendirdi.<sup>188</sup> Bu karar uyarınca, UNMIK sağlık ve eğitim, bankacılık ve finans, posta ve telekomünikasyon ile hukuk ve düzenin temini gibi çeşitli idari fonksiyonlar üstlendi. Bunların yanı sıra, UNMIK Kosova'da bir özerk yönetim kurulmasını desteklemek, insani yardımları ve afet yardımlarını koordine etmek, temel altyapı tesislerinin yeniden inşasına destek olmak, hukuk ve düzeni sağlamak, insan haklarını geliştirmek ve mültecilerin geri dönüşünü güvence altına almakla da görevlendirildi. İdari yapılar kuruldu ve seçimler yapıldı. BM kararı uyarınca atanmış olan BM Genel Sekreteri Özel Temsilcisi tarafından yapılan ilk düzenleme, Kosova'daki tüm yasama ve yürütme otoritesini UNMIK'e vermek oldu.<sup>189</sup> Ayrıca bu düzenleme ile bölgedeki hukukun, düzenlemenin 2. Bölümü'ne atıfla uluslararası standartlarla, 1244 sayılı karar uyarınca UNMIK'a verilmiş talimatın yerine getirilmesiyle ya da UNMIK tarafından çıkarılmış mevcut ya da herhangi diğer düzenleme ile çatışmadığı müddetçe geçerli olduğu ortaya konuldu. Mayıs 2001'de Özel Temsilci tarafından Geçici Özerk Yönetim İçin Anayasal Bir Çerçeve yayımlandı.<sup>190</sup> Bu kapsamlı idari görev Yugoslavya'nın egemenliği ve toprak bütünlüğünün yeniden teyit edilmesi ve 'Kosova'da güçlü bir otonomi ve anlamlı bir öz yönetim' için gereklilikler üzerine kuruluydu.<sup>191</sup> Dolayısıyla, bu düzenleme bölge üzerindeki mülkiyet hakkı ve gücün kullanılışı ile onun kontrolü arasındaki tam bir ayrımı gösteriyordu. Bu düzenleme, Yugoslavya'nın temel prensiplere rıza gösterdiğine atıfta bulunan bağlayıcı bir Güvenlik Konseyi kararından çıkmıştı.<sup>192</sup>

<sup>183</sup> Bkz., <http://www.ohr.int/?cat=350>. Taraflar anlaşmaya ulaşamadıkları takdirde Başkanlığın ya da Bakanlar Kurulu ilgili konuda Barış Anlaşması'na uygun bir karar alınca kadar, Yüksek Temsilcinin geçici önlemlere ilişkin bağlayıcı kararlar alma yetkisi yürürlükte kalıyordu.

<sup>184</sup> Bkz., Bonn Zirve Kararları 11. Paragraf. Ayrıca 1247 (1999), 1395 (2000), 1357 (2001), 1396 (2002) ve 1491 (2003) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>185</sup> <http://www.ohr.int/?month&year=1997&cat=318>.

<sup>186</sup> <http://www.ohr.int/?p=67196>.

<sup>187</sup> <http://www.ohr.int/?p=65011>.

<sup>188</sup> Bkz., Stahn, 'International Territorial Administration', s. 111; T. Garcia, 'La Mission d'Administration Int' erimaire des Nations Unies au Kosovo', RGDIP, 2000, s. 61, ve M. Ruffert, 'The Administration of Kosovo and East Timor by the International Community', 50 ICLQ, 2001, s. 613. Ayrıca bkz., *Kosovo and the International Community: A Legal Assessment* (ed. C. Tomuschat), The Hague, 2002; B. Knoll, 'From Benchmarking to Final Status? Kosovo and the Problem of an International Administration's Open-Ended Mandate', 16 *European Journal of International Law*, 2005, s. 637; *Kosovo: KFOR and Reconstruction*, House of Commons Research Paper 99/66, 1999; A. Yannis, 'The UN as Government in Kosovo', 10 *Global Governance*, 2004, s. 67; International Crisis Group (ICG), *Kosovo: Towards Final Status*, Ocak 2005, ICG, *Kosovo: The Challenge of Transition*, Şubat 2006, ICG, *Kosovo: No Good Alternatives to the Ahtisaari Plan*, 14 Mayıs 2007, ICG, *Kosovo Countdown: A Blueprint for Transition*, 6 Aralık 2007 ve M. Weller, *Contested Statehood: Kosovo's Struggle for Independence*, Oxford, 2009. Ayrıca 1244 sayılı karar da bir uluslararası askeri gücü yetkilendiriyordu.

<sup>189</sup> Bkz., Regulation 1 (1999). Bu 1244 sayılı kararın kabul edilme tarihinden itibaren geçerli sayıldı.

<sup>190</sup> Bkz., UNMIK Regulation 9 (2001).

<sup>191</sup> Bkz., 1244 (1999) sayılı karar.

<sup>192</sup> Bkz., S/1999/649 ve kararın 2. Eki. Kosovo bağımsızlığını 17 Şubat 2008 tarihinde ilan etti.

BM Sözleşmesi'nin 7. Bölümü uyarınca 1999 yılında Güvenlik Konseyi'nin 1272 sayılı kararı ile Doğu Timor Birleşmiş Milletler Geçici Yönetimi (UNTAET) kuruldu. Bu yönetim 'Doğu Timor idaresinin tüm sorumluluğuna sahip oldu' ve 'bütün yasama ve yürütme yetkisinin (adalet yönetimi de dahil) uygulanmasıyla görevlendirildi'.<sup>193</sup> UNTAET'in kapsamlı görevi, kamu yönetiminin yanı sıra insani sorumluluklar ve bir askeri unsuru da içeriyordu ve bu görevi yerine getirmek için gerekli tüm önlemleri alma konusunda yetkilendirilmişti. UNTAET yönetimi 20 Mayıs 2002 tarihinde Doğu Timor'un Timor-Leste adıyla yeni bir devlet olarak bağımsızlığını ilanına kadar devam etti.<sup>194</sup> Bu yönetim daha sonra Doğu Timor'da Birleşmiş Milletler Destek Misyonu (UNMISSET) tarafından devralındı.<sup>195</sup>

### Tayvan<sup>196</sup>

Bu bölge 1895 yılında Shimonoseki antlaşması ile Çin tarafından Japonya'ya bırakıldı ve 1945'e kadar Japonya'nın hakimiyetinde kaldı. Japonya sonrasında Tayvan üzerindeki egemenliğinden feragat etti ve bu durum 1951'de Müttefik Devletler (fakat SSCB ve Çin dahil değildi) ile Japonya arasında yapılan Barış Antlaşması çerçevesinde yeniden teyit edildi; antlaşmaya göre Japonya tüm haklarından vazgeçmişti, ancak bunların kime geçtiği belirtilmedi. Çin İç Savaşı'ndan sonra, Komünist güçler anakara üzerinde hakimiyeti ele geçirirken Milliyetçi rejim Tayvan (Formosa) ve Pescadores'de yönetim kurdu. ABD ve Birleşik Krallık o dönemde Tayvan konusunda egemenliğin belli olmadığı ya da belirlenmediği görüşünü savunuyordu.<sup>197</sup> Statüyü etkileyen ana mesele, iki hükümetin de Çin'in tümünü temsil ettiklerini iddia etmeleri oldu. Tayvan için ayrı bir devlet olma talebinde bulunulmadı. Böyle bir durumda bu tür bir talep edilmemiş statünün var olduğu görüşünü savunmak zordur. Tayvan'ın ayrı bir bağımsız devlet olarak tanınmaması bu yaklaşımı daha da güçlendirmektedir. ABD 1979'da, Çin Halk Cumhuriyeti'ni Çin'in tek ve meşru devleti olarak tanıdı.<sup>198</sup> Sonuçta, Tayvan'ın uluslararası sahnede bağımsızca hareket edebilen devlet dışı bir teritoryal bölge olduğu görünmektedir, ancak en iyi ihtimalle Çin'in *de jure* parçasıdır. 1990'ların başlarında Tayvan, Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT)'na girme başvurusunda bulunduğunda bunu "Tayvan, Penghu, Kinmen ve Matsu" "gümrük bölgeleri" için giriş talebinde bulunarak, dolayısıyla da devlet olma iddiasından

<sup>193</sup> Portekiz'e ait zerk olmayan bir bölge olan Doğu Timor 1974'de Endonezya tarafından işgal edildi. Bu iki devlet bölgenin geleceği hususunda halka danışma sürecini başlatma konusunda BM ile 5 Mayıs 1999 tarihinde anlaşmaya vardılar. Yerli halk BM yönetimi altında bağımsızlığa giden bir geçiş süreci yönünde oy kullandı. Şiddet olaylarının patlak vermesini müteakip 1264 (1999) sayılı karar uyarınca Doğu Timor'a çok uluslu bir barış gücü gönderildi. Genel Sekreter'in raporu için bkz., S/1999/1024; <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/etimor.htm>.

<sup>194</sup> Bkz., 1388 (2001) ve 1392 (2002) sayılı kararlar.

<sup>195</sup> Bkz., 1410 (2002) sayılı karar.

<sup>196</sup> Örneğin bkz., Crawford, *Creation of States*, ss. 198 vd.; *China and the Question of Taiwan* (ed. H. Chiu), New York, 1979; W. M. Reisman, 'Who Owns Taiwan?', 81 *Yale Law Journal*, s. 599; F. P. Morello, *The International Legal Status of Formosa*, The Hague, 1966; V. H. Li, *De-Recognising Taiwan*, Washington, DC, 1977, ve L. C. Chiu, 'The International Legal Status of the Republic of China', 8 *Chinese Yearbook of International Law and Affairs*, 1990, s. 1. Ayrıca bkz., *The International Status of Taiwan in the New World Order* (ed. J. M. Henckaerts), London, 1996; *Let Taiwan be Taiwan* (ed. M. J. Cohen ve E. Teng), Washington, 1990, ve J. I. Charney ve J. R. V. Prescott, 'Resolving Cross-Strait Relations Between China and Taiwan', 94 *AJIL*, 2000, s. 453.

<sup>197</sup> Bkz., Whiteman, *Digest*, Cilt: 3, ss. 538, 564 ve 565.

<sup>198</sup> Bkz., Crawford, *Creation of States*, ss. 209 vd. 1972 tarihli ABD-Çin Bildirisi'nin Tayvan'ın Çin'in parçası olduğunu onayladığı not edilmelidir. Bkz., 11 *ILM*, ss. 443, 445. 1979 değişikliklerine dair bkz., 73 *AJIL*, s. 227. Ayrıca, Birleşik Krallık'ın Çin Halk Cumhuriyeti hükümetini Çin hükümetinin tek hukuki temsilcisi olarak tanıdığı ve Tayvan'ın Çin'in bir vilayeti olduğuna dair Çin hükümetinin görüşünü kabul ettiğine yönelik İngiliz yaklaşımı hakkında bkz., 833 *HC Deb.*, col. 32, 13 March 1972, ve *UKMIL*, 71 *BYIL*, 2000, s. 537. Ayrıca bkz., *Reel v. Holder* [1981] 1 *WLR* 1226.

kaçınarak, yapmıştır.<sup>199</sup> Dünya Ticaret Örgütü'ne (WTO) 'Çin Taipei'si'nin girişi Kasım 2001'deki Bakanlar Konferansı'nda onaylanmıştır.<sup>200</sup>

### "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti" (KKTC)<sup>201</sup>

1974'de Kıbrıs'ta Yunanistan'daki askeri rejim tarafından desteklenen bir darbe gerçekleşmesi sonrasında Türk güçleri adayı ele geçirdi. BM Güvenlik Konseyi 1974 yılındaki 353 sayılı kararında bütün devletlerin Kıbrıs'ın egemenliği, bağımsızlığı ve toprak bütünlüğüne saygı göstermesini istedi ve bu durumla uyuşmayan adadaki dış askeri müdahalenin acilen sonlandırılmasını talep etti. 13 Şubat 1975 tarihinde Türk askerleri tarafından ele geçirilen bölgede Kıbrıs Türk Federe Devleti ilan edildi. Bu ilanın yapıldığı Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi Yasama Meclisi ve Bakanlar Konseyi toplantısında kabul edilen bir kararla, 'Kıbrıs'ın bağımsızlığına karşı olan ve bölünmesi veya herhangi bir başka devletle birleşmesi yolundaki her girişime kesinlikle karşı koymak' inancı vurgulandı ve 1960 Kıbrıs Anayasası bir federal cumhuriyeti sağlamak için değiştirilinceye kadar ayrı bir yönetim kurma kararı alındı.<sup>202</sup>

15 Kasım 1983'de Kıbrıs Türkleri "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti" olarak bağımsızlıklarını ilan ettiler.<sup>203</sup> Bu bağımsızlık ilanı, Güvenlik Konseyi'nin 541 sayılı (1983) kararı ile hukuk dışı olarak nitelendi ve ilanın geri çekilmesi çağrısında bulunuldu. Bütün devletlerin 'iddia olunan devleti' tanımaması ya da ona herhangi bir şekilde yardımda bulunmaması istendi. Bu pozisyon, Güvenlik Konseyi'nin 1984 yılındaki 550 sayılı kararı ile yinelenildi. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kıbrıs Cumhuriyeti hükümetini Kıbrıs'ın tek meşru hükümeti olarak görmeye devam edeceği kararını aldı ve Kıbrıs'ın bağımsızlığı ve toprak bütünlüğüne saygı gösterilmesini istedi.<sup>204</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 10 Mayıs 2001 tarihli *Cyprus v. Turkey* davası kararında 'uluslararası toplum(un) 'Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (TRNC)'ni uluslararası hukuk altında bir devlet olarak tanımadığının uluslararası uygulamada aşikar olduğu' sonucuna varmış ve 'Kıbrıs Cumhuriyeti'nin, Kıbrıs'ın tek meşru devleti olarak kaldığını belirtmiştir.<sup>205</sup> Bu kararın ve söz konusu toprakların Türkiye'ye çok kuvvetle bağlı olmasının ışığında değerlendirildiğinde, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti egemen bir devlet olarak görülemez, ancak Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kabul edilen sınırları içerisinde *de facto* olarak yönetilen ve Türkiye'nin yardımlarına bağımlı olan bir bölge olarak kalmaktadır.<sup>206</sup>

<sup>199</sup> Bkz., *Keesing's Record of World Events*, s. 37671 (1990). Tayvan bu konuda, Çin'in şiddetli muhalefetini önlemede başarısız oldu. Bkz., *a.g.e.* Ayrıca Çin ve Tayvan'da kurulmuş gayriresmi organizasyonlar arasında boğazlardaki faaliyetlere ilişkin yapılan anlaşmalar hakkında bkz., 32 ILM, 1993, s. 1217. 1997'de kabul edilen Anayasa'nun ek maddelerinde Tayvan'ın yaklaşımında belli ölçüde değişim görülmektedir.

<sup>200</sup> Bkz., [www.wto.org/english/news\\_e/pres01\\_e/pr253\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/pres01_e/pr253_e.htm). Tayvan, 2009'da Dünya Sağlık Örgütü'nün Dünya Sağlık Asamblesi'ne "Çin Taipei"i adıyla gözlemci üye olmuştur. <https://www.brookings.edu/opinions/taiwan-in-the-world-health-assembly-a-victory-with-limits/>. Rhodesia (1965-79) ve the Bantustans hakkında bkz., yukarıda.

<sup>201</sup> Bkz., Z. M. Necatigil, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*, 2. Baskı, Oxford 1993; G. White, *The World Today*, April 1981, s. 135, ve Crawford, *Creation of States*, ss. 143 vd.

<sup>202</sup> Bkz., Resolution No. 2, Supplement IV, Official Gazette of the TFSC, (Nadjatigil, *Cyprus Conflict*, s. 123'de atıfta bulunulmuştur).

<sup>203</sup> Bkz., *The Times*, 16 November 1983, s. 12, ve 21(4) *UN Chronicle*, 1984, s. 17.

<sup>204</sup> (83)13 kararı 24 Kasım 1983 tarihinde kabul edildi.

<sup>205</sup> Application No. 25781/94; 120 ILR, s. 10. Bkz., *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Series A, No. 310, 1995; 103 ILR, s. 622, ve *Loizidou v. Turkey (Merits)*, Reports 1996-VI, s. 2216; 108 ILR, s. 443. Ayrıca bkz., *Autocephalous Church of Cyprus v. Goldberg* 917 F.2d 278 (1990); 108 ILR, s. 488, ve *Cağlar v. Billingham* [1996] STC (SCD) 150; 108 ILR, s. 510.

<sup>206</sup> Ayrıca bkz., Foreign Affairs Committee, Third Report, Session 1986-7, Cyprus: HCP 23 (1986-7).

### Sahra Arap Demokratik Cumhuriyeti<sup>207</sup>

Şubat 1976'da Batı Sahra bölgesinin Fas'ın hakimiyetinden kurtulması için bir savaş yürüten Polisario Kurtuluş Hareketi bağımsız egemen Sahra Arap Demokratik Cumhuriyeti (SADR)'ni ilan etti.<sup>208</sup> Yıllar içinde Afrika Birliği Örgütü üyelerinin çoğunluğu da dahil olmak üzere birçok devlet bu yeni oluşumu tanıdı. Şubat 1982'de Afrika Birliği Örgütü Genel Sekreterliği Sahra Arap Demokratik Cumhuriyeti'ni üye yapmak istedi, fakat bu 19 üye devletin boykotuyla büyük bir krize yol açtı. Bununla birlikte Kasım 1984'de Afrika Birliği Örgütü Devlet Başkanları Asemblası, Sahra Arap Demokratik Cumhuriyeti'nin üyeliğini - Fas'ın örgütten ayrılma tehdidine rağmen - kabul etti.<sup>209</sup> Bu üyelik, Afrika Birliği Örgütü'nün Sahra Arap Demokratik Cumhuriyeti'ni devlet olarak tanınması şeklinde değerlendirilebilir ve kanıtsal bir değere sahiptir. Ancak, bu tür self determinasyon durumlarında etkin hakimiyet kriterinin öneminin azaldığı göz önüne alınarak Sahra Arap Demokratik Cumhuriyeti'nin devlet oluşuna dair itimat edilebilir bir argüman ileri sürülebilirse de, devam eden husumet ve Fas'ın etkin kontrolünün olduğu düşünüldüğünde konu hala tartışmalıdır. 2002'de BM Hukuk Müşavirliğinin Batı Sahra'nın kendi kendini yöneten bir bölge olmadığını devam ettiği ve bu statüsünün idari otoritenin Fas ve Moritanya'ya 1975'de transfer olmasıyla değişmediği görüşünü savunduğu da not edilmelidir. Ayrıca burada Batı Sahra halkının çıkarları ve isteklerini hiçe sayan keşif ve kullanım faaliyetlerinin uluslararası hukuku ihlal etmek anlamına geleceği görüşü de belirtilmiştir.<sup>210</sup> Avrupa Birliği Konseyi, 2000 tarihli Ortaklık Antlaşması'nın bir uzantısı olarak, 2010 yılında Fas ile bir ticaret antlaşmasını kabul etti. Bu antlaşmaya Fas'ın 2000 tarihli antlaşmayı Batı Sahra'ya da uyguladığı gerekçesiyle Polisario tarafından karşı çıkıldı. AB Genel Mahkemesi kararını Aralık 2015'te açıkladı. Buna göre Polisario'nun antlaşmaya karşı çıkma hakkı tanındı ve 2010 tarihli antlaşmanın Batı Sahra'yı ilgilendiren bölümünü kabul eden AB Konseyi kararı kısmi olarak iptal edildi.<sup>211</sup>

### Kosova

Yugoslavya'nın (sonradan Sırbistan) Kosova bölgesi, 1999'da BM Güvenlik Konseyi'nin 1244 sayılı kararınca yetkilendirilen BM misyonunun bir süre bölgedeki yönetimi sonrası<sup>212</sup>, 17 Şubat 2008 tarihinde bağımsızlığını ilan etti. Bu bağımsızlık ilanı, Martti Ahtisaari tarafından Mart 2007'de formüle edilen "Kosova'nın Statüsü'nün Çözümü İçin Kapsamlı Öneri" adlı raporundaki uluslararası gözetim altında Kosova'nın bağımsızlığı çağrısından sonra gerçekleşmişti.<sup>213</sup> Bu durum, Sırbistan tarafından reddedildi. Uluslararası toplum Kosova'nın bağımsızlığının tanınması meselesi konusunda bölündü. ABD, Birleşik Krallık, Almanya, AB devletlerinin çoğu, Japonya ve diğerleri tarafından hızla tanındı. Öte yandan, Rusya ve Sırbistan (tıpkı İspanya ve Yunanistan gibi) Kosova'nın tanınmasına karşı olduklarını açıkladılar. Sonuçta, şu anki duruma göre bazı ülkeler Kosova'yı tanıırken bazıları ise tanımamaktadır; Kosova'nın BM'ye girişi, Rusya'nın - veto yetkisi düşünülecek olursa - muhalefeti çekinceye kadar mümkün değildir.<sup>214</sup> Uluslararası Adalet Divanı Kosova'ya İlişkin Bağımsızlığın Tektarafı Deklarasyonunun Uluslararası Hukukla Uyumlu Hakkındaki İstisari Görüşünde, bu bölgeye ve devlet olmanın kriterlerine dair

<sup>207</sup> Bkz., Shaw, *Title*, 3. Bölüm. Ayrıca bkz. M. Dawidowicz, 'Trading Fish or Human Rights in Western Sahara? Self-Determination, Non-Recognition and the EC-Morocco Fisheries Agreement' *Statehood and Self-Determination: Reconciling Tradition and Modernity in International Law* (ed. D. French), Cambridge, 2013, s. 250.

<sup>208</sup> *Africa Research Bulletin*, Haziran 1976, s. 4047 ve Temmuz 1976, ss. 4078 ve 4081.

<sup>209</sup> Bkz., *Keating's Contemporary Archives*, ss. 33324-45. BM'nin desteklediği müzakereler devam etmektedir. Örneğin bkz., Güvenlik Konseyi kararı 2152 (2014) ve Genel Kurul kararı 70/98 (2015).

<sup>210</sup> S/2002/161. Birleşik Krallık, 'Birleşmiş Milletler'in bölge hususundaki anlaşmazlığa bir çözüm bulma çabaları muallakta olduğu için Batı Sahra'nın egemenliğini belirsiz gördüğünü' açıklamıştır. Bkz., UKMIL, 76 BYIL, 2005, s. 720.

<sup>211</sup> <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text&docid=172870&pageIndex=0&doclang=fr&mode=req&dir&occ=first&part=1&cid=233544>

<sup>212</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>213</sup> Bkz., S/2007/168 ve S/2007/168/Add.1.

<sup>214</sup> Örneğin bkz., 'Kosovo's First Month', International Crisis Group Europe Briefing No. 47, 18 Mart 2008, s. 3.

çok çeşitli argümanlar olmasına karşın, konunun dar bir yorumuyla kendini sınırlamış ve bağımsızlık ilanının kendisinin bizzatıhi uluslararası hukuka aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>215</sup>

Bu kitabın yazıldığı sıralarda Kosova 111 devlet tarafından bir devlet olarak tanınmıştır<sup>216</sup>, bununla birlikte uluslararası toplumun kilit nitelikte öneme sahip bazı üyeleri bunun dışında kaldığı için Kosova'nın egemen bir devlet olarak statüsüne ilişkin mesele şu an için hala belirsizdir.

### Filistin<sup>217</sup>

Güvenlik Konseyi tarafından 1972'den bu yana Filistin Kurtuluş Örgütü'nün (PLO) Konsey üyesi olmayan üye devletlere verilmiş katılma hakkıyla aynı şekilde görüşmelere katılmasına izin verilmektedir; ancak bu tartışmalı bir konudur.<sup>218</sup> 1974'te BM Genel Kurulu Filistin Kurtuluş Örgütü'nü gözlemci olarak katılmak üzere davet etmiştir.<sup>219</sup> Aralık 1988'de ise Genel Kurul, Birleşmiş Milletler sisteminde "Filistin Kurtuluş Örgütü" ibaresi yerine "Filistin" ibaresinin kullanılmasına karar vermiştir.<sup>220</sup>

Bununla beraber, Filistin Kurtuluş Örgütü'nün konumu 13 Eylül 1993 tarihinde Washington'da imzalanan Geçici Özerk Yönetim Düzenlemeleri Hakkında İsrail-Filistin Kurtuluş Örgütü Prensipler Deklarasyonu ile ciddi biçimde değişmeye başladı.<sup>221</sup> Bu deklarasyon sayesinde Orta Doğu Barış Konferansı'ndaki Ürdün-Filistin heyetindeki Filistin Kurtuluş Örgütü grubu Filistin halkının temsilcisi olarak kabul edildi. Kalıcı çözüme kadar beş yıllık bir geçiş dönemi boyunca (1967'de İsrail tarafından işgal edilmiş) Batı Şeria ve Gazze'deki Filistin halkı için seçilmiş bir Konsey olarak bir Filistin Geçici Özerk Yönetim kurulması konusunda anlaşıldı. Yetki alanı - daimi statü müzakerelerinde görüşülecek konular hariç - Batı Şeria ve Gazze bölgesini kapsayacaktı. Deklarasyonun yürürlüğe girişinden itibaren bölgedeki İsrail askeri hükümeti ve onun sivil yönetiminin yetkileri transfer edilecekti. 4 Mayıs 1995 tarihindeki Kahire Anlaşması<sup>222</sup> İsrail güçlerinin Eriha ve Gazze Şeridi'nden çekilmesi ve yetkinin ayrı olarak kurulu Filistin Yönetimi'ne transferini öngörüyordu. Bu yönetim - ki Filistin Kurtuluş Örgütü'nden farklı olduğu vurgulanmalıdır - belli bazı yasama, yürütme ve yargı yetkilerine sahip olacaktı. Süreç, 27 Ağustos 1995 tarihindeki Protokolde daha fazla yetki ve sorumluluk devri ile ve 28 Eylül 1995 tarihindeki Batı Şeria ve Gazze Hakkındaki Geçici Anlaşmayla devam etti. Geçici Anlaşma çerçevesinde Konsey seçimlerini bekleyen Filistin Yönetimi'ne ek bazı yetki ve sorumluluklar devredildi ve Batı Şeria'daki bazı şehir ve köylerden

<sup>215</sup> ICJ Reports, 2010, s. 403. Ayrıca bkz. *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion* (ed. M. Milanovic ve M. Wood), Oxford, 2015.

<sup>216</sup> <http://www.mfa-ks.net/?page=2,224> (Ağustos 2016).

<sup>217</sup> Bkz., Crawford, *Creation of States*, ss. 442 vd. J. Quigley, *The Statehood of Palestine*, Cambridge, 2010; R. Barnidge, *Self-determination, Statehood and the Law of Negotiation: The Case of Palestine*, Oxford, 2016 ve J. Vidmar, 'Palestine and the Conceptual Problem of Implicit Statehood', 12 *Chinese Journal of International Law*, 2013, s. 19.

<sup>218</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>219</sup> 3237 (XXIX) sayılı karar.

<sup>220</sup> 43/177 sayılı karar.

<sup>221</sup> 32 ILM, 1993, s. 1525. 9 Eylül 1993 tarihinde İsrail Başbakanı ile Filistin Kurtuluş Örgütü Başkanı arasında karışıklı tanıma ve barış süreci hususunda taahhüt mektupları paylaşıldı. Bkz., K. Calvo-Goller, 'L'Accord du 13 septembre 1993 entre L'Israel et l'OLP: le regime d'autonomie prévu par la declaration Israel/OLP', AFDI, 1993, s. 435. Ayrıca bkz., *New Political Entities in Public and Private International Law* (ed. A. Shapira ve M. Tabory), The Hague, 1999; E. Benvenisti, 'The Status of the Palestinian Authority', *Arab-Israeli Accords: Legal Perspectives* (ed. E. Cotrain ve C. Mallat), The Hague, 1996, s. 47, ve Benvenisti, 'The Israeli-Palestinian Declaration of Principles: A Framework for Future Settlement', 4 *EJIL*, 1993, s. 542, ve P. Malanczuk, 'Some Basic Aspects of the Agreements Between Israel and the PLO from the Perspective of International Law', 7 *EJIL*, 1996, s. 485.

<sup>222</sup> 33 ILM, 1994, s. 622.

İsrail'in çekilmesine yönelik düzenlemeler yapıldı.<sup>223</sup> Bu süreci 1997'de El-Halil'e ilişkin bir anlaşma<sup>224</sup> ve 1998'de de Wye River Anlaşması izledi, ki bu iki anlaşma İsrail'in yeniden konuşlanmasına işaret ediyordu. Şarm el Şeyh Memorandumu ve sonraki 1999 Protokolü Gazze ve Batı Şeria'daki Filistin Yönetim bölgeleri arasında güvenli geçiş düzenlemeleri hakkındadır.<sup>225</sup> Bu düzenlemelerin bir sonucu olarak kurulmuş olan Filistin Yönetimi'nin ülkesel ve yetkisel alanındaki artış hukuki kişilik sorununu gündeme getirdi. Filistin devleti açıkça uluslararası toplum tarafından kabul edilmemekle birlikte, Filistin Yönetimi'nin sınırlı olarak uluslararası kişiliğin belli bir formuna sahip olduğu değerlendirilebilirdi.<sup>226</sup> Bununla birlikte, bu tür kişilik İsrail ile Filistin arasındaki anlaşmalardan kaynaklanıyordu ve üçüncü tarafların tanınmasına dayanan bir ulusal kurtuluş hareketi olarak Filistin Kurtuluş Örgütü'nün kişiliğinden ayrı olarak mevcut bulunuyordu.<sup>227</sup> Bugüne kadar hiçbir taraf Oslo Antlaşmaları'nı reddetmediği için bu antlaşmalar yürürlükte kaldılar.

Bununla birlikte, 22 Ocak 2009'da Filistin Yönetimi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini kabul ettiğini bildirdi<sup>228</sup>, ki bu tür bir yargı yetkisi mahkemenin statüsü uyarınca devletlerle sınırlıdır.<sup>229</sup> Kapsamlı bir tartışmadan sonra mahkeme savcısı 3 Nisan 2012'de gerekli yeterliliğe sahip olmadığı gerekçesiyle bu isteği reddeden bir karar verdi.<sup>230</sup> 23 Eylül 2011 tarihinde Filistin Yönetimi Birleşmiş Milletler'in üyesi olmak için başvurdu<sup>231</sup>, fakat üyelik için onayının gerekli olduğu Güvenlik Konseyi'ndeki derin ayrılıklar (ve veto yetkisinin varlığı) nedeniyle bu başvuru başarıya ulaşamadı.<sup>232</sup> Kasım 2012'de Genel Kurul 'Filistin'e üye olmayan gözlemci devlet statüsü verilmesini oyladı.<sup>233</sup> 1 Ocak 2015'te, Filistin Yönetimi Başkanı ('Filistin' adına), 13 Haziran 2014 tarihinden itibaren işlendiği iddia olunan suçlara ilişkin olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini kabul ettiğine ilişkin bir bildirme yayınladı. Ertesi gün Filistin katılma belgesini BM Genel Sekreteri'ne ulaştırarak Roma Statüsü'ne katıldı ve Mahkeme Statüsü'nün 1 Nisan 2015 tarihinde yürürlüğe gireceği

<sup>223</sup> Örneğin bkz., M. Benchikh, 'L'Accord Interimaire Israélo-Palestinien sur la Cisjordanie et la bande de Gaza du 28 September 1995', AFDI, 1995, s. 7, ve *The Arab-Israeli Accords: Legal Perspectives* (ed. E. Cotran ve C. Mallat), The Hague, 1996.

<sup>224</sup> Örneğin bkz., A. Bockel, 'L'Accord d'Hebron (17 janvier 1997) et la Tentative de Relance du Processus de Paix Isra'elo-Palestinien', AFDI, 1997, s. 184.

<sup>225</sup> Bkz., A. Bockel, 'L'Issue du Processus de Paix Isra'elo-Palestinien en Vue?', AFDI, 1999, s. 165.

<sup>226</sup> Örneğin bkz., K. Reece Thomas, 'Non-Recognition, Personality and Capacity: The Palestine Liberation Organization and the Palestinian Authority in English Law', 29 *Anglo-American Law Review*, 2000, s. 228; *New Political Entities in Public and Private International Law With Special Reference to the Palestinian Entity* (ed. A. Shapiro ve M. Tabory), The Hague, 1999, ve C. Wasserstein Fassberg, 'Israel and the Palestinian Authority', 28 *Israel Law Review*, 1994, s. 319.

<sup>227</sup> Örneğin bkz., M. Tabory, 'The Legal Personality of the Palestinian Autonomy' Shapira ve Tabory, *New Political Entities*, s. 139.

<sup>228</sup> <https://www.icc-cpi.int/palestine>

<sup>229</sup> Statü'nün 12. maddesine bakınız. Ayrıca bkz., M. N. Shaw, 'The Article 12 (3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and International Law', 9 *Journal of International Criminal Justice*, 2011, s. 301; Y. Ronen, 'ICC Jurisdiction over Acts Committed in the Gaza Strip', 8 *Journal of International Criminal Justice*, 2010, s. 3; Y. Shany, 'In Defence of Functional Interpretation of Article 12(3) of the Rome Statute', 8 *Journal of International Criminal Justice*, 2010, s. 329; A. Pellet, 'The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court', 8 *Journal of International Criminal Justice*, 2010, s. 981; J. Quigley, 'The Palestine Declaration to the International Criminal Court: The Statehood Issue', 35 *Rutgers Law Record*, 2009, s. 1; ve R. Ash, 'Is Palestine a "State"? A Response to Professor John Quigley's Article "The Palestine Declaration to the International Criminal Court: The Statehood Issue"', 36 *Rutgers Law Record*, 2009, s. 186. Uluslararası Ceza Mahkemesi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., 8. Bölüm.

<sup>230</sup> [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/pe-cdnp/Pages/default.aspx#Palestine](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/pe-cdnp/Pages/default.aspx#Palestine)

<sup>231</sup> A/66/371-S/2011/592.

<sup>232</sup> Bkz. S/2011/705.

<sup>233</sup> 67/19 sayılı karar. Ayrıca bkz., the UN Book of Permanent Missions (Mart 2013 baskısı), s. 314.



değerlendirildi.<sup>234</sup> 16 Ocak 2016 tarihinde Savcı, Filistin'in durumuna ilişkin bir ön inceleme başlattı.<sup>235</sup> Bir çok devlet Filistin'i bağımsız bir devlet olarak tanımaktadır.<sup>236</sup> Filistin bir çok uluslararası örgüte katılmıştır ve bir çok uluslararası antlaşmaya taraf olmuştur.<sup>237</sup>

Bununla birlikte, konu, denetim altındaki Filistin'in sınırları içerisinde iki devletin (İsrail ve Filistin) kabulü üzerine kurulu bir barış anlaşması yapma çabaları kadar uluslararası toplum içerisindeki bölünmeler ve (tarafarca antlaşmalar fesih edilmediğinde) Oslo Antlaşmaları'nın devam edegelen uygulaması nedeniyle bugüne kadar tartışmalı olarak kalmıştır.

### Çeşitli Ayrılcı Hareketler

Tanınmış bulunan bağımsız devletler içerisinde birtakım ayrılcı taleplerin ortaya çıkması söz konusudur. Bunlar talep edilen toprak parçasının tümü üzerinde bir noktaya kadar etkin kontrol sağlamıştır. Somali 1960'da bağımsızlığını ilan ettikten sonra yeni devletin Kuzey bölümünde bulunan İngiliz Somaliland'ın eski bölgesi 17 Mayıs 1991'de kendi bağımsızlığını ilan etti.<sup>238</sup> 2001'de bir anayasa kabul edildi, fakat Afrika Birliği Örgütü Somali'nin birliği ve egemenliğini etkileyecek herhangi bir harekete destek vermeyi reddetti.<sup>239</sup> 'Somaliland'ın yetkilileriyle bazı ilişkiler geliştirilmiş olmasına rağmen, 'Somaliland' herhangi bir devlet ya da uluslararası örgüt tarafından tanınmadı.<sup>240</sup> 1990'ların başlarında Ermenistan ve Azerbaycan arasındaki silahlı çatışma sonrası Ermeni güçleri Dağlık Karabağ bölgesini (ve civarındaki yedi kasabayı) ele geçirdi ve işgal etti. Dağlık Karabağ (etnik Ermeni nüfusun çoğunluğu oluşturduğu bir bölge) "Dağlık Karabağ Cumhuriyeti" olarak Azerbaycan'dan bağımsızlığını ilan etti. Bununla birlikte Ermenistan da dahil olmak üzere hiçbir devlet tarafından tanınmadı ve BM Güvenlik Konseyi Azerbaycan'ın egemenliği ve toprak bütünlüğünü yeniden teyit eden ve Azerbaycan'ın işgal edilen bölgelerinden Ermeni güçlerinin çekilmesini talep eden 822, 853, 874 ve 884 sayılı bir dizi karar aldı.<sup>241</sup> Dağlık Karabağ Cumhuriyeti'nin statüsü konusu bireysel başvuru bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınmıştır. Bu konuda öne çıkmış bulunan *Chiragov v. Armenia* davasındaki kararında<sup>242</sup> mahkeme, Kuzey Kıbrıs'a ilişkin benzer davalara atfen,<sup>243</sup> Ermenistan'ın 'Dağlık Karabağ Cumhuriyeti üzerindeki büyük ve belirleyici etkiye sahip bulunduğu'na ve 'bu iki birimin neredeyse bütün önemli konularda çok entegre olduklarına ve bunun bugün de devam ettiğine' hükmederek 'diğer

<sup>234</sup> <https://www.icc-cpi.int/palestine>. Ayrıca bkz., ICC-ASP, The State of Palestine accedes to the Rome Statute, ICC-ASP-20150107-PR1082, 7 Ocak 2015 ve ICC-ASP, Official Records of the Resumed Thirteenth Session, The Hague, 24-25 Haziran 2015, para. 16 ve Ek I ve II.

<sup>235</sup> <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1083>. Ayrıca bkz., Report on Preliminary Examination Activities, 2015, s. 11 vd.

<sup>236</sup> <http://palestineun.org/about-palestine/diplomatic-relations/>

<sup>237</sup> Örneğin UNESCO Genel Konferansı 31 Ocak 2011 tarihinde üye olarak kabul etmiştir. [www.unesco.org/new/en/media-services/single-view/news/general\\_conference\\_admits\\_palestine\\_as\\_unesco\\_member\\_state/#.Uhl-u8rzFauI](http://www.unesco.org/new/en/media-services/single-view/news/general_conference_admits_palestine_as_unesco_member_state/#.Uhl-u8rzFauI). Nisan 2014'te Filistin 15 uluslararası antlaşmaya katılma belgelerini sunmuştur. <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=47490#.V6S0XJMrjJR>. Ayrıca bkz. L. Trigeaud, 'L'Influence des Reconnaissances d'Etat sur la Formation des Engagements Conventionnels', 119 RGDIP, 2015, s. 571

<sup>238</sup> Örneğin bkz., Crawford, *Creation of States*, ss. 412 vd., ve *Somalia: A Country Study* (ed. H. C. Metz), 4. Baskı, Washington, 1993. Genel olarak bkz., P. Kolsto, 'The Sustainability and Future of Unrecognized Quasi-States', 43 *Journal of Peace Research*, 2006, s. 723.

<sup>239</sup> Bkz., Report of the UN Secretary-General on the Situation in Somalia, S/2001/963, 16 vd. paragraflar (2001).

<sup>240</sup> Örneğin, Birleşik Krallık tarafından Somaliland'ın yöneticilerine yapılan yardım hususundaki hüküm ve Temmuz 2006'da 'Somaliland Başkanı'nın Birleşik Krallık'a gerçekleştirdiği ziyaret ve yetkililer ile yaptığı toplantılarına ilişkin bkz., FCO Press Release, 16 August 2006. Ayrıca bkz. *Secretary of State for the Home Department v CC and CF* [2012] EWHC 2837 (Admin); UKMIL, 76 BYIL, 2005, s. 715, UKMIL, 81 BYIL, 2010, s. 503 ve UKMIL, 81 BYIL, 2010, s. 503 ve UKMIL, 83 BYIL, 2012, sss. 360-1.

<sup>241</sup> Örneğin, 14 Eylül 2005, 11 Ekim 2005, 14 Kasım 2007 ve 4 Temmuz 2016 tarihli Uluslararası Kriz Grubu'nun Dağlık Karabağ Hakkında Raporlarına bakılabilir. Ayrıca Avrupa Parlamenteler Meclisi'nin 2005 yılındaki 1416 sayılı kararına da bakılabilir.

<sup>242</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 16 Haziran 2015 tarihli karar, para. 168 vd. ve para. 186.

<sup>243</sup> Bkz. bu bölümde yukarıda.

bir deyişle “Dağlık Karabağ Cumhuriyeti” ve onun yönetiminin, Dağlık Karabağ ve, Laçın dahil, etrafındaki bölgelerde etkin kontrol uygulayan Ermenistan tarafından verilen askeri, siyasi, mali ve diğer destekler sayesinde ayakta durduğunu’ ifade ederek ‘Şikayete konu olan hususların bu yüzden Sözleşme’nin 1. maddesinin amaçları bakımından Ermenistan’ın yetki alanına girdiğine’ karar vermiştir.

Eski Sovyet Cumhuriyeti Moldova, SSCB çözüldüğü dönemde, 23 Haziran 1990 tarihinde bağımsızlığını elde etti. 2 Eylül 1990 tarihinde de Moldova’nın Ukrayna sınırındaki bölgede ‘Transdnestria Moldova Cumhuriyeti’ ilan edildi. Bu oluşum Rusya’nın yardımı sayesinde kendi varlığını devam ettirebildi. Ancak hiçbir devlet tarafından tanınmadı.<sup>244</sup> Benzeri şekilde, Gürcistan’daki Güney Osetya ve Abhazya bölgeleri Rusya’nın desteğiyle *de facto* ayrı hükümetler kurdular.<sup>245</sup> Bunları Rusya ve birkaç devlet tanımıştır,<sup>246</sup> fakat Rusya’nın etkin kontrolü ışığında ve uluslararası tanımının azlığı karşısında bağımsız devlet olma hususu söz konusu olamaz.<sup>247</sup>

### Devlet Birlikleri

Devletlerin diğer devletlerle resmi olarak birlik oluşturmalarının bazı yolları vardır. Bu tür birlikler devlet değildir, ancak uluslararası hukuk üzerinde bazı etkileri söz konusudur. Örneğin, konfederasyonlar işbirliğinin muhtemelen en sıkı formudur ve genellikle sınırlı fonksiyonlara sahip olan bir tür merkezi kurumları bünyesinde barındırır ve uluslararası anlaşmalar aracılığıyla birlikte hareket eden birkaç ülkeyi kapsar.<sup>248</sup> Bu, federasyonlar ile zıtlık arz eder. Bir federal birim, devletin yetkileri farklı birimler arasında bölünmüş de olsa, güçlü merkezi organlara ve genellikle de vatandaşlar üzerinde kapsamlı yetkileri olan geniş

<sup>244</sup> Bu konuda Uluslararası Kriz Grubu’nun Moldova hakkındaki 12 Ağustos 2003, 17 Haziran 2004 ve 17 Ağustos 2006 tarihli raporlarına bakılabilir. Ayrıca bkz., *Ilascu v. Moldova and Russia*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 8 Temmuz 2004 tarihli karar, ss. 8–40.

<sup>245</sup> Uluslararası Kriz Grubu’nun Güney Osetya hakkındaki 26 Kasım 2004, 19 Nisan 2005 ve 7 Haziran 2007 tarihli ve Abhazya hakkındaki 15 Eylül 2006 ve 18 Ocak 2007 tarihli raporlarına bakılabilir. Rusya, Nikaragua, Venezuela ve Nauru Güney Osetya ve Abhazya’nın bağımsızlıklarını tanıdılar, ancak Vanutu önce tanımakla birlikte, daha sonra bu tanıma kararını geri çektiği bildirildi. Bkz., <http://www.bloomberg.com/news/2013-05-20/georgia-says-vanuatu-has-withdrawn-recognition-of-abkhazia.html>. Ayrıca bkz., ‘South Ossetia: The Burden of Recognition’, International Crisis Group, 7 Haziran 2010. Ayrıca, 2014 yılında Kırım’ın ilhakına ilişkin durum hakkında bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>246</sup> Rusya, Abhazya ve Güney Osetya’yı 26 Ağustos 2008 tarihinde bağımsız devlet olarak tanımıştır. International Crisis Group, Europa Report No. 202, *Abkhazia: Deepening Dependence*, 2010, s. 1. Nisan 2009’da Rusya, Gürcistan ve Abhazya sınırlarının resmen kontrolünü üstlenmek amacıyla Güney Osetya ile beş yıllık bir ‘stratejik ortaklık’ antlaşması imzalamıştır. Bkz., <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-18175394>. 2015 yılında Rusya sınır kontrollerini kaldıran bir ‘ittifak ve entegrasyon atlaşmasını’ Güney Osetya ile imzalamıştır. <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-18269210>. 2008 ve 2009’da Nikaragua, Venezuela ile Nauru, Güney Osetya ve Abhazya’yı tanımıştır. <http://in.reuters.com/article/idINIndia-44730620091215>. Vanuatu görünüşe göre 2011 yılında Güney Osetya ve Abhazya’yı tanımış ancak sonra bu tanımayı geri çekmiştir. <http://www.radioaustralia.net.au/international/radio/program/pacific-beat/vanuatu-dumps-recognition-of-abkhazia-and-south-ossetia/1289460>. Ayrıca bkz. A. Nußberger, ‘South Ossetia’ ve ‘Abkhazia’, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013. ABD Dış İşleri Bakanlığı tarafından 17 Mart 2015 tarihinde yapılan bir açıklamada Güney Osetya ve Abhazya’nın Gürcistan’ın ayrılmaz parçaları olduklarını ve ABD’nin Rusya ile ayrılıkçı Güney Osetya ve Abhazya bölgelerinin ‘*de facto* liderleri’ arasındaki ‘antlaşmayı’ tanımadığını bildirilmiştir. <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2015/03/239383.htm>. Bu bölgelere ilişkin olarak Birleşik Krallık aynı tutumu takınmıştır. Örneğin bkz., Foreign and Commonwealth Minister’ Statement, HC Deb 8 Ekim 2013, Vol. 568 cs46W-47W.

<sup>247</sup> Kırım’ın Rusya’dan ayrılmasına ve akabinde Rusya tarafından ilhakına ilişkin olarak aşağıdaki 9. Bölüm’e bakınız.

<sup>248</sup> Bu konuda, örneğin, Bosna Hersek Federasyonu ve Hırvatistan Cumhuriyeti arasında bir konfederasyon kurulmasına ilişkin 1994’de yapılan ön anlaşmaya bakılabilir; 33 ILM, 1994, s. 605. Bu anlaşma bir konfederasyon kurulmasını öngörüyordu, ancak bu konfederasyonun ‘kurulmasının Hırvatistan’ın ya da Bosna Hersek Federasyonu’nun uluslararası niteliğini ya da hukuki kişiliğini değiştirmeyeceğini’ belirtiyordu. Anlaşma taraflar arasında çeşitli alanlarda işbirliğini ve Hırvatistan’ın Bosna Hersek Federasyonu’na kendi toprakları üzerinden Adriyatik’e serbest geçiş imkanı vermesini öngörüyordu. Ancak bu konfederasyon gerçekleşmedi.

bir bürokrasiye sahip bir devlettir.<sup>249</sup> Bununla birlikte, bir devlet, kapsamlı yetkilere sahip bileşenlerden oluşabilir.<sup>250</sup>

Ayrıca bazı “birlik devletleri” vardır, ki bu devletler küçüklükleri ve kalkınma konusundaki yetersizlikleri nedeniyle diğer bir devlet ile yakın bir ilişkiye sahiptirler. Bu durumun bir örneği Cook Adaları ile Yeni Zelanda arasındaki bağlantıdır. Bu örnekte içerdeki yerel özerklik dış bağımlılık ile irtibatlandırılmıştır.<sup>251</sup> Diğer bir örnek West Indies Birlik Devletleri’ni oluşturan adalar grubuydu. Bunlar 1967 yılındaki West Indies Yasası çerçevesinde Birleşik Krallık’a bağlıydı. Yasa uyarınca Birleşik Krallık dış ilişkiler ve savunma konularında kontrole sahipti. Ancak, bu devletler sonradan bağımsızlıklarını elde ettiler.<sup>252</sup>

Bir devlet ile birlik ilişkisinde bu tür oluşumların statüsü, düzenlemenin anayasal niteliğine bağlı olacaktır ve belli bazı durumlarda uluslararası kabule dayalı olarak metropolitan devletten ayrı bir uluslararası kişiliği de içerebilir. Bununla birlikte, bu tür bir statünün BM tarafından self determinasyon hakkını kullanma yollarından biri olarak kabul edildiğini de belirtmek gerekir.<sup>253</sup> Yetkilerin kabul edilebilir nitelikte bir kısmı (iç ilişkiler ile irtibatlı konular dahil olmak üzere) bağlantılı devlette kalmışsa ve bu devletin gereksiz yere bir güçlük yaşamaksızın düzenlemeyi iptal edebilme imkanı varsa, bu durumda bir ölçüde uluslararası kişilik arzu edilebilir ve kabul edilebilir nitelikte görünebilir.

Uluslar Topluluğu (*The Commonwealth of Nations*) (eski İngiliz Uluslar Topluluğu), genellikle ortak çıkarlar ve tarihi bağlar temelinde egemen devletleri bir araya getiren gevşek birlikler içinde belki de en çok bilinenidir. Üyeleri tümüyle bağımsız devletlerdir ve Uluslar Topluluğu Sekreterliği’nin yardımı ve devlet başkanlarının periyodik konferansları aracılığıyla işbirliği yaparlar. Ayrıca bazı bakanların düzenli olarak toplantıları da söz konusudur. Uluslar Topluluğu hukuki olarak bağlayıcı bir ilişki oluşturmaz, fakat tartışmalar için kullanışlı bir platform olarak işlev görür. Uluslar Topluluğu üyeleri arasındaki ilişkiler belli bazı özel nitelikler gösterir, örneğin, büyükelçilere genellikle Yüksek Komiserler olarak atıfta bulunulur. Bu koşullar altında Uluslar Topluluğu’nun ayrı bir uluslararası kişiliğe sahip olması mümkün görünmemektedir.<sup>254</sup> Bununla birlikte, Uluslar Topluluğu kendine özgü kurumlar geliştirdikçe ve bağlayıcı kararlar alma kapasitesine sahip ortak politikalar tesis ettikçe, uluslararası hukuki kişiliğe sahip olma yönündeki argümanlar da daha çok ileri sürülebilir.

Sovyetler Birliği’nin çözülüşü ve bağlı cumhuriyetlerin bağımsızlıklarını ilan etmeleri sonrası Rusya Federasyonu’nun Sovyetler Birliği’nin devamı olduğu varsayımıyla Bağımsız Devletler Topluluğu kurulmasına karar verildi.<sup>255</sup> Topluluk köken olarak Rusya, Belarus ve Ukrayna tarafından 8 Aralık 1991 tarihinde kuruldu ve sonrasında 21 Aralık 1991 tarihinde

<sup>249</sup> Bkz., Crawford, *Creation of States*, ss. 479 vd. Ayrıca Gambiya ile Senegal arasında önerilen düzenleme hakkında bkz., 21 ILM, 1982, ss. 44–7.

<sup>250</sup> Örneğin, 1995 Dayton Barış Anlaşması’nın 4. Eki Bosna Hersek’in iki birimden - Bosna Hersek Federasyonu ve Sırp Cumhuriyeti - oluşan bağımsız bir devlet olarak kuruluşunun temellerini atmıştır. İki birim arasındaki sınır Ek 2’de ortaya konulmuştur.

<sup>251</sup> Crawford, *Creation of States*, ss. 625 vd., ayrıca Porto Riko ve Niue’ye ilişkin de aynı kaynağa bakılabilir. Ayrıca, Cook Adaları’na ilişkin bkz., M. N. Shaw, ‘The Article 12 (3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and International Law’, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1782668](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1782668), s. 36 vd.

<sup>252</sup> Örneğin bkz., J. E. S. Fawcett, *Annual Survey of Commonwealth Law*, London, 1967, ss. 709–11.

<sup>253</sup> Pasifik’de vesayet altındaki bölgenin halefleri hakkında ve konunun aktarıldığı ilgili bölüme bakınız.

<sup>254</sup> Bkz., J. E. S. Fawcett, *The British Commonwealth in International Law*, London, 1963; Oppenheim’s *International Law*, s. 256; O’Connell, *International Law*, ss. 346–56; Whiteman, *Digest*, Cilt: 1, ss. 476–544; Rousseau, *Droit International Public*, Cilt: 2, ss. 214–64, ve Sale, *The Modern Commonwealth*, 1983. Ayrıca, Fransızca Konuşan Ülkeler Topluluğu hakkında bkz., Whiteman, *Digest*, ss. 544–82, ve O’Connell, *International Law*, ss. 356–9.

<sup>255</sup> Örneğin bkz., J. Lippott, ‘The Commonwealth of Independent States as an Economic and Legal Community’, 39 *German YIL*, 1996, s. 334.

de 11 eski Sovyet Cumhuriyeti'nin katılımıyla genişledi. Gürcistan Bağımsız Devletler Topluluğu'na 8 Ekim 1993 tarihinde girdi. Günümüzde üç Baltık devleti hariç bütün eski Sovyet Cumhuriyetleri bu organizasyonun üyeleridir.<sup>256</sup> Bağımsız Devletler Topluluğu'nu kuran anlaşma insan haklarına ve diğer prensiplere saygıyı esas almakta ve üye devletler arasında işbirliğine çağrıda bulumaktaydı. Bağımsız Devletler Topluluğu Sözleşmesi bağlayıcı bir uluslararası antlaşma olarak 22 Haziran 1993 tarihinde kabul edildi<sup>257</sup> ve devletlerin egemenliği ve toprak bütünlüğüne saygı ile halkların self determinasyonundan güç kullanımı ve tehdidinin yasaklanması ve uyumsuzlukların barışçıl yollardan çözümüne kadar bir dizi prensibi şart koştu. Bağımsız Devletler Topluluğu'nun ne bir devlet ne de bir 'ulusüstü' oluşum (1. madde) olmadığı belirtildi ve bazı ortak koordinasyon kurumları oluşturuldu. Özel olarak Devlet Başkanları Konseyi Bağımsız Devletler Topluluğu'nun en üst organıdır ve 'karşılıklı çıkarlar alanında üye devletlerin faaliyetine ilişkin temel konular hakkında kararlar alabilir' (21. madde). Hükümet Başkanları Konseyi ise üye devletlerin yürütme organları arasında işbirliğini koordine etme fonksiyonuna sahiptir (22. madde). İki Konsey de mutabakat temelinde kararlar alabilir (23. madde). Ayrıca bir Dışişleri Bakanları Konseyi ile Bağımsız Devletler Topluluğu'nun daimi bir yürütme ve koordinasyon organı olarak Koordinasyon ve Danışma Komitesi de kuruldu.<sup>258</sup> Ek olarak, Topluluk, Ekonomik Birlik Antlaşması<sup>259</sup> ve İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi'ni kabul etti.<sup>260</sup> Bağımsız Devletler Topluluğu'nun yönlendirici bir uluslararası kurum olarak hızla gelişimi uluslararası hukuki kişiliğe sahip olduğunu göstermektedir.

Avrupa Birliği<sup>261</sup> 28 devletten oluşan<sup>262</sup> ve çeşitli ortak kurumlara sahip bir birliktir. AB yalnızca üye devletler üzerinde bağlayıcı olan hukuki işlemleri benimsemiye yetkisine sahip olmakla kalmayıp aynı zamanda iç hukuk sistemleri içerisinde doğrudan etkiye sahip olacak şekilde de çalışmaktadır. AB, temel olarak, Avrupa Topluluğu (Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, EURATOM ve Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun bir amalgamıdır) ve iki ek sütundan; Ortak Dış ve Güvenlik Politikası ile Adalet ve İçişleri Politikası'ndan, oluşmaktadır. Sadece Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması açıkça uluslararası hukuki kişiliği öngörmüştü (6. madde), fakat Avrupa Adalet Divanı içtihatı diğer iki oluşumun da bu tür bir hukuki kişiliğe sahip olduğu görüşünü yansıtmaktadır.<sup>263</sup> Ayrıca, Topluluk hukukunun iç hukuktan üstün olduğu konusu da sabittir. Topluluk tarihinin erken dönemlerinde Avrupa Adalet Divanı Topluluğun 'uluslararası hukukta yeni bir hukuki düzen' oluşturduğunu belirtmiştir.<sup>264</sup> Bu koşullar altında Topluluğun uluslararası hukuki kişiliğe sahip olduğunu

<sup>256</sup> Bkz., 31 ILM, 1992, ss. 138 ve 147, ve 34 ILM, 1995, s. 1298.

<sup>257</sup> Bkz., 34 ILM, 1995, s. 1279.

<sup>258</sup> Bu çerçevede ayrıca Savunma Bakanları Konseyi, Sınır Bölgeleri Başkomutanları Konseyi, Ekonomi Mahkemesi, İnsan Hakları Komisyonu, İşbirliği Bölümü ve Parlamenterler Asamblesi de kurulmuştur (30-35. Maddeler).

<sup>259</sup> 24 Eylül 1993, 34 ILM, 1995, s. 1298.

<sup>260</sup> 26 Mayıs 1995, Council of Europe Information Sheet No. 36, 1995, s. 195.

<sup>261</sup> Şubat 1992'de imzalanan ve 1 Ocak 1993'den itibaren yürürlüğe giren Avrupa Birliği (Maastricht) Antlaşması'nın 1. Başlığı ve A maddesi uyarınca kurulmuştur. Ayrıca 1997 Amsterdam Antlaşması, 2001 Nice Antlaşması ve 2007 Lizbon Antlaşması'na da bakınız. Lizbon Antlaşması 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>262</sup> Haziran 2016'da Birleşik Krallık AB'den ayrılmayı öngören bir referandum düzenlemiştir. Çekilmeye ilişkin müzakere süreci başlamadan önce, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 50. maddesi uyarınca bir bildirimde bulunmak gerekir. Bu kitabın yazıldığı zaman henüz böyle bir bildirim yapılmamıştı.

<sup>263</sup> Örneğin bkz., *Costa v. ENEL* [1964] ECR 585, 593; *Commission v. Council* [1971] ECR 263, 274; *Kramer* [1976] ECR 1279, 1308 ve *Protection of Nuclear Materials* [1978] ECR 2151, 2179. Ayrıca bkz., A. Peters, 'The Position of International Law Within the European Community Legal Order', 40 *German YIL*, 1997, s. 9; D. Chalmers, G. Davies ve G. Monti, *European Union Law: Cases and Materials*, 3. Baskı, Cambridge, 2014, D. Chalmers ve A. Tomkins, *European Union Public Law*, Cambridge, 2007, . Weatherill, *Cases and Materials on EU Law*, 12. Baskı, Oxford, 2016; P. Craig ve G. de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 6. Baskı, Oxford, 2015; *Steiner and Woods EU Law* (ed. L. Woods ve P. Watson), Oxford, 2014; *The Oxford Handbook on European Law* (ed. A. Arnall ve D. Chalmers), Oxford, 2015; S. Weatherill, *Law and Values in the European Union*, Oxford, 2016 ve R. Schütze, *Foreign Affairs and the EU Constitution*, Cambridge, 2014.

<sup>264</sup> *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie des Belastingen* [1963] ECR 1.

reddetmek güç görünmektedir, ancak iki ek sütunu kapsayan işbirliği süreçlerine de bunun bahşedilmesi mümkün görünmemektedir.<sup>265</sup> Avrupa Topluluğu üye olmayan devletlerde heyet bulundurma ve bir uluslararası örgütün üyesi olmak için dış yetkileri bağlamında anlaşmaları müzakere etme ve sonuçlandırma yetkisine sahiptir. Bununla birlikte, Avrupa Birliği Antlaşması Birliğin hukuki kişiliği hakkında herhangi bir hüküm içermiyordu. Birlik, kurumsallaşmış antlaşma yapma yetkilerine sahip değildi, fakat Avrupa Birliği Konseyi yoluyla ya da uluslararası sahnedeki konumunu (özellikle de Ortak Dış ve Güvenlik Politikasıyla bağlantılı olarak) öne sürerek anlaşmaları akdedebiliyordu. Bununla beraber, 2007 tarihli Lizbon Antlaşması'nın 55. maddesi Avrupa Birliği Antlaşması'na açıkça Avrupa Birliği'nin hukuki kişiliğe sahip olduğunu belirten yeni 46A maddesinin eklenmesini öngörmüştü.<sup>266</sup>

### Sonuç

Yukarıda tartışılan birimlerin uluslararası kişi ya da devlet veya sadece diğer uluslararası kişilerin parçası olup olmadığı ilgili örnekteki durumların ışığında dikkatlice incelenmesi gereken bir konudur. Bu durumlar, özellikle, söz konusu birim tarafından yapılan iddialar, sahadaki gerçeklikler (hususiyetle de üçüncü taraf hakimiyetine ve açığa çıkmış idari etkinlik derecesine ilişkin) ve diğer uluslararası kişiliklerin reaksiyonunu içermektedir. Burada tanınma, zımnî muvafakat ve *estoppel*' in (önceki beyan veya tavırlara aykırı tutum yasağı) önemi aşikardır. Uluslararası hukuki kişiliğin tanınması tanımayan üçüncü devletleri bağlamaz ve tanıma hem zaman hem de içerik açısından sınırsız değildir. Bu unsurlar aşağıda ele alınacaktır. Bununla birlikte, burada uluslararası toplumun kendisinin de uluslararası statüye ilişkin bu mesele ile ilgili olan gereksinim ve çıkarları olduğu belirtilmelidir. Bu durum, silahlı çatışmaya girmeye ilişkin kurallar dolayısıyla, sorumluluk ve kişilerin korunması konularında özellikle geçerlidir.<sup>267</sup>

## ÖZEL ÖRNEKLER

### Malta Egemen Zümresi

Haçlılar döneminde bir askeri ve tıbbi birlik olarak kurulmuş olan bu zümre Rodos'u 1309 ile 1522 yılları arası yönetmiş ve Malta bu zümreye 1530 yılında 5. Charles ile yapılan bir antlaşmayla Sicilya Krallığı'nın bir imtiyazı olarak verilmişti. Bu egemenlik 1798 yılında kaybedildi ve 1834'de zümre karargahını Roma'da bir insani kuruluş olarak kurdu.<sup>268</sup> Bu zümre Malta'nın hakimiyetini aldığı dönemde uluslararası kişiliğe sahipti ve adadan ayrılmak durumunda kaldıklarında bile Avrupa'nın çoğu ülkesi ile karşılıklı diplomatik ilişkiler ve temsilcilikler devam etti. İtalyan Temyiz Mahkemesi 1935'de bu zümrenin uluslararası kişiliğini tanıdı ve 'uluslararası hukukun öznelere ilişkin modern teorisinin, kompozisyonu kendi bileşen unsurlarının tabiiyetinden bağımsız olan bir takım kolektif birimleri tanıdığı ve bu kolektif birimlerin faaliyet alanının evrensel karakteri nedeniyle herhangi bir devletin teritoryal sınırlarını aştığını' belirtti.<sup>269</sup> Bu, üçüncü taraflarca kabul edilmiş olarak birimin fonksiyonel ihtiyaçları üzerine dayandırıldı. Örneğin, Malta Egemen Zümresi'nin seksenin üzerinde devlet tarafından tanındığı ya da diplomatik ilişkileri devam ettirdiği ve BM Genel

<sup>265</sup> Örneğin bkz., the Second Legal Adviser of the Foreign and Commonwealth Office, UKMIL, 63 BYIL, 1992, s. 660. Ayrıca bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 20, ve the European Court of Justice's *Opinion No. 1/94, Community Competence to Conclude Certain International Agreements* [1994] ECR I-5276; 108 ILR, s. 225.

<sup>266</sup> Bkz. Avrupa Birliği Antlaşması'nın Konsolide Versiyonu madde 47. *OJ C202*, 2016

<sup>267</sup> 1959 Antarktika Antlaşması'nda belirlenmiş özel rejime ilişkin bkz., bu bölümde aşağıda. Ayrıca 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi uyarınca Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi'ne ilişkin bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>268</sup> *Oppenheim's International Law*, s. 329, 7. dipnot; O'Connell, *International Law*, ss. 85–6, ve Whiteman, *Digest*, Cilt: 1, ss. 584–7. Ayrıca bkz., Crawford, *Creation of States*, ss. 231 vd., ve B.J. Theutenberg, *The Holy See, the Order of Malta and International Law*, Skara, 2003.

<sup>269</sup> *Nanni v. Pace and the Sovereign Order of Malta* 8 AD, s. 2. Ayrıca bkz., *Scarf o v. Sovereign Order of Malta* 24 ILR, s. 1; *Sovereign Order of Malta v. Soc. An. Commerciale* 22 ILR, s. 1, ve Cassese, *International Law*, ss. 132–3.

Kurulu'nda gözlemci statüye sahip olduğu not edilmelidir.<sup>270</sup> Malta Egemen Zümresi (Malta Şövalyeleri) bir devlet değildir ve kendisini açıkça tanıyan devletler ve örgütlerin dışında genel uluslararası kişiliğe sahip olup olmadığı hususu tartışmaya açıktır.<sup>271</sup>

### **Papalık Makamı ve Vatikan Şehri<sup>272</sup>**

1870'de İtalyan güçleri tarafından Papalığa ait devletlerin ele geçirilmesi bu devletlerin egemen devletler olarak varlığını sona erdirdi. Bu nedenle olağan ülkesel egemenlikten mahrum olmuş Papalık makamının uluslararası hukuktaki statüsü sorunu gündeme geldi. 1929'da İtalya ile Lateran Antlaşması imzalandı ve İtalya, 'dünyadaki misyonunun talepleri ve gelenekleri mucibince Papalık makamının doğasına özgü bir sembol olarak uluslararası ilişkiler alanında Papalık makamının egemenliğini' ve Vatikan şehir devletini kabul etti.<sup>273</sup> Bu yüzden sorun Vatikan şehrinin bugünkü statüsü meselesiyle ilişkilidir. Vatikan şehri Kilise görevlilerinden başka daimi nüfusa sahip değildir ve sadece Papalık makamının çalışmasını desteklemek için vardır. İtalya Vatikan şehrine yönelik önemli miktarda idari fonksiyonlar yürütmektedir. Bazı yazarlar, bu nedenle, Vatikan'ın bir devlet olarak görülemeyeceği sonucuna varmışlardır.<sup>274</sup> Bununla birlikte, Vatikan birçok uluslararası antlaşmaya taraf olmuştur ve Dünya Posta Birliği ve Uluslararası Telekomünikasyon Birliği üyesidir. İddiaları bağlamında zımni muvafakat ve tanınması sayesinde bir devlet olarak var olduğu görülmektedir. Vatikan şehri, Papalık makamı ile yakından bağlantılıdır ve esasen aynı yapının parçalarıdır.

Katolik Kilisesi'nin merkezi organizasyonel otoritesi olan Papalık makamı 1870'den sonra da diplomatik ilişkiler tesis etmeye ve uluslararası anlaşmalar ve paktlara girmeye devam etmiştir.<sup>275</sup> Dolayısıyla bir uluslararası kişilik olarak statüsü bu tür partnerleri tarafından kabul edilmiştir. Papalık 1993 yılında BM Irk Ayrımını Bertaraf Etme Komitesi'ne sunduğu 11. ve 12. ortak raporunda<sup>276</sup>, 'uluslararası hukukun egemen bir öznesi olarak milletler topluluğu içerisinde istisnai konumunu' hatırlatmış ve 'Egemen Papanın ruhani hizmeti için otonomiye garanti eden asgari bölgesel alan üzerinde kurulu olan, kapsamı itibariyle evrensel, temel olarak bir dini ve ahlaki düzen misyonuna sahip olduğunu' belirtmiştir.<sup>277</sup> Crawford, Papalık makamının hem kendi içinde bir uluslararası hukuki kişilik ve hem de bir devletin (Vatikan şehri) hükümeti olduğu sonucuna varmıştır.<sup>278</sup>

<sup>270</sup> Crawford, *Creation of States*, s. 231.

<sup>271</sup> *A.g.e.*, s. 233.

<sup>272</sup> Bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 325; Crawford, *Creation of States*, ss. 221 vd.; J. Duursma, *Fragmentation and the International Relations of Microstates: Self-determination and Statehood*, Cambridge, 1996, ss. 374 vd.; Rouseau, *Droit International Public*, Cilt: 2, ss. 353-77; *Le Saint-Siege dans les Relations Internationales* (ed. J. P. D'Onorio), Aix-en-Provence, 1989, R. Graham, *Vatican Diplomacy: A Study of Church and State on the International Plane*, Princeton, 1959 ve J.R. Morss, 'The International Legal Status of the Vatican/Holy See Complex', 26 *EJIL*, 2015, s. 927.

<sup>273</sup> 130 BFSP, s. 791. Ayrıca bkz., O'Connell, *International Law*, s. 289, ve *Re Marcinkus, Mennini and De Strobel* 87 ILR, s. 48.

<sup>274</sup> Bkz., M. Mendelson, 'The Diminutive States in the United Nations', 21 *ICLQ*, 1972, s. 609.

<sup>275</sup> Örneğin bkz., the Fundamental Agreement between the Holy See and the State of Israel of 30 December 1993, 33 *ILM*, 1994, s. 153.

<sup>276</sup> CERD/C/226/Add. 6 (15 February 1993).

<sup>277</sup> Ayrıca *The Holy See v. Starbright Sales Enterprises Inc.* davasına ilişkin Filipin Yüksek Mahkemesi'nin kararı için bkz., 102 *ILR*, s. 163.

<sup>278</sup> Crawford, *Creation of States*, s. 230. ABD, Papalığı yabancı bir hükümet olarak tanıdı. Bkz., *O'Bryan v. Holy See*, 556 F.3d 361 (6th Cir. 2009). Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin de devlet uygulaması, özellikle de uluslararası anlaşmalara katılımı temelinde sınırlı bir şekilde de olsa bir uluslararası hukuk kişisi olduğu görülmektedir. Bkz., Cassese, *International Law*, ss. 133-4.

### İsyancılar ve Savaşanlar

Uluslararası hukuk bu tür birimlerin belli bazı durumlarda - temel olarak spesifik bir bölgenin *de facto* yönetimine bağlı olarak - geçerli anlaşmalar yapabileceğini kabul etmektedir.<sup>279</sup> Ayrıca, bu tür oluşumlar çatışmalar esnasında uluslararası hukukun kuralları ile bağlı olacaklardır ve zaman içinde hükümetler olarak tanınabilirler. Geleneksel hukuk self determinasyon hakkının bir sonucu olarak değişim sürecindedir ve tanımanın yanı sıra toprak bütünlüğü, egemenlerin eşitliği ve içişlerine müdahale etmeme gibi diğer hukuk prensiplerinin de dikkate alınması gerekmektedir.<sup>280</sup>

### Ulusal Kurtuluş Hareketleri

Ulusal kurtuluş hareketlerinin uluslararası hukukun öznelere olup olmadığı, eğer özne iseler ne ölçüde oldukları sorunu self determinasyon prensibi ve özerk olmayan bölgelere ilişkin hukukun gelişimi ile ilişkilidir. Bu noktada dikkat çekici olan konu, sadece sömürgecilikten kurtulma sürecinde ulusal kurtuluş hareketlerinin yükselen statüsü değil, aynı zamanda birçok örnekte uluslararası toplumun tartışmalı durumlarda ulusal kurtuluş hareketlerinden ziyade başka organlara başvurması gerçeği olmuştur.

BM vesayet sistemi bireysel müracaatçıların başvurusuna izin vermiştir ve bu bütün sömürge bölgelere genişletilmiştir. 1977'de Genel Kurul'un Dördüncü Komitesi Portekiz'in Afrika'da işgal ettiği bölgelerdeki bazı ulusal kurtuluş hareketlerinin temsilcilerine bu bölgelere ilişkin çalışmalarında yer almaları açısından izin verilmesini oyladı.<sup>281</sup> Genel Kurul 2918 (XVII) sayılı kararında, Afrika Birliği Örgütü tarafından tanınmış kurtuluş hareketleri için gözlemci statüsü kavramını onayladı. Genel Kurul 3247 (XXIX) sayılı kararında, Afrika Birliği Örgütü ya da Arap Birliği tarafından tanınmış ulusal kurtuluş hareketlerinin Kurul'un oturumlarına, Kurul'un himayesi altında düzenlenen konferanslara, BM'nin uzmanlık kuruluşlarının ve Kurul'un çeşitli organlarının toplantılarına katılabileceğini kabul etmiştir.<sup>282</sup>

Bölgesel kabul gerekliliğinin dahil edilmesi ile BM'nin kabulünden önce ilgili organizasyonla asgari düzeyde de olsa bir ilişkinin mevcut olması ve uygulamada da ayrılıkçı hareketlerin dışlanması amaçlanmıştır. BM Ekonomik ve Sosyal Komitesi de benzeri bir yaklaşımı benimsemiştir ve prosedürel kuralları mucibince Genel Kurul kararları doğrultusunda ilgili tartışmalarda yer alması için herhangi bir ulusal kurtuluş hareketini oylamaya başvurmaksızın davet edebilir.<sup>283</sup>

Ayrıca, BM Güvenlik Konseyi de - her ne kadar ciddi anayasal sorular doğurmuş olsa da - Filistin Kurtuluş Örgütü'ne Güvenlik Konseyi üyesi olmayan BM üyelerinin sahip olduğu katılma haklarıyla aynı hakkı tanıyarak görüşmelere katılabilmesi için izin vermiştir.<sup>284</sup>

<sup>279</sup> Bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 165; Lauterpacht, *Recognition*, ss. 494-5; ve T. C. Chen, *Recognition*, London, 1951. Ayrıca bkz., Cassese, *International Law*, ss. 124 vd.; S. C. Neff, 'The Prerogatives of Violence - In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents' Rights', 38 *German YIL*, 1995, s. 41, ve Neff, *The Rights and Duties of Neutrals*, Manchester, 2000, ss. 200 vd. Daha fazla bilgi için bkz., 20. Bölüm.

<sup>280</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>281</sup> Bkz., M. N. Shaw, 'The International Status of National Liberation Movements', 5 *Liverpool Law Review*, 1983, s. 19, ve R. Ranjeva, 'Peoples and National Liberation Movements', *International Law: Achievements and Prospects* (ed. M. Bedjaoui), Paris, 1991, s. 101. Ayrıca bkz., Cassese, *International Law*, ss. 140 vd., ve H. Wilson, *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford, 1988.

<sup>282</sup> 1973'de Gine-Bissau'nun Bağımsızlığı İçin Afrika Partisi (PAIGC) liderinin BM Genel Kurulu'nda konuşmasına izin verilmezken, 1974'de Filistin Kurtuluş Örgütü lideri aynı organda konuşma yapabirmiştir. Bkz., A/C.4/SR.1978, s. 23 ve 3237 (XXIX) sayılı karar.

<sup>283</sup> ECOSOC resolution 1949 (LVII), 8 May 1975, rule 73. Ayrıca İnsan Hakları Komisyonu'na ilişkin bkz., CHR/Res.19 (XXIX). Ayrıca, BM Genel Kurulu ve ECOSOC, BM'nin uzmanlık kuruluşları ve BM bağlantılı organizasyonlara sömürge bölgelerin ulusal kurtuluş hareketleri ve halklarına yardım edilmesi yönünde çağrıda da bulunmuştur. Bkz., BM Genel Kurulu 33/41 ve 35/29 sayılı kararları.

<sup>284</sup> Bkz., *Yearbook of the UN*, 1972, s. 70 ve 1978, s. 297; S/PV 1859 (1975); S/PV 1870 (1976); *UN Chronicle*, April 1982, s. 16, ve DUSPIL, 1975, ss. 73-5. Ayrıca bkz., Shaw, 'International Status'.

Bu nedenle ulusal kurtuluş hareketleri için BM ve ilgili organlarında gözlemci statüsü verilme ihtimali uluslararası uygulamada olumlu olarak çözüme kavuşmuş görünmektedir. Öte yandan, uluslararası kişilik sorunu daha komplekstir ve daha önemlidir, ve devlet uygulamasına başvurmak gerekmektedir.<sup>285</sup> Bir kurtuluş hareketinin devletler tarafından büyük ölçüde tanınmasının bizzat bu tür bir statü verilmesi için yeterli olup olmadığı hususu hala tartışmalı bir konudur.

Namibya örneği göz önüne alınacak olursa, bu bölge bir uluslararası statüye sahip olarak görüldü<sup>286</sup> ve bölge halkının otantik temsilcisi olarak tanınan bir ulusal kurtuluş hareketi vardı<sup>287</sup>, fakat teorik olarak bölge Namibya İçin BM Konseyi tarafından yönetildi. Bu organ 1967 yılında BM Genel Kurulu tarafından bölgeyi yönetmek ve onu bağımsızlığa hazırlamak için kurulmuştu; 1990'da da lağvedildi. BM Genel Kurulu'na karşı sorumlu olan Konsey'de 31 BM üyesi vardı.<sup>288</sup> Konsey uluslararası örgütler ve konferanslarda Namibya'nın çıkarlarını temsil etmeye çalıştı ve Namibyalılara seyahat ve kimlik belgeleri çıkardı, ki bu çoğu devlet tarafından da kabul edildi.<sup>289</sup> 1974'de Konsey yayınladığı 1 numaralı kararname ile bölge kaynaklarının Güney Afrika'nın himayesi altında sömürülmesini yasaklama teşebbüsünde bulundu, ancak mümkün olan en açık şekilde tasarlanmadığı için bu kararname ile uygulamada çok fazla bir sonuç alınamadı.<sup>290</sup> Konsey'in statüsü muğlaktı, fakat açıkça BM bağlamında bir role sahip olarak kabul edildi ve bu yüzden belli ölçüde sınırlı uluslararası kişiliğe sahip olabilirdi. Konsey ve statüsü, kuşkusuz ki, tanınan bir ulusal kurtuluş hareketi olan Güney Batı Afrika Halkının Örgütü (SWAPO)'nden ayrıdır.

### Uluslararası Kamu Şirketleri

Çokuluslu kamu teşebbüsleri ya da uluslararası hükmi şahıslar gibi farklı isimlerle bilinen bu tip birimler genellikle kamu ve özel teşebbüsler arasında işbirliği sağlayan bir uluslararası anlaşmayla karakterize edilir.<sup>291</sup> Örneğin, bir yazar bu tür birimleri

*“Bir ulusal kanunun kapsamlı uygulaması ile tesis edilmemiş, üyeleri ve yöneticileri birkaç farklı ulusal egemenliği temsil eden, hukuki kişiliği bir ulusal otoritenin kararına ya da bir ulusal hukukun uygulamasına dayanmayan (ya da hiç olmazsa bütünüyle dayanmayan), faaliyetleri sonuçta, en azından kısmen, bir tek ya da birkaç ulusal hukuktan kaynaklanmayan kurullarla yönetilen”*

birimler şeklinde tanımlamaktadır.<sup>292</sup>

Bu tür şirketler anayasal nitelik ve yetkileri itibarıyla çok değişkenlik gösterebilir. Bu tür şirketlerin örnekleri, küresel ticari telekomünikasyon uydu sistemi için hükümetlerarası bir yapı olarak 1973'de kurulmuş INTELSAT'ı; 1955'de 14 Avrupa devleti tarafından bu devletlerin demiryolu yönetimlerine ekipman kiralamak amacıyla kurulmuş olan EUROFIMA'yı; 1930'da beş devlet ile ev sahibi devlet olarak İsviçre arasında bir anlaşmayla kurulan Uluslararası Ödeme Bankası'nı içermektedir. Kişilik meselesi ulusal ve uluslararası kişilik arasındaki farklara bağlı olacaktır. Eğer ilgili şirkete bir dizi yetki verilmiş ve ulusal

<sup>285</sup> Bkz., *UN Headquarters Agreement* davası, ICJ Reports, 1988, s. 12; 82 ILR, s. 225.

<sup>286</sup> *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, s. 16; 49 ILR, s. 3.

<sup>287</sup> BM Genel Kurulu'nun 3295 (XXIX) sayılı kararı, Güney-Batı Afrika Halkının Örgütü (SWAPO)'nü Namibya halkının otantik temsilcisi olarak tanıdı.

<sup>288</sup> Birleşik Krallık bu Konseyi tanımadı. Bkz., 408 HL Deb., col. 758, 23 Nisan 1980.

<sup>289</sup> Örneğin bkz., J. F. Engers, 'The UN Travel and Identity Documents for Namibia', 65 AJIL, 1971, s. 571.

<sup>290</sup> Bkz., *Decolonisation*, No. 9, Aralık 1977.

<sup>291</sup> Örneğin bkz., D. Fligler, *Multinational Public Corporations*, Washington, DC, 1967; ve D. A. Ijalaye, *The Extension of Corporate Personality in International Law*, Leiden, 1978, ss. 57-146. Ayrıca bkz., P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, 2. Baskı, Oxford, 2007.

<sup>292</sup> Ijalaye, *Corporate Personality*, s. 69'dan aktarılmıştır.



hukuk ile arasına yeterince mesafe koyulmuşsa, bir uluslararası kişilik söz konusu olabilir, ancak bu konunun koşullara göre dikkatli bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekecektir.

### Ulusötesi Şirketler

Uluslararası kişilik hususunda diğer olası aday, uluslararası ya da çokuluslu şirketlerdir. Uluslararası ilişkilerde bu önemli olgunun çeşitli tanımları vardır.<sup>293</sup> Bunlar temelde ana şirketlerce birbirleriyle bağlantılandırılmış birkaç hukuki birimden oluşan özel işletme organizasyonlarıdır ve büyüklükleri ve çokuluslu yaygınlıkları ile birbirinden farklılaşırlar. *Barcelona Traction* davası<sup>294</sup> sonrası yıllar içinde, uluslararası alanda bu tür şirketlerle ilgili giderek artan sayıda uygulama görülmeye başlanmıştır. Araştırılan konu, bu tür şirketlerin uluslararası alanda çalışmasının ana unsurlarını belirleyecek yönlendirici nitelikteki esasların ne olduğudur.<sup>295</sup> Bu konuda ilerleme yavaş gerçekleşmiş ve eğer varsa bu tür esasların hukuki etkisi de dahil olmak üzere bazı önemli konular çözüme muhtaç kalmıştır.<sup>296</sup> Ulusötesi şirketlerin uluslararası kişilikleri konusu tartışmaya açık bir konu olarak kalmıştır.<sup>297</sup> Bununla beraber, 6 Temmuz 2011 tarihinde BM İnsan Hakları Konseyi 'İş ve İnsan Hakları: Birleşmiş Milletler "Koruma, Saygı ve Çözüm" Çerçevesi' Hakkında Yol Gösterici İlkeleri metnini kabul etmiştir.<sup>298</sup> Bu ilkeler uluslararası hukuki zorunluluklar doğurmamaktadır. Bu ilkeler, ticari şirketler de dahil olmak üzere, bireylerin insan haklarına saygı gösterilmesi, bunların korunması ve uygulanması ile özellikle de kendi toprakları ve/veya yetki alanı içerisinde

<sup>293</sup> Örneğin bkz. K. Hamdani ve L. Ruffing, *United Nations Centre on Transnational Corporations: Corporate Conduct and the Public Interest*, London, 2015; J. Wouters ve A-L. Chané, 'Multinational Corporations in International Law' *Non-State Actors in International Law* (ed. M. Noortmann, A. Reinisch ve C. Ryngaert), Oxford, 2015, s. 225; C. W. Jenks, *Transnational Law in a Changing Society* (ed. W. Friedman, L. Henkin ve O. Lissitzyn), New York, 1972, s. 70; H. Baade, *Legal Problems of a Code of Conduct for Multinational Enterprises* (ed. N. Horn), Boston, 1980; J. Charney, 'Transnational Corporations and Developing Public International Law', *Duke Law Journal*, 1983, s. 748; F. Rigaux, 'Transnational Corporations', Bedjaoui, *International Law: Achievements and Prospects*, s. 121, ve Henkin ve diğerleri, *International Law: Cases and Materials*, s. 368. Ayrıca bkz., Muchlinski, *Multinational Enterprises*; C. M. Vazquez, 'Direct vs Indirect Obligations of Corporations under International Law', 43 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, s. 927; F. Johns, 'The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory', 19 *Melbourne University Law Review*, 1993-4, s. 893; D. Eshanov, 'The Role of Multinational Corporations from the Neoinstitutionalist and International Law Perspectives', 16 *New York University Environmental Law Journal*, 2008, s. 110, ve S. R. Ratner, 'Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility', 111 *Yale Law Journal*, 2001, s. 443.

<sup>294</sup> ICJ Reports, 1970, ss. 3, 46-7; 46 ILR, ss. 178, 220-1.

<sup>295</sup> Örneğin bkz., OECD Çokuluslu Teşebbüsler Yönetmeliği, 75 US Dept. State Bull., s. 83 (1976), ve ILO Çokuluslu Teşebbüsler ve Sosyal Politikaya İlişkin Prensipler Deklarasyonu, 17 ILM, ss. 423-30. Ayrıca bkz., Baade, *Legal Problems*, ss. 416-40. OECD Kurumsal Yönetim Prensipleri (1998), ILO Çokuluslu Teşebbüsler ve Sosyal Politikaya İlişkin Prensipler Deklarasyonu (2000). Ayrıca ulusötesi şirketlerin çalışma yöntemleri ve faaliyetleri hakkında BM İnsan Haklarının Teşviki ve Korunması Alt Komisyonu tarafından hazırlanan İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Şirketler ve Diğer İşletmelerin Sorumluluğu Hakkında Taslak Kuralları için bkz., E/CN.4/Sub.2/2002/13, August 2002, ve *Human Rights Standards and the Responsibilities of Transnational Corporations* (ed. M. Addo), The Hague, 1999.

<sup>296</sup> Ulusötesi Şirketler BM Komisyonu Meslek Kurallarına ilişkin taslak metin hazırladı. Bkz., 22 ILM, ss. 177-206; 23 ILM, s. 627 ve öne çıkan konulara ilişkin sekreterlik raporu için bkz., *a.g.e.*, s. 602; E/1990/94 (1990) ve Dünya Bankası Doğrudan Yabancı Yatırımlar Yönetmeliği için bkz., 31 ILM, 1992, s. 1366. Bu komisyonun çalışması 1993'de sona erdi. İnsan Haklarının Teşviki ve Korunması Alt Komisyonu 2003 yılında 'İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Şirketler ve Diğer İşletmelerin Sorumlulukları Hakkındaki Kurallar'ı kabul etti. Bkz., E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. Andean ülkeleri çok uluslu şirketleri hakkındaki kanuna dair Andean Grup Komisyonu'nun 292 sayılı kararı hakkında bkz., 30 ILM, 1991, s. 1295, ve çokuluslu sanayi teşekkülleri rejimi hakkında Doğu ve Güney Afrika devletleri sözleşmesi hakkında bkz., *a.g.e.*, s. 696. Ayrıca daha önceki dipnota bakınız.

<sup>297</sup> *The Third US Restatement of Foreign Relations Law* uluslararası şirketlerin uluslararası yaşamın yerleşik bir unsuru olmakla birlikte uluslararası hukukta henüz bağımsız statü elde edemediğini belirtmiştir. Bkz., *The Third US Restatement of Foreign Relations Law*, St Paul, 1987, s. 126.

<sup>298</sup> 17/4 sayılı karar. İş ve İnsan Hakları: Birleşmiş Milletler "Koruma, Saygı ve Çözüm" Çerçevesi Hakkında Yol Gösterici İlkeler metni için bkz., A/HRC/17/31. Ayrıca bkz., J. Ruggie, *Just Business Multinational Corporations and Human Rights*, New York, 2013, UNHCR, *The Corporate Responsibility to Protect Human Rights: An Interpretive Guide*, New York, 2012.

üçüncü taraflarca gerçekleştirilen insan hakları ihlallerine karşı bireylerin korunması hususunda devletlerin sorumluluklarını vurgulamaktadır. Devletler kendi toprakları ve / veya yetki alanı içerisinde gerçekleşen ihlallerden etkilenenlerin etkin bir şekilde yasal başvuru yollarına ulaşmasını garanti altına almak zorundadırlar. Söz konusu ülkeler ticari şirketlerin insan haklarına saygı göstermesi, diğerlerinin haklarını ihlal etmekten kaçınması ve insan hakları konusunda neden oldukları olumsuz etkileri gidermeleri gerektiğini belirtmektedir. Burada insan hakları ile atıfta bulunulan olgu, uluslararası olarak kabul edilen insan haklarıdır. İnsan haklarına saygı sorumluluğunun, ticari şirketlerin faaliyetlerinde beklenen global bir standart olduğu öngörülmektedir. Burada söz konusu olan, bağlayıcı nitelikte uluslararası hukuk (ulusal hukukun aksine olarak) düzenlemesi değil, beklentilere dayalı 'esnek hukuk'tur. İnsan haklarına saygıya dair bu sorumluluk, ticari şirketlerin kendi faaliyetleri yoluyla insan hakları konusunda olumsuz etkilerine neden olmak ya da katkıda bulunmaktan kaçınmaları ve kendi iş ilişkileri nedeniyle işlemleri, ürünleri ve hizmetleri ile *doğrudan bağlantılı olan* insan hakları ile ilgili olumsuzlukları önlemeye ya da azaltmaya çalışmalarını gerektirir.<sup>299</sup>

## BÜTÜN HALKLARIN SELF DETERMİNASYON HAKKI<sup>300</sup>

### Hukuki Hakkın Tesisi

Kökenleri temel olarak Avrupa'da gelişmiş milliyet ve demokrasi kavramlarına giden bu ilke ilk olarak asıl şekliyle Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra görülmüştür. Başkan Wilson'ın çabalarına rağmen, Milletler Cemiyeti Sözleşmesi'ne dahil edilmemiş ve açıkça bir hukuk ilkesi olarak görülmemiştir.<sup>301</sup> Bununla birlikte, etkisi azınlıkların korunmasına dair çeşitli hükümlerde<sup>302</sup> ve "kutsal vasi" kavramı üzerine dayanan manda sisteminin kurulmasında görülebilir. İkinci Dünya Savaşı'ndan önceki on yılda, uluslararası hukukta self determinasyona ilişkin göreceli olarak çok az uygulama bulunmaktaydı. Bu dönemde SSCB tarafından yapılan bazı antlaşmalarda bu ilke vurgulandı.<sup>303</sup> Ancak *Aaland Islands* davasında bu konuyla ilgilenen hem Uluslararası Hukukçular Komisyonu hem de Raportörler Komitesi tarafından açıkça self determinasyon ilkesinin uluslararası hukukun bir hukuki kuralı olmadığı, sadece bir

<sup>299</sup> Bkz., 13. İlke. 2011 yılında BM İnsan Hakları Konseyi insan hakları ile ulusötesi şirketler ve diğer işletme teşebbüsleri konusuna ilişkin olarak bir Çalışma Grubu kurmuştur. Bkz. <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>

<sup>300</sup> Genel olarak bkz., A. Cassese, *Self-Determination of Peoples*, Cambridge, 1995; K. Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge, 2002; U. O. Umozurike, *Self-Determination in International Law*, Hamden, 1972; A. Rigo-Sureda, *The Evolution of the Right of Self-Determination*, Leiden, 1973; M. Pomerance, *Self-Determination in Law and Practice*, Leiden, 1982; Shaw, *Title to Territory*, ss. 59-144; A. E. Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-Determination*, Oxford, 2004; D. Raic, *Statehood and the Law of Self-Determination*, The Hague, 2002; Crawford, *Creation of States*, ss. 107 vd., ve Crawford, 'The General Assembly, the International Court and Self-Determination', *Fifty Years of the International Court of Justice* (ed. A. V. Lowe ve M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996, s. 585; Rousseau, *Droit International Public*, Cilt: 2, ss. 17-35; Tunkin, *Theory*, ss. 60-9; ve Tomuschat, *Modern Law of Self-Determination*. Ayrıca bkz., M. Koskenniemi, 'National Self-Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice', 43 ICLQ, 1994, s. 241; W. Ofuatey-Kodjoe, 'Self Determination', *United Nations Legal Order* (ed. O. Schachter ve C. Joyner), Cambridge, 1995, Cilt: 1, s. 349; A.B. Lorca, 'Petitioning the International: A "Pre-History" of Self-determination', 25 EJIL, 2014, s. 497; A. Coleman, *Resolving Claims to Self-Determination*, London, 2015; M. Sterio, *The Right to Self-Determination Under International Law*, London, 2013; J. Summers, *Peoples and International Law*, Leiden, 2014; *Statehood and Self-Determination: Reconciling Tradition and Modernity in International Law* (ed. D. French) ve *The Theory of Self-Determination* (ed. F.R. Tesón), Cambridge, 2016.

<sup>301</sup> Bkz., A. Cobban, *The Nation-State and National Self-Determination*, London, 1969; D. H. Miller, *The Drafting of the Covenant*, New York, 1928, Cilt: 2, ss. 12-13; S. Wambaugh, *Plebiscites since the World War*, Washington, 1933, Cilt: 1, s. 42, ve Pomerance, *Self-Determination*.

<sup>302</sup> Örneğin bkz., I. Claude, *National Minorities*, Cambridge, 1955, ve J. Lador-Lederer, *International Group Protection*, Leiden, 1968.

<sup>303</sup> Örneğin Baltık devletleri ile yapılan antlaşmalar için bkz., Martens, *Recueil G'eneral de Trait'es*, 3. Seri, XI, ss. 864, 877 ve 888, ve Cobban, *Nation-State*, ss. 187-218. Ayrıca bkz., Whiteman, *Digest*, Cilt: 4, s. 56.

politik kavram olduğu kabul edildi.<sup>304</sup> Dava, Finlandiya'nın bir parçası olduğu iddia edilen adanın İsveçli sakinleri hakkındaydı ve sorun Milletler Cemiyeti tarafından azınlık haklarını garanti etmesi koşuluyla ada üzerinde Finlandiya'nın egemenliğinin tanınması ile çözüldü.

İkinci Dünya Savaşı bu düşünceyi daha da canlandırdı ve ilke BM Sözleşmesi'ne dahil edildi. Sözleşme'nin 1 (2). maddesi eşit haklar ve self determinasyon prensiplerine saygıya dayalı olarak milletler arasında dostça ilişkilerin gelişimini örgütün amaçlarından biri olarak belirtti ve 55. maddede de bu ifade tekrar edildi. Bu çok genel ifadelerle söz konusu prensibe atıfta bulunmanın onun bağlayıcı bir hak olarak kabul edilmesi açısından yeterli olup olmadığı hususu tartışmalıdır, fakat bu konudaki çoğunluk görüşü yeterli olmadığı yönündedir. Sözleşmedeki politik amaca sahip her açıklamanın otomatik olarak hukuki zorunluluk doğurduğu düşünülemez. Öte yandan, bu prensibin Sözleşme'ye (özellikle de BM'nin amaçlarının açıklaması bağlamı içerisinde) dahil edilmesi bu prensibin hem hukuki etkisi ve sonuçları açısından hem de tanımına ilişkin yapılan sonraki yorum için imkan sağladı. Ayrıca, Sözleşme'nin 11. ve 12. Bölümlerinin özerk olmayan ve vesayet sistemi altındaki bölgelerle ilgili olduğu ve bu bölümlerin - terim açıkça kullanılmamış da olsa - self determinasyon hakkının tanımı ve gelişimi bağlamı içerisinde ilgili görülebileceği de belirtilmelidir.<sup>305</sup>

Genel olarak bu ilkenin geçerliliği ve izahına özel olarak da spesifik durumlarda uygulanmasına ilişkin BM içerisinde 1945'den bu yana var olan uygulama, uluslararası hukukta self determinasyon hakkının hukuki geçerliliğinin sonuçta yerleşik hale geldiği şeklinde değerlendirilebilir. Bu, ya anlaşma ya da teamül hukuku yoluyla ya da daha tartışmalı olarak bir genel hukuk ilkesi tesis ederek başarılabilir. Bütün bu yollar, görüleceği üzere, mümkündür. BM Sözleşmesi, daha sonraki uygulama ile yorumlanabilen çok taraflı bir anlaşmadır. Devletlerin ve uluslararası organizasyonların BM sistemi içerisinde açığa çıkan uygulama yelpazesi teamül hukukunun doğuşuna yol açabilir. BM'de self determinasyonla ilgili kaynakların miktarı bu kavramın önemini göstermektedir; bu materyalin daha çok öneme sahip bazıları kısaca belirtilecektir. 1514 (XV) sayılı karar, Sömürge Ülkelerinin ve Halklarının Bağımsızlığının Verilmesi Hakkındaki Deklarasyon, 1960 yılında 0'a karşı 89 oyla (9 çekimser) kabul edilmiştir. Bu deklarasyonda 'bütün halklar self determinasyon hakkına sahiptir, bu hak sayesinde kendi politik statülerini özgürce belirlerler ve özgürce kendi ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmalarını sürdürürler' ifadesine yer verilmiştir.

Politik, sosyal, ekonomik ya da eğitsel açıdan hazır olma konusundaki yetersizlik bağımsızlığın geciktirilmesi için bir itiraz olarak kullanılmayacaktır; öte yandan, bir ülkenin toprak bütünlüğü ve ulusal birliğini kısmen ya da tamamen ortadan kaldırmayı amaçlayan teşebbüslerin de BM Sözleşmesi'ne aykırı olduğu varsayılabildi. Bu deklarasyon, sömürgecilik bağlamı üzerindeki vurgusu ve ayrılıkçılığa karşı muhalefeti ile self determinasyon tartışmasına dair hükümleri ortaya koymuştu ve bazıları tarafından Sözleşme'nin bağlayıcı bir yorumu olarak görüldü.<sup>306</sup> Deklarasyon, Dekolonizasyon Hakkında Özel Komite'nin kurulması ile daha da güçlendirildi, ki bu komite bütün bağımlı bölgeler ile ilgilileniyordu ve son derece faal oldu. Self determinasyon ile ilgili hemen hemen bütün BM kararlarının bu deklarasyona açıkça atıfta bulunması da bu deklarasyonun önemini göstermektedir. Nitekim, Uluslararası Adalet Divanı bu deklarasyona, özerk olmayan bölgelere ilişkin uluslararası hukukun gelişiminde 'önemli bir aşama' ve 'dekolonizasyon sürecinin temeli' olarak spesifik olarak atıfta bulunmuştur.<sup>307</sup>

<sup>304</sup> LNOJ Supp. No. 3, 1920, ss. 5-6 ve Doc. B7/21/68/106[VIII], ss. 22-3. Ayrıca bkz., J. Barros, *The Aaland Islands Question*, New Haven, 1968, ve Verzijl, *International Law*, ss. 328-32.

<sup>305</sup> Örneğin bkz., O'Connell, *International Law*, s. 312; N. Bentwich ve A. Martin, *Commentary on the Charter of the UN*, New York, 1950, s. 7; D. Nincic, *The Problem of Sovereignty in the Charter and the Practice of States*, The Hague, 1970, s. 221; H. Kelsen, *Law of the United Nations*, London, 1950, ss. 51-3, ve H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, The Hague, 1950, ss. 147-9. Ayrıca Hakim Tanaka'nın *South-West Africa* davalarındaki görüşü için bkz., ICJ Reports, 1966, ss. 288-9; 37 ILR, ss. 243, 451-2.

<sup>306</sup> Örneğin bkz., O. Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, The Hague, 1966, ss. 177-85, ve Shaw, *Title*, 2. Bölüm.

<sup>307</sup> *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, ss. 12, 31 ve 32; 59 ILR, ss. 14, 49.

1966'da BM Genel Kurulu İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmeleri'ni kabul etti. Bu sözleşmelerinin ilk maddeleri aynıydı ve 'bütün halklar self determinasyon hakkına sahiptir. Bu hak sayesinde bu halklar özgürce kendi politik statülerini belirler' ifadesine yer veriyordu. Bu sözleşmelere taraf olan devletler 'self determinasyon hakkının gerçekleşmesini destekleyecek ve Birleşmiş Milletler Sözleşmesi hükümleri uyarınca bu hakka saygı gösterecek'ti. Sözleşmeler 1976'da yürürlüğe girdi ve böylece taraflar arasında bağlayıcı hükümler tesis etti, ancak Sözleşmeler, ayrıca BM Sözleşmesi'ndeki bazı insan hakları hükümlerinin (self determinasyon da dahil) yetkin yorumları olarak da görülebilir. Doçça İlişkilere Dair Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkındaki 1970 Deklarasyonu, şerh ettiği yedi Sözleşme hükmünün yetkin bir yorumu şeklinde değerlendirilebilir. Deklarasyon 'Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde yüceltilen halkların self determinasyonu ve eşit haklar prensibi sayesinde bütün halklar kendi politik statülerini özgürce belirleme hakkına sahiptirler' ifadesine yer vermiş ve bütün devletlerin Sözleşme uyarınca bu hakka saygı gösterme sorumluluğu altında olduğu vurgulanmıştır. Deklarasyonun önemli bazı Sözleşme hükümlerinin bir şerhi olarak işlev görmesi özel olarak amaçlanmış ve nitekim Genel Kurul'da da muhalefet olmaksızın kabul edilmiştir.<sup>308</sup>

Bu genel soyut yaklaşıma ek olarak, BM organları belli bazı durumlara ilişkin aldıkları birtakım spesifik kararlarda self determinasyon konusu ile ilgilenmişlerdir. Bu uygulamanın, Sözleşmenin yorum süreci sayesinde self determinasyon prensibinin uluslararası hukukta bir hak haline geldiği sonucunu güçlendirdiği ileri sürülebilir. Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi'nde bu konuda çok sayıda karar alınmıştır.<sup>309</sup> Ayrıca BM sistemindeki uygulama bir devlet uygulaması olduğu için sonuçta bir teamül hukuku kuralının ortaya çıktığı söylenebilir, ancak bu konuda *opinio juris* unsurunun belirlenmesi kolay değildir ve dikkatli değerlendirme ve muhakemeye bağlı olacaktır.

Self determinasyon prensibinin hukuki tartışması nisbi olarak nadirdir ve Uluslararası Adalet Divanı tarafından *Namibia*<sup>310</sup> ve *Western Sahara*<sup>311</sup> davaları hakkında verilen istişari görüşler üzerinde odaklanmıştır. *Namibia* davasında Divan, 'Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde yüceltildiği gibi, özerk olmayan bölgelere ilişkin uluslararası hukukun sonraki gelişimi(nin), self determinasyon prensibini bütün bu bölgelere uygulanabilir hale getirdiğini vurgulamıştır.<sup>312</sup> *Western Sahara* davası da bu noktayı yeniden teyit etmiştir.<sup>313</sup> Bu dava, İspanya tarafından bir sömürgeci güç olarak kontrol edilen, fakat Fas ve Moritanya'nın yayılmacılık taleplerine muhatap olan Batı Sahra'nın sömürgecilikten kurtulması sonucu ortaya çıkmıştır. Uluslararası Adalet Divanı'na bu bölge ile Fas ve Moritanya'nın arasındaki hukuki bağa ilişkin bir görüş sorulmuştur. Divan de, görüş isteğinin BM Genel Kurulu'nun Batı Sahra'nın sömürgecilikten kurtulmasına dair değerlendirmesinden ortaya çıktığını ve bölge halkının self determinasyon hakkının Divan önüne getirilen sorunların temel bir varsayımını oluşturduğunu vurgulamıştır.<sup>314</sup> Mahkeme Sözleşme hükümlerini ve yukarıda belirtilen Genel Kurul kararlarını değerlendirdikten sonra, talep sahipleri devletler ile bölge arasında 1880'lerde ilgili dönemde var olan bağların, bölgenin dekolonizasyonunda 1514 (XV) sayılı kararın uygulanmasını ve özel olarak da self determinasyon hakkını etkilemeyeceği

<sup>308</sup> 2625 (XXV) sayılı kararla kabul edilmiştir. Bkz., R. Rosenstock, 'The Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations', 65 AJIL, 1971, ss. 16, 111 ve 115.

<sup>309</sup> Örneğin Genel Kurul'un 1755 (XVII); 2138 (XXI); 2151 (XXI); 2379 (XXIII); 2383 (XXIII) sayılı kararları ve Güvenlik Konseyi'nin 183 (1963); 301 (1971); 377 (1975) ve 384 (1975) sayılı kararlarına bakınız.

<sup>310</sup> ICJ Reports, 1971, s. 16; 49 ILR, s. 3.

<sup>311</sup> ICJ Reports, 1975, s. 12; 59 ILR, s. 30. Ayrıca bkz., M. N. Shaw, 'The Western Sahara Case', 49 BYIL, s. 119.

<sup>312</sup> ICJ Reports, 1971, ss. 16, 31; 49 ILR, ss. 3, 21.

<sup>313</sup> ICJ Reports, 1975, ss. 12, 31; 59 ILR, ss. 30, 48.

<sup>314</sup> ICJ Reports, 1975, s. 68; 59 ILR, s. 85. Bu konuda, özellikle, 'Birleşmiş Milletler'in himayesi altındaki özerk olmayan bölgelerin sömürgecilikten kurtulmasına uygulanabilir bir uluslararası hukuk normunun ortaya çıktığı'na dair Hakim Dillard'ın görüşü için bkz., ICJ Reports, 1975, ss. 121-2; 59 ILR, s. 138. Ayrıca Hakim Petren'in görüşü için bkz., ICJ Reports, 1975, s. 110; 59 ILR, s. 127.

sonucuna varmıştır. Diğer bir deyişle, mahkemenin self determinasyon prensibini bu tür bölgeler bağlamında hukuki bir prensip olarak gördüğü aşıkardır.

Divan *East Timor (Portugal v. Australia)* davasında<sup>315</sup> daha ileri bir adım atmış ve 'Portekiz'in halkların self determinasyon hakkının - BM Sözleşmesi ve uygulamasından geliştiği gibi - *erga omnes* (herkese uygulanır) niteliğe sahip olduğuna dair iddiası(nın) hatasız' olduğunu belirtmiştir. Divan halkların self determinasyon hakkının 'çağdaş uluslararası hukukun temel prensiplerinden biri' olduğunu vurgulamıştır.<sup>316</sup> Öte yandan, bu davada Divan, Portekiz ve Avustralya'nın ikisi açısından da Doğu Timor'un (1975'deki ilhaktan beri Endonezya askeri işgali altında olan) özerk olmayan bir bölge olduğunu not etmek ve Doğu Timor halkının self determinasyon hakkına sahip olduğuna işaret etmekle birlikte, davada Endonezya'nın mevcut bulunmayışı nedeniyle mahkemenin yargı yetkisini kullanamayacağına karar vermiştir.<sup>317</sup> Bu önermeler Uluslararası Adalet Divanı tarafından *Construction of a Wall*<sup>318</sup> ve *Kosova*<sup>319</sup> istişari görüşlerinde tümüyle tekrar teyit edilmiştir.

Self determinasyon konusu 1998 yılındaki *Reference Re Secession of Quebec* davasında ortaya konulan üç soru şeklinde Kanada Yüksek Mahkemesi'nin önüne geldi. İkinci soru, uluslararası hukukta Quebec'e tek taraflı olarak ayrılma imkanı verecek bir self determinasyon hakkının olup olmadığı hakkındaydı.<sup>320</sup> Mahkeme 'self determinasyon prensibinin "sözleşme"nin ötesinde bir statü kazandı(ğ)ı ve uluslararası hukukun bir genel prensibi olarak görüldüğü'nü ilan etmiştir.<sup>321</sup>

### Self Determinasyonun Tanımı

Self determinasyon prensibi hukuki bir prensip olarak mevcutsa ve buna inanılıyorsa bu durumda kapsamı ve uygulaması meselesi ortaya çıkmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, 1960 Sömürge Deklarasyonu'ndan 1970 Uluslararası Hukuk Prensipleri Hakkındaki Deklarasyon ve 1966 İnsan Hakları Hakkındaki Uluslararası Sözleşmeler'e kadar self determinasyon prensibi konusundaki BM'nin tüm açıklamaları bu prensibin "bütün halklar" için bir hak olduğunu vurgulamıştır. Eğer bu böyleyse, bu durumda bütün halklar bu nedenle uluslararası hakların doğrudan sahipleri olarak uluslararası hukukun belli ölçülerde öznelere olurdu ve eğer kullanılan "halk" tanımı normal politik-sosyolojik bir tanımsa<sup>322</sup> uluslararası hukuk algılarının yeniden büyük çaplı olarak değişmesi söz konusu olurdu. Aslına bakılırsa, bu gerçekleşmemiş ve bu amaçlar doğrultusunda bir halkı neyin oluşturduğuna dair uluslararası hukuk kavramı, söz konusu "self" in kabul edilen sömürge bölgeleri çerçevesi içerisinde belirlenmesi gerektiği yönünde değişim göstermiştir. Bunu genişletme çabaları başarılı olmamış ve BM daima bir ülkenin ulusal birliği ve toprak bütünlüğünün kısmen ya da tamamen

<sup>315</sup> ICJ Reports, 1995, ss. 90, 102; 105 ILR, s. 226.

<sup>316</sup> *A.g.e.*

<sup>317</sup> ICJ Reports, 1995, ss. 105–6. Bunun sebebi, mahkemenin bir devletin rızası olmaksızın o devlet konusunda yargı yetkisini kullanamayacağı prensibi ile ilgilidir. Mahkeme, Portekiz'in Avustralya'ya karşı iddiaları hususunda Endonezya'nın pozisyonu (ki Endonezya mahkemenin yargı yetkisini kabul etmemiştir) incelenmeksizin karar verilemeyeceği görüşünü savunmuştur. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 18. Bölüm.

<sup>318</sup> ICJ Reports, 2004, ss. 136, 171–2; 129 ILR, ss. 37, 89–91.

<sup>319</sup> ICJ Reports, 2010, ss. 403, 436. Ayrıca bkz. G. Zyberi, 'Self-Determination Through the Lens of the International Court of Justice', 56 *Netherlands International Law Review*, 2009, s. 429 ve I. Urrutia, 'Territorial Integrity and Self-Determination: The Approach of the International Court of Justice in the Advisory Opinion on Kosovo', 16 *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 2012, s. 107.

<sup>320</sup> (1998) 161 DLR (4th) 385; 115 ILR, s. 536. İlk soru, Kanada anayasa hukukunda ayrılma hakkının olup olmadığına ilişkindi; üçüncü soru ise bir çatışma durumunda anayasa hukukunun mu yoksa uluslararası hukukun mu önceliğe sahip olduğu idi. Ayrılma ve self determinasyon meselesi hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., 9. Bölüm.

<sup>321</sup> (1998) 161 DLR (4th) 434–5.

<sup>322</sup> Örneğin bkz., Cobban, *Nation-State*, s. 107, ve K. Deutsche, *Nationalism and Social Communications*, New York, 1952. Ayrıca bkz., *Greco-Bulgarian Communities* davası, PCIJ, Series B, No. 17; 5 AD, s. 4.

parçalanmasına yönelik teşebbüslere daima şiddetle karşı çıkmıştır.<sup>323</sup> BM bu konudaki politikasını, ‘bir sömürge bölgesi ya da diğer özerk olmayan bir bölgenin Sözleşme uyarınca onu yöneten devletin topraklarından ayrı ve farklı bir statüye sahip olduğu’ ve bu statünün bu bölge halkı self determinasyon hakkını kullanıncaya kadar var olduğu varsayımı üzerine kurmuştur.<sup>324</sup> Ayrıca self determinasyon ilkesi, sömürgecilikten kurtulma sürecinde sömürge döneminin teritoryal çerçevesini korumak ve bağımsız devletlerden ayrılmaya izin veren bir kuralın doğuşunu önlemek amacıyla toprak bütünlüğü ilkesi ile birlikte kullanılmıştır.<sup>325</sup> Kanada Yüksek Mahkemesi Quebec davasında ‘uluslararası hukukun self determinasyonun halklar tarafından mevcut egemen devletlerin çerçevesi içerisinde ve bu devletlerin toprak bütünlüğünün korunması ile uyumlu olarak kullanılacağını öngördüğünü’ belirtmiştir.<sup>326</sup> Bu açıkça Avrupa imparatorluklarının sömürgeciliğin sona ermesi bağlamı içerisinde geçerlidir ve dolayısıyla bu bölgelerin halklarına bir uluslararası kişilik sağlar. Bir kavram olarak self determinasyon mevcut devletlerden ayrılma hakkını da içerecek şekilde gelişme kapasitesine sahip olmakla birlikte<sup>327</sup>, bu henüz gerçekleşmemiştir. Bununla birlikte bu bağlamda self determinasyon ve toprak bütünlüğü prensibine getirilen bir istisnayı meşrulaştırmak amacıyla Dostça İlişkilere Dair Uluslararası Hukuk Prensipleri Hakkındaki 1970 Deklarasyonu’nda bazı konuları kapsam dışında bırakan bir hüküm üzerine kurulmaya çalışılan bir görüş mevcut bulunmaktadır. Söz konusu hüküm, self determinasyon hakkındaki bölümde ifade edilen hususların, self determinasyon prensibine uygun olarak hareket eden ‘ve bu nedenle ırk, inanç ya da renk ayrımı olmaksızın ülkeye bağlı tüm halkı temsil eden bir hükümete sahip olan’ devletlerin toprak bütünlüğünün parçalanmasına ya da tahrip edilmesine izin verilmesi ya da teşvik edilmesi olarak yorumlanamayacağını belirtmektedir.<sup>328</sup> Bununla birlikte, iç self determinasyon ve toprak bütünlüğü ilkesine dair bu açık teyitin istisnai durumlarda *a contrario* (mefhum-u muhalifi ile) bağımsız bir devletten ayrılmaya meşruiyet verme olarak görülüp görülemeyeceği hususu son derece tartışmalıdır ve gerçekte çok şüphelidir.

Kanada Yüksek Mahkemesi *Quebec* davasında, dış self determinasyon hakkının (yani tek taraflı olarak ayrılma hakkına yönelik bir talebin) ‘ancak çok istisnai durumlarda, hatta ondan sonra bile dikkatlice belirlenmiş koşullarda doğduğunu’ vurgulamıştır.<sup>329</sup> Konu *Kosova* davasında gündeme gelmiştir. Uluslararası Adalet Divanı istişari görüşünde şöyle demiştir:

*“Yabancı boyunduruğu, tahakkümü ve sömürüsüne tabi olarak kendisini yönetemeyen ülkeler ve halklar bağlamı dışında, uluslararası self determinasyon hukukunun mevcut bir devlet içinde bulunan bir nüfusa bu devletten ayrılma hakkı tanıyıp tanımadığı, davada yer alanlarca ve mesele hakkında bir durum bildirenlerce tamamen farklı görüşlerin ifade edildiği bir konudur. Benzer farklılıklar uluslararası hukukun ‘telafi ayrılığı’ hakkı tanıyıp tanımadığı ve tanıyışsa, bunun hangi şartlarda gerçekleşeceğine ilişkin olarak da mevcuttur.”<sup>330</sup>*

<sup>323</sup> Örneğin bkz., Sömürge Deklarasyonu (1960), Uluslararası Hukuk Prensipleri Hakkındaki Deklarasyon (1970) ve Afrika Birliği Organizasyonu Sözleşmesi’nin 3 (3). maddesine bakınız.

<sup>324</sup> Bkz., Uluslararası Hukuk Prensipleri Hakkındaki Deklarasyon (1970). Ayrıca 1541 (XV) sayılı karar ‘onu yöneten ülkeden coğrafi olarak ayrı ve etnik ve / veya kültürel olarak farklı olan’ bir bölgeye ilişkin bilgi aktarma yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir.

<sup>325</sup> Örneğin bkz., T. M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, 1990, ss. 153 vd.; Franck, ‘Fairness in the International Legal and Institutional System’, 240 HR, 1993 III, ss. 13, 127–49; Higgins, *Problems and Process*, 11. Bölüm, ve Shaw, *Title*, 3. ve 4. Bölümler. Ayrıca bkz., aşağıda 9. Bölüm.

<sup>326</sup> (1998) 161 DLR (4th) 385, 436; 115 ILR, s. 536.

<sup>327</sup> Örneğin bkz., s. 186.

<sup>328</sup> Bkz., Cassese, *Self-Determination of Peoples*, s. 118 vd.

<sup>329</sup> (1998) DLR (4th) 385, ss. 437–8. Cassese, ‘aşırı derecede ve süreklilik arz eden bir zulmün varlığı ve barışçıl yollarla direniş için makul bir umudun olmayışının ayrılığı meşru kılabilceği’ sonucuna varmaktadır. Bkz., a.g.e., s. 120. Ayrıca bkz., R. Rosenstock, ‘The Declaration on Principles of International Law’, 65 *AJIL*, 1971, ss. 713, 732.

<sup>330</sup> ICJ Reports, 2010, ss. 403, 438.

Divan, davanın amaçları doğrultusunda bu tür konular hakkında karar vermenin gerekli olmadığı düşüncesiyle, konuyu daha ileri bir noktaya götürmemiştir.<sup>331</sup> Bununla beraber, toprak bütünlüğü gibi temel nitelikteki bir prensibin olumlu bir onay yoluyla değil de bir *contrario* karşı argüman yoluyla kritik derecede önemli bir istisnaya tabi olması olağan dışı olurdu. Üstelik, genel olarak ya da spesifik durumlara ilişkin ayrılma hakkının tek tarafı kabulünü gösteren uluslararası bir uygulama da söz konusu değildir.

Özetlenecek olursa, self determinasyon prensibi sömürge olarak tanımlanmış bölgelerin halklarının kendi politik statülerine özgürce karar verebileceğini öngörmektedir. Bu tür bir irade bağımsızlık ile, komşu bir ülkeyle entegrasyon ile, bağımsız bir devletle birlik kurma ile ya da ilgili halk tarafından özgürce karar verilmiş diğer bir statü ile sonuçlanabilir.<sup>332</sup> Self determinasyon, ayrıca, doğal kaynaklar üzerinde devletlerin daimi hakimiyeti alanında ve anlaşmazlıkların çözümü için kriterler sağlamakta devletlerin egemenliğini ve bağımsızlığını koruyarak devlet oluşumu bağlamı içerisinde de bir role sahiptir.<sup>333</sup>

## BİREYLER<sup>334</sup>

Uluslararası hukukta bireylerin statüsü meselesi insan haklarının ve giderek artan oranda da yatırımların uluslararası boyutta korunması hususunun önem kazanması ile yakından bağlantılıdır. Bu bölüm insan haklarının korunması konusu hakkında bazı genel yorumlarla sınırlı olacaktır. Konu teorisi bireylerin yalnızca amaçlanan bir hukuki düzenlemenin konusunu (*subject-matter*) teşkil ettiğini öngörmektedir. Yalnızca devletler ve bazen de uluslararası organizasyonlar hukukun özneleridir.<sup>335</sup> Bu sınırlı değere sahip bir teori olarak kalmıştır. Uluslararası hukukun temeli daima onun insanoğluna yönelik nihai ilgisi olmuş ve nitekim bu, klasik uluslararası hukukun kökenlerindeki Doğal Hukuk anlayışında açıkça ifade edilmiştir.<sup>336</sup> Özellikle 19. yüzyılda pozitivist teorilerin yükselişi bunu engellemiş ve bu açıdan devletin merkeziliğini ve hatta ayrıcalıklı konumunu vurgulamıştır. Bununla beraber, modern uygulama, bireylerin artık giderek artan oranda uluslararası hukukun katılımcıları ve özneleri olarak kabul edilmeye başladığını göstermektedir. Bu temel olarak (fakat münhasıran değil) insan hakları hukuku yoluyla gerçekleşmiştir.

Uluslararası hukuk amaçları açısından devlet ile birey arasındaki bağ tarihsel olarak vatandaşlık kavramı olmuştur. Bu husus, özellikle yargı yetkisi ve devlet tarafından bireyin uluslararası açıdan korunması alanlarında son derece önemli oldu ve bugüne kadar da bu

<sup>331</sup> A.g.e.

<sup>332</sup> *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, ss. 12, 33 ve 68. Ayrıca Hakim Dillard'ın görüşü için bkz., *a.g.e.*, s. 122; 59 ILR, ss. 30, 50, 85, 138. Bkz., 1541 (XV) sayılı BM Genel Kurul kararı ve Uluslararası Hukuk Prensipleri Hakkındaki Deklarasyon (1970).

<sup>333</sup> Bkz., *East Timor* davası, ICJ Reports, 1995, ss. 90, 102; 105 ILR, s. 226. Bu davada Portekiz diğer hususların yanı sıra (*inter alia*), 'Timor Çukuru'nda kıta sahanlığının araştırılması ve kullanılmasına ilişkin Avustralya'nın Endonezya ile yaptığı anlaşmanın Doğu Timor halkının self determinasyon hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

<sup>334</sup> Örneğin bkz., A. Clapham, *The Role of the Individual and International Law* 21 EJIL, 2010, s. 25; K. Parlett, *The Individual in the International Legal System*, Cambridge, 2011; *Oppenheim's International Law*, 8. Bölüm; Higgins, *Problems and Process*, ss. 48-55; O'Connell, *International Law*, ss. 106-12; C. Norgaard, *Position of the Individual in International Law*, Leiden, 1962; Cassese, *International Law*, ss. 142 vd.; Daillier ve diğerleri, *Droit International Public*, s. 709; R. Müllerson, 'Human Rights and the Individual as a Subject of International Law: A Soviet View', 1 EJIL, 1990, s. 33; P. M. Dupuy, 'L'individu et le Droit International', 32 *Archives de Philosophie du Droit*, 1987, s. 119; H. Lauterpacht, *Human Rights in International Law*, London, 1951, ve *International Law: Collected Papers*, Cilt: 2, s. 487, ve *The Individual's Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights*, study prepared by Daes, 1983, E/CN.4/Sub.2/432/Rev.2. Ayrıca bkz., aşağıda 6. Bölüm.

<sup>335</sup> Örneğin bkz., O'Connell, *International Law*, ss. 106-7.

<sup>336</sup> Örneğin bkz., Grotius, *De Jure Praedae Commentarius*, 1604, (Daes, *Individual's Duties*, s. 44, ve Lauterpacht, *Human Rights*, ss. 9, 70 ve 74'de aktarılmıştır).

önemini devam ettirdi. Örneğin, bir yabancı devlete karşı bir bireyin talebinin onun ulusal devleti altında sınıflandırıldığı sıklıkla belirtilir.<sup>337</sup> Her devlet kendi uyuşundan olanların kimler olduğunu belirleme yetkisine sahiptir. Bu yetki, uluslararası hukukla uyumlu olduğu müddetçe, diğer devletler tarafından da kabul edilecektir. Ancak, diğer devletlerin bu uyuşu kabul etmesi için söz konusu birey ile devlet arasında sahici bir irtibatın da olması gerekmektedir.<sup>338</sup>

Bireyler genel bir kural olarak tabi olduğu devletin itirazının olmadığı durumda uluslararası antlaşmaların ihlal edildiğini iddia etme konumunda değildir.<sup>339</sup> Bununla birlikte devletler iç hukuktan bağımsız olarak, uluslararası hukuk uyarınca yürürlüğe girebilecek belli bazı hakları bireylere bahsetme hususunda rıza gösterebilir. Örneğin, 1919'da imzalanan Versay Antlaşması'nın 304 (b). maddesi uyarınca İtilaf devletlerinin tabiyetinde olan bireyler Karma Hakem Mahkemesi'nde kendi adlarına Almanya'ya karşı tazminat davaları açabilirlerdi. Benzeri şekilde, Orta Amerika Adalet Mahkemesi'ni kuran beş Orta Amerika devleti arasındaki 1907 Antlaşması da bireylere doğrudan mahkemede dava açma hakkı veriyordu.<sup>340</sup>

Bu yaklaşım *Danzig Railway Officials* davasında<sup>341</sup> Uluslararası Daimi Adalet Divanı tarafından tekrarlandı. Davada mahkeme uluslararası hukuk uyarınca antlaşmaların bireyler açısından bu tür doğrudan hak ve yükümlülükler doğurmadığını belirtmiş, bununla birlikte belli bazı antlaşmaların ulusal mahkemeler tarafından yürürlüğe sokulabilecek bireysel hak ve yükümlülüklerin kabulüne - tarafların bunu arzu ettiği durumlarda - imkan tanıyabileceğini vurgulamıştır. 1919 Barış Antlaşması'ndaki azınlıkların korunmasına ilişkin hükümler uyarınca belli bazı durumlarda bireylerin doğrudan bir uluslararası mahkemeye başvurusu mümkündür. Benzer biçimde, 1922 yılındaki Upper Silesia Sözleşmesi çerçevesinde kurulmuş olan mahkeme, bir devlete karşı o devletin tabiyetindeki bireyler tarafından açılacak davalara bakmaya yetkili olduğuna hükmetmiştir.<sup>342</sup>

O zamandan beri çeşitli antlaşmalar bireylere doğrudan bazı haklar sağladılar ve uluslararası mahkemelere doğrudan başvuru imkanı verdiler. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), Avrupa Toplulukları Antlaşmaları (1957), Amerika Devletleri Arası İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), Kişisel ve Politik Haklar Uluslararası Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol (1966), Irk Ayrımcılığının Bütün Çeşitlerinin Bertaraf Edilmesine Yönelik Uluslararası Sözleşme (1965) ve Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Hakkında Sözleşme (1965) örnek olarak anılabilir.

Bununla beraber, uluslararası hukuk altında bireylerin hukuk kişiliği meselesi, doğrudan cezai sorumluluk hususuna da uzanmaktadır. Günümüzde uluslararası hukukun doğrudan cezai sorumluluk doğuracak şekilde kötü muameleyi yasakladığı hususu yerleşik bir görüştür. Bu konu sekizinci bölümde ele alınacaktır.

## ULUSLARARASI ÖRGÜTLER

Uluslararası örgütler uluslararası kişilik alanında çok önemli bir rol oynamıştır. 19. yüzyıldan buyana giderek artan sayıda bu tür örgütler ortaya çıkmış ve uluslararası hukuki kişilik konusunu gündeme taşımıştır. Prensip olarak uluslararası örgütlerin objektif uluslararası

<sup>337</sup> Örneğin, *Panevezys-Saldutiskis* davası, PCIJ, Series A/B, No. 76; 9 AD, s. 308. Ayrıca bkz., *Mavrommatis Palestine Concessions* davası (Yetki), PCIJ, Series A, No. 2 (1924); 2 AD, s. 27. Ayrıca bkz., aşağıda 13. Bölüm.

<sup>338</sup> Bkz., *Nottebohm* davası, ICJ Reports, 1955, ss. 4, 22-3; 22 ILR, p. 349.

<sup>339</sup> Örneğin bkz., *US v. Noriega* 746 F.Supp. 1506, 1533 (1990); 99 ILR, ss. 143, 175.

<sup>340</sup> Bkz., *Whiteman, Digest*, Cilt: 1, s. 39.

<sup>341</sup> PCIJ, Series B, No. 15 (1928); 4 AD, s. 287.

<sup>342</sup> Örneğin bkz., *Steiner and Gross v. Polish State* 4 AD, s. 291.



hukuki kişiliğe sahip olabileceği günümüzde artık çok yerleşik bir görüştür.<sup>343</sup> Herhangi bir durumda bunun böyle olup olmayacağı o durumun özel koşullarına bağlı olacaktır. Bir örgütün uluslararası hukukta kişiliğe sahip olup olmadığı onun kurucu anlaşmasına, gerçek yetkilerine ve uygulamasına bağlı olacaktır. Bu bağlamda önemli faktörler olarak, devletler ve diğer örgütler ile ilişkilere girme ve onlarla anlaşmalar yapma kapasitesi ve iç hukukta onlara verilen statü anılabilir. Bu tür unsurlar uluslararası hukukta kişiliğin göstergeleri olarak bilinir. Uluslararası örgütler konusu 22. Bölümde incelenecektir.

## HUKUKİ KİŞİLİĞİN ELDE EDİLMESİ, NİTELİĞİ VE SONUÇLARI – BAZI DEĞERLENDİRMELER

Uluslararası hukukun mevcut ve muhtemel öznelerine yönelik yukarıdaki değerlendirme, uluslararası sahnede her türden birimlerin arası gerçekleşen etkileşim çeşitliliğini ve uluslararası ilişkilerin çağdaş yapısı ile uyumlu olma yönünde uluslararası hukuk üzerindeki baskıları göstermektedir. Uluslararası Adalet Divanı kişilik modellerinin çeşitliliğini, 'herhangi bir hukuk sisteminde hukukun özneleri(nin) nitelikleri ya da haklarının kapsamı yönüyle tamamıyla aynı olmak durumunda olmadığı'ni vurgulayarak net olarak kabul etmektedir.<sup>344</sup> Bununla beraber, objektif kişilik ve sınırlı kişilik olmak üzere iki temel kategori vardır. İlkinde, söz konusu birim çok çeşitli uluslararası hak ve yükümlülüklerle tabidir ve onunla ilişki kuran herhangi bir uluslararası kişi tarafından bir diğer uluslararası kişi olarak tanınmaya hak kazanacaktır. Diğer bir deyişle, o *erga omnes* (herkese uygulanır) niteliğe sahip olacaktır. Objektif uluslararası kişiliğin ortaya çıkmasının gerçekleşmesi ister istemez daha güç olacaktır ve uluslararası toplumun bir bütün olarak ya da önemli bir kısmının eylemini gerektirecektir. Divan *Reparation* davasında, 'uluslararası toplumun üyelerinin büyük çoğunluğunu teşkil etmekte olan elli devletin uluslararası hukuk uyarınca yalnızca bu devletler tarafından tanınan değil uluslararası taleplerde bulunma kapasitesi olan objektif uluslararası kişiliğe sahip bir birim oluşturma yetkisine sahip olduğunu' belirtmiştir.<sup>345</sup>

Öte yandan, yalnızca onay veren tarafları bağlayıcı olan sınırlı kişiliğin (*qualified personality*) elde edilmesi daha kolay gerçekleşebilir ve bu açıdan en azından teorinin mevcut pratiği kabul etmesi gerektiği aşikardır. Herhangi bir hukuki kişi bir başka birimin kendisi ile ilişkisinde kişiliğe sahip olduğunu ve bu hükmün sadece *in personam* (şahsa karşı) işleyeceğini kabul edebilir.

Devletler uluslararası hukukun asli ve en önemli özneleridir. Devletlerin kişilikleri uluslararası sistemin doğası ve yapısından kaynaklanır. Devlet olma, şart koşulan hukuki kriterlerin tam olarak yerine getirilmesi sonucu ortaya çıkar. Tanımayı esas alan teori gerçekte kabul edilebilir nitelikte değildir, ancak kuşkusuz ki tanıma, gerekli kriterlerin yerine geldiğine dair değerli bir kanıt olarak katkıda bulunur. Eşit egemenlik prensibi sayesinde bütün devletler aynı düzeyde uluslararası hukuki kişiliğe sahiptirler. Uluslararası hukukun yan (sonradan türetilmiş) özneleri olmaktan ziyade egemen ya da özerk hukuki topluluklar olarak, bazı uluslararası organizasyonların da doğrudan sistemin kendisinden

<sup>343</sup> Bkz., *Reparation for Injuries* davası, ICJ Reports, 1949, s. 174; 16 AD, s. 318. Ayrıca bkz., *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt* davası, ICJ Reports, 1980, ss. 73, 89–90; 62 ILR, ss. 450, 473–4. Hükümet dışı organizasyonlara ilişkin bkz., A-K. Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge, 2005, ve *NGOs in International Law* (ed. P-M. Dupuy ve L. Vierucci), Cheltenham, 2008 ve M. Noortmann, 'Non-Governmental Organisations: Recognition, Roles, Rights and Responsibilities' *Non-State Actors in International Law* (ed. M. Noortmann, A. Reinisch ve C. Ryngaert), Oxford, 2015, s. 205

<sup>344</sup> ICJ Reports, 1949, s. 178; 16 AD, s. 321.

<sup>345</sup> ICJ Reports, 1949, s. 185; 16 AD, s. 330. H. Lauterpacht, 'her bir davada, bir birimin uluslararası hukukun öznesi olup olmadığı sorusuna fiili tecrübeye ve uluslararası hukukun öznelerinin kimler olabileceğine ilişkin peşin hükümden ayrı olarak hukukun mantığına atıfta bulunarak pragmatik bir yolla cevap verilmek zorunda olduğunu'nu belirtmiştir. Bkz., *International Law and Human Rights*, s. 12.

kaynaklanan bir kişiliğe sahip oldukları ve bu yüzden de uluslararası hukukun genel ve hatta objektif öznelere oldukları öne sürülmüştür. Egemen olmayan kişiler (hükümet dışı organizasyonlar ve bireyler gibi) ise, sadece uluslararası hukukun öznelere tarafından onlara istisnai olarak verilmiş bazı uluslararası yetkilere sahip olan yan (türetilmiş) öznelere olabilir.<sup>346</sup> Bu görüş belki sorgulanabilir, ancak daha büyük uluslararası organizasyonlar dolayısıyla uygulamanın öneminin hafife alınmayacağı da doğrudur.

Benzeri şekilde, BM tecrübesi kadar Papalığın (özellikle de 1929 öncesi) rolü de, türetilmiş isimlendirmenin yetersiz olduğunu göstermektedir. Bunun önemi, söz konusu birimlerin kurucu enstrümanları ve sonraki uygulamaları temelinde uluslararası hak ve sorumluluklarını genişletebilme yetenekleri ve yeni uluslararası kişiliklerin ortaya çıkışını etkileme ve norm oluşturma sürecinde bir rol oynayabilme kapasiteleri ile bağlantılıdır.

Tanıma, zımni muvafakat ve *estoppel* (önceki beyan veya tavırlara aykırı tutum yasağı) prensipleri uluslararası kişilik bağlamında, yalnızca devletlere ve uluslararası örgütlere ilişkin değil, her türlü özne açısından da önemli ilkelere dir. Bu prensipler sadece yeni öznelere doğuşunu etkilemekle kalmayacak, aynı zamanda onların doğuşunun ve hak ve sorumluluklarının niteliğini de etkileyecektir.

Kişilik, antlaşma hükümleri ve diğer uluslararası kişilerin tanınması ya da zımni muvafakatının birlikteliği ile elde edilebilir. Örneğin, İsviçre hukukuna tabi bir özel hükümet dışı örgüt olan Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'ne 1949 Cenevre Kızıl Haç Sözleşmesi çerçevesinde belirli yetkiler verilmiş ve Dünya Gıda Programı çerçevesinde Avrupa Ekonomik Topluluğu ile olduğu gibi uluslararası hukuk altında uluslararası kişilikler ile uluslararası antlaşmalar yapabileceği kabul edilmiştir.<sup>347</sup> Uluslararası kişilik elde etmenin mümkün olan diğer bir metodu da, kabul edilen uluslararası bir kişi ile bir özel tarafın arasındaki anlaşmayı doğrudan uluslararası hukukun kurallarına tabi kılmaktır. Bu durum, söz konusu düzenleme bağlamında özel tarafa, uluslararası hukuk alanında ilgili düzenlemeden kaynaklanan hakları talep edebilmesine imkan sağlamak amacıyla bir uluslararası kişilik verilmesi sonucunu doğurur.<sup>348</sup> Bu halihazırda Üçüncü Dünya ülkelerince tam olarak kabul edilebilir nitelikte olmayabilirse de, bu muhtemelen uluslararası hukukun ilgili kurallarına yönelik algı nedeniyle, ki bunlar da pekala değişebilir.<sup>349</sup> Kişilik, ayrıca, uluslararası sorumluluklara doğrudan tabi olma sayesinde de elde edilebilir. Bu durum, savaş suçları, deniz haydutluğu ve soykırım gibi spesifik olaylarda bireyler için geçerlidir ve bu, gelecekte de ulusötesi şirketlerin uluslararası kişilikler olarak kabul edilebilmesine imkan verecek bir yöntem oluşturabilir.

Uluslararası istikrarın korunması için toplumun mecburiyetlere ihtiyacı vardır ve yaşamın pratiği bazı istisnai durumlarda bununla ilişkili olabilir. Bir devletin tam olarak hakimiyetinde olmayan devlet dışı teritoryal birimlerin olduğu durumlarda, topluluğun en azından savaş hukuku ve güç kullanmaya ilişkin kuralların işlediğinden emin olmak ihtiyacını hissettiği görülmektedir. Bu alanda sınırlı kişiliğin belli bir biçimini kabul etmemek bu tür birimleri bu kurallara uymak zorunda olmaktan muaf hale getirebilir ve bu da açıkça topluluk gereksinimlerini etkiler.<sup>350</sup> Buradaki belirleyici noktanın, ilgili birimin kendi toprakları

<sup>346</sup> Örneğin bkz., F. Seyersted, 'International Personality of Intergovernmental Organisations', 4 IJIL, 1964, s. 19.

<sup>347</sup> Örneğin bkz., Whiteman, *Digest*, Cilt: 1, s. 48, ve *Yearbook of the ILC*, 1981, Cilt: 2, s. 12.

<sup>348</sup> Özellikle bkz., *Texaco v. Libya* davası, 53 ILR, ss. 389, 457-62.

<sup>349</sup> Asya ve Uzak Doğu Ekonomi Komisyonu için hazırlanan çalışmada ortaya konulan, uluslararası hukukta özne olmayan özerk kamu tüzel kişiliklerinin arasındaki bir anlaşmanın bir uluslararası kişilik doğurabileceğine dair ilginç öneri hakkında bkz., UNJYB, 1971, ss. 215-18. Bununla birlikte, söz konusu çalışma bu ihtimal hakkında çok ihtiyatlı idi.

<sup>350</sup> Bkz., *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, ss. 16, 56, 134 ve 149; 49 ILR, ss. 3, 46, 124, 139. Ayrıca 326 (1973), 328 (1973), 403 (1977), 406 (1977), 411 (1977) ve 424 (1978) sayılı Güvenlik Konseyi kararlarına bakınız. Bu kararlarda Konsey Rodezya'nın komşu devletlerine yönelik saldırılarını kınadı ve ilgili birimin kuvvet kullanmaya ilişkin kurallara tabi olduğunu kabul etti.

içerisinde devam ettirdiği etkin kontrolün ölçüsü olduğu ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, böyle olsa bile, Sovyetler Birliği'nin çöküşü öncesi Belarus ve Ukrayna'nın egemen olmayan devletler olarak tanınması ve sonrasında da bunların Belarus ve Ukrayna bağımsız devletleri olarak ortaya çıkışının da gösterdiği gibi, tanınma kriteri bu güçlüğü üstesinden gelebilir.<sup>351</sup>

Bütün bu birimler, kendi kişiliğini kabul edenlere karşı ileri sürülebilen sınırlı hak ve sorumluluklara sahip sınırlı kişilik kategorisi içerisine rahatlıkla alınabilir. Uluslararası kişilerin hak ve sorumluluklarının ölçüsünü tayin eden önceden belirlenmiş kurallar yoktur. Bu söz konusu birimin çeşidine, talep ve beklentilerine, fonksiyonlarına ve uluslararası toplum tarafından benimsenen tutuma bağlı olacaktır. Buradaki istisna, eşit derece hak ve sorumluluklarla uluslararası sahneye dahil olan devletler olur. Objektif kişiliğe sahip bu tür birimlerin, uygulama yoluyla zimni yetkilerin daha geniş bir yorumu sayesinde hak ve sorumluluklarının kapsamına dair daha esnek bir algıdan yararlandıkları öne sürülmüştür. Bununla birlikte, sınırlı kişilikler örneğinde zimni yetkilerin gösterilmesi ve kabul edilmesi çok daha güç ve haklarının ve sorumluluklarının çeşitleri de çok daha sınırlı olacaktır. Bu nedenle varsayım diğer yönde işleyecektir.

Dolayısıyla önceden hak ve sorumlulukların tam olarak listelenmesi mümkün değildir ve durumdan duruma göre farklılık gösterir. Yargı işlemlerinde uluslararası sahnede yer alma kapasitesi çok olağan dışı olmayacaktır, bununla beraber antlaşma yapma yetkisi çok daha az görülecektir. Bu konuya ilişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu 'devletler ya da uluslararası örgütler haricindeki birimler arasında yapılan anlaşmaların genel bir kategori oluşturmak için çok heterojen görüldüğü ve ilgili konudaki uluslararası pratiğin, bu pratikten çıkarılacak bu tür bir genel kategorinin özellikleri için şimdiye değin çok yetersiz kaldığı'nı belirtmiştir.<sup>352</sup> Birimlerin uluslararası açıdan ne ölçüde sorumlu olabilecekleri de net değildir. Genel olarak bu tür bir birim, hakları ve yükümlülükleri ölçüsünde sorumluluğa sahip olacaktır, ancak bu konuda birçok sorun alanı mevcuttur. Benzeri şekilde bunca farklı birimin norm yaratma rolü de tartışmalıdır, fakat bütün uluslararası kişiliklerin uygulamaları, özellikle söz konusu birim bağlamında uluslararası hukuk kural ve prensiplerinin açıklanmasında, kesinlikle dikkate alınması gereken materyal sağlar.

Uluslararası kişilik bu yüzden uluslararası hak ve yükümlülüklerle sahip olma gibi birimin kapasitesi üzerinde çok fazla yoğunlaşmaz, bunun yerine daha ziyade uluslararası sahnede öne sürülen taleplerden kurallarla belirlenmiş fonksiyonlara kadar bir dizi faktör tarafından belirlenen hakların ve/veya yükümlülüklerin fiili nitelikleri üzerinde durur. İcraya dair usule ilişkin kapasite önemlidir fakat temel nitelikte değildir<sup>353</sup>, ancak birey harici (*non-individual*) birimler örneğinde hak talep eden taraf 'üyelerine sahip olduğu haklara saygı göstermelerini isteme hakkına sahip olma pozisyonunda' olmak durumundadır.<sup>354</sup> Uluslararası Adalet Divanı devletlerden, kabilelerden ya da bireylerden oluşan bir grubun üyelerinden ayrı bir hukuki birim olduğunun iddia edildiği bir durumda bunun temel bir test olduğunu belirtmiştir.<sup>355</sup>

Özne olmayan çok çeşitli unsurlar vardır ve uluslararası sistemin gelişimine katkıda bulunmaktadır. Katılım ve kişilik iki ayrı kavramdır, fakat uluslararası hukukun ve uluslararası ilişkilerin gelişiminde bu türden uluslararası hukuki özne olmayan bireyler ve çok çeşitli birimlerin oynadığı genel rol göz ardı edilemez.

<sup>351</sup> Örneğin bkz., UKMIL, 49 BYIL, 1978, s. 340. Belarus ve Ukrayna BM'nin üyeleri idiler ve bir çok sözleşmeye de taraf olmuşlardı. *A.g.e.*

<sup>352</sup> *Yearbook of the ILC*, 1981, Cilt: 2, ss. 125-6.

<sup>353</sup> Örneğin bkz., Norgaard, *Position of the Individual*, s. 35. Ayrıca bkz., *Peter Pazmany University* davası, PCIJ, Series A/B, No. 61 (1933); 7 AD, s. 490.

<sup>354</sup> *Reparation for Injuries* davası, ICJ Reports, 1949, ss. 174, 178; 16 AD, ss. 318, 321.

<sup>355</sup> *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, ss. 12, 63; 59 ILR, ss. 14, 80.

Uluslararası hukukta katılım yapısı bir piramittir. Piramitin tepesinde devletler bulunur; aşağıya doğru daha az haklara ve yükümlülüklerle sahip diğer kişiler ve birimler yer alırken, bu sistemde kişiliği tanınmamış ancak buna istekli olanlar tabanı oluşturur. Bununla beraber, uluslararası hukukun kişilik ve katılıma ilişkin olarak daha fazla kapsayıcı ve esnek bir konuma doğru evrilme sürecinde olduğu açıktır.

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

A. Cassese, *Self-Determination of Peoples*, Cambridge, 1995.

J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2006.

R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994.

R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, 2010.

*Non-State Actors in International Law* (ed. M. Noortmann, A. Reinisch ve C. Ryngaert), Oxford, 2015,



## BÖLÜM 6

# İNŞAN HAKLARININ ULUSLARARASI KORUNMASI

### İNŞAN HAKLARININ NİTELİĞİ<sup>1</sup>

10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin başlangıç bölümü 'insanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve vazgeçilemez haklarının tanınmasının, dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli' olduğunu vurgulamıştır. Uluslararası sistemde insan haklarının önemi yaygın olarak kabul edilmekle birlikte uluslararası hukuktaki tam niteliği ve rolü hakkında ciddi bir karışıklık vardır.<sup>2</sup> 'Hak' kavramı ile neyin kastedildiği meselesi bizatihi ihtilafıdır ve hukukla ilgili yoğun bir tartışma konusudur.<sup>3</sup> Örneğin bazı 'haklar' doğrudan doğruya uygulanabilir bağlayıcı taahhütler olarak amaçlanmıştır; diğer bazıları ise sadece gelecekteki muhtemel davranış biçiminin belirlenmesi niyeti söz konusudur.<sup>4</sup> Uluslararası hukukta insan haklarına ilişkin uygulama ve yaptırımlar sorunu, söz konusu olgunun niteliklerinin belirlenmesini etkileyebilecek diğer bir konudur. Bazı yazarlar, insan hakları normlarına büyük ölçüde uyulmaması hususunu, uluslararası hukukta insan hakları ilkelerine dayalı bir yapının varlığının aleyhinde olan devlet pratiğinin bir kanıtı olarak görürler.<sup>5</sup> İnsan hakları hükümlerinin ihlali konusunun göz ardı edilmemesi gerekir. Ancak bu tür bir yaklaşım yalnızca akademik olarak yanlış olmakla kalmamaktadır; aynı zamanda da son derece kötüdür.<sup>6</sup> İnsan hakları kavramı etik ve ahlak ile yakından ilişkilidir. Bir topluluğun değerlerini yansıtan haklar başarıyla gerçekleşmesi en yüksek olasılığa sahip haklardır. Pozitif haklar, ahlaki kaygıları yansıtmayı yansıtmaması bir yana, bir hukuk sistemi içerisinde kutsanan hakları içerirken, bir ahlaki hakkın ille de hukuk tarafından icra edilebilir nitelikte olması gerekmez. Pozitif haklar

<sup>1</sup> Örneğin bkz., H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, 1950; ; *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (ed. D. Shelton), Oxford, 2013; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 3. Baskı, Oxford, 2015; *International Human Rights Law* (ed. D. Moeckli, S. Shah ve S. Sivakumaran), 2. Baskı, Oxford, 2014; O. de Schutter, *International Human Rights Law*, 2. Baskı, Cambridge, 2014; I. Bantekas ve L. Oette, *International Human Rights Law and Practice*, 2. Baskı, Cambridge, 2016; J. Rehman, *International Human Rights Law*, 2. Baskı, London, 2010; P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 723; M. S. McDougal, H. Lasswell ve L. C. Chen, *Human Rights and World Public Order*, New Haven, 1980; *Human Rights in International Law* (ed. T. Meron), Oxford, 2 Cilt, 1984; *Guide to International Human Rights Practice* (ed. H. Hannum), 4. Baskı, Ardsley, 2004; D. R. Forsythe, *Human Rights in International Relations*, 2. Baskı, Cambridge, 2006; R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, 6. Bölüm; *Human Rights: An Agenda for the Next Century* (ed. L. Henkin ve L. Hargrove), Washington, 1994; T. Meron, *The Humanization of International Law*, The Hague, 2006; C. Tomuschat, *Human Rights*, 3. Baskı, Oxford, 2014 ve H. Steiner, P. Alston ve R. Goodman, *International Human Rights in Context*, 3. Baskı, Oxford, 2008.

<sup>2</sup> Örneğin bkz., M. Moskowitz, *The Policies and Dynamics of Human Rights*, London, 1968, ss. 98–9, ve McDougal ve diğerleri, *Human Rights*, ss. 63–8.

<sup>3</sup> Örneğin bkz., W. N. Hohfeld, 'Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning', *23 Yale Law Journal*, 1913, s. 16, ve R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, 1977. Ayrıca bkz., J. Shestack, 'The Jurisprudence of Human Rights', Meron, *Human Rights in International Law*, Cilt: 1, s. 69, ve M. Cranston, *What Are Human Rights?*, London, 1973.

<sup>4</sup> Örneğin Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966)'nin 2. maddesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966)'nin 2. maddesini karşılaştırınız.

<sup>5</sup> Örneğin bkz., J. S. Watson, 'Legal Theory, Efficacy and Validity in the Development of Human Rights Norms in International Law', *University of Illinois Law Forum*, 1979, s. 609; Watson, 'Autointerpretation, Competence and the Continuing Validity of Article 2(7) of the UN Charter', *71 AJIL*, 1977, s. 60, ve Watson, *Theory and Reality in the International Protection of Human Rights*, Ardsley, 1999.

<sup>6</sup> Örneğin bkz., R. Higgins, 'Reality and Hope and International Human Rights: A Critique', *9 Hofstra Law Review*, 1981, s. 1485.

kolayca fark edilebilir. Ahlaki hakların anlaşılması ya da çıkarılması ise tamamen ayrı bir konudur ve belirli bir hakkın varlığını arayan kişinin algısına bağlı olacaktır.<sup>7</sup>

Haklar değişik kaynaklardan (dinden ya da insanın veya toplumun doğasından) ortaya çıkıyor olarak görülebilir. Doğal Hukuk görüşü, bu yaklaşımın geleneksel formülasyonlarında ya da doğal haklar hareketi vasıtasıyla açıklandığı üzere, belli hakların pozitif ya da insan yapımı hukuktan ziyade daha yüksek bir hukukun bir sonucu olarak var olduğu şeklindedir. Bu tür bir yüksek hukuk zaman ve mekandan bağımsız olarak tüm insanoğlunu yöneten evrensel ve mutlak prensipler setini oluşturur. 17. yüzyılda temel olarak John Locke ile temsil edilen doğal haklar yaklaşımı, yaşama hakkı, özgürlük hakkı ve mülkiyet hakkı gibi vazgeçilemez hakların varlığını, doğa durumunun güç koşullarının sona ermesine işaret eden bir sosyal sözleşme üzerine kurar. Başvurulabilecek bu teori bir üst hukuk çeşidi olmak zorundaydı ve keyfi bir yönetimin zapt edilebilmesi açısından güçlü bir yöntem olarak işlev görebilecektir.<sup>8</sup> Bu yaklaşım 19. yüzyılda ampirik olmayan ve dağınık metodolojisinin sorunları nedeniyle gözden düşmesine karşın, geçen yüzyılda uluslararası toplum içinde insan haklarının evrensel prensipler olarak yerleşmesinde muazzam bir değere sahiptir. Pozitivizm bir teori olarak devletin otoritesini vurgulamış ve böylece devletin anayasal yapısından kaynaklanan belli bazı haklardan başka haklara hukuk sistemi içerisinde çok az yer ayırmıştır.<sup>9</sup> Marksist doktrin ise, toplumların gelişimini belirleyen belli sabit tarihi kuralların varlığına dayanmasına rağmen, hukuk düzeninin çerçevesi dışındaki hakların varlığını reddetmiştir.<sup>10</sup> Modern hak teorileri çok çeşitli yaklaşımları içermektedir ve bu açıkça, değişen bir hukuk sisteminin (o sistemin bizatihi kendisine tam olarak kapsayamadığı) gerekliliklerini kabullenme ihtiyacını göstermektedir.<sup>11</sup>

İnsan haklarının doğuşu ve gelişimi sürecinde ilgili çok çeşitli faktörleri belirlemeye, tavsif etmeye ve düzenlemeye çalışan politika odaklı hareket özel ilgiye layıktır. Sekiz bağımlı değer (saygı, güç, bilgi edinme, refah, sağlık, hüner, muhabbet ve fazilet ile ilgili talepler) kaydedilmekte ve çeşitli çevresel faktörler vurgulanmaktadır. İnsan onuru bu değerler ve dünya toplumunun nihai amacı (ki değerlerin demokratik bölüşümü aranır) ile ilişkili temel kavram olarak görülür.<sup>12</sup>

Bütün bu teoriler, genel hukuki ve politik süreçler bağlamında insan hakları kavramının doğasının karmaşıklığını, fakat aynı zamanda bu tür nosyonların önemini ve merkeziliğini vurgular. Kapsamlı konular benzeri şekilde uluslararası hukuk çerçevesi içerisinde gündeme taşınmaktadır.

## ULUSLARARASI HUKUKTA İNSAN HAKLARINA İDEOLOJİK YAKLAŞIMLAR

Genel ifadelerle uluslararası insan hakları hukukuna ilişkin Batı dünyası tarafından benimsenen görüş bireyin temel kişisel ve politik haklarını, ki bunlar yönetilenler

<sup>7</sup> Bkz., M. Cranston, 'What are Human Rights?', Laquer ve Rubin, *Human Rights Reader*, ss. 17, 19.

<sup>8</sup> Örneğin bkz., Lauterpacht, *International Law*; R. Tuck, *Natural Rights Theories*, Cambridge, 1979; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, ve McDougal ve diğerleri, *Human Rights*, ss. 68–71. Ayrıca bkz., Tomuschat, *Human Rights*, 2. Bölüm, ve yukarıda 1. Bölüm.

<sup>9</sup> Örneğin bkz., D. Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, 4. Baskı, London, 1979, 4. Bölüm. Ayrıca bkz., H. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961; McDougal ve diğerleri, *Human Rights*, ss. 73–5, ve yukarıda 1. ve 2. Bölümler.

<sup>10</sup> Örneğin bkz., Lloyd, *Jurisprudence*, 10. Bölüm, ve McDougal ve diğerleri, *Human Rights*, ss. 76–9.

<sup>11</sup> Örneğin bkz., J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971; E. Cahn, *The Sense of Injustice*, Bloomington, 1949; R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974, ve Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Ayrıca bkz., S. Davidson, *Human Rights*, Buckingham, 1993, Bölüm 3.

<sup>12</sup> Bkz., McDougal ve diğerleri, *Human Rights*, özellikle ss. 82–93. Ayrıca bkz., *Examining Critical Perspectives on Human Rights* (ed. R. Dickinson, E. Katselli, C. Murray ve O. W. Pedersen), Cambridge, 2014.

üzerinde devletin gücünü sınırlandırmaya yönelik haklardır, vurgulama eğilimindedir. Bu tür haklar, hukuk güvenliği, ifade, toplantı ve din özgürlüğü ve siyasal sürece katılım hakkını içermektedir. Yönetilenlerin rızası siyasal süreçte hayati derecede önemli olarak görülür.<sup>13</sup> Sovyetler Birliği'nin yaklaşımı, uluslararası barış ve güvenlik için temel hak ve özgürlüklerin önemini belirtmek, ancak devletin rolünü vurgulamaktır. Nitekim, insan hakları prensiplerinin kaynağı devlet olarak görülmüştür. Tunkin, uluslararası hukukta insan haklarına saygı prensibinin içeriğinin uluslararası hukukun öznesi olmayan ve hakları insan hakları antlaşmaları ile verilmeyen bireylerin üzerine değil, devletin yükümlülüklerine odaklandığını ifade etmiştir.<sup>14</sup>

Bu yaklaşımda devletin üstünlüğü ya da merkezliği temel nitelikteydi, vurgu ekonomik ve sosyal konular üzerineydi ve dahası geleneksel kişisel ve politik hakların önemi küçümsemekteydi. Bununla birlikte uluslararası insan hakları meselesine dair 1980'lerin sonuna doğru yaşanan politik değişimleri yansıtan yeni bir yaklaşım ortaya çıkmaya başlamıştır.<sup>15</sup> Özel olarak, SSCB insan hakları antlaşmalarına yönelik farklı bir yaklaşım geliştirmeye başlamıştır.<sup>16</sup>

Üçüncü Dünya ülkelerinin genel yaklaşımı önceki yaklaşımların unsurlarını taşımaktadır.<sup>17</sup> Devletlerin eşitliği ve egemenliği vurgusu sosyal ve ekonomik hakların önemini tanıması ile birlikte Üçüncü Dünya bakışını karakterize etmektedir. Gelişme sürecinin farklı aşamalarında olan ve farklı çıkarlara ve ihtiyaçlara sahip çok çeşitli uluslardan oluşan bu tür ülkeler, sömürgecilikten kurtulma mücadelesi ile Güney Afrika'daki ırk ayrımcılığı olgusundan derinden etkilenmiştir. Ayrıca ekonomik sorunlar dikkatleri genel kalkınma konularına yoğunlaştırmada ciddi bir rol oynamıştır. Dolayısıyla geleneksel kişisel ve politik haklar Üçüncü Dünya ülkelerinin ilgi alanlarındaki önceliğini kaybetme eğilimi göstermiştir.<sup>18</sup> Bu bağlamda insan haklarının evrenselliği ile kültürel geleneklerin göreceliliği arasındaki gerilim özel bir ilgiye mazhar olmuştur. Bu gerilim, ikinci eğilimin bazı savunucularının insan haklarına ancak belli kültürel ve dini gelenekler bağlamında yaklaşabileceğini öne sürmesine ve bu nedenle insan haklarının evrensel ya da kültürler ötesi olduğu görüşünü eleştirmesine yol açmıştır. Kuşkusuz ki buradaki tehlike, insan hakları antlaşmalarına taraf olmayı ve ilgili uluslararası teamül hukuku ile sınırlandırılmayı kabul etmelerine rağmen insan haklarını ihlal eden devletlerin kültürel farklara başvurarak kendi eylemlerini meşrulaştırmaya çalışma ihtimalidir.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> Örneğin bkz., R. Hauser, 'A First World View', *Human Rights and American Foreign Policy* (ed. D. P. Kommers ve G. Loescher), Notre Dame, 1979, s. 85.

<sup>14</sup> G. Tunkin, *Theory of International Law*, London, 1974, ss. 81-3. Ayrıca bkz., K. Tedin, 'The Development of the Soviet Attitude Towards Implementing Human Rights under the UN Charter', 5 HRJ, 1972, s. 399; R. N. Dean, 'Beyond Helsinki: The Soviet View of Human Rights in International Law', 21 Va. JIL, 1980, s. 55; P. Reddaway, 'Theory and Practice of Human Rights in the Soviet Union', Kommers ve Loescher, *Human Rights and American Foreign Policy*, s. 115, ve Tomuschat, *Human Rights*, 3. Bölüm.

<sup>15</sup> Örneğin bkz., V. Vereshchetin ve R. Müllerson, 'International Law in an Interdependent World', 28 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1990, ss. 291, 300.

<sup>16</sup> A.g.e. 10 Şubat 1989 tarihinde SSCB, Soykırım Sözleşmesi (1948), Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi (1965), Kadınlara Karşı Ayrımcılık Sözleşmesi (1979) ve İşkence Sözleşmesi (1984)'ini de içeren altı uluslararası insan hakları antlaşmasına dair Uluslararası Adalet Divanı'nın zorunlu yargı yetkisini onayladı.

<sup>17</sup> Örneğin bkz., R. Emerson, 'The Fate of Human Rights in the Third World', 27 *World Politics*, 1975, s. 201; G. Mower, 'Human Rights in Black Africa', 9 HRJ, 1976, s. 33; R. Zvobgo, 'A Third World View', Kommers ve Loescher, *Human Rights and American Foreign Policy*, s. 90, ve M. Nawaz, 'The Concept of Human Rights in Islamic Law', Symposium on International Law of Human Rights, 11 *Howard Law Journal*, 1965, s. 257.

<sup>18</sup> Genel olarak bkz., T. Van Boven, 'Some Remarks on Special Problems Relating to Human Rights in Developing Countries', 3 *Revue des Droits de l'Homme*, 1970, s. 383. Konu bağlamında İnsan ve Halkların Hakları Hakkında Banjul Sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için aşağıya bakınız.

<sup>19</sup> Örneğin bkz., Steiner, Alston ve Goodman, *International Human Rights*, ss. 517 vd.; E. Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague, 2001, ve A. D. Renteln, *International Human Rights: Universalism versus Relativism*, Newbury Park, 1990.



## ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN GELİŞİMİ<sup>20</sup>

19. yüzyılda devlet egemenliği ve ulusal yargı yetkisine vurgu yapan pozitivist doktrin hükümlerini sürdürdü. Günümüzde insan hakları konusu olarak sınıflandırılacak olan hemen hemen tüm konular o dönemde herkesçe ulusal yetki alanı içerisinde olarak değerlendirildi. Bunun en büyük istisnaları deniz haydutluğu ve kölelik konuları ile bağlantılıydı. Köleliğin kaldırılması hakkında bazı antlaşmalar yapıldı.<sup>21</sup> 1864'ten sonra uluslararası örgütler vasıtasıyla hasta ve yaralı askerlere yönelik muamele ve savaş esirleri hususunda bazı düzenlemelere gidildi<sup>22</sup>; ayrıca devletlerin yabancılara yönelik muamelesinde bazı asgari standartları yerine getirmesi zorunlu kılındı<sup>23</sup>. Ayrıca yüzyılın sonuna doğru genel refah düzeyine ilişkin bazı düzenlemeler yapılmaya başlandı.<sup>24</sup> 19. yüzyılın, sınırları ve kapsamı belirgin olmamakla birlikte, bir insani müdahale hakkını kabul etmeye başladığı görülmektedir.<sup>25</sup>

1919'da Milletler Cemiyeti'nin kurulmasıyla önemli bir değişiklik meydana geldi.<sup>26</sup> Milletler Cemiyeti Sözleşmesi'nin 22. maddesi 'modern dünyanın ağır koşulları altında henüz kendi ayakları üzerinde duramayan' eski düşman sömürgelerindeki halklar için manda sistemi getiriyordu. Manda yönetimi din ve inanç özgürlüğünü garanti etmekle yükümlü kılındı ve manda yönetimlerinin yaptıklarını aktaran raporları incelemek amacıyla bir Daimi Manda Komisyonu oluşturuldu. Bu konudaki düzenleme 'uygarlığın kutsal bir sorumluluğu' olarak tanımlandı. Sözleşmenin 23. maddesi söz konusu bölgelerdeki yerli halklara yönelik adil muamele yapılmasını öngörüyordu.<sup>27</sup> 1919'da Doğu Avrupa ve Balkan devletleri ile yapılan barış anlaşmaları azınlıkların korunmasına ilişkin hükümler içeriyor<sup>28</sup> ve temel olarak, muamele eşitliğini ve toplu faaliyetlerin gerçekleştirilebilmesine yönelik imkanların sağlanmasını öngörüyordu.<sup>29</sup> Bu hükümler kendisine başvuru hakkı olan Milletler Cemiyeti tarafından denetlendi.<sup>30</sup>

Versay Antlaşması'nın 13. Bölümü, amaçları arasında daha iyi çalışma şartlarının teşviki ve dernek kurma hakkının desteklenmesi olan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün kurulmasını öngörüyordu. İkinci Dünya Savaşı, savaş korkuları ve uluslararası barışın sürdürülebilmesi ile insan haklarının korunması için elverişli bir uluslararası sisteme olan ihtiyaç bütün herkesçe paylaşıldığı için, insan hakları hukukunun gelişiminde derin bir etkiye sahip oldu. Ayrıca, hükümet dışı örgütlerin,

<sup>20</sup> Örneğin bkz., *The International Protection of Human Rights* (ed. E. Luard), London, 1967; Sohn ve Buergenthal, *International Protection*; Lauterpacht, *International Law*; M. Moscovitz, *International Concern with Human Rights*, London, 1968, ve M. Ganji, *The International Protection of Human Rights*, London, 1962.

<sup>21</sup> Örneğin bkz., C. Greenidge, *Slavery*, London, 1958; ve V. Nanda ve M. C. Bassiouni, 'Slavery and the Slave Trade: Steps towards Eradication', *12 Santa Clara Law Review*, 1972, s. 424. Ayrıca bkz., ST/SOA/4.

<sup>22</sup> Genel olarak bkz., G. Best, *War and Law Since 1945*, Oxford, 1994, ve *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles* (ed. C. Swinarski), The Hague, 1984.

<sup>23</sup> Bkz. aşağıda 14. Bölüm.

<sup>24</sup> Örneğin, Sanayi İstihdamında Kadınların Gece Çalıştırılmasının Yasaklanması ve Kibrit Üretiminde Beyaz Fosforların Kullanımının Yasaklanması gibi düzenlemeler.

<sup>25</sup> Bkz. aşağıda 19. Bölüm.

<sup>26</sup> Bkz. aşağıda 22. Bölüm.

<sup>27</sup> Bkz., yukarıda 5. Bölüm.

<sup>28</sup> Genel olarak, P. Thornberry, 'Is There a Phoenix in the Ashes? – International Law and Minority Rights', *15 Texas International Law Journal*, 1980, s. 421; C. A. Macartney, *National States and National Minorities*, London, 1934, ve I. Claude, *National Minorities: An International Problem*, Cambridge, 1955. Ayrıca bkz., M. N. Shaw, 'The Definition of Minorities in International Law', *Protection of Minorities and Human Rights* (ed. Y. Dinstein ve M. Tabory), Dordrecht, 1992, s. 1.

<sup>29</sup> Örneğin bkz., *Minority Schools in Albania* davası, PCIJ, Series A/B, No. 64, 1935, s. 17.

<sup>30</sup> Bkz., Thornberry, 'Phoenix', ss. 433–54, ve M. Jones, 'National Minorities: A Case Study in International Protection', *14 Law and Contemporary Problems*, 1949, ss. 599, 610–24.

özellikle de insan hakları alanında, artışı önemli etkide bulundu.<sup>31</sup> Dünya, İkinci Dünya Savaşı sonrası, kamusal tartışmalar, devletlerin raporları, yorumlar, devletlerarası ya da bireysel nitelikli dilekçe işlemleri vasıtasıyla, insan hakları ihlalleri ile ilgilenen devletlerarası komiteler, örgütler ve mahkemelerin yükselişine şahit oldu. Ancak yakın dönem ulusal af kanunları aracılığıyla yapılan müdahalelere şahit oldu ve bu durum da cezadan muaf olma durumunun kabul edilip edilemeyeceği meselesini gündeme getirdi.<sup>32</sup> Hakikat ve uzlaşma komisyonlarının<sup>33</sup> ve Ruanda Gaccaca mahkeme sistemi gibi çeşitli diğer alternatif adalet sistemlerinin kurulması<sup>34</sup> gibi gelişmeler yaşandı. İnsan haklarının uygulanmasının formüle edilmesi ve mücadele sürecine devletler dışında uluslararası hukuk sistemindeki diğer katılımcılar da müdahil oldu ve insan hakları kaygılarının ve düzenlemelerinin özneleri haline geldiler.<sup>35</sup>

## BAZI TEMEL İLKELER

### Ulusal Yetki<sup>36</sup>

Devletlerin diğer devletlerin içişlerine müdahalede bulunma hususunda bir hakkı olmadığı yönündeki uluslararası hukukun temel kuralı, devletlerin eşitliği ve egemenliğinin bir sonucudur ve BM Sözleşmesi'nin 2 (7). maddesinde yansıtılmıştır. Bununla birlikte bu kural insan hakları alanında yeniden yorumlama sürecine tabi olmuştur.<sup>37</sup> Bu ve bunu izleyen sonraki iki bölümün açık olarak ortaya koyacağı gibi, devletler artık günümüzde bu kurala ulusal düzeydeki insan hakları durumlarına dair uluslararası endişelere ve kaygılara bir engel olarak müracaat edemeyebilmektedir.<sup>38</sup> Kuşkusuz ki, bir devletin bir uluslararası prosedür gereğince bireylerin başvuru hakkını kabul ettiği durumlarda, söz konusu devletin bu tür bir hakkın uygulanmasının kendi iç işlerine müdahale teşkil ettiğini iddia edemeyeceği de açıktır.<sup>39</sup>

<sup>31</sup> Örneğin bkz., Steiner, Alston ve Goodman, *International Human Rights*, ss. 1420 vd.; ve C. Chinkin, 'The Role of Non-Governmental Organisations in Standard Setting, Monitoring and Implementation of Human Rights', *The Changing World of International Law in the 21st Century* (ed. J. J. Norton, M. Andenas ve M. Footer), The Hague, 1998. Ayrıca bkz., L. Hodson, *NGOs and the Struggle for Human Rights in Europe*, Oxford, 2011.

<sup>32</sup> Örneğin bkz., J. Gavron, 'Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court', 51 ICLQ, 2002, s. 91. Ayrıca bkz., C. Jenkins, 'Amnesty for Gross Violations of Human Rights: A Better Way of Dealing with the Past?', *Comparative Law in a Global Perspective* (ed. I. Edge), London, 2000, s. 345; ve J. Dugard, 'Dealing with Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option?', 16 Leiden JIL, 2000, s. 1. Ek olarak Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Kurbanların Rehabilitasyonu ve Zararlarının Tazmini Hakkı konusundaki Özel Raportörün Nihai Raporuna bakılabilir. Bkz., E/CN.4/2000/62, Ocak 2000. Yine bu konuda *Chumbipuma Aguirre v. Peru, the Barrios Altos* davası önemlidir. Bu davada Amerika Kitası İnsan Hakları Mahkemesi 14 Mart 2001 tarihindeki kararında, Peru Af Kanunu'nun Amerika Kitası Sözleşmesi'ne uygun olmadığını ve bu nedenle de herhangi bir hukuki sonuçtan yoksun olduğunu ileri sürmüştür. Bkz., 41 ILM, 2002, s. 93. Peru bu kararın kabul etti ve mevzuatını değiştirdi. Bkz., a.g.e.

<sup>33</sup> Örneğin bkz., Steiner, Alston ve Goodman, *International Human Rights*, ss. 1344 vd.; the Promotion of National Unity and Reconciliation Act of South Africa 1995; R. G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford, 2001, ve J. Dugard, 'Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions', *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (ed. A. Cassese, P. Gaeta ve J. R. W. D. Jones), Oxford, 2002.

<sup>34</sup> Örneğin bkz., Steiner, Alston ve Goodman, *International Human Rights*, ss. 1319 vd. Ayrıca bkz., aşağıda 7. Bölüm.

<sup>35</sup> Örneğin bkz., *Non-State Actors and Human Rights* (ed. Philip Alston), Oxford, 2005; A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006; *Participants in the International Legal System* (ed. J. d'Aspremont), London, 2011, Bölüm 4 ve *Non-State Actors in International Law* (ed. M. Nortmann, A. Reinisch ve C. Rygaert), London, 2015. Ayrıca bkz., Uluslararası Hukuk Derneği Devlet Dışı Aktörler Komitesi, 2008, 2010, 2012 Raporları ve 1016 Nihai Taslak Rapor, [www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1023](http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1023).

<sup>36</sup> Örneğin bkz., R. Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963; M. Rajan, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, 2. Baskı, London, 1961, ve A. Cançado Trindade, 'The Domestic Jurisprudence of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations', 25 ICLQ, 1976, s. 715.

<sup>37</sup> İç yetkinin kapsamı ve içeriği meselesi uluslararası hukukun bir konusudur. Bkz., *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* davaları, PCIJ, Series B, No. 4, 1923; 2 AD, s. 349. Ayrıca bkz., aşağıda 11. Bölüm.

<sup>38</sup> Ayrıca Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün kararı için bkz., 1989, H/Inf (90) 1, s. 131.

<sup>39</sup> Örneğin bkz., *Miha v. Equatorial Guinea*, CCPR/C/51/D/414/1990, 10 Ağustos 1994, Human Rights Committee, 63. paragraf.

### İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Kuralı<sup>40</sup>

Bu kural yukarıdaki prensipten kaynaklanmaktadır. Devletlerin kendi iç sorunlarını uluslararası mekanizmalara başvurulmadan önce kendi anayasal prosedürlerine uygun olarak çözmelerine izin verme amaçlı bir yöntemdir ve uluslararası hukukta yerleşik bir kuraldır.<sup>41</sup> Bununla beraber, bu tür iç çözümlerin olmadığı ya da gereğinden fazla ya da anlamsızca uzadığı veya etkili bir çözüm getirmenin mümkün olmadığı durumlarda, uluslararası önlemlere başvurma gerekecektir.<sup>42</sup> Bu tür bir çözümün varlığı sadece teoride değil aynı zamanda uygulamada da mevcut olmak zorundadır.<sup>43</sup> Çeşitli uluslararası mekanizmalara başvurulmadan önce ulusal ya da iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliği hakkındaki bir hüküm, tüm ulusal ve bölgesel insan hakları organizasyonlarında görünmektedir<sup>44</sup> ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol çerçevesindeki İnsan Hakları Komitesi tarafından,<sup>45</sup> ve Avrupa Sözleşmesi<sup>46</sup> ve Amerikan Kıtası Sözleşmesi'ndeki<sup>47</sup> insan hakları sistemleri içerisinde çokça mütalaa konusu olmuştur.

### Hakların Üstünlükleri

Belli bazı haklar, savaş zamanları ya da bir milleti tehdit eden diğer kamusal nitelikli olağanüstü durumların ortaya çıktığı zamanlarda bile ihlal edilemez. Avrupa Sözleşmesi örneğinde<sup>48</sup>, bunlar, yaşama hakkı (meşru savaş fiillerinden kaynaklananlar dışında), işkence

<sup>40</sup> Örneğin bkz., A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1983; C. Law, *The Local Remedies Rule in International Law*, Geneva, 1961, C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2. Baskı, Cambridge, 2004 ve K. Wellens, *Remedies Against International Organisations*, Cambridge, 2002. Ayrıca bkz., C. F. Amerasinghe, 'The Rule of Exhaustion of Local Remedies and the International Protection of Human Rights', 17 *Indian Yearbook of International Affairs*, 1974, s. 3; ve aşağıda 13. Bölüm.

<sup>41</sup> Örneğin bkz., *Ambatielos* davası, 23 ILR, s. 306; *Finnish Ships* davası, 3 RIAA, s. 1479; 7 AD, s. 231, ve *Interhandel* davası, ICJ Reports, 1959, ss. 26–7; 27 ILR, ss. 475, 490.

<sup>42</sup> Örneğin bkz., *Robert E. Brown* davası, 6 RIAA, s. 120; 2 AD, s. 66. Ayrıca bkz., *Salem* davası, 2 RIAA, s. 1161; 6 AD, s. 188; *Nielsen* davası, 2 *Yearbook of the ECHR*, s. 413; 28 ILR, s. 210, ve *Second Cyprus* davası (*Greece v. UK*), 2 *Yearbook of the ECHR*, s. 186. Ayrıca sonraki dipnotta belirtilen davalara bakınız.

<sup>43</sup> Örneğin bkz., *Johnston v. Ireland*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 112 (1986); 89 ILR, s. 154, ve *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 246 (1992).

<sup>44</sup> Örneğin bkz., Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 41(c). madde ve İhtiyari Protokol 2. madde, Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi 11(3). madde, Avrupa Sözleşmesi 26 madde; Amerika Kıtası Sözleşmesi 50. madde ve Banjul Sözleşmesi 50. madde. Ayrıca bkz., ECOSOC'un 1503 sayılı kararı ve UNESCO'nun 104 EX/3.3 sayılı kararı, 1978,14(IX). paragraf.

<sup>45</sup> Örneğin bkz., S. Joseph, ve M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, 3. Baskı, Oxford, 2013, Bölüm 6; *Weinberger* davası, Reports of the Human Rights Committee, A/36/40, s. 114 ve A/44/40, s. 142 ve *Sara* davası, A/49/40, annex X, Section C, 8.3. paragraf. Devletler mevcut başvuru yollarının işe yarar olduğuna dair makul bir olasılığa ilişkin kanıt göstermek durumundadır. Bkz., *Torres Ramirez v. Uruguay*, *Selected Decisions under the Optional Protocol*, CCPR/C/OP/1, 1985, s. 3. Ayrıca bkz., *Baboeram-Adhin v. Suriname*, A/40/40, s. 187; 94 ILR, s. 377; *Muhonen v. Finland*, A/40/40, s. 164; 94 ILR, s. 389; *Sol'orzano v. Venezuela*, A/41/40, s. 134; 94 ILR, s. 400; *Holland v. Ireland* 115 ILR, s. 277 ve *Faurisson v. France* 115 ILR, s. 355. Ayrıca İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi'ne ilişkin bkz., *AE v. Switzerland*, CAT/C/14/D/24/1995.

<sup>46</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesindeki pozisyona ilişkin bkz., örneğin *Nielsen* davası, 2 *Yearbook of the ECHR*, s. 413; *Second Cyprus* davası (*Greece v. UK*), 2 *Yearbook of the ECHR*, s. 186; *Donnelly* davası, 16 *Yearbook of the ECHR*, s. 212; *Kjeldsen v. Denmark*, 15 *Yearbook of the ECHR*, s. 428; 58 ILR, s. 117; *Droz and Janousek v. France and Spain* 64 DR 97 (1989) ve *Akdivar v. Turkey* 23 EHRR, 1997, s. 143. Ayrıca bkz., W. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, s. 764; *Jacobs, White and Ovey The European Convention on Human Rights* (ed. B. Rainey, E. Wicks ve C. Ovey), 6th edn, Oxford, 2014, s. 34; Harris, O'Boyle ve Warbrick *Law of the European Convention on Human Rights* (ed. D.J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates ve C.M. Buckley), 3. Baskı, Oxford, 2014, s. 47. İç başvuru yollarının tüketilmesi kuralı devletler arası davalarda da uygulanır. Bkz., *Cyprus v. Turkey* 2 DR 125, 137–8 (birinci ve ikinci başvurular) ve 13 DR 85, 150–3 (üçüncü başvuru). Bununla birlikte bu durum belli durumlarda yasama önlemleri ve idari eylemlere ilişkin geçerli değildir. Örneğin bkz., *Greek* davası, 12 *European Yearbook of Human Rights*, s. 196.

<sup>47</sup> Örneğin bu konuda Amerika Kıtası İnsan Hakları Sözleşmesi (1969)'nin 46 (1)a. maddesi ve Amerika Kıtası İnsan Hakları Komisyonu'nun Düzenlemeleri'ndeki 37. maddelerine bakılabilir. Ayrıca bkz., *Exceptions to the Exhaustion of Domestic Remedies in Cases of Indigency*, Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights, 1990, 12 HRLJ, 1991, s. 20, ve *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* 1993, Washington, 1994, ss. 148, 185 ve 266.

<sup>48</sup> 15. madde. Genel olarak bkz., R. Higgins, 'Derogations Under Human Rights Treaties', 48 BYIL, 1976–7, s. 281.

ve köleliğin yasaklanması ile ceza gerektiren suçların geçmişe uygulanmamasıdır.<sup>49</sup> Amerikan Kıtası Sözleşmesi örneğinde<sup>50</sup>, hiçbir koşul altında sınırlanamayan haklar, hukuk kişiliği hakkı, yaşama hakkı, insani muamele hakkı, kölelikten kurtulma hakkı, *ex post facto* (yürürlüğe girmesinden öncekilere uygulanabilen) kanunlardan muaf olma hakkı, din ve vicdan özgürlüğü hakkı, çocuk hakları gibi aile hakları, vatandaşlık hakları ve siyasal katılım hakkıdır.<sup>51</sup> Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 4. maddesi uyarınca, yaşama hakkı, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı, düşünce özgürlüğü hakkı, din ve vicdan özgürlüğü hakkı, işkence ve köleliğin yasaklanması, kanunların geçmişe yürümemesi, sözleşmeden doğan yükümlülükleri yerine getirememeye nedeniyle hapsedilmenin yasaklanması sınırlanamayan haklardır.<sup>52</sup>

Bu tür askıya alınmayan haklar, açıkça haklar hiyerarşisinde özel bir yere sahip olarak değerlendirilmektedir.<sup>53</sup> Ek olarak, birçok hakkın bir sınırlamaya ya da geri alma şartına tabi olduğu, bu sayede mutlak hak olarak öngörülen bazı hakların belirli durumlarda işlemeyeceği de not edilmelidir.<sup>54</sup> Bu nedenle sınırlanamayan haklar özel bir değere sahip olarak görülebilir.<sup>55</sup>

## ULUSLARARASI TEAMÜL HUKUKU VE İNSAN HAKLARI

Bu bölümde belirtilecek insan haklarına ilişkin birçok uluslararası ve bölgesel antlaşma hükümlerine ek olarak<sup>56</sup>, belli bazı hakların devlet uygulaması ışığında uluslararası teamül hukuku kategorisine girdiği düşünülebilir. Bu haklar, şüphesiz ki, işkence, soykırım ve kölelik yasağı ile ayrımcılık yapmama prensibini içermektedir.<sup>57</sup> Ayrıca, antlaşma çerçevesinde oluşturulmuş insan hakları, antlaşmaya taraf olan devletler için *erga omnes* (herkes bakımından geçerli) yükümlülükler teşkil edebilir.<sup>58</sup>

## BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SİSTEMİ – GENEL OLARAK<sup>59</sup>

BM Sözleşmesi'nde insan hakları konusunda birçok hüküm vardır.<sup>60</sup> Sözleşme'nin 1. maddesi örgütün amaçları arasında, ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkes için insan

<sup>49</sup> 2, 3, 4(1). ve 7. maddeler.

<sup>50</sup> 27. madde.

<sup>51</sup> 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17, 18, 19, 20 ve 23. maddeler.

<sup>52</sup> 6, 7, 8(1) ve (2), 11, 15, 16 ve 18. maddeler. Banjul Sözleşmesi spesifik bir istisna hükmü içermemektedir.

<sup>53</sup> Bir hakkın geri alınmayacağı gerçeği, o hakkın bir *jus cogens* (buyruk kural) olduğunun kanıtı olabilir.

<sup>54</sup> Örneğin bkz., Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. maddeleri, Amerika Kıtası Sözleşmesi'nin 12-14, 15-16 ve 21-22. maddeleri ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 12, 18, 19, 21 ve 22. maddeleri. Ayrıca bkz., Higgins, 'Derogations'.

<sup>55</sup> Örneğin adil yargılanma hakkı.

<sup>56</sup> İnsan hakları antlaşmalarının yorumlanması ve bu antlaşmalara yönelik çekincelere ilişkin meseleler aşağıda 15. Bölümdeki sayfalarda anlatılmaktadır. İnsan hakları antlaşmalarının halefiyeti konusuna ise 16. Bölümde değinilmektedir.

<sup>57</sup> Örneğin bkz., *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, St Paul, 1987, 2. Cilt, ss. 161 vd. ve *Filartiga v. Pena-Irala* 630 F.2d 876; 77 ILR, s. 169; T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989. Ayrıca uluslararası teamül hukuku konusunda *Georgia Journal of International and Comparative Law*'un özel sayısında yayınlanan makalelere de bakılabilir. Bkz., *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Special Issue, 25, 1995-6.

<sup>58</sup> Bkz., aşağıda 13. Bölüm.

<sup>59</sup> Genel olarak bkz., *Bowett's Law of International Institutions* (ed. P. Sands ve P. Klein), 6. Baskı, Manchester, 2009; Lauterpacht, *International Law*, ss. 145-220; *UN Action in the Field of Human Rights*, New York, 1981, ve *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B. Ramcharan), Dordrecht, 1979.

<sup>60</sup> Bu, büyük oranda, San Fransisko Konferansı'nda hükümet dışı organizasyonların lobicilik faaliyetlerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bkz., J. Humphrey, 'The United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights', Luard, *International Protection*, Bölüm 3.

haklarına ve temel özgürlüklere saygının geliştirilip güçlendirilmesini de belirtmektedir. Sözleşme'deki 13 (1). madde, Genel Kurul'un insan haklarının gerçekleştirilmesi doğrultusunda araştırmaların yapılmasına önyak olacağı ve tavsiyelerde bulunacağını ifade etmektedir. Yine Sözleşme'nin 55. maddesi, BM'nin insan haklarına evrensel düzeyde riayet edilmesi ve saygı gösterilmesini teşvik edeceğini öngörmektedir. Önemli bir hüküm olarak 56. madde; 'tüm üyeler 55. maddede belirtilen amaçlara ulaşmak için gerek birlikte gerekse ayrı ayrı örgütlerle işbirliği halinde hareket etmeyi taahhüt ederler' ifadesine yer vermektedir.<sup>61</sup>

Vesayet sistemi 1945 yılında Milletler Cemiyeti'nin manda sisteminin yerini almıştır ve bunun temel amaçlarından, biri 76. madde uyarınca, insan haklarına saygı gösterilmesini teşvik etmek olmuştur. Özerk olmayan bölgelere ilişkin olarak Sözleşme'nin 73. maddesi gereğince, yönetici güçler bu bölgelerde yaşayanların çıkarlarının her şeyden önce geldiği ilkesini kabul edecekler ve bu bölgelerde yaşayanların refahını en yüksek düzeye çıkarmayı kutsal bir yükümlülük olarak görecektirler. Bu yüzden Sözleşme'nin insan hakları hususundaki hükümleri çok genel ve muğlak olarak görülebilir. Bu hükümlerin icrasına dair işlemler ortaya konulmamıştır. Bazıları 56. maddedeki 'taahhüt etmek' ifadesinin 55. maddede sıralanan amaçları, hukuki yükümlülüğe dönüştürme etkisine sahip olduğunu öne sürmüşler<sup>62</sup>, ancak bu görüş itirazlara konu olmuştur.<sup>63</sup> Sözleşme'nin hükümlerindeki tavsiye edici dil ve insan haklarına saygı hususundaki taahhütlerin tamamen hukuki hakları belirlemediği gerçeği göz önüne alındığında bu iddia 1946 itibarıyla kesinlikle kabul edilmesi güç bir önerme olurdu.<sup>64</sup> Bununla birlikte, 1971 yılındaki *Namibia* davasında Uluslararası Adalet Divanı, BM Sözleşmesi uyarınca şunu belirtmiştir:<sup>65</sup>

*"Eski manda yönetimi uluslararası statüye sahip olan bir bölgede ırk ayrımı gözetmeksizin bütün herkesin insan hakları ve temel özgürlüklerine riayet edeceğini ve saygı göstereceğini taahhüt etmişti. Bunun aksine, temel bir insan haklarının reddi olan münhasıran ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik köken temeline dayalı ayrımcılık, dışlama, kısıtlama yapmak Sözleşme amaçları ve ilkelerinin pervasızca bir ihlalidir."*

Bu hüküm belki sadece o bölgenin özel uluslararası statüsü ışığında değerlendirilebilir, ancak ayrımcılık yapmama ve insan hakları alanında 1940'lardan beri yaygın uygulama ışığında göz önüne alındığında daha geniş bir yorum tercih edilecektir. Sözleşme bir iç yetki alanı hükmü içermektedir. 2 (7). madde, 'bu Sözleşme'nin hiçbir hükmü Birleşmiş Milletler'e herhangi bir devletin temel olarak kendi yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermemektedir' hükmünü getirmiştir.

Ancak daha sonra belirtileceği üzere<sup>66</sup> bu hüküm zamanla esnek olarak yorumlanmıştır ve böylece insan hakları konuları artık günümüzde devletlerin 'temel olarak kendi yetki alanına giren' konular olarak görülmemektedir.

<sup>61</sup> 62. madde uyarınca, Ekonomik ve Sosyal Konsey insan haklarının yerine getirilmesi ve saygı gösterilmesini teşvik etme amacıyla tavsiyelerde bulunma yetkisine sahiptir.

<sup>62</sup> Örneğin bkz., Lauterpacht, *International Law*, ss. 47-9; Q. Wright, 'National Courts and Human Rights – the *Fuji* case', 45 AJIL, 1951, s. 73, ve B. Sloan, 'Human Rights, the United Nations and International Law', 20 *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, 1950, ss. 30-1. Ayrıca bkz., Hakim Tanaka, *South West Africa* davaları, ICJ Reports, 1966, ss. 6, 288-9; 37 ILR, ss. 243, 451-2.

<sup>63</sup> Bkz., M. O. Hudson, 'Integrity of International Instruments', 42 AJIL, 1948, ss. 105-8 ve *Yearbook of the ILC*, 1949, s. 178. Ayrıca bkz., H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, 1950, s. 29.

<sup>64</sup> Bkz., D. Driscoll, 'The Development of Human Rights in International Law', Laquer ve Rubin, *Human Rights Reader*, ss. 41, 43.

<sup>65</sup> ICJ Reports, 1971, ss. 16, 57; 49 ILR, ss. 3, 47. Ayrıca bkz., E. Schwelb, 'The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter', 66 AJIL, 1972, s. 337, ve O. Schachter, 'The Charter and the Constitution', 4 *Vanderbilt Law Review*, 1951, s. 443.

<sup>66</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

BM aracılığıyla insan haklarının açıklanması, geliştirilmesi ve korunmasının çığır açıcı bir olay olduğu kanıtlanmıştır. Çok çeşitli deklarasyonlar ve antlaşmalar yapılmış, çeşitli danışma birimleri ile yürütme ve icra mekanizmaları kurulmuştur. Değişik türlerde çok sayıda çalışma ve rapor hazırlanmıştır ve tüm bu süreçlere BM'nin değişik organ ve komitelerinde yoğun tartışmalar ve değerlendirmeler eşlik etmiştir. Belli bir ölçüde ihtiyatla birlikte, uluslararası toplum içerisinde insan hakları kaygılarının merkezi nitelik arz etmesinin kabul edilmesinin, esasen BM çerçevesi içinde insan hakları konularına daimi önem verilmesinden kaynaklandığı sonucuna varılabilir.

BM faaliyetlerinin köşe taşı, kuşkusuz ki 10 Aralık 1948 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi olmuştur.<sup>67</sup> Bu beyanname muhalif oy olmaksızın kabul edilmiştir (Belarus Sovyet Cumhuriyeti, Çekoslovakya, Polonya, Ukrayna Sovyet Cumhuriyeti, SSCB, Yugoslavya ve Suudi Arabistan çekimser kalmıştır). Hukuki olarak bağlayıcı bir belge olması niyetiyle hazırlanmamış, ancak önsözünde 'bütün halklar ve uluslar için ortak bir ideal' olduğu ilan edilmiştir. Beynamede 30 madde çeşitli hakları içermektedir. Bunlar özgürlük ve kişi güvenliği (3. madde), işkencenin yasaklanması (5. madde), kanun önünde eşitlik (7. madde), etkin bir hukuki çözüm yolu (8. madde), bir davanın kanunlarca belirtilen esaslara uygun olarak yürütülmesi (9. ve 10. maddeler), özel hayata keyfi olarak müdahale yasağı, serbest dolaşım hakkı (13. madde), sığınma hakkı (14. madde), ifade özgürlüğü (19. madde), din ve vicdan özgürlüğü (18. madde) ve toplanma hakkı (20. madde) gibi hakları kapsamaktadır. Ayrıca Beyanname'nin çalışma ve eşit ücret hakkı (23. madde), sosyal güvenlik hakkı (25. madde) ve eğitim hakkı (26. madde) gibi sosyal ve ekonomik hakları da içerdiği kaydedilmelidir.

Açıkça hukuki olarak yürürlüğe sokulabilir bir enstrüman olmamakla birlikte, Beyanname'nin sonradan teamül<sup>68</sup> ya da hukukun genel prensipleri yoluyla veya BM Sözleşmesi'nin sonradan uygulamada ortaya çıkan yorumu vasıtasıyla bağlayıcı olup olmadığı sorusu gündeme gelmiştir.<sup>69</sup> Beyanname'nin birçok devletin anayasaları ve sonrasındaki insan hakları antlaşmaları ve kararlarının oluşturulması üzerinde belirgin bir etkisi olmuştur.<sup>70</sup> Ayrıca, 1968'de, BM Sponsorluğundaki Uluslararası İnsan Hakları Konferansı'nın sonucunda ilan edilen Tahran Bildirgesi'nin, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 'uluslararası toplumun üyeleri için bir yükümlülük' teşkil ettiğini vurguladığı da kaydedilmelidir.<sup>71</sup> Beyanname'ye birçok olayda da atıfta bulunulmuştur<sup>72</sup> ve BM insan hakları hukuku bağlamı

<sup>67</sup> Örneğin bkz., *Oppenheim's International Law* (ed. R. Y. Jennings ve A. D. Watts), 9. Baskı, London, 1992, s. 1001; M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1965, Cilt: 5, s. 237; J. Humphrey, 'The Universal Declaration on Human Rights', Ramcharan, *Human Rights*, s. 21; J. Kunz, 'The United Nations Declaration of Human Rights', 43 AJIL, 1949, s. 316; E. Schwelb, 'The Influence of the Universal Declaration of Human Rights on International and National Law', PASIL, 1959, s. 217; A. Verdoodt, *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle de Droits de l'Homme*, Paris, 1964; *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary* (ed. A. Eide, G. Alfredsson, G. Melander, L. A. Rehof ve A. Rosas), Dordrecht, 1992; *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement* (ed. G. Alfredsson ve A. Eide), The Hague, 1999, ve P. R. Ghandi, 'The Universal Declaration of Human Rights at 50 Years', 41 German YIL, 1998, s. 206.

<sup>68</sup> Birleşik Krallık Dışişleri Bakanlığı Ocak 1991'de yayınladığı 'Dış Politikada İnsan Hakları' konulu bir belgede, Beyanname'nin 'kendinden bir hukuki bağlayıcılığı olmamakla birlikte, içeriğinin çoğunun artık uluslararası teamül hukukunun bir parçasını oluşturduğunun söylenilebileceğini ifade etmiştir. Bkz., UKMIL, 62 BYIL, 1991, s. 592.

<sup>69</sup> Örneğin bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 1002.

<sup>70</sup> Örneğin bkz., Schwelb, 'Influence'; J. Humphrey, 'The International Bill of Rights: Scope and Implementation', 17 *William and Mary Law Review*, 1975, s. 527; *Oppenheim's International Law*, ss. 1002-5; Hakim Tanaka, *South-West Africa* davaları, ICJ Reports, 1966, ss. 6, 288 ve 293; 37 ILR, ss. 243, 451, 454, ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1950, aşağıda 7. Bölüm.

<sup>71</sup> 23 GAOR, A/Conf. 32/41. Ayrıca bkz., the non-governmental Montreal Statement, 9 *Review of the International Commission of Jurists*, 1968, s. 94.

<sup>72</sup> Örneğin bkz., *In re Flesche* 16 AD, ss. 266, 269; *The State (Duggan) v. Tapley* 18 ILR, ss. 336, 342; *Robinson v. Secretary-General of the UN* 19 ILR, ss. 494, 496; *Extradition of Greek National* davası, 22 ILR, ss. 520, 524 ve *Beth El Mission v. Minister of Social Welfare* 47 ILR, ss. 205, 207. Ayrıca bkz., *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, 1949, ss. 4, 22; 16 AD, ss. 155, 158 ve *Filartiga v. Pena-Irala* 630 F.2d 876 (1980).

içerisindeki önemi de göz ardı edilmemelidir.<sup>73</sup> Başlangıçtaki niyet Beyanname'yi hemen bağlayıcı nitelikte bir insan hakları evrensel sözleşmesinin izleyeceği yönündeydi, ancak bu süreç beklendiğinden epeyce daha uzun sürmüştür. Aynı zamanda Soykırım Sözleşmesi<sup>74</sup> ve Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi<sup>75</sup> de dahil olmak üzere değişik insan hakları konuları ile ilgili bir dizi önemli uluslararası sözleşme kabul edilmiştir.

1993'de kabul edilen Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı bütün insan haklarının evrensel, bölünemez, birbirine bağımlı ve ilişkili olduğunu vurgulamıştır. İnsan haklarının korunması BM'nin öncelikli amaçlarından biri olarak görülmüş, demokrasi ve kalkınma ile insan haklarına saygı ve temel özgürlükler arasındaki karşılıklı ilişkinin altı çizilmiştir. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği kurulması ve BM İnsan Hakları Merkezi'ne ek imkanlar sağlanması çağrısında bulunulmuştur. Deklarasyon diğerlerinin yanı sıra ırk ayrımcılığı, azınlıklar, yerli halklar, göçmen işçiler, kadın hakları, çocuk hakları, işkenceden korunma, engellilerin hakları ve insan hakları eğitimi sorunlarına özel olarak atıfta bulunulmuştur.<sup>76</sup> Nitekim, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği makamı birkaç ay sonra kurulmuştur<sup>77</sup> ve Nisan 1994'de de görevlendirme yapılmıştır. BM Genel Kurulu'nun 48/141 sayılı kararında BM İnsan Hakları Yüksek Komiserininin BM'nin insan hakları faaliyetlerinden asıl sorumluluğa sahip BM görevlisi olması öngörülmektedir.<sup>78</sup>

2013 yılının sonlarında, BM Genel Sekreteri, kısmen Sri Lanka iç savaşının sonuna doğru insan hakları ihlallerini önlemde sistemsel olarak başarısız kabul edilmeye bir tepki olarak, İnsan Hakları Öncel İnsiyatifi'ni başlatmıştır.<sup>79</sup> Bunun amacı, insan hakları ve sivilin korunmasının sistemde temel bir sorumluluk olarak görüldüğü bir kültürel değişimi BM sistemi içinde oluşturarak insan hakları yada uluslararası insancıl hukukun geniş çaplı ihlallerini engellemek ya da bunlara çare olmaktır.<sup>80</sup>

<sup>73</sup> 25 Haziran 1993 tarihinde BM İnsan Hakları Konferansı'nda kabul edilen Viyana Deklarasyonu Eylem Programı Beyanname'ye 'ilham kaynağı' ve 'mevcut uluslararası insan hakları sözleşmelerinde var olan standartlarda ilerleme sağlanması açısından Birleşmiş Milletler için bir temel' olarak atıfta bulunulmuştur. Bkz., 32 ILM, 1993, ss. 1661, 1663. Uluslararası Hukuk Derneği de 1994'de bir karar kabul etmiş ve bu kararda 'İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin evrensel olarak Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin insan hakları ile ilgili hükümlerinin yetkin bir şekilde detaylandırılması olarak değerlendirildiğini' ve 'İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nde detaylandırılan hakların çoğunun yaygın olarak uluslararası teamül hukukunun temel kuralları olarak kabul edildiğini' belirtmiştir. Bkz., Report of the Sixty-sixth Conference, Buenos Aires, 1994, s. 29.

<sup>74</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>75</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda.

<sup>76</sup> Bkz., 32 ILM, 1993, ss. 1661 vd.

<sup>77</sup> Bkz., 48/141 Sayılı Genel Kurul Kararı, 20 Aralık 1993. Ayrıca bkz., A. Clapham, 'Creating the High Commissioner for Human Rights: The Outside Story', 5 EJIL, 1994, s. 556.

<sup>78</sup> Yüksek Komiserlik, bütün kişisel, kültürel, ekonomik, politik ve sosyal haklardan herkesin etkin olarak yararlanmasını korumak ve geliştirmek ile sorumludur. Bunu yaparken BM İnsan Hakları Merkezi ve diğer uygun kuruluşlar aracılığıyla, insan haklarına saygı gösterilmesini temin etmek amacıyla danışma hizmetleri ve bütün hükümetlerle diyaloga girmek ve eğitim sağlamak gibi diğer yardımlar sağlamak da sorumluluğu altındadır. Yüksek Komiserlik ayrıca bütün insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla BM sisteminin yetkili organlarına tavsiyelerde de bulunabilir. Bkz., Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin İlk Raporu, 1995, A/49/36, s. 2.

<sup>79</sup> <https://undg.org/home/guidance-policies/country-programming-principles/human-rights/rights-up-front-initiative/>

<sup>80</sup> Bu insiyatifin altı temel ilgi alanı olarak şunlar belirlenmiştir: Eylem 1: Bütün personelin kendilerinin ve BM'nin insan hakları yükümlülüklerini anlayabilmeleri için insan haklarının BM'nin yaşamına entegre edilmesi. Eylem 2: İnsan haklarının ve insancıl hukukun ciddi ihlalleri riski ile karşılaşan yada bunlara uğrayan toplumlar hakkında üye devletlere doğru bilgi sağlanması. Eylem 3: Uyumlu bir şekilde karşılık verebilmek için alanda tutarlı eylem stratejilerini geliştirmek ve BM Sistemi'nin kapasitelerini yükseltmek. Eylem 4: Alan ile iletişimi geliştirmek için Genel Merkez'deki prosedürleri netleştirmek ve etkin, erken ve koordine eylemi kolaylaştırmak. Eylem 5: Özellikle insan hakları birimleri ile daha iyi bir koordine sağlayarak BM'nin insan hakları kapasitesini güçlendirmek. Eylem 6: İnsan haklarının ve insancıl hukukun ciddi ihlallerine dair ortak bir BM bilgi yönetimi sistemi geliştirmek. Bkz. <https://undg.org/wp-content/uploads/2014/09/Rights-up-Front-May-2014.pdf>

### Gruplar ve Bireylerin Kolektif Haklarının Korunması<sup>81</sup>

Uluslararası hukuk 1945'den bu yana İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden de görülebileceği üzere başlıca bireysel insan haklarının korunmasına odaklanmıştır. Bununla birlikte, bireysel ve kolektif haklar arasında katı bir ayırım yapmak genellikle güç olmakla beraber, yakın dönemde kolektif haklar kavramının çeşitli anlatımlarına daha çok vurgu yapılmıştır. Yaşama hakkı ya da ifade özgürlüğü gibi bazı haklar tamamıyla bireysel iken, toplantı özgürlüğü ya da kişinin kendi dinini ortaya koyma özgürlüğü gibi diğerleri ise genellikle kolektif olarak dışa vurulan bireysel haklardır. Self determinasyon hakkı ya da soykırım yasağı yoluyla bir topluluğun fiziki açıdan korunması gibi bazı haklar tamamıyla kolektif iken, azınlık mensuplarının kendi kültürünü yaşama, kendi dinini uygulama ya da kendi dilini kullanma hakkı gibi diğerleri ise bireysel hakların kolektif tezahürünü oluşturur. Ayrıca, devlet, gruplar ve bireylerin meşru haklarını dengeleme meselesi pratikte çok önemlidir ve bazen yeterince dikkate alınmaz. Devletler, gruplar ve bireyler ihmal edilmemesi gereken meşru hak ve çıkarlara sahiptir. Bir devletin içinde tüm grup ve bireylerin, o devletin grup ve bireylerin hakkına saygı gösterecek şekilde etkin olarak faaliyet göstermesinin sağlanmasında çıkarları vardır. Bununla beraber, grup ve bireylerin haklarının dengelenmesi güç ve karmaşık olabilir.

### AYRIMCILIK YASAĞI

Bir grup olarak kendi varlıklarına yönelik fiziki saldırıdan korunması gerekliliğinden başka,<sup>82</sup> grupların kendi özellikleri nedeniyle ayrımcı muameleye tabi olmaktan korunma ihtiyacı da bulunmaktadır.<sup>83</sup> Bu nedenle, ayrımcılık yapmama normu hem gruplar hem de grupların bireysel üyeleri ile ilgili bir prensip oluşturmaktadır.

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme<sup>84</sup> 1965 yılında imzalanmış ve 1969'da da yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme, BM Sözleşmesi'ndeki ayrımcılık karşıtı hükümler üzerine yapılandırılmıştır. Irk ayrımcılığı şu şekilde tanımlanmıştır:

*“Siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel veya kamusal yaşamının herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşit ölçüde tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını kaldırma veya zayıflatma amacına sahip olan veya bu sonuçları doğuran ırk, renk, soy, ulusal veya etnik kökene dayanarak herhangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama veya ayrıcalık tanıma”*

Sözleşmeye taraf olan devletler ırk ayrımcılığını yasaklamayı ve hakların kullanımında herkes için eşitliğin temin edilmesini ve kendi yargı yetkisi içerisinde insan haklarına ilişkin etkili bir koruma ve başvurulabilecek hukuki yolları sağlamayı taahhüt ederler.<sup>85</sup> Ayrıca

<sup>81</sup> Örneğin bkz., D. Sanders, 'Collective Rights', 13 HRQ, 1991, s. 368, ve N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, 2. Baskı, The Hague, 2003.

<sup>82</sup> Soykırımın yasaklanmasına ilişkin olarak bkz., aşağıda 7. Bölüm.

<sup>83</sup> Örneğin bkz., Rehman, *International Human Rights Law*, 12. Bölüm; W. Vandenhoe, *Non-discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Antwerp, 2005; Joseph ve Casten, *International Covenant*, 23. Bölüm; A. Bayefsky, 'The Principle of Equality or Non-discrimination in International Law', 11 HRLJ, 1990, s. 1; J. Greenberg, 'Race, Sex and Religious Discrimination', Meron, *Human Rights in International Law*, s. 307; W. McKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, 1983, ve T. Meron, *Human Rights Law-Making in the United Nations*, Oxford, 1986, 1-3. Bölümler

<sup>84</sup> Örneğin bkz., N. Lerner, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 2. Baskı, Dordrecht, 1980.

<sup>85</sup> Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin kuruluşuna ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda. Ayrıca Irk Ayrımcılığı Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (1973)'ne de bakılabilir.



bu Sözleşme'nin varlığının yanı sıra, ırksal temeldeki bir ayrımcılığın uluslararası teamül hukukuna da aykırı olduğu sonucuna varmak mümkündür.<sup>86</sup> Bu sonuca, diğerlerinin yanı sıra, BM Sözleşmesi'nin 55. ve 56. maddeleri, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 2. ve 7. maddeleri, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri<sup>87</sup>, insan haklarının korunması konusundaki bölgesel organizasyonlar<sup>88</sup> ve genel devlet pratiği temelinde ulaşılabilir. Din<sup>89</sup> ve cinsiyet<sup>90</sup> gibi diğer temeller üzerindeki ayrımcılık da uluslararası teamül hukukuna aykırı olabilir.

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 2 (1). maddesi, sözleşmeye taraf olan her devletin sözleşmede tanınan hakları 'ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer bir fikir, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın', kendi toprakları üzerinde bulunan ve kendi egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için teminat altına almayı ve bu haklara saygı göstermeyi taahhüt edeceğini öngörmektedir.<sup>91</sup> Sözleşme'nin 26. maddesi herkesin hukuk önünde eşit olduğunu ve hukukun her türlü ayrımcılığı yasakladığını ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir düşünce ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağladığını taahhüt etmektedir.<sup>92</sup> Bu Sözleşme çerçevesinde kurulan BM İnsan Hakları Komitesi<sup>93</sup> ayrımcılık yapmama hakkındaki 18 sayılı

<sup>86</sup> Örneğin Hakim Tanaka'nın *South-West Africa* davasındaki Karşı Oy Görüşü için bkz., ICJ Reports, 1966, ss. 3, 293; 37 ILR, ss. 243, 455.

<sup>87</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>88</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>89</sup> Örneğin bkz., Din ya da İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Deklarasyonu (1981) (36/55 sayılı Genel Kurul kararı) ve BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından Deklarasyon'a uygun olmayan durumları incelemek için bir özel raportör atanmasına dair 10 Mart 1986 tarihli 1986/20 sayılı karar. Ayrıca bkz., Odio Benito, *Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief*, New York, 1989, ve Din ya da İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Deklarasyonu'nun Uygulanmasına İlişkin Rapor, E/CN.4/1995/91, 1994. 2000'de İnsan Hakları Komisyonu raportörün ünvanını 'din ya da inanç özgürlüğü özel raportörü' olarak değiştirdi. Bkz., General Comment 22, 1993, HRI/GEN/1/Rev.1, 1994; ve Joseph ve Casten, *International Covenant*, 17. Bölüm. Ayrıca bkz., S. Neff, 'An Evolving International Legal Norm of Religious Freedom: Problems and Prospects', 7 *California Western International Law Journal*, 1975, s. 543; A. Krishnaswami, *Study of Discrimination in the Matter of Religious Rights and Practices*, New York, 1960, E/CN.4/Sub.2/200/Rev.1; N. Lerner, 'Towards a Draft Declaration against Religious Intolerance and Discrimination', 11 *Israel Yearbook on Human Rights*, 1981, s. 82; B. Tahzib, *Freedom of Religion or Belief: Ensuring Effective International Legal Protection*, Dordrecht, 1995; B. Dickson, 'The United Nations and Freedom of Religion', 44 *ICLQ*, 1995, s. 327 ve *The Changing Nature of Religious Rights under International Law* (ed. M. Evans, P. Petkoff ve J. Rivers), Oxford, 2015.

<sup>90</sup> Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (1979). Sözleşme'nin 1. maddesi, kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel ve diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına geleceğini öngörmektedir. Örneğin bkz., McKean, *Equality*, 10. Bölüm; Bayefsky, 'Equality', ve Meron, *Human Rights Law-Making*, 2. Bölüm. Ayrıca bkz., J. Morsink, 'Women's Rights in the Universal Declaration', 13 *HRQ*, 1991, s. 229; R. Cook, 'Women's International Human Rights Law', 15 *HRQ*, 1993, s. 230; *Human Rights of Women* (ed. R. Cook), Philadelphia, 1994, ve M. A. Freeman ve A. S. Fraser, 'Women's Human Rights', Herkin ve Hargrove, *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, s. 103. Ayrıca bkz., Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi Hakkında BM Genel Kurulu Deklarasyonu, 33 *ILM*, 1994, s. 1049, ve Uluslararası Hukuk Derneği tarafından kabul edilen Yerlerinden Edilmiş Kişiler Hakkında Uluslararası Hukuk Prensipleri Deklarasyonu, *Report of the Sixty-Ninth Conference*, London, 2000, s. 794.

<sup>91</sup> Ayrıca bkz., Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966)'nin 2(2). ve 3. maddelerine bakılabilir. Bkz., M. C. Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, 1995, 4. Bölüm.

<sup>92</sup> Bu hüküm otonom ve bağımsız bir prensip teşkil etmektedir. Oysa Sözleşme'nin 2 (1). maddesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 2. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi ve Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 2 (1). maddesi söz konusu sözleşmelerde ortaya konulan spesifik haklar ve özgürlükler bağlamında ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bkz., Bayefsky, 'Equality', ss. 3-4, ve İnsan Hakları Komitesi'nin Ayrımcılık Yapılmaması konusundaki Genel Yorumu, 12. paragraf.

<sup>93</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

Genel Yorum’unda<sup>94</sup> ayrımcılık yapmamanın ‘insan haklarının korunmasına ilişkin temel ve genel bir prensip’ olduğunu belirtmiştir. Komite, “ayrımcılık” teriminin tanımını Irk Ayrımcılığı ve Kadın Ayrımcılığı Sözleşmelerinde kullanıldığı şekliyle benimseyerek, bütün hak ve özgürlüklerin eşit ölçüde tanınmasını ve herkes tarafından kullanılmasını ya da bunlardan yararlanılmasını önleme veya zayıflatma amacına sahip olan ya da bu sonuçları doğuran ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir düşünce, ulusal ya da sosyal kökene, mülkiyet veya diğer bir statüye dayanarak her hangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama ya da ayrıcalık tanıma anlamında kullanılması gerektiği sonucuna varmıştır.

Irk ayrımcılığı yapmama prensibi hukuk önünde resmi eşitlik kadar gerçekte eşitliğin temin edilmesini de gerekli kılmaktadır. Uluslararası Daimi Adalet Divanı’nın *Minority Schools in Albania* davasında<sup>95</sup> belirttiği gibi, ‘hukuk önünde eşitlik her çeşit ayrımcılığı önler, oysa gerçekte eşitlik farklı durumlar arasında denge kuracak bir sonuç elde etmek için farklı davranışların gerekliliğini de içerebilir.’<sup>96</sup> Bu tür durumlarda kabul edilebilir nitelikte bir ayırım için uygun bir test, neyin adil ya da makul<sup>97</sup> veya objektif ve mantıklı olarak meşrulaştırılabilir olduğu<sup>98</sup> üzerine odaklanacaktır.

Gerçek anlamda eşitliğin uygulanabilmesi, ayrımcılığı kalıcılaştıran koşulların bertaraf edilmesi ya da azaltılması için pozitif ayrımcılık uygulamalarının gerçekleştirilmesini de gerektirebilir. Bu tür uygulamaların spesifik olarak bir hedefinin bulunması ve mutlak ve daimi olmaması gerekir.<sup>99</sup>

## BİR İNSAN HAKKI OLARAK SELF DETERMİNASYON İLKESİ<sup>100</sup>

Self determinasyon hakkı daha önce sömürgeciliğin sona ermesi bağlamı ile ilişkili olarak incelendi.<sup>101</sup> Bu noktada, yaygın olarak ifade edilen bu hakkın sömürgele bağlamının ötesinde

<sup>94</sup> 9 Kasım 1989 tarihinde kabul edildi, CCPR/C/Rev.1/Add.1.

<sup>95</sup> PCIJ, Series A/B, No. 64, s. 19 (1935); 8 AD, ss. 386, 389–90.

<sup>96</sup> Ayrıca bkz., Ayrımcılık Yapılmaması Hakkında İnsan Hakları Komitesi’nin Genel Yorumu, 8. paragraf.

<sup>97</sup> Hakim Tanaka’nın *South-West Africa* davalarındaki Karşı Oy Görüşü için bkz., ICJ Reports, 1966, ss. 3, 306; 37 ILR, ss. 243, 464.

<sup>98</sup> Örneğin bkz., *Belgian Linguistics* davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 6, 1986, 10. paragraf; 45 ILR, ss. 114, 165. Ayrıca bkz., *Amendments to the Naturalisation Provisions of the Constitution of Costa Rica* davası, Inter-American Court of Human Rights, 1984, 56. paragraf; 5 HRLJ, 1984, s. 172, ve İnsan Hakları Komitesi’nin Ayrımcılık Yapılmaması Hakkındaki Genel Yorumu, 13. paragraf. İnsan Hakları Komitesi buradaki Genel Yorum’unda ‘muamele farklılığının kriterleri makul ve objektif ise ve amaç Sözleşme çerçevesinde meşru olan bir amacı gerçekleştirmek ise, bu tür durumlarda muamele farklılığının ayrımcılık anlamına gelmeyeceği’ni belirtmiştir.

<sup>99</sup> Bkz., İnsan Hakları Komitesi’nin Ayrımcılık Yapılmaması Hakkındaki Genel Yorumu, 10. paragraf. Ayrıca bkz., Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi’nin 1(4). maddesi, Kadınlara Yönelik Ayrımcılık Sözleşmesi’nin 4(1). maddesi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 27. maddesi.

<sup>100</sup> Örneğin bkz., A. Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-Determination*, Oxford, 2004; J. Summers, *Peoples and International Law*, The Hague, 2007; K. Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge, 2002; T. D. Musgrave, *Self-Determination and National Minorities*, Oxford, 1997; W. Ofuately-Kodjoe, ‘Self Determination’, *United Nations Legal Order* (ed. O. Schachter ve C. C. Joyner), Cambridge, 1995, Cilt: 1, s. 349; J. Fisch, *The Right of Self-Determination of Peoples*, Cambridge, 2015; A. Cassese, *Self-Determination of Peoples*, Cambridge, 1995; *Modern Law of Self-Determination* (ed. C. Tomuschat), Dordrecht, 1993; Higgins, *Problems and Process*, 7. Bölüm; T. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, 1990, ss. 153 vd.; Franck, ‘Fairness in the International and Institutional System’, 240 HR, 1993 III, ss. 13, 125 vd.; *The Rights of Peoples* (ed. J. Crawford), Oxford, 1988; *Peoples and Minorities in International Law* (ed. C. Brölmann, R. Lefeber ve M. Zieck), Dordrecht, 1993, ve P. Thornberry, ‘Self-Determination, Minorities, Human Rights: A Review of International Instruments’, 38 ICLQ, 1989, s. 867. Ayrıca bkz., M. Koskenniemi, ‘National Self-Determination Today: Problems of Legal Theory and Practice’, 43 ICLQ, 1994, s. 241; G. Simpson, ‘The Diffusion of Sovereignty: Self-Determination in the Post-Colonial Age’, 32 *Stanford Journal of International Law*, 1996, s. 255, ve R. McCorquodale, ‘Self-Determination: A Human Rights Approach’, 43 ICLQ, 1994, s. 857.

<sup>101</sup> Bkz., yukarıda 5. Bölüm.

bir uygulamasının olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerindeki 1. madde 'bütün halklar self determinasyon hakkına sahiptir. Bu hak sayesinde bu halklar kendi politik statülerini özgürce belirler ve kendi ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini özgürce sağlarlar' ifadesine yer vermektedir. 1975 Helsinki Nihai Senedi<sup>102</sup> 'eşit haklar ve self determinasyon prensibi'ne atıfta bulunmakta ve 'bütün halkların dış müdahale olmaksızın kendi iç ve dış politik statülerini istedikleri zaman ve istedikleri gibi tamamen özgürce belirleme ve kendi politik, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmalarını istedikleri gibi sağlama hakkına sahip olduğu'nu belirtmektedir. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi'nin (1981)<sup>103</sup> 20. maddesi, bütün halkların var olma hakkına ve tartışmasız ve vazgeçilemez nitelikte self determinasyon hakkına sahip olacağı, kendi politik statülerini özgürce belirleyecekleri ve kendi ekonomik ve sosyal kalkınmalarını tercih ettikleri politikaya göre sağlayacaklarını öngörmektedir. Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkındaki Deklarasyon (1970)<sup>104</sup> sömürge durumuna atıfta bulunmakta ve yabancı boyunduruğu, tahakkümü ve sömürüsü altında olan halkların durumunun self determinasyon ilkesinin ihlali anlamına geldiğini kaydetmektedir. Birçok BM kararı, self determinasyon ile güç kullanımının görüldüğü yabancı işgali durumları arasındaki bağlantıyı değerlendirmiştir.<sup>105</sup> 1988'de Uluslararası Hukuk Komisyonu self determinasyon prensibinin evrensel bir uygulamaya sahip olduğu görüşünü açıklarken<sup>106</sup>, BM İnsan Hakları Komitesi'nin pratiği de özel öneme sahiptir.

Buna kısaca değinilmeden önce toprak bütünlüğü prensibinin kritik önemine atıfta bulunmak gerekir.<sup>107</sup> Bu norm bağımsız devletlerin ülkesel çerçevesini korumaktadır ve devletlerin egemenliği kavramının bir parçasıdır. Ülkesel sınırların bağımsızlık anında olduğu gibi dondurulması (karşılıklı rıza hariç) kavramı açısından, bu norma *uti possidetis juris* (toprak bütünlüğü) olarak atıfta bulunmaktadır.<sup>108</sup> Bu, bağımsızlık anında var olan ve belirlenmiş sınırların ilgili tarafların rızası olmaksızın değiştirilemeyeceği anlamına gelmektedir. Bu prensip uluslararası örgütler<sup>109</sup> ve yargı kararları tarafından desteklenmektedir. Uluslararası Adalet Divanı *Burkina Faso/Mali* davasında<sup>110</sup> *uti possidetis juris* ilkesinin, yeni devletlerin bağımsızlığı ve istikrarını, sınırlarına yönelik meydan okuma sonucu kışkırtılan ve kardeş katlini doğuracak mücadelelerden kaynaklı tehlikeden koruma amaçlı bir genel prensip olduğunu vurgulamıştır. İstikrara yönelik bu temel gereklilik, bağımsızlığını yeni elde etmiş devletleri sömürge yönetimi sınırlarına saygı göstermeye ve halkların self determinasyonu prensibinin yorumunda bu unsuru göz önüne almaya teşvik etmiştir. Yugoslavya Hakkında Avrupa Konferansı Tahkim Komisyonu 2 numaralı bildirisinde<sup>111</sup> 'ilgili devletlerin aksi yönde anlaşması durumu halinde, koşullar her ne olursa olsun self determinasyon hakkının, bağımsızlık zamanındaki mevcut sınırların (*uti possidetis juris*) değişimini doğurması gerektiğinin yerleşik bir görüş olduğu'nu vurgulamıştır.

Bu yüzden self determinasyon prensibi sömürge bağlamının ötesinde bağımsız devletlerin ülkesel çerçevesi içerisinde uygulanır. Egemen devletlerin parçalanması için hukuki bir

<sup>102</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>103</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>104</sup> 2625 (XXV) Sayılı Genel Kurul Kararı.

<sup>105</sup> Devlet uygulamasının incelenmesi için bkz., Cassese, *Self-Determination*, ss. 90-9.

<sup>106</sup> *Yearbook of the ILC*, 1988, Cilt: II, 2. Kısım, s. 64.

<sup>107</sup> 1514 (XV) (1960) sayılı Genel Kurul kararı (Kolonyal Deklarasyon) 'bir ülkenin toprak bütünlüğü ve milli birliğinin kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılmasına yönelik herhangi bir çabanın BM Sözleşmesi'nin amaçları ve prensiplerine uygun olmadığı'nin altını çizmektedir. Ayrıca 2625 (XXV) (1970) sayılı Genel Kurul kararı (Dostça İlişkilere Dair Uluslararası Hukuk Prensipleri Hakkındaki Deklarasyon) 'ilerleyen paragraflardaki hiçbir hüküm egemen ya da bağımsız devletlerin toprak bütünlüğü ya da politik birliğini kısmen ya da tamamen ortadan kaldıracak ya da zarar verecek herhangi bir hareketi teşvik etmek anlamında yorumlanamayacağı'nı vurgulamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 9. Bölüm.

<sup>108</sup> Bkz., aşağıda 9. Bölüm.

<sup>109</sup> Bkz., 1514 (XV) ve 1541 (XV) sayılı Genel Kurul kararları ve 16 (I) 1964 sayılı Afrika Birliği Örgütü kararı.

<sup>110</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 554, 566-7; 80 ILR, ss. 440, 470-1.

<sup>111</sup> 92 ILR, ss. 167, 168. Ayrıntılı bilgi için bkz, yukarıda 5. Bölüm.

araç olarak kullanılamaz.<sup>112</sup> Bununla beraber, kolektif insan haklarının önemli bir prensibi<sup>113</sup> olarak kullanımı, İnsan Hakları Komitesi tarafından Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 1. maddesinin yorumu çerçevesinde analiz edilmiştir.<sup>114</sup> Komite, 1984'de kabul edilen Self Determinasyon Hakkındaki Genel Yorum'unda<sup>115</sup> bu hakkın gerçekleştirilmesinin 'bireysel insan haklarının etkin olarak güvence altına alınması ve kullanımının temel bir koşulu' olduğunu vurgulamıştır. Bununla birlikte, self determinasyon prensibi bir kolektif hak olarak görülür ve bireylerin Sözleşme'ye Ek Birinci İhtiyari Protokol'da öngörülen bireysel başvuru usulleri aracılığıyla yürürlüğe girmesini isteyebileceği bir hak olarak değerlendirilmez.<sup>116</sup> Profesör Higgins'in<sup>117</sup> işaret ettiği gibi<sup>118</sup>, Komite 'dış self determinasyonun, bir devletin dış politikasında sömürge ya da ırkçı işgalin geri kalan alanlarında self determinasyonun elde edilmesine uygun olarak hareket etmesini gerektirdiği, fakat iç self determinasyonun kendi halklarına matuf olduğu' görüşünü savunmuştur. Bağımsız devletlerin içerisinde self determinasyon prensibinin anlamı bağlamında, Komite muhatap devletlerin sosyal ve politik yapılara katılım hususunda ayrıntılı rapor vermelerini<sup>119</sup> ve muhatap devletlerin birbirlerinin temsilcileri ile diyalog kurmalarını teşvik etmiş ve politik kurumların nasıl işlediğine ve ilgili devletin halkının kendi devletinin yönetimine nasıl katıldığına ilişkin soruları sürekli gündeme taşımıştır.<sup>120</sup> Bu genellikle ifade özgürlüğü (19. madde), toplantı özgürlüğü (21. madde), örgütlenme özgürlüğü (22. madde) ve oy kullanma ve kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılım hakkı (25. madde) gibi Sözleşme'nin diğer maddelerinin göz önüne alınması ile bağlantılıdır. Bu nedenle, self determinasyon hakkı demokratik yönetim ile bağlantılı prensiplerin dikkate alınmasının genel çerçevesini sağlar.<sup>121</sup> Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi 1996'da 21 sayılı Genel Öneri'yi kabul etmiş, burada benzeri şekilde self determinasyonu dış ve iç boyut olarak ikiye ayırmış ve iç self determinasyona 'her vatandaşın kamu hizmetlerinin yürütülmesine her düzeyde katılabilme hakkı' olarak atıfta bulunmuştur.<sup>122</sup> Kanada Yüksek Mahkemesi self determinasyonun 'normal olarak (bir halkın mevcut bir devletin çerçevesi içerisinde politik, ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimini gerçekleştirmeye çalışması şeklinde) iç self determinasyon yoluyla icra edildiğini' belirtmiştir.<sup>123</sup>

<sup>112</sup> Bkz., yukarıda 5. Bölüm ve aşağıda 9. Bölüm.

<sup>113</sup> Bu konuda Brownlie, self determinasyon prensibinin makul bir kesinlik temeline sahip olduğunu ve bu prensibin 'farklı bir özelliğe sahip olan bir topluluğun bu özelliğini yaşadığı devletin kurumlarında yansıtma hakkı'nı içerdiğini öne sürmektedir. Bkz., Brownlie, 'The Rights of Peoples in International Law', Crawford, *Rights of Peoples*, ss. 1, 5.

<sup>114</sup> Bkz., özellikle, D. McGoldrick, *The Human Rights Committee*, Oxford, 1994, 5. Bölüm; Cassese, *Self-Determination*, ss. 59 vd., ve M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2. Baskı, Kehl, 2005, 1. Kısım.

<sup>115</sup> Bkz., 12 Sayılı Genel Yorum, HRI/GEN/1/Rev.1, s. 12, 1994.

<sup>116</sup> Bkz., *Kitok* davası, Report of the Human Rights Committee, A/43/40, ss. 221, 228; 96 ILR, ss. 637, 645; *Lubicon Lake Band* davası, A/45/40, Cilt: 2, ss. 1, 27; 96 ILR, ss. 667, 702; *EP v. Colombia*, A/45/40, Cilt: 2, ss. 184, 187, ve *RL v. Canada*, A/47/40, ss. 358, 365; 96 ILR, s. 706. Bununla birlikte Komite, *Mahuika et al. v. New Zealand* davasında 1. maddenin hükümlerinin Sözleşme çerçevesinde korunan diğer hakların yorumlanmasında (özellikle de azınlıklara mensup kişilerin haklarını düzenleyen 27. madde) ilgili olabileceğini öne sürmüştür. Bkz., A/56/40, Cilt: 2, Ek 10, A. Ayrıca bkz., *Diernaardt et al. v. Namibia*, A/55/40, Cilt: 2, Ek 9, Bölüm: M, 10.3. paragraf.

<sup>117</sup> Profesör Higgins 1985'den 1995'e kadar Komite üyesiydi.

<sup>118</sup> Higgins, 'Postmodern Tribalism and the Right to Secession', Brölmann ve diğerleri, *Peoples and Minorities in International Law*, s. 31.

<sup>119</sup> Örneğin bkz., the Report of Colombia, CCPR/C/64/Add.3, 1991, ss. 9 vd.

<sup>120</sup> Örneğin Kanada'ya ilişkin bkz., A/46/40, s. 12. Ayrıca Zaire'ye ilişkin bkz., A/45/40, ss. 120-1.

<sup>121</sup> Bkz., T. Franck, 'The Emerging Right to Democratic Governance', 86 AJIL, 1992, s. 46. Ayrıca bkz., P. Thornberry, 'The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination' Tomuschat, *Modern Law of Self-Determination*, s. 101.

<sup>122</sup> A/51/18.

<sup>123</sup> *Quebec Secession* davası, (1998) 161 DLR (4th) 385, 437-8; 115 ILR, s. 536.

AZINLIKLARIN KORUNMASI<sup>124</sup>

Birinci Dünya Savaşı sonrası dönemde Alman, Osmanlı, Rus ve Avusturya Macaristan İmparatorluklarının çöktüğü ve Doğu ve Orta Avrupa'da birçok bağımsız ulus devletin ortaya çıktığı bir konjonktürde, egemenlik ve devlet olma imkanı verilemeyen grupları korumak için çeşitli teşebbüslerde bulunulmuştur.<sup>125</sup> Irki, dini ya da dilsel azınlıklara bağlı olan kişiler söz konusu devletteki diğer vatandaşlar ile aynı muameleye tabi olacak ve aynı kişisel ve politik haklar ve güvenlik sağlanacaktı. Bu tür hükümler uluslararası yükümlülükler meydana getiriyordu ve Milletler Cemiyeti Konseyi'nin çoğunluğunun onayı olmaksızın değiştirilemezdi. Konsey azınlıklara yönelik yükümlülüklerin herhangi bir ihlali durumunda harekete geçecekti. Ayrıca azınlıkların Milletler Cemiyeti'ne başvuruda bulunma usulü de mevcuttu, ancak bunlar Konsey ya da Uluslararası Daimi Adalet Divanı'na başvuramıyorlardı.<sup>126</sup> Bununla birlikte, bağımsızlığını yeni elde etmiş devletlerin duyarlılıklarından Nazi Almanyası'nın komşu devletleri yıkmak amacıyla azınlık konularını sömürmesinin önüne geçmek için azınlık konularının uluslararası denetimine kadar çeşitli sebeplerle azınlıkların korunması projesi iyi işlemedi. İkinci Dünya Savaşı sonrası odak noktası evrensel nitelikli bireysel insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasına doğru kaydı. Buna rağmen spesifik durumlarla ilgilenen birkaç organizasyon azınlıkların korunmasına ilişkin hükümleri kapsamlarına dahil etti<sup>127</sup> ve 1947'de Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Hakkında Alt Komisyon kuruldu.<sup>128</sup> Ancak azınlık hakları meselesinin uluslararası gündeme geri gelmesi 1966 yılında kabul edilen Uluslararası Kişisel ve Politik Haklar Sözleşmesi'ne kadar gerçekleşmedi. Bu sözleşmenin 27. maddesi 'etnik, dini ya da dilsel azınlıkların olduğu devletlerde bu azınlıklara mensup olan kişilerin - grubun diğer üyeleriyle birlikte toplu olarak - kendi kültürlerine sahip olma, kendi dinlerini açığa vurma ile yaşama ya da kendi dilini kullanma hakkının reddedilemeyeceği'ni öngörmektedir.

<sup>124</sup> Örneğin bkz., *Oppenheim's International Law*, ss. 972 vd.; Nowak, *UN Covenant*, ss. 480 vd.; M. Weller, *Universal Minority Rights: A Commentary on the Jurisprudence of International Courts and Treaty Bodies*, Oxford, 2007; *Political Participation of Minorities: A Commentary on International Standards and Practice* (ed. M. Weller ve K. Nobbs), Oxford, 2010; Special Issue on Minority Rights in International Law, 13 *International Community Law Review*, 2011; R. Higgins, 'Minority Rights: Discrepancies and Divergencies Between the International Covenant and the Council of Europe System', *Liber Amicorum for Henry Schermers*, Dordrecht, 1994, s. 193; Shaw, 'Definition of Minorities'; P. Thornberry, *International Law and Minorities*, Oxford, 1991, ve Thornberry, 'Phoenix', ve 'Self-Determination', s. 867; G. Alfredsson, 'Minority Rights and a New World Order', *Broadening the Frontiers of Human Rights: Essays in Honour of A. Eide* (ed. D. Gomien), Oslo, 1993; Brölmann ve diğerleri, *Peoples and Minorities in International Law; The Protection of Ethnic and Linguistic Minorities in Europe* (ed. J. Packer ve K. Myntti), Turku, 1993; *Documents on Autonomy and Minority Rights* (ed. H. Hannum), Dordrecht, 1993; N. Rodley, 'Conceptual Problems in the Protection of Minorities: International Legal Developments', 17 *HRQ*, 1995, s. 48; H.W. Wei, *A Dialogical Concept of Minority Rights*, The Hague, 2016; J. Rehman, *The Weakness in the International Protection of Minority Rights*, The Hague, 2000, ve *International Human Rights Law*, 13. ve 14. Bölümler; Musgrave, *Self-Determination, ve Minority and Group Rights in the New Millennium* (ed. D. Fottrell ve B. Bowring), The Hague, 1999. Ayrıca bkz., *the Capotorti Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, 1979.

<sup>125</sup> Milletler Cemiyeti'nin azınlıklar rejimi; Polonya, Sırp-Hırvat-Sloven devleti, Romanya, Yunanistan ve Çekoslovakya'yı bağlayan beş özel azınlık antlaşmasından; Avusturya, Bulgaristan, Macaristan ve Türkiye ile yapılan barış antlaşmalarındaki özel azınlık hükümleri; Arnavutluk, Latviya, Litvanya, Estonya ve Irak tarafından Milletler Cemiyeti'ne giriş esnasında yapılan beş genel deklarasyon; Finlandiya tarafından Aaland Adaları'na ilişkin yapılan özel deklarasyon ve Danzig, Upper Silesia ve Memel ile ilgili antlaşmalardan oluşuyordu. Genel olarak bkz., Thornberry, *International Law and Minorities*, ss. 38 vd.

<sup>126</sup> 1930'ların başlarında birkaç yüz başvuru alındı, ancak bu sayı 1939'a kadar neredeyse sifıra düştü. Bkz., Thornberry, *International Law and Minorities*, ss. 434-6, ve the Capotorti Report on the *Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, 1979, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, ss. 20-2. Ayrıca bkz., Macartney, *National States*, ss. 370 vd.; J. Stone, *International Guarantees of Minority Rights*, London, 1932, ve Richard, *Le Droit de Petition*, Paris, 1932.

<sup>127</sup> Örneğin bkz., İtalya ile Barış Antlaşması (1947)'nin Ek 4 Bölümü; Hindistan-Pakistan Antlaşması (1950) ve Avusturya Devlet Antlaşması (1955)'nin 7. maddesi. Ayrıca Kıbrıs'ın bağımsızlığına ilişkin belgelerdeki hükümlere de bakılabilir; Cmnd 1093, 1960.

<sup>128</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

Formüle edildiği biçimiyle mutedil ve daha çok olumsuzluk üzerinden kurgulanmış bu hüküm, azınlıklardan ziyade ‘azınlıklara mensup kişiler’ üzerinde odaklanmakta ve azınlık kavramını tanımlamamaktadır.<sup>129</sup> Öte yandan, BM İnsan Hakları Komitesi devletlerin raporları ve bireysel başvuruları müzakeresinde ve bir Genel Yorum’unda konuyu değerlendirme imkanı bulmuştur. Komite, Uluslararası Sözleşme gereğince verilen devlet raporlarını yorumlarken, örneğin, 27. maddenin içerdiği hakların sözleşmeye taraf olan devletin sınırları içerisindeki tüm azınlık mensupları için geçerli olduğunu netleştirmiş<sup>130</sup> ve bazı devletlerin içindeki azınlıklara yönelik muameleye ilişkin kaygılarını dile getirmiştir.<sup>131</sup>

Komite *Lovelace* davasında<sup>132</sup> sözleşmenin 27. maddesinin ihlaline karar verdi. Dava konusu Kızılderili bir kadının Kızılderili olmayan biriyle evlenmesi üzerine Kanada hukukuna göre Tobique Yerleşim Bölgesi’nde oturma hakkını kaybetmesi hakkındaydı. Oysa kadın boşanma ihtimaline karşı oturma hakkının devamını istiyordu. Komite, söz konusu azınlık mensubu kişinin yerleşim bölgesinde oturma hakkını etkileyen kanuni sınırlamaların hem makul hem de objektif bir meşruiyete sahip ve bir bütün olarak da Sözleşme’nin diğer hükümleriyle uyum içinde olması gerektiğini belirtmiştir. Dava konusu olan karar buna uygun değildi. Kızılderili kadının kendi yerli kültürünü yaşama ve dilini kullanma hakkının söz konusu azınlığın diğer mensuplarıyla birlikte toplu olarak gerçekleşebildiği ilgili yerleşim bölgesi (Tobique) dışında başka bir yer yoktu.<sup>133</sup>

Komite 1994’de 27. madde hakkında uzun tartışmalar ve tereddütlerden sonra bir Genel Yorum yayınladı. Bu tartışma ve tereddütlerin nedeni bu konudaki bir yorumun ayrılığı teşvik olarak algılanabileceği korkusuydu.<sup>134</sup> Genel Yorum, azınlıklara mensup kişilerin hakları ile self determinasyon hakkı ve eşitlik hakkı ve ayrımcılık yapmama arasındaki ayrıma işaret etti. Yorumda, 27. madde kapsamındaki hakların devletlerin egemenliği ve toprak bütünlüğünü zayıflatmadığı, bununla beraber bazı azınlık haklarının, özellikle

<sup>129</sup> Azınlıkları tanımlama teşebbüsleri; azınlıkların sayısal açıdan ikincil pozisyonları ve baskın olmayan konumları, onları nüfusun çoğunluğundan ayıran belirli objektif özelliklerin varlığı (etnik, dini ya da dilsel özellikler gibi) ve bu tür özellikleri korumaya yönelik azınlıkların talebi üzerinde odaklanmaktadır. Bkz., Shaw, ‘Definition of Minorities’, ve the Capotorti Report, s. 96. Ayrıca bkz., Council of Europe Assembly Recommendation 1255 (1955), H/Inf (95) 3, s. 88. İnsan Hakları Komitesi *Ballantyne* davasında, “azınlık” kelimesi bir devletin bir bölgesine değil tüm devlete uygulandığı için, Quebec’de İngilizce konuşan vatandaşların azınlık sayılamayacağı belirtilmiştir. Bkz., 14 HRLJ, 1993, ss. 171, 176.

<sup>130</sup> Örneğin bkz., Norveç’in üçüncü periyodik raporu hakkındaki yorumlar (A/49/40, s. 23) ve Japonya’nın üçüncü periyodik raporu hakkındaki yorumlara (A/49/40, s. 25) bakınız. Ayrıca bkz., Joseph ve Casten, *International Covenant*, 24. Bölüm.

<sup>131</sup> Örneğin bkz., Romanya’nın üçüncü periyodik raporuna ilişkin (A/49/40, s. 29), Meksika’nın üçüncü periyodik raporuna ilişkin (A/49/40, s. 35), Rusya’nın dördüncü periyodik raporuna ilişkin (CCPR/C/79/Add.54, s. 5) ve Ukrayna’nın dördüncü periyodik raporuna ilişkin (CCPR/C/79/Add.52, s. 4). Ayrıca Kongo Demokratik Cumhuriyeti’nin ülkedeki bazı azınlıklara (pigmeler de dahil) yönelik ayrımcılık ve zaman zaman da zulüm yaptığına dair eleştiriler hakkında bkz., CCPR/C/SR.2358, 2006; Kosova’daki duruma ilişkin eleştiriler için ise bkz., CCPR/C/SR.2394, 2006.

<sup>132</sup> *I Selected Decisions of the Human Rights Committee*, 1985, s. 83; 68 ILR, s. 17.

<sup>133</sup> Ayrıca bkz., *Kitok* davası, A/43/40, s. 221; 96 ILR, s. 637. İsveç’teki Sami toplumunun bir mensubu tarafından yapılan başvuruya ilişkin, bir ekonomik topluluğun kültüründe ekonomik faaliyetin düzenlenmesinin temel bir unsur olduğu bir durumda, bunun bir bireye uygulanmasının 27. maddenin kapsamı içine gireceği görüşünü savundu. Bir azınlık mensubu olan kişi üzerindeki bir sınırlamanın, makul ve objektif meşruiyetinin ve bir bütün olarak azınlığın yaşamı ve refahı için gerekli olduğunun gösterilmesi gerektiği vurgulandı. Ayrıca bkz., *Lubicon Lake Band* davası. Bu davada Komite, Kanada hükümetinin, Alberta eyalet hükümetinin özel şirket çıkarı doğrultusunda bir azınlık yerleşim bölgesini kamulaştırmasına izin verdiği için 27. maddeyi ihlal ettiğini öne süren davacıyı haklı buldu. 27. madde çerçevesinde korunan hakların, kişilerin mensubu olduğu topluluğun kültürünün unsuru olan ekonomik ve sosyal faaliyetlere topluluğun diğer üyeleri ile birlikte katılma hakkını da kapsadığını ifade etti. Bununla beraber, bir azınlığa mensup olan kişilerin yaşam tarzı ve geçim kaynağı üzerinde sadece sınırlı bir etkiye sahip olan düzenlemelerin her durumda 27. maddeyi ihlal edeceği de söylenemezdi. İlaveten bkz., Finlandiya’ya karşı *Länsmann* davaları, 511/92 ve 671/95, 115 ILR, s. 300, ve İnsan Hakları Komitesi’nin 2005 Raporu, cilt 2, A/60/40, ss. 90 vd.

<sup>134</sup> 23 Sayılı Genel Yorum, HRI/GEN/1/Rev.1, s. 38.

de yerli topluluklar ile ilgili olanların, bir bölge ile yakından bağlantılı bir yaşam tarzı ve balıkçılık, avcılık ve kanunla korunan yerleşim bölgelerinde yaşama hakkı gibi o bölgenin kaynaklarının kullanımını kapsayabileceği vurgulandı. Komite, Genel Yorum'un önemli bir hususu olarak, bir azınlığa mensup kişilerin vatandaş ya da ilgili devletin daimi yerleşimcisi olması gerekmediği, bu nedenle göçmen işçiler ya da hatta ziyaretçilerin de 27. madde uyarınca korunabileceğinin altını çizdi. Bir etnik, dini ya da dilsel azınlığın var olup olmadığı objektif bir soruydu ve sözleşmeye taraf olan devletin kararına bağlı değildi. 27. madde negatif olarak formüle edilmekle birlikte, Komite yalnızca taraf olan devletlerin eylemlerine karşı değil, aynı zamanda bu devletlerin içerisindeki diğer kişilerin eylemlerine karşı da pozitif koruma tedbirlerinin alınmasının gerektiğine işaret etti. Ayrıca söz konusu azınlığın kimliğini korumak için de pozitif tedbirler gerekli olabilirdi. Makul ve objektif kriterlere dayalı olduğu müddetçe meşru nitelikteki farklılaşmalara izin verilmekteydi.

BM Genel Kurulu Aralık 1992'de Ulusal ya da Etnik, Dini ve Dilsel Azınlıklara Mensup Kişilerin Hakları Hakkında Deklarasyon'u kabul etmiştir.<sup>135</sup> Bu Deklarasyon'un 1. maddesi devletlerin 'kendi toprakları içerisindeki azınlıkların varlığını ve ulusal ya da etnik, kültürel, dini ve dilsel kimliğini koruyacağını' ve bu hedefleri başarmak için uygun yasal ve diğer önlemleri alacağını öngörmektedir. Deklarasyon azınlıklara mensup kişilerin kendi kültürlerini yaşama, kendi dinlerini ifade etme ve yaşama ile kendi dillerini bir engelleme olmaksızın özel ve kamusal alanda kullanma hakkına sahip olduğunu açıklamaktadır. Bu tür kişiler ayrıca kültürel, sosyal, ekonomik ve kamusal yaşama etkin bir şekilde katılma hakkına da sahiptir.

BM Alt Komisyonu uzun yıllardır azınlıklar sorununu değerlendirmektedir. 1994'de azınlıkları ilgilendiren durumlara yönelik barışçıl ve yapıcı çözümleri incelemek ve özelde Deklarasyon'un pratik uygulamasını gözden geçirmek, şiddet riskinin olduğu yerlerde azınlıkları korumak için Alt Komisyon ve BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'ne önerilerde bulunmak ve genel olarak da toplumdaki azınlık grupları arasında ve bu gruplar ile hükümetler arasında diyalogu teşvik etmek amacıyla beş kişilik bir çalışma grubu kurulmasına karar vermiştir.<sup>136</sup> 2005'de İnsan Hakları Komisyonu Deklarasyon'un uygulanmasını desteklemek, en iyi uygulamaları belirlemek ve hükümetlerin isteği üzerine BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi ile teknik işbirliği imkanlarını değerlendirmek ve ilgili BM organları ile yakın işbirliği geliştirmek için azınlıklar konusunda bağımsız bir uzman (2011 yılından itibaren özel raporör olarak adlandırılmaktadır) atadı. Komisyon bu çalışmalarında hükümet dışı kuruluşların görüşlerini ve toplumsal cinsiyet yaklaşımını dikkate almıştır.<sup>137</sup>

Ayrıca, azınlık hakları konusu yakın dönemde özellikle Avrupa devletlerinin, temel olarak da Sovyetler Birliği'nin ve onun Doğu Avrupa'daki imparatorluğunun çöküşü ve Doğu ve Orta Avrupa devletlerinin Batı Avrupa politik sistemine entegrasyonunun bir sonucu olarak, gündemine gelmiştir. Avrupa Konseyi ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (1995'den sonra Teşkilatı) içerisinde azınlıklık hakları sorunlarına getirilen spesifik yaklaşıma aşağıda değinilmektedir.<sup>138</sup>

Belirtildiği üzere, BM İnsan Hakları Komitesi kendi geleneksel toprakları ile özel bir ilişkiye sahip olan azınlıklar olarak yerli halkların özel pozisyonuna işaret etmiştir. Bu tür

<sup>135</sup> 47/135 Sayılı Genel Kurul Kararı. Bkz., *The UN Minority Rights Declaration* (ed. A. Phillips ve A. Rosas), London, 1993.

<sup>136</sup> E/CN.4/Sub.2/1994/56. Bu grup, 3 Mart 1995 tarihinde İnsan Hakları Komisyonu tarafından yetkilendirildi. Bkz., 1995/24 sayılı karar. Ayrıca bkz., E/CN.4/Sub.2/1995/51.

<sup>137</sup> 2005/79 sayılı karar. Ayrıca bkz., 25/5 (2014) sayılı karar. Örneğin, özellikle azınlık toplumlarındaki kadınların durumlarına vurgu yaparak çeşitli şekillerde ayrımcılık, dışlama ve şiddete maruz kalan kadınların haklarına (7 Mart 2006 Basın Açıklaması) ve Macaristan'daki Romanların yüz yüze olduğu sorunlara (4 Temmuz 2006 Basın Açıklaması) dikkat çekilmiştir.

<sup>138</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

toplulukların özel ihtiyaçları olan azınlıklar şeklinde spesifik bir kategori oluşturdukları kabul edilmiştir.<sup>139</sup> Uluslararası Çalışma Örgütü 1957'de Yerli ve Kabile Popülasyonları Hakkında 107 Sayılı Sözleşme'yi kabul etti. Bu Sözleşme yerli halklar sorununa yönelik ağırlıklı olarak asimilasyoncu bir yaklaşım içeriyordu. 1989 yılında Bağımsız Ülkelerdeki Yerli ve Kabile Halkları Hakkında 169 Sayılı Sözleşme ile gözden geçirilerek kısmen düzeltilti. Terminolojideki 'popülasyonlar' ifadesinden 'halklar' ifadesine doğru değişim öğreticidir<sup>140</sup> ve ikinci sözleşme yerli halkların sosyal, kültürel, dini ve manevi değerleri ve pratiklerinin korunmasına çok daha fazla odaklanmaktadır. Objektif ve sübjektif kriterleri birbirine karışan azınlık tanımına yönelik hakim yaklaşımdan farklı olarak, bu sözleşmenin 1 (2). maddesinde sözleşmeye konu olan grupları belirlemede 'kendisini yerli ya da kabile olarak tanımlamanın temel bir kriter olarak göz önüne alınacağı'nı öngörmektedir. Alt Komisyon yerli nüfusa karşı ayrımcılık konusu hakkında çalışma yapılması ve bu çalışmanın 1984 yılında tamamlanması önerisinde bulundu.<sup>141</sup> Yerli nüfusa dair bir tanım önerildi ve gelecekte yapılabilecek çalışmalara ilişkin çeşitli öneriler getirilmiştir. Alt Komisyon 1982'de yerli popülasyonlar hakkında bir çalışma grubu kurmuş<sup>142</sup> ve nihayetinde 2007'de Yerli Halkların Hakları Hakkında Deklarasyonu kabul etmiştir.<sup>143</sup>

Deklarasyon yerli halkların toplu ya da bireysel olarak Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve uluslararası insan hakları hukukunda tanınan tüm insan hakları ve temel özgürlükleri tam olarak yaşama hakkına sahip olduğunu (1. madde) belirtmektedir. Yerli halklar self determinasyon hakkına sahiptir (3. madde) ve self determinasyon hakkını kullanırken kendi iç ve yerel ilişkileri hususundaki konularda otonomi ya da özerk yönetim hakkına ve kendi otonom fonksiyonlarını mali olarak karşılamak için imkan ve araçlara sahiptir (4. madde). Yerli halklar ayrıca kendi hukuk sistemlerini olduğu kadar kendilerine has politik, ekonomik, sosyal ve kültürel özelliklerini koruma ve güçlendirme hakkına (5. madde) sahiptir; devlet yaşamına tam olarak katılma (5. madde), vatandaşlığa sahip olma (6. madde), ayrı bir halk olarak herhangi bir soykırım eylemi ya da şiddet içeren muamaleye maruz kalmaksızın özgürlük ve güvenlik içinde yaşama (7 (2). madde) haklarına da sahiptir. Ayrıca yerli halklar asimilasyona zorlanmama ya da kültürlerinin yok edilmesine maruz kalmama hakkına sahiptir ve devletlerin, yerli halkları ayrı bir halk olma bütünlüklerinden ya da kültürel değerleri veya etnik kimliklerinden mahrum edecek her türlü hareketin önlenmesi ve bunların tazmini için etkin çözümler bulması öngörülmektedir (8. madde). Deklarasyon bunlara ilaveten yerli halkların kendi topraklarıyla özel ilişkilerine dair çeşitli haklarla birlikte kendi kültürel geleneklerini uygulama, eğitim, medya ve sağlık imkanlarından yararlanma haklarına da yer vermiştir

<sup>139</sup> Örneğin bkz., M. Åhrén, *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*, Oxford, 2016; P. Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, 2002; S. Marquardt, 'International Law and Indigenous Peoples', 3 *International Journal on Group Rights*, 1995, s. 47; J. Berger ve P. Hunt, 'Towards the International Protection of Indigenous Peoples' Rights', 12 *NQHR*, 1994, s. 405; C. Tennant, 'Indigenous Peoples, International Institutions, and the International Legal Literature from 1945-1993', 16 *HRQ*, 1994, s. 1; E. Stamatopoulou, 'Indigenous Peoples and the United Nations: Human Rights as a Developing Dynamic', 16 *HRQ*, 1994, s. 58; Crawford, *Rights of Peoples*; R. Barsh, 'Indigenous Peoples: An Emerging Object of International Law', 80 *AJIL*, 1986, s. 369; J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2004, ve G. Bennett, *Aboriginal Rights in International Law*, London, 1978. Ayrıca bkz., *Justice Pending: Indigenous Peoples and Other Good Causes* (ed. G. Alfredsson ve M. Stavropoulou), The Hague, 2002. Özellikle *Delgamuukw v. British Columbia* (1998) (153 *DLR* (4th) 193; 115 *ILR*, s. 446, Kanada Yüksek Mahkemesi, ve *Mabo v. State of Queensland (No. 1)* (1988) (83 *ALR* 14; 112 *ILR*, s. 412 ve (No. 2) (1992) 107 *ALR* 1; 112 *ILR*, s. 457) davalarına da bakınız. Ayrıca bkz., *Richtersveld Community case*, 24 Mart 2003, Güney Afrika Yüksek Mahkemesi, 127 *ILR*, s. 507.

<sup>140</sup> Ancak Sözleşme, 'halklar' ifadesinin kullanımı ile, uluslararası hukuk çerçevesinde söz konusu ifade ile irtibatlandırılabilir haklara ilişkin herhangi bir çıkarımda bulunulamayacağını belirtmektedir (1(3). madde).

<sup>141</sup> The Martinez Cobo Report, E/CN.4/Sub.2/1986/7 ve Add. 1-4.

<sup>142</sup> Bkz., E/CN.4/Sub.2/1982/33.

<sup>143</sup> 1994'de bir taslak deklarasyon kabul edildi. Bkz., 1994/45 sayılı karar, E/CN.4/Sub.2/1994/56, s. 103. Ayrıca bkz., R. T. Coulter, 'The Draft UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: What Is It? What Does It Mean?', 13 *NQHR*, 1995, s. 123.



(9-37. maddeler). Birleşmiş Milletler ve Yerli Halklar Daimi Forumu dahil olmak üzere tüm BM kuruluşları ve BM ülke temsilcilikleri ve devletlere Deklarasyon'daki hususlara saygı gösterilmesini ve tam olarak hayata geçirilmesini teşvik etme konusunda çağrıda bulunmaktadır (42. madde). 1985 yılında Yerli Popülasyonlar Gönüllü Fonu kuruldu ve 2001 yılında da yerli halklar konusunda bir özel raportör atanmıştır.<sup>144</sup> 2000'de yerlilerin sorunları ile ilgili bir Daimi Forum teşkil edildi<sup>145</sup> ve 2008'de de BM nezdindeki Yerli Halkların Meseleleri Hakkında Kalkınma Grubu Yönergesi yayınlandı.<sup>146</sup> 2007'de 6/36 sayılı İnsan Hakları Konseyi kararında Konsey'e tematik konularda yerli halkların hakları hususunda uzmanlık desteği sağlamak amacıyla beş bağımsız uzmandan oluşan bir uzmanlar kurulu oluşturulması öngörüldü.

Yerli Halklar Hakkında bir Amerikan Deklarasyonu yayınlanması konusu Amerikan Devletleri Örgütü içerisinde de tartışılmıştır.<sup>147</sup> Amerikan Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi 2001 yılında *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* davasında yerli halkların atalarına ait topraklara ve kaynaklara sahip olma hakkı konusunu tartıştı.<sup>148</sup> Mahkeme, toprakların kolektif mülkiyetine dair komüniter geleneği ve yerli halkın o topraklarla yakın bağlarını vurguladı<sup>149</sup>, ve bu halkın teamül hukukunun özellikle dikkate alınması, böylece tapu sahibi olmayan yerli topluluklar için o toprakları ellerinde bulunduruyor olmalarının yeterli sayılması gerektiğini belirtti.<sup>150</sup> *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay* davasında mahkeme yerli toplulukların mensuplarının kendi tarihi toprakları ile yakın bağlarının ve kendi kültürleriyle bağlantılı doğal servetlerinin, Amerika Kıtası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin mülkiyet kullanımı ve mülkiyetten yararlanma hakkına ilişkin 21. maddesi çerçevesinde güvence altına alınmak zorunda olduğunu vurguladı. Mahkeme bu hükmü yorumlarken, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün, diğerlerine ilaveten, toplulukların kendi topraklarıyla ilişkili kültürel ve manevi değerlerinin özel önemine saygı gösterilmesi gerektiğini de ifade eden 169 sayılı sözleşmesini de dikkate aldı. Mahkeme mal varlığının kolektif niteliğine de işaret etti.<sup>151</sup>

<sup>144</sup> Bkz., 40/131 sayılı Genel Kurul kararı.

<sup>145</sup> Bkz., 2000/22 sayılı ECOSOC kararı. 1993 Dünya Yerli Halkları Yılı olarak kabul edildi. Bkz., E/CN.4/1994/AC.4/TN.4/2. 10 Aralık 1994'de Genel Kurul tarafından bu tarihten sonraki 10 yıl, Dünya Yerli Halkları On Yılı olarak ilan edildi. Ayrıca bkz., the Committee on the Elimination of Racial Discrimination's General Recommendation 23 on Indigenous Peoples, 1997, A/52/18, Ek 5.

<sup>146</sup> <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/index.htm>.

<sup>147</sup> 1995'de kabul edilen Yerli Halklarının Hakları Hakkında Taslak Deklarasyon için bkz., OEA/Ser.L/V/II/90; Doc. 9, rev. 1. Taslak Deklarasyon hakkında daha ayrıntılı tartışmalar için bkz., GT/DADIN/doc.1/99 rev.2, 2000; Report of the Rapporteur of the Working Group, GT/DADIN/doc.83/02, 2002 ve OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.301/07, 2007. Ayrıca bkz., örneğin, AG/RES.1780 (XXI-0/01), 2001 ve AG/RES. 2073 (XXXV-0/05), 2007 kararları. Daha fazla bilgi için bkz., [http://www.oas.org/en/topics/indigenous\\_peoples.asp](http://www.oas.org/en/topics/indigenous_peoples.asp)

<sup>148</sup> Series C, No. 79.

<sup>149</sup> *A.g.e.*, 149. paragraf.

<sup>150</sup> *A.g.e.*, 151. paragraf. Nikaragua'nın 'yerli toplulukların teamül hukuku, değerleri, örf-adetleri ve törelerine uygun olarak, yerli toplulukların mallarının sınırlarının saptanması, işaretlenmesi ve tapulandırılması için etkin bir mekanizma' oluşturmaya mecbur olduğuna hükmedildi.' *a.g.e.*, 164. paragraf. Ayrıca bkz., *The case of the Moiwana Community v. Suriname*, 15 Haziran 2005, Series C, No. 124 ve the case of the *Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay*, 17 Haziran 2005, Series C, No. 125.

<sup>151</sup> Ayrıca yerli toplumun bazı üyelerinin kimlikleri ya da resmi belgeleri olmamasına rağmen, mahkeme sözleşmenin 3. maddesi uyarınca hukuk önünde bir kişi olarak tanınma hakkının ihlal edildiği yönünde karar verdi. Mahkeme, söz konusu toplumun mensuplarının kendi geleneksel toprakları üzerindeki mülkiyet haklarını güvence altına alacak bütün hukuki, idari ve diğer tedbirlerin devlet tarafından alınmasına hükmetti. 29 Mart 2006 tarihli karar, Series C, No. 146, 17 vd., 187 vd. ve 210 vd. paragraflar. Ayrıca bkz., 15 Mayıs 2011 tarihli *Fernández Ortega et al. v Mexico* kararı, Series C, No 215 ve 4 Eylül 2012 *Río Negro Massacres v Guatemala* kararı. Ayrıca Komisyon'un bu alandaki çalışmalarına bkz., <http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/decisions/iachr.asp>.

## BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SİSTEMİ – UYGULAMA<sup>152</sup>

Birleşmiş Milletler sistemi başarılı bir şekilde insan hakları alanında standartların ve normların belirlenmesi hususunda çok çeşitli uluslararası enstrüman üretmiştir.<sup>153</sup> Burada şimdi uygulama konusuna kısaca değinilecektir.

### Siyasi Organlar

Genel Kurul BM Sözleşmesi'nin 13. maddesi uyarınca - diğerlerine ilaveten - insan haklarına ilişkin çalışmalar başlatma ve tavsiyelerde bulunma yetkisine sahiptir. İnsan hakları konuları Genel Kurul'un gündemine Ekonomik ve Sosyal Konsey'in (ECOSOC) raporları ya da Genel Kurul'un belirli konuları değerlendirmek için daha önceki oturumlarında aldığı kararlar vesilesiyle gelebilir ya da BM organları, Genel Sekreter veya üye devletler tarafından bu konuların gündeme alınması için öneride bulunulabilir. İnsan hakları hakkındaki çoğu konu Genel Kurul'un Üçüncü Komitesi'ne (Sosyal, İnsani ve Kültürel konular) gider, fakat diğerleri Altıncı Komite (Hukuki konular) ya da Birinci Komite (Politika ve Güvenlik konuları) veya Özel Politika Komitesi gibi diğer komitelere gönderilebilir. Genel Kurul ayrıca 161. Kural uyarınca yardımcı organlar kurdu, ki bunların Sömürgeciliğin Sona Erdirilmesi Özel Komitesi, BM Namibya Konseyi, Irk Ayrımcılığına Karşı Özel Komite, İşgal Altındaki Topraklarda İsrail'in Uygulamalarını Soruşturma İçin Özel Komite ve Filistin Halkının Vazgeçilemez Haklarının Uygulanması Komitesi gibi bazıları insan hakları konuları ile ilgiliydi.<sup>154</sup> Ekonomik ve Sosyal Konsey (ECOSOC) BM Sözleşmesi'nin 62. maddesi uyarınca insan hakları konusunda tavsiyelerde bulunabilir, Genel Kurul için taslak sözleşmeler hazırlayabilir ve insan hakları konularında uluslararası konferans çağrısında bulunabilir. Genel Kurul tarafından seçilen 54 BM üyesinden oluşur ve BM Mülteciler Yüksek Komiserliği,<sup>155</sup> BM Çocuk Fonu, BM Ticaret ve Kalkınma Konferansı, BM Çevre Programı ve Dünya Gıda Konseyi gibi çeşitli organların raporlarını yıllık olarak görüşür. Yardımcı organlar arasında İnsan Hakları Komisyonu ve Kadının Statüsü Komisyonu insan hakları konuları ile en çok doğrudan bağlantılı olan organlardır.<sup>156</sup> İnsan Hakları Komisyonu<sup>157</sup> 1946 yılında insan hakları konusunda çalışmalar yapma, öneriler hazırlama ve uluslararası belgeler tasarlama gibi geniş bir görev tanımı ile Ekonomik ve Sosyal Konsey'in

<sup>152</sup> Bkz., *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring* (ed. P. Alston ve J. Crawford), Cambridge, 2000; *Human Rights: International Protection, Monitoring and Enforcement* (ed. J. Symonides), Aldershot, 2003; Steiner, Alston ve Goodman, *International Human Rights*; Rehman, *International Human Rights Law*, 3-6. Bölümler; Tomuschat, *Human Rights*, 6-8. Bölümler; *United Nations Action in the Field of Human Rights*, New York, 1994; *The United Nations and Human Rights* (ed. P. Alston), Oxford, 1992; *Guide to International Human Rights Practice* (ed. H. Hannum), 4. Baskı, Ardsley, 2004; Ramcharan, *Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration*, ve *UN Law/Fundamental Rights* (ed. A. Cassese), Alphen aan den Rijn, 1979. Ayrıca bkz., Lauterpacht, *International Law*, 11. Bölüm; De Schutter, *International Human Rights Law*, 9. ve 10. Bölümler; ve A. A. Cançado Trindade, 'Coexistence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights', 202 HR, 1987, s. 9. Ayrıca bkz., *The United Nations Human Rights Treaty System*, Fact Sheet 30/Rev. 1, UN Office of the High Commissioner on Human Rights, 2012.

<sup>153</sup> Ayrıca örneğin bkz., Kölelik Sözleşmesi (1926) ve Protokol (1953); Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Kaldırılması Hakkında Ek Sözleşme (1956); Seks İşçiliği Sömürüsü ve İnsan Kaçakçılığının Önlenmesi Sözleşmesi (1949); Mültecilerin Statüsü Sözleşmesi (1951) ve Protokolü (1967); Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme (1954) ve Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme (1961).

<sup>154</sup> Bkz., *UN Action*, 1. Bölüm. Ayrıca BM'nin diğer organlarının, Güvenlik Konseyi, Vesayet Konseyi, Uluslararası Adalet Divanı ve Sekreterliğin ilgili rolleri için de aynı kaynağa bakılabilir.

<sup>155</sup> Mültecilere ilişkin olarak bkz., J. C. Hathaway ve M. Foster, *The Law of Refugee Status*, 2. Baskı, Cambridge, 2014 ve G.S. Goodwin-Gill ve J. McAdam, *The Refugee in International Law*, 3. Baskı, Oxford, 2007.

<sup>156</sup> A.g.e., ss. 13 vd. Ayrıca bkz., 1991B (XVIII) ve 2847 (XXVI) sayılı Genel Kurul kararları.

<sup>157</sup> Örneğin bkz., N. Rodley ve D. Weissbrodt, 'United Nations Non-Treaty Procedures for Dealing with Human Rights Violations' Hannum, *Guide to International Human Rights Practice*, s. 65; Lauterpacht, *International Law*, Bölüm 11; Steiner, Alston ve Goodman, *International Human Rights*, Bölüm 9, ve T. Buergenthal ve J. V. Torney, *International Human Rights and International Education*, Washington, DC, 1976, ss. 75 vd. Ayrıca bkz., *UN Action*, s. 20, ve H. Tolley, 'The Concealed Crack in the Citadel', 6 HRQ, 1984, s. 420. Kadının Statüsü'ne İlişkin bir Komisyon da kurulmuştur. Bkz., *UN Action*, s. 15.

(ECOSOC) yardımcı bir organı olarak kuruldu.<sup>158</sup> 1967'de 1235 (XLII) sayılı ECOSOC kararı İnsan Hakları Komisyonu'nu ve Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu'nu ECOSOC'a tavsiyelerde bulunmak üzere görüşmelerde geçen ağır insan hakları ihlallerine ilişkin bilgileri araştırmak ve süreklilik arz eden ihlal durumlarını incelemek ile görevlendirdi.<sup>159</sup> Bu, Komisyon'un spesifik durumlara ilişkin kamu tartışması fonksiyonunu teşkil etti. Bu spesifik durumlar başlangıçta esasen Güney Afrika ile ilgiliydi. Komisyon ayrıca Güney Afrika hakkında uzmanlardan oluşan bir geçici çalışma grubu, sonrasında da çeşitli konularda çalışma grupları kurdu<sup>160</sup> ve belirli ülkelerdeki durumlarla ilgilenecek özel raportörler atadı.<sup>161</sup> Dini Hoşgörüsüzlük Hakkında Deklarasyon, İşkenceye Karşı Sözleşme gibi uluslararası belgelerin ile azınlık hakları ve çocuk hakları konusundaki çalışmaların taslaklarını hazırlama amacıyla bir dizi gayri resim çalışma grubu oluşturuldu.<sup>162</sup> Komisyon ayrıca Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi'nin 9. maddesi gereğince Sözleşme çerçevesinde devletlerin raporlarını değerlendirmek için Üçlü Grup kurdu. 1970'de Ekonomik ve Sosyal Konsey'in (ECOSOC) 1503 (XLVIII) sayılı kararı uyarınca insan hakları şikayetleri ile ilgili yeni bir usul getirildi.<sup>163</sup> 2000'de değişiklik yapılan bu karar çerçevesinde<sup>164</sup> Alt Komisyon, şikayetleri değerlendirecek ve ağır nitelikte ve eksiksiz bir şekilde kanıtlanmış olan ve süreklilik kazanmış insan hakları ihlallerinin ortaya çıktığı görülenleri Alt Komisyon'a havale edecek yıllık olarak toplanan bir çalışma grubu atadı.<sup>165</sup> Son aşamaya kadar gizli olan bu usul başlangıçta var olan yüksek düzeydeki beklentileri karşılayamadı. Gizlilik şartı ve Komisyon'un büyük ölçüde politik niteliği umutları hayal kırıklığına uğrattı.<sup>166</sup>

Komisyon, insan hakları ihlallerine (çok da evrenselci temelde olmamakla birlikte) dikkat çekme ve standart belirleme konusunda iyi bir iş çıkarmış olmasına karşın, temel olarak politik seçiciliği ve belirli ülkelerdeki durumları objektif olarak incelemede başarısız olması nedeniyle giderek artan ölçüde eleştiri almaya başladı.<sup>167</sup> Nihayetinde 3 Nisan 2006 tarihinde

<sup>158</sup> Komisyon, başlangıçta, eşit coğrafi dağılım temelinde BM'deki üye devletler arasından ECOSOC tarafından seçilen 43 temsilciden oluşuyordu. 6 (I), 1946; 9 (II), 1946; 845 (XXII), 1961; 1147 (XLI), 1966 ve 1979/36, 1979 sayılı ECOSOC kararları. Mayıs 1990'daki 1990 / 48 sayılı karar doğrultusunda bu sayı 53'e çıkarıldı.

<sup>159</sup> Örneğin bkz., Report of the First Session of the Commission, E/259, 22. paragraf. Bkz., ayrıca Tolley, 'Concealed Crack', ss. 421 vd. ve 728F sayılı ECOSOC kararı.

<sup>160</sup> Örneğin Şili hakkında Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Sürekliliği, Kayıp Edilmeler, Kalkınma Hakkı ve Yapısal Düzenleme Programları ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar konularında çalışma grupları kuruldu.

<sup>161</sup> Bu ülkeler, Afganistan, Küba, El Salvador, Ekvator Ginesi, Guatemala, İran, Sudan, Kongo Demokratik Cumhuriyeti ve Irak'tır. Ayrıca yargısız infaz, işkence, paralı askerler, dini hoşgörüsüzlük ve çocuk ticareti gibi belli tematik konularla ilgilenmek üzere de özel raportörler atandı. Belli ölçüde işbirliği sağlanması amacıyla özel raportörler arasında ilk toplantı 1994'de gerçekleşti. Bkz., E/CN.4/1995/5.

<sup>162</sup> Örneğin bkz., *UN Action*, ss. 20-3.

<sup>163</sup> Örneğin bkz., P. Alston, 'The Commission on Human Rights' Alston, *United Nations and Human Rights*, ss. 126, 145 vd. ve M. Bossuyt, 'The Development of Special Procedures of the United Nations Commission on Human Rights', 6 HRLJ, 1985, s. 179.

<sup>164</sup> 2000/3 sayılı ECOSOC kararı.

<sup>165</sup> Ayrıca bkz., 1 (XXIV) (1971) sayılı Alt Komite kararı. Bunlar Alt Komisyon'un Vakalar Hakkındaki Çalışma Grubu tarafından inceleniyor ve bu inceleme sonrası çalışma grubu belirli vakaların Komisyon'a gönderilip gönderilmeyeceğine karar veriyordu. Komisyonun önüne gelen konular Komisyon tarafından iki ayrı kapalı toplantıda inceleniyor ve sonrasında Komisyon bağımsız bir uzman atanması ya da 1235 usulü uyarınca konunun tartışılması gibi daha ileri bir adım atıp atmayacağını değerlendiriyordu.

<sup>166</sup> Örneğin bkz., T. Van Boven, 'Human Rights Fora at the United Nations', *International Human Rights Law and Practice* (ed. J. C. Tuttle), Philadelphia, 1978, s. 83; H. Möller, 'Petitioning the United Nations', 1 *Universal Human Rights*, 1979, s. 57; N. Rodley, 'Monitoring Human Rights by the UN System and Non-governmental Organisations', Kommers ve Loescher, *Human Rights and American Foreign Policy*, s 157, ve Tolley, 'Concealed Crack', ss. 429 vd. Komisyon Başkanı 1503 sayılı karar uyarınca şikayete konu olan ülkelerin adlarını açıklama uygulamasına başlamıştır, ancak bu konularda daha fazla detay açıklanmamıştır. Bkz., E/CN.4/1984/77, s. 151 (Arnavutluk, Arjantin, Benin, Haiti, Endonezya, Malezya, Pakistan, Paraguay, Filipinler, Türkiye ve Uruguay).

<sup>167</sup> Örneğin bkz., Uluslararası Af Örgütü Raporu, 'Meeting the Challenge', AI Index, IOR 40/008/2005. Ayrıca bkz. www.un.org/secureworld/report3.pdf, para. 283. Bkz., ayrıca Genel Sekreter'in Raporu, 'In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All', A/59/2005, para. 182. Bu raporda Komisyon'un 'toplantılarının ve çalışmalarının seçilmesinin siyasetçiler tarafından hafife alındığına işaret edilmiştir.' A/59/2005/Add.1, para. 2.

60/251 sayılı Genel Kurul kararı ile Komisyon'un yerini almak üzere İnsan Hakları Konseyi kuruldu.

Konsey, BM hiyerarşisinde Genel Kurul'un yardımcı bir organı olarak yüksek bir statü ile kuruldu. Konsey Genel Kurul üyelerinin çoğunluğu tarafından üç yıl için (en fazla iki ardışık dönem) seçilen 47 üyeden oluşuyordu.<sup>168</sup> Komisyon'un özel usuller fonksiyonu muhafaza edildi ve bütün ülkelerin insan hakları sicillerinin değerlendirileceği periyodik olarak çalışan evrensel nitelikli bir inceleme mekanizması da kuruldu. Bu mekanizma Komisyon'un seçiciliğine yönelik getirilen eleştirilere karşı kısmi bir cevap verme niyetiyle oluşturuldu.<sup>169</sup> Konsey 18 Haziran 2007 tarihinde 5/1 sayılı 'Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi: Kurum Geliştirme' başlıklı bir karar aldı. Bu karar, geniş bir alanı kapsıyor ve evrensel nitelikli periyodik inceleme mekanizmasının detaylarını ortaya koyuyordu. Bu mekanizmanın temelini oluşturan prensipler, insan haklarının evrenselliği, bütün devletlere yönelik kapsayıcılık ve eşit muamele ve incelemenin objektif, şeffaf ve yapıcı olan, seçici, çatışmacı ve politik olmayan bir şekilde yürütülmesini içeriyordu. Bu karar özel usullerin uygulanması ve incelenmesinin detaylarını da ortaya koyuyordu. Ayrıca, Konsey için bir düşünce kuruluşu olarak işlev görmesi ve onun doğrultusunda çalışması beklenen ve şahsi yetkiye dayanarak görev yapan 18 uzmandan oluşan İnsan Hakları Konseyi Danışma Komitesi'nin oluşumunu ve 1503 (1970) sayılı ECOSOC kararınca oluşturulan mekanizmaya dayalı olarak bir gizli şikayet usulünün tesis edilmesini öngörüyordu.<sup>170</sup> Bununla birlikte, politikleşme görüntüsü kaybolmadı.

## BM ORGANLARI TARAFINDAN KURULAN UZMAN KURULLARI

### EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR ULUSLARARASI SÖZLEŞMESİ<sup>171</sup>

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi 1966'da kabul edildi ve 1976'da yürürlüğe girdi. Sözleşme'nin 2. maddesi Sözleşme'ye taraf her devletin, mevcut kaynakların azamisini kullanarak, 'bu Sözleşme'de tanınan hakların tam olarak kullanılmasını tedricen sağlamak amacıyla' tedbirler almayı taahhüt edeceğini öngörmektedir. Diğer bir deyişle, söz konusu haklara ilişkin bağlayıcı nitelikte dolaysız bir hukuki yükümlülükten ziyade devletlerin iyi niyeti ve kaynaklarına bağlı olarak gelişen bir program tasavvur edilmektedir. Sözleşme'deki haklar; self determinasyon hakkı (1. madde), çalışma hakkı (6. ve 7. maddeler), sosyal güvenlik hakkı (9. madde), yeterli yaşam standardı hakkı (11. madde) ve eğitim hakkından (13. madde), kültürel yaşamda yer alma hakkı ve bilimsel ilerlemeler ve onun uygulamalarından yararlanma hakkına (15. madde) kadar çeşitli hakları içermektedir.

<sup>168</sup> Konsey'in üye dağılımı bölgesel temelde gerçekleşti; 13 üye Afrika grubu için, 13 üye Asya grubu için, 6 üye Doğu Avrupa grubu için, 8 üye Latin Amerika ve Karayip grubu için ve 7 üye de Batı Avrupa ve diğer grup için ayrılmıştı. Örneğin bkz., R. Freedman, *The United Nations Human Rights Council: A Critique and Early Assessment*, London, 2015.

<sup>169</sup> Örneğin bkz., F. J. Hampson, 'An Overview of the Reform of the UN Human Rights Machinery', *7 Human Rights Law Review*, 2007, s. 7.

<sup>170</sup> Konsey Haziran 2006'daki birinci toplantısında Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Herkesin Korunması Sözleşmesi ve Yerli Halkların Hakları BM Deklarasyonu'nu kabul etti. Genel olarak Konsey hakkında bkz., [www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx)

<sup>171</sup> Örneğin bkz., B. Saul ve D. Kinley, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases and Materials*, Oxford, 2014; M. Ssenyonjo, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2016; B. Saul, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Travaux Préparatoires*, Oxford, 2016; Craven, *Covenant ve Rehman, International Human Rights Law*, 6. Bölüm. Ayrıca bkz., M. Odello ve F. Seatzu, *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: The Law, Process and Practice*, London, 2012 ve *Economic, Social and Cultural Rights in International Law* (ed. E. Riedel, G. Giacca ve C. Golay), Oxford, 2014.

Sözleşme uyarınca sözleşmeye taraf olan devletler ECOSOC'a periyodik olarak rapor gönderme ile yükümlüydüler.<sup>172</sup> 1978'de taraf devletler arasından üç yıl için (yenilenebilir süreli) ECOSOC tarafından seçilen 15 üyeden oluşan bir Daimi Çalışma Grubu oluşturuldu. Grup yıllık olarak toplanıyor ve Konsey'e rapor veriyordu. Ancak başarılı değildi ve 1985'de bu kez bağımsız uzmanlardan oluşan 18 üyelik yeni bir komite kurulmasına karar verildi.<sup>173</sup> Nihayetinde 1987'de yeni kurulan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi faaliyetlerine başladı.<sup>174</sup> Ancak, özellikle belirtilmelidir ki, Irk Ayrımcılığı Komitesi, İnsan Hakları Komitesi ve İşkence Komitesi gibi komitelerden farklı olarak Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi otonom değildir ve taraf devletlere değil BM'nin bir ana organına karşı sorumludur.

Bu sözleşmenin uygulanması sözleşmede yer alan prensiplerin bazılarının muğlaklığı, hukuki metinlerin ve yargı kararlarının yeterince mevcut olmaması ve ekonomik, sosyal ve kültürel haklar konusunda birçok devletin kararsızlığı nedeniyle belli bazı güçlüklerle karşılaşmaktadır. İlave olarak, özellikle diğer alanlarla karşılaştırıldığında çok az hükümet dışı kuruluşun bu alana odaklanıyor olması göz önüne alınacak olursa, bu çerçevede konuyla ilgili ve tam bilgi elde etme hususundaki sorunlar öne çıkmaktadır.<sup>175</sup>

Komite ilk zamanlarda Cenevre'de yıllık olarak üç haftalık dönem için toplanıyordu, günümüzde ise yılda iki kez toplanmaktadır. Komitenin başlıca vazifesi, toplantı öncesi çalışma grubu tarafından hazırlanan sorular üzerinden devletlerin raporlarını incelemektir. Taraf devletlerden gelen raporların gecikmesi sorunu, tıpkı diğer insan hakları uygulama komitelerinde olduğu gibi burada da yaşanmaktadır. Ekonomik Haklar Komitesi altıncı toplantısında bu konuda bir karar aldı ve devletlerin uzun bir süre rapor vermediği durumlarda bu devletlerin durumlarının değerlendirilmesine izin veren ve böylece uymayan devletler üzerinde baskı uygulamaya yönelik oldukça değerli bir enstrüman sağlayan bir prosedür getirdi.<sup>176</sup> İhtiyaç hissedildiği durumlarda taraf devletlerden ek bilgi de istenebilmektedir.<sup>177</sup> Komite ayrıca 'Genel Yorumlar' da hazırlamaktadır, ki bunların uluslararası teknik yardımlar konusundaki ikincisi 1990'daki dördüncü toplantıda kabul edilmiştir.<sup>178</sup> 1991'de kabul edilen üçüncü genel yorum özel öneme sahiptir ve bu yorumda sözleşmenin kendisi teşvik edici ve istek uyandırıcı nitelikte görünüyor olmakla birlikte sözleşmeye taraf olan devletler üzerinde ivedi etkisi olan belirli yükümlülükler getirdiğinin altı çizilmiştir. Bunlar, ayrımcılık yapmamaya yönelik hükümleri ve ilgili devletin sözleşme yürürlüğe girdikten sonra makul ölçülerde kısa zaman içerisinde 'sözleşmede belirtilen yükümlülükleri karşılamak için mümkün olduğunca planlanmış, somut ve hedefe yönelik' adımlar atacağı yönündeki taahhütü içermektedir. Komite, ayrıca, kalkınma ve dolayısıyla da ekonomik, sosyal ve kültürel hakların uygulanması konusunda uluslararası işbirliğinin bütün devletler için bir yükümlülük olduğunu

<sup>172</sup> Bkz., Sözleşme'nin 16–22 maddeleri ve *UN Chronicle*, Temmuz 1982, ss. 68–70. Genel olarak uygulamaya ilişkin bkz., B. S. Ramcharan, 'Implementing the International Covenants on Human Rights' Ramcharan, *Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration*, s. 159; P. Alston, 'Out of the Abyss: The Challenge Confronting the New UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights', 9 HRQ, 1987, s. 332; P. Alston ve G. Quinn, 'The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', 9 HRQ, 1987, s. 156; P. Alston, 'The Committee on Economic, Social and Cultural Rights', Alston, *United Nations and Human Rights*, s. 473; B. Simma, 'The Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights', *The Implementation of Economic, Social and Cultural Rights* (ed. F. Matscher), Kehl am Rhein, 1991, s. 75, ve S. Leckie, 'The Committee on Economic, Social and Cultural Rights', Alston ve Crawford, *Future*, 6. Bölüm.

<sup>173</sup> Bkz., 1985/17 sayılı ECOSOC Kararı.

<sup>174</sup> Bkz., P. Alston ve B. Simma, 'First Session of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights', 81 AJIL, 1987, s. 747, ve 'Second Session of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights', 82 AJIL, 1988, s. 603. Genel olarak bkz., [www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx](http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx)

<sup>175</sup> Bkz., Alston, 'The Economic Rights Committee', s. 474.

<sup>176</sup> Örneğin bkz., E/C.12/1994/20, s. 18.

<sup>177</sup> *A.g.e.*, ss. 16–18.

<sup>178</sup> Bkz., HRI/GEN/Rev.1, s. 45.

da vurgulamıştır.<sup>179</sup> İlaveten, Komite ‘genel tartışma günü’ çerçevesinde belirli haklar konusunda genel tartışmalar düzenlemektedir.<sup>180</sup> Aralık 1998’de BM Genel Kurulu tarafından Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol kabul edilmiştir. Bu protokolda Komite’nin bireysel başvuruları ele alabilmesine imkan sağlandı ve Komite’ye bu usulü kabul eden devletlere yönelik olarak devletlerarası şikayetleri değerlendirme yetkisi verildi.<sup>181</sup> Komite aslında antlaşma ile kurulmamış olmasına rağmen, günümüzde artık BM’nin on adet insan hakları antlaşma organından biri olarak görülmektedir.

## BELİRLİ ANTLAŞMALAR ÇERÇEVESİNDE KURULMUŞ UZMAN KURULLARI<sup>182</sup>

Belli bazı antlaşmalar çerçevesinde birçok uzman komiteleri kurulmuştur. Bu uzman komiteleri BM’nin yardımcı organları değildir, fakat özerktir, bununla birlikte pratikte BM ile yakından bağlantılıdır, bu komitelere, örneğin, Cenevre’deki BM İnsan Hakları Merkezi aracılığıyla BM Sekreterliği tarafından destek verilir.<sup>183</sup> Bu komiteler “BM Antlaşma Organları” olarak adlandırılır.

## IRK AYRIMCILIĞININ ORTADAN KALDIRILMASI KOMİTESİ<sup>184</sup>

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 2. Kısmı uyarınca sözleşmeye taraf olan devletler tarafından seçilen ve şahsi yetkiye dayanarak görev yapan 18 uzmandan oluşan bir komite kurulmuştur.<sup>185</sup> Taraf devletler sözleşmenin hükümlerini yürürlüğe koymak için kabul edilen önlemlere ilişkin Komite’ye her iki yılda bir rapor vermeyi taahhüt etmiştir. Sözleşme uyarınca Komite de BM Genel Sekreterliği aracılığıyla Genel Kurul’a yıllık olarak rapor sunacaktı. Komite, taraf devletlerden alınan bilgiler ve raporların incelenmesine

<sup>179</sup> A.g.e., s. 48. Ayrıca genel yorum başlığı altında yeterli barınma hakkı (4 Nolu Genel Yorum – 1991), engelli kişilerin hakları (5 Nolu Genel Yorum – 1994), yaşlıların ekonomik, sosyal ve kültürel hakları (6 Nolu Genel Yorum – 1995), ekonomik, sosyal ve kültürel hakların eşit olarak uygulanması (16 Nolu Genel Yorum – 2005) ve çalışma ve sosyal güvenlik hakkı (18 Nolu Genel Yorum – 2005 ve 19 Nolu Genel Yorum – 2006) gündeme taşınmıştır. 21 Nolu Genel Yorum (2006)’da da kültürel hakları herkesin kullanabilmesi hakkı tartışılmıştır.

<sup>180</sup> Örneğin, 1993 Sonbaharındaki 9. Toplantıda Komite sağlık hakkını tartışmış (Bkz., E/1994/23, s. 56), Mayıs 1994’deki 10. Toplantısında ise ekonomik, sosyal ve kültürel hakların korunmasının bir aracı olarak sosyal güvenlik ağlarının rolü tartışılmıştır (Bkz., E/1995/22, s. 70). Komite’nin 2010’daki toplantısında ise cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkı tartışmaya konu olmuştur. Bkz., E/C.12/2010/SR.49 ve 50. Ayrıca genel olarak bkz., C. Dommen, ‘Building from a Solid Basis: The Fourth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights’, 8 NQHR, 1990, s. 199, ve C. Dommen ve M. C. Craven, ‘Making Way for Substance: The Fifth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights’, 9 NQHR, 1991, s. 93.

<sup>181</sup> A/63/435. İhtiyari Protokol 5 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe girdi.

<sup>182</sup> Örneğin bkz., Alston ve Crawford, *Future*, ve S. Lewis-Anthony ve M. Scheinin, ‘Treaty-Based Procedures for Making Human Rights Complaints Within the UN System’, Hannum, *Guide to International Human Rights Practice*, s. 43. Ayrıca bkz., M. O’Flaherty, *Human Rights and the UN: Practice Before the Treaty Bodies*, 2. Baskı, The Hague, 2002.

<sup>183</sup> Sekreterliğin yürüttüğü iki fonksiyonun (Sözleşme temelindeki politik faaliyetler ve uzmanlık faaliyetleri) yerine getirilmesindeki güçlükler göz önüne alındığında Sekreterlik ile bu bağ muğlak olarak tanımlanmıştır. Örneğin bkz., T. Opsahl, ‘The Human Rights Committee’, Alston, *United Nations and Human Rights*, ss. 367, 388.

<sup>184</sup> Örneğin bkz., P. Thornberry, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Oxford, 2016; M. Banton, ‘Decision-Taking in the Committee on the Elimination of Racial Discrimination’, Alston ve Crawford, *Future*, s. 55; K. J. Partsch, ‘The Committee on the Elimination of Racial Discrimination’, Alston, *United Nations and Human Rights*, s. 339; T. Meron, *Human Rights Law-Making in the United Nations*, Oxford, 1986, 1. Bölüm; K. Das, ‘The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination’, *The International Dimension of Human Rights* (ed. K. Vasak ve P. Alston), Paris, 1982, s. 307; Lerner, *UN Convention*, ve ‘Curbing Racial Discrimination – Fifteen Years CERD’, 13 *Israel Yearbook on Human Rights*, 1983, s. 170; M. R. Burrowes, ‘Implementing the UN Racial Convention – Some Procedural Aspects’, 7 *Australian YIL*, s. 236, ve T. Buergethal, ‘Implementing the UN Racial Convention’, 12 *Texas International Law Journal*, 1977, s. 187.

<sup>185</sup> Prosedür Kuralları kabul edilmiştir. Bkz., CERD/C/35/Rev. 3 (1986). Bu kurallar zaman zaman değişikliğe uğramıştır. Örneğin bkz., A/48/18, s. 137.

dayalı olarak öneriler ve genel tavsiyelerde bulunabilir ve bunlar taraf devletlerin yorumlarıyla birlikte Genel Kurul'a sunulur.<sup>186</sup> Komite ayrıca erken uyarı tedbirleri alabilir ve prosedürleri hızlandırabilir. Erken uyarı tedbirleri mevcut sorunların çatışmalara tırmanmasını engellemek içindir. İvedi prosedürler sözleşmenin ciddi ihlallerini önlemek ya da bu ihlallerin derecesini ve sayısını sınırlandırmak için acil dikkat gerektiren sorunlara cevap verme mahiyetindedir. Kararlar alınabilir ve açıklamalar yapılabilir. Bu tür işlemler yirmiden fazla taraf devlet ile ilgili olarak yapılmıştır. Komite prosedürle bağlantılı olarak saha ziyaretleri yapmış ve ilgili konuları Genel Sekreter, Güvenlik Konseyi ve diğer ilgili organların dikkatine sunmuştur.<sup>187</sup>

Komite, ayrıca, raporları çok geciken devletlere yönelik bir prosedür ortaya koymuştur. Bu prosedür çerçevesinde Komite, ilgili taraf devletin durumunu en son teslim ettiği rapor temelinde inceleyecektir.<sup>188</sup> İlk raporun olmaması durumunda Komite taraf devletçe BM'nin diğer organlarına sunulmuş bütün bilgileri, bu tür belgelerin de olmaması durumunda ise BM'nin organları tarafından hazırlanmış rapor ve bilgileri göz önüne alır. Komite, pratikte, ciddi olarak gecikmiş olan raporun ilk rapor ya da periyodik olarak sunulan bir rapor olup olmadığı farketmeksizin, diğer kaynaklardan (hükümet dışı kuruluşlar dahil) elde edilen ilgili bilgileri de her zaman dikkate alır.<sup>189</sup>

11. madde uyarınca bir taraf devlet diğer bir taraf devlete karşı şikayette bulunabilir ve bu durumda Komite şikayet konusunu çözmeye çalışacaktır. Eğer konu tam olarak çözümlenmemişse her iki taraf da konuyu Komite'ye geri getirebilir ve 12. madde uyarınca bir *ad hoc* Uzlaşma Komisyonu kurulabilir. Bu Komisyon anlaşmazlığın dostane çözümünü için münasip tavsiyeler içeren bir raporu Komite'ye sunar.<sup>190</sup> Devletlerin raporlarını ve birbirlerine yönelik şikayetlerini incelemenin yanı sıra Komite 14. madde uyarınca bireysel başvuruları da görüşebilir. Bununla birlikte, bu, şikayet edilen devletin Komite'nin bu tür görüşmeleri yapma ve değerlendirme yetkisini tanıyan bir bildirimde bulunmuş olmasına bağlıdır. Bir devlet tarafından bu tür bir bildirimde bulunmadıysa bu durumda Komite bu devlete karşı bir başvuruyu görüşme yetkisine sahip değildir.<sup>191</sup> Bu usul uyarınca gerçekleşen iletişim gizlidir ve Komite'ye tavsiyelerde bulunacak beş kişilik bir çalışma grubu Komite'ye yardımcı olabilir. Komite bireysel başvuruları görüşmeye 1984'de başladı ve günümüze kadar birçok önemli vaka tamamlanmıştır.<sup>192</sup>

Komite düzenli olarak yılda iki kez toplanır, sözleşmenin maddelerini yorumlar, kendisine sunulan raporları tartışır, kararlar alır<sup>193</sup>, genel tavsiyelerde bulunur<sup>194</sup>, taraf devletlerden daha fazla bilgi edinir ve de, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve UNESCO ile yakın işbirliği

<sup>186</sup> Sözleşme'nin 8. ve 9. maddeleri.

<sup>187</sup> A/48/18, 496–506. paragraflar. Örneğin 1993'de Komite eski Yugoslavya'daki olaylardan kaygı duyarak acil bir konu olarak Sözleşme'nin uygulanması hakkında ek bilgi istemiştir. Bkz., CERD/C/248/Add.1 (Federal Republic of Yugoslavia); CERD/C/249/Add.1 (Croatia) ve CERD/C/247/Add.1 (Bosnia and Herzegovina). Ayrıca bkz., CERD/C/65/DEC.1 (Darfur, 2004); CERD/C/66/DAR/Dec.2 (Darfur, 2005); CERD/C/DEC/1 (USA, 2006); ve CERD/C/DEC/SUR/5 (Suriname, 2006). Yeniden Gözden Geçirilmiş Tüzük 2007'de kabul edilmiştir. Bkz., A/62/18, Annexes, 3. Bölüm. Ayrıca bkz., A/69/18, para. 14 ve devamı.

<sup>188</sup> Örneğin bkz., A/48/18, s. 20. Komite 49. toplantısında, ilk raporları haddinden fazla, beş yıl ya da daha fazla, süreyle gecikmiş olan taraf devletlerin, ülkelerinde sözleşme hükümlerinin uygulanması hususunun incelenmesinin programa alınmasına karar verdi. Ayrıca bkz., A/69/18, para. 46 ve devamı.

<sup>189</sup> Örneğin bkz., A/57/18, s. 99.

<sup>190</sup> 13. madde.

<sup>191</sup> Bu hüküm 10. Deklarasyon üzerine 31 Aralık 1982 tarihinde yürürlüğe girdi.

<sup>192</sup> Bkz., örneğin, Komite'nin 48. Toplantısının raporu için bkz., A/48/18, 1994, ss. 105 ve 130, ve 60. ve 61. Toplantıları için bkz., A/57/18, s. 128. Ayrıca örneğin Sırbistan'da Çingelilere karşı yapılan ayrımcılığa ilişkin *Durmik v. Serbia and Montenegro* davası hakkında bkz., ERD/C/68/D/29/2003, 2006.

<sup>193</sup> Örneğin 19 Mart 1993 tarihinde Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (Sırbistan ve Karadağ) ve Hırvatistan hükümetlerinin Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin daha ayrıntılı bilgi vermelerini talep eden karar. Bkz., A/48/18, s. 112.

<sup>194</sup> Bkz., örneğin, önceki devletler Sözleşme'ye taraf ise halef devletlerin Sözleşme'nin yükümlülükleriyle 'bağlı olmaya devam ettiklerini' ilan etmeye teşvik eden Genel Tavsiye XXI (42); ayrımcılık yapılmamasına ilişkin Genel Tavsiye XIV (42) (A/48/18, ss. 113 vd.) ve kökene/soya dayalı ayrımcılığa ilişkin Genel Tavsiye XXIX (A/57/18, s. 111).

inde çalışır. Birçok devlet Komite çalışmalarının bir sonucu olarak yasal düzenlemeler yapmıştır. Komite'nin tarafsızlığı konusundaki sicili çok iyidir.<sup>195</sup> Komite ayrıca sözleşme konularıyla ilgili genel hususlarda vesayet altındaki bölgeler ve özerk olmayan bölgeler ile ilgilenen BM organlarına yapılan başvuruların ve raporların kopyalarını alır ve onlar hakkında yorumda bulunabilir.<sup>196</sup> Sözleşmedeki devlet raporları ve yıllık raporlar hakkındaki 9. maddenin iyi işlediği görünmektedir, çok sayıda rapor sunulmuş ve incelenmiştir, fakat yine de bazı devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmede ağır hareket ettiği gözlenmektedir.<sup>197</sup> Komite raporların şekline ilişkin devletler için bir kılavuz yayınlamıştır.<sup>198</sup> Komite taraf devletlerin raporlarını değerlendirme sürecini hızlandırmak için ülke raportörleri atanması uygulamasını kurumsallaştırmıştır. Bu ülke raportörlerinin görevi taraf devletlerin raporlarına ilişkin analizler hazırlamaktır.<sup>199</sup> Ayrıca Komite raporlaştırma sürecine yardımda bulunması için BM'den ek teknik yardım sağlanmasını da isteyebilir. Komite mali güçlüklerin, çalışmasını etkilemeye başladığı konusunda ciddi kaygılarını ifade etmiştir.<sup>200</sup>

## İNSAN HAKLARI KOMİTESİ<sup>201</sup>

Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 1966'da kabul edildi ve 1976 yılında da yürürlüğe girmiştir.<sup>202</sup> Sözleşmenin 2. maddesi uyarınca sözleşmeye taraf olan her devlet sözleşmede tanınan hakları kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı ve saygı göstermeyi taahhüt eder. Bu haklar açıkça bağlayıcı yükümlülükler olarak görülmektedir ve halkların self determinasyon hakkı (1. madde), yaşama hakkı (6. madde), işkence ve kölelik yasağı (7. ve 8. maddeler), kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı (9. madde), adil yargılanma hakkı (14. madde), din, vicdan ve düşünce özgürlüğü (18. madde), örgütlenme özgürlüğü (22. madde) ve azınlıklara mensup kişilerin kendi kültürlerini yaşama hakkını (27. madde) içermektedir.

Sözleşmenin 4. Bölümü çerçevesinde bir İnsan Hakları Komitesi kuruldu. Komite sözleşmeye taraf olan devletler tarafından dört yıllık bir dönem için seçilen 18 bağımsız ve uzman üyeden oluşur. Komite seçiminde üyeliğin coğrafi esasa göre eşit olarak dağılmasına ve farklı uygarlık türlerinin ve başlıca hukuk sistemlerinin temsiline dikkat edilir.<sup>203</sup> Komite

<sup>195</sup> Örneğin bkz., Lerner, *UN Convention*.

<sup>196</sup> 15. madde. Örneğin bkz., A/48/18, s. 107.

<sup>197</sup> Bkz., A/38/18, ss. 14–24. Örneğin, 1983'ün sonuna kadar Swaziland'a 4., 5., 6. ve 7. gecikmiş periyodik raporlarını göndermesi için 15 ihtarda bulunulmuştur. Bkz., *a.g.e.*, s. 21. Ayrıca bkz., A/44/18, ss. 10–16 ve A/69/18, para. 46 ve devamı.

<sup>198</sup> Bkz., CERD/C/70/Rev.1, 6 Aralık 1983.

<sup>199</sup> Örneğin bkz., A/44/18, 1990, s. 7 ve A/48/18, 1994, s. 149.

<sup>200</sup> A/44/18, s. 91.

<sup>201</sup> Örneğin bkz., Rehman, *International Human Rights Law*, 5. Bölüm; Joseph ve Castan, *International Covenant*; Nowak, *UN Covenant*; Steiner, Alston ve Goodman, *International Human Rights*, ss. 844 vd.; McGoldrick, *Human Rights Committee*; Opsahl, 'Human Rights Committee', s. 367; D. Fischer, 'Reporting under the Convention on Civil and Political Rights: The First Five Years of the Human Rights Committee', 76 AJIL, 1982, s. 142; Ramcharan, 'Implementing the International Covenants'; E. Schwelb, 'The International Measures of Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights and of the Optional Protocol', 12 *Texas International Law Review*, 1977, s. 141; M. Nowak, 'The Effectiveness of the International Covenant on Civil and Political Rights – Stock-taking after the First Eleven Sessions of the UN Human Rights Committee', 2 HRLJ, 1981, s. 168 ve 5 HRLJ, 1984, s. 199. Ayrıca bkz., M. Bossuyt, *Guide to the Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, The Hague, 1987; ve P. R. Gandhi, 'The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication', 57 BYIL, 1986, s. 201. Ayrıca genel olarak bkz., [www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx).

<sup>202</sup> Bkz., Rehman, *International Human Rights Law*, s. 83.

<sup>203</sup> Bkz., Sözleşmenin 28–32. maddeleri.



yılda üç kez toplanır (Cenevre ve New York'da) ve oybirliği ile karar alınır.<sup>204</sup> Sözleşme, temel olarak, taraf devletlerin sözleşmede tanınan hakları yürürlüğe koyma hususunda yaptıkları düzenlemeler hakkında bilgi vermeye dayalı raporlama sistemi yoluyla hayata geçirilir. İlgili devlet bakımından sözleşmenin yürürlüğe girmesini müteakip bir yıl içinde ilk raporlar verilir. Genel yönetmelik yayınlanmıştır.<sup>205</sup> Komite sonraki raporların beş yılda bir verilmesine karar vermiştir<sup>206</sup> ve 1983 yılında ikinci periyodik raporların ilkinin süresi gelmiştir. Raporlar (İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nce oluşturulan teamülü izleyerek) Komite tarafından ilgili devletin temsilcileriyle tartışılır.<sup>207</sup> Adı belirtilen sivil toplum kuruluşları da dahil olmak üzere, bilgiler bir çok kaynaktan elde edilmektedir. <sup>208</sup> Komite, ayrıca ilgili devletten ek bilgi de isteyebilir. Örneğin, Ekim 1992'de Komite, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (Sırbistan ve Karadağ), Hırvatistan ve Bosna Hersek hükümetlerinden, diğerlerine ilaveten, etnik temizlik ve keyfi öldürmeleri önlemek için alınan tedirlere ilişkin kısa bir rapor vermelerini isteyen bir karar aldı.<sup>209</sup> Bu raporlar hazırlandı ve ilgili devlet temsilcileriyle tartışıldı ve yorumlar yapıldı. Komite sonrasında usul kurallarında, uygun olduğu öngörülen herhangi bir zamanda rapor istenmesine izin veren bir değişikliği kabul etti.<sup>210</sup> Komite ayrıca eski bir taraf devletin toprakları içerisindeki halkların sözleşmenin güvenceleri hususunda hak sahibi olmaya devam edeceğini de not etti.<sup>211</sup> Taraf devletlerin birkaç rapor verme döneminde rapor sunmaması ya da Komite önüne çıkacağı zamanın tehir edilmesini istemede gecikmesi durumunda Komite ilgili devletin durumunu kendisinde mevcut olan veriler temelinde incelemeye devam edebilir.<sup>212</sup>

Sözleşmenin 40 (4). maddesi uyarınca Komite'ye 'uygun gördüğü genel yorumları' yapma yetkisi verilmiştir. Bazı tartışmalardan sonra 1980'de yorumlar sözleşmenin uygulanmasında devletler arası işbirliğini geliştirdiği, devletlerin raporlarının incelenmesinde Komite'nin deneyimini özetlediği ve rapor usulünün geliştirilmesi ve sözleşmenin uygulanmasına ilişkin konulara taraf devletlerin dikkatini çektiği takdirde bu tür yorumlar yapılmasına izin verilmesi hususunda uzlaşıya varıldı. Komite'nin amacı rapor veren her devlet ile yapıcı bir diyalog içine girmektir ve yorumlar belli bir ülkeye özgü olmayacaktır.<sup>213</sup> Ancak, Komite 1992 yılında her bir taraf devletin raporunun değerlendirilmesinin sonunda söz konusu ülkeye atıfta bulunan spesifik yorumların yapılabileceği ve bu tür yorumların Komite'nin

<sup>204</sup> Örneğin bkz., Nowak, 'Effectiveness', s. 169, 1981 3 HRLJ, 1982, s. 209 ve 1984, s. 202. Ayrıca bkz., A/36/40, Ek 7, Giriş; CCPR/C/21/Rev.1 ve A/44/40, s. 173.

<sup>205</sup> Bkz., 40. madde ve CCPR/C/5. Ek raporlar istenebilir. Bkz., prosedürün geçici kurallarının 70 (2). Kuralı, CCPR/C/3/Rev.1. Günümüzdeki durum için bkz., 2012 Prosedür Kuralları, CCPR/C/3/Rev.10.

<sup>206</sup> Bkz., CCPR/C/18; CCPR/C/19 ve CCPR/C/19/Rev.1. Ayrıca ana esaslara ilişkin bkz., CCPR/C/20. Zaire ve Dominik Cumhuriyeti gibi birçok devlet rapor hazırlanması hususunda ihmalkar davranmıştır. Gine'nin ilk raporu da Komite tarafından yeterli bilgi içermeyecek denli kısa olarak değerlendirilmiştir. Bkz., Nowak, 'Effectiveness', 1984, s. 200.

<sup>207</sup> Bkz., Buergenthal, 'Implementing', ss. 199–201, ve Fischer, 'Reporting', s. 145. 2009 yılında Komite, devletlere raporlamadan önce ilgili konuların bir listesini gönderme ve periyodik raporlar yerine devletlerin yazılı cevaplandırma şeklinde yeni bir rapor usulü benimsemiştir. Taraf devletin cevabı Sözleşme'nin 40. maddesinin amaçları bakımından rapor olarak kabul edilmektedir. CCPR/C/99/4, 2010 . Yakın tarihli bir örnek olarak Arjantin'e bkz., CCPR/C/ARG/QPR/5, 2014.

<sup>208</sup> Bu tür belgeler günümüzde artık Komite üyelerine bireysel olarak gayri resmi ulaştırılmaktan ziyade resmi olarak dağıtılabilmektedir. Bkz., McGoldrick, *Human Rights Committee*, s. liii.

<sup>209</sup> CCPR/C/SR/1178/Add.1.

<sup>210</sup> New Rule 66(2), bkz., CCPR/C/SR/1205/Add.1. İstisnai şartlarda Komite'nin toplantı halinde bulunmaması durumunda, Komite'nin üyelerine danışmak suretiyle Komite Başkanı aracılığıyla bir talepte bulunulabilir. Ayrıca bkz., S. Joseph, 'New Procedures Concerning the Human Rights Committee's Examination of State Reports', 13 NQHR, 1995, s. 5.

<sup>211</sup> Eski Yugoslavya'ya ilişkin bkz., CCPR/C/SR.1178/Add.1, ss. 2–3 ve CCPR/C/79/Add.14–16. SSCB'nin halefi olan devletlere ilişkin bkz., CCPR/C/79/Add.38 (Azerbaycan). Ayrıca bkz., I. Boerefijn, 'Towards a Strong System of Supervision', 17 HRQ, 1995, s. 766.

<sup>212</sup> Örneğin bkz., A/56/40, Cilt: 1, s. 25.

<sup>213</sup> CCPR/C/18.

memnuniyeti ve kaygılarını uygun bir şekilde dile getirebileceğine karar verdi.<sup>214</sup> Bu spesifik yorumlar ortak bir formattadır ve ‘öneriler ve tavsiyeler’ kadar raporun ‘pozitif yönleri’ne ve ‘kaygı duyulan başlıca konular’a da atıfta bulunur.<sup>215</sup> Ayrıca, Komite gecikmiş bir raporun gelmemesi durumunda sözleşmedeki hakların uygulanması hususunda taraf devlet tarafından yapılan düzenlemeleri raporun yokluğunda, fakat ilgili devletin temsilcilerinin önünde ve geçici sonuç gözlemlerini kabul ederek değerlendirme uygulamasını benimsedi.<sup>216</sup>

Komite ayrıca çeşitli ‘Genel Yorumlar’ da kabul etti.<sup>217</sup> Bu yorumlar genellikle ihtilafli değildir.<sup>218</sup> Örneğin, Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin kabul edilmesi süreci sonuna doğru yaklaşırken Nisan 1989’da Komite çocuk hakları hakkında bir Genel Yorum kabul etti. Bebek ölümlerinin azaltılması ve sömürünün önlenmesi ihtiyacı gibi ekonomik, sosyal ve kültürel önlemlerin önemini altını çizdi. İfade özgürlüğüne atıfta bulunuldu ve çocukların ırk, cinsiyet, din, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet veya doğum gibi herhangi bir duruma dayanarak ayrımcılık yapılmasına karşı korunması gerektiği belirtildi. Çocukların korunmasının güvence altına alınmasında sorumluluğun aile, toplum ve devlete düştüğü, ancak temel olarak ailenin sorumlu olduğu vurgulandı. Vatandaşlık elde etmenin her çocuğun hakkı olduğuna özel önem verilmesi gerekiyordu.<sup>219</sup>

Kasım 1989’da ayrımcılık yapmama konusunda önemli bir Genel Yorum kabul edildi. Ayrımcılık, sözleşmenin amaçları doğrultusunda şu şekilde anlaşılacaktır:

*“Bütün hak ve özgürlüklerin eşit ölçüde tanınmasını ve herkes tarafından kullanılmasını ya da bunlardan yararlanılmasını kaldırma veya zayıflatma amacına sahip olan ya da bu sonuçları doğuran ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir düşünce, ulusal ya da sosyal kökene, mülkiyet veya diğer bir duruma dayanarak her hangi bir ayırma, dışlama, kısıtlama ya da ayrıcalık tanıma”<sup>220</sup>*

Bununla beraber, her olayda aynı muamele istenilmedi. Sözleşmenin 6 (5). maddesi uyarınca ölüm cezası 18 yaşın altındaki kişilere ya da hamile kadınlara uygulanamazdı. Ayrıca, eşitlik prensibinin, sözleşme tarafından yasaklanan ayrımcılığın sürmesine neden olan ya da yardım eden koşulları azaltmak veya ortadan kaldırmak için bazen taraf devletlerin pozitif ayrımcılık yapmasını gerektirdiği de belirtildi. İlaveten, eğer farklılaştırma kriterleri mantıklı

<sup>214</sup> Bkz., A/47/40, s. 4.

<sup>215</sup> Örneğin bkz., Eylül 1992’de Kolombiya’ya (CCPR/C/79/Add.2); Nisan 1993’de Gine’ye (CCPR/C/79/Add.20); Kasım 1993’de Norveç’e (CCPR/C/79/Add.27); Kasım 1994’de Fas’a (CCPR/C/79/Add.44); Temmuz 1995’de Rusya Federasyonu’na (CCPR/C/79/Add.54); Kasım 1995’de Estonya’ya (CCPR/C/79/Add.59); Temmuz 1995’de Birleşik Krallık’a (CCPR/C/79/Add.55) ve Kasım 1995’de Hong Kong’a (CCPR/C/79/Add.57) ilişkin yorumlar. Eylül 1995’de Meksika Komite’nin Sonuç Yorumları’na kendi raporu üzerinden cevap verdi (CCPR/C/108).

<sup>216</sup> Bkz., 2012 Prosedür Kuralları’nın 70. Kuralı. Prosedürler, örneğin, Komite’nin 2005-6 raporunda belirtilmiştir. Bkz., A/61/40, 49 vd. paragraflar (2006).

<sup>217</sup> Örneğin bkz., T. Opsahl, ‘The General Comments of the Human Rights Committee’, *Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Berlin*, 1989, s. 273.

<sup>218</sup> 6. madde (yaşama hakkı) konusundaki yorumunda Komite, ‘nükleer silahların dizaynı, test edilmesi, üretimi, edinilmesi ve geliştirilmesi yaşama hakkına yönelik en büyük tehditler arasındadır’ ve ‘nükleer silahların üretimi, test edilmesi, edinilmesi, konuşlandırılması ve kullanımı yasaklanmalı ve insanlığa karşı suçlar olarak kabul edilmelidir’ şeklindeki görüşünü vurgulamıştır. Uluslararası Adalet Divanı 8 Temmuz 1996 tarihinde BM Genel Kurulu’nun talebi üzerine the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* konusunda bir İstişari Görüş vermiştir. Bu görüşte mahkeme bir kişinin keyfi olarak yaşamına son verilmemesi hakkının husumetler için de geçerli olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, belli bir can kaybının 6. maddenin hükümleri içerisinde keyfi olup olmadığı ilgili duruma bağlı olacaktır ve silahlı çatışmalarda uygulanan kurala referansla karar verilecektir ve Sözleşme’nin hükümlerinden sonuç çıkarılmayacaktır. ICJ Reports, 1996, 25. paragraf; 110 ILR, ss. 163, 190. halihazırda Komite yaşama hakkına dair yeni bir yorumu mülhaza etmektedir. <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/GC36-Article6Righthtolife.aspx>

<sup>219</sup> A/44/40, ss. 173-5.

<sup>220</sup> CCPR/C/21/Rev.1/Add.1, s. 3.

ve objektif ve farklılaştırmanın amacı sözleşmeye göre meşru olan bir hedefi başarmak ise her farklılaştırmanın ayrımcılık olmadığına işaret edildi.<sup>221</sup>

1994'de önemli iki Genel Yorum - Azınlıklar Hakkında Genel Yorum<sup>222</sup> ve Çekinceler Hakkında Genel Yorum<sup>223</sup> - kabul edildi. 1997'de Komite 26 sayılı Genel Yorumda sözleşmedeki hakların ilgili taraf devletin topraklarında yaşayan halk için geçerli olduğu ve uluslararası hukukun, sözleşmeyi onaylayan ya da taraf olan veya halefi olan bir devletin sözleşmeyi feshetmesine ya da ondan çekilmesine izin vermediğini ifade etti.<sup>224</sup> Komite 28 sayılı Genel Yorum'da ise Sözleşmenin 27. maddesi uyarınca azınlıklara mensup kişilerin kendi dilleri, kültürleri ve dinlerini hayata geçirme haklarının, her hangi bir devlet, grup ya da kişinin kadınların sözleşme tarafından sağlanan haklardan (hukuk önünde eşitlik hakkı da dahil) eşit olarak yararlanma hakkını ihlal etmeye cevaz vermeyeceğine işaret etmiştir.<sup>225</sup> Sözleşmenin 41. maddesi uyarınca taraf devletler Komite'nin devletler arası şikayetleri görüşmek hususundaki yetkisini tanıyabilir. Hem şikayetçi hem de şikayet edilen devletin bu tür bir bildirimde bulunmuş olması gerekir. Komite sorunu çözmeye çalışacaktır, eğer başarılı olamazsa 42. madde uyarınca tarafların rızasıyla bir *ad hoc* Uzlaşma Komisyonu atayabilecektir.<sup>226</sup>

İnsan Hakları Komitesi'nin yetkileri, onaylayan devletlere ilişkin, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi İhtiyari Protokol (1) ile Protokola taraf olan bir devlet tarafından sözleşmenin ihlal edildiğini iddia eden bireysel başvuruları kabul etme ve değerlendirme yetkisini içerecek şekilde genişletildi.<sup>227</sup> Bireyin bütün mevcut iç hukuk yollarını (makul sürenin dışında olmamak kaydıyla) tüketmiş olması ve aynı konunun diğer bir uluslararası prosedür çerçevesinde inceleme sürecinde olmaması gerekmektedir.<sup>228</sup> İhtiyari Protokol çerçevesindeki prosedür birkaç aşamaya ayrılmaktadır. Temel bilgilerin toplanması Genel Sekreterlik tarafından yapılır ve Komite'nin başvurular konusundaki Çalışma Grubu'nun önüne gelir. Bu grup bazı konularda, örneğin, başvuran ya da ilgili taraf devletten daha fazla bilgi istenip istenmeyeceği ve başvurunun kabul edilemez olarak ilan edilip edilmeyeceği hususunda önerilerde bulunur. Komite'nin önündeki usul kabul edilebilirlik aşaması ve esasa ilişkin aşama olmak üzere ikiye ayrılır. Komite tarafından ara kararlar verilebilir ve nihayetinde bir 'son görüş' taraflara iletilir.<sup>229</sup>

Bununla birlikte, İhtiyari Protokol'a taraf olanların sayısı arttıkça artan iş yükü güçlükler oluşturmaya başladı.<sup>230</sup> Komite 35. Toplantısında başvurulardaki artış ile ilgilenmek amacıyla

<sup>221</sup> *A.g.e.*, s. 4.

<sup>222</sup> HRI/GEN/1/Rev.1, 1995.

<sup>223</sup> CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.

<sup>224</sup> A/53/40, Ek 7.

<sup>225</sup> CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 2000. 2001'de kabul edilen 29 Nolu Genel Yorum sınırlanamaz hükümler meselesi ile ilgiliydi. Bkz., CCPR/C/21/Rev.1/Add.11. 32 Nolu Genel Yorum mahkeme önünde eşitlik ve adil yargılanma hakkı (CCPR/C/GC/32, 2007) ve 34 Nolu Genel Yorum da düşünce ve ifade özgürlüğüne (CCPR/C/GC/34, 2011) ve 35 No'lu Genel Yorum kişi özgürlüğü ve güvenliğine (CCPR/C/GC/35, 2014) ilişkindir.

<sup>226</sup> Devletler arası şikayet prosedürü bugüne kadar kullanılmamıştır.

<sup>227</sup> 1966'da imzalanmış ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Örneğin bkz., H. Steiner, 'Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Human Rights Committee?', Alston ve Crawford, *Future*, s. 15; P. R. Ghandi, *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication: Law and Practice*, Aldershot, 1998; A. de Zayas, H. Möller ve T. Opsahl, 'Application of the International Covenant on Civil and Political Rights under the Optional Protocol by the Human Rights Committee', 28 *German YIL*, 1985, s. 9, ve *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, New York, Cilt: 1, 1985 ve Cilt: 2, 1990. İki devlet (Jamaika ve Trinidad - Tobago) Protokolü feshettiğini duyurdu.

<sup>228</sup> 5. madde, İhtiyari Protokol.

<sup>229</sup> Bkz., Nowak, 'Effectiveness', 1980, ss. 153 vd., ve 1981 Report of Human Rights Committee, A/36/40, ss. 85-91.

<sup>230</sup> 2006'nun ortalarına kadar 1490 şikayette bulunulmuştu. Bunların 547'si hakkında 'son görüş' verildi, ki bunların da 429'unda bir ihlalin olduğu sonucuna varıldı, 449'unun kabul edilemeyecek nitelikte olduğu belirtildi, 218'i durduruldu ya da geri çekildi, geri kalan 276'sı ise henüz sonuçlanmadı. Report of the Committee for 2005-6, A/61/40, 89 (2006). paragraf. Özel Raportör geçici tedbir talepleri ile de ilgilenilebilir. Bkz., CCPR/C/110/3, 2014.

Komite'nin toplantıları arasında aldığı yeni başvuruları işleme tabi tutmak için bir özel raportör atamaya karar verdi. Özel raportör başvuruların kabul edilebilirliği hususuna ilişkin ilgili devlet ya da kişiden ek yazılı bilgi vermesini isteyebilirdi.<sup>231</sup> Komite ayrıca beş üyeli Başvuru Çalışma Grubu'nu oybirliği olması koşuluyla bir başvurunun kabul edilebilirliğini açıklayan bir karar alma hususunda yetkilendirdi.<sup>232</sup> Komite, 2005 Usül Kuralları'ndaki Kural 92 uyarınca koruma konusunda geçici tedbirler alabilir. Bu, temel olarak ölüm cezası alan ve infazı bekleyen kişiler tarafından ya da onlar adına yapılan başvurular ile bağlantılı olarak kullanıldı.<sup>233</sup> Örneğin başvurunun incelenmesini bekleyen *Ashby* davasında Trinidad ve Tobago'dan bu tür bir talepte bulunuldu, fakat bu istek sonuçsuz kaldı. İlgili kişinin infaz edilmesinden sonra, Komite taraf devletın geçici tedbir isteğine uymaması konusunda kızgınlığını açıklayan ve davanın incelenmesine devam edileceğini belirten bir karar aldı.<sup>234</sup> İlgili devletın Kural 92 uyarınca Komite'nin verdiği kararları tanımadığı bir durumda Komite'nin taraf devletın İhtiyari Protokol çerçevesindeki yükümlülüklerini ihlal etmiş olacağı sonucuna vardı.<sup>235</sup>

Öte yandan, Komite dosyaların esasına ilişkin bağlayıcı karar verme yetkisine sahip değildir. Nitekim, son görüşlerine uyulmaması durumunda İhtiyari Protokol ne bir icra mekanizması ne de yaptırım imkanı tanımaktadır, ancak bu tür sorunları gidermek için takip teknikleri geliştirilmektedir.<sup>236</sup>

Şu ana kadar çeşitli ilginç kararlar verilmiştir. İlk grup davalar Uruguay'a yönelik şikayetler hakkındaydı ve Komite Uruguay'ın sözleşmede tanınan hakları ihlal ettiğine hükmetti.<sup>237</sup> *Lovelace* vakasında<sup>238</sup> Komite Kanada'nın sözleşmede azınlıkların haklarını koruyan 27. maddeyi ihlal ettiği sonucuna vardı. Kanada hukuku yerli olmayan biriyle evli bir yerli kadının boşanmasına rağmen yerliler için ayrılan yerleşim bölgesine geri dönmesine izin vermiyordu ve bu karar sözleşme hükümlerine aykırı bulundu. *Mauritian Women* vakasında<sup>239</sup> konu Moritanyalı kadınların yabancı kocaları sınır dışı edilmeye maruz kalırken, Moritanyalı erkeklerin yabancı kadınlarının aynı muamele ile karşılaşmamaları hakkındaydı ve Komite bu durumu sözleşme haklarının ihlali olarak gördü.

Komite ayrıca sözleşme yükümlülüklerinin yurtdışında yaşayan vatandaşlara ilişkin taraf devletın diplomatik yetkililerinin kararlarını kapsadığını savundu.<sup>240</sup> *Robinson* vakasında<sup>241</sup>, Komite, başvuru tarafından tayin edilen avukatın yer almayı reddettiği bir durumda, idam cezası ile ilgili bir vakada etkin temsilin gerçekleşmesi için devletın kendisinin bir avukat atamasının gerekip gerekmediğini değerlendirmiştir. Komite idam cezası davalarında hukuki yardımın mevcut olması gerektiğinin çok açık olduğunu ve avukat bulunmamasının adil olmayan yargılamaya sebebiyet vereceğini vurgulamıştır.

<sup>231</sup> A/44/40, ss. 139–40. Ayrıca bkz., 2012 tarihli Prosedür Kuralları, 95 (3). Kural.

<sup>232</sup> 2012 tarihli Prosedür Kuralları, 95 (1). ve 97. Kural.

<sup>233</sup> Özellikle bkz., *Canepa v. Canada*, A/52/40, Cilt: 2, Ek 6, Kısım K. Ayrıca bkz., *Ruzmetov v. Uzbekistan*, A/61/40, Cilt: 2, s. 31 (2006) ve *Boucherf v. Algeria*, a.g.e., s. 312.

<sup>234</sup> A/49/40, ss. 70–1.

<sup>235</sup> Bkz., *Piandiong et al. v. The Philippines*, A/54/40, 420(b). paragraf.

<sup>236</sup> Ekim 1990'da Komite vakaları takip etmesi için bir özel raportör atadı. Bkz., CCPR/C/SR.1002, s. 8. Ayrıca bkz., 2012 tarihli Prosedür Kuralları'nın 101. Kuralı. 1994'de Komite izleme faaliyetlerinin gizli olmadığını vurgulayan prosedürün yeni bir kuralına (99. Kural) dayanarak yıllık basın açıklamaları yayınlamak dahil izleme faaliyetlerinin her tür tanıtımının yapılmasına karar verdi. Bkz., A/49/40, ss. 84–6. Ayrıca bkz., A/56/40, Cilt: 1, s. 131.

<sup>237</sup> Bu davalar şu kaynakta aktarıldı: 1 HRLJ, 1980, ss. 209 vd. Diğer davalar için bkz., 2 HRLJ, 1981, ss. 130 vd.; a.g.e., ss. 340 vd.; 3 HRLJ, 1982, s. 188; 4 HRLJ, 1983, ss. 185 vd. ve 5 HRLJ, 1984, ss. 191 vd. Ayrıca bkz., Annual Report of the Human Rights Committee (1988'den bugüne).

<sup>238</sup> 1981 Report of the Human Rights Committee, A/36/40, s. 166.

<sup>239</sup> A.g.e., s. 134.

<sup>240</sup> Örneğin bkz., *Waksman* davası, 1 HRLJ, 1980, s. 220 ve *Lichtensztejn* davası, 5 HRLJ, 1984, s. 207.

<sup>241</sup> A/44/40, s. 241 (1989).

Komite birkaç davada ölüm cezası konusu ile ilgilendi<sup>242</sup> ve bu tür bir cezanın yalnızca adil yargılanma hakkına uyularak uygulanabileceğini kaydetti.<sup>243</sup> Komite ayrıca ölüm cezası ile karşı karşıya olan bir kişinin ülkesine iade edilmesinin kişiyi adil yargılama hakkının ihlaline maruz bırakabileceği bir durumda geri iade eden devletin sözleşmeyi ihlal etmiş olacağı görüşünü benimsedi.<sup>244</sup> Komite gaz odasında infazın sözleşmenin 7. maddesindeki zalimane ve insanlıkdışı muamele yasağını ihlal ettiğini kaydetti.<sup>245</sup> *Vuolanne* vakasındaki konu ise, <sup>246</sup> sözleşmenin 9 (4). maddesindeki yargılama usulüne dair koruma önlemlerinin (ki bu sayede özgürlüğünden mahrum edilmiş bir kişinin mahkemeye başvurusuna izin veriliyor) askeri disiplin tutuklamasına tabi tutulup tutulmayacağı hakkındaydı. Komite koruma önlemlerinin uygulanacağı konusunda çok net olmuştur. Artan öneme sahip bir konu da, insan hakları antlaşmalarının ülkelerin sınırları dışında uygulanması meselesidir. Buradaki temel soru, belli bir insan hakları antlaşmasına taraf olan bir devletin, yurtdışında temsilcileri ya da organları aracılığıyla faaliyet yürüttüğü ya da sınırlarının ötesindeki bir bölgenin kontrolüne sahip olduğu bir durumda kendi topraklarının dışında söz konusu antlaşmayı uygulamakla yükümlü olup olmadığıdır. Komite mütemadiyen sözleşmenin bu tür durumlarda da (örneğin yurtdışında faaliyet yürüten devlet temsilcilerine ilişkin<sup>247</sup> ya da işgal altındaki bölgelerde İsrail'in yükümlülüklerine dair<sup>248</sup>) geçerli olduğu görüşünü ifade etmiştir.

Komite'nin halihazırda başarılı olduğu ve insan haklarının korunması alanında çok önemli bir rol oynadığı aşikardır.<sup>249</sup>

## KADINLARA KARŞI AYRIMCILIĞIN ORTADAN KALDIRILMASI KOMİTESİ

Kadının Statüsü Komisyonu 1946'da ECOSOC'un fonksiyonel komisyonlarından biri olarak kurulmuş ve hem standartların belirlenmesi hem de sonraki ilgili enstrümanların detaylı olarak hazırlanmasında bir rol oynamıştır.<sup>250</sup> 1979 yılındaki Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin 22. maddesi uyarınca Kadınlara

<sup>242</sup> Örneğin bkz., *Thompson v. St Vincent and the Grenadines*, A/56/40, Cilt: 2, Ek 10, Kısım H, 8.2. paragraf.

<sup>243</sup> Örneğin bkz., *Jamaika'ya karşı Berry, Hamilton, Grant, Currie ve Champagne* davaları, A/49/40, Cilt: 2, ss. 20, 37, 50, 73 ve 136.

<sup>244</sup> Bu konuda Kanada'dan ABD'ye geri iadeye ilişkin *Ng* vakasına bakınız. Komite bu tür bir riskin delilinin olmadığı sonucuna vardı. Bkz., A/49/40, Cilt: 2, s. 189.

<sup>245</sup> *A.g.e.*

<sup>246</sup> *A.g.e.*, s. 249.

<sup>247</sup> Örneğin bkz., *Lopez Burgos v. Uruguay*, case no. 52/79, 68 ILR, s. 29, ya da *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, case no. 56/79, 68 ILR, s. 41 (Brezilya ve Arjantin'de Uruguaylı devlet temsilcilerinin faaliyetlerine yönelik).

<sup>248</sup> Örneğin bkz., CCPR/C/79/Add.93, 10. paragraf ve CCPR/C/078/1SR, 11. paragraf (İsrail'in raporları hakkında gözlemler). Bu yaklaşım Uluslararası Adalet Divanı'nun *Construction of a Wall* davasında teyit edilmiştir. Bkz., ICJ Reports, 2004, ss. 136, 178-9; 129, ILR, ss. 37, 97-8.

<sup>249</sup> Ölüm cezasının kaldırılmasını amaçlayan ikinci ihtiyari protokol 1990'da kabul edildi. İnsan Hakları Komisyonu tarafından adil yargılanma ve çözüm yolu hakkına ilişkin Sözleşmeye ek üçüncü ihtiyari protokole ihtiyaç duyulup duyulmadığı değerlendirildi. Bkz., E/CN.4/Sub.2.1994/24, 1994/35 sayılı Alt Komisyon kararı ve 1994/107 sayılı Komisyon kararı.

<sup>250</sup> Bkz., 1/5 (1946), 2/11 (1946) ve 48 (IV) (1947) sayılı ECOSOC kararları. Ayrıca bkz., L. Reanda, 'The Commission on the Status of Women', Alston, *United Nations and Human Rights*, s. 265. Komisyonun yetkisi 1987/22 ve 1996/6 sayılı ECOSOC kararları ile değişikliğe uğradı. Ayrıca bireysel başvuru usulü de vardır, bu usule göre şikayetler, başvurular konusundaki çalışma grubu tarafından incelenir ve sonrasında da Komisyon'a rapor edilir, Komisyon da nihai olarak ECOSOC'a rapor sunar.

Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi kurulmuştur.<sup>251</sup> Bu sözleşme devletlerin raporları aracılığıyla uygulanmaktadır. Komite, dört yıllık bir dönem boyunca şahsi yetkiye dayanarak görev yapan 23 uzmandan oluşmaktadır. İlk düzenli toplantısını Ekim 1982’de yapmıştır ve BM Genel Kurulu’na ECOSOC aracılığıyla yıllık olarak rapor sunmaktadır.<sup>252</sup> Komite raporlama hakkında taraf devletlere danışmanlık yapmaktadır, böylece ilk raporların ayrıntılı ve kapsamlı olması, sonraki raporların da güncelleme şeklinde hazırlanması amaçlanmaktadır.<sup>253</sup> 1990’dan beri sonraki raporlar ilk olarak toplantı öncesi çalışma grubu tarafından incelenmektedir. Raporun tartışılmasını müteakip Komite son yorumları yapar. Devletlerin raporlarının görüşülmesine ek olarak raporda yer almak üzere tekliflerde ve genel tavsiyelerde bulunabilir.<sup>254</sup> 5 Nolu Genel Tavsiye taraf devletleri ‘kadınların eğitim, ekonomi, politika ve iş yaşamına entegrasyonunu geliştirmek için pozitif ayrımcılık, öncelikli muamele ya da kota sistemleri gibi geçici özel önlemleri’ daha çok kullanmaya çağırmıştır. 8 Nolu Genel Tavsiye taraf devletlerin kadınlara uluslararası düzeyde ayrımcılığa uğramaksızın erkeklerle eşit düzeyde hükümetlerini temsil etme imkanı sağlaması için daha çok önlemler alması gerektiğini öngörmüştür.<sup>255</sup> 12 Nolu Genel Tavsiye taraf devletlerin raporlarında kadınlara karşı şiddeti önlemek için alınan tedbirler hakkında bilgilere yer vermeleri, 14 Nolu Genel Tavsiye ise kadın sünneti uygulamasını ortadan kaldırmak için önlemler alınması çağrısında bulunmuştur. 1992’deki 19 Nolu Genel Tavsiye genel ve spesifik hükümleriyle uzun uzadıya kadına karşı şiddet sorunu, 21 Nolu Genel Tavsiye de evlilik ve aile ilişkilerinde eşitlik konusu üzerinde durmuştur.<sup>256</sup> Komite 1999’da kadın ve sağlık konusunda 24 Nolu Genel Tavsiye’yi yayınlamış, 2004’de de 25 Nolu Genel Tavsiye’de geçici özel tedbirleri ele almıştır.<sup>257</sup>

1997’den itibaren Komite yılda iki defa toplanmaktadır.<sup>258</sup> 1999’da kabul edilen ve Aralık 2000’de yürürlüğe giren bir İhtiyari Protokol iç çözüm yollarının tüketilmesi de dahil birtakım şartlar karşılandığı takdirde bireysel başvuru hakkına izin vermektedir. Ayrıca Protokol, sözleşmedeki hakların taraf devletçe ağır ve sistematik ihlallerine dair güvenilir bilgi alındığı durumlarda Komite’ye kadın hakları ihlallerine yönelik soruşturma başlatma

<sup>251</sup> Bu Komite 1981’de faaliyete başladı. Bkz., *Women’s Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law* (ed. A. Hellum ve H. S. Aasen), Cambridge, 2015; Rehman, *International Human Rights Law*, 15. Bölüm; R. Jacobson, ‘The Committee on the Elimination of Discrimination against Women’, *Alston, United Nations and Human Rights*, s. 444; A. Byrnes, ‘The “Other” Human Rights Body: The Work of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women’, *14 Yale Journal of International Law*, 1989, s. 1; R. Cook, ‘Women’s International Human Rights Law’, *15 HRQ*, 1993, s. 230; *Human Rights of Women* (ed. R. Cook), Philadelphia, 1994; M. Fraser ve A. Fraser, ‘Women’s Human Rights’, Herlin ve Hargrove, *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, s. 103; Steiner, Alston ve Goodman, *International Human Rights*, ss. 175 ve 541; J. Morsink, ‘Women’s Rights in the Universal Declaration’, *13 HRQ*, 1991, s. 229; H. Charlesworth ve C. Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, 2000, ve M. Bustelo, ‘The Committee on the Elimination of Discrimination against Women at the Crossroads’, Alston ve Crawford, *Future*, s. 79. Ayrıca bkz., <http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx>

<sup>252</sup> Bkz., Sözleşmenin 17–21. maddeleri ve Komite’nin ilk raporu, A/38/45.

<sup>253</sup> Bkz., CEDAW/C/7Rev.3. 2014 yılında Komite, gecikmiş periyodik raporları teslim etmek için basitleştirilmiş bir raporlama pilot usulü geliştirmiştir. <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ReportingProcedures.aspx> ve HRI/MC/2006/3 ve Corr. 1.

<sup>254</sup> 21. madde. 1997’den beri bir Komite üyesi tarafından hazırlanan taslak metnin tartışılması ve genel tavsiyeler konusuna ilişkin Komite, hükümet dışı organizasyonlar ve diğerleri arasındaki açık bir diyalog genel bir tavsiyede bulunma sürecinden önce gelmektedir.

<sup>255</sup> A/43/38 (1988).

<sup>256</sup> HRI/GEN/1/Rev.1, 1994, ss. 72 vd.

<sup>257</sup> HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, s. 282. 28 No’lu Genel Tavsiye Sözleşme çerçevesindeki ana yükümlülükler ile ilgiliydi (CEDAW/C/GC/28, 2010) 29 No’lu Genel Tavsiye ise evlilik, aile ilişkileri ve ayrılmanın ekonomik sonuçları ile ilgiliyordu (CEDAW/C/GC/29, 2013). 32 No’lu Genel Tavsiye kadınların mülteci statüsünün, iltica başvurusunun, vatandaşlığının ve vatansızlığının cinsiyetle alakalı boyutlarıyla (CEDAW/C/GC/32, 2014) ve 33 No’lu Genel Tavsiye kadınların adalete erişimiyle (CEDAW/C/GC/33, 2015) ilgilenebilir.

<sup>258</sup> Bununla birlikte Komite 2002’de birikmiş raporlarla ilgilenmek için istisnai olarak üç toplantı yaptı. 2005 ve 2006’da toplantı zamanını uzatmaya ilişkin 60/230 sayılı Genel Kurul kararı alındı.

imkanı sağlayan bir soruşturma usulü getirilmiştir.<sup>259</sup> Yakın dönemde kadın haklarının önemi daha çok tanınmaya başlamıştır. 1993'de kabul edilen Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı'nda kadınların insan hakları konusunun BM sistemi düzeyinde gündeme getirilmesi ve kadın haklarının BM organları ve mekanizmaları aracılığıyla düzenli ve sistematik olarak ele alınması gerektiği vurgulanmıştır.<sup>260</sup> Ayrıca, Genel Kurul Şubat 1994'de Kadınlara Karşı Şiddetin Ortadan Kaldırılması Deklarasyonu'nu yayınladı<sup>261</sup> ve Kadınlara Karşı Şiddet, Nedenleri ve Sonuçları konusunda bir özel raportör atamıştır.<sup>262</sup> Çocuk Hakları Komitesi de "kız çocukları" konusunu ve çocuk fuhuşu sorununu gündemine almıştır.<sup>263</sup>

## İŞKENCEYE KARŞI KOMİTE<sup>264</sup>

İşkence yasağı çeşitli insan hakları<sup>265</sup> ve insancıl hukuk antlaşmalarına<sup>266</sup> dahil edilmiştir ve uluslararası teamül hukukunun da parçası olmuştur. Nitekim günümüzde bir *jus*

<sup>259</sup> İhtiyari Protokol'un 8. maddesi. Daha önceki bir görüş için örneğin bkz., R. Cook, 'The Elimination of Sexual Apartheid: Prospects for the Fourth World Conference on Women', *ASIL Issue Papers on World Conferences*, Washington, 1995, ss. 48 vd.

<sup>260</sup> Bkz., 3. Bölüm, 3. Kısım, 32 ILM, 1993, s. 1678. Ayrıca bkz., the Beijing Conference 1995, Cook, 'Elimination of Sexual Apartheid'; the Beijing plus 5 process, bkz., 55/71 sayılı Genel Kurul kararı. 2000'de Genel Kurul Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu'nu uygulama yönündeki faaliyet ve teşebbüsler hakkında politik bir deklarasyon ve açıklama içeren S-23/3 sayılı kararı kabul etti. 1994'deki İnsan Hakları Antlaşmaları Organları Başkanları 5. Toplantısı'nda her antlaşma organının kendi yetki sınırları dahilinde kadınların insan haklarından yararlanmasını yakından takip etmesi konusunda mutabık kalındı. Antlaşma organlarının her biri bu konuyu düşünerek yönergelerini incelemek için adım attı. HRI/MC/1995/2. Bkz., İnsan Hakları Faaliyetleri ve Programlarında Cinsiyet Bakış Açılarının Entegrasyonuna İlişkin Rehber İlkeler Geliştirilmesine Dair Uzman Grubu Toplantısı Raporu, E/CN.4/1996/105, 1995. Bu rapor, diğer hususların yanında, insan hakları belgeleri ve standartlarında cinsiyet içerici bir dil kullanılması, cinsiyet ayrıştırılmış verilerin saptanması, toplanması ve kullanılması, insan hakları mekanizmalarının cinsiyete duyarlı olarak yorumlanması ve BM içinde kadınların insan haklarına dair sistem çapında koordinasyon ve işbirliğinin teşviki ve eğitimi yönünde çağrıda bulunmuştur.

<sup>261</sup> 48/104 sayılı karar. Bkz., 33 ILM, 1994, s. 1049. Haziran 1994'de Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması Hakkında Amerikan Sözleşmesi kabul edilmiştir. Bkz., *a.g.e.*, s. 1534. Ayrıca, Mart 1992'de Amerikan İnsan Hakları Komisyonu'nun Kadın Hakları konusundaki özel raportörü, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun Kadınlara Karşı Şiddet, Nedenleri ve Sonuçları konusundaki özel raportörü ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun Afrika'da Kadınların Hakları konusundaki özel raportörü tarafından kadınlara karşı şiddet ve ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik çağrıda bulunan bir ortak deklarasyon yayınlanmıştır. Bkz., [www.cidh.org/declaration.women.htm](http://www.cidh.org/declaration.women.htm).

<sup>262</sup> Bkz., E/CN.4/2003/75.

<sup>263</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>264</sup> Örneğin bkz., M. Nowak ve E. McArthur, *The UN Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford, 2008; A. Byrnes, 'The Committee Against Torture', Alston, *United Nations and Human Rights*, s. 509; R. Bank, 'Country-Oriented Procedures under the Convention against Torture: Towards a New Dynamism' Alston ve Crawford, *Future*, s. 145; Rehman, *International Human Rights Law*, 22. Bölüm; N. Rodley ve M. Pollard, *The Treatment of Prisoners under International Law*, 3. Baskı, Oxford, 2009; A. Boulesbaa, *The UN Convention on Torture and Prospects for Enforcement*, The Hague, 1999; M. Evans, 'Getting to Grips with Torture', 51 ICLQ, 2002, s. 365; J. Burgers ve H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture*, Boston, 1988; Meron, *Human Rights in International Law*, ss. 126-30, 165-6, 511-15; Z. Haquani, 'La Convention des Nations Unies Contre la Torture', 90 RGDIP, 1986, s. 127; N. Lerner, 'The UN Convention on Torture', 16 *Israel Yearbook on Human Rights*, 1986, s. 126, ve R. St J. Macdonald, 'International Prohibitions against Torture and other Forms of Similar Treatment or Punishment', *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1987, s. 385. Ayrıca genel olarak bkz., [www.ohchr.org/en/hrbodies/cat/pages/catindex.aspx](http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cat/pages/catindex.aspx).

<sup>265</sup> Bkz., İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 5. maddesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi, İnsan ve Halkların Hakları Afrika Sözleşmesi'nin 5. maddesi, İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi (1984), Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi (1987) ve İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Amerikan Sözleşmesi (1985).

<sup>266</sup> Örneğin bkz., 1949'daki dört Cenevre Kızılhaç Sözleşmesi ve 1977'deki iki ek protokol.

*cogens* (buyruk kural) kuralı olarak yerleşmiştir.<sup>267</sup> İşkenceye ilişkin konular İnsan Hakları Komitesi<sup>268</sup>, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi<sup>269</sup> ve Eski Yugoslavya Hakkında Uluslararası Ceza Mahkemesi<sup>270</sup> gibi bazı insan hakları organlarının önüne gelmiştir.

İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme 10 Aralık 1984 tarihinde imzalanmış ve 1987'de yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme, özellikle, 1975'de Genel Kurul tarafından yayınlanan İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Maruz Kalmaktan Herkesin Korunması Deklarasyonu'na dayanarak oluşturulmuştur.<sup>271</sup> Sözleşmeden önce kabul edilen diğer ilgili belgeler, Mahkumlara Yönelik Muamele İçin Standart Asgari Kurallar (1955), Kolluk Kuvvetleri Davranış Kuralları (5. Madde) (1979) ve Tıbbi Etik Prensipleri (1. ve 2. Prensipler) (1982) idi.<sup>272</sup>

İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 1. maddesinde işkence şöyle tanımlanmıştır:

*“Bir şahsa ya da bir üçüncü şahsa, bu şahsın ya da üçüncü şahsın işlediği ya da işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi ya da itiraf elde etmek için ya da ayırım gözetken herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin ya da bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki ya da rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki ya da manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, doğasında olan ya da arızı olarak husule gelen acı ve ızdırabı içermez.”*

Sözleşmeye taraf olan devletler; yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için tedbirler alma (2. madde), bir şahsı, işkenceye tabi tutulma tehlikesi olan bir ülkeye geri göndermeme (3. madde), işkencenin bir suç olmasını sağlama, işkence konusunda kendi yetkisini tesis etme (4. ve 5. maddeler)<sup>273</sup>, işkence ile suçlanan şahısları kovuşturma ya da geri iade etme (7. madde) ve işkence mağdurlarının zararının tazminini sağlama (14. madde) yükümlülüğü altındadır.

İşkenceye Karşı Komite, İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 2. Bölümü uyarınca 1984'de kurulmuş ve çalışmasına 1987'de başlamıştır. Komite 10 bağımsız uzmandan oluşmaktadır. Uluslararası insan hakları komitelerinin çoğalması ve gelişen uyumsuzlukların tehlikeleri hakkındaki ilginç bir yorum olarak, sözleşmenin 17 (2). maddesi, uzmanların tayininde, taraf devletlerin 'İnsan Hakları Komitesi'nin de üyeleri olan kişilerin tayin edilmesinin yararını hatırd tutmaları' gerektiğini öngörmektedir.

Komite devletlerin raporlarını kabul eder (19. madde), devletlerin birbirine yönelik şikayetlerini inceleme yetkisine sahiptir (21. madde) ve bireysel başvuruları görüşebilir (22. madde). Son iki durumda da ilgili devlet ya da devletlerin Komite'nin yetkisini kabul eden bir bildirimde bulunmuş olması gereklidir.<sup>274</sup> Sözleşmenin 20. maddesi eğer Komite bir taraf devletin topraklarında sistematik olarak işkence uygulandığı hususunda "güvenilir delil" elde etmiş ise ilgili devleti söz konusu delilin incelenmesinde işbirliği yapmaya

<sup>267</sup> Bkz., *Belgium v. Senegal*, ICJ Reports, 2012, 99. paragraf. Ayrıca bkz., *Ex parte Pinochet (No. 3)* [2000] 1 AC 147, 198; 119 ILR, s. 135; *Furundzija* davası, 121 ILR, ss. 213, 260-2 ve *Al-Adsani v. UK*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 21 Kasım 2001, 61. paragraf; 123 ILR, ss. 24, 41-2.

<sup>268</sup> Örneğin bkz., *Vuolanne v. Finland*, 265/87, 96 ILR, s. 649, ve genel olarak Joseph ve Castan, *International Covenant*, 9. Bölüm.

<sup>269</sup> Örneğin bkz., *Selmouni v. France*, 28 Temmuz 1999.

<sup>270</sup> Örneğin bkz., *Delalic* davası, IT-96-21, 16 Kasım 1998.

<sup>271</sup> 3452 (XXX) sayılı Genel Kurul kararı.

<sup>272</sup> Ayrıca 1989'da Genel Kurul tarafından Tutuklanan ya da Hapsedilen Kişilerin Korunması Hakkındaki Prensipler kabul edildi. Genel olarak bkz., *Human Rights: A Compilation of International Instruments*, United Nations, New York, Cilt: 1 (İlk Kısım), 1993, Bölüm H.

<sup>273</sup> Bu konuda Birleşik Krallık'daki durum için bkz., 1988 Ceza Yargılaması Kanunu'nun 134 ve 135. Bölümleri.

<sup>274</sup> Örneğin bkz., Komite'nin Bahar 2002 Raporu, A/57/44, s. 82.



davet edebileceğini belirtmektedir. Komite bir ya da daha fazla sayıda üyesini gizli bir soruşturma yapmak için atayabilir. Bunu yaparken ilgili devletin işbirliğini arayacaktır ve söz konusu devletin rızasıyla bu tür bir soruşturma o ülkeye ziyareti de içerebilecektir. Komite soruşturmanın bulgularını uygun yorumlar ve önerilerle birlikte söz konusu devlete iletacaktır. Bu noktaya kadar olan işlemler gizli olmak durumundadır, ancak Komite yıllık raporunda ilgili devlete danışarak sonuçların özetinin dahil edilmesine karar verebilir. Bu ek - ihtiyatla ifade edilecek olursa - yetki, Komite'ye önemli bir rol sağlayabilir.<sup>275</sup> Taraf devletlerin sözleşmenin imzalanması, onaylanması ya da ona katılma sırasında, tercih etmeleri durumunda, bu prosedürün dışında kalma hakları olduğu da kaydedilmelidir.<sup>276</sup>

Rapor prosedürünün uygulanması BM İnsan Hakları Komitesi'nin uygulamasına çok fazla benzemektedir.<sup>277</sup> Taraf devletler için yönergeler yayınlanmaktadır ve yapıcı bir diyalog tesis etmek amacıyla devlet temsilcileri ile görüşmeler yürütülmektedir. Diğer antlaşma organlarının yüz yüze geldiği çoğu sorun (örneğin raporların gecikmesi ve genel olarak da sözleşmenin uygulanmasına ilişkin sorunlar gibi) İşkenceye Karşı Komite'nin de karşısına çıkmaktadır. Komite ayrıca devletlerin raporları hakkında sonuç gözlemleri şeklinde yorumlar da yapabilir<sup>278</sup> ve genel değerlendirmeler yayınlatabilir.<sup>279</sup> 108 (1) kuralı uyarınca koruma amaçlı geçici tedbirlere başvurabilir ve bu konuda yeni şikayetler ve geçici tedbirler raportörler tarafından takip edilir.<sup>280</sup>

22. madde uyarınca Komite önüne gelen ilk üç dava, Arjantin mevzuatında yüksek askeri personelin 1976-1983 yılları arası işlenen işkence fiillerinin sorumluluğundan muaf tutulmasının kabul edilebilirliği ve bu mevzuatın İşkence Sözleşmesi'ne uygunluğu hakkındaydı.<sup>281</sup> Komite Mayıs 2002'de usul kurallarını değiştirmiş ve 22. madde uyarınca yapılan şikayetler hakkındaki kararların takibi için bir raportör pozisyonu oluşturmuştur.<sup>282</sup> Komite, başvuran kişinin işkenceye maruz kalma tehlikesinde olduğuna inanmak için yeterli delillerin olduğu bir durumda, söz konusu kişinin sözleşmeye taraf olan devletten işkence görebileceği devlete geri gönderilmesi ya da sınırdışı edilmesinin sözleşmenin 3. maddesinin ihlali olacağı görüşünü savunmuştur.<sup>283</sup> Ayrıca Komite işkence riskinin sadece bir varsayım ya da şüphenin ötesine geçen bulgular temelinde değerlendirilmesi gerektiğini de vurgulamıştır. İşkence riskinin yüksek ihtimal dahilinde olması yetmez, kişiye mahsus ve mevcut olması da gerekir. Komite ilgili devletçe verilen bulgulara önemli ölçüde ağırlık vermekle birlikte, bununla sınırlandırılmış değildir ve her bir davanın kendi koşullarından kaynaklanan gerçeklikleri bağımsız bir şekilde değerlendirme yetkisine sahiptir. Sözleşmenin 3. maddesinde getirilen yasağın mutlak nitelikte bir yasak olduğunun altı özellikle çizilmiştir.<sup>284</sup>

<sup>275</sup> Bu bağlamda, örneğin, Komite'nin Sri Lanka hakkındaki raporuna bakınız: A/57/44, s. 59 (2002). Ayrıca bkz., E. Zoller, 'Second Session of the UN Commission against Torture', 7 NQHR, 1989, s. 250.

<sup>276</sup> 28(1). madde. Örneğin bkz., A/57/44, s. 81.

<sup>277</sup> 1 Haziran 2012 itibarıyla Komite toplam 332 rapor aldı ve 312'sini inceledi, 291 gecikmiş periyodik rapor ve 29 da gecikmiş başlangıç raporu mevcuttu. Bkz., A/67/44, s. 7 (2012).

<sup>278</sup> Örneğin bkz., A/61/44, ss. 6 vd. (2006).

<sup>279</sup> Bugüne kadar sadece bir genel değerlendirme yayınlandı. Bu değerlendirme işkence korkusu için ciddi sebeplerin olduğu durumlarda sınır dışı etme hususunda 3. maddenin uygulanması hakkındaydı. Bkz., A/53/44, Ek 9.

<sup>280</sup> A.g.e., ss. 82-3. Ayrıca bkz., A/57/44, s. 219.

<sup>281</sup> OR, MM and MS v. *Argentina*, communications nos. 1-3/1988. 23 Kasım 1989. Bkz., 5 *Interights Bulletin*, 1990, s. 12. Komite, işkence fiillerinin önlenmesi ve cezalandırılması hususunda etkin tedbirlerin alınmasına yönelik bütün devletlerin sorumlu olduğuna dair genel bir uluslararası hukuk kuralı olduğunu belirtti. Bununla birlikte sözleşme, yürürlüğe giriş tarihinden (26 Haziran 1987) itibaren geçerliydi ve o tarihten önceki mevzuatın işleyişini kapsayacak şekilde geçmişe yönelik olarak uygulanamazdı. Bu yüzden başvurular kabul edilemez bulunmuştur. Komite, Arjantin'in işkence mağdurlarına ahlaki olarak tazminat ödeme yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte, ilgili devlet bakımından Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihten sonra ihlallerin etkilerinin devam etmesi ve bu ihlallerin Sözleşme'nin ihlalinin teşkil etmesi durumunda, konu ele alınabilmektedir. Örneğin bkz., AA v. *Azerbaijan*, A/61/44, ss. 255, 259 (2006). Ayrıca bkz., *Belgium v. Senegal*, ICJ Reports, 2012, ss. 422, 457-8.

<sup>282</sup> Örneğin bkz., A/61/44, s. 86 (2006).

<sup>283</sup> *Khan v. Canada*, CAT/C/13/D/15/1994.

<sup>284</sup> Bkz., *Dadar v. Canada*, A/61/44, ss. 233 vd. (2006).

Ayrıca, işkence şikayetlerinin mahkeme sürecinde yapılması durumunda bu şikayetlerin ayrı bir kovuşturmayla tabi olarak açıklığa kavuşturulmasının uygun olacağı belirtilmiştir.<sup>285</sup> Şikayetin mağdur olduğu iddia olunan kişi, ya da yakın bir akrabası veya yetkili temsilcisi tarafından yapılması ve sürecin başlaması için ilk olarak şikayetin kabul edilebilirliğinin açıklanması gerekir. Konu başka bir mahkemede görüşülüyor olmamalıdır, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması ve şikayetçinin 'temel düzeyde delillendirme'de bulunması gerekir.<sup>286</sup>

Önleme konusundaki yeni alt komite aracılığıyla Komite'ye nezarethanelerin düzenli olarak ziyaret edilmesi ve taraf devletlere tavsiyelerde bulunma imkanı sağlayan İhtiyari Protokol Aralık 1992'de Genel Kurul tarafından kabul edildi ve 2006'da da yürürlüğe girmiştir. Protokol çerçevesinde taraf devletlerin ulusal düzeyde işkencenin önlenmesi için bir 'ulusal önleyici organ' kurmaları gerekmektedir. Alt Komisyon ve ulusal önleyici organ tarafından sözleşmeye taraf olan devletin yetkisi ve kontrolü altındaki (insanların özgürlüklerinden mahrum olduğu ya da olabildiği) yerlere yapılan ziyaretlere sözkonusu devletin izin vermesi zorunludur.<sup>287</sup>

## ÇOCUK HAKLARI KOMİTESİ<sup>288</sup>

Çocuk Hakları Sözleşmesi 20 Kasım 1989 tarihinde Genel Kurul tarafından kabul edilmiştir.<sup>289</sup> Çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun çıkarlarının temel öneme sahip bir konu olduğu belirtilmektedir. Sözleşmede yaşam ve gelişme hakkı (6. madde), isim ve vatandaşlık hakkı (7. madde), ifade özgürlüğü hakkı (13. madde), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı (14. madde) ve sağlık hizmetlerinden en yüksek düzeyde yararlanma hakkı (24. madde) gibi çeşitli haklar öngörülmektedir.

Taraf devletler çocuğun bütün fiziki ve zihinsel şiddet türlerinden (19. madde), ekonomik sömürüden (32. madde) ve uyuşturucu kullanımından (33. madde) korunması için uygun tedbirlerin alınması konusunda mutabakata varmışlardır. Mülteci ve engelli çocuklara ilişkin özel hükümler mevcuttur. Ayrıca taraf devletler silahlı çatışma durumlarında uygulanan ve çocukları da kapsayan uluslararası insancıl hukuk kurallarına saygı gösterecekleri hususunda da anlaşmışlardır (38. madde). Bu hüküm İran-İrak Savaşı'nda çocukların kullanılmasına bir tepki olarak getirilmiştir.

<sup>285</sup> *Parot v. Spain*, CAT/C/14/D/6/1990.

<sup>286</sup> *RT v. Switzerland*, A/61/44, ss. 249, 253 (2006). Ayrıca bkz., Sözleşmenin 22. maddesi ve Prosedür Kurallarının 107(b) Kuralı.

<sup>287</sup> 57/199 sayılı Genel Kurul kararı. 1985 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu İşkenceye İlişkin Özel Raportör tayin etmiştir. Özel Raportör işkenceye dair ilgili hususları inceleyecek, bu hususlar hakkında inanılır ve güvenilir bilgi araştırarak ve edinecek, ve vakit geçirmeksizin bu bilgilere cevap verecektir. 1985/33 sayılı karar. Raportörün çalışması acil çağrılarını gönderilmesi ve artan sayıda ülke ziyaretini içermektedir. Raportöre İşkenceye Karşı Komite ile yakın işbirliği içinde çalışması direktifi verilmiştir. Örneğin bkz., E. Zoller, '46th Session of the United Nations Commission on Human Rights', 8(2) NQHR, 1990, ss. 140, 166.

<sup>288</sup> Örneğin bkz., *Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence* (ed. T. Liefarrd ve J. E. Doek), Heidelberg, 2014; *The Rights of the Child in a Changing World: 25 Years after the UN Convention on the Rights of the Child* (ed. O.C. Jančić), Heidelberg, 2015; T. Buck, *International Child Law*, 2. Baskı, Abingdon, 2011; G. Lansdown, 'The Reporting Procedures under the Convention on the Rights of the Child', Alston ve Crawford, *Future*, s. 113; Rehman, *International Human Rights Law*, 16. Bölüm; *Revisiting Children's Rights: 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child* (ed. D. Fottrell), The Hague, 2000; M. Santos Pais, 'The Convention on the Rights of the Child and the Work of the Committee', 26 *Israel Law Review*, 1992, s. 16, ve Santos Pais, 'Rights of Children and the Family', Herkin ve Hargrove, *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, s. 183. Ayrıca bkz., G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht, 1995, ve *The United Nations Convention on the Rights of the Child* (ed. S. Detrick), Dordrecht, 1992. Genel olarak bkz., <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>.

<sup>289</sup> Sözleşme 2 Eylül 1990'da yürürlüğe girdi. Ayrıca 1386 (VIX) sayılı Genel Kurul kararı (1959) ile kabul edilen Çocuk Hakları Deklarasyonu ve 31/169 sayılı karar ile 1979'un Uluslararası Çocuk Yılı olarak ilanını da not ediniz.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 43. maddesi bir komitenin kurulmasını öngörmektedir. 1991'de seçilen bu komite başlangıçta onsekiz bağımsız uzmandan oluşuyordu.-Komite devletlerin raporlarını görüşme yetkisine sahiptir (44. madde). Komite'nin kendisi de ECOSOC aracılığıyla Genel Kurul'a her iki yılda bir rapor sunar.

Komite, Genel Kurul'a Genel Sekreter'den Komite adına çocuk haklarına ilişkin belirli konularda incelemeler yaptırması isteğinde bulunulmasını tavsiye edebilir (ki bu, bu tür antlaşma organlarının fonksiyonları itibarıyla bir yeniliktir) ve öneriler ile genel tavsiyelerde bulunabilir (45. madde). Komite (tıpkı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi gibi) geçici usul kuralları Kural 79'e uygun olan belirli konular hakkında genel tartışmalar için zaman ayırır.<sup>290</sup>

Genel rapor sürecinin parçası olarak Komite ikinci toplantısında bir acil eylem prosedürünü kabul etmiştir. Bir devletin sözleşmeyi onaylaması, durumun ciddi olması ve daha fazla şiddet riskinin var olduğu durumlarda Komite o devlete 'diyalog ruhunda' bir mesaj gönderebilir ve ek bilgi isteyebilir ya da bir ziyaret önerebilir.<sup>291</sup> Dördüncü toplantısında Komite acil eylem prosedürünün etkili bir şekilde takip edilebileceği yollar ve araçları incelemek amacıyla bir çalışma grubu kurmuştur.<sup>292</sup>

Komite devletlerin raporlarına ilişkin bir dizi ana esas belirlemiştir.<sup>293</sup> Toplantı öncesinde bir çalışma grubu bu raporları inceler ve ilgili devlete gönderilen ve daha çok netleşmeye ihtiyacı olan konular listesi hazırlar.<sup>294</sup> Diğer rapor mekanizmalarında olduğu gibi Komite tarafından raporu incelenen devlet uygun toplantılara temsilcilerini göndermeye davet edilir. Süreç tamamlandıktan sonra Komite, Sonuç Gözlemleri'ni yayınlar, ki burada hem incelenen raporun olumlu yönleri hem de belirlenmiş sorunlar (öneri ve tavsiyeler ile birlikte) not edilir.<sup>295</sup> Raporun değerlendirilmesinde çeşitli takip tedbirleri mevcuttur, fakat bunlar genellikle daha fazla bilgi isteği yönündedir.<sup>296</sup> Komite ayrıca Genel Yorumlar yayınlar.<sup>297</sup> 2011'de Başvuru Prosedürleri Hakkında İhtiyari Protokol kabul edilmiştir. Bu protokol ile Komite sözleşmenin ya da onun önceki iki protokolünün ihlal edildiğini iddia eden kişi ya da kişilerden oluşan topluluklar tarafından yapılan başvuruları görüşmektedir ve ağır ve sistematik ihlaller için bir soruşturma mekanizması oluşturulmuştur.<sup>298</sup>

<sup>290</sup> CRC/C/4/Rev.4, 2015. Örneğin 1992 yılında ikinci toplantısında Komite, silahlı çatışmalarda çocuk konusunu görüşmüştür. A/49/41, ss. 94 vd. Bu görüşme, Genel Sekreter'in silahlı çatışmalarda çocukların korunmasına dair önlemleri araştırmasını talep eden Genel Kurul kararının çıkmasını sağlamıştır. Bkz., CRC/C/SR.72, s. 2 ve 48/157 sayılı karar. Bunun üzerine, Silahlı Çatışmalarda Çocukların Yer Almasına Dair İhtiyari Sözleşme kabul edilmiştir. 25 Mayıs 2000 tarihli ve 54/263 sayılı karar. Protokol 12 Şubat 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Silahlı çatışmalarda çocukların korunması konusuna 1993 tarihli Viyana deklarasyonu ve Eylem Planı tarafından da atıfta bulunulmuştur (Bölüm II, B, 4) Bkz., 32 ILM, 1993, s. 1680. Ayrıca bkz., G. Van Bueren, 'The International Legal Protection of Children in Armed Conflicts', 43 ICLQ, 1994, s. 809, ve M. Happold, *Child Soldiers in International Law*, Manchester, 2005. Dördüncü toplantısında çocuğun ekonomik olarak sömürülmesi sorunu tartışılmıştır. A/49/41, ss. 99 vd. Sekizinci toplantısında, 'kız-çocuklar' konusunda bir tartışma gerçekleşmiştir. CRC/C/38, s. 47. Bu tartışma Çocuğun Satılması, Çocuk Fahişeliği ve Pornosu Sorunu Hakkında İhtiyari Protokol'ün kabulünü sağlamıştır. Bkz., 20 Mayıs 2000 tarihli ve 54/263 sayılı Genel Kurul kararı. Protokol 18 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2016 yılında çocuk hakları ve çevre konusu tercih edilmiştir. <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/Discussion2016.aspx>

<sup>291</sup> Bkz., CRC/C/SR.42, s. 2 ve A/49/41, ss. 69-71.

<sup>292</sup> *A.g.e.*

<sup>293</sup> Bkz., CRC/C/5.

<sup>294</sup> Örneğin bkz., CRC/C/121, 2002.

<sup>295</sup> Örneğin bkz., A/49/41, ss. 20 vd.; CRC/C/38, ss. 10 vd. ve CRC/C/43, ss. 10 vd. Ayrıca bkz., CRC/C/121, 2002, ss. 8 vd.

<sup>296</sup> Örneğin bkz., CRC/C/27/Rev.3, 1995 (1995'in ortalarına kadar bu tür tedbirleri artarmaktadır).

<sup>297</sup> *A.g.e.*, s. 159 ('çocuk haklarının korunması ve teşvik edilmesinde ulusal insan hakları kuruluşlarının rolü' hakkında). 2007'de, Komite çocuk adalet sisteminde çocukların hakları hakkındaki 10 Nolu Genel Yorum'u kabul etti. 2014'te Komite, CEDAW ile birlikte zararlı uygulamalara dair 31 Nolu genel tavsiyeyi/genel yorumu kabul etmiştir. CRC/C/GC/14, [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11)

<sup>298</sup> Bu protokol, Nisan 2014'te yürürlüğe girmiştir. İlk dava aile çevresinden mahrum bırakılmış bulunan bir çocuğun yaşının belirlenmesi ile ilgiliydi, ancak kabul edilemez bulunmuştur. CRC/C/69/D/1/2014.

## GÖÇMEN İŞÇİLERİN KORUNMASI KOMİTESİ<sup>299</sup>

Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme Aralık 1990'da imzaya açılmış, Genel Kurul'da kabul edilmiş ve 1 Nisan 2003 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme göçmen işçiyi 'vatandaşlık bağı ile bağlı olmadığı bir devlette ücret ödenen bir faaliyette çalıştırılacak, çalıştırılmakta olan veya çalıştırılmış bulunan kişi' olarak tanımlamaktadır (2. madde). Bu kavram sınır işçilerini, mevsimlik işçileri, sahil açığındaki tesislerde çalışan işçileri ve belirli bir iş için istihdam edilen işçileri kapsamakta, ancak uluslararası organizasyonların çalışanları ya da devletin yurtdışındaki çalışanları, mülteciler, vatansızlar, öğrenciler ve istihdam sağlayan devlette ikamet etmelerine ve kazanç getirici bir faaliyette bulunmalarına müsaade edilmeyen gemi adamları ve sahil açığında kurulmuş tesislerde çalışan işçileri içermemektedir (3. madde).

Göçmen işçiler yargı organları önünde (18. madde), çalışma şartları (25. madde), sendikalara katılma özgürlüğü (26. madde), tıbbi tedavi (28. madde), çocukların eğitim imkanları (30. madde), kültürel kimliğine saygı (31. madde) gibi konularda ilgili devletin vatandaşlarının sahip oldukları haklara eşit şekilde sahip olacaklardır. Göçmen işçiler toplu sınırdışı edilme tedbirlerine maruz kalmaktan korunurlar (22. madde). Kayıtlı ve kurallara bağlı durumda bulunan göçmen işçiler ve aile fertlerinin diğer hakları da 4. Bölüm'de düzenlenmiştir.

Sözleşme on dört bağımsız uzmandan oluşan bir Komite'nin kurulmasını öngörmüştür (7. Bölüm). Taraf devletlerin sözleşme hükümlerini yürürlüğe koymak için aldıkları tedbirler hakkında rapor sunmaları gerekmektedir (73. madde). 76. maddede devletlerin birbirilerine karşı şikayetlerine dair bir prosedür öngörülmüştür, ancak bu, taraf devletlerin Komite'nin bu tür şikayetleri görüşme hususunda yetkili olduğunu açıkça beyan etmiş olması durumunda geçerlidir. 77. madde bu bağlamda Komite'nin yetkisini tanıyan bir beyanda bulunmuş devletlere ilişkin bireysel şikayet usulü de getirmiştir.<sup>300</sup>

## ENGELLİ BİREYLERİN HAKLARI KOMİTESİ<sup>301</sup>

Engelli Bireylerin Hakları Sözleşmesi Aralık 2006'da kabul edilmiş ve 3 Mayıs 2008 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme engelli kişilere karşı ayrımcılığın yasaklanması ve fırsat eşitliğini öngörmektedir. Taraf devletler, zararlı uygulamalar ve önyargularla mücadele etmek ve bilinçlenme yaratmak için acilen etkin ve uygun tedbirler alacaklardır (5-9. maddeler). Sözleşme uyarınca getirilen yükümlülükleri yürürlüğe koymak için alınan önlemler hakkında taraf devletlerce verilen raporları incelemek için on iki kişiden oluşan bir Komite kurulması öngörülmektedir (34-36. maddeler). 3 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe giren İhtiyari Protokol'e taraf olan devletler, bu Komite'nin sözleşmenin hükümlerinin ihlal edildiği yönündeki bireysel başvuruları görüşme yetkisi olduğunu kabul etmektedirler. Dahası, Komite bir taraf devletçe sözleşme haklarının ağır ve sistematik olarak ihlal edildiğini gösteren güvenilir bilgi elde ettiği durumlarda, ilgili devleti söz konusu bilgilerin incelenmesi ve buna yönelik değerlendirmelerinin sunulması için davet edebilir. Komite ayrıca gizli olarak da bir soruşturma başlatabilir. Bununla birlikte bir taraf devlet İhtiyari Protokol'un imzalanması ya da onaylanması sırasında Komite'nin soruşturma hususundaki yetkisini kabul etmediğini beyan edebilir.

<sup>299</sup> Örneğin bkz., *Migration and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights* (ed. P. de Guchteneire, A. Pecoud ve R. Cholewinski), Cambridge, 2009; Rehman, *International Human Rights Law*, 19. Bölüm; K. Samson, 'Human Rights Co-ordination within the UN System', Alston, *United Nations and Human Rights*, ss. 620, 641 vd.; S. Hune ve J. Niessen, 'Ratifying the UN Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects', 12 NQHR, 1994, s. 393, ve S. Hune ve J. Niessen, 'The First UN Convention on Migrant Workers', 9 NQHR, 1991, s. 133. Genel olarak bkz., <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CMW/Pages/CMWIndex.aspx>.

<sup>300</sup> Örneğin bkz., Komite'nin 2006-7 (A/62/48 (2007)) ve 2014-5 (A/70/48) Raporları. Madde 77 usulleri henüz yürürlükte değildir.

<sup>301</sup> Bkz., örneğin *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (ed. V. Della Fina, R. Cera ve G. Palmisano), Heidelberg, 2016; E. Flynn, *From Rhetoric to Action: Implementing the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Cambridge 2013; Rehman, *International Human Rights Law*, 17. Bölüm ve A. Lawson, 'The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities', 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2007, s. 563. Ayrıca genel olarak bkz., <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>. bu sözleşme bir bölgesel entegrasyon örgütü (Avrupa Birliği) tarafından onaylanacak olan ilk insan hakları antlaşmasıdır.

## ZORLA KAYIP EDİLMELER KOMİTESİ<sup>302</sup>

Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Herkesin Korunması Sözleşmesi Aralık 2006'da kabul edilmiş ve 23 Aralık 2010 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Zorla kayıp edilme, kişinin devlet görevlileri ya da devletin desteği ile veya devlet adına hareket eden kişiler tarafından özgürlüklerinden yoksun bırakılması ve söz konusu kişinin akıbeti hakkındaki bilgilerin gizlenmesi ya da özgürlüğünden mahrum bırakma durumunun kabul edilmemesi olarak tanımlanmaktadır. Sözleşme taraf devletlerin zorla kayıp edilmeyi bir ceza hukuku suçu olarak öngörmelerini gerektirmektedir (4. madde). Sözleşmede bu suç insanlığa karşı bir suç olarak ifade edilmiştir (5. madde). On kişilik Zorla Kayıp Edilmeler Komitesi'nin taraf devletlerin sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmek için aldığı önlemler hakkında verdikleri raporları incelemesi (29. madde) ve devletlerin birbirlerine karşı şikayetlerini (32. madde) ve bireysel başvuruları görüşmesi (31. madde) öngörülmektedir. Komite ayrıca acil eylem talebinde bulunulması üzerine, ilgili taraf devletten söz konusu şahsın yerinin bulunması ve korunması için geçici önlemlerin alınmasını isteyebilir (30. madde). Komite ciddi bir ihlal olduğunu gösteren güvenilir bilgi elde etmesi durumunda ilgili devlete danışarak bir ziyaret organize etmeye çalışabilir (33. madde). Dahası, Komite taraf devletin yetki alanı altındaki topraklarda zorla kayıp edilmelerin yaygın ve sistematik olarak görüldüğüne dair sağlam temele dayalı göstergeler içeren bilgi elde ettiği durumda, ilgili devletten bu hususta bilgi istedikten sonra, konuyu acilen Genel Sekreterlik aracılığıyla Genel Kurul'un dikkatine sunabilir (34. madde).

### Sonuçlar

Çoğu uluslararası insan hakları sözleşmeleri taraf devletlere - iç mevzuat ya da başka bir yolla - sözleşmede içerilen hükümlere ilişkin belirli önlemler almaları yükümlülüğü getirir.<sup>303</sup>

Ayrıca, yukarıda anlatılan dokuz antlaşma organının hepsi (ayrıca Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi) taraf devletlerin periyodik olarak raporlar hazırlamasını şart koşmaktadır.<sup>304</sup> Dokuz organ da bireysel başvuruları inceleme yetkisine sahiptir<sup>305</sup>, yedisi devletlerin birbirine karşı şikayetlerini değerlendirebilir<sup>306</sup>; altı organ ağır ve sistematik ihlal iddialarını inceleme yetkisine sahiptir.<sup>307</sup>

Komitelerin çoğalması hem kaynaklara ilişkin hem de uyumlu ilgili sorunlar doğurmaktadır.<sup>308</sup> Kaynak sorunu ciddi ve devam edegelen bir güçlüktür. Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı (1993) BM'nin insan hakları programı için kaynaklarda ciddi bir artışın gerekli olduğunu vurgulamış ve, özellikle de, bu bölümde anlatılan insan hakları organları ve komiteleri

<sup>302</sup> Bkz., M.L. Vermeulen, *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Intersentia, 2012; T. Scovazzi ve G. Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, The Hague, 2007; Rehman, *International Human Rights Law*, 23. Bölüm ve S. McCrory, 'The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance', *7 Human Rights Law Review*, 2007, s. 545. Ayrıca ilk iki toplantısının raporları için bkz., A/67/56 ve 2014-5 raporu, A/70/56. Genel olarak bkz., [www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/CEDIndex.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/CEDIndex.aspx).

<sup>303</sup> Örneğin bkz., Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (1966)'nin 2. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950)'nin 1. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969)'nin 1. ve 2. maddeleri, Soykırım Sözleşmesi (1948)'nin 5. maddesi, Irk Ayrımcılığı Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (1973)'nin 4. maddesi ve Kölelik Sözleşmesi (1926)'nin 3. maddesi.

<sup>304</sup> Ayrıca bkz., Irk Ayrımcılığı Sözleşmesi (1977)'nin 7. maddesi. Birkaç sözleşme, bilgilerin BM Genel Sekreterine ulaştırılmasını öngörmektedir. Örneğin bkz., Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme (1954)'nin 33. maddesi ve Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme (1951)'nin 35. ve 36. maddeleri.

<sup>305</sup> Bununla birlikte Çocuk Hakları Sözleşmesi Başvuruları Hakkındaki İhtiyari Protokol ve Göçmen İşçiler Sözleşmesi'nin 77. maddesi henüz yürürlüğe girmemiştir.

<sup>306</sup> İnsan Hakları Komitesi, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Göçmen İşçiler Komitesi, İşkenceye Karşı Komite, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Herkesin Korunması Komitesi ve Çocuk Hakları Komitesi (Ancak bu hüküm henüz yürürlüğe girmiş değildir).

<sup>307</sup> İşkenceye Karşı Komite, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, Engelli Kişilerin Hakları Komitesi, Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Herkesin Korunması Komitesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi ve Çocuk Hakları Komitesi (Ancak bu hüküm henüz yürürlüğe girmiş değildir). Ayrıca Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Herkesin Korunması Sözleşmesi çerçevesinde ziyaret yetkisi de vardır.

<sup>308</sup> Örneğin bkz., E. Tistouet, 'The Problem of Overlapping among Different Treaty Bodies', Alston ve Crawford, *Future*, s. 383.

için idari destek sağlayan BM İnsan Hakları Merkezi'ne yeterli fon ayrılması için çağrıda bulunmuştur.<sup>309</sup> Çeşitli insan hakları komiteleri de kaynak sorununa işaret etmişlerdir.<sup>310</sup> Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi ve İşkenceye Karşı Komite finans sistemlerini değiştirmişler, böylece Ocak 1994'den beri bu komiteler BM'nin düzenli bütçesi altında finanse edilmektedir.<sup>311</sup> Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Ekonomik ve Sosyal Konsey'den ek kaynak temin etmeye çalışmıştır.<sup>312</sup> Ancak, BM sistemi içerisinde insan hakları faaliyetlerinin mali olarak yeterince finanse edilmediği bir gerçeklik olarak ortadadır.

BM sistemi içerisinde artan sayıda insan hakları organının varlığı gözönüne alındığında bu organlar arasında ortaya çıkan uyum sorunu antlaşma organlarının başkanları arasında yıllık olarak yapılan toplantılar yoluyla kısmen giderilmeye çalışılmıştır.<sup>313</sup> Bu toplantılarda çeşitli konular tartışılmaktadır, ki bunlar devletlerin insan hakları antlaşmalarının tümünü onaylamalarının teşvik edilmesi, insan hakları antlaşmalarına yönelik yapılan çekinceler hakkındaki kaygılar<sup>314</sup>, halef devletlerin uluslararası insan hakları antlaşmaları çerçevesindeki yükümlülükler ile ayrı bir onay sürecine gerek olmaksızın bağımsızlıklarını ilan ettikleri günden itibaren otomatik olarak bağlı olması yönündeki çabalar<sup>315</sup>, yeni norm ve enstrümanların formülasyonu, insan hakları eğitiminin teşvik edilmesinden, geciken raporlar sorununun değerlendirilmesi<sup>316</sup> ve hükümet dışı organizasyonların rolüne<sup>317</sup> kadar çok farklı konuları içermektedir. Komiteler tarafından getirilen erken uyarı ve önleyici nitelikteki prosedürler hususundaki gelişmeler özellikle not edilmektedir.<sup>318</sup> Örneğin, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi 1994'den beri özel kaygıya neden olan taraf devletlerdeki insan hakları durumlarını acil prosedürler çerçevesinde inceleyebilmekte<sup>319</sup> ve İnsan Hakları Komitesi de taraf devletlerden özel acil raporlar vermesini isteyebilmektedir.<sup>320</sup>

İnsan hakları antlaşma organlarının güçlendirilmesine yönelik çabalar devam etmekte olan bir süreçtir.<sup>321</sup>

<sup>309</sup> Bkz., Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı, 2. Bölüm, A Kısmı, 32 ILM, 1993, ss. 1674-5.

<sup>310</sup> Örneğin bkz., İnsan Hakları Komitesi, A/49/44 ve İşkenceye Karşı Komite, A/50/44. Ayrıca antlaşma organlarının başkanlarının 6. Toplantısında Genel Sekreterlik tarafından sunulan rapor için bkz., HRI/MC/1995/2, s. 13.

<sup>311</sup> Bkz., 47/111 sayılı Genel Kurul kararı ve HRI/MC/1995/2, s. 14.

<sup>312</sup> A.g.e., s. 15.

<sup>313</sup> Bkz., 49/178 sayılı Genel Kurul kararı, 1994. Bu karar başkanların toplantıların yıllık olarak yapılması yönündeki tavsiyesini onaylamaktadır. Antlaşma organlarının başkanlarının ilk toplantısı 1984'de (Bkz., A/39/484) ikincisi de 1988'de (A/44/98) yapılmıştı. Ayrıca bkz., A/62/224 (2007). İnsan hakları antlaşmaları organlarının ilk komitelerarası toplantısı Eylül 2002'de gerçekleştirilmiştir. Bkz., HRI/ICM/2002/3. Ayrıca antlaşma organlarının çalışma yöntemleri hususunda bir uyum sağlanabilmesi için bir çalışma grubu oluşturulmuştur. Bkz., HRI/MC/2006/3 ve HRI/MC/2007/2.

<sup>314</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 15. Bölüm.

<sup>315</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 16. Bölüm.

<sup>316</sup> Örneğin, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi bir devletteki durumu incelemelerine imkan veren prosedür geliştirdiler. Diğer komiteler de gecikmiş raporların teslim edilmesini teşvik etmek için ilgili devletlerin yetkilileri ile görüşmeler düzenleme hususunda çabalarda bulundular. Bkz., HRI/MC/1995/2, s. 7.

<sup>317</sup> Örneğin bkz., HRI/MC/1995.

<sup>318</sup> İnsan hakları ihlallerinin önlenmesine yönelik çabalar hususunda antlaşma organlarının rolü vurgulanmıştır. Örneğin bkz., A/47/628, 44. Paragraf.

<sup>319</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>320</sup> Çocuk Hakları Komitesi'nin prosedürlerine ilişkin olarak yukarıya bakınız.

<sup>321</sup> BM Genel Sekreterliği, 'Daha Çok Özgürlük' başlıklı raporunda kolaylaştırıcı usullere olan ihtiyacın altını çizmiş ve raporlaştırma hususunda bir uyumun sağlanması çağrısında bulunmuştur. Bkz., A/59/2005 ve A/59/2005/Add.3. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği birleşmiş antlaşma organının oluşturulması önerisinde bulunmuştur. Bkz., Concept Paper on the Proposal for a Unified Standing Treaty Body, HRI/MC/2006/2, 2006. Bununla beraber, bu öneri kabul edilmemiştir. Haziran 2012'de Yüksek Komiserlik bu kez antlaşma organları sisteminin güçlendirilmesi hakkında bir rapor yayınlamıştır. N. Pillay, *Strengthening the United Nations Human Rights Treaty Body System*, Office for the UN High Commissioner of Human Rights, A/66/860, 2012. 2012'de Antlaşma organları sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını güçlendirmek amacıyla devletler arası yürütülen bir süreç başlatıldı ve BM Genel Kurulu başkanı tarafından İzlanda ve Endonezya büyükelçileri süreci yönetmek üzere ortak yönetici olarak atandı. Bkz., [www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRTD/Pages/TBStrengthening.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRTD/Pages/TBStrengthening.aspx). Ayrıca bkz. 68/268 (2014) sayılı Genel Kurul kararı ve BM Genel Sekreteri'nin antlaşma kurumları sistemine dair ilk iki yıllık raporu (A/71/118, 2016).

Birleşmiş Milletler Uzmanlık Kurumlarının da, özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü<sup>322</sup> ve UNESCO (Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu)<sup>323</sup>, insan hakları mekanizmalarına sahip bulunduğu ifade edilmelidir.

## İNSAN HAKLARININ BÖLGESEL DÜZEYDE KORUNMASI

### AVRUPA<sup>324</sup>

#### Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>325</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1949 yılında hükümetlerarası ve parlamentolararası işbirliğini cesaretlendirmek ve geliştirmek üzere bir Avrupa örgütü olarak kurulmuş bulunan Avrupa Konseyi çatısı altında faaliyet göstermektedir. Statü'nün 1. maddesinde yer aldığı üzere ana amaç ortak mirasları olan ilkeleri korumak ve gerçekleştirmek ve ekonomik ve sosyal ilerlemelerini kolaylaştırmak üzere üyeleri arasında daha güçlü bir birliğe ulaşmaktır. Avrupa Konseyi'nin 3. maddede sayılan ilkeleri arasında çoğulcu demokrasi, insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğü yer almaktadır. Konsey'in başlıca organları arasında üye devletlerin Dışişleri Bakanları'ndan oluşan Bakanlar Komitesi ile milli parlamentoların üyeleri arasından temsilcilerin bulunduğu Parlamenterler Meclisi ve bir sekreteryanın destek verdiği Genel

<sup>322</sup> Örneğin bkz., Weissbrodt, Fitzpatrick ve Newman, *International Human Rights*, 16. Bölüm; L. Betten, 'At its 75th Anniversary, the International Labour Organization Prepares Itself for an Active Future', 12 NQHR, 1994, s. 425; L. Swepston, 'Human Rights Complaints Procedures of the International Labour Organisation', Hannum, *Guide to International Human Rights Practice*, s. 89; V. Leary, 'Lessons from the Experience of the International Labour Organization', Alston, *United Nations and Human Rights*, s. 580; C. W. Jenks, 'Human Rights, Social Justice and Peace', *The International Protection of Human Rights* (ed. A. Schou ve A. Eide), Stockholm, 1968, s. 227, ve *Social Justice in the Law of Nations*, Oxford, 1970; E. A. Landy, *The Effectiveness of International Supervision: Thirty Years of ILO Experience*, New York, 1966, ve 'The Implementation Procedures of the International Labour Organization', 20 *Santa Clara Law Review*, 1980, s. 633; N. Valticos, 'The Role of the ILO: Present Action and Future Perspectives' Ramcharan, *Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration*, s. 211, *Le Droit International du Travail*, Paris, 1980, ve 'The International Labour Organization' *The International Dimensions of Human Rights* (ed. K. Vasak ve P. Alston), Paris, 1982, Cilt: 1, s. 363; F. Wolf, 'ILO Experience in Implementation of Human Rights', 10 *Journal of International Law and Economics*, 1975, s. 599; J. M. Servais, 'ILO Standards on Freedom of Association and Their Implementation', 123 *International Labour Review*, 1984, s. 765, ve Robertson ve Merrills, *Human Rights*, s. 282. Ayrıca bkz., H. K. Nielsen, 'The Concept of Discrimination in ILO Convention No. 111', 43 ICLQ, 1994, s. 827. Genel olarak bkz., [www.ilo.org/global/lang-en/index.htm](http://www.ilo.org/global/lang-en/index.htm).

<sup>323</sup> Örneğin bkz., S. Marks, 'The Complaints Procedure of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization' Hannum, *Guide to International Human Rights Practice*, s. 107; D. Weissbrodt ve R. Farley, 'The UNESCO Human Rights Procedure: An Evaluation', 16 HRQ, 1994, s. 391; P. Alston, 'UNESCO's Procedures for Dealing with Human Rights Violations', 20 *Santa Clara Law Review*, 1980, s. 665; H. S. Saba, 'UNESCO and Human Rights' Vasak ve Alston, *International Dimensions of Human Rights*, cilt II, s. 401; Robertson ve Merrills, *Human Rights*, s. 288, ve *UN Action*, ss. 308 ve 321. Genel olarak bkz., <http://en.unesco.org/>

<sup>324</sup> Genel olarak bkz., *Monitoring Human Rights in Europe* (ed. A. Bloed, L. Leicht, M. Nowak ve A. Rosas), Dordrecht, 1993 ve *Human Rights Monitoring Mechanisms of the Council of Europe* (ed. G. de Beco), London, 2011.

<sup>325</sup> Örnek olarak bkz., W. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015; Jacobs, *White and Ovey: The European Convention on Human Rights* (ed. B. Rainey, E. Wicks ve C. Ovey), 5. Baskı, Oxford, 2010; J. Rehman, *International Human Rights Law*, 2. Baskı, London, 2010; D. J. Harris, M. O'Boyle ve C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, (ed. D. J. Harris, M. O'Boyle, E. P. Bates ve C. M. Buckley), 3. Baskı, Cambridge, 2014; M. W. Janis, R. S. Kay ve A. W. Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials*, 3. Baskı, Oxford, 2008; S. Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006; G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007; F. Sudre, *Droit Européen et International des Droits de l'Homme*, 11. Baskı, Paris, 2012; *La Convention Européenne des Droits de l'Homme* (ed. P. Imbert, E. Decaux ve L. Pettiti), 2. Baskı, Paris, 1999; P. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 2. Baskı, Oxford, 2005; K. Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, London, 2011; P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof, A. Van Rijn ve L. Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Baskı, Antwerp, 2006; D. Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, London, 2011; E. Lambert, *Les Effets des Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Brussels, 1999 ve K. Starmer, *European Human Rights Law*, London, 1999. Ayrıca bkz., J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, 2. Baskı, Manchester, 1993 ve A. Drzemczewski, *The European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, 1983.

Sekreter bulunmaktadır. Halihazırda 47 üye devlet mevcuttur.<sup>326</sup> 1999'da Avrupa Konseyi insan hakları alanında eğitim ve farkındalığı arttırmak üzere Genel Sekreterlik içinde bir İnsan Hakları Komiserliği ofisi tesis etmiştir.<sup>327</sup> Komiserlik bu bağlamda görüşler yayınlamakta,<sup>328</sup> tavsiyelerde bulunmakta<sup>329</sup> ve ziyaretler yapabilmektedir.<sup>330</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış ve Eylül 1953'de yürürlüğe girmiştir.<sup>331</sup> Şu anda yürürlükte olan on dört Protokol ile birlikte Sözleşme, başlıca kişi haklarını ve siyasi haklardan pek çoğunu kapsamına almaktadır.<sup>332</sup> Sözleşme'nin başlangıç kısmında Avrupa devletlerinin aynı inancı ve ayrıca politik gelenekler, idealler, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaştıklarına dikkat çekilmektedir. Sözleşme'nin içinde yer alan haklar ve özgürlükler arasında yaşam hakkı (madde 2), işkence ve köleliğin yasaklanması (madde 3 ve 4), özgürlük ve kişi güvenliği hakkı (madde 5), adil yargılanma ve davanın kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkı (madde 6), geriye etkili cezai kanun çıkarma yasağı (madde 7), özel ve aile hayatına saygı hakkı (madde 8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (madde 9), ifade özgürlüğü (madde 10), toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (madde 11), evlenme ve aile kurma hakkı (madde 12), Sözleşme'de tanınmış hak ve özgürlüklerden birinin ihlali halinde milli bir merci önünde etkili bir yola başvuru hakkı (madde 13) ve Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından bir ayrımcılık gözetmeme kuralı (madde 14) bulunmaktadır. Buna ek olarak Sözleşme altında korunan temel haklara birkaç protokol ile yenileri eklenmiştir. Protokol No. 1 mülkiyet, eğitim ve gizli oyla serbest seçim haklarını korumaktadır. Protokol No. 4 borçtan dolayı hapis cezasını yasaklamakta ve serbest dolaşım ve ikametgahını seçme haklarını ve vatandaşın kendi ülkesine girme hakkını korumaktadır. Protokol No. 6 ile ölüm cezasının genel olarak kaldırılması öngörülmekteyken, Protokol No. 7 diğerlerinin yanı sıra bir devletin ülkesinde kurallara uygun olarak ikamet eden bir yabancıнын kanuna uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınır dışı edilemeyeceğini, bir suçtan mahkum edilen bir kişinin ilgili mahkumiyet veya ceza kararını daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkına sahip olduğunu ve hiç kimsenin önceden mahkum olduğu veya beraat ettiği bir suçtan dolayı yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamayacağı veya mahkum edilemeyeceğini öngörmektedir. Protokol No. 12 genel olarak ayrımcılığı yasaklamakta, Protokol No. 13 ise ölüm cezasının her durumda kaldırılmasını düzenlemektedir. Diğer uluslararası antlaşmalarda olduğu gibi Avrupa Sözleşmesi de kendisine taraf olan bütün devletlere hükümlerine saygı gösterme yükümlülüğünü getirmektedir. Bu bakımdan Sözleşme taraf devletlerin üstlendikleri yükümlülükleri iç hukuklarda tam olarak nasıl uygulayacaklarını

<sup>326</sup> Bkz., M. Bond, *The Council of Europe*, London, 2013. Genel olarak bkz., <http://www.coe.int/en/web/portal/home>

<sup>327</sup> Bakanlar Komitesi kararı (99) 50. Komiser bireysel başvuruları ele alamamakta ve Avrupa Konseyi insan hakları belgelerinin denetim organlarının yetkileri dışında kalan işlevleri yerine getirmektedir. Bu yapı içinde genel bir rapor sunma sistemi de mevcut değildir. Genel olarak bkz., <http://www.coe.int/en/web/commissioner/welcome;sessionid=330BBE558BF7A97EF6FC87E12C6F470C>

<sup>328</sup> Örnek olarak bkz., CommDH(2002)7, İngiltere'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5(1) maddesine yaptığı çekincenin bazı yönlerine ilişkin, Opinion 1/2002.

<sup>329</sup> Örnek olarak bkz., Avrupa Konseyi üyesi bir devlete girmek isteyen yabancıların hakları ve sınır dışı etme kararlarının uygulanmasına dair, Recommendations CommDH/Rec(2001)1 ve Rusya Federasyonu'nun Çeçen Cumhuriyeti'ndeki "temizlik" operasyonlarının ardından tutuklanan ve göz altına alınan kişilerin bazı haklarının güvence altına alınması zorunluluğuna ilişkin, CommDH/Rec(2002)1.

<sup>330</sup> Örnek olarak bkz., Çeçenistan dahil Rusya'ya yapılan ziyaret, Press Release 072a (2003).

<sup>331</sup> Avrupa Konseyi'nin kırk yedi üyesinin tamamı Sözleşme'yi onaylamıştır.

<sup>332</sup> Henüz yürürlükte olmayan Protokol No. 15 tamamlayıcılık (ikincillik) (*subsidiarite*) ilkesi ile takdir marjı doktrinine bir referans içermektedir. Protokol ayrıca bir yerel mahkemenin kararının ardından Mahkeme'ye yapılabilecek bir başvurunun tabi olduğu altı aylık zaman sınırlamasını dört aya indirmektedir. Yine henüz yürürlükte olmayan Protokol No. 16'da bir Taraf Devletin en yüksek derecedeki mahkemelerine Sözleşme ve protokollerde tanımlanmış haklar ve özgürlüklerin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin hukuki sorunlar hakkında Mahkeme'den istişari görüş isteme izni verilmektedir. Ekonomik ve sosyal haklar ise Avrupa Sosyal Şartı'nda düzenlenmektedir.



düzenlememekteyse de,<sup>333</sup> günümüzde Sözleşme artık bütün taraf devletlerin iç hukuklarının bir parçası haline getirilmiştir.<sup>334</sup> Bu açıdan vurgulanmış olduğu üzere:

*“Klasik nitelikteki uluslararası antlaşmaların aksine Sözleşme, sözleşmeciler devletler arasında sadece karşılıklı taahhütlerden daha fazlasını ihtiva etmektedir. Karşılıklı ve iki taraflı bir taahhütler ağından başka, başlangıç kısmının ifadesiyle ‘bir ortak güvence’den faydalanan objektif yükümlülükler oluşturmaktadır.”<sup>335</sup>*

Buna ek olarak Sözleşme’nin yorumlanması açısından da daha amaçsal ve esnek bir yaklaşım benimsenmiştir.<sup>336</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Sözleşme’nin güncel koşullar ışığında yaşayan bir belge olarak yorumlanması gerektiği vurgulanmış olup, bu yaklaşım yalnızca Sözleşme tarafından korunan temel haklara değil ayrıca Sözleşme’nin uygulama mekanizmasının işleyişini düzenleyen hükümlere de tatbik edilmektedir.<sup>337</sup> Bunun yanında Mahkeme bireylerin korunmasına yönelik bir belge olarak Sözleşme’nin konu ve amacının, hükümlerinin içerdiği güvencelerin daha pratik ve etkin hale getirecek şekilde yorumlanması ve uygulanmasını gerekli kıldığına dikkat çekmiştir.<sup>338</sup> Sözleşme’nin ayrıca mümkün olduğu kadarıyla uluslararası hukukun diğer prensipleri ile uyumlu olacak şekilde yorumlanması gerekmektedir.<sup>339</sup> Bununla beraber Sözleşme’nin ‘Avrupa kamu düzeninin (“*ordre public*”) anayasal belgesi’ niteliğinde olduğu vurgulanmıştır.<sup>340</sup>

Sözleşme esas olarak sözleşmeciler devletlerin ülkesi içinde uygulanırsa da, sınırdışı uygulamaya konusuna da değinilmiştir. Mahkeme vermiş olduğu kararlarda 1. maddede yer alan “yetki” kavramının sınırdışı da uygulanma ihtimalini, bir kişinin sözleşmeciler devlet tarafından taraf olmayan bir devletin ülkesine hukuka aykırı olarak gönderilmesi<sup>341</sup> ve ister milli sınırlar içinde veya ister dışında icra edilmiş olsun bir sözleşmeciler devletin yetkililerinin eylemlerinin devletin kendi ülkesi dışında etkiler doğurması durumlarını da içerecek şekilde yorumlamıştır.<sup>342</sup> Ayrıca Mahkeme *Loizidou v. Turkey* davasında önemli bir adım atarak, bir sözleşmeciler devletin ihallerden kaynaklanan sorumluluğunun kendi milli sınırları dışındaki bir alanda, kendi yetkilileri veya ona bağlı yerel idarenin eylemleri vasıtasıyla bir etkin kontrol veya ‘etkin genel kontrol’ icra etmesi halinde de, bu kontrolün meşruiyetine bakılmaksızın, ortaya çıkabileceğini vurgulamıştır.<sup>343</sup> Bu hususa Mahkeme tarafından bir sözleşmeciler devletin sınırdışı yetki kullandığının tanınmasına ilişkin hallerin istisna teşkil ettiği ve Sözleşme’nin yetki kavramının esas olarak

<sup>333</sup> Örnek olarak bkz., *Swedish Engine Drivers’ Union* davası, Series A, cilt 20, 1976, s. 18; 58 ILR, ss. 19, 36. Ayrıca bkz., *Belgian Linguistics* davası, Series A, cilt 6, 1968, s. 35; 45 ILR, ss. 136, 165.

<sup>334</sup> İngiltere Sözleşme’yi 1998 İnsan Hakları Kanunu ile iç hukukuna aktarmıştır. Örnek olarak bkz., J. Polakiewicz ve V. Jacob-Foltzer, ‘The European Human Rights Convention in Domestic Law’, 12 HRLJ, 1991, ss. 65 vd.

<sup>335</sup> Bkz., Madde 1 ve *Ireland v. UK*, Series A, cilt 25, 1978, ss. 90–1; 58 ILR, ss. 188, 290–1. Ayrıca bkz., *Loizidou v. Turkey*, Series A, cilt 310, 1995, ss. 22–3; 103 ILR, s. 622.

<sup>336</sup> Örnek olarak bkz., *Tyrrer* davası, Series A, cilt 26, 1978; 58 ILR, s. 339, ve ayrıca bkz., *Marckx* davası, Series A, cilt 31, 1979; 58 ILR, s. 561, gerçi bu esneklik yeni haklar veya yetkiler oluşturacak ölçüde değildir. Bkz., *Johnston v. Ireland*, 18 Aralık 1986 ve *Bankovic v. Belgium*, 12 Aralık 2001, 123 ILR, s. 94. Ayrıca bkz., aşağıda 15. Bölüm.

<sup>337</sup> Bkz., *Loizidou v. Turkey*, Series A, cilt 310, 1995, s. 23; 103 ILR, s. 622.

<sup>338</sup> Bkz., *Soering v. UK*, Series A, cilt 161, 1989, s. 34; 98 ILR, s. 270; *Artico v. Italy*, Series A, cilt 37, s. 16 ve *Loizidou v. Turkey*, Series A, cilt 310, s. 23; 103 ILR, s. 622.

<sup>339</sup> Bkz., *Al-Adsani v. UK*, 21 Kasım 2001, paragraf 60; 123 ILR, s. 41.

<sup>340</sup> *Loizidou v. Turkey*, Series A, cilt 310, ss. 24 ve 27; 103 ILR, s. 622.

<sup>341</sup> Örnek olarak bkz., *Soering v. UK*, Series A, cilt 161, 1989, ss. 35–6. Ayrıca bkz., M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, 2013.

<sup>342</sup> Örnek olarak bkz., *Drozd and Janousek v. France and Spain*, Series A, cilt 240, 1992, s. 29. Ayrıca bkz., *Issa v. Turkey*, Judgment of 30 May 2000, ve *Öcalan v. Turkey*, 14 Aralık 2000.

<sup>343</sup> Series A, cilt 310, s. 20; 103 ILR, s. 622. Ayrıca bkz., *Cyprus v. Turkey*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10 Mayıs 2001, paragraf 75 vd.; 120 ILR, s. 10.

ülkesel olduğunun ifade edildiği *Bankovic v. Belgium* davasında tekrar vurgu yapılmıştır.<sup>344</sup> Bu konuya ilişkin prensipler *Ilascu v. Moldova and Russia* davasında yeniden tasdik edilmiş olup, Mahkeme yetkinin birincil olarak ülkesel olduğunu vurgularken, bir devletin ülkesinin orayı etkin olarak kontrol eden bir başka devletin silahlı güçleri tarafından askeri işgale uğraması veya savaş eylemleri, isyan ya da ilgili devletin ülkesi içinde ayrılıkçı bir devletin kurulmasına destek veren yabancı bir devletin eylemleri nedeniyle devletin kendi ülkesinin bir kısmında otoritesini kullanmaktan alıkoymadığı haller gibi istisnai durumlarda, ilgili devletin Sözleşme ihlallerinden sorumlu tutulmayabileceğine dikkat çekilmiştir.<sup>345</sup> Ancak bir devletin sorumluluğu, meşru olsun veya olmasın bir askeri eylem sonucunda, kendi ülkesinin dışında bulunan bir yerde pratikte etkin kontrol icra ettiği hallerde de devreye girebilecektir. Bu açıdan bir alanın genel olarak kontrol altına alınması yeterlidir ve devletin sorumluluğu yalnızca kendi askerleri ve görevlilerinin eylemlerini değil, ayrıca onun askeri veya diğer bir şekilde desteği sayesinde orada varolabilen yerel idarenin eylemlerini de kapsayacaktır.<sup>346</sup>

*Issa* davası üzerine inşa edilen *Al-Skeini v. UK* davasında<sup>347</sup> Mahkeme sınırdışına ilişkin (istisnai olan) yetkinin yalnızca yabancı ülke üzerinde kullanılan etkin kontrolden değil,<sup>348</sup> ayrıca devlet görevlileri ve ajanlarının sınırdışı faaliyetlerinden de kaynaklanabileceğini açıklamıştır. Bu açıdan 'bir Devletin kendi ülkesi dışında faaliyette bulunan yetkilileri tarafından kuvvet kullanılması suretiyle bir kişinin Devletin otoritelerinin kontrolü altına getirilmesinin, o kişiyi Devletin Madde 1'deki yetkisi içine taşıyacağı' ve 'bir Devletin ajanları vasıtasıyla bir kişi üzerinde kontrol ve otorite, dolayısıyla yetki, kullanması halinde, bu Devletin Madde 1 uyarınca o kişinin durumu açısından Sözleşme'nin I. Bölümü altındaki hakları ve özgürlüklerini güvenceye alma yükümlülüğü olduğu' belirtilmiştir.<sup>349</sup> Dolayısıyla Güney Doğu Irak'ta güvenliğin sürdürülmesi yetki ve sorumluluğunu üstlenmiş olan İngiltere'nin ilgili tarihte Basra'da güvenlik operasyonları yapan askerlerinin 'bu güvenlik operasyonları sırasında öldürülen kişiler üzerinde, ölenler ile İngiltere arasında Sözleşme'nin 1. maddesinin amaçları bakımından bir yetkisel bağlantı kuracak şekilde, otorite ve kontrol icra ettikleri' kabul edilmiştir.<sup>350</sup> Bu yaklaşım Irak'taki daha önceki eylemlere ilişkin olan *Hassan v UK* davasında da teyid edilmiştir.<sup>351</sup> Bu davada ortaya çıkan daha ileri bir husus sözleşmecî devletin birimlerinin işgal eden güç olmadıkları bir ülkede faaliyet gösterdikleri durumda fiziki güçten ve kontrolden doğan yetkinin aktif husumet aşamasında uygulanamayacağı ve bu durumda, bunun yerine, devletin eyleminin uluslararası insancıl hukukun gereklerine tabi olacağı argümanının mahkeme tarafından reddedilmiş olmasıdır. Bunun yerine, mahkeme Uluslararası Adalet Divanı'nın içtihadına dayanarak, Sözleşme'nin ve uluslararası insancıl hukukun birlikte uygulanacağına hükmetmiştir.<sup>352</sup>

<sup>344</sup> 12 Aralık 2001 tarihli karar, paragraf 63, 67 ve 71; 123 ILR, ss. 110, 111 ve 113. Mahkeme 'Sözleşme... esas olarak bölgesel bir bağlamda ve özellikle akit devletlerin hukuk alanında (*espace juridique*) işleyen çok taraflı bir anlaşma' ifadesini kullanmıştır, *a.g.e.*, paragraf 80. Ayrıca bkz., *Issa v. Turkey*, 16 Kasım 2004, paragraf 65 vd. Burada Mahkeme Türk birliklerinin Kuzey Irak'a geniş ölçekli harekatı sırasında icra ettikleri kontrolün seviyesinin kapsamlı bir kontrol haline gelmediğine hükmetmiştir. Ayrıca bkz., *Assanidze v. Georgia*, 8 Nisan 2004.

<sup>345</sup> 8 Temmuz 2004 tarihli karar, paragraf 312–13.

<sup>346</sup> *A.g.e.*, paragraf 314–19. Ancak bu durum kontrolü kaybetmiş olan meşru devletin bütün sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, *a.g.e.*, paragraf 331. Ayrıca bkz., *Catan v. Moldova and Russia*, 19 Ekim 2012.

<sup>347</sup> 16 Kasım 2004 tarihli karar. Ayrıca bkz., *Pad v. Turkey*, 28 Haziran 2007.

<sup>348</sup> Fransa'nın bir Kamboçya gemisi üzerindeki kontrolü açısından bkz., *Medvedyev v. France*, 29 Mart 2010 ve İngiltere'nin bir hapisane üzerindeki kontrolü için bkz., *Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom*, 3 Temmuz 2009.

<sup>349</sup> 7 Temmuz 2011 tarihli karar, paragraf 136–7. Ayrıca bkz., *Jaloud v the Netherlands*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 20 Kasım 2014, para. 139.

<sup>350</sup> Bu tespit İngiltere Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilmiş ve *Smith v. MOD* davasında uygulanmıştır, [2013] UKSC 41.

<sup>351</sup> 16 Eylül 2014 tarihli karar, para. 74 ve devamı.

<sup>352</sup> *A.g.e.*, para. 77. Ayrıca bkz., aşağıda 20. Bölüm. Aslında Mahkeme özgürlük ve güvenliğe ilişkin 5. maddenin (maddenin kendisinde sayılan gerekçelere ilave olarak) 1949 tarihli üçüncü ve dördüncü Cenevre Sözleşmeleri uyarınca savaş esirleri ve güvenlik riski teşkil eden sivillerin hapsedilmesine imkan tanıdığı şeklinde bir yorumda bulunmuştur. *A.g.e.*, para. 104.

Ülkesel yetki meselesi ile bağlantılı bir başka sorun ise Mahkeme'nin, başka devletlerin ya da uluslararası örgütlerin de dahil olması durumunda, ilgili devlet üzerinde yetkili (veya *ratione personae* yetkili) olup olmadığıdır. *Behrami v. France* davasında, Kosova'daki uluslararası mevcudiyetin (ya askeri, KFOR, ya da sivil, UNMIK) bir parçası olarak üstlenilmiş faaliyetler bakımından bir çok devlete karşı yapılmış olan başvuruda, Mahkeme yetkinin bulunması açısından söz konusu eylemlerin ilgili devletlere izafe veya isnat edilebilir olup olmadığına yada bu eylemlerin tercihen BM'ye isnat edilebilir olup olmadığına karar vermek zorunda kalmıştır. Bu konuda Mahkeme, KFOR kendisine meşru şekilde devredilmiş olan BM Güvenlik Konseyi'nin VII. Bölüm yetkilerini kullandığı için, isnat edilen eylemlerin Mahkeme'nin önüne getirilen devletlere değil, prensip olarak BM'ye 'izafe' edileceği sonucuna varmıştır.<sup>353</sup> *Jaloud v the Netherlands* davasında argüman, onun alandaki (Irak) askerlerinin etkin bir biçimde o dönem Irak'ta iki işgalci güç olmalarından dolayı ya Birleşik Krallık'a yada ABD'ye veya da Güney Doğu Irak'ta Hollanda kuvvetlerine komuta eden "öncü devlet" olmasından dolayı Birleşik Krallık'a bağlı olduğu için davalı devletin sorumlu olmayacağı idi.<sup>354</sup> Mahkeme 'yabancı bir devletin yetkilisi tarafından verilen bir karar yada emri uyguluyor olma durumu bir Sözleşmecî Devlet'in Sözleşme uyarınca üstlendiği yükümlülüklerden kurtulması için tek başına yeterli olmadığını' ifade etmiş ve Hollandalı askerlerin yabancı bir devletin (Irak, Birleşik Krallık yada bir başka devlet) "emrine" verilmediğine ve onların başka bir devletin 'münhasıran yönlendirmesi veya kontrolü altında' bulunmadığına hükmetmiştir. Nitekim, Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca Hollanda sorumludur.

*Al-Jedda v. UK* davasında da Mahkeme, BM Şartı'nın 103. maddesi uyarınca Şart altındaki yükümlülüklerin diğer uluslararası antlaşmalar altındaki yükümlülükler üzerinde önceliğe sahip olduğunun ifade edildiğini dikkate alarak, Sözleşme ile BM Güvenlik Konseyi'nin bağlayıcı kararları arasındaki ilişkiyi ele almıştır. Mahkeme bu konuda 'önüne gelen [Güvenlik Konseyi] kararlarını yorumlarken, Güvenlik Konseyi'nin Üye Devletler'e temel insan hakları prensiplerini çiğnetecek bir yükümlülük getirme niyetinde olmadığına dair bir varsayımda bulunmaktadır. Bir Güvenlik Konseyi Kararı'nın hükümlerinde muğlaklık olması halinde, Mahkeme Sözleşme'nin gereklilikleri ile en uyumlu olan ve yükümlülüklerin çatışmasından kaçınan yorumu seçmelidir. Birleşmiş Milletler'in insan haklarına saygıyı ilerletme ve teşvik etmedeki önemli rolü ışığında, Güvenlik Konseyi'nin Devletler'den uluslararası insan hakları hukuku altındaki yükümlülükleri ile çatışabilecek belli tedbirler almalarını istemesi halinde daha net ve açık bir dil kullanması beklenmelidir' tespitini yapmıştır.<sup>355</sup>

### Sözleşme Sistemi

1 Kasım 1998 tarihinde 11 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girişi ile eski Mahkeme ve Komisyon sistemi sona ermiş ve tek bir daimi ve tam zamanlı Mahkeme sistemi kurulmuştur. Bunun ardından 14 No'lu Protokol'un yürürlüğe girmesinden itibaren çalışmaya başlayan yeni sistem ve usulü kısaca tanıyalım. Mahkeme Sözleşme'nin akit taraflarından eşit sayıda hakimlerden oluşmaktadır. Hakimler Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından süresi yenilenemeyen dokuz yıllık dönemler için seçilmektedir.<sup>356</sup> Mahkeme önüne gelen davaları görüşürken, tek hakimli biçimde, üç hakimli Komiteler, yedi hakimli Daireler ve on yedi hakimli Büyük Daire şeklinde toplanabilmektedir.<sup>357</sup> Mahkeme İçtüzüğü'nde coğrafi ve

<sup>353</sup> 2 Mayıs 2007 tarihli karar, paragraf 141 vd.; aynı şekilde Güvenlik Konseyi'nin bir tali organı sayılan UNMIK çerçevesi içinde yer alan faaliyetler bakımından bkz., paragraf 143. Ancak bkz., *Bosphorus Airways v. Ireland*, 30 Haziran 2005. Karş. G. Gaja, *Seventh Report on Responsibility of International Organizations*, A/CN.4/610, 2009, ss. 10–12. Ayrıca bkz., *Behrami* kararının uygulanması *Kontic v Ministry of Defence* [2016] EWHC 2034 (QB)

<sup>354</sup> 20 Kasım 2014 tarihli karar, para. 143.

<sup>355</sup> 7 Temmuz 2011 tarihli karar, paragraf 102.

<sup>356</sup> Madde 22 ve 23. Artık iki hakimin aynı vatandaşlığa sahip olması yasağı bulunmayacak ve hakimlerin görev süresi yetmiş yaşında sona erecektir.

<sup>357</sup> Madde 26.

cinsiyet bakımından dengeli ve sözleşmecî devletler arasındaki değişik hukuk sistemlerini yansıtan bir kompozisyona göre en az dört Bölüm'ün kurulması öngörülmektedir.<sup>358</sup> Değiştirilmiş olan Sözleşme'de de yedi hakimli daireler ve üç hakimli komiteler gibi Bölümler'in oluşturulması öngörülmüştür.<sup>359</sup> Mahkeme genel kurulu ise mahkeme başkanı ve başkan yardımcılarının seçiminden, daire başkanlarının atanmasından, dairelerin oluşturulmasından ve usul hükümlerinin kabulünden sorumludur.<sup>360</sup>

Tek hakimli kararlarda bir bireysel başvuru, şayet böyle bir karar başvuru tarafından sunulan malzeme esas alındığında daha fazla incelenmeksizin alınabiliyorsa, kabul edilemez bulunabilir veya Mahkeme'nin dava listesinden düşürülebilir. Bu gibi kararlar nihai olacaktır. Tek hakimin bir başvuruyu kabul edilmez bulmaması veya listeden çıkartmaması halinde o hakim davayı daha fazla incelenmesi için bir komite veya daireye gönderecektir.<sup>361</sup> Bir komite, şayet böyle bir karar daha fazla incelenmeksizin alınabiliyorsa, oybirliğiyle bir başvuruyu kabul edilemez bulabilir veya kendi dava listesinden düşürebilir; ya da kabul edilebilir bulabilir. Şayet davadaki temel sorun, Sözleşme ve Protokollerinin uygulanması ve yorumlanması ile ilgili olup, zaten Mahkeme'nin yerleşik içtihadının konusu olmuş ise, aynı zamanda davanın esasına ilişkin bir karar verebilir.<sup>362</sup> Bunların hiçbirinin uygulanmadığı hallerde ise, 34. maddeye uygun olarak yapılan bireysel başvuruların kabul edilebilirliği ve esası hakkındaki kararı bir daire verecektir. Kabul edilebilirlik konusundaki kararlar esastan ayrı olarak da alınabilir.<sup>363</sup>

Bir başvurunun kabul edilebilir olup olmadığını tespit ederken, davayı incelemekle görevlendirilen Bölüm'ün başkanı bir hakimi başvuruyu inceleyecek Raportör Hakim olarak görevlendirir.<sup>364</sup> Bir başvurunun kabul edilebilir bulunması üzerine, Daire tarafları daha fazla delil ve yazılı görüş sunmaya davet edebilecek ve taraflardan birinin talebi üzerine veya resen esas bakımından duruşma yapılmasına karar verebilecektir.<sup>365</sup> Bu aşamada genellikle yazılı görüşler için davalı hükümetle temasa geçilir.<sup>366</sup> Bir davada Sözleşme veya Protokollerinin yorumlanmasını etkileyen ciddi bir sorunun ortaya çıkması halinde veya bir sorunun çözümü önceki içtihat ile çelişen bir neticeye götürebilecekse, ilgili Daire, davanın taraflarından biri itiraz etmedikçe, yetkisinden Büyük Daire lehine feragat edebilir.<sup>367</sup> Mahkeme'nin tekrar eden davaların altını çizen yapısal problemleri tanımlamasını sağlamasına imkan veren ve

<sup>358</sup> Kural 25, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mahkeme İchtüzüğü, Ocak 2016. Şu anda beş Bölüm mevcuttur.

<sup>359</sup> Kural 26 ve 27.

<sup>360</sup> Kural 25 ve Kural 8.

<sup>361</sup> Madde 27 ve Kural 49.

<sup>362</sup> Madde 28.

<sup>363</sup> Madde 29.

<sup>364</sup> Kural 49.

<sup>365</sup> Kural 59.

<sup>366</sup> Devletler arası davalarda, davalı devletle otomatik olarak iletişime geçilir. Bkz., Kural 51.

<sup>367</sup> Madde 30. Protokol No. 15 yürürlüğe girdikten sonra 'taraflardan biri itiraz etmedikçe' hükmü çıkarılacaktır. Sözleşme'de Mahkeme'nin bağlayıcı etkiye sahip geçici koruma tedbirleri vermesine ilişkin özel bir yetki bulunmasa da, Mahkeme İchtüzüğü, Kural 39'da Daire veya uygun düşmesi halinde Bölüm Başkanı veya görevli bir hakimin, tarafların yararına veya önüne gelen davanın uygun şekilde yürütülmesi için alınması gerektiğini düşünmesi halinde, taraflardan birinin veya diğer bir ilgili kişinin talebi üzerine veya resen bir geçici tedbir kararı verebileceği öngörülmektedir. Mahkeme *Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey* davasındaki 6 Şubat 2003 tarihli kararında, Uluslararası Adalet Divanı ve Amerika Kitası Mahkemesi ve İnsan Hakları Komisyonu dahil uluslararası kurumların uygulamalarına atf yaparak, Sözleşme'nin 34. maddesinde başvuru haklarının bireysel başvuru haklarını etkin biçimde kullanma hakkına sahip olmalarının istendiğine ve 3. maddenin de, sınırdışı etme bağlamında, söz konusu meselenin etkin biçimde incelenmesini gerekli kıldığına hükmetmiştir. Mahkeme Kural 39'daki ifadelerin 'kendisine başvuruyu etkin şekilde ele alma ve Sözleşme tarafından sağlanan korumayı etkin olarak gerçekleştirme izni verdiğine' dikkat çekerek, 'kendisine yönelik geçici tedbir kararı verilen Sözleşme'nin tarafı bir devletin, iddia olunan ihlalin mağduruna tafisi mümkün olmayan bir zarar verilmesini önlemek üzere, bu tedbirlere uymak zorunda olduğu ve nihai kararın etkisi ve etkinliğini azaltacak bir eylem veya ihmalden kaçınması gerektiği' sonucuna varmıştır, paragraf 107-10.

devletlerin bu sorunlarla ilgilenmesi yükümlülüğünü getiren bir pilot karar usulü de ortaya konmuştur. Ortak bir sebeple çok sayıda başvuru yapılması halinde Mahkeme pilot usule göre bir veya daha fazla öncelik alanı belirleyebilir. Bir pilot kararda Mahkemenin tek amacı önündeki davada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edilip edilmediğine karar vermek değil, aynı zamanda sistemsal problemi tespit etmek ve ilgili devlete bunu çözmek için alınması gereken önlemlerin çeşidine dair açık göstergeler sunmaktır.<sup>368</sup>

Mahkeme istişari görüş de verebilmektedir, ancak bu oldukça sınırlı şartlarda mümkündür.<sup>369</sup> Bir daire veya Büyük Daire önündeki bütün davalarda vatandaşlarından biri başvuru olan bir sözleşmeciyi devlet tarafından yazılı görüş sunma ve duruşmalara katılma hakkı vardır. Ayrıca Mahkeme Başkanı adaletin gereği gibi yerine getirilmesi amacıyla davaya taraf olmayan herhangi bir sözleşmeciyi tarafı ya da başvuru dışında davayla ilgili bir kişiyi yazılı görüş sunmaya veya duruşmalara katılmaya davet edebilir.<sup>370</sup> Bir başvurunun kabul edilebilir bulunması üzerine, Mahkeme davanın esasın incelenmesine geçecek ve ayrıca bir dostane çözümü sağlamak amacıyla taraflara yardımcı olabilecektir.<sup>371</sup>

Eğer dostane bir çözüm bulunabilirse, Mahkeme davayı listeden düşürecektir.<sup>372</sup> Mahkeme önündeki duruşmaların, Mahkeme istisnai durumlarda aksine karar vermedikçe, kamuya açık olması gereklidir. Bir ihlalin bulunması halinde ve ilgili sözleşmeciyi tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıyorsa, Mahkeme gerektiği takdirde zarar gören taraf lehine adil bir tazminat verilmesine hükmedebilecektir.<sup>373</sup> Madde 43 uyarınca bir dairenin karar tarihinden itibaren üç aylık bir süre içinde davanın herhangi bir tarafı istisnai durumlarda bu davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini isteyebilir. Şayet bir dava Sözleşme veya Protokollerin yorumu veya uygulanmasını etkileyecek ciddi bir sorunu içeriyorsa, Büyük Daire bünyesindeki beş hakimden oluşan bir kurul bu istemi kabul edebilecektir. Kurul bu istemi kabul ederse, Büyük Daire davayı bir hüküm yoluyla karara bağlar. Büyük Daire'nin kararları kesindir. Bir dairenin kararı da, taraflar davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini istemediklerini beyan ederlerse veya karardan

<sup>368</sup> İlk dava için bkz., *Broniowski v Poland*, 22 Haziran 2004 tarihli karar. Bkz., 2011'de kabul edilen 61. Kural (Mahkeme Kuralları). Örneğin bkz., *Kurić v Slovenia*, 26 Haziran 2012 tarihli karar.

<sup>369</sup> Madde 47. Yalnızca Bakanlar Komitesi böyle bir talepte bulunabilir. İstişari görüşler Sözleşme'nin 1. Bölümü ve Protokollerinde yer alan haklar ve özgürlüklerin içeriği veya kapsamı veya Mahkeme ya da Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme uyarınca başlatılmış davalar sırasında ele almak zorunda kalabileceği bir sorun ile ilgili olamaz. İstişari görüşe yönelik ilk talep Bağımsız Devletler Topluluğu İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin aynı anda var olup olamayacağına ilişkin olup, 2 Haziran 2004 tarihinde Mahkeme oybirliğiyle, bu talebin istişari görüş yetkisi içinde olmadığı sonucuna varmıştır. 12 Şubat 2008'de verdiği ilk istişari görüşde Mahkeme oybirliğiyle Mahkeme'nin hakimlik kadrosu seçimlerine yönelik adaylar listesinin, yalnızca söz konusu listede hiç bir kadın adayın bulunmaması gerekçesiyle reddedilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olmadığı sonucuna varmış ve bu listelerin az temsil edilen cinsiyetten bir adayın en kısa zamanda belirlenerek hazırlanması prensibine istisnalar yapılmasını istemiştir. Yürürlüğe girdikten sonra sözleşmeciyi devletlerin 'en yüksek mahkemelerine' önlere gelen bir davanın bağlamı çerçevesinde Büyük Daire'den bir istişari görüş isteme izni veren Protokol No. 16 uyarınca, bu durumda talepte bulunan mahkemenin devleti ve İnsan Hakları Komiseri'nin bu sürece katılma hakkı bulunmakta olup, Mahkeme talepte bulunan mahkemenin önündeki davanın taraflarına görev icabı Avrupa Mahkemesi önündeki davaya da katılmaya davet edebileceğini ifade etmiştir. Bkz., Mahkeme'nin 6 Mayıs 2013 tarihli görüşü, <http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739062744461326038770> pointer. Mahkeme'nin Geçici Tedbirler Hakkındaki Uygulaması en son 2011'de değiştirilmiştir. Bkz., [www.echr.coe.int/Documents/PD\\_interimmeasures\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/PD_interimmeasures_ENG.pdf); Ukrayna-Rusya devletler arası başvuruda, Ukrayna ve Rusya'ya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi altında sivillerin haklarının ihlaline yol açabilecek her türlü tedbirden, özellikle askeri eylemlerden, kaçınmaları çağrısı yapan 13 Mart 2014 tarihli geçici tedbir için bkz., [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4699472-5703982#{%22itemid%22:\[%22003-4699472-5703982%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4699472-5703982#{%22itemid%22:[%22003-4699472-5703982%22]})

<sup>370</sup> Madde 36.

<sup>371</sup> Madde 38 ve 39. İkinci durumda duruşma gizli yapılacaktır.

<sup>372</sup> Madde 39.

<sup>373</sup> Madde 41.

itibaren üç ay içinde davanın Büyük Daire'ye gönderilmesi istenmemişse ya da Büyük Daire içindeki kurul gönderme istemini redderse, kesinleşir. Kesin kararlar yayınlanır<sup>374</sup> ve taraflar için bağlayıcı hale gelir.<sup>375</sup> Ardından kararların infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.<sup>376</sup>

Sözleşme hem devletler arası başvuruları, hem de bireysel başvuru hakkını öngörmektedir. Madde 33 uyarınca bir sözleşmeci devlet diğer bir sözleşmeci devlete karşı bir dava açabilir. Bu güne kadar devletler tarafından Komisyon'a yedi vaka hakkında başvuru yapılmıştır.<sup>377</sup> Mahkeme'nin önüne gelen ilk devletler arası başvuru *Ireland v. UK* davasıdır.<sup>378</sup> Bu tür başvurular Avrupa kamu düzeninin ihlaline ilişkin iddiaları ön plana çıkartmanın bir aracı olup, bu açıdan başvuru devlet davalı devlet tarafından tanınmış olup olmadığına bir önemi yoktur.<sup>379</sup> Madde 34'de Mahkeme'ye bireysel başvuru hakkı öngörülmüş olup, bu hüküm zamanla çok önemli hale gelmiştir.<sup>380</sup> Bu hak artık otomatik hale getirilmiştir.<sup>381</sup> Sözleşme sisteminde bir *actio popularis* davası usulü ise öngörülmemektedir.<sup>382</sup> Bir başka deyişle bireyler soyut konular hakkında dava açamamakta, Sözleşme'de tanınmış olan haklarından bir veya daha fazlasına ilişkin bir ihlalin mağduru olduklarını iddia edebilmeleri gerekmektedir.<sup>383</sup> Ancak Mahkeme şu hususu da vurgulamıştır:

<sup>374</sup> Madde 44.

<sup>375</sup> Madde 46 (1).

<sup>376</sup> Madde 46(2). Şayet Bakanlar Komitesi bir nihai kararın uygulanmasına ilişkin denetimin kararının yorumlanmasına dair bir problem yüzünden aksadığını düşünürse, meseleyi bir yorum sorusu kararı için Mahkeme'ye gönderebilir. Gönderme kararı Komite'de bulunma hakkına sahip temsilcilerin üçte ikisinin çoğunluk oyunu gerektirmektedir. Şayet Bakanlar Komitesi, bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın taraf olduğu bir davada verilen bir nihai karara uymayı reddettiği sonucuna varırsa, o Tarafı resmi olarak bilgilendirdikten sonra ve Komite'de bulunma hakkına sahip temsilcilerin üçte ikisinin çoğunluk oyuyla kabul edilen bir kararla, Mahkeme'den bu Tarafın 1. paragraf uyarınca üstlendiği yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği sorusuna yanıt vermesini isteyebilir. Şayet Mahkeme 1. paragrafın ihlal edildiğini tespit ederse, davayı alınacak tedbirlere karar vermesi için Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Şayet Mahkeme madde 46(1)'e ilişkin bir ihlal bulamazsa, davayı Bakanlar Komitesi'ne geri iade eder ve Komite de davaya ilişkin incelemesini sona erdirir. Madde 46(3)–(5).

<sup>377</sup> *Cyprus* davası (*Greece v. UK*), 1956; 1957'de iki başvuru; *Austria v. Italy*, 1960; 1967-70 Yunanistan'a karşı beş başvuru; *Ireland v. UK*, 1971; 1992'de Türkiye'ye karşı Danimarka tarafından dört ve dört devlet tarafından beş başvuru; *Cyprus v. Turkey*, 1974–94; 1997'de Türkiye'ye karşı Danimarka başvurusu; Gürcistan tarafından üç başvuru (30 Haziran 2009 tarihli kabul kararı); *Georgia v. Russia*, 2007.

<sup>378</sup> Series A, cilt 25, 1978; 58 ILR, s. 188. Mahkeme'nin *Cyprus v. Turkey* kararı, 10 Mayıs 2001; 120 ILR, s. 10.

<sup>379</sup> *Cyprus v. Turkey (Third Application)* 13 DR 85 (1978).

<sup>380</sup> Yargısal karar için ayrılan başvuruların toplamı 2012 yılında 65,150 adetti. 31 Aralık 2013 itibariyle yargısal bir karar için bekleyen toplam 10,000 başvuru bulunmaktaydı: ve 45,576 başvuru hukuki olarak halledilmişti. Bu rakamlar önceki yıllara göre ciddi düşme olduğunu göstermektedir. Bkz., [http://echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2015\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2015_ENG.pdf).

<sup>381</sup> Eski 25 ve 46. maddelere yapılan çekinceler (Protokol XI öncesi Mahkeme'nin yetkisine ilişkin) meselesi içtihat hukukunda tartışılmıştır. Mahkeme zamana ilişkin çekincelerin geçerli olabileceğine ancak bunun ötesindeki geçerli olmadığına dikkat çekmiştir. Bkz., *Loizidou v. Turkey (Ön İtirazlar)*, Series A, cilt 310, 1995; 103 ILR, s. 622. Mahkeme Türkiye'nin madde 25 ve 46 açısından yaptığı açıklamalarla koyduğu ilkel sınırlamaları kabul etmemiş ve bunlara ilişkin yetkisinin söz konusu sınırlamalar olmaksızın geçerli olduğuna hükmetmiştir, Series A, cilt 310 ss. 27–9. Türkiye şayet bu sınırlamalar geçersiz ise yetkinin kendisinin de geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Bu yaklaşımı kabul etmeyen Mahkeme, aksi halde bir Avrupa anayasal kamu düzeni oluşturan insan haklarının korunmasına yönelik Sözleşme sisteminin zayıflayacağına ve bunun insan haklarının daha fazla haklarının gerçekleştirilmesine yönelik büyük birlik amacına tezat oluşturacağına dikkat çekmiştir, a.g.e. Ayrıca bkz., Commission Report, *Chrysostomos v. Turkey* 68 DR 216.

<sup>382</sup> Örnek olarak bkz., kürtaj hakkındaki kanuna ilişkin *X v. Austria* 7 DR 87 (1976).

<sup>383</sup> Örnek olarak bkz., *Pine Valley v. Ireland*, Series A, cilt 222, 1991; *Johnston v. Ireland*, Series A, cilt 112, 1986; *Marckx v. Belgium*, Series A, cilt 31, 1979; *Campbell and Cosans v. UK*, Series A, cilt 48, 1982; *Eckle v. Federal Republic of Germany*, Series A, cilt 51, 1982 ve *Vijayanathan and Pusparajah v. France*, Series A, cilt 241-B, 1992.

“Bir birey, bazı şartlar altında, yalnızca gizli tedbirlerin veya gizli tedbirlere izin veren bir kanunun mevcudiyetinden kaynaklanan bir ihlalin, bu tedbirlerin gerçekte kendisine uygulanmış olduğunu ileri sürmek zorunda olmaksızın, mağduru olduğunu iddia edebilir.”<sup>384</sup>

Bunun dışında örnek olarak ileri sürülen ihlalin kişisel olarak zarar verici olduğu veya geçerli bir kişisel menfaatin bulunduğu hallerde mağdurun bir yakını da dava açabilir.<sup>385</sup>

Mahkeme bir meseleye yalnızca uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen kurallarına göre bütün iç hukuk yolları tüketildikten sonra ve nihai kararın verildiği tarihten itibaren altı aylık bir süre içinde bakabilir.<sup>386</sup> Ancak ilgili iç hukuk yollarının etkin olması gereklidir. Tüketilmesi gereken etkin iç hukuk yollarının bulunmaması halinde, kendisine karşı şikayette bulunulan eylem veya kararın kendisi 26. maddedeki amaçlar açısından bir ‘nihai karar’ olarak kabul edilecektir.<sup>387</sup> İç hukuk yollarının tüketilmesi gereği ile altı ay kuralı devletler arası davalarda da uygulanır.<sup>388</sup> Buna karşın isimsiz olan veya önceden incelenmiş bir mesele ile esasta aynı olan bir başvuru ele alınmaz. Sözleşme ile bağdaşmayan, dayanaktan açıkça yoksun olan<sup>389</sup> veya başvuru hakkının suistimali niteliğinde olan başvurular da kabul edilemez bulunacaktır.<sup>390</sup> Ayrıca Sözleşme ve Protokolleri ile güvence altına alınmış olan insan haklarına saygı ilkesi bir başvurunun esastan incelenmesini gerektirmedikçe ve ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş bir dava bu gerekçe ile kabul edilmedikçe, başvuru önemli bir zarar görmemiş olmaması halinde de bir başvuru kabul edilemez bulunacaktır.<sup>391</sup>

Mahkeme, sayıları giderek artan kararlarıyla,<sup>392</sup> oldukça büyük öneme sahip bir içtihat hukuku geliştirmiştir.<sup>393</sup> Bu açıdan çok sayıda evrilen prensipler temelinde yol almıştır. Ancak Mahkeme içtihatlarında, sözleşmeciler devletlerin yükümlülüklerinden ve Avrupa düzeyinde bir denetim mekanizmasından oluşan bu sistemde devletlere belli ölçüde bir hareket alanı da bırakmaktadır. “Takdir payı” doktrini çerçevesinde Mahkeme, genel bir denetim yetkisini saklı tutarken iç hukukun bazı alanlarına karışmamayı tercih etmektedir. Örnek olarak *Brannigan and McBride v. UK* davasında, Mahkeme 15. madde uyarınca Sözleşme’nin bazı hükümlerine istisnalar getirmeye izin veren bir kamusal acil durumun varlığına ve

<sup>384</sup> *Klass* davası, Series A, cilt 28, 1979, ss. 17–18; 58 ILR, ss. 423, 442. Ayrıca bkz., *Marckx* davası, Series A, cilt 31, 1979, ss. 12–14; 58 ILR, ss. 561, 576; *Dudgeon* davası, Series A, cilt 45, 1982, s. 18; 67 ILR, ss. 395, 410; *Belgian Linguistics* davası, Series A, cilt 6, 1968; 45 ILR, s. 136 ve *Norris v. Ireland*, Series A, No. 142, 1988; 89 ILR, s. 243.

<sup>385</sup> Örnek olarak bkz., Application 100/55, X v. FRG, 1 *Yearbook of the ECHR*, 1955–7, s. 162 ve Application 1478/62, Y v. Belgium, *Yearbook of the ECHR*, 1963, s. 590. Ayrıca bkz., *Cyprus v. Turkey*, 10 Mayıs 2001; 120 ILR, s. 10.

<sup>386</sup> Madde 35. Bkz., *Akdivar v. Turkey*, 16 Eylül 1996. Protokol No. 15 yürürlüğe girdikten sonra altı aylık zaman sınırı dört aya inecektir.

<sup>387</sup> Örnek olarak bkz., X v. UK, 8 DR, ss. 211, 212–13 ve *Cyprus v. Turkey*, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1978, ss. 240–2. Ancak bu durumun halen devam etmekte olduğu hallerde, altı ay kuralı söz konusu durum ortadan kalktıktan sonra başlayabilecektir. Örneğin bkz., *De Becker v. Belgium*, 2 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1958, ss. 214, 244. Bu kural kesin olup ilgili devlet tarafından vazgeçilemez. Bkz., *Walker v. UK*, 25 Ocak 2000.

<sup>388</sup> Bkz., *Cyprus v. Turkey*, 10 Mayıs 2001, paragraf 82 vd. Mahkeme bu kararda ‘Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’ tarafından sağlanan hukuk yollarının dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir, *a.g.e.*

<sup>389</sup> Örnek olarak bkz., *Boyle and Rice v. UK*, Series A, cilt 131, 1988. Bu şart devletler arası davalara uygulanmaz.

<sup>390</sup> Madde 35. Bkz., örnek olarak, *Vagrancy* davası, Series A, cilt 12, 1971; 56 ILR, s. 351.

<sup>391</sup> Madde 35(3)b. Örnek olarak bkz., N. Vogiatzis, ‘The Admissibility Criterion under Article 35(3)(b) ECHR: A “Significant Disadvantage” to Human Rights Protection?’, 65 ICLQ, 2016, s. 185. Protokol No. 15 yürürlüğe girdikten sonra ‘bir yerel mahkeme tarafından gereğince ele alınmamış hiç bir dava bu esasa dayanarak reddedilemez’ ifadesi silinecektir.

<sup>392</sup> 1960’da başlayan ilk yılındaki faaliyeti sırasında tek bir karar verilmiştir; 1976’da 6; 1986’da 17; 1996’da 126; 2002’de 844 ve 2012’de 1,678 karar verilmiştir. Bkz., *Analysis of Statistics 2012*, <http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=#n1347956867932> pointer.

<sup>393</sup> Örnek olarak bkz., P. Mahoney, ‘Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin’, 11 HRLJ, 1990, s. 57.

boyutuna karar verme sürecinde devletlerin 'geniş bir takdir payından' faydalanacaklarına hükmetmiştir.<sup>394</sup> Bu takdir payı somut bir davadaki söz konusu hakların içeriğine veya yarışan hakların dengelenmesine bağlı olarak değişebilecektir. Kişisel ahlak konuları bakımından daha geniş,<sup>395</sup> fakat diğer durumlarda daha dar olabilecektir.<sup>396</sup> Mahkeme'nin *Z v. UK* davasında işaret ettiği üzere önemli olan nokta şudur: 'Sözleşme tarafından kurulmuş olan koruma mekanizması açısından ulusal sistemlerin kendilerinin, hükümlerin ihlali halinde zararı gidermeleri esas olup, Mahkeme'nin kendi denetleyici rolünü kullanması tamamlayıcılık (subsidiarite) ilkesine tabidir.'<sup>397</sup> Bu, ayrıca, Mahkeme'nin kanıt toplama işini üstlenmekten kaçınması<sup>398</sup> ve aynı şekilde bir devletin Sözleşme altındaki yükümlülüklerine uyması için hangi tedbirleri alması gerektiğini gösterirken dikkatli olması anlamına da gelmektedir.<sup>399</sup>

Mahkeme, içtihatlarında pek çok kritik mesele ile ilgilenmiştir. Örnek olarak *Ireland v. UK* davasında<sup>400</sup> Mahkeme, İngiliz güçleri tarafından Kuzey İrlanda'da kullanılan beş soruşturma tekniğinin 3. maddenin aleyhine bir insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele uygulaması oluşturduğuna karar vermiştir.<sup>401</sup> *McCann v. UK* davasında<sup>402</sup> Mahkeme, güvenlik güçleri üyeleri tarafından Cebelitarık'ta bombalama işine karıştıklarından şüphelenilen bir IRA biriminin üç üyesinin öldürülmesinin 2. madde altındaki yaşam hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. *Golder v. UK* davasında<sup>403</sup> Mahkeme, madde 6(1)'in içeriğinden yola çıkarak temel bir mahkemelere erişim hakkı ortaya çıkartmış ve mahkemeye itaatsizlik gibi adil yargılama mekanizmaları açısından önemli prensiplere vurgu yapmıştır.<sup>404</sup> Mahkeme ayrıca iç hukuklar üzerinde, özellikle İngiltere'de, ciddi bir etkisi olan adil yargılama hakkı alanında<sup>405</sup> oldukça geniş bir içtihat geliştirmiştir. Mahkeme içtihatlarındaki daha başka örneklere de kısaca bakmak yerinde olacaktır. *Marckx* davasında<sup>406</sup> Mahkeme, gayri meşru çocuklara karşı ayrımcılık içeren bir Belçika kanununun Sözleşme'yi ihlal ettiğini vurgulamışken, *Young, James and Webster* davasında<sup>407</sup> İngiltere'de bir sendikaya katılmayı reddettikleri için işten çıkartılan demiryolu işçilerinin tazminata hakları olduğuna hükmetmiştir. *Brogan* davasında ise<sup>408</sup> Mahkeme bir hakim veya diğer bir yargı mensubu önüne çıkartılmadan önce en az dört günlük gözaltı süresi öngören İngiliz terörle mücadele kanununun Sözleşme'yi ihlal ettiği

<sup>394</sup> Series A, No. 258-B, 1994, paragraf 43.

<sup>395</sup> Örnek olarak bkz., *Handyside v. UK*, Series A, cilt 24, 1981; 58 ILR, s. 150.

<sup>396</sup> Örnek olarak, adil ve usule uygun yargılama sorunları. Örneğin bkz., *The Sunday Times v. UK*, Series A, cilt 30, 1979; 58 ILR, s. 491.

<sup>397</sup> 10 Mayıs 2001 tarihli karar, paragraf 103. Protokol No. 15 yürürlüğe girdikten sonra 'Yüksek Sözleşmeciler Taraflar'ın *subsidiarite* prensibine uygun olarak bu Sözleşme ve ekli Protokollerinde tanımlanan haklar ve özgürlükleri sağlamaya yönelik birincil derecede sorumluluğa sahip olduklarını ve buna binaen bu Sözleşme ile kurulmuş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetim yetkisine tabi bir takdir yetkisine sahip olduklarını tasdik ederek 'ifadesi Sözleşme'nin Başlangıç kısmının sonuna yerleştirilecektir.

<sup>398</sup> Örnek olarak bkz., *Tanli* davası, 10 Nisan 2001.

<sup>399</sup> *Vgt Verein gegen Tierfabriken* davası, 28 Haziran 2001, paragraf 78.

<sup>400</sup> Series A, cilt 25, 1978; 58 ILR, s. 188.

<sup>401</sup> Ayrıca bkz., *Cyprus v. Turkey*; Bu kararda Mahkeme Türkiye'nin kontrolü altındaki Kuzey Kıbrıs'ta bulunan Kıbrıslı Rumların uğradığı ayrımcılığın aşağılayıcı muamele halini aldığına karar vermiştir, 10 Mayıs 2001, paragraf 302-11; 120 ILR, s. 10.

<sup>402</sup> Series A, cilt 324, 1995.

<sup>403</sup> Series A, cilt 18, 1975; 57 ILR, s. 200.

<sup>404</sup> Örnek olarak bkz., *Handyside v. UK*, Series A, cilt 24, 1981; 58 ILR, s. 150; *Dudgeon* davası, Series A, cilt 45, 1982; 67 ILR, s. 395 ve *Sunday Times* davası, Series A, cilt 30, 1979; 58 ILR, s. 491.

<sup>405</sup> Örnek olarak bkz., S. Trechsel, 'Liberty and Security of Person', Macdonald *et al.*, *European System*, s. 277; P. Van Dijk, 'Access to Court', *a.g.e.*, s. 345; ve O. Jacot-Guillarmod, 'Rights Related to Good Administration (Article 6)', *a.g.e.*, s. 381;

<sup>406</sup> Series A, cilt 31, 1979; 58 ILR, s. 561.

<sup>407</sup> Series A, cilt 44, 1981; 62 ILR, s. 359.

<sup>408</sup> Series A, cilt 145, 1988.



sonucuna varmıştır. Ancak bu karar İngiliz hükümetinin Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca yükümlülükleri askıya alma bildiriminde bulunmasına neden olmuştur.<sup>409</sup>

Önemli bir başka dava olan *Soering* davasında<sup>410</sup> Mahkeme oybirliğiyle, bir Alman vatandaşının tutuklu bulunduğu İngiltere'den, cinayet suçlaması ile ölüme mahkum edilmekten ve idam hücrəsi fenomenine tabi tutulmaktan korktuğu ABD'ye iade edilmesinin, işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezayı yasaklayan 3. maddenin ihlalini teşkil edeceğine hükmetmiştir. Aynı şekilde Mahkeme bir kadının şartlar dikkate alındığında taşlanarak cezalandırılma riski altında olacağı İran'a sınırışı edilmesinin de 3. maddeyi ihlal edeceğine karar vermiştir.<sup>411</sup> Mahkeme, ayrıca, madde 3 ihlalleri söz konusu olduğunda ulusal güvenlik mülahazalarının uygulanmayacağını vurgulamıştır.<sup>412</sup>

Mahkeme, görevine genel olarak evrimselci bir yolla yaklaşmaktadır. Örnek olarak esaslı bir kaç hükümden yola çıkarak, bir devletin sorgulama veya etkin bir resmi soruşturma yürütmesine ilişkin pozitif bir yükümlülüğünün olduğu bazı durumların ortaya çıkabileceği sonucuna varmıştır. Böyle bir durum, örnek olarak, bireylerin devlet yetkilileri tarafından güç kullanılması nedeniyle<sup>413</sup> veya gözaltında iken ölmesi halinde<sup>414</sup> ya da 'en son devlet yetkililerinin elinde iken görülmüş bir bireyin daha sonra hayatı tehdit edici sayılabilen bir bağlamda ortadan kaybolduğuna yönelik makul bir iddianın kanıtlanması üzerine' ortaya çıkabilecektir.<sup>415</sup> Benzer bir şekilde Mahkeme 2. madde altındaki yaşam hakkının devletlere yetkileri içinde bulunan bir hayatın korunması için uygun tedbirleri alma yükümlülüğü getirdiğine hükmetmiştir.<sup>416</sup> Bu hükümlerle bağlantılı 13. madde uyarınca, taraf devletlerden hem başvuruçunun şikayetinin esası ile ilgilenebilecek, hem de uygun bir hukuki çözüm sağlayabilecek, hukuken ve uygulamada etkin, bir kanun yolu oluşturması istenmektedir.<sup>417</sup> Mahkeme'nin 13. maddeye ilişkin sayıları gittikçe artan kararlardaki içtihadı ayrıca göstermektedir ki, bu hüküm, devletlerden Sözleşme'deki hakların ihlallerine dair makul talepleri etkin şekilde soruşturmalarını istemektedir. Bu yükümlülüğe özellikle madde 2, 3, 5 ve 6'nun ihlaline ilişkin iddialar konu olmaktadır.<sup>418</sup>

Mahkeme kararlarının infazından Bakanlar Komitesi sorumludur.<sup>419</sup> Bu yapı Avrupa Konseyi'nin icra organı niteliğinde<sup>420</sup> politik bir kurum olup, bütün üye devletlerin Dışişleri Bakanlarından veya bunların temsilcilerinden oluşmaktadır.<sup>421</sup> Bakanlar Komitesi insan haklarının korunmasına ilişkin çeşitli işlevler de icra etmektedir. Örnek olarak Komite, 10 Kasım 1994 tarihli Avrupa Konseyi'ne Üye Devletler tarafından Kabul Edilen

<sup>409</sup> Metin için bkz., 7 NQHR, 1989, s. 255. Ayrıca bkz., *Brannigan and McBride v. UK*, Series A, cilt 258-B, 1993.

<sup>410</sup> Series A, cilt 161, 1989. Ayrıca bkz., *Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6 Şubat 2003, paragraf 66 vd. ve *El-Masri v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, 13 Aralık 2012.

<sup>411</sup> *Jabari v. Turkey*, 11 Temmuz 2000.

<sup>412</sup> *Chahal v. UK*, 15 Kasım 1996.

<sup>413</sup> Örnek olarak bkz., *McCann v. UK*, Series A, cilt 324, 1996.

<sup>414</sup> Örnek olarak bkz., *Tanli*, 10 Nisan 2001, paragraf 152.

<sup>415</sup> *Cyprus v. Turkey*, 10 Mayıs 2001, paragraf 132; 120 ILR, s. 10.

<sup>416</sup> *LCB v. UK*, 9 Haziran 1998.

<sup>417</sup> *Soering v. UK*, 7 Temmuz 1989, paragraf 120. Ayrıca bkz., *Aksoy v. Turkey*, 18 Aralık 1996, paragraf 95 ve *Akdeniz v. Turkey*, 31 Mayıs 2005, paragraf 138.

<sup>418</sup> Örnek olarak, *Kaya v. Turkey*, 19 Şubat 1998, paragraf 107; *Ilhan v. Turkey*, 27 Haziran 2000, paragraf 97; *Kurt v. Turkey*, 25 Mayıs 1998, paragraf 140 ve *Kudla v. Poland*, 26 Ekim 2000, paragraf 146–9. Mahkeme '13. maddedeki şartların bir Sözleşmecî Taraf'ın 2. madde uyarınca en son yetkililerin elinde görülmüş bir kişinin kaybolmasına yönelik etkin bir soruşturma yürütme yükümlülüğünden daha geniş' olduğuna dikkat çekmiştir, *Akdeniz v. Turkey*, 31 Mayıs 2005, paragraf 139 ve *Estamirov and Others v. Russia*, 12 Ekim 2006, paragraf 118.

<sup>419</sup> Madde 46(2).

<sup>420</sup> Avrupa Konseyi Statüsü, madde 13.

<sup>421</sup> Avrupa Konseyi Statüsü, madde 14.

Yükümlülükler Uygulanmasına Dair Deklarasyon'da, kendisine üye devletler, Genel Sekreter veya Parlamenterler Meclisi'nin bir tavsiyesiyle getirilen, bir üye devletteki demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğüne dair yükümlülüklerin uygulanmasına ilişkin sorunları görüşebileceğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin bir ihlali tespit etmesi üzerine bu mesele Bakanlar Komitesi'nin gündemine getirilecek ve davalı devlet 41. madde uyarınca adilane tazminat olarak hükmedilen bir meblağı ödemediğini ve/veya benzer yeni ihlalleri önlemek veya devam eden ihlale bir son vermek üzere genel tedbirleri almış olduğunu teyid edene kadar konu Komite'nin gündeminde kalacaktır.<sup>422</sup> Devletler tarafından bu yönde sağlanan bilgiler, Komite tarafından meşru kamusal veya özel menfaatleri korumak üzere aksine karar verilmedikçe, kamunun erişimine açıktır.<sup>423</sup>

### Avrupa Sosyal Şartı<sup>424</sup>

Şart<sup>425</sup> uzun dönemli amaçlar açıklamasıyla birlikte, daha sınırlı bir haklar listesinden oluşmaktadır. Şart işçi hakları ve sendika hakları,<sup>426</sup> çocuklar, kadınlar, engelliler ve göçmen işçiler gibi belli grupların korunması,<sup>427</sup> sosyal güvenlik hakları<sup>428</sup> ve ailenin korunması gibi konuları kapsamaktadır.<sup>429</sup> Şart bu doğrultuda Avrupa içindeki ekonomik eşitsizlikler ile ilgilenmeye yönelik bir çaba yükümlülüğü ile birlikte onaylanmasının ardından kırk beş paragrafın yalnızca (beş "anahtar madde" dahil<sup>430</sup>) onunun kabul edilmesini gerektiren bir sistem öngörmektedir. Şart<sup>431</sup> altı yıllık periyodlar için bir kez daha yenilenebilecek şekilde seçilen, on beş bağımsız uzmandan oluşan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından yürütülmektedir. Ayrıca taraf devletlerden Şart'ın bazı hükümleri hakkında yıllık raporlar sunması istenmektedir. 2007 yılından itibaren bu hükümler her biri yıllık

<sup>422</sup> Bakanlar Komitesi İçtüzüğü'nün 3. ve 4. Kuralları. Mahkeme'nin ulusal hukuk düzeninde, çok sayıda başvuruya neden olmuş veya olması muhtemel sistematik bir bozukluk bulduğu hallerde, devletten aynı kategoride bulunan diğer bireylere de uygulanması gereken bir çözüme gitmesi istenebilir. Bkz., *Broniowski v. Poland*, 22 Haziran 2004. Ayrıca bkz., V. Colandrea, 'On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures', 7 *Human Rights Law Review*, 2007, s. 396.

<sup>423</sup> Kural 5.

<sup>424</sup> Örnek olarak bkz., D. J. Harris, *The European Social Charter*, 2. Baskı, Charlottesville, 2000, 'A Fresh Impetus for the European Charter', 41 *ICLQ*, 1992, s. 659, ve 'The System of Supervision of the European Social Charter – Problems and Options for the Future' in *The Future of European Social Policy* (ed. L. Betten), 2. Baskı, Deventer, 1991, s. 1; 25 *Years of the European Social Charter* (ed. A. P. C. M. Jaspers ve L. Betten), 1988; Rehman, *International Human Rights Law*, s. 233 vd; H. Wiebringhaus, 'La Charte Sociale Europeenne: 20 Ans Apres la Conclusion du Traite', *AFDI*, 1982, s. 934; O. Kahn-Freund, 'The European Social Charter' *European Law and the Individual* (ed. F. G. Jacobs), London, 1976 ve 'La Charte Sociale Europeenne et la Convention Europeenne des Droits de l'Homme', 8 *HRJ*, 1975, s. 527; F. M. Van Asbeck, 'La Charte Sociale Europeenne' *Melanges Rolin*, Paris, 1964, s. 427 ve T. Novitz, 'Remedies for Violation of Social Rights Within the Council of Europe' *The Future of Remedies in Europe* (ed. C. Kilpatrick, T. Novitz ve P. Skidmore), London, 2000, s. 230. Ayrıca bkz., <http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/>

<sup>425</sup> 21 Mart 2016 tarihi itibarıyla, 43 devlet Şart'a taraftır.

<sup>426</sup> Madde 1–6, 9–10.

<sup>427</sup> Madde 7–8, 15, 18–19.

<sup>428</sup> Madde 11–14.

<sup>429</sup> Madde 16–17. 1988'de Şart'a cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmadan eşit çalışma fırsatı hakkını; iş yerinde işçilere bilgi verme ve danışmayı; çalışma şartlarının kararlaştırılması ve iyileştirilmesinde katılımı ve yaşlı kişilerin sosyal korumasını garanti altına alan dört ekonomik ve sosyal hak daha ekleyen bir Ek Protokol imzalanmıştır. Protokol 4 Eylül 1992'de yürürlüğe girmiştir.

<sup>430</sup> Şu yedi hak seçilmiştir: Çalışma hakkı, toplu şekilde örgütlenme ve pazarlık, sosyal güvenlik, sosyal ve tıbbi yardım, ailenin özel olarak korunması hakkı ve göçmen işçilerin ve ailelerinin korunma ve yardım hakkı. Bkz., madde 20.

<sup>431</sup> 1991 Turin Protokolü ile değiştirilmiş ve 1996'da gözden geçirilmiş haliyle. Şart'ın gözden geçirilerek 1999 yılında yürürlüğe girmiş olan son haline, 1961 Belgesi ve 1988 Protokolü'ndeki haklarla birlikte, fakirlik ve sosyal dışlanmaya karşı koruma, konut hakkı, iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma ve iş yerinde cinsel tacize karşı korunma hakkı gibi yeni haklar eklenmiştir.

gözden geçirmeye tabi olan dört tematik gruba bölünmüştür.<sup>432</sup> Devletlerin sundukları raporlar Komite tarafından incelenmekte ve varılan sonuçlar yayınlanmaktadır. Şayet bir devlet Komite'nin verdiği bir kararı uygulamazsa, Bakanlar Komitesi o devlete aynı yönde bir tavsiyede bulunmaktadır. 1995 yılında kabul edilen bir Ek Protokol ile Kolektif (Toplu) Şikayet sistemi oluşturulmuştur. Bu sistem uluslararası işveren ve sendika örgütlerinin yanı sıra Hükümetlerarası Komite tarafından bu amaca yönelik bir listede yer verilen Avrupa Konseyi'nde danışman statüsüne sahip diğer uluslararası hükümetlerdışı örgütler veya kendisine karşı şikayette bulunulan bir sözleşmecî tarafın yetkisi içindeki işveren ve işçi sendikalarını temsil eden ulusal örgütler tarafından Şart'ın yetersiz uygulanmasına ilişkin iddiaları içeren şikayetlerin sunulabilmesini öngörmektedir.<sup>433</sup> Sözleşmecî taraflar ayrıca kendi yetki alanları içinde Şart'ın düzenlediği meselelerde özel yetkiye sahip olan diğer bir ulusal hükümetdışı temsil örgütünün de kendilerine karşı şikayette bulunma hakkını tanıyan bir bildirimde bulunabilecektir.<sup>434</sup> Bu şikayetler hem kabul edilebilirlik, hem de esas hakkında karar verecek olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'ne arz edilir. Komite'nin kararı hem ilgili taraflara, hem de bu mesele hakkında son kararı verecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir.

### **İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi<sup>435</sup>**

Birçok yenilik içeren bu Sözleşme 1987 yılında imzalanmış ve 1 Şubat 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>436</sup> Sözleşme'nin ana amacı özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilerin gözetilmelerini sağlamak ve özellikle bu kişilere işkence yapılmasını veya diğer kötü şekillerde davranılmasını önlemektir.<sup>437</sup> Sözleşme uyarınca bir İşkencenin Önlenmesi Komitesi kurulması<sup>438</sup> suretiyle 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Komisyonu'nun mevcut reaktif yargısal mekanizmalarının yanısıra bir proaktif yargısal olmayan mekanizma' oluşturulması yoluna gidilmiştir.<sup>439</sup> Bu Komite'ye bilgi toplama ve rapor verme görevi verilmiştir. Komite, hürriyetinden yoksun bırakılan kişilere yapılan muameleyi incelemekte ve gerekli ise bu gibi kişilerin işkence ve gayriinsani ya da küçültücü muamele veya cezadan korunmaları amacıyla tutukluların buldukları yerlere hem periyodik nitelikte, hem de *ad hoc* ziyaretler yapabilmek üzere yetkilendirilmektedir. Periyodik ziyaretler bütün sözleşmecî taraflara düzenli bir şekilde gerçekleştirilirken, *ad hoc* ziyaretler ise Komite'nin şartların

<sup>432</sup> Bu tematik gruplar çalışma, eğitim ve fırsat eşitliği; sağlık, sosyal güvenlik ve sosyal korunma; iş hakları ve çocukların, ailelerin ve göçmenlerin korunmasına ilişkindir.

<sup>433</sup> Madde 1.

<sup>434</sup> Madde 2.

<sup>435</sup> Örnek olarak bkz., M. Evans ve R. Morgan, *Combating Torture in Europe – The Work and Standards of the European Committee for the Prevention of Torture*, Strasbourg, 2001; J. Murdoch, 'The Work of the Council of Europe's Torture Committee', 5 EJIL, 1994, s. 220; M. Evans ve R. Morgan, 'The European Torture Committee: Membership Issues', 5 EJIL, 1994, s. 249; A. Cassese, 'A New Approach to Human Rights: The European Convention for the Prevention of Torture', 83 AJIL, 1989, s. 128 ve Cassese, 'Une Nouvelle Approche des Droits de l'Homme: La Convention Européenne pour la Prevention de la Torture', 93 RGDIP, 1989, s. 6; M. Evans ve R. Morgan, 'The European Convention on the Prevention of Torture: Operational Practice', 41 ICLQ, 1992, s. 590 ve C. Jenkins, 'An Appraisal of the Role and Work of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment', SOAS Working Paper No. 11, 1996. Ayrıca bkz., [www.cpt.coe.int/en/](http://www.cpt.coe.int/en/)

<sup>436</sup> Avrupa Konseyi'nin kırk yedi üyesinin tamamı buna taraftır. Protokol No. 1 uyarınca Avrupa Konseyi üyesi olmayan bir devletin Sözleşme'ye katılmasına Bakanlar Komitesi'nin daveti yoluyla izin verilmektedir, CPT/Inf (93) 17. Sözleşme Mart 2002'de yürürlüğe girmiştir.

<sup>437</sup> Sözleşme uyarınca kurulan Komite kendi işlevini 'kabul edilebilir ve edilebilir olmayan muamele veya davranış birbirinden ayıran güvenlik sınırının' güçlendirilmesi şeklinde tanımlamıştır. Bkz., Birinci Genel Rapor, CPT (91) 3, paragraf 3.

<sup>438</sup> Bkz., 19 Eylül 1989'da Komite'ye üye seçilmesi hakkında Bakanlar Komitesi'nin kararı, Resolution DH (89) 26. Sözleşme Protokolü No. 2 uyarınca Komite üyeleri (5. maddede belirtilen tek kez yerine) iki defa seçilebilir. Bu Protokol Mart 2002'de yürürlüğe girmiştir.

<sup>439</sup> Bkz., Beşinci Genel Rapor, CPT/Inf (95) 10, 1995, s. 3.

bunu gerektirmekte olduğunu lüzumlu görmesi halinde organize edilmektedir.<sup>440</sup> Bu açıdan periyodik ziyaretlerin önceden planlanmasına karşı<sup>441</sup> Sözleşme'nin asıl yenilikçi tarafı Komite'nin şartların gerektirmesi halinde tutukluların buldukları yerleri ziyaret etme yetkisinden kaynaklanmaktadır.<sup>442</sup> Şayet Komite toplantı halinde değilse, bir acil durumda Büro (yani Komite'nin Başkanı ve Başkan Yardımcısı)<sup>443</sup> bir *ad hoc* ziyaretin Komite adına yapılmasına karar verebilmektedir.<sup>444</sup> Taraf devletler yetkileri içindeki bir kamu makamı tarafından hürriyetinden yoksun bırakılan kişilerin bulunmakta olduğu herhangi bir yere ziyaretler yapılmasına izin vermeye rıza göstermişlerdir.<sup>445</sup> Ancak istisnai durumlarda ilgili devletin yetkili makamları tarafından milli savunma, kamu güvenliği, ciddi karışıklık, bir kişinin sağlık durumu veya ciddi bir suça taalluk eden acil bir sorgulamanın yürütülüyor olması gibi gerekçelerle ziyaret zamanı ve yeri hakkında Komite'ye bir teklifte bulunulabilir.<sup>446</sup> Komite hürriyetinden yoksun bırakılmış kişilerle özel olarak görüşebilir ve bilgi verebileceğine inandığı ilgili herhangi bir kişi ile serbestçe haberleşebilir.<sup>447</sup>

Her ziyaretten sonra, Komite ilgili tarafa gönderilmek üzere bir rapor hazırlar. Bu rapor ilgili taraf devlet kamuya açıklanmasını istemedikçe<sup>448</sup> gizli kalacaktır.<sup>449</sup> Bir devletin işbirliği yapmayı veya yapılan tavsiyeler ışığında durumu iyileştirmeyi reddetmesi halinde, devlete bu konuda görüşlerini bildirme imkanının verilmesinin ardından Komite, üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla kamuya bir açıklama yapmaya karar verebilir.<sup>450</sup> Komite faaliyetleri hakkında Bakanlar Komitesi'ne yıllık bir genel rapor verir ve bu rapor Parlamenteler Meclisi'ne iletilmesinin ardından kamuya açıklanır.<sup>451</sup> Yayınlanan raporlarında açıkladığı kadarıyla Komite'nin benimsediği yaklaşım ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasındaki ilişki özellikle ilginç olup, Komite'nin tutuklama ve kötü muameleyle ilişkin meselelerde daha esnek bir yaklaşımı benimsediği görülmektedir.<sup>452</sup>

<sup>440</sup> Bkz., madde 1 ve 7. Ayrıca bkz., Komite İçtüzüğü Kuralları, 1989, CPT/Inf (89) 2 ve özellikle Kural 29-35. Bu kurallar pek çok defa değiştirilmiş olup, en yenisi 12 Mart 1997'de yapılmıştır. Ayrıca bkz., Onyedinci Genel Rapor, 2007, CPT/Inf (2007) 39, s. 14.

<sup>441</sup> Temmuz 2013 itibarıyla 206 periyodik ziyaret yapılmıştır. Bkz., [www.cpt.coe.int/en/about.htm](http://www.cpt.coe.int/en/about.htm).

<sup>442</sup> Temmuz 2013 itibarıyla 138 *ad hoc* ziyaret yapılmıştır. Bkz., [www.cpt.coe.int/en/about.htm](http://www.cpt.coe.int/en/about.htm). Ayrıca bkz., Murdoch, 'Work of the Council of Europe's Torture Committee', s. 227.

<sup>443</sup> 2008 İçtüzüğü, Kural 9.

<sup>444</sup> *A.g.e.*, Kural 30.

<sup>445</sup> Madde 2.

<sup>446</sup> Madde 9(1).

<sup>447</sup> Madde 8.

<sup>448</sup> Bkz., Kural 39. Bu raporların çoğu sözleşmeciler devletlerin yapmış olduğu açıklamalarla birlikte yayınlanmıştır. Komite'nin Beşinci Genel Raporu'nda otuz yedi ziyaret raporundan yirmi birinin yayınlanmış olduğu ortaya koyulmakta olup, geride kalan on altısının da yakında yayınlanması beklenmektedir, CPT/Inf (95) 10, s. 6.

<sup>449</sup> Komite'nin ilgili sözleşmeciler devlete yaptığı ziyaret veya istişareler neticesinde toplanmış olan bilgiler de gizli tutulur, (madde 11(1)).

<sup>450</sup> Madde 10(2). Örnek olarak bkz., Türkiye'de polis gözaltı koşullarına dair kamuoyu açıklamaları, CPT/Inf (93) 1, paragraf 21 ve 37. Çeçenistan'na ilişkin durum 2001, 2003 ve 2007'de kamuoyu açıklamalarının yapılmasına yol açmıştır. Örneğin bkz., CPT/Inf (2002) 15, Appendix 6 ve CPT/Inf (2007), Appendix 9. Bulgaristan'a dair bir kamuoyu açıklaması yapılmıştır. Bkz., <http://www.cpt.coe.int/en/annual/CPT-Report-2015.pdf>, s. 7.

<sup>451</sup> Madde 12. Bu rapor 11. maddedeki mahremiyet kurallarına tabidir. Komite raporları ayrıca devletlere yol göstermek üzere genel esaslara ilişkin bölümler içermektedir. Bunların bir koleksiyonu için bkz., *The CPT Standards*, CPT/Inf/E (2002) 1.

<sup>452</sup> Örnek olarak bkz., Murdoch, 'Work of the Council of Europe's Torture Committee', ss. 238 vd.

**Avrupa Konseyi Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi**<sup>453</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde azınlıklar sorunu yalnızca 14. maddede yer alan bir olası gerekçe olarak ayrımcılık yasağı açısından ele alınabilmektedir. Ancak Avrupa Konseyi azınlıklar meselesi ile geçtiğimiz yıllarda daha güçlü bir şekilde ilgilenmeye başlamıştır. Bu çerçevede Avrupa Yerel ve Bölgesel Yetkililer Daimi Konferansı'nın 192 (1988) sayılı kararı ile bir Avrupa Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartı metni teklif edilmiş ve Azınlık Haklarına dair Parlamenterler Meclisi'nin 1134 (1990) sayılı tavsiyesi ile bu konu hakkında ya Avrupa Sözleşmesi'ne bir protokol eklenmesi ya da özel bir sözleşme yapılması çağrısı yapılmıştır.<sup>454</sup> Buradan hareketle Bakanlar Komitesi 22 Haziran 1992 tarihinde Bölgesel veya Azınlık Dilleri için Avrupa Şartı'nı kabul etmiştir.<sup>455</sup> Bu Şart altında, bölgesel veya azınlık dillerinin kullanılmasının teşvik edilmesi için çeşitli tedbirler önerilmektedir; örnek olarak, eğitim alanında, mahkeme süreçlerinde, kamu hizmetlerinde, medyada, kültürel faaliyetlerde, ekonomik ve sosyal hayatta ve sınırötesi alım-satımda. Uygulamanın denetimi ise Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne sunulan ve biçimi Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmiş periyodik raporlar yoluyla yapılmaktadır.<sup>456</sup> Genel Sekreter ise Şart'ın uygulanması ile ilgili olarak Parlamenterler Meclisi'ne iki yılda bir ayrıntılı bir rapor hazırlamaktadır.<sup>457</sup> Bakanlar Komitesi tarafından Avrupa Konseyi üyesi olmayan bir devlet Şart'a katılmaya davet edilebilecektir.<sup>458</sup>

Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi 10 Kasım 1994 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiş ve 1 Şubat 1995'de imzaya açılmıştır.<sup>459</sup> Çerçeve Sözleşme ulusal azınlıklara mensup kişilerin kanun önünde eşitlik hakkının altını çizmekte ve bir ulusal azınlığa mensubiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Çerçeve Sözleşme'nin tarafları bir ulusal azınlığa mensup kişiler ile çoğunluğa mensup olanlar arasında ekonomik, sosyal, politik ve kültürel yaşamın tüm alanlarında tam ve etkin bir eşitlik sağlamak amacıyla gerektiği yerde uygun tedbirleri almayı taahhüt etmektedirler.<sup>460</sup> Taraflar ulusal azınlıklara mensup kişilere kültürlerini sürdürebilmeleri ve kendi kimliklerinin temel unsurlarını, yani kendi din, dil, gelenek ve kültürel miraslarını korumaları için gerekli şartları teşvik etmeyi taahhüt

<sup>453</sup> Genel olarak bkz., *The Rights of Minorities: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities* (ed. M. Weller), Oxford, 2006; *The European Convention for the Protection of National Minorities* (ed. P. Lemmens, A. Alen, B. de Witte ve A. Verstichel), 2008; P. Thornberry ve M. Estebanez, *The Council of Europe and Minorities*, Strasbourg, 1994 ve G. Pentasuglia, *Minorities in International Law*, Strasbourg, 2002. Ayrıca bkz., [www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/default_en.asp)

<sup>454</sup> Ayrıca bkz., Tavsiyeler 1177 (1992) ve 1201 (1993).

<sup>455</sup> Mart 1998'de yürürlüğe girmiştir. Bkz., [www.coe.int/t/dg4/education/minlang/](http://www.coe.int/t/dg4/education/minlang/)

<sup>456</sup> Madde 15. Örnek olarak bkz., Almanya'nın raporları, MIN-LANG (2013), İngiltere'nin raporları, MIN-LANG/PR (2013) ve Polonya'nın raporları MIN-LANG (2015) PR 3. Bu raporlar ilgili taraf devletin aday gösterdiği, yeniden atanması mümkün olan ve altı yıl süreyle göre yapan her taraf devletten gelen birer üyeden oluşan bir uzmanlar komitesi tarafından incelenmektedir (madde 16 ve 17). bir taraf devlete hukuki olarak kurulmuş bulunan birimler ve dernekler bu devletin üstlenmiş bulunduğu yükümlülükler için devletin temsilcileri olarak uzmanlar komitesinin dikkatini çekebilir ve devlet raporlarına dayanarak uzmanlar komitesinin kendisi Bakanlar Komitesi'ne rapor sunar. Taraflardan talep edilen izahatlar uzmanlar komitesinin raporlarına eklenebilir ve bu raporlar uzmanlar komitesinin Bakanlar Komitesi'ne devletlere ilişkin tavsiyelerde bulunmasına dair önerilerini de içerebilir. Bkz. örneğin Bakanlar Komitesi'nin Birleşik Krallık'a ilişkin tavsiyeleri CM/RecChL(2014)3 ve Almanya'ya ilişkin tavsiyeleri CM/RecChL(2014)5.

<sup>457</sup> Madde 16. Bkz., 2000 yılındaki ilk iki yıllık rapor, Doc. 8879 ve 2002'deki ikincisi, Doc. 9540.

<sup>458</sup> Madde 20.

<sup>459</sup> Sözleşme 1 Şubat 1998'de yürürlüğe girmiştir. Ayrıca bkz., 1995 tarihli Ulusal Azınlıkların korunması Çerçeve Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Raporu. *Ad hoc* bazda Ulusal Azınlıkların Korunması Komitesi (CAHMIN) kuruldu. Ocak 1996'da ilave protokol hazırlanmasına dair olarak Komite'nin çalışması askıya alındı. Bkz., CAHMIN (95) 22 Addendum, 1996.

<sup>460</sup> Madde 4.

etmektedirler.<sup>461</sup> Ulusal azınlıklara mensup kişilerin bireysel insan haklarının ortaklaşa ifade edilmesine saygı duyulacak<sup>462</sup> ve bu kişilerin geleneksel olarak veya esaslı sayılarda yaşadıkları yerlerde taraflar, bu kişilerle idari yetkililer arasındaki ilişkilerde azınlık dillerinin kullanılmasına imkan verecek şartları mümkün olduğu kadarıyla sağlamaya çalışacaklardır.<sup>463</sup> 16. madde uyarınca taraflar ulusal azınlıklara mensup kişilerin ikamet ettiği coğrafi alanda nüfus oranlarını değiştirecek tedbirler almaktan kaçınacaklardır.

Çerçeve Sözleşme'nin uygulanması bir uzmanlar danışma komitesinin yardımı ile<sup>464</sup> ve sözleşmeciler devletlerin sunduğu periyodik raporlar temelinde<sup>465</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmektedir.<sup>466</sup> Denetlemelerin düzeni hakkındaki kurallar Bakanlar Komitesi tarafından 1997 yılında kabul edilmiş<sup>467</sup> ve Danışma Komitesi'nin faaliyetlerine 1998 yılında başlanmıştır. Komite taraf devletlerce gönderilmesinin ardından Avrupa Konseyi tarafından kamuoyuna duyurulan devlet raporlarını incelemekte<sup>468</sup> ve ilgili devletin alacağı tedbirler hakkında bir görüş hazırlamaktadır.<sup>469</sup> Komite bir taraf devletin kendisinden, bireylerden ve STK'lar dahil diğer başka kaynaklardan ek bilgi isteyebilmekte, fakat bireysel şikayet başvuruları ile ilgilenmemektedir. Komite hükümetlerle toplantılar yapabilmektedir. Şayet ilgili devlet isterse toplantı yapılması zorunludur. Komite ayrıca ülke ziyaretleri süreci sırasında ilgili devlet dışında başka gruplarla da toplantı yapabilmektedir. Danışma Komitesi'nin görüşünün alınmasının ardından, Bakanlar Komitesi taraf devletçe alınmış tedbirlerin yeterliliğine dair (sonuç adıyla anılır) nihai kararını verecektir. Uygun düşmesi halinde, ilgili taraf devlet bakımından tavsiyelerde bulunma yoluna da gidebilecektir. Bakanlar Komitesi'nin benimsediği sonuç ve tavsiyeler, ilgili taraf devletin Danışma Komitesi'nin açıkladığı görüş hakkında sunmuş olabileceği her hangi bir yorum beyanı ile birlikte, kamuoyuna açıklanır. Danışma Komitesi'nin görüşü de kural olarak Bakanlar Komitesi'nin sonuçları ile birlikte kamuoyuna açıklanır. 1998'de başlayan ilk denetleme dönemi sonunda Danışma Komitesi'nin benimsediği otuz dört görüş ve Bakanlar Komitesi'nin benimsediği yirmi dokuz karar açıklanmıştır. Bu tür denetleme dönemleri her beş yılda bir gerçekleştirilmektedir.

Azınlık üyelerine tanınan hakların çeşitliliği BM belgelerinde öngörülenlerden açıkça daha fazla olsa da,<sup>470</sup> 'ulusal azınlıklar' ile sınırlandırılmış olduğundan kapsamı daha dardır. Çerçeve Sözleşme'nin kendisi ulusal azınlığın anlamı bakımından bir konsensus

<sup>461</sup> Madde 5. Taraflar ayrıca ulusal azınlıklara mensup kişilere rızaları aleyhine asimilasyon politika ve uygulamalarından kaçınmak konusunda anlaşmıştır.

<sup>462</sup> Örnek olarak, toplanma, dernek kurma, ifade, düşünce, vicdan ve din özgürlükleri (madde 7). Ayrıca bkz., madde 8 ve 9.

<sup>463</sup> İstenmesi halinde ve böyle bir talebin gerçek bir ihtiyaca dayanması halinde (madde 10(2)). Benzer biçimde azınlık dilindeki yerel adlar, sokak adları ve kamuya yönelik diğer topografik işaretler bakımından (madde 11(3)) ve azınlık dilinde eğitim almak için veya bu dili kullanmak için yeterli fırsatlar sağlanması bakımından (madde 14(2)).

<sup>464</sup> Madde 26.

<sup>465</sup> Madde 25. İlk raporların süresi 1 Şubat 1999'da dolmuştur.

<sup>466</sup> Madde 24. Avrupa Konseyi üyesi olmayan devletler uygulama mekanizmasına kararlaştırılacak usullere göre katılacaktır. Yugoslavya Federal Cumhuriyeti Sözleşme'ye 11 Mayıs 2001'de taraf olmuş ve ilk raporunun süresi 1 Eylül 2002'de dolmuştur.

<sup>467</sup> Resolution (97) 10 ve bkz., H(1998)005 rev.11.

<sup>468</sup> Bu tür raporlar için Komite tarafından bir Kılavuz yayınlanmıştır. Bkz., ACFC/INF(2003)001 ve ACFC/III(2011)001.

<sup>469</sup> Bu kitabın yazımı esnasında mevcut olan görüşlerin listesi için bkz., <http://www.coe.int/en/web/minorities/compilation-of-opinions>

<sup>470</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

sağlanamadığından, bu terime dair hiçbir tanım içermemektedir.<sup>471</sup> Ancak Parlamenteler Meclisi tarafından benimsenen 1201 (1993) sayılı tavsiye kararı ve bunu yeniden tasdik eden 1255 (1995) sayılı tavsiye kararında bu açıdan bir devletin ülkesinde ikamet eden ve onun vatandaşı olan; o devletle eskiden beri süregelen, sıkı ve kalıcı bağları sürdüren; ayırıcı etnik, kültürel, dini veya dilsel özellikler gösteren; o devletin veya devletin bir bölgesindeki nüfusu, kalanından sayıca az da olsa, yeterince temsil edici olan; ve kendi kültürleri, gelenekleri, dinleri veya dilleri dahil, kendi ortak kimliklerini oluşturan hususları birlikte muhafaza etme yönünde bir kaygı ile harekete geçen kişilerin kasdedildiği ifade edilmiştir. Bu konuda ulusal azınlıklara mensup kişilerin ilgili devletin vatandaşları ile sınırlandırılması bazen bir endişe kaynağı olabilir.<sup>472</sup> Azınlık haklarının korunması meselesi hem içeriği hem de kapsamı bakımından hala bir tartışma konusudur.<sup>473</sup>

### Avrupa Birliği<sup>474</sup>

Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran 1957 Roma Antlaşması'nın kendisi bir insan hakları antlaşması değildir. Ancak Avrupa Adalet Divanı, topluluk hukukunun bir kaç kaynaktan ortaya çıkan bu konuyla alakalı bazı hukuk genel prensiplerini içerdiğine hükmetmiştir.<sup>475</sup> *Internationale Handelsgesellschaft* davasında<sup>476</sup> Divan 'temel haklara saygının Adalet Divanı tarafından korunan hukuk genel prensiplerinin bütünüyle bir parçasını oluşturduğuna' dikkat çekmiştir.<sup>477</sup> *Nold v. Commission* davasında<sup>478</sup> ise Divan üye devletlerin anayasaları tarafından tanınan ve korunan temel haklarla çelişen tedbirlerin onaylanamayacağını vurgulamıştır. Ayrıca üye devletlerin işbirliği içinde olduğu veya imzalamış buldukları insan haklarının korunmasına dair uluslararası

<sup>471</sup> Bkz., 'bu aşamada Avrupa Konseyi üyesi devletlerin tamamının desteğini alabilecek bir tanıma ulaşmak mümkün olmadığından pragmatik bir yaklaşım benimsenmesine karar verilmiştir' şeklinde bir ifade içeren Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporu, H(1995)010, paragraf 12. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ulusal azınlıkların tanımı problemine dikkat çekmiştir. Bkz., *Gorzelik v. Poland*, 20 Aralık 2001, paragraf 62.

<sup>472</sup> Örnek olarak bkz., R. Higgins, 'Minority Rights Discrepancies and Divergencies Between the International Covenant and the Council of Europe System', *Liber Amicorum for Henry Schermers*, The Hague, 1994.

<sup>473</sup> Örnek olarak bkz., Parlamenteler Meclisi Tavsiyesi, Rec 1492 (2001) ve Danışma Komitesi'nin 14 Eylül 2001 tarihli cevabı. Avrupa Konseyi, yukarıda anılan hususlarla ilgili olabilecek insan hakları faaliyetlerinin başka alanlarına ilişkin tedbirler de kararlaştırmıştır. Bkz., örneğin, 1985 tarihli Avrupa Yerel Öz Yönetim Şartı, 1992 tarihli Avrupa Yabancıların Yerel Düzeyde Kamu Hayatına Katılması Sözleşmesi, 1980 tarihli Ülkesel Topuluklar veya Yönetimler Arasında Sınır Ötesi İşbirliğine Dair Avrupa Çerçeve Sözleşmesi, 1977 tarihli Avrupa Göçmen İşçiler Sözleşmesi ve 1995 tarihli Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi.

<sup>474</sup> Örnek olarak bkz., D. Chalmers, G. Davies ve G. Monti, *European Union Law: Cases and Materials*, 3. Baskı, Cambridge, 2014; D. Chalmers ve A. Tomkins, *European Union Public Law*, Cambridge, 2007; *European Fundamental Rights and Freedoms* (ed. D. Ehlers), Berlin, 2007; Rehman, *International Human Rights Law*, s. 243 vd; *The European Union and Human Rights* (ed. N. Neuwahl ve A. Rosas), Dordrecht, 1995; *The EU and Human Rights* (ed. P. Alston), Oxford, 1999; L. Betten ve N. Grief, *EU Law and Human Rights*, London, 1998; *Steiner and Woods EU Law* (ed. L. Woods ve P. Watson), Oxford, 2014 ve *The Oxford Handbook on European Law* (ed. A. Arnall ve D. Chalmers), Oxford, 2015;; T. C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, 8. Baskı, Oxford, 2014; M. Mendelson, 'The European Court of Justice and Human Rights', 1 *Yearbook of European Law*, 1981, s. 126, ve H. Schermers, 'The European Communities Bound by Fundamental Human Rights', 27 *Common Market Law Review*, 1990, s. 249.

<sup>475</sup> Örnek olarak bkz., *Stauder v. City of Ulm* [1969] ECR 419; *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125; *Nold v. EC Commission* [1974] ECR 491; *Kirk* [1984] ECR 2689 ve *Johnston v. Chief Constable of the RUC* [1986] 3 CMLR 240. Ayrıca bkz., Avrupa Parlamentosu, Konseyi ve Komisyonu'nun 5 Nisan 1979 tarihli Ortak Açıklaması, *Official Journal*, 1977, C103/1; Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığına Karşı Ortak Açıklama, 11 Haziran 1986, *Official Journal*, 1986, C158/1 ve Avrupa Parlamentosu'nun Temel Haklar ve Özgürlükler Açıklaması, 1989, *EC Bulletin*, 4/1989.

<sup>476</sup> [1970] ECR 1125, 1134.

<sup>477</sup> Ayrıca bkz., *Re Accession of the European Community to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* 108 ILR, s. 225 ve *Kremzow v. Austria* [1997] ECR I-2629; 113 ILR, s. 264.

<sup>478</sup> [1974] ECR 491, 507.

antlaşmaların topluluk hukuku çerçevesinde izlenmesi gereken yönlendirici bazı ilkeler sunabilecekleri ifade edilmiştir.<sup>479</sup> Bunun başlıca örneği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir ve bu Sözleşme'ye Divan tarafından pek çok vesile ile başvurulmuştur.<sup>480</sup> Ayrıca AB şu anda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne bizzat katılmak üzeredir. Bunun sonucunda AB ve onun hukuki işlemleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yetkisine tabi hale gelecektir.<sup>481</sup>

1992 Avrupa Birliği Antlaşması (Maastricht Antlaşması) ile Roma Antlaşması değiştirilmiş ve 1992 Antlaşması ile oluşturulan diğer politika ve işbirliği biçimleri ile takviye edilen orijinal Avrupa Toplulukları temeli üzerinden bir Avrupa Birliği kurulmuştur. Başlık I, madde F (2)'de bu Birliğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından garantiye alınan ve ortak anayasal geleneklerden kaynaklanan 'Topluluk hukukunun genel prensiplerinden olan temel haklara gereken saygıyı göstereceği' not edilmektedir. Başlık VI, madde K.1 uyarınca, üye devletler sığınma, göç, uyuşturucu, hukuk ve ceza yargısı işbirliği, gümrük işbirliği ve bazı polisiye işbirliği biçimlerini, madde K.2 uyarınca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile 1951 Mültecilerin Statüsüne Dair Sözleşme'ye uygun şekilde ele alınacak, 'ortak çıkarları ilgilendiren konular' olarak kabul edecekleri üzerinde anlaşmışlardır. 1990'ların başlarından itibaren, Avrupa Toplulukları tarafından ticaret ve yardım politikalarına, madde 177(2) ile resmileştirilen, insan hakları referansları dahil edilmeye başlanmış olup, 1990'ların ortalarından itibaren yapılan bütün ticaret ve işbirliği antlaşmaları insan haklarına saygı gösterilmesine ilişkin hükümler içermektedir.<sup>482</sup>

1 Mayıs 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile Avrupa Birliği Antlaşması'na (Lizbon Antlaşması'nın 2009'da yürürlüğe girmesinden itibaren Avrupa Birliği Konsolide Antlaşması adını alacaktır) yeni bir 6. madde eklenmiş olup, burada Avrupa Birliği'nin 'Üye devletlerde ortak olan prensiplerden özgürlük, demokrasi, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğüne dayalı olduğu' ifade edilmiş ve Birliğin ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından 'garanti altına alınan temel haklara saygı göstereceği' vazedilmiştir.<sup>483</sup> Bu prensipleri 'ciddi ve sürekli' biçimde ihlal eden üye devletler ise Birlik Antlaşması'nın uygulanmasından kaynaklanan haklardan bazılarının askıya alınması riski ile karşılaşabilecektir.<sup>484</sup> Buna ek olarak aday ülkelerin Birliğe katılmak için bu prensiplere saygı göstermeleri gereklidir.<sup>485</sup> Aralık 2000'de Avrupa Birliği tarafından kabul edilen Temel Haklar

<sup>479</sup> Örnek olarak bkz., *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* [1979] ECR 3727 ve *SPUC v. Grogan* [1991] ECR I-4685.

<sup>480</sup> Örnek olarak bkz., *Rutili* [1975] ECR 1219; *Valsabbia v. Commission* [1980] ECR 907; *Kirk* [1984] ECR 2689; *Dow Chemical Iberica v. Commission* [1989] ECR 3165; *ERT* [1991] ECR I-2925 ve *X v. Commission* [1992] ECR II-2195 ve 16 HRLJ, 1995, s. 54.

<sup>481</sup> Bkz., Avrupa Birliği Konsolide Antlaşması (madde 6(2)). OJ, 2012 C326/15 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, madde 59(2). AB'nin Sözleşme'ye katılımı taslak antlaşması hazırlanmıştır. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting\\_reports/47\\_1\(2013\)008rev2\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf). Luxemburg'daki AB Adalet Divanı Aralık 2014'te taslak katılım antlaşmasını reddetmiştir (Opinion 2/3). <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180en.pdf>

<sup>482</sup> Örnek olarak bkz., E. Riedel ve M. Will, 'Human Rights Clauses in External Agreements', Alston, *The EU and Human Rights*, s. 723.

<sup>483</sup> Bkz., Avrupa Adalet Divanı'nın Avrupa Tutuklama Emri bağlamında bu prensiplere ilişkin tartışması, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, 3 Mayıs 2007. Bkz., A. Hinarejos, 'Recent Human Rights Developments in the EU Courts', *7 Human Rights Law Review*, 2007, s. 793.

<sup>484</sup> Konsolide Antlaşma, madde 7.

<sup>485</sup> Konsolide Antlaşma, madde 49. Ayrıca bkz., demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve azınlıkların korunmasını garanti eden istikrarlı kurumlara yer veren 1993 Kopenhag Kriterleri, EC Bulletin 6-1993, I.13.



Şartı'nın<sup>486</sup> bu tarihteki statüsü belirsizlik taşımaktaydı. Ancak söz konusu Şart'a, Birlik içinde paylaşılan değerler kümesinin bir ifadesi olarak Avrupa Adalet Divanı'nın Hukuk Sözcüleri<sup>487</sup> ile İlk Derece Mahkemesi<sup>488</sup> ve daha yakın zamanda da Avrupa Adalet Divanı tarafından sıkça atıf yapılmaya başlanmıştır.<sup>489</sup> Lizbon Antlaşması'nın 2009'da yürürlüğe girmesi ile bu Şart bağlayıcı hale gelmektedir.

Avrupa Parlamentosu da insan hakları meselelerinin dikkate alınmasında etkin bir rol oynamaktadır.<sup>490</sup>

### AGİT (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı)<sup>491</sup>

Başlangıçta "Helsinki Süreci" adı verilmiş olan ve resmi olarak Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı olarak anılan yapı, iki yıllık tartışmaların ardından o zamanki otuz beş katılımcı devletin<sup>492</sup> temsilcileri tarafından 1 Ağustos 1975 tarihinde imzalanan Helsinki Toplantısı Nihai Senedi ile kurulmuştur. Nihai Senet<sup>493</sup> esas olarak uluslararası güvenlik ve devletlerin ilişkilerindeki sorunlar ile ilgilenmiş ve savaş sonrası dönemde Avrupa'daki bölgesel sorunlara çözümlerin kabul edilebileceği bir araç olarak görülmüştür. Nihai Sened bir politik açıklama teşkil etmekte ve dolayısıyla bağlayıcı bir antlaşma olarak görülmemektedir. Bununla beraber Nihai Senet'in Avrupa'daki gelişmeler üzerindeki etkisi pek çok bağlayıcı antlaşmanın etkisinden çok daha fazla olmuştur.

Nihai Sened içindeki "Sepet I" adlı kısma katılımcı devletler arasındaki ilişkilerle ilgili on temel prensiplik bir liste yerleştirmiş olup, buradaki 7. prensip 'düşünce, vicdan, din ve inanç özgürlüğü dahil temel haklar ve özgürlüklere saygı' ile ilgilidir. "Sepet III" ise İnsani ve Diğer Alanlarda İşbirliği'ni ele almakta ve ailelerin birleştirilmesi, enformasyon yayımının serbestliği ve eğitim alanında işbirliğini kapsamaktadır.<sup>494</sup>

Ocak 1989'da Viyana'daki üçüncü "izleme" toplantısında, esasen o dönemde SSCB ve Doğu Avrupa'nın değişen tavırlarının bir neticesi olarak, özellikle somut hakların ve yükümlülüklerin tanınması ve ayrıntılı hükümler kapsamında insan haklarına ilişkin büyük ilerleme sağlanmıştır.<sup>495</sup> "Avrupa'da Güvenliğe İlişkin Sorunlar" adı verilmiş olan kısım bir

<sup>486</sup> Bu belge hukuk önünde eşitlik prensibi (madde 20) ve ayrımcılık yasağı (madde 21) dahil çok sayıda hak öngörmektedir. Şart subsidiarite prensibine saygı çerçevesinde AB kurumları ve organlarının yanı sıra AB hukukunu uygulamaları halinde ulusal yetkililere yöneliktir, bkz., <http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/index.en.htm>

<sup>487</sup> Örnek olarak bkz., *BECTU* [2001] ECR I-4881 ve *Netherlands v. Parliament and Council* [2001] ECR I-7079.

<sup>488</sup> Örnek olarak bkz., *Jego-Quere v. Commission* [2002] ECR II-2365.

<sup>489</sup> Örnek olarak bkz., *European Parliament v. Council* [2006] ECR I-5769 ve C-411/04 P, *Salzgitter Mannesmann v. Commission*, 25 Ocak 2007. Ayrıca bkz. *The EU Charter of Fundamental Rights* (ed. S. Peers, T. Hervey, J. Kenner ve A. Ward), Oxford, 2014 ve *A, B and C v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-148/13 to C-150/13, 2 Aralık 2014.

<sup>490</sup> Örnek olarak bkz., Parlamento'nun Avrupa Topluluğu'nda İnsan Haklarına Saygıya İlişkin Yıllık Raporları, <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/en/20150201PVL00015/Human-rights>.

<sup>491</sup> Örnek olarak bkz., Rehman, *International Human Rights Law*, s. 267 vd; A. Bloed, 'Monitoring the CSCE Human Dimension: In Search of its Effectiveness', *Monitoring Human Rights in Europe* (ed. Bloed ve diğerleri), Dordrecht, 1993, s. 45; *The CSCE* (ed. A. Bloed), Dordrecht, 1993; *Human Rights, International Law and the Helsinki Accord* (ed. T. Buergenthal), Montclair, NJ, 1977; T. Buergenthal, 'The Helsinki Process: Birth of a Human Rights System', *Human Rights in the World Community* (ed. R. Claude ve B. Weston), 2. Baskı, Philadelphia, 1992, s. 256; *Essays on Human Rights in the Helsinki Process* (ed. A. Bloed ve P. Van Dijk), Dordrecht, 1985; A. Bloed ve P. Van Dijk, *The Human Dimension of the Helsinki Process*, Dordrecht, 1991; D. McGoldrick, 'Human Rights Developments in the Helsinki Process', 39 ICLQ, 1990, s. 923 ve McGoldrick, 'The Development of the Conference on Security and Co-operation in Europe – From Process to Institution', *Legal Visions of the New Europe* (ed. B. S. Jackson ve D. McGoldrick), London, 1993, s. 135. Ayrıca bkz., [www.osce.org/what/human-rights](http://www.osce.org/what/human-rights).

<sup>492</sup> Yani Arnavutluk hariç, Batı ve Doğu Avrupa'nın bütün devletlerine ek olarak Birleşik Devletler ve Kanada.

<sup>493</sup> Metin için bkz., 14 ILM, 1975, s. 1292.

<sup>494</sup> 'II. Sepet' ekonomi, bilim, teknoloji ve çevre alanlarında işbirliğini kapsamaktadır.

<sup>495</sup> Nihai Dokümanın metni için bkz., 10 HRLJ, 1989, s. 270.

Prensipier bölümü içermekte olup, taraflar burada diğierlerinin yanı sıra insan haklarına gösterecekleri saygıyı ve bunların etkin şekilde icrasını garanti altına alma kararlılıklarını teyid etmişlerdir. 13-27 arası paragraflar ayrıntılı ve somut bir şekilde, adil yargılanma haklarından, eşitliğe ve ayrımcılık yasağına ve dini topluluk ve azınlıkların haklarından, mültecilerin haklarına kadar uzanan, saygı gösterilmesi gereken bir insan hakları prensipier listesi içermektedir.<sup>496</sup>

1990 yılında Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi'nde kabul edilen Paris Şartı'nda,<sup>497</sup> bakanlar ve üst düzey memurlar seviyesinde daha düzenli istişareler çağırısı yapılmış ve Dışişleri Bakanları Konseyi, Üst Düzey Memurlar Komitesi ve bir de sekreteryanın kurulması ile sürecin kurumsallaşması yönünde önemli bir aşamaya geçilmiştir. İnsan Hakları ile Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü bölümü ise yeni Avrupa'nın inşası için 'temel taşı' niteliğinde olup, etkin bir hukuk yoluna başvuru hakkı dahil, mutlak saygı gösterilmesi gereken, bir insan hakları listesi içermektedir. 1991 Moskova İnsani Boyut Toplantısı'nda,<sup>498</sup> İnsani Boyut mekanizması AGİK sürecinin esaslı bir başarısı olarak tanımlanmış ve bu mekanizma daha da güçlendirilmiştir.<sup>499</sup>

1992 Helsinki Konferansı'na kadar katılımcı devletlerin sayısı elli ikiye ulaşmıştır.<sup>500</sup> Doğu Avrupa'da demokratik rejimlerin kurulmasının, Sovyetler Birliği'nin sona ermesinin ve Yugoslavya ile Doğu Avrupa'nın başka kısımlarındaki gerilimlerin artmasından ardından Avrupa'daki politik iklim dramatik şekilde değişmiştir.–Helsinki'deki toplantıda AGİK sürecinin BM Şartı'nın VIII. Bölüm'ü açısından bir bölgesel düzenleme olduğu açıklanmıştır.<sup>501</sup> AGİK alanı içinde barışı, istikrarı veya katılımcı devletler arasındaki ilişkileri etkileyecek bir çatışmaya dönüşme potansiyeline sahip ulusal azınlık meselelerine ilişkin gerilimler bakımından bir erken uyarı ve uygun olması halinde bir erken eylem aracı tedarik etmek

<sup>496</sup> Paragraf 18 ve 32. 'İnsani ve Diğier Alanlarda İşbirliği' adlı kısım Kişiler Arasındaki Temaslar hakkında önemli bir bölüm içermekte olup, burada kişilerin kendi ülkesinden ayrılma ve oraya dönme hakkı yeniden tasdik edilmiştir. Viyana Sonuç Belgesi ayrıca konuyla ilgili bazı uygulama tedbirlerinin öngörölmüş olduğu 'AGİK İnsani Boyutu' adı verilen bir bölüm içermektedir. Buna göre katılımcı devletler AGİK'in insani boyutuna ilişkin sorunlar hakkında bilgi alış verişini yapmaya ve diğier katılımcı devletlerin kendilerine yönelttikleri bilgi talepleri ve şikayetleri cevaplandırmaya karar vermiştir. Bu sorunları incelemek amacıyla katılımcı devletler, talep eden devletle ikili görüşmeler yapabilecekler ve bu sorunları diplomatik kanallardan veya ileride yapılacak 'izleme' toplantılarında ya da İnsani Boyut Konferansı toplantılarında gündeme getirerek diğier katılımcı devletlerin dikkatine sunabileceklerdir. Ancak bu usul gizliliğe tabi tutulmuştur. Bu mekanizma 1989 ve 1992 arasında 100 defadan fazla kullanılmıştır. Bkz., Bloed ve Van Dijk, *Human Dimension*, s. 79, ve McGoldrick, 'Development of the CSCE', s. 139. Ayrıca bkz., H. Tretter, 'Human Rights in the Concluding Document of the Vienna Follow-up Meeting of the Conference on Security and Co-operation in Europe of January 15, 1989', 10 HRLJ, 1989, s. 257; R. Brett, *The Development of the Human Dimension Machinery*, Essex University, 1992 ve A. Bloed ve P. Van Dijk, 'Supervisory Mechanisms for the Human Dimension of the CSCE: Its Settingup in Vienna, its Present Functioning and its Possible Development towards a General Procedure for the Peaceful Settlement of Disputes', Bloed ve Van Dijk, *Human Dimension*, s. 74. 1990 Kopenhag toplantısının Nihai Belgesi'nde, katılımcı devletler hukukun üstünlüğü, özgür ve adil seçimler, demokrasi, çoğulculuk prensipleri ve adil yargılanma hakkına ilişkin desteklerini açıklamışlardır. Bkz., 8 NQHR, 1990, s. 302 ve Cm 1324 (1990).

<sup>497</sup> Bkz., 30 ILM, 1991, s. 190.

<sup>498</sup> Bkz., 30 ILM, 1991, s. 1670 ve Cm 1771 (1991).

<sup>499</sup> Şöyle ki, örnek olarak, bir bilgi talebine yazılı cevap on gün içinde verilmeli ve ikili toplantılar kural olarak talep tarihinden itibaren bir hafta içinde yapılmalıdır (Bölüm I(1)). Kopenhag'da öngörölen zaman sınırlamaları azaltılmış ve bir uzmanlar listesi öngörölmüştür. Müteakiben AGİK Bakanlar Konseyi tarafından Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi'nin (eski adıyla Özgür Seçimler Ofisi) bir uzmanlar listesi hazırlamasının uygun olacağına karar verilmiştir. Şu anda çeşitli misyonlar, örnek olarak Dağlık Karabağ, Gürcistan, Çeçenya, Moldova ve Hırvatistan'da görevlendirilmiş haldedir. Genel olarak bkz., *OSCE Handbook*, Vienna, 2007.

<sup>500</sup> Şu anda elli yedi katılımcı devlet bulunmaktadır. Ayrıca bkz., Saygın Kişiler Paneli tarafından hazırlanmış olan 'Common Purposes: Towards a More Effective OSCE' adlı 2005 yılındaki rapor ve 2006'da kabul edilen yeni AGİK İçtüzüğü. Bkz., *OSCE Handbook*.

<sup>501</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

üzere Ulusal Azınlıklar Yüksek Komiserliği makamı kurulmuştur.<sup>502</sup> Gizlilik içinde çalışan Yüksek Komiserliğe ayrıca ilgili bilgileri toplama ve ziyaretler yapma yetkisi verilmiştir. Yüksek Komiserin ilk bakışta potansiyel bir çatışma riski bulunduğu sonucuna vardığı durumlarda, görevdeki AGİK Başkanı tarafından acilen Yüksek Memurlar Komitesi'ne iletilecek bir erken uyarı yayınlanacaktır. Yüksek Komiser ayrıca katılımcı devletlere ulusal azınlıklara muameleye ilişkin tavsiyelerde de bulunabilmektedir. Bu bakımdan Romanlar ve diğer konular hakkında bir kaç genel tavsiye yapılmıştır.<sup>503</sup>

Bu süreçte bir sonraki büyük adım 1994'ün sonlarında Budapeşte'de atılmıştır.<sup>504</sup> AGİK, geçmiş yıllarda ortaya çıkan kurumsal değişiklikleri dikkate alarak, adını AGİT (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı) olarak değiştirmiş ve güvenlik ve çatışma yönetimi alanlarında bazı ilerlemeler kaydetmiştir. Konferans'da insan hakları, hukukun üstünlüğü ve demokratik kurumların çatışmaların önlenmesine ciddi katkıda bulunduğu ve insan haklarının korunmasının 'demokratik sivil toplumun esaslı bir temeli' olduğuna vurgu yapılmıştır.<sup>505</sup> Ayrıca İnsani Boyut meselelerinin, Daimi Konsey tarafından düzenli biçimde ele alınmasına<sup>506</sup> ve Varşova'da bulunan Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisi'nin İnsani Boyut'un ana kurumu olarak, seçimlerin denetlenmesi ve misyonların gönderilmesi konularında güçlendirilmiş bir rol üstlenerek, teşkilatta danışman sıfatıyla faaliyette bulunmasına karar verilmiştir.<sup>507</sup> Devletlerin, (adı artık Moskova Mekanizması olan) İnsani Boyut mekanizmasını kullanmaları ve Görevdeki Başkan'ın İnsani Boyut taahhütlerinin uygulanmaması hakkındaki ciddi iddiaları Daimi Konsey'e bildirmesi teşvik edilmiştir. Ayrıca 1997 yılında bir AGİT Medya Özgürlüğü Temsilcisi tayin edilmiş ve 2004'de bu kurumun rolü nefret söylemine ilişkin düzenlemelerin, meşru muhalefeti ve alternatif fikirleri susturmak amacıyla suistimal edilmesine karşı mücadele görevini içerecek şekilde arttırılmıştır.<sup>508</sup>

Böylece Helsinki süreci, geçmiş yıllar içinde adım adım, kendisini özellikle insan haklarının uygulanması ve talep edilmesi ile alakadar olan bir kurumsal yapı haline getirmiştir.<sup>509</sup> AGİT ayrıca çatışmaların yumuşatılmasına yardımcı olmak için bir çok misyon oluşturmuş<sup>510</sup> ve

<sup>502</sup> Bkz., Helsinki Kararları, Bölüm II. Yüksek Komiser bireysel şikayetlerle değil durumlarla ilgilenmektedir. Ayrıca bkz., *Quiet Diplomacy in Action: The OSCE High Commissioner on National Minorities* (ed. W. A. Kemp), The Hague, 2001; K. Drzewicki, 'The OSCE High Commissioner on National Minorities – Confronting Traditional and Emerging Challenges', *OSCE and Minorities. Assessment and Priorities* (ed. S. Parzymies), Warsaw, 2007 ve J. Packer, 'The OSCE High Commissioner on National Minorities: Pyrometer, Prophylactic, Pyrovestis', *Minorities, Peoples and Self-Determination* (ed. N. Ghanea ve A. Xanthaki), Leiden, 2005, s. 249.

<sup>503</sup> Örnek olarak bkz., 1996 Ulusal Azınlıkların Eğitim Haklarına Dair Lahey Tavsiyesi; 1998 Ulusal Azınlıkların Dilsel Haklarına Dair Oslo Tavsiyeleri; 1999 Ulusal Azınlıkların Kamusal Hayata Etkin Katılımına dair Lund Tavsiyeleri; 2003 Azınlık Dillerinin Medya Yayınında Kullanılmasına dair Kılavuz ve 2006 Çok Etnikli Toplumlarda Polislik Faaliyetlerine Dair Tavsiyeler: Bkz., <http://www.osce.org/hcnm>

<sup>504</sup> Bkz., 5 HRLJ, 1994, s. 449.

<sup>505</sup> Budapeşte Kararları, Bölüm VIII.

<sup>506</sup> Bu grup AGİT'in günlük faaliyetlerinden sorumludur ve üyeleri her hafta toplanan üye devlet daimi temsilcilerinden oluşmaktadır. Merkezi Viyana'dadır.

<sup>507</sup> Ofis içindeki Denetleme Bölümü insan haklarındaki gelişmeleri ve katılımcı devletlerin İnsani Boyut taahhütlerine uymalarını analiz etmekte ve insan hakları açısından ciddi ihlalleri Ofis Başkanı'na bildirmektedir.

<sup>508</sup> Bkz., *OSCE Handbook*, s. 34 ve 2004 Sofya Kararı 12, paragraf 16.

<sup>509</sup> İşkencenin Önlenmesi için 1998 yılında bir AGİT Danışma Paneli kurulmuştur. Bkz., *Final Report of the Supplementary Human Dimension Meeting on Human Rights and Inhuman Treatment and Punishment 2000*, [www.osce.org/documents/odhr/2000/03/1787\\_en.pdf](http://www.osce.org/documents/odhr/2000/03/1787_en.pdf) ve 2000 yılında Din veya İnanç Özgürlüğüne dair bir Uzmanlar Danışma Paneli oluşturulmuştur. 1995 yılındaki Bosna hakkında Dayton Barış Antlaşması'nda AGİT'in bu ülkedeki seçimleri denetlemesi ve Bosna'da insan haklarını yakından izlemesi ve bir uluslararası insan hakları Ombudsman'ı görevlendirmesi üzerinde anlaşılmıştır. Bkz., MC (5) Dec/1, 1995. AGİT'in Kosova'da da bir görevi bulunmaktadır. Bkz., *OSCE Handbook*, s. 46.

<sup>510</sup> Bkz., *OSCE Handbook*, ss. 39 vd. Özel bir öneme sahip olan Minsk süreci, Dağlık-Karabağ çatışması ile ilgilidir, *a.g.e.*, s. 76.

ayrıca Açık Semalar Antlaşması'nın yanı sıra, 1992 yılında bir AGİT Uzlaştırma ve Tahkim Sözleşmesi kabul edilmiştir.<sup>511</sup>

### **BDT İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesi**<sup>512</sup>

Eski Sovyetler Birliği Cumhuriyetleri'ni (üç Baltık devleti haricinde) birbirine bağlayan Bağımsız Devletler Topluluğu (BDT), Mayıs 1995'de bir İnsan Hakları Sözleşmesi'ni kabul etmiştir. Bu Sözleşme'nin içine yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı, yargı önünde eşitlik, özel ve aile hayatına saygı, din, ifade toplanma özgürlüğü ve evlenme hakkını kapsayacak şekilde bir standart haklar dizisi dahil edilmiştir. Ayrıca çalışma hakkının (madde 14) yanı sıra, sosyal güvenlik hakkı, eğitim hakkı ve her küçük çocuğun özel koruma tedbirlerine erişim hakkı (madde 17) gibi haklar da tanınmıştır. Ulusal azınlıklara mensup kişilerin kendi etnik, dilsel, dini ve kültürel kimliklerini ifade etme ve geliştirme hakkı (madde 21) koruma altına alınırken, herkesin oy kullanması dahil (madde 29) kamu işlerine katılma hakkı kabul edilmiştir. Sözleşme'nin uygulanmasının BDT İnsan Hakları Komisyonu tarafından denetlenmesi (madde 34) öngörülmektedir. 1993 yılında kabul edilen İnsan Hakları Komisyonu Yönetmeliği'nin II. Bölümü uyarınca, taraf devletler Sözleşme kapsamına giren insan hakları sorunlarını diğer taraf devletlere bildirmekte ve şayet altı ay içinde tatmin edici bir cevap alnamazsa, konu Komisyon'a havale edilebilmektedir. İç hukuk yollarının tüketilmiş olması gereklidir. Yönetmeliğin III. Bölümü uyarınca Komisyon bir kişi veya hükümet dışı bir örgüt tarafından yapılan bireysel ve kolektif başvuruları inceleyebilmektedir. Sözleşme üçüncü onayın ardından 11 Ağustos 1998'de yürürlüğe girmiştir.

Bu Sözleşme uyarınca sağlanan koruma seviyesinden duyulan endişe (özellikle Komisyon üyelerinin devletlerin atanmış temsilcileri olması ve Komisyon'un uygulamayı tavsiyeler yoluyla gerçekleştirmesi nedeniyle) ve Avrupa Konseyi insan hakları sistemi ile eş zamanlı mevcudiyetinden kaynaklanan problemler nedeniyle, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 2001 yılında kabul ettiği bir kararla, aynı zamanda BDT üyesi de olan üye devletlere ve üyelik başvurusu yapmış olan devletlere, BDT Sözleşmesi'ni imzalamama veya onaylamama çağrısı yapmıştır. Buna ek olarak bunları yapmış olan devletlere Avrupa Sözleşmesi usullerinin BDT Sözleşmesi'nin prosedürlerine başvurmak suretiyle değiştirilmeyeceği veya zayıflatılmayacağını beyan eden hukuken bağlayıcı bir açıklama yayınlamaları tavsiyesinde bulunulmuştur.<sup>513</sup>

### **Amerika Kıtası İnsan Hakları Sözleşmesi**<sup>514</sup>

Amerika Kıtası Sözleşmesi 1978 yılında yürürlüğe girmiş olup taraf devletlerce korunacak bir haklar dizisi içermektedir.<sup>515</sup> Buradaki haklar esas olarak Avrupa Sözleşmesi ile korunan haklara benzese de aralarında bazı ilginç farklılıklar vardır.<sup>516</sup> Örnek olarak madde 4 uyarınca

<sup>511</sup> Buna göre bir Mahkeme kurulmuştur. Genel olarak bkz., <http://www.osce.org/cca>

<sup>512</sup> Bkz., H/INF (95) 3, ss. 195 vd. BDT ve insan hakları konusunda ayrıca bkz., 17 HRLJ, 1996.

<sup>513</sup> Resolution 1249 (2001). Ayrıca bkz., BDT Komisyonu'na başvurunun Avrupa Sözleşmesi'nin 35(2)b maddesi anlamında diğer bir uluslararası çözüm yolu sayılamayacağına ilişkin 1519 (2001) sayılı tavsiye.

<sup>514</sup> Genel olarak bkz., C. Medina, *The Inter-American Convention on Human Rights*, Intersentia, 2014; J. M. Pasquallucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2. Baskı, Cambridge, 2013; L. Burgogue-Larsen ve A. U. de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights*, Oxford, 2011; Rehman, *International Human Rights Law*, Bölüm 9; H. J. Steiner, P. Alston ve R. Goodman, *International Human Rights in Context*, 3. Baskı, Oxford, 2008, ss. 1020 vd.; *The Inter-American System of Human Rights* (ed. D. J. Harris ve S. Livingstone), Oxford, 1998; T. Buergenthal ve D. Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas*, 4. Baskı, Strasbourg, 1995; D. Shelton, 'The Inter-American Human Rights System', *Guide to International Human Rights Practice* (ed. H. Hannum), 4. Baskı, Ardsley, 2004, s. 127 ve T. Buergenthal ve R. Norris, *The Inter-American System*, Dobbs Ferry, 5 cilt, 1983-4; S. Davidson, *The Inter-American Court of Human Rights*, Aldershot, 1992; S. Davidson, 'Remedies for Violations of the American Convention on Human Rights', 44 ICLQ, 1995, s. 405 ve C. Grossman, 'Proposals to Strengthen the Inter-American System of Protection of Human Rights', 32 German YIL, 1990, s. 264.

<sup>515</sup> Sözleşme'ye şu anda yirmi beş devlet taraftır. Bkz., [www.oas.org/dil/treaties/B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights\\_sign.htm](http://www.oas.org/dil/treaties/B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm)

<sup>516</sup> Örnek olarak bkz., J. Frowein, 'The European and the American Conventions on Human Rights – A Comparison', 1 HRLJ, 1980, s. 44. Ayrıca bkz., 1948 Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi.

yaşam hakkının genel olarak gebe kalmayla başladığı kabul edilmekteyken,<sup>517</sup> işkence ve gayrı insani ve aşağılayıcı muamele yasağı tanımlanırken kişinin fiziksel, zihinsel ve ruhsal bütünlüğüne saygı gösterilmesi hakkı bağlamında (madde 5) ve çok daha geniş biçimde ifade edilmektedir. Buna ek olarak Amerika Kıtası Sözleşmesi'nin 18 ve 19. maddeleri ile isim hakkı ve çocuğun özel hakları korunmakta, madde 23'de kamusal işler bağlamında genel bir katılım hakkı öngörülmekte ve madde 26'da ise 1967 Buenos Aires Protokolü ile değiştirilmiş olan 1948 Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ) Şartı'nda da yer alan bazı ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tedricen gerçekleştirilmesi öngörülmektedir.<sup>518</sup>

Amerika Kıtası İnsan Hakları Komisyonu 1959 yılında kurulmuş ve ilk Statüsü ADÖ Konseyi tarafından 1960 yılında kabul edilmiştir. Komisyon 1971 yılında ADÖ'nün başlıca organlarından biri olarak tanınmıştır.<sup>519</sup> Orijinal Statüsü uyarınca Amerika kıtasında insan hakları farkındalığı ve eğitimini geliştirmeye ve üye devletlere tavsiyelerde bulunmaya yönelik geniş yetkilerle donatılmıştır. 1965'de bu Statü değiştirilmiş ve Komisyon'un yetkileri diğerlerinin yanı sıra başvuruların incelenmesini de içerecek şekilde genişletilmiştir. 1969 yılında imzaya açılmış olan Sözleşme'nin 1978'de yürürlüğe girmesi ile Komisyon'un pozisyonu daha da güçlendirilmiştir. Buna göre Komisyon yalnızca Sözleşme'yi onaylamış olanlar için değil, ADÖ'ye üye bütün devletler bakımından yetkiye sahiptir. Komisyon Statüsü'nde koruma altındaki hakların hem Sözleşme'de, hem de Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nde sayılanları içerdiği vurgulanmaktadır.<sup>520</sup> Sözleşme'nin 44. maddesi bir veya daha fazla sayıda ADÖ devletinde hukukun tanınmış bir kişi veya kişiler grubu ya da bir hükümet dışı örgütün, bir taraf devletin Sözleşme'yi ihlal ettiği iddiası ile Komisyon'a başvurabileceğini öngörmektedir.<sup>521</sup> Bu hak 11. Protokol ile reformundan önceki Avrupa Sözleşmesi'nin aksine otomatiktir. Ayrıca devletler arası şikayet hakkı da, yine Avrupa Sözleşmesi'nin aksine, madde 45 uyarınca Komisyon'un bu bakımdan yetkisini tanıyan önceki bir beyana tabidir. 46. ve 47. maddelerdeki kabul edilebilirlik şartları ile 48. maddede öngörülen prosedür ve dostane çözümün başarıldığı durumlara ilişkin bir rapor hazırlanması gibi hususlar, Avrupa Sözleşmesi'ndekilerle oldukça benzerdir.<sup>522</sup> Bireysel başvuru prosedürü vasıtasıyla Komisyon birçok meseleyi ele alma imkanı bulmuştur. Bu açıdan örnek olarak 1994 yılında üç yüzün biraz altında dava açılmış ve 1995'in başı itibarıyla bakılan toplam dava sayısı 641 olmuştur.<sup>523</sup> 2016 yılında 2164 şikayet alınmış toplam inceleme bekleyen başvuru sayısı 9673 olmuştur.<sup>524</sup>

Komisyon insan hakları konularını raporlar, çalışmalar, eğitimler ve diğer yollarla yaymak üzere geniş yetkilere sahiptir. Ayrıca devletlere insan hakları yararına ileri tedbirler almaları konusunda tavsiyelerde bulunabilmekte ve ilgili devletin rızası ile yerinde incelemeler yapabilmektedir.<sup>525</sup> Komisyon devletlere genelde insan hakları alanında tavsiye hizmetleri de sunmakta ve ADÖ Genel

<sup>517</sup> Örnek olarak bkz., 10 DR, 1977, s. 100.

<sup>518</sup> ADÖ Şartı, 1985 Cartagena de Indias, 1992 Washington ve 1993 Managua Protokolleri ile değiştirilmiştir.

<sup>519</sup> Örnek olarak bkz., C. Medina, 'The Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: Reflections on a Joint Venture', 12 HRQ, 1990, s. 439.

<sup>520</sup> Genel olarak bkz., *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, Washington, 1992. Komisyon'un başvuruları inceleme yetkisi taraf devletler için Sözleşme'de yer alan haklara ilişkin iken, Sözleşme'ye taraf olmayan devletler için Amerikan Bildirisi'ndeki haklara ilişkindir.

<sup>521</sup> Bu, başvuruçunun bir mağdur olması şartını arayan Avrupa Sözleşmesi'nin 34. maddesinden çok daha geniştir.

<sup>522</sup> Madde 49-51. ADÖ Genel Sekreteri Avrupa Sözleşmesi'nde Bakanlar Komitesi'ne verilmiş olan rolü üstlenmektedir.

<sup>523</sup> Bkz., *Yıllık Rapor 1994*, s. 39.

<sup>524</sup> <http://www.oas.org/en/iachr/multimedia/statistics/statistics.html>

<sup>525</sup> 1994'de, örnek olarak, Guatemala, Haiti, Bahamalar, Ekvator ve Jamaika bakımından, bkz., *Yıllık Rapor 1994*, ss. 21 vd., 2006'da Haiti, Kolombiya, Bolivya, Dominik Cumhuriyeti, Brezilya, Arjantin ve Peru'da yerinde incelemeler yapılmıştır, *Yıllık Rapor 2006*, Bölüm II C, paragraf 34 vd. 2015 yılında Meksika'da yerinde inceleme yapılmış ve Ekim 2015 tarihine kadar yapılan inceleme sayısı 95 olmuştur. Bkz., [http://www.oas.org/en/iachr/activities/countries\\_all.asp](http://www.oas.org/en/iachr/activities/countries_all.asp). Ayrıca bkz., 2009 İktüzüğü, 49 ILM, 2010, s. 597.

Meclisi'ne yıllık raporlar hazırlamaktadır. Özellikle, örneğin, Arjantin, Bolivya, Şili, Kolombiya, Küba, Dominik Cumhuriyeti, El Salvador, Guatemala, Haiti, Nikaragua, Paraguay, Surinam ve Uruguay gibi belli devletlerdeki insan hakları ile ilgili birçok özel rapor yayınlanmıştır.<sup>526</sup> Komisyon yoğunluğunu bu çerçevede kaybolmalar, işkence, mülteciler ve ekonomik ve sosyal haklar ile lezbiyen, gey ve transseksüel bireylerin hakları gibi bazı konulara vermiştir.<sup>527</sup> Ayrıca yerli halkların hakları, kadın hakları ve çocuk hakları gibi alanlarda Özel Raportörler atanmıştır.<sup>528</sup> Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Komisyon'un bir taraf devletin iç hukukunun Sözleşme'yi onaylaması veya katılımı suretiyle üstlendiği yükümlülükleri ihlal ettiğine karar verme yetkisine sahip olduğu<sup>529</sup> ve dolayısıyla Komisyon'un o devlete Sözleşme'ye aykırı hukuk kuralının iptal edilmesi veya değiştirilmesi tavsiyesinde bulunabileceği açıklanmıştır. Komisyon'un bunu yapabilmesi için, söz konusu hukuk kuralının Komisyon'un dikkatine, kuralın Komisyon önündeki belli bir olaya uygulanmış olup olmadığına bakılmaksızın, her hangi bir yoldan gelmiş olması yeterlidir.<sup>530</sup> 1985 yılında ADÖ Genel Meclisi tarafından Amerika Kıtası İşkenceyi Önleme ve Cezalandırma Sözleşmesi kabul edilmiş<sup>531</sup> ve 1988'de Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Ek Protokolü imzalanmıştır.<sup>532</sup>

8 Haziran 1990 tarihinde Ölüm Cezasının Kaldırılması Protokolü<sup>533</sup> ve 9 Haziran 1994 tarihinde Zorla Kaybedilen Kişiler Sözleşmesi kabul edilmiştir.<sup>534</sup> Bu Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca taraf devletler zorla kaybedilen kişiler hakkında Amerika Kıtası Komisyonu'na sunulan dilekçe veya bildirimlerin incelenmesinin, Amerika Kıtası İnsan Hakları Sözleşmesi, Komisyon Statüsü ve Yönetmeliği ile Mahkeme Statüsü ve İçtüzüğü uyarınca oluşturulmuş usullere tabi olacağı

<sup>526</sup> Bkz., *Yıllık Rapor 1994*, Bölüm IV, Kolombiya, Küba, El Salvador ve Guatemala bakımından ve *Yıllık Rapor 2006*, Bölüm IV, Kolombiya, Küba, Haiti ve Venezuela bakımından. Ayrıca bkz., <http://www.oas.org/en/iachr/reports/country.asp>

<sup>527</sup> Örnek olarak bkz., *Annual Report 1992-3*, ss. 539 vd. ve *Yıllık Rapor2015*, Bölüm III. Ayrıca bkz., AG/Res.443, 1979, AG/Res.666, 1983, AG/Res.547, 1981, AG/Res.624, 1982 ve AG/Res.644, 1983 (işkence).

<sup>528</sup> *Yıllık Rapor2006*, Bölüm II D, paragraf 49 vd. İfade Özgürlüğü Özel Raportörü için bkz., *Yıllık Rapor 2006*, cilt II. Ayrıca bkz. *Yıllık Rapor2015*, Bölüm III.

<sup>529</sup> *Some Powers of the Inter-American Commission on Human Rights*, Advisory Opinion OC-13/93, 16 Temmuz 1993, Series A, No. 13, paragraf 26.

<sup>530</sup> *International Responsibility for Issuing and Applying Laws in Violation of the Convention*, Advisory Opinion OC-14/94, 9 Aralık 1994, Series A, No. 14, paragraf 39. Bu çerçevede örnek olarak Komisyon 1994 yılında hakaret kanunlarının (*leyes de desacato*) ayrıntılı bir incelemesini yapmış ve bunlardan bir çoğunun uluslararası insan hakları standartlarını karşılamadığı sonucuna varmıştır. Komisyon bu tür kanunlara sahip bütün ADÖ üyesi devletlere, kendi kanunlarını insan hakları ile ilgili uluslararası belgeler ve bu belgeler uyarınca üstlenilen yükümlülükler ile uyumlu hale getirmek üzere iptal etmeleri veya değiştirmeleri tavsiyesinde bulunmuştur. *Yıllık Rapor 1994*, ss. 199 vd.

<sup>531</sup> Bu sözleşme Şubat 1987'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme uyarınca taraf devletler Amerika Kıtası Komisyonu'nu Sözleşme'nin uygulanması için aldıkları tedbirler hakkında bilgilendirmeyi kabul etmiş olup, Komisyon 'yıllık raporunda işkencenin önlenmesi ve ortadan kaldırılması bakımından Amerika Devletleri Örgütü üyesi devletlerdeki mevcut durumu analiz etmeye çalışacaktır' (madde 17).

<sup>532</sup> Bu belge Kasım 1999'da yürürlüğe girmiştir. Ek Protokol'ün yürürlüğe girmesi için on bir taraf devlete ihtiyaç vardı. Ayrıca bkz., L. Le Blanc, 'The Economic, Social and Cultural Rights Protocol to the American Convention and its Background', 10 NQHR, 1992, 130. Bu son belgenin 19. maddesi uyarınca, taraf devletler burada yer alan haklara saygı gösterilmesini sağlamak üzere aldıkları ilerletici tedbirler hakkında periyodik raporlar sunmayı kabul etmiştir. Bu raporlar ADÖ Genel Sekreteri'ne verilmekte ve buradan Amerika Kıtası Ekonomik ve Sosyal Konseyi ile Amerika Kıtası Eğitim Konseyi'ne gönderilmekte, birer kopya da hem Amerika Kıtası İnsan Hakları Komisyonu'na, hem de Amerika kıtası sisteminin diğer uzmanlaşmış kurumlarına iletilmektedir. Bir devletin antlaşmadaki sendika kurma ve katılma haklarını (madde 8(a)) ve eğitim hakkını (madde 13) ihlal etmesi, Amerika Kıtası İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca bireysel veya devletler-arası dilekçe sisteminin uygulanmasına 'yol açabilecektir'.

<sup>533</sup> Bu belge ertesi yıl yürürlüğe girmiştir. Şu anda 13 tarafı vardır. Örnek olarak bkz., C. Cerna, 'US Death Penalty Tested Before the Inter-American Commission on Human Rights', 10 NQHR, 1992, s. 155.

<sup>534</sup> Bu Mart 1996'da yürürlüğe girmiştir.

hususunda anlaşmıştır. İhtiyati tedbirlere özel bir atf yapılmıştır.<sup>535</sup> 14. madde uyarınca Komisyon zorla kaybedilme iddiası içeren bir dilekçe veya bildirim aldığı zaman, Yönetici Sekreterlik acil ve gizli olarak ilgili hükümeti bilgilendirecek ve bu hükümetten en kısa zamanda kaybedildiği iddia edilen kişinin nerede olduğuna dair bir bilgi sağlamasını isteyecektir. ADÖ 1994 yılında ayrıca Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerika Kıtası Sözleşmesi'ni kabul etmiş ve bu Sözleşme ertesi yılın Mart ayında yürürlüğe girmiştir. Madde 10'da taraf devletlerin Amerika Kıtası Kadınlar Komisyonu'na verdikleri ulusal raporların içine bu alanda alınmış tedbirler hakkındaki bilgileri dahil etmeleri öngörülmekteyken, 11. madde uyarınca hem taraf devletler, hem de Kadınlar Komisyonu, Amerika Kıtası Mahkemesi'nden bu Sözleşme'nin yorumuna ilişkin bir istişari görüş isteyebilecektir. Madde 12'de bir kişi, kişi grubu veya ADÖ üyesi bir veya daha fazla devlette hukuken tanınmış bir hükümet dışı örgütün, devletlerin 7. madde altında üstlendikleri kadınlara karşı şiddeti önleme, cezalandırma ve ortadan kaldırmaya yönelik politikaları gecikmeksizin ve bütün uygun tedbirlerle izleme yükümlülüğünün ihlali iddialarını içeren dilekçeleri, Amerika Kıtası İnsan Hakları Komisyonu'na verebilecekleri öngörülmektedir.<sup>536</sup> Amerika Kıtası Komisyonu tarafından yerli halklar sorunu da ele alınmış ve Yerli Halkların Haklarına dair Taslak Deklarasyon 18 Eylül 1995'de kabul edilmiştir.<sup>537</sup>

Komisyon ADÖ Genel Meclisi tarafından dört yıllığına seçilen ve kendi adına hareket eden yedi üyeden oluşmaktadır.<sup>538</sup> Komisyon'un Prosedür Kuralları'nın 25. maddesinde öngörüldüğü üzere, Komisyon tarafından ihtiyati tedbirlere karar verilebilir. Bu kural Komisyon'a ciddi ve acil durumlarda ve eldeki bilgiye göre gerekli görüldüğü her zaman, ya kendi inisiyatifli ya da bir tarafın isteği üzerine, kişilerin telafisi imkansız zarar görmesini önlemek amacıyla ilgili devletten ihtiyati tedbirler almasını isteme yetkisi vermektedir. Komisyon ayrıca ihtiyati tedbirlerin akıbeti ve bunlara uyulmasının herhangi bir boyutu hakkında ilgili taraflardan bilgi isteyebilir.<sup>539</sup> Bu açıdan, özellikle, Afganistan'daki Taliban rejimine ve El-Kaide organizasyonuna karşı ABD yönetimindeki askeri operasyonlar sırasında ele geçirilen kişilere ve bunların Küba'daki Guantanamo Körfezi'nde bulunan ABD askeri üssünde tutulmalarına yönelik ihtiyati tedbirler dikkate değerdir.<sup>540</sup>

<sup>535</sup> Sözleşme'nin 63(2) maddesi çok ağır ve acil durumlarda ve kişilere telafi edilmesi imkansız bir zarardan kaçınılması için gerekli olması halinde Mahkeme'nin ele aldığı meselelerle ilgili sayılan geçici tedbirleri alacağını açıklamaktadır. Henüz Mahkeme'ye sunulmamış bir dava bakımından Komisyon'un talebi üzerine hareket edebilecektir. Komisyon'un Statüsü'nün 19(c) maddesinde henüz Mahkeme'ye sunulmamış ciddi ve acil vakalarda uygun olduğunu düşünmesi halinde ve kişilere telafi edilmesi imkansız bir zararı önlemek için gerekli olduğu durumlarda Komisyon'un Mahkeme'den geçici tedbirler almasını isteme yetkisine sahip olduğu öngörülmektedir. Komisyon Tüzüğü madde 29 uyarınca, Komisyon kendi inisiyatifli ile veya bir tarafın talebi üzerine görevlerini yerine getirmek için gerekli olduğunu düşündüğü bir tedbiri alabilir. Özellikle, acil durumlarda, kişilere telafi edilmesi imkansız bir zarardan kaçınmak için gerekli olması halinde, Komisyon ihbar edilen olguların gerçek olduğu durumlarda geçici tedbirlerin alınmasını isteyebilir. Amerika Kıtası Mahkemesi İçtüzüğü'nün 24. maddesi çok ağır ve acil durumları içeren vakaların her aşamasında ve kişilere telafi edilmesi imkansız bir zarardan kaçınmak için gerekli olması halinde, Mahkeme'nin bir tarafın talebi veya kendi inisiyatifli ile uygun gördüğü her türlü geçici tedbiri, Sözleşme'nin 63(2) maddesi uyarınca, emredebileceğini öngörmektedir.

<sup>536</sup> Ayrıca bkz., 1999 Engelli Kişilere Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerika Kıtası Sözleşmesi. Bu Sözleşme Eylül 2001'de yürürlüğe girmiştir. Irkçılık, Irk Ayrımcılığı ve İlgili Hoşgörüsüzlük Türlerine Karşı Amerika Kıtası Sözleşmesi haziran 2013 tarihinde imzalanmıştır.

<sup>537</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>538</sup> Bkz., Sözleşme'nin 34-8 maddeleri.

<sup>539</sup> Örnek olarak bkz., *Yıllık Rapor 2001*, Bölüm III C. I ve *Yıllık Rapor 2006*, Bölüm III C. I.

<sup>540</sup> Bkz., *Yıllık Rapor 2006*, Bölüm III E ve ayrıca bkz., 45 ILM, 2006, ss. 669 vd. Bu tedbirlere ilk olarak 12 Mart 2002'de karar verilmiş ve Birleşik Devletler'den 'Guantanamo'daki tutukluların hukuki statülerine yetkili bir mahkeme tarafından karar verilmesi için gereken acil tedbirleri' alması istenmiştir. Bu tür tedbirler bir çok farklı olayda tekrarlanmıştır. Bu tedbirlere uyulmadığı için -ABD tarafından Komisyon'un yetkisiz olduğu iddia edilmiştir- Komisyon, 28 Temmuz 2006 tarihli 2/06 no.lu kararı kabul ederek, Birleşik Devletler'in Komisyon'un ihtiyati tedbirlerini uygulamamasının Guantanamo Körfezi'ndeki tutukluların, özgürlük ve insanca muamele hakları dahil temel haklarına onarılmaz zarar verdiği hususuna dikkat çekilmiştir. Bu çerçevede ABD'den, Guantanamo Körfezi tesisini gecikmeksizin kapatması istenmiştir. Ayrıca bkz., <http://www.oas.org/en/iachr/pdl/decisions/Guantanamo.asp>

Alınan dilekçeler bakımından dostane bir çözüme ulaşamadığı durumlarda,<sup>541</sup> 50. madde uyarınca bir rapor hazırlanmakta ve uygun görülen teklif ve tavsiyelerle birlikte taraflara gönderilmektedir. Prosedür Kuralları'nın 46. maddesi uyarınca Komisyon, taraflardan bilgi istemek ve dostça çözüm anlaşmalarına ve raporundaki tavsiyelere uyulup uyulmadığını saptamak amacıyla oturum düzenlemek gibi uygun gördüğü izleme tedbirlerini kabul edebilecektir. Komisyon ayrıca tavsiyelerine ilgili devletçe tamamen veya kısmen uyulup uyulmadığını ya da uyumun halen beklenmekte olduğunu gösteren bir çizelge yayınlamaktadır.<sup>542</sup>

Komisyon raporundan sonra, Komisyon veya ilgili devletin (fakat ilgili bireyin değil) Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidebileceği üç aylık bir süre bulunmaktadır.<sup>543</sup> Mahkeme ADÖ Genel Meclisi'nde Sözleşme'ye taraf devletlerin mutlak çoğunluğu ile altı yıllığına seçilen ve kendi adına görev yapan yedi hakimden oluşmaktadır.<sup>544</sup> Mahkeme'nin yetkisi 62. madde uyarınca önceden verilmiş bir beyana tabidir. Sözleşme'nin 63(2) maddesi, son derece ağır ve acil durumlarda ve kişilere verilebilecek telafisi imkansız zarardan kaçınmak için gerekli olması halinde, Mahkeme'nin henüz kendisine sunulmamış konular bakımından, ilgili konuya uygun olduğunu düşündüğü geçici tedbirleri alabileceğini öngörmektedir. Henüz kendisine sunulmamış bir vaka bakımından Mahkeme, Komisyon'un talebi üzerine harekete geçebilecektir. Bu yetki bir kaç durumda kullanılmıştır.<sup>545</sup>

64. madde uyarınca Mahkeme ayrıca Amerika Kıtası Sözleşmesi ve Amerika kıtası devletlerinin taraf olduğu insan haklarının korunmasına dair diğer sözleşmelerin yorumlanması bakımından ADÖ üyesi bir devletin talebi üzerine danışmanlık yapma yetkisine sahiptir. Bu çerçevede Mahkeme çeşitli önemli meselelerle istişari görüşler yoluyla ilgilenme imkanı bulmuştur.<sup>546</sup> *Definition of Other Treaties Subject to the Interpretation of the Inter-American Court* adlı istişari görüşünde<sup>547</sup> Mahkeme, Sözleşme'nin amacının bölgesel ve evrensel insan hakları koruma sistemlerinin entegrasyonu olduğu ve bu nedenle Amerika kıtası devletlerinin taraf olduğu herhangi bir insan hakları anlaşmasının bir istişari görüş konusu olabileceği düşüncesini benimsemiştir. *The Effect of Reservations* görüşünde<sup>548</sup> ise Mahkeme insan hakları anlaşmalarının kendi yetkileri içindeki bütün kişiler bakımından yükümlülüklerin yarattığı hukuki düzenlerin kurulmasına yol açtığını vurgulamış ve Sözleşme'nin konu ve amacı ile bağdaşan bir çekince içeren onay belgesinin diğer taraf devletlerce kabulüne gerek olmadığına ve bu yüzden depo edilmesi anında yürürlüğe gireceği sonucuna varmıştır.<sup>549</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden açıkça etkilenen ve onu hatırlatan

<sup>541</sup> Bkz., örnek olarak dostane çözüm usulleri, *Yıllık Rapor 2001*, Bölüm III C. 4.

<sup>542</sup> Bkz., örneğin, *Yıllık Rapor 2006*, Bölüm III D ve *Yıllık Rapor 2015*, Bölüm II.

<sup>543</sup> Madde 51. Şayet bu gerçekleştirmez ve mesele ilgili devletle çözümlenemezse, Komisyon çoğunluk oyuyla kendi görüşünü ve vardığı sonuçları ortaya koyabilir ve bunları yayınlatabilir. Bkz., örnek olarak, *Yıllık Rapor 1983-4*, ss. 23-75. Ayrıca bkz., [www.corteidh.or.cr/](http://www.corteidh.or.cr/)

<sup>544</sup> Madde 52-4. Ayrıca bkz., L. L. Burgogue-Larsen, A. A. Ubeda de Torres ve R. R. Greenstein, *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*, Oxford, 2011; Davidson, *Inter-American Court*; C. Cerna, 'The Structure and Functioning of the Inter-American Court of Human Rights (1979-1992)', 63 BYIL, 1992, s. 135 ve L. E. Frost, 'The Evolution of the Inter-American Court of Human Rights', 14 HRQ, 1992, s. 171.

<sup>545</sup> Bu ilk defa önüne gelen bir davada tanıklık yapacak bir kişinin öldürülmesi ve diğer tanıkların güvenliği hakkında endişe duyulması üzerine Ocak 1988'de Honduras'a karşı kullanılmıştır, H/Inf. (88) 1, s. 64. Ayrıca bkz., Ağustos 1990'da, Mahkeme'nin benzer nedenlerle Peru'ya karşı aldığı geçici tedbirler, 11 HRLJ, 1990, s. 257 ve *Aleman Lacayo v. Nicaragua* davası, Series E, 2 Şubat 1996; *A lvarez et al. v. Colombia* davası, Series E, 22 Temmuz 1997 ve *Constitutional Court* davası, Series E, 14 Ağustos 2000. Ayrıca bkz., *Hilaire and Others v. Trinidad and Tobago*, 21 Haziran 2002. Mahkeme ayrıca *Mapiripan Massacre* davasında, tanıkların yaşamlarını ve kişisel bütünlüklerini korumak amacıyla geçici tedbirlere hükmetmiştir. Bkz., *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 2005*, s. 39 ve aynı şekilde Brezilya'ya karşı *Children and Adolescents Deprived of Liberty in the 'Complexo do Tatuape' of FEBEM* davasında, a.g.e., s. 41.

<sup>546</sup> 1959 ve 2015 arasında yayınlanan 23 istişari görüşün, 15'i Sözleşme'nin yorumu, dördü diğer anlaşmaların yorumu ve 5'i iç hukuklarla uluslararası belgelerin uyumu hakkındadır. Bkz., *Yıllık Rapor 2005*, s. 60 ve [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda\\_opiniones\\_consultivas.cfm?lang=en](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=en).

<sup>547</sup> 22 ILM, 1983, s. 51; 67 ILR, s. 594.

<sup>548</sup> ILM, 1983, s. 33; 67 ILR, s. 559.

<sup>549</sup> Paragraf 37. Bkz., Sözleşme'nin 74. maddesi.



bir tavırla, Amerika Kıtası Mahkemesi de insan hakları antlaşmalarının nitelik olarak geleneksel çok taraflı antlaşmalardan farklı olduklarını, zira sözleşmecî devletlerin ortak menfaatleri için karşılıklı hak değişiminden ziyade bireylerin temel haklarının korunması üzerine odaklandıklarını ifade etmiştir. Buradaki yükümlülükler diğer belli devletlere yönelik olmaktan çok *erga omnes* niteliktedir.<sup>550</sup>

İfade özgürlüğü hakkında önemli bir tartışmanın yer aldığı *Licensing of Journalists* davasında<sup>551</sup> Mahkeme, gazetecilere zorunlu lisans uygulamasının, şayet bu bir kişinin düşüncelerini ifade aracı olarak medyayı tam olarak kullanmasını engelliyorsa, Sözleşme'nin ifade özgürlüğü ile ilgili 13. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu açıdan Mahkeme ifade özgürlüğünün yalnızca "zorlayıcı kamusal menfaat" gerekçesi ile kısıtlanabileceğini ve bu kısıtlamanın 'onu gerekli kılan meşru kamusal amacın gerçekleştirilmesine yakından uyarlanmış' olması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>552</sup> Ayrıca Mahkeme yalnızca demokratik hükümetlerin olağanüstü hal ilan etme hakkını kullanabileceklerini ve bu halin sıkıca sınırlandırılmış koşullara tabi olacağını vurgulamıştır. *Interpretation of the American Declaration* davasında<sup>553</sup> Mahkeme kendi yetkisi ile 1948 Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi arasındaki ilişki meselesini ele almıştır. Örnek olarak, ABD'nin Sözleşme'nin bir tarafı olmasa da ADÖ'nün bir üyesi olarak Bildiri'yi imzalamış olması gibi nedenler yüzünden, öneme sahip olması muhtemel bir görüş taşıyan bu kararında Mahkeme, Bildiri'nin yorumlanması sırasında mevcut olan Amerikan Kıtası sistemine göre, ADÖ üyesi devletlerin, bir amir yorum usulüyle, Bildiri'nin ADÖ Şart'ında atfı yapılan insan hakları normlarını içerdiği ve tanımladığı hususunda anlaşmış olduklarının dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>554</sup> Şart bir antlaşma olduğu için Mahkeme de bu Bildiri'yi 64. madde uyarınca yorumlayabilecektir.<sup>555</sup>

Ancak Mahkeme'nin davalıları yargılama yetkisini kullanması kısa vadede daha az başarılı olmuştur. *Gallardo* davasında,<sup>556</sup> bu konuda Mahkeme devletlerin bir davanın Komisyon tarafından işlem görmesi usulünden vazgeçemeyeceğine dikkat çekerek, talebi kabul edilmez bulmuş ve davayı Komisyon'a havale etmiştir. Ancak *Velasquez Rodriguez*<sup>557</sup> ve *Godinez Cruz*<sup>558</sup> davalarında, Mahkeme "kaybedilme" durumları bakımından Honduras'ın Sözleşme'yi ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>559</sup> İlk davada devletin insan hakları ihlallerini önlemek ve bu tür ihlalleri araştırmak ve cezalandırmak üzere

<sup>550</sup> *A.g.e.*, paragraf 29.

<sup>551</sup> 7 HRLJ, 1986, s. 74; 75 ILR, s. 31.

<sup>552</sup> *A.g.e.*, paragraf 45. Ayrıca bkz., *Sunday Times* davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, cilt 30, 1979. *Habeas Corpus* davasında Mahkeme ihzar emrinin, 27. madde uyarınca, Sözleşme'de kendisinden sapılmasına izin verilmeyen hakların korunması için askıya alınmayan bir 'yargısal garanti' teşkil ettiğini ifade etmiştir. Bu açıdan 'kanunilik prensibi, demokratik kurumlar ve hukukun üstünlüğü arasındaki ayrılmaz bağlantıya' atfı yapılmıştır. 9 HRLJ, 1988, s. 94; 96 ILR, s. 392.

<sup>553</sup> 28 ILM, 1989, s. 378; 96 ILR, s. 416.

<sup>554</sup> *A.g.e.*, ss. 388-9. Ayrıca bkz., T. Buergenthal, 'The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights', 69 AJIL, 1975, s. 828.

<sup>555</sup> Bu problem Bildiri'nin açıkça bir antlaşma olmaması ve 64. maddenin Sözleşme'nin kendisi ile 'diğer antlaşmalar' bakımından istişari görüşü öngörmesinden kaynaklanmıştır. Meksika tarafından istenen *Right to Information on Consular Assistance* görüşünde ise Mahkeme, 1963 Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nin, tutuklu yabancı devlet vatandaşlarının konsolosluktan yardım alma hakkını öngören 36. maddesinin insan hakları hukukunun bir parçası olduğunu ve devletin tutukluyu bu maddenin kendisine verdiği haklar konusunda, tutuklanması sırasında veya en azından yetkililer önünde ilk açıklamasını yapmadan önce, bilgilendirme yükümlülüğüne uyması gerektiğini açıklamıştır. Ayrıca bu hakkın uygulanmasının gönderen devletin protestolarına bağlı olmadığına ve tutuklu yabancı devlet vatandaşının, Viyana Sözleşmesi madde 36(1)(b)'de tanınmış, bilgi edinme hakkına uyulmamasının adil yargılama hakkına zarar verdiğine hükmedilmiştir. Bu şartlar altında ölüm cezasının verilmesi ise insan hakları antlaşmalarının ilgili hükümlerinde yer almış olan yaşam hakkından 'keyfi şekilde' mahrum edilmeme hakkının bir ihlalini teşkil etmekte olup, bu nedenle devletin uluslararası sorumluluğuna ve tazmin etme yükümlülüğüne yol açacaktır.

<sup>556</sup> 20 ILM, 1981, s. 1424; 67 ILR, s. 578.

<sup>557</sup> 9 HRLJ, 1988, s. 212; 95 ILR, s. 232.

<sup>558</sup> H/Inf (90) 1, s. 80; 95 ILR, s. 320 (dipnot).

<sup>559</sup> Ayrıca bkz., her iki davada da mağdurlara tazminat ödenmesi kararı, *a.g.e.*, ss. 80-1.

elindeki araçları kullanmak bakımından bir hukuki sorumluluğu olduğuna vurgu yapılmıştır. Bunun gerçekleşmemesi halinde, ilgili devlet bu hakların kendi yetkisi içinde tam ve özgürce kullanılmasını sağlama yükümlülüğünü yerine getirmemiş olacaktır.<sup>560</sup> *Loayza Tamayo v. Peru* davasında, Mahkeme başvuruçuların tutuklanması, işkence görmesi ve adil yargılamanın eksikliğine ilişkin iddialar bakımından, Peru'nun Sözleşme'nin birkaç hükmünü ihlalden sorumluluğuna hükmetmiştir.<sup>561</sup> *Chumbipuma Aguirre v. Peru, Barrios Altos* davasında, Mahkeme ulusal af kanunları meselesini ele almış ve söz konusu Peru kanunlarının Amerika Kitası Sözleşmesi ile uyumlu olmadığına ve bu yüzden herhangi bir hukuki etkiye sahip olamayacaklarına hükmetmiştir.<sup>562</sup> Mahkeme ayrıca bir kaç davada yerli halklar sorunu ile de ilgilenmiş olup, bu davalarda söz konusu halkların özellikle Sözleşme'nin 21. maddesindeki mülkiyeti kullanma ve yararlanma hakkı bağlamında kendi gelenekleri ile ilişkili geleneksel toprakları ve doğal kaynaklarına olan yakın bağlarına vurgu yapmıştır. Bu bakımdan Mahkeme yerli halkların kendi topraklarına geleneksel olarak sahip olmasının bir devlet tarafından verilmiş olan tam mülkiyet hakkı ile eşit bir etkiye sahip olacağına; geleneksel sahipliğin yerli halklara mülkiyet haklarının resmen tanınmasını ve kaydedilmesini talep etme hakkı vereceğine; bu halkların kendi geleneksel topraklarından ayrılmaya zorlanmış üyelerinin, bu topraklar iyi niyetli üçüncü kişilere hukuken transfer edilmiş olmadıkça, hukuken zilyet olmasalar da mülkiyet haklarını sürdüreceğine ve iyi niyetli üçüncü kişilerin bulunduğu hallerde yerli halkların üyelerinin bunun tazmini ya da eşit boyut ve kalitede başka bir toprağın alınmasına ilişkin hakları olacağına hükmetmiştir.<sup>563</sup> Mahkeme son olarak bir Şili mahkemesinin cinsel tercihi gerekçesiyle bir kadından çocuğun velayetini geri almasını hatalı bulmuştur.<sup>564</sup>

## İNSAN VE HALKLARIN HAKLARINA DAİR BANJUL ŞARTI<sup>565</sup>

Bu Şart 1981 yılında Afrika Birliği Örgütü (ABÖ) tarafından kabul edilmiş ve 1986 yılında yürürlüğe girmiştir. Şu anda Afrika Birliği'nin (2000 yılında Örgüt bu adı almıştır) elli dört üyesinin elli üçü

<sup>560</sup> Paragraf 174–6. Ayrıca bkz., *Castillo Paez v. Peru*, Series C, No. 34, 1997; 116 ILR, s. 451.

<sup>561</sup> Series C, No. 33, 1997; 116 ILR, s. 338.

<sup>562</sup> 14 Mart 2001 tarihli karar, 41 ILM, 2002, s. 93. Genel olarak ayrıca bkz., C. Martin, 'Catching Up with the Past: Recent Decisions of the Inter-American Court of Human Rights Addressing Gross Human Rights Violations Perpetrated During the 1970–1980s', 7 *Human Rights Law Review*, 2007, s. 774.

<sup>563</sup> Örnek olarak bkz., *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, 29 Mart 2006.

<sup>564</sup> *Caso Atala Riffo y Ninas v. Chile*, 24 Şubat 2012. Ayrıca kadınlara karşı şiddet ve ayrımcılığa dair önemli bir karar için bkz., *Gonzalez ('Cotton Field') v. Mexico*, 49 ILM, 2010, s. 637. 25 Kasım 2015 tarihli *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* kararında Mahkeme, Surinam'ın yerli ve kabile halklarının kolektif tüzel kişiliğini tanımaması sebebiyle Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.

<sup>565</sup> Örnek olarak bkz., *The African Regional Human Rights System* (ed. M. Ssenyonjo), The Hague, 2011; U. O. Umzurike, *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, The Hague, 1997; R. Murray, *The African Commission on Human and Peoples' Rights*, London, 2000; *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice, 1986-2006* (ed. M. Evans ve R. Murray), 2. Baskı, Cambridge, 2008; U.O. Umzurike, *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, The Hague, 2012; Rehman, *International Human Rights Law*, Bölüm 10; Steiner, Alston ve Goodman, *International Human Rights*, s. 1062; E. Ankumah, *The African Commission on Human and Peoples' Rights*, Dordrecht, 1996; R. Gittleman, 'The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Legal Analysis', 22 Va. JIL, 1981, s. 667; A. Bello, 'The African Charter on Human and Peoples' Rights', 194 HR, 1985, s. 5; S. Neff, 'Human Rights in Africa', 33 ICLQ, 1984, s. 331; U. O. Umzurike, 'The African Charter on Human and Peoples' Rights', 77 AJIL, 1983, s. 902; B. Ramcharan, 'The Travaux Préparatoires of the African Commission on Human Rights', HRLJ, 1992, s. 307; W. Benedek, 'The African Charter and Commission on Human and Peoples' Rights: How to Make It More Effective', 14 NQHR, 1993, s. 25; C. Flinterman ve E. Ankumeh, 'The African Charter on Human and Peoples' Rights', Hannum, *Guide to International Human Rights Practice*, s. 171; M. A. Baderin, 'Recent Developments in the African Regional Human Rights System', 5 *Human Rights Law Review*, 2005, s. 117 ve C. Beyani, 'Recent Developments in the African Human Rights System 2004–2006', 7 *Human Rights Law Review*, 2007, s. 582. Ayrıca bkz., F. Ouguergouz, 'La Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples', AFDI, 1989, s. 557; K. Mbaye, *Les Droits de l'Homme en Afrique*, Paris, 1992 ve M. Hamalengwa, C. Flinterman ve E. Dankwa, *The International Law of Human Rights in Africa – Basic Documents and Annotated Bibliography*, Dordrecht, 1988. Ayrıca genel olarak bkz., www.achpr.org/

buna taraftır.<sup>566</sup> Şart geleneksel sivil ve politik hakların yanı sıra ekonomik, sosyal, kültürel haklar ve halkların hakları dahil geniş bir haklar serisi içermektedir. Bu son kategori içinde özel olarak kendi kaderini tayin, kalkınma ve genel olarak tatmin edici bir çevre hakkına yer verilmektedir.<sup>567</sup> Söz konusu son iki kavrama yapılan atıflar insan hakları belgeleri açısından sıra dışıdır ve bunların nasıl yorumlanacağı ve nasıl uygulanacağını bekleyip görmek gerekir.

“Halkların hakları” kavramı bakımından acilen yanıtlanması gereken bir konu, halkın tanımının yapılmasıdır. Şayet Birleşmiş Milletler bağlamında kendi kaderini tayin kavramının tanımına ilişkin tecrübe bir kılavuz olarak kabul edilebilirse<sup>568</sup> ve bu bağlamda Afrika devletlerinin mevcut kolonyal sınırların istikrarı bakımından gösterdikleri aşırı hassasiyet de dikkate alındığında,<sup>569</sup> bu kavramın bağımsız devletlere işaret ettiği şeklinde anlaşılması ve yorumlanması muhtemeldir. Bu yorum *Katangese Peoples’ Congress v. Zaire* kararında tasdik edilmiş olup,<sup>570</sup> Komisyon bu açıdan Katanga’nın Zaire’nin egemenliği ve ülkesel bütünlüğü ile uyumlu bir kendi kaderini tayin biçimi uygulamak zorunda olduğunu ifade etmiştir.

Afrika Şartı ayrıca bir bireyin devlete, topluma ve aileye ilişkin ödevlerini detaylandıran ilk insan hakları sözleşmesidir.<sup>571</sup> Bu açıdan bir bireyin devletin güvenliğini tehlikeye sokmaktan kaçınma ve sosyal ve ulusal dayanışmayı ve bağımsızlığı güçlendirme gibi ödevleri bulunmaktadır. Söz konusu farklı yaklaşımın avantajlardan daha ziyade problemler getirip getirmeyeceğinin beklenip görülmesi gerekir.

Şart ile ABÖ Devlet ve Hükümet Başkanları Konferansı tarafından süreleri altı yıllık yenilenebilir dönemler halinde Şartı uygulamak üzere atanan yedi kişiden oluşan Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu kurulmuştur. Komisyon Sekreteri ABÖ Genel Sekreteri tarafından atanmaktadır. Komisyon çalışmalar yürütmek, konferanslar organize etmek, bilgi yaymak ve hükümetlere tavsiyelerde bulunmak gibi önemli eğitim ve tanıtım sorumluluklarına sahiptir.<sup>572</sup> Bu yetkiler 11. Protokol’den önceki haliyle Avrupa Komisyonu’nunkilere pek benzememekte, ancak daha ziyade Amerika Kitası Komisyonu’nu andırmaktadır. Afrika Komisyonu Özel Raportörler (bağımsız uzmanlar olarak değil, Komisyon üyeleri şeklinde)<sup>573</sup> ve çalışma grupları<sup>574</sup> atamak ve ülkesel ve tematik kararları kabul etmek<sup>575</sup> gibi bir dizi özel mekanizma geliştirmiştir.

Komisyon hukuken devletler arası şikayetleri dinleyebilmektedir.<sup>576</sup> Bu açıdan ilk şikayet, Burundi, Ruanda ve Uganda tarafından yapılan bir saldırının kurbanı olduğunu iddia eden Demokratik

<sup>566</sup> Afrika Birliği üyesi olan Güney Sudan henüz taraf değildir. Bkz., <http://www.achpr.org/instruments/achpr/ratification/>

<sup>567</sup> Bkz., madde 19–22.

<sup>568</sup> Bkz., yukarıda 5. Bölüm.

<sup>569</sup> Örnek olarak bkz., M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa*, Oxford, 1986.

<sup>570</sup> Case No. 75/92: bkz., 13 NQHR, 1995, s. 478.

<sup>571</sup> Bkz., madde 27–9.

<sup>572</sup> Bkz., madde 45 ve 1995 Usul Kuralları’nın 87. Kuralı. Ayrıca bkz., A. Bello, ‘The Mandate of the African Commission on Human and Peoples’ Rights’, 1 *African Journal of International Law*, 1988, s. 31.

<sup>573</sup> Afrika’da kadın hakları, mülteciler, sığınmacılar, ülkesinde yerinden edilmiş kişiler; ifade özgürlüğü; Afrika’da insan hakları savunucuları, hapisane ve tutukluluk şartları, yaşlı kişiler ve engelliler, madencilik, çevre ve insan hakları gibi konuları kapsamaktadır. Örneğin bkz., Beyani, ‘Recent Developments’, s. 588 ve [www.achpr.org/mechanisms/](http://www.achpr.org/mechanisms/).

<sup>574</sup> Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar; yerli nüfus ve topluluklar ve ölüm cezası gibi konuları kapsamaktadır. Örnek olarak *a.g.e.*, s. 589 ve [www.achpr.org/mechanisms/](http://www.achpr.org/mechanisms/)

<sup>575</sup> Darfur’da insan hakları ve uluslararası insancıl hukuk ihlallerine ilişkin derin kaygıyı ifade eden kararlar için, bkz., ACHPR/Res.74(XXXVII)05, 2005 ve Zimbabwe hükümeti tarafından yargının bağımsızlığına yapılan devam edegelen saldırılar hakkında İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Komisyonu’nun İcra Konseyi tarafından kabul edilen karar için bkz., 9th Ordinary Session, Haziran 2006, Ex. CL/279 (ix), Annex III, s. 99. Ayrıca bkz., Beyani, ‘Recent Developments’, ss. 592 vd. ve Afrika’daki insan hakları savunucularının korunmasına dair karar için bkz., ACHPR/Res.69(XXXV)04, 2004.

<sup>576</sup> Madde 47–54. Ayrıca bkz., Usul Kuralları, Kural 88 vd.

Kongo Cumhuriyeti tarafından 1999 yılında yapılmıştır. Komisyon söz konusu davalı devletlerin uyuşmazlıkların barışçıl çözümü prensibine aykırı davrandıklarına ve Afrika Şartı'nın barış hakkına ilişkin 23. maddesini ihlal ettiklerine karar vermiştir. Bu üç devletin Kongo'nun ülkesinin bazı kısımlarını Şart'a aykırı şekilde işgal ettikleri ve bunun neticesinde bir seri insan hakları ihlalleri işledikleri sonucuna varılmıştır.<sup>577</sup>

Devlet-dışı şikayetler de Komisyon'a gönderilebilmekte olup, kullanılan terminoloji diğer bölgesel insan hakları sistemlerinde olanlardan çok daha esneklerdir.<sup>578</sup> Bir veya daha fazla sayıda şikayetin görünüşte bir dizi ciddi veya ağır hak ihlallerinin mevcudiyetini ortaya koyan özel durumlar ile ilgili olduğu hallerde, Komisyon, Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi'nin dikkatini bu gibi durumlara çekebilecektir. Komisyon'dan bunun üzerine ilgili durumlar hakkında derinlemesine bir çalışma yürütmesi ve kendi bulguları ve tavsiyeleri ile birlikte bir olay raporu hazırlaması istenebilir.<sup>579</sup> Komisyon uygun olması halinde geçici tedbirler de önerebilmektedir.<sup>580</sup> Komisyon 1998'de Prosedür Kurallarını kabul etmiş ve bunlar 1995'de ve tekrar 2010'da değiştirilmiştir.<sup>581</sup> Bu güne kadar birçok önemli bireysel şikayet ele alınmıştır.<sup>582</sup> Ayrıca taraf devletlerin Şart altındaki hakları uygulamak üzere aldıkları tedbirler hakkında her iki yılda bir rapor sunma yükümlülüğü vardır.<sup>583</sup> ABÖ tarafından Komisyon'a bu raporları inceleme ve bunlar hakkında yorum yapma yetkisi verilmiş olup, buna ilişkin kılavuzlar kabul edilmiştir. Ancak günümüze kadar bu rapor sunma prosedürünün ciddi problemlerle karşılaştığı sonucuna varmak yerinde olur. En azından birçok devlet rapor veya yeterli rapor sunmakta başarısız olurken,<sup>584</sup> Komisyon'un karşılaştığı finansal zorluklar da ciddi seviyededir.

Şart'ta bir Mahkeme'ye ilişkin hiçbir hükme yer verilmemiş olmasına rağmen, 1988 yılında Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin Kurulmasına dair bir Protokol imzalanmıştır.<sup>585</sup> Bu Protokol uyarınca kurulan Mahkeme danışma, uzlaştırma ve davaları yargılama yetkisine

<sup>577</sup> Afrika Komisyonu, Communication 227/99, *Twentieth Activity Report*, EX.CL/279 (IX), Annex IV, ss. 111 vd. Ayrıca bkz., Beyani, 'Recent Developments', ss. 598 vd.

<sup>578</sup> Bkz., madde 55. Birkaç kabul edilebilirlik koşulu bulunmaktadır. Bkz., madde 56. Şikayetlere dair yakın tarihli bir karar için, bkz., [www.achpr.org/communications/](http://www.achpr.org/communications/)

<sup>579</sup> Madde 58(1) ve (2). Ayrıca Komisyon'a usulüne göre bildirilen bir acil durum da Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi Başkanı'na sunulacaktır. Başkan şikayetin iyice araştırılmasını isteyebilir, madde 58(3).

<sup>580</sup> Kural 111. Örnek olarak bkz., G. J. Naldi, 'Interim Measures of Protection in the African System for the Protection of Human and Peoples' Rights', 2 *African Human Rights Law Journal*, 2002, s. 1. Komisyon geçici tedbirlerin tarafları bağladığı görüşündedir. Örneğin bkz., *Saro-Wiwa v. Nigeria*, 7 *International Human Rights Reports*, 2000, s. 274.

<sup>581</sup> Bkz., 40 *The Review*, *International Commission of Jurists*, 1988, s. 26 ve <http://www.achpr.org/instruments/rules-of-procedure-2010/>.

<sup>582</sup> Örnek olarak, anayasal demokrasinin yıkılması ve politik partilerin yasaklanmasına ilişkin bir dava için bkz., *Lawyers for Human Rights v. Swaziland*, Communication 251/2002, 13 *International Human Rights Reports*, 2006, s. 887. Ayrıca bkz., *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, African Commission, *Twenty-First Activity Report*, Annex III, ss. 54 vd. ve *Sudan Human Rights Org. v. Sudan and Ctr. for Housing Rights and Evictions v. Sudan*, 49 ILM, 2010, s. 1569. Bkz., S. Gumedz, 'Bringing Communications Before the African Commission on Human and Peoples' Rights', 3 *African Human Rights Law Journal*, 2003, s. 118.

<sup>583</sup> Madde 62. Ayrıca bkz., Kural 81-6.

<sup>584</sup> Örnek olarak bkz., G. Oberleitner ve C. Welch, 'Africa: 15th Session African Commission on Human and Peoples' Rights', 12 NQHR, 1994, s. 333; Rehman, *International Human Rights Law*, s. 255 ve M. Vans, T. Ige ve R. Murray, 'The Reporting Mechanism of the African Charter on Human and Peoples' Rights', *The African Charter on Human and Peoples' Rights* (ed. M. Evans ve R. Murray), Cambridge, 2002, s. 36. Halihazırda Komor Adaları, Cape Verde, Ekvator Ginesi, Gambia, Gine-Bissau ve Somali gibi 10'dan fazla devlet vaktinde raporlarını sunmamışlardır. Bkz. <http://www.achpr.org/states/>

<sup>585</sup> Bu protokol 25 Ocak 2004'de yürürlüğe girmiştir. Hakimler ilk olarak 2006'da seçilmiştir. Örnek olarak bkz., D. Padilla, 'An African Human Rights Court: Reflections from the Perspective of the Inter-American System', 2 *African Human Rights Law Journal*, 2002, s. 185; R. W. Eno, 'The Jurisdiction of the African Court on Human and Peoples' Rights', 2 *African Human Rights Law Journal*, 2002, s. 223 ve R. Murray, 'A Comparison Between the African and European Courts of Human Rights', 2 *African Human Rights Law Journal*, 2002, s. 195. Bu güne kadar otuz devlet Protokol'e taraf olmuştur. <http://en.african-court.org/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-african-court>. Genel olarak bkz., [www.african-court.org/en/](http://www.african-court.org/en/)

sahiptir. Afrika Komisyonu'nun yanı sıra taraf devletler ve Afrikalı hükümetlerarası örgütlerin bu Mahkeme'ye otomatik erişimi olsa da,<sup>586</sup> bireylerin ve hükümet-dışı örgütlerin erişimi, ilgili devletin Mahkeme'nin bu başvurulara bakma yetkisini kabul eden bir açıklama yapmış olmasına bağlıdır.<sup>587</sup> 2003 yılında Afrika Birliği Adalet Divanı'na ilişkin Afrika Birliği Şartı'na ek bir Protokol kabul edilmiştir. Ancak Afrika Birliği 2004 yılında bu iki mahkemeyi birleştirmeye karar vermiş ve buna yönelik protokol 2008'de kabul edilmiştir. Buna göre Afrika Birliği Kurucu Antlaşması'nın, Afrika Adalet ve İnsan Hakları Mahkemesi protokolü de dikkate alınarak okunması gerekmektedir. Yeni Mahkeme her biri sekiz hakimden oluşan Genel İşler Dairesi ve İnsan Hakları Dairesi şeklinde iki daireye ayrılmıştır. Birinci dairenin bütün davalara, insan ve/ya halkların hakları hariç, bakma yetkisi bulunmakta, hariç tutulan davalar ise İnsan Hakları Dairesi'ne ayrılmaktadır. Ayrıca her daire bir davayı bakması için Genel Kurul'a havale etmeye de karar verebilecektir.<sup>588</sup> Arap ülkelerine ilişkin olan da dahil olmak üzere,<sup>589</sup> Afrika'da<sup>590</sup> ve başka yerlerde<sup>591</sup> birçok bölgesel mahkeme mevcut bulunmaktadır.

<sup>586</sup> Madde 34(6). Şubat 2016 itibarıyla sadece 7 devlet gereken bildirimde bulunmuştur. Haziran 2012'ye kadar 24 başvuru yapılmış ve 12 karar çıkmıştır. Michelot Yogogombaye tarafından Senegal'e karşı 11 Ağustos 20118 tarihinde yapılan başvuru üzerine ilk karar 2009 yılında verilmiştir. *A.g.e.* ve bkz., 49 ILM, 2010, s. 850.

<sup>587</sup> Madde 5. Ayrıca bkz., 2010 Usul Kuralları'nın 33. Kuralı.

<sup>588</sup> Bkz., 48 ILM, 2009, s. 334. Protokol'ün yürürlüğe girebilmesi için on beş onay gerekmektedir. Nisan 2016 itibarıyla sadece beş onay mevcuttur. Bkz., [http://au.int/en/sites/default/files/treaties/7792-sl-protocol\\_on\\_statute\\_of\\_the\\_african\\_court\\_of\\_justice\\_and\\_hr\\_0.pdf](http://au.int/en/sites/default/files/treaties/7792-sl-protocol_on_statute_of_the_african_court_of_justice_and_hr_0.pdf).

<sup>589</sup> İnsan Hakları Arap Şartı 15 Eylül 1994'de Arap Devletleri Ligi Konseyi tarafından kabul edilmiş ve Mayıs 2004'de de Arap Devletleri Ligi tarafından gözden geçirilmiş yeni bir versiyonu kabul edilmiştir. Bu Şart'ta BM Antlaşması, Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve İslamiyette İnsan Haklarına Dair Kahire Beyannamesi'nde yer alan prensipler teyid edilmektedir. Yaşam ve kişi güvenliği hakkı, kişilerin kanun önünde eşitliği, adil yargılama, kişilerin işkenceden korunması, özel mülkiyete sahip olma hakkı, dini ibadetlerini yerine getirme özgürlüğü ve barışçıl toplanma ve örgütlenme özgürlüğü dahil bir çok geleneksel insan haklarına yer verilmektedir. Self determinasyon hakkına atıf da bulunmaktadır. Bkz., M. Rishmawi, 'The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?', 5 *Human Rights Law Review*, 2005, s. 361, ve *a.g.e.*, 'The Arab Charter on Human Rights and the League of Arab States: An Update', 10 *Human Rights Law Review*, 2010, s. 169; Rehman, *International Human Rights Law*, s. 377 vd; R. K. M. Smith, *Textbook on International Human Rights*, Oxford, 2002, s. 87 ve A. A. Naim, 'Human Rights in the Arab World: A Legal Perspective', 23 HRQ, 2001, s. 70. Şart'ta devletlerin raporlarını inceleyecek olan yedi kişilik bir Arap İnsan Hakları Komitesi'nin seçilmesi öngörülmektedir. Şart yedinci onayın ardından 24 Ocak 2008'de yürürlüğe girmiştir. BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri Arap Şartı'nın bazı hükümlerinin uluslararası normlar ve standartlara uygun olmadığı endişesini ifade etmiştir. Bu endişeler çocuklara verilen ölüm cezası ve kadınların ve vatandaş olamayanların haklarına yaklaşım gibi konuları içermektedir. Yüksek Komiser ayrıca Siyonizmi ırkçılık sayan Arap Şartı'nın 'Siyonizmin bir tür ırkçılık ve ırk ayrımcılığı olduğunu reddeden 46/86 sayılı Genel Kurul kararı ile uyumlu olmadığına' dikkat çekmiştir. Bkz., 30 Ocak 2008 tarihli açıklama, [www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/6C211162E43235FAC12573E00056E19D?opendocument](http://www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/6C211162E43235FAC12573E00056E19D?opendocument).

<sup>590</sup> Örneğin bkz., 1975 ECOWAS (Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu) Antlaşması ve 1991'deki Protokol'ün ardından ECOWAS Topluluk Adalet Divanı'nın oluşumu. 2005 Ek Protokolü'nden itibaren bu mahkeme insan hakları ihlali iddialarına bakma yetkisine sahiptir. Bkz. <http://www.courtecawas.org/site2012/index.php?lang=en>. Ayrıca bkz., 'Court for West Africa: The ECOWAS Community Court of Justice', 107 AJIL, 2013, s. 737. Ayrıca bkz., 2000 yılında bir Protokol ile kurulan ve 2005'den beri faaliyette olan SADC (Güney Afrika Kalkınma Topluluğu) Mahkemesi. Bu mahkeme Zimbabwe'yi insan haklarını ihlalden sorumlu bulan bir kaç kararın ardından (örneğin bkz., *Campbell v. Zimbabwe*, 48 ILM, 2009, s. 530), 2010 SADC Zirvesinde *de facto* olarak askıya alınmıştır. 17 Ağustos 2012'de, Mozambik'deki SADC Zirvesi'nde yeni bir mahkemenin oluşturulması ve bunun yetkisinin üye devletler arasındaki SADC Antlaşması ve Protokolleri'ne ilişkin yorum uyumsuzlukları ile sınırlı olması kararı alınmıştır. Bkz., [www.sadc.int/about-sadc/sadc-institutions/tribunal/](http://www.sadc.int/about-sadc/sadc-institutions/tribunal/). Ayrıca bkz., Doğu Afrika Topluluğunu Kuran Antlaşma (2006 ve 2007 yıllarında değiştirilmiştir) tarafından oluşturulan Doğu Afrika Adalet Divanı. Madde 27 (2) uyarınca Divan '(Topluluk Bakanlar) Komite(si) tarafından belirlenecek ilk, temyiz, insan hakları ve başka dava yetkilerine sahiptir'. Bu yetkinin henüz belirlenmediği görülmektedir. Genel olarak bkz., <http://eacj.org/?page>. Ayrıca bkz., K. J. Alter, J.T. Gathii ve L.R. Helfer, 'Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences', 27 EJIL, 2016, s. 293.

<sup>591</sup> Ayrıca bkz., 2009'da kurulan ve araştırma ve tanıtım faaliyetleri gibi çeşitli işlevleri olan ve 2012 ASEAN İnsan Hakları Deklarasyonu'nu hazırlayan ASEAN (Güney Doğu Asya Ulusları Birliği) Hükümetlerarası İnsan Hakları Komisyonu. Bu Komisyon'un bir danışma organı niteliğinde olduğu ve şikayetlere bakma yetkisinin olmadığı açıklanmıştır. Bkz., <http://aichr.org/>. Ayrıca bkz., Tae-Ung Baik, *Emerging Regional Human Rights Systems in Asia*, Cambridge, 2012. Ayrıca bkz., N. Doyle, 'The ASEAN Human Rights Declaration', 63 ICLQ, 2014, s. 67.

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

*The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (ed. D. Shelton), Oxford, 2013

O. de Schutter, *International Human Rights Law*, 2. Baskı, Cambridge, 2014

J. Rehman, *International Human Rights Law*, 2. Baskı, London, 2010

*The African Charter on Human and Peoples' Rights* (ed. M. Evans ve R. Murray), 2. Baskı, Cambridge, 2008

*Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights* (ed. R. C. A. White and C. Ovey), 5. Baskı, Oxford, 2010

J. M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2. Baskı, Cambridge, 2013



## BÖLÜM 7

# ULUSLARARASI HUKUKTA BİREYSEL CEZAİ SORUMLULUK<sup>1</sup>

Uluslararası hukukta doğrudan bireysel cezai sorumluluğun ortaya çıkışı uluslararası hukukun geleneksel unsurları ile insan hakları hukuku ve insancıl hukuka ilişkin daha modern yaklaşımların biraraya gelmesi ile başlamış olup, bu açıdan hem ulusal hem de uluslararası uygulama mekanizmalarının göz önüne alınmasını gerektirmektedir. Her ne kadar uluslararası hukukta bireysel haklar 1945 sonrası dönemde ciddi şekilde gelişmişse de, devletler dışında bireylere de doğrudan yükümlülükler yüklenmesi farklı ve dar bir uygulama olarak kalmıştır.<sup>2</sup> Bu bakımdan çok eskiden beri deniz haydutluğu veya köle ticareti yapanların<sup>3</sup> uluslararası topluma karşı suç işledikleri ve doğrudan bireysel sorumluluk taşıdıkları kabul edilmekte, bunlardan ötürü uluslararası mahkemeler veya her hangi bir devlet tarafından cezalandırılmaktadırlar. Bu gibi hallerde bu suçları yargılama yetkisi örnek olarak eylemin gerçekleştiği ülke devleti veya suçlu ya da mağdurun vatandaşı olduğu devletle sınırlandırılmamıştır. Bu suçlara yönelik evrensel yargı yetkisi dünya toplumunun köklü prensiplerinden birini teşkil etmektedir.<sup>4</sup> Her devlet, açık denizde<sup>5</sup> veya ilgili devletin kendi ülkesinde yakalanmış olmaları şartıyla, deniz haydutluğu yapanları tutuklayabilir ve cezalandırabilir. Bu suçları işleyenlerin cezalandırılması bunların vatandaşlığına ve suç eylemlerini nerede gerçekleştirdiklerine bakılmaksızın yerine getirilir.

Uluslararası hukukta düzenlenmiş olan deniz haydutluğu (veya *jure gentium* korsanlık), ulusal hukuklardaki deniz haydutluğundan ayrılmalıdır. Zira, ulusal hukuklarda deniz haydutluğu olarak nitelendirilebilen suçların muhakkak olarak uluslararası hukuktaki korsanlık tanımının içinde yer alması ve bu yüzden evrensel yetkiye de (elbette uluslararası sözleşmelerin içerik ve biçimlerine bağlı olarak) tabi olması şart değildir. 1958 Açık Denizler Sözleşmesi'nin 15. maddesinde yer verilmiş olan (ve 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin

<sup>1</sup> Örnek olarak bkz., R. O'Keefe, *International Criminal Law*, Oxford, 2015; *The Cambridge Companion to International Criminal Law* (ed. W. Schabas), Cambridge, 2016; W. Schabas, *Unimaginable Atrocities: Justice, Politics and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford, 2012; E. van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford, 2012; K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford, Cilt 1, 2013; *Research Handbook on International Criminal Law* (ed. B. S. Brown), Cheltenham, 2011; A. Cassese, *International Criminal Law*, 2. Baskı, Oxford, 2008; W. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 5. Baskı, Cambridge, 2016; A.g.e., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2. Baskı, Oxford, 2016; O. Triffterer ve K. Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 3. Baskı, Munich, 2016; R. Cryer, H. Friman, D. Robinson ve E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3. Baskı, Cambridge, 2014; I. Bantekas ve S. Nash, *International Criminal Law*, 3. Baskı, London, 2009; G. Werle ve F. Jeßberger, *Principles of International Criminal Law*, 3. Baskı, Oxford, 2014; D. Guilfoyle, *International Criminal Law*, Oxford, 2016; S. R. Ratner ve J. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, 2. Baskı, Oxford, 2001; ve *Justice for Crimes Against Humanity* (ed. M. Lattimer ve S. Sands), Oxford, 2003.

<sup>2</sup> Örnek olarak bkz., M. C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2. Baskı, The Hague, 1999. Uluslararası suçlardan devletin sorumluluğu için, bkz., aşağıda 13. Bölüm.

<sup>3</sup> Köle ticareti için bkz., 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi, madde 99 ve aşağıda 10. Bölüm.

<sup>4</sup> Örnek olarak bkz., *In re Piracy Jure Gentium* [1934] AC 586; 7 AD, s. 213. Ayrıca bkz., D. H. Johnson, 'Piracy in Modern International Law', 43 *Transactions of the Grotius Society*, 1957, s. 63 ve G. E. White, 'The Marshall Court and International Law: The Piracy Cases', 83 *AJIL*, 1989, s. 727. Ayrıca bkz., Hakim Guillaume'un Ayrı Oy Görüşü, *Congo v. Belgium*, ICJ Reports, 2002, ss. 3, 37-8; 128 *ILR*, ss. 60, 92-4 ve *R v. Jones* [2006] UKHL 16; 132 *ILR*, s. 668.

<sup>5</sup> 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi, madde 105 (1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi, madde 19'un tekrarıdır).



101. maddesi ile yeniden teyid edilen) *jure gentium* korsanlık suçu, açık denizde veya *terra nullius* olan yerlerde<sup>6</sup> bir özel geminin veya özel uçağın mürettebatı veya yolcuları tarafından özel çıkar amaçları için bir başka gemi veya uçağa (veya buralardaki kişi ve mallara) karşı yöneltilmiş hukuka aykırı şiddet, alıkoyma veya yağmalama eylemleri şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tür eylemleri yapma girişimleri deniz haydutluğu suçunun oluşumu için yeterli olup, bu girişimlerin başarılı olması şart değildir.<sup>7</sup>

Ancak uluslararası hukukta bireylerin uluslararası sorumluluk taşıdıkları suçların sayısı gerçekten de çok dar kalmış olup,<sup>8</sup> yirminci yüzyılın başlarında bunların korsanlık ve köle ticaretinin ötesine geçip geçmediği şüpheliydi. Bu gibi hallerde bile yargı yetkisi uygulamada yalnızca ulusal mahkemeler tarafından kullanılabilmiştir. Bu gibi suçlar bakımından bireyler üzerinde doğrudan yetki kullanabilecek bir uluslararası mahkeme kurulması daha yeni bir olgudur. 11. Bölümde de görüleceği üzere, ulusal mahkemeler, örnek olarak bir sanığın ilgili devletin ülkesinde bulunması şartıyla, devletin ülkesinin dışında işlenmiş işkence ve savaş suçları gibi, uluslararası unsurlara komuta suçlar bakımından daha geniş yetkiler kullanabilmektedir, ancak bu durum yalnızca bir uluslararası antlaşmanın bir devleti bu tür yetkiyi kullanmak üzere yetkilendirmesi ve bu antlaşmanın iç hukukta da etki doğurmasının mümkün kılındığı hallerde olabilmektedir.<sup>9</sup> Ancak bu bölümün odaklandığı asıl konu uluslararası suçlarla itham edilen bireyleri doğrudan yargılamak amacıyla uluslararası alanda kurulmuş veya bir uluslararası unsur taşıyacak şekilde kurulmuş olan mahkemelerdir.

## ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİ<sup>10</sup>

Birinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinin hemen ardından, İtilaf Devletleri tarafından kurulan bir komisyon, yenilen güçlerin savaş hukukunu ihlal etmelerinden ötürü, Kayzer dahil yüksek rütbeli subayların bu suçları emrettikleri sebebiyle ve komuta sorumluluğu esasına göre yargılanmaları tavsiyesinde bulunmuştur. Ayrıca savaş kuralları ve teamülleri ile insanlık hukuku ihlallerini yargılamak üzere bir İtilaf Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin kurulması önerilmiştir.<sup>11</sup> Bu çerçevede 1919 Versay Antlaşması'nda Alman hükümeti tarafından İttifak ve İtilaf Devletlerinin, savaş hukuku ve adetlerine karşı suçlarla itham olunan kişilerin askeri mahkemelerin önüne getirilmesi hakkını tanıdığına dikkat çekilmiş ve Kayzer'in bireysel sorumluluğu (madde 227) kabul edilmiştir. Ancak uygulamada, Hollanda Kayzer'i teslim etmeyi reddetmiş ve Leipzig'deki Alman mahkemeleri önünde yalnızca, en iyi tabirle farklı sonuçlara sahip olan, birkaç yargılama yapılabilmektedir.<sup>12</sup>

1945 yılında kabul edilen Başlıca Savaş Suçlarının Yargılanması ve Cezalandırılması Antlaşması'na ek Şart'ta, özellikle barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı

<sup>6</sup> Bkz., aşağıda 10. Bölüm.

<sup>7</sup> *In re Piracy Jure Gentium* [1934] AC 586; 7 AD, s. 213.

<sup>8</sup> Bkz., Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Re-Introduction of the Death Penalty in the Peruvian Constitution* davasındaki istişari görüşü, 16 HRLJ, 1995, ss. 9, 14; burada bireysel sorumluluğun yalnızca uluslararası belgelerde uluslararası hukuka göre suç olarak tanımlanmış ihlaller için ileri sürülebileceğine dikkat çekilmektedir.

<sup>9</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>10</sup> Örnek olarak bkz. G-J. Kooops, *An Introduction to the Law of International Criminal Tribunals*, The Hague, 2014.

<sup>11</sup> Bkz., Barış Konferansı Komisyonu'nun Raporu, 14 AJIL, 1920, s. 95. Ayrıca bkz., Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, ss. 115-6 ve T. Meron, 'Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals', 100 AJIL, 2006, s. 551.

<sup>12</sup> Bkz., C. Mullins, *The Leipzig Trials*, London, 1921. Ayrıca diğer belli konularda bireysel sorumluluğun oluşması açısından bkz., 1884 Denizaltı Telegraf Kablolarının Korunması için Uluslararası Sözleşme; 1910 Ahlaka Aykırı Yayınların Dolaşımının Engellenmesi Antlaşması; 1924 Ahlaka Aykırı Yayınların Ticaret ve Dağıtımının Engellenmesi Uluslararası Sözleşmesi; 1931 Eroin İçilmesinin Engellenmesine Dair Antlaşma; 1936 Tehlikeli Uyuşturucuların Kaçakçılığının Engellenmesi Sözleşmesi ve 1929 Kalpazanlığın Engellenmesi Uluslararası Sözleşmesi.

suçlar için bireysel sorumluluk öngörülmüştür. Bunların yanında bir de komplo suçlaması vardır.<sup>13</sup> Dört asil hakim (ABD, İngiltere, SSCB ve Fransa'dan) ile dört yedek üyeden oluşan Nuremberg Mahkemesi ilk uluslararası ceza mahkemesi olup, uluslararası ceza hukuku açısından da gerçek başlangıç noktasını temsil etmektedir. Mahkeme, vurgulu ve kalıcı nitelikteki ifadelerle 'uluslararası hukukun devletlerin yanı sıra bireylere de ödev ve sorumluluklar yüklediğini' ve 'uluslararası hukuka karşı suçların soyut varlıklar tarafından değil insanlar tarafından işlenmesinden ötürü, yalnızca bu suçları işleyen bireylerin cezalandırılması suretiyle uluslararası hukukun bu hükümlerinin uygulanabileceğini' teyid etmiştir. Bireysel sorumluluğun doğabileceği kategorilerin içine barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar dahil edilmiştir.<sup>14</sup> Buna ek olarak, Kontrol Konseyi Kanunu No. 10 uyarınca Müttefiklerin işgalindeki Almanya'da birkaç savaş suçları yargılaması daha başlatılmıştır.<sup>15</sup> Japon savaş suçları ile ilgilenmek üzere Ocak 1946'da Uzak Doğu Uluslararası Askeri Mahkemesi kurulmuştur.<sup>16</sup> Bu Mahkeme ise on bir devletin hakimlerinden teşekkül etmiş<sup>17</sup> ve esas olarak Nuremberg Mahkemesi'nin, örnek olarak saldırı savaşının suç niteliği ve amirin emri savunmasının reddi gibi, hukuki bulgularını teyid etmiştir.<sup>18</sup> Mahkeme'nin Şartı'nda yine bazı suçlar bakımından bireysel sorumluluk öngörülmüştür.<sup>19</sup>

Özellikle Genel Kurul'un 1946'da Nuremberg Şart'ının prensiplerini ve Mahkeme'nin kararını teyid etmesinden beri, bu Şart'ın hükümleri artık uluslararası hukukun bir parçası sayılmaktadır.<sup>20</sup> Kurul ayrıca soykırımın uluslararası hukukta bireysel sorumluluğu doğuran bir suç olduğunu ifade etmiştir.<sup>21</sup> Bu husus söz konusu suçun ya ulusal mahkemeler veya 'bir uluslararası ceza mahkemesi' tarafından yargılanmasını isteyen 1948 Soykırım Sözleşmesi ile yeniden teyid edilmiştir.<sup>22</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1951 yılında hazırladığı Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlar Taslağı'nın 1. maddesinde 'bu Taslak'ta tanımlanmış olan barışa ve insanlığın güvenliğine karşı suçlar uluslararası hukuka göre suç olup, bunlardan sorumlu bireyler cezalandırılacaktır' denmektedir.<sup>23</sup>

<sup>13</sup> Bkz., madde 6, 39 AJIL, 1945, Sups., s. 259. Ayrıca bkz., H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, 1950, s. 6 ve Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, ss. 116 vd.

<sup>14</sup> Bkz., 41 AJIL, 1947, s. 220. Ayrıca bkz., I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963, s. 167; T. Taylor, *An Anatomy of the Nuremberg Trial*, London, 1993; A. Tusa ve J. Tusa, *The Nuremberg Trial*, London, 1983 ve K. J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunal and the Origins of International Criminal Law*, Oxford, 2011.

<sup>15</sup> 36 ILR, s. 31. Nuremberg'de on iki önemli ABD yargılaması yapılmıştır, bkz., H. Levie, *Terrorism in War: The Law of War Crimes*, New York, 1992, ss. 72 vd.; bu yargılamalar 1946 *Royal Warrant* uyarınca Almanya'nun İngiliz işgali altındaki kısmında gerçekleşmiştir, bkz., A. S. V. Rogers, 'War Crimes Trials under the Royal Warrant, British Practice 1945-1949', 39 ICLQ, 1990, s. 780 ve ayrıca bkz., *R v. Jones* [2006] UKHL 16, paragraf 22 (Lord Bingham); 132 ILR, s. 679 ve *Re Sandrock and Others* 13 ILR, s. 297.

<sup>16</sup> Potsdam Deklarasyonu'nu uygulamak üzere Müttefik Güçler tarafından yetkilendirilen General MacArthur'un 19 Ocak 1946 tarihli bir açıklaması ile kurulmuştur. Bkz., *Hirota v. MacArthur* 335 US 876 ve TIAS, 1946, No. 1589, s. 3; 15 AD, s. 485.

<sup>17</sup> ABD, İngiltere, SSCB, Avustralya, Kanada, Çin, Fransa, Hindistan, Hollanda, Yeni Zelanda ve Filipinler.

<sup>18</sup> Örnek olarak bkz., B. V. A. Röling ve A. Cassese, *The Tokyo Trial and Beyond*, Cambridge, 1992 ve S. Horowitz, *The Tokyo Trial*, International Conciliation No. 465 (1950). Ancak sürecin bir eleştirisi için bkz., R. Minear, *Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton, 1971. Ayrıca bkz., *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited* (ed. Y. Tanaka, T. McCormack ve G. Simpson), The Hague, 2012.

<sup>19</sup> Madde 5.

<sup>20</sup> Karar 95(I). Ayrıca bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Nuremberg Mahkemesi'nin Prensiplerine İlişkin Raporu, *Yearbook of the ILC*, 1950, Cilt II, s. 195 ve 1968 Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Zamanaşımının Uygulanmamasına Dair Sözleşme.

<sup>21</sup> Karar 96(1).

<sup>22</sup> Ayrıca, 1973 Apartheid Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Uluslararası Sözleşmesi'nde "apartheid"ın doğrudan bireysel cezaî sorumluluğu gerektiren uluslararası bir suç olduğu açıklanmıştır.

<sup>23</sup> A/2693, ve 45 AJIL, 1954, Sups., s. 123.

Bireysel sorumluluk ayrıca silahlı çatışmalarla ilgili 1949 Cenevre Kızıl Haç Sözleşmeleri ve 1977 Ek I ve II Protokol'lerinin ağır ihlalleri bakımından da kabul edilmiştir. Bu açıdan Yüksek Akit Tarafların özellikle bir dizi ağır ihlallerden her hangi birini işleyen veya işlenmesini emreden kişiler için etkin şekilde cezalandırılmalarını sağlayacak gerekli kanunları çıkartmayı üstlendikleri görülmektedir.<sup>24</sup> Bu tür ağır ihlaller arasında kasden öldürme, işkence veya insanlık dışı muamele, askeri gereklilik olmadan ve hukuksuz ve sebepsiz yere malların geniş çaplı tahribi veya elkonulması, koruma altındaki kişilerin hukuksuz şekilde sürgün edilmesi veya transferi ile rehine alma yer almaktadır.<sup>25</sup> 1977 I. Protokol'ü bu listeyi, örnek olarak, şu hususları da içerecek şekilde genişletmiştir: sivil halkı saldırının hedefi yapma; ölüme ya da ciddi yaralanmaya neden olacak şekilde siviller veya onların malları bakımından aşırı can kaybı veya hasara sebep olacağını bilerek tehlikeli güçler içeren yerlere veya tesislere saldırı düzenlenmesi; sivil halkın ya işgal edenin ülkesinden işgal edilen alana transfer edilmesi ya da işgal edilen alandan başka yere sürgün edilmesi; apartheid ve ırk ayrımcılığı; ve açıkça tanınabilir olan tarihi eserlere, sanat eserlerine veya ibadet yerlerine kasden saldırılması.<sup>26</sup>

Her birey, rütbesine veya hükümetteki statüsüne bakılmaksızın, işledikleri savaş suçları veya ağır ihlallerden dolayı kişisel olarak sorumlu olacaktır. Komuta (veya üstün) sorumluluğu ise bir savaş suçu veya ağır ihlalin işlenmesini emreden yetkili pozisyonundaki bir kişinin, bu suçu işleyen astı gibi sorumlu olması anlamına gelmektedir.<sup>27</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu 1991 yılında Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlar Taslağı'nı geçici olarak kabul etmiş<sup>28</sup> ve 1996'da bu Taslak yeniden gözden geçirilmiştir.<sup>29</sup> 1996 tarihli Taslak'da saldırı,<sup>30</sup> soykırım,<sup>31</sup> insanlığa karşı suçlar,<sup>32</sup> Birleşmiş Milletler ve ilgili personeline karşı suçlar<sup>33</sup> ile savaş suçları<sup>34</sup> bakımından bireysel cezai sorumluluk öngörülmektedir.<sup>35</sup> Bir kişinin söz konusu suçlardan sorumlu olması ilgili devletin kendi sorumluluğu hususunu etkilemeyecektir.<sup>36</sup> Güvenlik Konseyi 1990'ların başlarında Somali'deki durum ile ilgili iki kararında, insancıl hukuk ihlallerini oybirliği ile kınamış ve bu tür ihlallerin faillerinin veya bunların işlenmesi emrini verenlerin bu suçlardan 'bireysel olarak sorumlu' tutulacaklarını ifade etmiştir.<sup>37</sup> Güvenlik Konseyi'nin Irak'ın Kuveyt'i işgaline dair 674 sayılı kararında da, Irak'ın işgal altındaki alanlarda bulunan sivil halkla ilgili 1949 Dördüncü Cenevre Sözleşmesi altındaki sorumluluğu teyid edildikten sonra, bu bağlamda ağır ihlallerden kaynaklanan sorumluluğun 'ağır ihlalleri işleyen veya işlenmesini emreden bireyleri' de kapsadığına dikkat çekilmiştir.<sup>38</sup>

<sup>24</sup> Bkz., Birinci Cenevre Sözleşmesi, madde 49, İkinci Cenevre Sözleşmesi, madde 50, Üçüncü Cenevre Sözleşmesi, madde 129 ve Dördüncü Cenevre Sözleşmesi, madde 146. Bkz., aşağıda 21. Bölüm.

<sup>25</sup> Örnek olarak bkz., Birinci Cenevre Sözleşmesi, madde 50, İkinci Cenevre Sözleşmesi, madde 51, Üçüncü Cenevre Sözleşmesi, madde 130 ve Dördüncü Cenevre Sözleşmesi, madde 147. Ayrıca bkz., L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 3. Baskı, Manchester, 2008, Bölüm 18.

<sup>26</sup> Bkz., I. Protokol, madde 85.

<sup>27</sup> Bkz., aşağıda ve dipnot 243.

<sup>28</sup> 27 A/46/10 ve 30 ILM, 1991, s. 1584.

<sup>29</sup> A/51/10, s. 9.

<sup>30</sup> Bkz., madde 16.

<sup>31</sup> Madde 17.

<sup>32</sup> Madde 18.

<sup>33</sup> Madde 19.

<sup>34</sup> Madde 20.

<sup>35</sup> Bkz., madde 2.

<sup>36</sup> Madde 4.

<sup>37</sup> Karar 794 (1992) ve 814 (1993).

<sup>38</sup> Ayrıca örnek olarak bkz., Irak Savaş Suçları Özel Bölümü, 31 Va. JIL, 1991, s. 351.

**Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (YUCM)<sup>39</sup>**

Eski Yugoslavya'da meydana gelen olaylar uzun bir süredir, fakat gelişigüzel bir şekilde üzerinde düşünülmekte olan, bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulması konusuna gösterilen ilginin artışına neden olmuştur.<sup>40</sup> Yugoslavya tecrübesi ve 1994 Ruanda katliamı ertesinde, yukarıda anılan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde olduğu gibi bir uluslararası konferans yerine, BM Güvenlik Konseyi'nin Şart'ın VII. Bölümü uyarınca teşkilata üye bütün devletler için bağlayıcı kararlar almasına ilişkin yetkinin kullanılması yoluyla iki özel savaş suçları mahkemesinin kurulması sağlanmıştır. Bu yöntem hem söz konusu mahkemenin mümkün olan en çabuk şekilde faaliyete geçmesini sağlamak, hem de iddia olunan savaş suçları konusu ile yakından ilgili devletlerin (uluslararası antlaşma ile kurulmuş bir mahkeme durumunda gerekli olan) kendi rızaları olmasa da hukuken bağlı olmalarını sağlamak amacıyla kullanılmıştır. Yugoslavya Mahkemesi'nin kuruluşundan önce atılmış bir dizi adım vardır. Güvenlik Konseyi'nin 764 (1992), 771 (1992) ve 820 (1993) sayılı kararlarında uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden duyulan ciddi endişe ifade edilmiş ve ilgili tarafların sorumlulukları teyid edilmiştir. Özellikle 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlallerinin işlenmesinden kaynaklanan bireysel sorumluluk vurgulanmıştır. 780 (1992) sayılı karar uyarınca, Güvenlik Konseyi eski Yugoslavya ülkesinde işlenmiş Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlallerinin ve diğer uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin kanıtları ile ilgili bilgileri incelemesi ve analiz etmesi için bağımsız bir Uzmanlar Komisyonu kurmuştur. Komisyon 1993'ün başlarında bir rapor hazırlamış ve bu raporda eski Yugoslavya ülkesinde, kasden öldürme, "etnik temizlik", topluca öldürme, işkence, tecavüz, sivillerin mallarının yağmalanması ve imhası, kültürel ve dini yapıların tahrip edilmesi ve keyfi tutuklama dahil ağır ihlallerin ve diğer uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin işlendiği sonucuna varmıştır.<sup>41</sup>

Bunun üzerine Güvenlik Konseyi '1991 yılından beri eski Yugoslavya ülkesinde işlenmiş ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu kişileri' yargılayacak bir uluslararası mahkemenin kurulmasını öngören 808 (1993) sayılı kararı kabul etmiştir. Bunun üzerine BM Genel Sekreteri bir taslak statü ve bunun şerhini içeren bir rapor hazırlamış<sup>42</sup> ve söz konusu statü Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın 7. Bölümü uyarınca aldığı 827 (1993) sayılı karar ile kabul edilmiştir.<sup>43</sup>

Mahkeme 1991'den beri eski Yugoslavya ülkesinde işlenmiş olan ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden sorumlu kişileri yargılama yetkisini haizdir (Statü madde 1 ve 8). Yetkiye dair bir sona erme tarihinin yokluğu, Kosova'daki daha sonraki çatışmaların da bu yargılamaya tabi tutulabileceği anlamına gelmektedir.<sup>44</sup> Mahkeme üç ana organdan

<sup>39</sup> Örnek olarak bkz., *Assessing the Legacy of the ICTY* (ed. R. Steinbert), The Hague, 2012; *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ed. B. Swart, A. Zahar ve G. Sluiter), Oxford, 2011; M. Shahabuddeen, *International Criminal Justice at the Yugoslav Tribunal*, Oxford, 2012; W. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge, 2006; V. Morris ve M. S. Scharf, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia*, New York, 1995; R. Kerr, *The International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia: An Exercise in Law, Politics and Diplomacy*, Oxford, 2004. YUCM hakkında yayınlanmış bir seri makale için bkz., 2 *Journal of International Criminal Justice*, 2004, ss. 353 vd. ve

<sup>37</sup> *New England Law Review*, 2002-3, ss. 865 vd. ve T. Meron, *The Making of International Criminal Justice: A View from the Bench*, Oxford, 2011; O'Keefe, *International Criminal Law*, Bölüm 12 ve R. Kolb, 'The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on Their Jurisdiction and on International Crimes', 84 *BYIL*, 2014, s. 131.

<sup>40</sup> Örnek olarak bkz., B. Ferencz, 'An International Criminal Code and Court: Where They Stand and Where They're Going', 30 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1992, s. 375.

<sup>41</sup> Bkz., S/25274. Ayrıca bkz., M. C. Bassiouni, 'The United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)', 88 *AJIL*, 1994, s. 784.

<sup>42</sup> S/25704 (1993).

<sup>43</sup> Statü daha sonra değiştirilmiştir. Bkz., Güvenlik Konseyi kararları 1166 (1998), 1329 (2000), 1411 (2002), 1431 (2002), 1481 (2003), 1597 (2005) ve 1660 (2006).

<sup>44</sup> Bkz., Güvenlik Konseyi kararı 1160 (1998) ve *Milutinovic*, ICTY, A. Ch. 8 June 2004. Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti'ndeki olaylar için ayrıca bkz., *In re: The Republic of Macedonia I*, ICTY, T. Ch. 4 October 2002.

oluşmaktadır: Yazı İşleri Dairesi, Savcılık Ofisi ve Mahkeme Daireleri.<sup>45</sup> Yazı İşleri Dairesi idari işlemleri yapmakta,<sup>46</sup> Savcılık Ofisi ise tahkikatı yapmak, iddianameleri sunmak ve meseleleri mahkeme önüne getirmekle sorumludur. Bunların yanı sıra her biri bir başkan ve diğer iki hakimden oluşan üç Yargı Dairesi ile yedi üyeden oluşan ve bir Başkan tarafından idare edilen beşli bir heyet şeklinde toplanan bir Temyiz Dairesi bulunmaktadır. Temyiz hakimlerinden beşi YUCM'den, ikisi de Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden gelmektedir.<sup>47</sup> Dairelerde ise en fazla on altı daimi hakim ve Genel Kurul tarafından yenilenebilir dört yıllık süre için seçilmiş olan yirmi yedi hakimlik bir havuzdan tedarik edilen maksimum on iki *ad litem* hakim görev yapmaktadır.<sup>48</sup>

Statü'nün 2. ve 5. maddelerinde Mahkeme'nin yetkisini kullanabileceği suçlara yer verilmiştir. Bunlar: 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlalleri, savaş kuralları ve teamüllerinin ihlali, soykırım ve insanlığa karşı suçlardır.<sup>49</sup>

7. maddeye göre, 2 ila 5 arasındaki maddelerde sayılmış olan suçları 'planlayan, azmettiren, emreden, işleyen veya bunların planlanması, hazırlanması veya icrasına yardım ve yataklık eden' kişiler de bu suçlardan bireysel olarak sorumlu olacaklardır. Bu madde ayrıca suçlanan bir kişinin sahip olduğu resmi pozisyonun ne o kişiyi cezai sorumluluktan kurtaracağını ne de cezasını hafifleteceğini öngörmekte olup, alt rütbedeki kişinin bir suç işlemesi üstün sorumluluğunu, şayet üst altın suç işlemek üzere olduğunu veya işlemiş olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve üst bu eylemleri önlemek veya yapanları cezalandırmak için gerekli ve makul tedbirleri almadıysa, ortadan kaldırmayacaktır. Ayrıca suçlanan kişinin, bir devletin veya bir üstün emri uyarınca hareket etmiş olmasının da onu bireysel cezai sorumluluktan kurtarmayacağı, ancak bu durumun, şayet Mahkeme adaletin böyle gerektirdiğine karar verirse, bir hafifletici sebep oluşturabileceği belirtilmektedir. Mahkeme'nin Temyiz Dairesi, *Tadic* davasında, uluslararası teamül hukukunda hem uluslararası olan, hem de olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen insancıl hukukun ciddi ihlalleri için cezai sorumluluğun öngörülmüş olduğunu teyid etmiştir.<sup>50</sup>

İlgili sanıkların yargılanması bakımından Mahkeme ile ulusal mahkemelerin eşzamanlı yetkisi bulunmaktadır, fakat Mahkeme'nin ulusal mahkemelere göre önceliği olduğundan, bu mahkemelerin kendi yetkisi karşısında davayı ertelemelerini isteyebilir.<sup>51</sup> Devletler uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerini işlemekle suçlanan kişilerin soruşturulması ve yargılanmasında Mahkeme ile işbirliği yapmak zorundadır. Ayrıca devletler bu kişilerin saptanması ve yerlerinin belirlenmesi, ifade alınması ve kanıt sunulması, kişilerin tutuklanması ve göz altına alınması, sanıkların Uluslararası Mahkeme'ye teslimi ve transferi gibi konularda bir Yargı Dairesi tarafından yayınlanmış bir yardım talebi veya bir emre fazla gecikme olmaksızın uymak zorundadırlar.<sup>52</sup> Statü gereği uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalinin oluşturduğu eylemler bakımından Mahkeme tarafından yargılanmış kişiler bir ulusal mahkeme tarafından tekrar yargılanamaz. Ancak Mahkeme bir ulusal mahkeme tarafından

<sup>45</sup> Madde 11.

<sup>46</sup> Madde 17.

<sup>47</sup> Madde 14.

<sup>48</sup> Madde 12 ve 13.

<sup>49</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>50</sup> Bkz., IT-94-1-AR72, 2 October 1995, s. 70; 105 ILR, s. 419. Bkz., aşağıda 20. Bölüm.

<sup>51</sup> Madde 9. Değiştirilmiş olan Usul ve Delil Kuralları'nın 9. Kuralı uyarınca, ulusal davanın ertelenmesi şu hallerde istenebilir: Eylemin soruşturulmakta olduğu veya davanın konusunun sıradan bir suç sayıldığı hallerde; tarafların bağımsızlık eksikliği bulunması veya davanın sanığı uluslararası cezai sorumluluktan korumak üzere tasarlanmış olması veya davanın usulüne uygun yapılmaması hallerinde; meselenin Mahkeme önündeki soruşturma veya yargılamalar açısından etkileri olabilecek ciddi olgusal veya hukuki sorunlarla yakından bağlantılı olması veya farklı bir şekilde bunları içerdiği hallerde. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden için bkz., aşağıda.

<sup>52</sup> Madde 29.

yargılanmış bir kişiyi, kişinin yargılandığı eylemin ulusal mahkeme tarafından sıradan bir suç olarak nitelendirilmiş olması halinde; ulusal mahkemedeki adli usullerin tarafsız ve bağımsız olmayıp sanığı uluslararası cezai sorumluluktan korumak üzere düzenlenmiş olması halinde veya davanın özenli bir şekilde görülmemiş olması halinde, ilgili eylemlerden tekrar yargılayabilecektir.<sup>53</sup>

Statü uyarınca iddia olunan suçlara ilişkin soruşturmalar Savcılık tarafından ya *ex officio* ya da diğer bir kaynaktan, özellikle hükümetler, Birleşmiş Milletler organları, hükümetler arası ve hükümetler dışı örgütlerden elde edilen bilgilere dayanılarak başlatılır. Savcılık tarafından alınan bilgi değerlendirildikten sonra dava için yeterli temelin bulunup bulunmadığına karar verilir. Bunun yanı sıra Savcılık şüphelileri, mağdur ve görgü tanıklarını sorgulayabilir, delilleri toplayıp, yerinde tahkikat yapabilir. Bir davanın *prima facie* mevcut olduğuna karar verilmesi halinde, Savcılık tarafından içinde olayları ve sanığın suçlandığı suç veya suçları kısaca ortaya koyan bir iddianame düzenlenir ve bu iddianameyi gözden geçirecek olan Yargı Dairesi hakimine gönderilir. Savcılığın iddianamesinde bir *prima facie* dava gerekçesinin oluşturulduğuna kanaat getirilmesi halinde, hakim iddianameyi kabul edecektir. Kanaat oluşmazsa, iddianame reddedilir. Bir iddianamenin kabul edilmesi üzerine hakim, savcının talebi halinde, kişilerin tutuklanması, göz altına alınması, teslim edilmesi veya transferi için gereken emir ve müzakereleri ve yargılamanın yapılması için gerekebilecek diğer emirleri yayımlayabilecektir. Bundan sonra ilgili Yargı Dairesi yargılamanın adil ve hızlı şekilde yapılmasını ve davanın, sanığın haklarına tamamen saygı göstererek ve mağdurlar ile şahitlerin korunmasını da yeterince dikkate alarak, usul ve ispata ilişkin kurallar uyarınca yürütülmesini sağlamak zorundadır.<sup>54</sup> Son olarak ilgili Yargı Dairesi tarafından hüküm verilecek ve mahkumiyet halinde uygun bir hapis cezası ile sınırlı bir ceza takdir olunacaktır.<sup>55</sup> Temyiz Dairesi'ne ise ya kararı geçersiz kılacak bir hukuk hatası ya da adli hataya yol açan nitelikte bir olgu hatası nedeniyle gidilebilir. Yargı Dairesi'nce verilmiş kararlar Temyiz Mahkemesi tarafından tasdik edilebilir, bozulabilir veya düzeltilebilir.<sup>56</sup>

Mahkeme baktığı davalarda bir çok önemli meseleyi ele almıştır.<sup>57</sup> İlk davalardan birinde, Temyiz Mahkemesi tarafından bu Mahkeme'nin kendi kuruluşunun meşruiyeti sorununu gözden geçirme yetkisine sahip olduğuna karar verilmiş ve bu açıdan uluslararası barış ve güvenliğin tekrar tesisi çerçevesinde, Güvenlik Konseyi'nin Mahkemeyi kurmak üzere BM Şartı'nın VII. Bölümü uyarınca bütün üye devletleri bağlayan bir karar almış olduğuna dikkat çekilmiştir.<sup>58</sup>

Temmuz 2016 itibariyle, Mahkeme 83 kişi ile ilgili olarak 161 iddianame hazırlamıştır. 69 kişi ceza almış, 19 kişi beraat etmiş, 36 iddianame geri çekilmiş (sanıkları ölmüş olanlar dahil) ve 13 kişi ulusal yetkiye havale edilmiştir.<sup>59</sup> Bu tarihte 8 sanık bakımından hala devam etmekte olan davalar da bulunmaktaydı. Ancak BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme'nin görevinin 2010 sonu itibariyle aşamalı ve koordineli bir şekilde sona ermesini amaçlayan

<sup>53</sup> Madde 10.

<sup>54</sup> Madde 18–20.

<sup>55</sup> Madde 24.

<sup>56</sup> Madde 25.

<sup>57</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>58</sup> *Tad'c*, IT-94-1-AR72, 2 October 1995, s. 70, paragraf 30 vd.; 105 ILR, s. 419. Bu kararın ardından eski Yugoslavya'nın bütün kurucu devletlerine bu Mahkeme ile işbirliği yükümünü yükleyen Dayton Barış Antlaşması imzalanmıştır. Bkz., Madde X, Ek 1-A.

<sup>59</sup> Bkz., <http://www.icty.org/en/content/infographic-icty-facts-figures>. Mekanizma için aşağıya bakınız. Soykırım dahil bu Statü'nün altmış altı farklı ihlalden yargılanması sırasında Yugoslavya Başkanı Slobodan Miloseviç'in 11 Mart 2006'da gözaltında ölümü için bkz., ICTY Annual Report 2006, A/61/271 – S/2006/666, paragraf 55.

bir tamamlanma stratejisi kabul edilmiştir.<sup>60</sup> Bu strateji uyarınca YUCM en üst seviyedeki liderlerin yargılanması ve cezalandırılması üzerinde yoğunlaşmış ve orta ve düşük seviyedeki sanıkları içeren diğer davaları ulusal mahkemelere havale etmiştir. Bu çerçevede eski Yugoslavya bölgesindeki ulusal mahkemelere iki ana kategorideki davalar havale edilmiş olup, bunlar Mahkeme'nin Savcılığı tarafından farklı seviyelerde soruşturulmuş olup, henüz bir iddianamenin hazırlanması ile sonuçlanmamış olanlar ile Mahkeme'nin Savcılığı tarafından soruşturulmasının ardından iddianameleri kabul edilmiş ve sanıkları Mahkeme'ye teslim edilmiş olan daha az sayıdaki davalardır. Davaların eski Yugoslavya'ya halef devletlerin ulusal mahkemelerine, özellikle Bosna ve Hersek'e gönderilmesine 2005'de başlanmıştır.<sup>61</sup> 2016'nın ortaları itibariyle, sekiz davada on üç adet "alt ve orta seviyeli sanık" yerel mahkemelere gönderilmiştir.<sup>62</sup>

### Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM)<sup>63</sup>

1994 yılında Ruanda'da yaşanan olaylar ve gerçekleşen kitlesel kıyımın ardından Güvenlik Konseyi'nin 955 (1994) sayılı kararı ile uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinden sorumlu kişileri yargılama yetkisine sahip Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasına karar verilmiştir. Bu Mahkeme'nin Statüsü söz konusu Güvenlik Konseyi kararına eklenmiş olup, Yugoslavya Mahkemesi Statüsü ile bir çok benzerlik içermektedir.

Ruanda Mahkemesi de Yugoslav Mahkemesi'ninki ile aynı işlevlere sahip, üç Yargı Dairesi, bir Savcılık Ofisi ve bir Yazı İşleri Dairesi'nden oluşmaktadır.<sup>64</sup> Dairelerde aynı devletin birden fazla vatandaşının olmadığı on altı bağımsız daimi hakim ile bir defada en fazla dokuz *ad litem* bağımsız hakim bulunmaktadır. RUCM ve YUCM üyelerinden ikisinin Ruanda Mahkemesi'nden geldiği ortak bir Temyiz Dairesi'ne sahiptir.<sup>65</sup>

Statü'de 2. maddeden, 4. maddeye kadar olan hükümlerde Mahkeme'nin yetkisini kullanacağı suçlar sayılmıştır. Bu çerçevede madde 2 soykırım suçunu; madde 3 insanlığa karşı suçlar olarak sivil halka karşı millî, politik, etnik, ırksal ve dîni gerekçelerle yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen (a) öldürme; (b) yok etme; (c) köleleştirme; (d) sınır dışı etme; (e) hapsedme; (f) işkence; (g) tecavüz; politik, ırksal ve dinsel nedenlerle zulmetme ve (i) diğer insanlık dışı eylemleri ve madde 4 Cenevre Sözleşmeleri ile II. Ek Protokol'ün ortak üçüncü maddesinin ihlallerini ele almaktadır.<sup>66</sup> Madde 6 sayılan suçları planlayan, emreden, işleyen veya işlenmesine yardım eden kişiler bakımından bireysel cezai sorumluluğu

<sup>60</sup> Bkz., karar 1503 (2003) ve 1534 (2004). Kararlara göre Yargı Dairelerinin vazifelerini 2008 itibariyle ve Temyiz Mahkemesi'nin ise 2010 itibariyle bitirmesi istenmiştir. Ayrıca bkz., D. Raab, 'Evaluating the ICTY and Its Completion Strategy', 3 *Journal of International Criminal Justice*, 2005, s. 82.

<sup>61</sup> Bkz., M. Bohlander, 'Referring an Indictment from the ICTY and ICTR to Another Court – Rule 11 *bis* and the Consequences for the Law of Extradition', 55 *ICLQ*, 2006, s. 219. Ayrıca bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>62</sup> Bkz., ICTY Annual Report 2007, A/62/172 – S/2007/469, paragraf 10 ve S/2013/308. Daha fazla transfer yapılması düşünülmemektedir, bkz., [www.icty.org/sid/103](http://www.icty.org/sid/103) ve <http://www.icty.org/en/content/infographic-icty-facts-figures>.

<sup>63</sup> Örnek olarak bkz., BM Genel Sekreteri Raporları S/1994/879 ve S/1994/906 ve BM İnsan Hakları Komisyonu Ruanda Özel Raportörü Raporu, S/1994/1157, ek I ve ek II ve Uzmanlar Komisyonu Raporu, S/1994/1125. Ayrıca bkz., L. Sadat, 'The Legacy of the International Criminal Tribunal for Rwanda', Washington University, St Louis School of Law, Legal Studies Research Paper Series, 2012 ve aynı yazar, 'Transjudicial Dialogue and the Rwandan Genocide: Aspects of Antagonism and Complementarity', 22 *Leiden Journal of International Law*, 2009, s. 543; A. Dieng, 'Capacity-Building Efforts of the ICTR: A Different Kind of Legacy', *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2011, s. 403; V. Morris ve M. S. Scharf, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, New York, 1998; L. J. van den Herik, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, The Hague, 2005; R. S. Lee, 'The Rwanda Tribunal', 9 *Leiden Journal of International Law*, 1996, s. 37; O'Keefe, *International Criminal Law*, Bölüm 12 ve Kolb, 'The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals'.

<sup>64</sup> Madde 10.

<sup>65</sup> Bkz., Güvenlik Konseyi kararı 1329 (2000). 2003'de RUCM'ye ayrı bir Savcı atanana kadar her iki mahkeme aynı savcıyı paylaşmıştır. Bkz., Güvenlik Konseyi kararı 1503 (2003).

<sup>66</sup> Bkz., aşağıda 20. Bölüm.

öngörmekte ve resmi pozisyonundaki kişilere herhangi bir muafiyet tanınmaması, komuta sorumluluğu ve üstün emri gibi hususlar bakımından Yugoslav Mahkemesi'nin Statüsü ile benzer hükümler içermektedir.

Mahkeme, Ruanda ülkesinde işlenen uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinin yanı sıra 1 Ocak 1994 ile 31 Aralık 1994 arasında komşu devletlerin ülkelerinde işlenen bu tür ihlallerden sorumlu Ruanda vatandaşları bakımından da yetkiyi haizdir.<sup>67</sup> YUCM'de olduğu gibi, RUCM'nin ulusal mahkemelerle eşzamanlı yetkisi bulunmaktadır ve bütün devletlerin ulusal mahkemeleri karşısında önceliğe sahip olduğundan, yargılamanın herhangi bir aşamasında Mahkeme ulusal mahkemelerden davayı ertelemelerini resmen isteyebilmektedir.<sup>68</sup> Benzer şekilde hiç kimse, daha önce Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yargılanmış olduğu ve bu Statü uyarınca uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalini oluşturan eylemlerden dolayı bir ulusal mahkeme tarafından tekrar yargılanamaz. Ancak uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalini oluşturan eylemlerden ötürü bir ulusal mahkeme tarafından yargılanmış kişi, yargılanmış olduğu eylemin sıradan bir suç olarak nitelendirilmiş olduğu ya da ulusal mahkemedeki usullerin tarafsız veya bağımsız olmayıp sanığı uluslararası cezai sorumluluktan kurtarmak üzere düzenlenmiş olduğu veya davanın özenli şekilde görülmemiş olduğu hallerde, Mahkeme tarafından yeniden yargılanabilecektir.<sup>69</sup>

Savcılık Ofisi ve Yazı İşleri Dairesi bakımından bir takım kötü yönetim problemlerinin yaşandığı birkaç zor yılın ardından,<sup>70</sup> Mahkeme bazı ciddi kararlar üretmeye başlamıştır. İlk defa eski bir devlet başkanının soykırım suçundan (suçun kendisi tarafından kabul edilmesi üzerine) mahkum edildiği *Kambanda* davası<sup>71</sup> ile başlayan bu süreç, ardından yine ilk defa bir uluslararası mahkemeden 1948 Soykırım Sözleşmesi'ndeki soykırım tanımının yorumlanması ve tecavüz suçunun uluslararası hukukta tanımlanmasının istendiği *Akayesu* davası<sup>72</sup> ile devam etmiştir. Ancak davaların ilerleme hızı hayal kırıklığı yaratmış ve Ruanda ile zaman zaman gerginlikler yaşanmıştır.<sup>73</sup>

YUCM gibi, Ruanda Mahkemesi için de bir davaları tamamlama stratejisi formüle edilmiş ve bu husus Güvenlik Konseyi'nin 1503 (2003) ve 1534 (2004) sayılı kararları ile teyid edilmiştir. Ayrıca Mahkeme 2002'de benimsediği Usul Kuralları, Kural 11 *bis* maddesi ile, YUCM'nin yaptığı gibi bazı davaların ulusal yetkiye havalesine imkan tanımıştır.<sup>74</sup> Güvenlik Konseyi tarafından, yine YUCM'de olduğu gibi, *ad litem* hakimlerin sayısı artırılmış ve bir takım farklı idari kararlar alınmıştır. 2003'de RUCM için ayrı bir Savcı atanması yoluna gidilmiştir. Davalarda özellikle elebaşılık pozisyonunda oldukları iddia edilen ve soykırımda en fazla sorumluluk taşıdıkları ifade edilen bireylerin yargılanmasına odaklanılmış olup, Savcılık hangi davaların yargılanmak üzere ulusal yetkiye havale edilmeye uygun olabileceğine karar vermek üzere dosyaları sürekli gözden geçirmektedir. Bu tür kararların hukuken takdir edilmeleri gerekmektedir. Savcılık davaların yargılanmak üzere ulusal yetkiye havalesi için, özellikle kendi ofisi tarafından soruşturulmuş fakat hakkında henüz bir dava açılmamış sanıklar bakımından, Ruanda dahil ilgili devletlerle görüşmeler yapmıştır. Bu

<sup>67</sup> Madde 7.

<sup>68</sup> Madde 8.

<sup>69</sup> Madde 9.

<sup>70</sup> Örnek olarak bkz., Genel Sekreter'in İç Denetim Hizmetleri Ofisi'nin Raporu, A/51/789 ve RUCM'nin 1997 Yıllık Raporu, A/52/582 – S/1997/868.

<sup>71</sup> ICTR T. Ch. 4 Eylül 1998.

<sup>72</sup> ICTR T. Ch. 12 Ekim 1998.

<sup>73</sup> Yazar tarafından boş bırakılmıştır (Ç.N.)

<sup>74</sup> 16 Aralık 2011 tarihinde RUCM Temyiz Dairesi yargılanmak için ilk defa Ruanda'ya havale edilen bir suçlamayı onamıştır. *Jean-Bosco Uwinkindi* davası, ICTR-01-75-AR11 bis. Toplam sekiz RUCM davası Ruanda'ya havale edilmiştir. İki ilave dava Fransa'ya havale edilmiştir. Görülmekte olan tüm davaların izlenmesi Mekanizma tarafından gerçekleştirilmektedir. (Bkz. bir sonraki bölüm).



açıdan ilgili devlette adil bir yargılamanın yapılmasının yanı sıra, bireyin soykırım sırasında sahip olduğu iddia olunan statüsü ve suça katılım boyutu, bu bireyin diğer davalar ile olması muhtemel bağlantı iddiası, Ruanda'nın başlıca coğrafi alanlarını kapsama ihtiyacı, birey bakımından delillerin mevcudiyeti ve ulusal yargılama için bir devlete gönderilecek soruşturma materyalinin mevcut durumu da dikkate alınacak hususlar arasındadır. RUCM yargılamaya ilişkin son kararını 20 Aralık 2012<sup>75</sup> ve son temyiz kararını 14 Aralık 2015 tarihlerinde vermiştir.<sup>76</sup> 31 Aralık 2015'te görevlerini Uluslararası Ceza Mahkemeleri Mekanizması'na aktararak RUCM sona ermiştir.<sup>77</sup>

### Uluslararası Ceza Mahkemeleri için Mekanizma

YUCM ve RUCM'nin yetkilerinin sona ermesinin ardından, bu mahkemelerin baktıkları suçlardan en fazla sorumlu olduğundan şüphelenilen en üst seviyedeki ele başların da aralarında bulunduğu kaçakların yargılanması dahil, diğer bir kaç esaslı işlevin yerine getirilmesi için 2010 yılında uluslararası ceza mahkemeleri için bir uluslararası bakiye mekanizması kurulmuştur.<sup>78</sup> Bu Mekanizma'nın küçük, geçici ve etkin bir yapıda olması amaçlanmıştır. Statüsü uyarınca<sup>79</sup> Mekanizma, biri Arusha diğeri Lahey'de olan iki birimden sorumlu bir Başkan, bir Savcı ve bir Yazı İşleri Dairesi'ne sahiptir. Mekanizmanın, Güvenlik Konseyi aksine karar vermedikçe, dört yıllık bir başlangıç döneminin ardından ilerleyiş durumuna göre iki yıllık müteakip dönemler şeklinde işlemesi planlanmıştır. Mekanizma'nın RUCM'den miras kalan işlevleri devralan Arusha birimi çalışmaya 1 Temmuz 2012 tarihinde başlamış olup, YUCM'den kalan işlere bakan Lahey birimi ise 1 Temmuz 2013 tarihinde başlamıştır. Bunun görevleri RUCM tarafından suçlanan kaçakların yargılamaları gibi hukuki hususlara nezaret etmeyi, tanık korumanın sağlanmasını, yargı kararlarının uygulanmasını denetlemeyi ve arşivlerin yönetilmesini kapsamaktadır. Mekanizmanın üçüncü yıllık raporu RUCM tarafından suçlanan dokuz kişinin kaçak olduğunu, bunlardan üçünün Mekanizma tarafından yargılanmasının beklendiğini ve geri kalan altı kişinin davalarının yargılama için Ruanda'ya havale edildiğini belirtmiştir.<sup>80</sup>

### Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM)<sup>81</sup>

1948 Soykırım Sözleşmesi'nin 6. maddesinde soykırım yapmakla suçlanan kişilerin ya eylemin meydana geldiği ülkenin mahkemesinde ya da kurulacak bir 'uluslararası ceza

<sup>75</sup> <http://unictr.unmict.org/en/news/trial-chamber-delivers-judgement-ngirabatware-case>

<sup>76</sup> *Nyiramahoko et al (Butare)*, ICTR-98-42-A.

<sup>77</sup> Bkz., Mahkeme Başkanı'nın 9 Aralık 2015 tarihli BM Güvenlik Konseyi'ne yaptığı konuşması. <http://unictr.unmict.org/en/news/address-united-nations-security-council-final-report-completion-strategy-international-criminal>. Kapanana kadar mahkeme hakkında iddianame hazırlanan 93 kişi ile ilgili yargılama aşamasındaki çalışmasını tamamladı. Bunlardan 55 tanesi ilk derece kararı ve 45 tanesi temyiz kararıydı. 61 kişi cezaya çarptırıldı. 14 kişi beraat etti. 10 dosya yargılama için ulusal mahkemelere havale edildi. 3 kişi yargılama esnasında öldü. 3 kaçak Mekanizma'ya havale edildi, 2 iddianame yargılamadan önce geri çekildi. <http://unictr.unmict.org/en/tribunal>. Ayrıca bkz., the Final Report of the ICTR, S/2015/884, 17 Kasım 2015.

<sup>78</sup> Güvenlik Konseyi kararı 1966 (2010). Ayrıca bkz., [www.unmict.org/](http://www.unmict.org/).

<sup>79</sup> A.g.e., Ek I.

<sup>80</sup> A/70/225-S/2015/586, 31 Temmuz 2015.

<sup>81</sup> Örnek olarak bkz., *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. C. Stahn), Oxford, 2015; Schabas, *Introduction to the International Criminal Court*; *idem*, *The International Criminal Court*; O. Triffterer and Ambos, *T. Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*; *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions* (ed. C. de Vos, S. Kendall ve C. Stahn), Cambridge, 2015; T. M. Funk, *Victims' Rights and Advocacy at the International Criminal Court*, Oxford, 2015; L. Grover, *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, 2014; O'Keefe, *International Criminal Law, Bölüm 14*; K. Calvo-Goller, *La Procédure et al Jurisprudence de la Cour Pénale Internationale*, Paris, 2012; *International Criminal Court*; *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues* (ed. D. McGoldrick, S. Rowe ve E. Donnelly), Oxford, 2004; *The Rome Statute of the International Criminal Court* (ed. A. Cassese, S. Gaeta ve J. R. W. D. Jones), Oxford, 2002; M. C. Bassiouni, 'The Permanent International Criminal Court' Lattimer ve Sands, *Justice for Crimes Against Humanity*, s. 173; ve *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (ed. R. Lee), The Hague, 1999.

mahkemesinde' yargılanmalarını öngörülmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'ndan böyle bir uluslararası mahkemenin kurulması olasılığını araştırması istenmiş ve Komisyon bu konuda bir rapor hazırlamıştır.<sup>82</sup> Bunun üzerine konu Genel Kurul'a havale edilmiş ve burada taslak statüye ilişkin bir karar kabul edilmiştir.<sup>83</sup> Ancak bu mesele saldırı suçunun bir tanımı yapılabileceği ve bir taslak Suçlar Kodu tamamlanana kadar ertelenmiştir. Ancak bu konuda esas olarak politik sebeplerle ve 1994'de Trinidad ve Tobago tarafından uyuşturucu kaçakçılığı ile ilgilenecek bir daimi uluslararası ceza mahkemesinin kurulması teklif edilene kadar pek fazla ilerleme kaydedilememiştir. 1990'ların başında Yugoslavya'da oluşan durumun aciliyeti yüzünden, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 1994 yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi Taslak Statüsü kabul etmiştir.<sup>84</sup> Bu taslak statüde yalnızca soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve saldırı suçu konusunda değil, ayrıca BM'de hazırlanan bazı sözleşmelerde yer alan terörizm ve uyuşturucu suçları gibi bazı "antlaşma suçları" bakımından da yetkiye sahip bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulması önerilmiştir. Ancak taslak statü Savcı'nın kendi yetkisine dayanarak soruşturma başlatamaması gibi bazı bakımlardan sonradan kabul edilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne kıyasla daha dar kapsamlı tutulmuştur. Bununla beraber UHK'nun hazırladığı taslak oldukça etkili olmuş ve Aralık 1995'de bir Hazırlık Komitesi toplanmıştır.<sup>85</sup> Bu Komite'nin çalışmaları<sup>86</sup> 1998 Roma Konferansı'nın toplanmasına yol açmış ve burada sürdürülen bir miktar daha çabanın ardından 17 Temmuz 1998 tarihinde Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü kabul edilmiştir. Roma Statüsü'nün yürürlüğe girebilmesi için almış devletin onayı gerekli görülmüş olup, bu durum 1 Temmuz 2002 tarihi itibarıyla gerçekleşmiştir. Diğer iki uluslararası ceza mahkemesinin (eski Yugoslavya ve Ruanda) aksine UCM, bağlayıcı bir Güvenlik Konseyi kararı ile değil bir uluslararası antlaşma ile kurulmuş olan bir mahkemedir. Bu durum esas olarak devletlerin coğrafi olarak sınırlı (Eski Yugoslavya) ve belirli süreli (Ruanda) mahkemelerin bir Güvenlik Konseyi kararı ile kurulmasını kabul etmeye hazırken, çok daha geniş yetkili bir daimi uluslararası ceza mahkemesinin kuruluşuna kendi açık rızaları olmadan bu şekilde bağlanmaya istekli olmamaları nedeniyle tercih edilmiştir. İkinci olarak Roma Statüsü'nün kapsam ve içeriğinin diğer iki uluslararası ceza mahkemesine kıyasla çok daha geniş olduğu da dikkate alınmalıdır. Roma Statüsü 128 madde içermekteyken, YUCM Statüsü yalnızca 34 madde ve RUCM Statüsü ise 32 madde içermektedir.

Statü'de, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkilerinin soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı gibi<sup>87</sup> 'uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlar' ile sınırlı olduğu ve Mahkeme'nin yetkisi içinde olan bir suçu işleyen bir kişinin

<sup>82</sup> Bkz., Genel Kurul kararı 260 (III) B ve A/CN.4/15 ve A/CN.4/20 (1950).

<sup>83</sup> UNGAOR A/2645.

<sup>84</sup> Bkz., UHK'nun 46. Çalışma Toplantısı Raporu, A/49/10, ss. 43 vd. Özellikle bkz., J. Crawford, 'The ILC's Draft Statute for an International Criminal Court', 88 AJIL, 1994, s. 140 ve Crawford, 'The Making of the Rome Statute', *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice* (ed. P. Sands), Cambridge, 2003, s. 109

<sup>85</sup> Genel Kurul kararı 50/46. Ayrıca bkz., 51/207 ve 52/160 sayılı kararlar.

<sup>86</sup> Bkz., A/51/22 ve A/CONF.183/13 (III), s. 5.

<sup>87</sup> Madde 5. Bu hükümler 6-8. maddelerde daha ayrıntılı şekilde tanımlanmaktadır. Buna ek olarak, 9. maddede, 6. 7. ve 8. maddelerin yorumu ve uygulanması açısından Mahkeme'ye yardımcı olmak üzere Suçların Unsurları'nın hazırlanması öngörülmüştür. Bunlar Taraf Devletler Meclisi'nin 9 Eylül 2002 tarihindeki toplantısında Usul ve Kanıtlara İlişkin Kurallar ile birlikte kabul edilmiştir. Ancak saldırı suçu bakımından yetki bu suçun tanımını içeren Statü değişikliği yapılabileceği ve bu yetkinin kullanılması şartları kabul edilene kadar kullanılamayacaktır. 2010'da Kampala'da bir gözden geçirme konferansı toplanmış ve saldırı suçuna ilişkin bir tanımda anlaşma sağlandıktan sonra yeni 8. madde *bis* şeklinde Roma Statüsü'ne eklenmiştir. Yeni 15. madde *bis* uyarınca, Mahkeme'nin saldırı suçu bakımından yetkisi bu değişikliğin otuzuncu taraf devlet açısından yürürlüğe girmesinden bir yıl sonra başlayacaktır. Ancak Statü'ye bir değişiklik yapılması için gereken Taraf Devletler çoğunluğuna (sekize yedi), 1 Ocak 2017'den sonra, Mahkeme'nin bu yetkiye sahip olmasına izin verilmesi lehinde oy kullanılmıştır, bkz. C.N.651.2010.TREATIES-8 ve [https://ass.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/crime%20of%20aggression/Pages/default.aspx](https://ass.icc-cpi.int/en_menus/asp/crime%20of%20aggression/Pages/default.aspx)

Statü uyarınca ‘bireysel olarak sorumlu ve cezaya tabi olacağı’ öngörülmektedir.<sup>88</sup> UCM yalnızca Statü’nün yürürlüğe girmesinden sonra işlenmiş suçlar bakımından ve Statü’ye taraf olmuş devletler bakımından yetkiye sahiptir.<sup>89</sup> Ayrıca bu yetki sadece kendi ülkesinde söz konusu eylemin gerçekleştiği bir devletin (ya da şayet bir gemi veya uçağın içinde işlenmişse, o gemi veya uçağın kayıtlı olduğu devletin) veya suçun sanığının vatandaşı olduğu devletin Statü’nün bir tarafı olması halinde kullanılabilir.<sup>90</sup> Bu, UCM’nin yetkisinin evrensel olmadığı, fakat ülkesel veya kişisel nitelikte olduğu anlamına gelir. Bu durum ayrıca Statü’nün tarafı olmayan bir devletin vatandaşının, şayet suç bir taraf devletin ülkesinde işlenmişse, yargılanabileceği anlamına da gelir. Bununla beraber Mahkeme, bir vakanın Savcılığa Şart’ın 7. Bölümü uyarınca hareket eden Güvenlik Konseyi tarafından gönderildiği ve bu nedenle hukuken bağlayıcı olduğu halde de yetkiye sahiptir ve bu durumda ilgili devletin Statü’ye taraf olması gerekli değildir.<sup>91</sup> Böyle bir durum Güvenlik Konseyi’nin 1593 sayılı kararıyla 31 Mart 2005 tarihinde Savcılığa gönderilen Sudan, Darfur’daki olaylar bakımından ortaya çıkmıştır. Bu konuda bir ön incelemenin ardından, 1 Haziran 2005’de bir soruşturma açılmış ve Darfur’da 1 Temmuz 2002’den beri işlendiği iddia olunan suçlar hakkında yirmi ay süren bir soruşturmanın ardından, Savcı iddianamesini hakimlere sunmuş ve biri bir devlet bakanı ve diğeri bir subay olan iki kişi hakkında savaş suçları ve insanlığa karşı suçları işledikleri iddiası ile bir mahkeme celbi çıkartılmıştır.<sup>92</sup> I. Ön Dava Dairesi tarafından bu iki kişiye karşı 27 Nisan 2007’de bir yakalama emri çıkartılmıştır.<sup>93</sup> Ardından devlet başkanı Al-Bashir hakkında da iki yakalama emri çıkartılmıştır.<sup>94</sup> 26 Şubat 2011 tarihinde Libya’daki durum da Güvenlik Konseyi’nin 1970 (2011) sayılı kararı ile Savcılığa havale edilmiştir. Bunun üzerine I. Ön Dava Dairesi tarafından Muammer Kaddafi (Libya’nın o zamanki devlet başkanı), Saif Al-İslam Kaddafi ve Abdullah Al-Senussi için yakalama emirleri çıkartılmıştır.<sup>95</sup>

<sup>88</sup> Madde 25.

<sup>89</sup> Madde 11. Ancak bir devlet, madde 12(3) uyarınca, 1 Temmuz 2002’den itibaren Mahkeme’nin belli bir davada yetki kullanmasına izin veren bir açıklama yapabilir. Ayrıca madde 12(4) uyarınca bir devlet antlaşmayı onaylaması sırasında yedi yıllık bir dönem için Mahkeme’nin yetkisini kendi vatandaşları veya kendi ülkesinde işlenen suçlar bakımından kabul etmemeye karar verebilir. Ancak yalnızca Fransa ve Kolombiya bu maddeden yararlanmayı seçmiştir. Kasım 1024’te Roma Statüsü’ne Taraf Olan Devletler Asamblesi madde 124’ün silinmesi için bir değişiklik kabul etmiştir. Res. ICC-ASP/14/Res.2, Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, 14th Session, ICC-ASP/14/20/vol. I, 18-26 Kasım 2015, 26. Ayrıca bkz. A. Zimmermann, ‘Finally ... Or Would Rather Less Have Been More’, 14 *Journal of International Criminal Justice*, 2016, s. 505. Temmuz 2016 itibarıyla bu değişiklik sadece Norveç tarafından onaylanmıştır. [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10-c&chapter=18&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-c&chapter=18&clang=en)

<sup>90</sup> Madde 12(2).

<sup>91</sup> Madde 13(b).

<sup>92</sup> Bkz., <https://www.icc-cpi.int/darfur>

<sup>93</sup> Bkz., ICC-02/05-01/07-2 01-05-2007 1/16 CB PT ve ICC-02/05-01/07-3 01-05-2007 1/17 CB PT. Savcılık 14 Temmuz 2008’de Sudan Devlet Başkanı hakkında soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar iddiasıyla bir tutuklama emri başvurusunda bulunmuştur, ICC-OTP-20080714-PR341-ENG

<sup>94</sup> 4 Mart 2009 ve 12 Temmuz 2010’da, bkz., 23<sup>rd</sup> Report of the Prosecutor to the Security Council Pursuant to Security Council Resolution 1593 (2005), 2016, see [https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/23-otp-rep-UNSC-darfur\\_ENG.pdf](https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/23-otp-rep-UNSC-darfur_ENG.pdf)

<sup>95</sup> Bkz., <https://www.icc-cpi.int/libya>. Muammer Kaddafi hakkındaki tutuklama emri Kasım 2011’de ölümü üzerine sona ermiştir. Saif Kaddafi bu kitabın yazıldığı sırada Mahkeme’nin yetkisine yapılan itirazın reddedilmesinin ardından kendisinin Mahkemeye transferine ilişkin emre karşı gelen Libya’da göz altında bulunuyordu, örneğin bkz., Temyiz Dairesi Kararı, ICC-01/11-01/1104A4, 18 Temmuz 2013. Abdullah Al-Senussi hakkındaki yargılama işlemleri I. Ön Dava Dairesi’nin davayı kabul edilemez bulan kararının Temyiz Dairesi tarafından teyid edilmesi üzerine 24 Temmuz 2014 tarihinde sona erdi. Savcılık Trablus Ağır Ceza Mahkemesi’nin Al-Senussi’yi suçlu bulduğunu ve ölüm cezasına mahkum ettiğini rapor etmiştir. Bkz. Prosecutor’s 11<sup>th</sup> Report to the Security Council Pursuant to Security Council Resolution 1970 (2011), 2016, see [https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/otp\\_report\\_lib\\_26052016-eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/otp_report_lib_26052016-eng.pdf)

Güvenlik Konseyi tarafından yapılan havale işlemine ek olarak, UCM'nin yetkisi ayrıca söz konusu suçlardan biri veya birkaçının işlenmiş gözüktüğü bir durum hakkında Statü'nün tarafı bir devletin Savcılığa başvurduğu<sup>96</sup> veya Savcı'nın kendisinin bir soruşturma başlattığı hallerde de kullanabilecektir.<sup>97</sup> Bu son durumda Savcı alınan bilginin ciddiliğini analiz ettikten sonra soruşturmanın derinleştirilmesi için makul gerekçeler olduğuna karar verirse, kendisinin topladığı destekleyici nitelikteki materyallerle birlikte Ön Dava Dairesi'nden bir soruşturma yetkisi talebinde bulunabilecektir. Usul ve Kanıt Kuralları uyarınca olayla ilgili kurbanlar da Ön Dava Dairesi'ne bir sunumda bulunabilirler. Ön Dava Dairesi, talebi ve destekleyici nitelikteki materyalleri inceledikten sonra, soruşturmanın derinleştirilmesi için makul gerekçelerin olduğuna ve davanın Mahkeme'nin yetkisi içine girdiğine kanaat getirirse, davanın kabul edilebilirliği ve yargı yetkisi konularında, Mahkeme'nin sonraki tespitlerine hanel gelmeksizin, soruşturmanın başlatılması yetkisini verecektir.<sup>98</sup>

Bugüne kadar devlet tarafından yapılmış olan beş başvuru örneği bulunmaktadır. Aralık 2003'de Uganda tarafından Savcı'ya Tanrı'nın Direniş Ordusu hakkında başvurulmuş;<sup>99</sup> Nisan 2004'de Kongo Demokratik Cumhuriyeti kendi ülkesinde işlenmiş suçlar hakkında Savcı'ya başvurmuş;<sup>100</sup> Aralık 2004'de Orta Afrika Cumhuriyeti kendi ülkesindeki 2002-3 arası silahlı çatışmalar hakkında Savcı'ya başvurmuştur.<sup>101</sup> Mayıs 2014'te hükümet bu ülkede 2012'den itibaren yeniden canlanan şiddet bağlamında işlendiği iddia olunan savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara dair ilave bir başvuru yapmıştır.<sup>102</sup> Temmuz 2012'de Mali Hükümeti kendi ülkesindeki durum hakkında Savcı'ya başvurmuştur.<sup>103</sup> Savcı ayrıca 13. madde uyarınca bireyler veya örgütlerden alınan Mahkeme'nin yetkisi içindeki suçlara ilişkin bilgileri esas alarak *proprio motu* bir soruşturma başlatabilmektedir. Örneğin, 31 Mart 2010 tarihinde, II. Ön Dava Dairesi tarafından Savcı'ya Kenya'daki durum hakkında *proprio*

<sup>96</sup> Madde 13(a) ve 14.

<sup>97</sup> Madde 13(c).

<sup>98</sup> Madde 15. Ön Dava Dairesi'nin soruşturma açılmasını reddetmesinin ardından aynı duruma ilişkin yeni olgu veya delillerin ortaya çıkması halinde Savcılık yeniden bir talepte bulunabilecektir. Şayet 1. ve 2. paragraflarda bahsolunan ön incelemeden sonra Savcılık elde edilen bilgilerin bir soruşturma için makul bir temel oluşturmadığı sonucuna varırsa, bilgileri sağlayan kişileri bundan haberdar edecektir. Ancak bu durum Savcılığı kendisine sunulmuş olan bu bilgileri aynı duruma ilişkin yeni bulgu veya deliller ışığında değerlendirmekten alıkoymayacaktır.

<sup>99</sup> Temmuz 2004'de, Savcılık tarafından bir soruşturma açılmış ve 8 Temmuz 2005'de, Tanrı'nın Direniş Ordusu'nun beş üst düzey komutanı (bir tanesi 2006'da ölmüştür) hakkında insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları için II. Ön Dava Dairesi'nin onayıyla tutuklama emirleri çıkarılmıştır, bkz., [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/Pages/situation%20index.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/Pages/situation%20index.aspx)

<sup>100</sup> Bkz., ICC-OTP-20040419-50-En. Haziran 2004'de Savcılık açısından bir ilk sayılabilecek bir soruşturma açılmıştı. Bkz., ICC-OTP-20040623-59-En. 2006 başında Thomas Lubanga Dyilo için bir tutuklama emri çıkartılmış ve bu kişi 14 Mart 2012'de 14 yıl hapse mahkum olmuştur. Bu karar temyiz edilmiştir. Bkz. [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/Pages/democratic%20republic%20of%20the%20congo.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/Pages/democratic%20republic%20of%20the%20congo.aspx). Temmuz 2007'de Germain Katanga ve Mathieu Ngudjolo Chui için tutuklama emri çıkartılmış ve yargılamanın ardından birincisi beraat ederken (ancak bu karar temyiz edilmiştir), ikincisi için karar beklenmektedir. [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx). Bir diğer sanık (Mbarushimana) serbest bırakılmış, Mart 2013'de Bosco Ntaganda gönüllü olarak teslim olmuş ve göz altına alınmıştır, *a.g.e.*

<sup>101</sup> Savcılık tarafından Mayıs 2007'de bir soruşturma açılmış ve bir tutuklama emri çıkarılmıştır. Jean-Pierre Bemba Gombo'nun davası devam etmektedir. [http://www.iccpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200105/related%20cases/icc%200105%200108/Pages/case%20the%20prosecutor%20v%20jean-pierre%20bemba%20gombo.aspx](http://www.iccpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200105/related%20cases/icc%200105%200108/Pages/case%20the%20prosecutor%20v%20jean-pierre%20bemba%20gombo.aspx)

<sup>102</sup> Soruşturma halen yürütülmektedir. <https://www.icc-cpi.int/carII>

<sup>103</sup> <https://www.icc-cpi.int/mali>. Potansiyel davaların kabul edilebilirliğine yönelik bir değerlendirme dahil bu duruma ilişkin bir ön incelemenin yapılmasının ardından, Savcılık soruşturmaya başlanmasında için makul bir gerekçenin bulunduğuna karar vermiş ve 16 Ocak 2013'de soruşturma açılmıştır. Ahmad Al Faqi Mahdi'nin yargılanmasına devam edilmektedir. <https://www.icc-cpi.int/mali/al-mahdi>.

*motu* bir soruşturma açma yetkisi verilmiştir.<sup>104</sup> Bunun ardından 3 Ekim 2011 tarihinde, II. Ön Dava Dairesi tarafından Savcı'nun Fildişi Sahili'ndeki durum hakkında *proprio motu* soruşturma açma yetkisi talebi kabul edilmiştir.<sup>105</sup> Ocak 2016'da, Savcı Temmuz ve Ekim 2008 tarihleri arasında Gürcistan'da işlendiği iddia edilen savaş suçları ve insanlığa karşı suçlara ilişkin bir *proprio motu* soruşturma açmaya yetkilendirilmiştir.<sup>106</sup> Bu kitabın yazımı tarihinde Savcı tarafından Afganistan, Burundi, Gine, Kolombiya, Irak, Nijerya, Filistin<sup>107</sup> ve Ukrayna toprakları ile Komor adaları, Yunanistan ve Kamboçya'da kayıtlı gemilerde işlendiği iddia olunan suçlar hakkında ön inceleme yürütülmektedir.<sup>108</sup>

Devletlerin UCM'ye desteğini elde etmek için bir taviz olarak, 16. maddede, Güvenlik Konseyi'nin Şart'ın 7. Bölümüne dayanarak aldığı bir karar dahilinde Mahkeme'den bir talepte bulunmasından sonra 12 ay süreyle hiçbir soruşturma veya dava açılmayacağı öngörülmektedir. Ancak böyle bir talep aynı koşullar altında Konsey tarafından yenilenebilecektir.<sup>109</sup> Madde 98(2)'de Mahkeme'nin bir şahsın teslim edilmesi talebiyle ilgili işlemleri, talepte bulunulan devletin bu konuda bir rızanın aranmasını gerektiren uluslararası antlaşmalardaki yükümlülüklerine aykırı davranmasını gerektiriyorsa ve Mahkeme şahsın gönderilmesine rıza gösterecek olan devletin bu şahsı teslim etmesi hususunda işbirliği yapmasını sağlayamamışsa, bu talebin devam ettirilemeyeceğini öngörmektedir. Askeri Güçlerin Statüsü antlaşmaları uyarınca gönderen devletin kendi askerleri üzerinde cezai yetki kullanımına izin verildiği denizası üslerdeki askerlerin durumunda olduğu gibi bu konudaki çatışan yükümlülükler meselesini çözmemeyi amaçlayan bu hüküm ABD tarafından çok daha geniş amaçlarla kullanılmıştır. Bu açıdan ABD bazıları Roma Statüsü'nün tarafı olan bazıları da olmayan devletlerle, her iki tarafın, mevcut veya eski, memur veya askeri personel, hiçbir vatandaşının her hangi bir amaçla UCM'ye gönderilmeyeceğini öngören pek çok iki taraflı antlaşma imzalamıştır. Bu taktik yaygın biçimde eleştirilmiş olup, oldukça tartışmalıdır.<sup>110</sup>

<sup>104</sup> Dört kişi hakkındaki (mevcut Kenya Başkanı Uhuru Kenyatta dahil) suçlamalar onaylanmış, ancak Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Kenyatta ve diğer iki kişi aleyhindeki davalar iptal edilmiştir. İki başka davada üç kişi (Barasa, Gicheru ve Bett) için yakalama kararları çıkarılmıştır. Suçlamalar geri çekilmiştir; geri kalan üç kişinin yargılanmasına 2013 sonlarında başlanmasına karar verilmiştir, bkz., [http://www.icc-cpi.int/Kenya menus/icc-situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/Pages/situation%20index.aspx](http://www.icc-cpi.int/Kenya%20menus/icc-situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/Pages/situation%20index.aspx)

<sup>105</sup> Fil Dişi Sahili, Roma Statüsü'ne ancak 15 Şubat 2011'de taraf olmasına rağmen 18 Nisan 2003'de (14 Aralık 2010 ve 3 Mayıs 2011'de yeniden tasdik edilmiştir) Statü'nün 13 (3) maddesi uyarınca UCM'nin yetkisini kabul etmiştir. III. Ön Dava Dairesi 3 Ekim 2011'de Savcılığın bu ülkede Kasım 2010'dan itibaren işlendiği iddia olunan suçlar için *proprio motu* soruşturma açma yetkisi talebine izin vermiştir. 2011'de soruşturma Eylül 2002 ile Kasım 2010 arasını içerecek şekilde genişletilmiştir. Laurent Gbagbo hakkında bir tutuklama emri çıkarılmış ve bu kişi Kasım 2011'de Mahkeme'ye transfer edilmiştir. Hakkındaki dava devam etmektedir. Simone Gbagbo hakkında da bir yakalama kararı çıkarılmıştır, ancak mahkemenin elinde bulunmamaktadır. Bkz. <https://www.icc-cpi.int/cdi>.

<sup>106</sup> <https://www.icc-cpi.int/georgia>

<sup>107</sup> Devlet olmaya ilişkin karmaşık sorunlara yol açan Filistin için bkz. 5. Bölüm ve <https://www.icc-cpi.int/palestine>.

<sup>108</sup> <http://www.icc-cpi.int/>

<sup>109</sup> Bkz., BM'nin kurduğu veya yetki verdiği bir operasyonla alakalı eylem veya ihmaller için Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir katılımcı devletin mevcut veya eski memurları veya personeli hakkındaki bir davanın ortaya çıkması halinde UCM'ye on iki ay süreyle yetki kullanmaması çağrısı içeren Güvenlik Konseyi kararı 1422 (2002). Bu çağrı 1487 (2003) sayılı kararlarla tekrarlanmış ancak daha sonra devam ettirilmemiştir. Bkz., D. McGoldrick, 'Political and Legal Responses to the ICC', McGoldrick ve diğerleri *The Permanent International Criminal Court*, s. 415. Ancak 1497 (2003) ve 1593 (2005) sayılı kararlarda Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devletin personelinin uluslararası güç veya Liberya ve Darfur'daki BM gücü ile alakalı bütün eylemler bakımından o devletin münhasır yetkisine tabi olacağı öngörülmektedir. Ayrıca bkz. C.C. Jalloh, D. Akande ve M. du Plessis, 'Assessing the African Union Concerns about Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court', 4 *African Journal of Legal Studies*, 2011, s. 5.

<sup>110</sup> Örnek olarak bkz., Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, s. 173; M. Benzing, 'US Bilateral Non-Surrender Agreements and Article 98 of the Statute of the International Criminal Court', 8 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2004, s. 182 ve Schabas, *International Criminal Court*, ss. 1349 vd.

UCM'nin anahtar nitelikte ve onu diğer iki uluslararası ceza mahkemesinden ayıran bir özelliği tamamlayıcılık prensibi, yani esas olarak ulusal mahkemelerin önceliğe sahip olması, üzerine kurulmuş olmasıdır. Buna göre bir dava bazı durumlarda kabul edilmez bulunabilir ve Mahkeme yetkisini kullanamaz.<sup>111</sup> Bu duruma ilk örnek bir davanın, söz konusu devlet bir soruşturma veya yargılama yapmaya gerçekten istekli olmadıkça veya yapamayacak durumda olmadıkça, o konuda yetkili olan bir devlet tarafından soruşturuluyor veya yargılanıyor olması halidir. İkincisi, söz konusu mahkeme kararı bir devletin yargılama yapmayı gerçekten istememesi<sup>112</sup> veya yapamamasından<sup>113</sup> kaynaklanmadıkça, davanın o konuda yetkili olan bir devlet tarafından soruşturulmuş veya yargılanmış olduğu ve devletin ilgili kişinin yargılanmamasına karar vermiş olması halidir. Üçüncüsü, UCM'den başka bir mahkeme önündeki bir davanın ilgili kişiyi UCM'nin yetkisi içindeki suçların cezai sorumluluğundan korumak amacını taşıdığı veya bu davanın bağımsız veya tarafsız şekilde yapılmadığı ortaya çıkmadıkça, ilgili kişinin şikayet konusu eylemden ötürü daha önce yargılanmış olması halidir.<sup>114</sup>

İçhikah hukuku, bununla beraber, çok çeşitli sorunları ortaya koymaktadır. Aynı şahsın iç hukuk mahkemesi savcısı tarafından aktif olarak soruşturulmasının gerektiği açık olmasına rağmen,<sup>115</sup> 17. maddenin amaçları bakımından ne tür soruşturmaların yeterli olacağı açık olmaktan uzaktır. *Simone Gbagbo* davasında, Temyiz Dairesi ilgili devletin başvurunun kabul edilemez olduğunu ve 'gerçek bir soruşturmanın veya kovuşturmanın' yapılmakta olduğunu gösterecek şekilde ispat yükümlülüğü altında bulunduğunu teyid etmiştir. Devlet, 'somut ve ilerleyen soruşturma aşamaları'nın kanıtlarıyla vakayı gerçekten soruşturduğunu gösteren 'yeterli derecede detaylı destekleyici değere sahip delil'i mahkemeye sunmalıdır.<sup>116</sup> Benzer şekilde, ilgili olaydaki eylemin hem UCM hem de iç hukuk sistemi tarafından aynı biçimde soruşturulmak zorunda olduğu açık değildir. *Kenya* davasında Temyiz Dairesi iç hukuk davasının UCM davası ile 'büyük ölçüde aynı faaliyeti' içermesinin yeterli olduğuna hükmetmiştir.<sup>117</sup> *Gaddafi* davasında Temyiz Dairesi 'odağın büyük ölçüde aynı faaliyet olmasının ... eldeki vakanın olgularına bağlı olacağını' belirterek asıl konunun UCM ile iç hukuk soruşturmaları arasındaki örtüşmenin ölçüsü olduğunu ifade etmiştir.<sup>118</sup>

<sup>111</sup> Madde 17 ve bkz. [https://ass.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/complementarity/List-of-Actors/Pages/default.aspx](https://ass.icc-cpi.int/en_menus/asp/complementarity/List-of-Actors/Pages/default.aspx). Ayrıca bkz., *Thomas Lubanga Dyilo* davası, ICC-01/04-01/06, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, 10 February 2006 ve Schabas, *International Criminal Court*, s. 353 vd. İlaveten bkz. K.J. Heller, 'Radical Complementarity', 14 *Journal of International Criminal Justice*, 2016, s. 637; C. Stahn, 'Libya, the International Criminal Court and Complementarity', 10 *Journal of International Criminal Justice*, 2012, s. 325; S. Seils, 'Putting Complementarity in Its Place' in *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. C. Stahn), s. 305; S. M. H. Nouwen, *Complementarity in the Line of Fire: The Catalysing Effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan*, Cambridge, 2013; M. Benzing, 'The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice Between State Sovereignty and the Fight Against Impunity', 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2003, s. 591 ve M. Tedeschini, 'Complementarity in Practice: The ICC's Inconsistent Approach in the *Gaddafi* and *Al-Senussi* Admissibility Decisions', 7 *Amsterdam Law Forum*, 2015, s. 76.

<sup>112</sup> Buna karar verirken Mahkeme açılan davanın veya verilen kararın ilgili kişiyi UCM'nin yetkisi içindeki suçlar bakımından cezai sorumluluktan korumak üzere yapılmış olup olmadığını; davada makul olmayan bir gecikmenin yaşanmış olup olmadığını ve davanın bağımsız veya tarafsız şekilde ele alınmış olup olmadığını dikkate almak zorundadır, madde 17(2)a-c.

<sup>113</sup> Buna karar verirken Mahkeme ilgili devletin, kendi ulusal yargı sisteminin tamamen veya esaslı şekilde çökmesi veya mevcut olmaması yüzünden, sanığı veya gereken delil ve tanıkları elde edebilip edemediğini veya davayı başka bir nedenle gerçekleştirip gerçekleştirmediğini dikkate almak zorundadır, madde 17(3).

<sup>114</sup> Madde 20(3)

<sup>115</sup> Bkz. Appeals Chamber judgment in *Kenya* case, ICC-01/09-02/11 OA, 30 Ağustos 2011, para. 40.

<sup>116</sup> Appeals Chamber, ICC-02/11-01/12 OA, 27 Mayıs 2015, 128 ve 122. paragraflar. Ayrıca bkz. Heller, 'Radical Complementarity', *Journal of International Criminal Justice*.

<sup>117</sup> ICC-01/09-02/11 OA, 30 Ağustos 2011, para. 39.

<sup>118</sup> ICC-01/11-01/11 OA 4, 21 Mayıs 2014, para. 71-2. Vurgu orijinal halinde mevcuttur. Ayrıca bkz. *Al-Senussi* kabul edilebilirlik davası ICC-01/11-01/11, Appeals Chamber, 11 Ekim 2013, para. 74-5.

Mahkeme'nin dört organı bulunmaktadır. Bunlar sırasıyla i. Başkanlık; ii. Temyiz Bölümü, Yargılama Bölümü, Ön Yargılama Bölümü; iii. Savcılık Bürosu ve iv. Yazı İşleri Bürosu'dur.<sup>119</sup> Seçilen on sekiz hakimin bağımsız ve tam zamanlı çalışmaları,<sup>120</sup> ceza hukuku veya uluslararası hukukun ilgili alanlarında uzmanlığa sahip olmaları, dünyadaki başlıca hukuk sistemlerini temsil etmelerinin yanı sıra hakkaniyetli şekilde coğrafi bir temsili de yansıtmaları ve erkek ve kadın hakimlerin adil oranda temsil edilmeleri gerekmektedir. Hakimler, Taraf Devletler Meclisi tarafından oldukça karmaşık oylama kuralları kullanılarak seçilmektedir.<sup>121</sup> Mahkeme'nin düzgün bir şekilde idaresinden (Savcılık Bürosu'nun yanı sıra)<sup>122</sup> sorumlu olan Başkanlık bir Başkan ile Birinci ve İkinci Başkan Yardımcıları'ndan oluşmaktayken, Yazı İşleri Bürosu ise Mahkeme'nin yargısal olmayan işlerinin idaresi ve hizmetinden sorumludur.<sup>123</sup> Savcılık Bürosu bağımsız şekilde ve Mahkeme'nin ayrı bir organı olarak faaliyetlerde bulunur. Savcılık, Mahkeme'nin yetkisi içindeki suçlar hakkında kendisine yapılan başvuruları ve her türlü doğrulanmış bilgiyi almak, bunları incelemek ve Mahkeme önündeki soruşturma ve davaları yürütmekle sorumludur.<sup>124</sup> Büro'yu Taraf Devletler Meclisi üyelerince gizli oyla seçilmiş bir Savcı idare etmekte ve kendisine bir veya daha fazla sayıda Savcı Muavini yardım etmektedir.<sup>125</sup>

Ön Yargılama Bölümü bu birimde üç yıllık bir dönem için çalışacak ceza yargılaması deneyimine sahip hakimlerden oluşur. Ön Yargılama Daireleri ya tek bir hakim ya da üç hakimli bir heyetten oluşmakta<sup>126</sup> ve bir soruşturmanın açılmasına yönelik talebinin kabul veya reddinin yanı sıra, davaya ilişkin yetki ve kabul edilebilirlik bakımından Mahkeme tarafından sonradan yapılacak tespitlere hâle gelmeksizin bir davanın Mahkeme'nin yetkisi içinde olup olmadığına dair ön tespit yapmak gibi görevleri bulunmaktadır. Ayrıca bir Ön Yargılama Dairesi tarafından, ya kendi inisiyatifi ile veya 14. madde uyarınca bir başvuruyu yapan devletin ya da 13(b) maddesi uyarınca BM Güvenlik Konseyi'nin yapacağı bir talep üzerine,<sup>127</sup> Savcı'nın bir soruşturmayı derinleştirmeme kararı gözden geçirilebilmekte, Savcı'nın talebi üzerine tutuklama emri ve şahsın Mahkeme huzuruna getirilmesi için celpname çıkarılabilmekte, davadaki tarafların haklarının korunması için emirler verilebilmekte ve gerekli olması halinde mağdur ve tanıkların güvenlik ve mahremiyetlerinin korunması, delillerin saklanması, celpname ile gelmiş şahısların korunması ve ulusal güvenlik bilgilerinin korunması sağlanmaktadır. Şahsın teslim edilmesi veya kendi rızası ile Mahkeme huzuruna çıkmasından sonra makul bir süre içinde, Ön Yargılama Dairesi tarafından iddiaları teyid veya reddetmek amacıyla ve Savcı ile suçlanan şahsın ve avukatının hazır bulunduğu bir duruşma düzenlenir. Ön Yargılama Dairesi'nin suçlamaları teyid etmesi ve şahsı yargılanmak üzere Yargılama Dairesi'ne göndermesi halinde, Başkanlık tarafından müteakip duruşmaların yapılması için bir Yargılama Dairesi kurulur.

Mahkemenin Yargılama Bölümü de üç yıllık bir dönem için görev yapacak olan ağırlıklı olarak ceza yargılaması alanında deneyime sahip hakimlerden oluşmaktadır. Bu Bölüm'deki her üç hakim bir Yargılama Dairesi'nin yargısal işlevlerini yerine getirir.<sup>128</sup> Yargılama Dairesi'nin birincil işlevi yargılamanın adil ve hızlı biçimde yapılmasını ve davanın sanığın haklarına tam olarak saygı gösterilerek ve tanık ile mağdurların korunması gözetilerek yürütülmesini

<sup>119</sup> Madde 34.

<sup>120</sup> Madde 40.

<sup>121</sup> Madde 36.

<sup>122</sup> Madde 38.

<sup>123</sup> Madde 43.

<sup>124</sup> Ayrıca bkz., madde 53-5.

<sup>125</sup> Madde 42.

<sup>126</sup> Madde 39(2)(b)(iii).

<sup>127</sup> Madde 53.

<sup>128</sup> Madde 39(2)(b)(ii).

sağlamaktır.<sup>129</sup> Yargılama Dairesi sanığın suçsuz veya suçlu olduğuna karar verecektir. Suçlu bulunması halinde, maksimum otuz yılı geçemeyecek belirli süreli hapis veya müebbet hapis şeklinde bir ceza verilebilir. Para cezaları da verilebilmekte olup,<sup>130</sup> Yargılama Dairesi ayrıca suçlu bulunan şahısdan tazminat ödemesini, aynen iadeyi veya mağdurların tedavisi için ödeme yapmasını isteyebilmektedir.<sup>131</sup> Yargılamalar, özel durumlar bazı duruşmaların kanıt olarak sunulacak gizli veya hassas bilgilerin korunmasını veya kurbanlar ile tanıkların korunması amacıyla kapalı oturum şeklinde yapılmasını gerektirmedikçe, kamuya açık şekilde yapılmalıdır.<sup>132</sup>

Temyiz Bölümü uluslararası hukukun ilgili alanlarında uzmanlaşmış hakimlerden oluşmakta ve Temyiz Dairesi ise Temyiz Bölümü'nde görevlendirilmiş bütün hakimleri ihtiva etmektedir.<sup>133</sup> Savcı veya suçlu bulunan bir şahıs Ön Yargılama ve Yargılama Dairelerinin kararlarına karşı Temyiz Dairesi'ne gidebilir. Verilen cezaya karşı bir usul hatası, maddi hata, hukuk hatası veya yargılama sürecinin veya kararın adilliyini ya da doğruluğunu etkileyecek herhangi bir sebebe dayanarak temyize gidilebilecektir. Ayrıca bir ceza, suç ile ceza arasındaki orantısızlık sebebiyle de temyiz edilebilir.<sup>134</sup> Temyiz Dairesi verilmiş olan bir hükmü veya cezayı kaldırabilir veya düzeltebilir ya da farklı bir Yargılama Dairesi önünde yeni bir yargılama yapılmasına karar verebilir.<sup>135</sup>

## Karma Mahkemeler ve Diğer Uluslararasılaştırılmış Ulusal Mahkemeler<sup>136</sup>

Zamansal ve coğrafi olarak sınırlı uluslararası ceza mahkemeleri ve daimi olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne ek olarak, yakın zamanda içinde hem uluslararası hem de ulusal unsurların çeşitli kombinasyonlarla var olduğu yeni bir yargısal kurum tipi ortaya çıkmıştır. Hibrid mahkemeler diye adlandırabileceğimiz bu kurumlar esas olarak, sadece yerel mekanizmalara dayanmanın ciddi politik riskler veya maliyetler taşıdığı çatışma sonrası güç koşullarda, hem yerel hem de uluslararası alanda meşruiyeti ve kabul edilebilirliği arttırmak amacıyla kurulmaktadır. Ancak bunlar arasında ilerde görüleceği gibi, resmi hukuksal orijini, anayasal statüsü, uygulanan hukuk ve yapısal bakımdan birbirinden ayrılan birkaç model bulunmaktadır. Bu mekanizmalardan bazılarında uluslararası ve ulusal nitelikler arasındaki denge ikinciye doğru daha fazla kaydığından, bunların uluslararasılaştırılmış mahkemeler olarak adlandırılması daha doğru olur.<sup>137</sup> Bunlar esas olarak ulusal hukuku uygulayan ulusal mahkemeler olsalar da, örnek olarak işlevleri veya orijinleri, uyguladıkları hukukun temeli veya uluslararası uzmanları kullanmaları bakımından önemli bir uluslararası unsura da

<sup>129</sup> Madde 64.

<sup>130</sup> Madde 77.

<sup>131</sup> Madde 75(2).

<sup>132</sup> Madde 68.

<sup>133</sup> Madde 39(2)(b)(i).

<sup>134</sup> Madde 81. Her iki taraf da örnek olarak yetki veya kabul edilebilirliğe ilişkin kararları, soruşturulan veya cezası infaz olunan kişinin salıverilmesi veya salıvermenin reddine ilişkin kararları ve Ön Dava Dairesi'nin madde 56(3) uyarınca kendi inisiyatifini aldığı kararları temyiz edebilir. Bkz., madde 82.

<sup>135</sup> Madde 83. Yargılama sırasında mevcut olmayan yeni deliller keşfedilmiş ise ve bunlar Temyiz Dairesi'nin kararı gözden geçirmesi veya değiştirmesi için yeterince önemli veya belirleyici ise kararın yeniden gözden geçirilmesi istenebilir. Bkz., madde 84.

<sup>136</sup> Örnek olarak bkz., A. Fichtelbert, *Hybrid Tribunals: A Comparative Examination*, Heidelberg, 2015; S. Williams, *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals*, Oxford, 2013; *Internationalized Criminal Courts* (ed. C. S. R. Romano, A. Nollkaemper ve J. K. Kleffner), Oxford, 2004; Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, Bölüm 9; Schabas, *The UN International Criminal Tribunals* ve L. A. Dickinson, 'The Promise of Hybrid Courts', 97 AJIL, 2003, s. 295.

<sup>137</sup> Bu terminoloji için bkz., M. S. Scharf, 'The Iraqi High Tribunal', 5 *Journal of International Criminal Justice*, 2007, ss. 258, 259.



sahiptirler. Bazı mahkemeleri ise bu skala içinde bir yere yerleştirmek zordur. Bu kategori esas itibariyle, daha sonra ulusal hukuka dahil edilmiş olan uluslararası suçlardan bireysel cezai sorumluluk meselelerine ilişkin uluslararası ilgi ve müdahalenin bir uzantısını teşkil etmektedir.

### Sierra Leon Özel Mahkemesi

Sierra Leon Özel Mahkemesi, çok şiddetli bir iç savaşın ardından, '30 Kasım 1996'dan itibaren Sierra Leon ülkesinde işlenmiş uluslararası insancıl hukuk ve Sierra Leon hukukunun ciddi ihlalleri açısından en büyük sorumluluğu taşıyan kişileri, bireysel cezai sorumluluk esasına göre yargılayabilmek amacıyla, Güvenlik Konseyi'nin 1315 (2000) sayılı kararı uyarınca BM ile Sierra Leon arasında yapılan 16 Ocak 2002 tarihli bir antlaşmaya binaen kurulmuştur.<sup>138</sup> Ancak antlaşmada BM, diğer hükümetler ya da bölgesel örgütler ile yapılan bir antlaşma uyarınca veya Sierra Leon hükümetinin başka bir şekilde rızası ile bu ülkede bulunan barışgücü ve bağlı personeli tarafından işlenen suçların gönderen devletin 'öncelikli yetkisi' içinde olduğu öngörülmektedir.<sup>139</sup>

Bu Özel Mahkeme, Dairelerden (iki Yargılama ve bir Temyiz Dairesi) ve Savcılık ile Yazı İşlerinden oluşmaktadır. Her bir Yargı Dairesinde, biri Sierra Leon hükümeti ve ikisi BM Genel Sekreteri tarafından görevlendirilen, üç hakim görev yapmaktadır.<sup>140</sup> Temyiz Dairesi'nde ise ikisi hükümet ve üçü BM Genel Sekreteri tarafından görevlendirilen, beş hakim bulunmaktadır.<sup>141</sup> Temyiz Dairesi bir usul hatası, kararı geçersiz kılacak nitelikte bir hukuk hatası veya bir adli hataya neden olan bir maddi hata gibi gerekçelerle Yargılama Dairesi tarafından mahkum edilmiş olan şahısların yaptığı veya Savcı tarafından yapılan temyiz taleplerine bakmaktadır. Temyiz Dairesi bir Yargı Dairesi tarafından verilen kararı onayabilir, bozabilir veya tashih edebilir. Bu gibi hususlarda Temyiz Dairesi'ndeki hakimler eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Mahkemelerinin Temyiz Dairesi'nin kararlarını dikkate alacaktır. Sierra Leon hukukunun yorumu ve uygulanması bakımından ise hakimler Sierra Leon Yüksek Mahkemesi'nin kararlarını dikkate alacaktır.<sup>142</sup>

BM Genel Sekreteri tarafından üç yıllığına atanan ve Özel Mahkeme'nin ayrı bir organı olarak, bağımsız şekilde görev ifa eden Savcı, 30 Kasım 1996'dan itibaren Sierra Leon ülkesinde işlenmiş uluslararası insancıl hukuk ve Sierra Leon hukukunun ciddi ihlalleri açısından en büyük sorumluluğu taşıyan kişilerin soruşturulması ve yargılanmasından sorumludur. Savcılık Bürosu şüphelilerin, kurbanların ve tanıkların sorgulanması, delillerin toplanması ve yerinde keşif yapılması konularında yetkilidir. Savcılığa çalışmalarında

<sup>138</sup> Bkz., Ek II'de yer verilen Antlaşma'nın 1. maddesi, S/2002/246 ve Ek III'de yer verilen Özel Mahkeme'nin Statüsü'nün 1. ve 6. maddeleri, S/2002/246 ve Mahkeme hakkında 'güçlü desteğini' açıklayan Güvenlik Konseyi kararı 1436 (2002). BM Genel Sekreteri tarafından Özel Mahkeme'nin çalışmasını gözden geçirmekle görevlendirilen bağımsız uzman Professor A. Cassese'nin 12 Aralık 2006 tarihli Raporu için bkz., <http://www.rscsl.org/Documents/Cassese%20Report.pdf>. Ayrıca bkz., *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law* (ed. C.C. Jallow), Cambridge, 2013; O'Keefe, *International Criminal Law*, Bölüm 13; R. Cryer, 'A "Special Court" for Sierra Leone', 50 ICLQ, 2001, s. 435; Schabas, *The UN International Criminal Tribunals*; A. Smith, 'Sierra Leone: The Intersection of Law, Policy and Practice', S. Mochochoko ve G. Tortora, 'The Management Committee for the Special Court for Sierra Leone' ve W. A. Schabas, 'Internationalized Courts and their Relationship with Alternative Accountability Mechanisms', Romano ve diğerleri, *Internationalized Criminal Courts*, ss. 125, 141 ve 157 ve C. da Silva, 'The Hybrid Experience of the Special Court for Sierra Leone', Brown, *Research Handbook on International Criminal Law*, s. 232.

<sup>139</sup> Sierra Leon Özel Mahkemesi Statüsü, madde 1(2).

<sup>140</sup> Charles Taylor'ın yargılanmasının sonuçlanmasının ardından II. Yargı Dairesi'nin işlevi sona ermiştir, bkz., Ninth Annual Report of the Special Court for Sierra Leone, 2011-12.

<sup>141</sup> Madde 12(1). Temmuz 2002'de sekiz hakimin ataması yapılmıştır: bkz., UN Press Release SG/A/813.

<sup>142</sup> Madde 20. Madde 21 uyarınca, Yargı Dairesi veya Temyiz Dairesi'nde görülen bir dava sırasında bilinmeyen ve karar varmada belirleyici bir etken olabilecek yeni bir bulgunun keşfedilmesi halinde, mahkum olan kişi veya Savcılık kararın gözden geçirilmesi için Temyiz Dairesi'ne başvurabilir. Temyiz Dairesi bu başvuruyu reddedebilir, Yargı Dairesini yeniden toplayabilir veya mesele hakkında kendi yetkisini kullanabilir.

Sierra Leonlu bir Yardımcı Savcı ile Sierra Leonlu ve uluslararası personelden oluşan bir ekip yardım etmektedir.<sup>143</sup> Yazı İşleri ise Özel Mahkeme'nin idaresi ve hizmetinden sorumlu olup, BM Genel Sekreteri tarafından Özel Mahkeme'nin Başkanı'na danışıldıktan sonra görevlendirilir.<sup>144</sup>

Özel Mahkeme'nin yetkisi kendi kuruluşu ve personelinin karma tabiatını yansıtmaktadır. Mahkeme insanlığa karşı suçlar; Cenevre Sözleşmeleri ile II. Ek Protokol'e ortak 3. maddenin ihlalleri; uluslararası insancıl hukukun diğer ciddi ihlalleri<sup>145</sup> ve Sierra Leon hukukundaki bazı suçlar bakımından yetkiyi haizdir.<sup>146</sup> Mahkeme Statüsü'nün 8. maddesi Özel Mahkeme ile Sierra Leon ulusal mahkemelerinin eşzamanlı yetkiye sahip olduklarını, fakat Özel Mahkeme'nin ulusal mahkemeler üzerinde önceliğe sahip olduğunu ve davanın herhangi bir aşamasında bir ulusal mahkemeden davayı ertelemesini resmen isteyebileceğini öngörmektedir. Özel Mahkeme'nin 2006-7 Yıllık Raporu'nda, 2003 Mart ve Eylül arasında on üç kişi hakkında soruşturma açıldığı not edilmiştir. Bunlardan dokuzu tutuklu, biri ölü, biri kaçak olup, ikisi hakkındaki soruşturmadan vazgeçilmiştir. Tutuklu dokuz kişinin yargılaması 2004 ve 2005'de üç ortak dava şeklinde başlamıştır. Bunlardan özel önemde olanı Charles Taylor davası olup, kendisi Liberya'nın eski başkanıdır. Bu kişinin muafiyet talebi Temyiz Dairesi tarafından Mayıs 2004'de reddedilmiş<sup>147</sup> ve Lahey'deki UCM binasında yargılanmasına başlanmıştır. 26 Nisan 2012 tarihinde aleyhindeki bütün suçlardan mahkum edilmiş ve elli yıl hapisle cezalandırılmıştır.<sup>148</sup> AFRC yargılamasındaki hüküm 20 Haziran 2007 tarihinde verilmiş ve üç sanık suçlu bulunmuştur. Bunlar hakkındaki cezanın belirlenmesi 19 Temmuz 2007 tarihinde gerçekleşmiş ve bu cezaya karşı yapılan temyiz 22 Şubat 2008'de reddedilmiştir.<sup>149</sup> I. Yargılama Dairesi, 2 Ağustos 2007 tarihinde, "Sivil Savunma Güçleri" adı verilen grubun liderleri olmakla suçlanan üç kişi hakkındaki davada, bunlardan biri hükmün açıklanmasından önce öldüğünden, kalan iki sanığı mahkum etmiştir.<sup>150</sup> Özel Mahkeme açılan davaların 2007 yılına kadar bitirilmesini öngören bir tamamlama stratejisi benimsemiştir.<sup>151</sup> Ancak bu tarihin tutturulamaması nedeniyle Sierra Leon Bakiye Özel Mahkemesi kurulmuştur. Bu mahkemenin amacı tanık koruma, hapis cezalarının denetlenmesi ve arşivlerin yönetimi dahil olmak üzere, 2013'te sona ermesinin ardından Özel Mahkeme'nin devam eden yükümlülüklerine nezaret etmektir.<sup>152</sup> Bakiye Özel Mahkeme ulusal ve uluslararası hakim listesine sahiptir ve Savcı ile Kalem Müdürü BM Genel Sekreteri tarafından atanmaktadır.<sup>153</sup>

<sup>143</sup> Madde 15.

<sup>144</sup> Madde 16.

<sup>145</sup> Statü'nün 2-4. maddeleri.

<sup>146</sup> Statü'nün 5. maddesi. Bu suçlar 1926 Çocuklara Yönelik Şiddetin Önlenmesi Kanunu uyarınca kızların suistimal edilmesi ve 1861 Kasden Zarar Verilmesi Kanunu uyarınca malların keyfi olarak tahribi ile alakalı suçlarla bağlantılıdır. Ancak Özel Mahkeme suçun işlendiği tarihte on beş yaşından küçük olan kişiler bakımından yetkiyi haiz değildir. Sierra Leon ulusal mahkemesi tarafından yargılanmış olan bir kişi aynı eylemden ötürü Özel Mahkeme tarafından yeniden yargılanamaz. Ancak Statü'nün 2-4 maddelerinde bahis olunan eylemlerden ötürü bir ulusal mahkeme tarafından yargılanmış olan kişi, şayet yargılanmış olduğu eylem sıradan bir suç olarak nitelendirilmiş ise veya ulusal mahkemedeki dava tarafsız veya bağımsız olmamışsa veya sanığı uluslararası cezaî sorumluluktan korumak için tasarlanmışsa ya da dava usulüne uygun şekilde icra edilmemişse, Özel Mahkeme tarafından tekrar yargılanabilecektir. Bkz., madde 9.

<sup>147</sup> Bkz., <http://www.rscsl.org/Taylor.html>.

<sup>148</sup> Bkz., *a.g.e.*

<sup>149</sup> Bkz., <http://www.rscsl.org/AFRC.html>

<sup>150</sup> Bkz., [http://www.rscsl.org/CDF\\_Trial\\_Chamber\\_Decisions.html](http://www.rscsl.org/CDF_Trial_Chamber_Decisions.html). Ayrıca bkz., S. M. Meisenberg, 'Legality of Amnesties in International Humanitarian Law: The Lomé Decision of the Special Court for Sierra Leone', 86 *International Review of the Red Cross*, 2004, s. 837

<sup>151</sup> Bkz., A/59/816 – S/2005/350.

<sup>152</sup> Aralık 2011'de Sierra Leone Parlamentosu, Özel Mahkeme'nin işlerine bakacak olan Bakiye Özel Mahkeme'nin kuruluşuna dair BM ile Sierra Leone arasındaki 11 Ağustos 2010 tarihli antlaşmayı onaylayan Sierra Leone Bakiye Özel Mahkemesi Antlaşması (Onay) Kanunu'nu kabul etmiştir. 1 Şubat 2012 tarihinde kanunlaşmıştır. Bunun ekine Bakiye Özel Mahkeme'nin Statüsü konmuştur. Bkz. <http://www.rscsl.org/Documents/RSCSL-Act.pdf>

<sup>153</sup> Madde 13-16. Statute of the Residual Special Court.

### Kamboçya Mahkemelerindeki Olağanüstü Daireler

Pol Pot yönetimindeki Khmer Rouge rejimi bir iç savaşın ardından 1975 yılında iktidara gelmiş ve bir milyondan fazla insanın ölümü ile sonuçlandığına inanılan geniş çaplı şiddet eylemlerine başlamıştır. Bu rejim 1979 yılında Vietnam'ın ülkeyi işgali ile sona ermiştir. 1997'de Kamboçya hükümeti Birleşmiş Milletler'den Khmer Rouge'un üst seviyedeki liderlerini yargılamayı amaçlayan bir yargılama süreci oluşturabilmek için yardım talebinde bulunmuştur. 2001'de Kamboçya Milli Meclisi, Khmer Rouge rejimi döneminde işlenmiş ciddi suçları yargılayacak bir mahkemenin kuruluşuna ilişkin bir kanunu kabul etmiştir. Uzun bir müzakere sürecinin ardından 13 Mayıs 2003 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından, 17 Nisan 1975 ile 6 Ocak 1979 arasındaki dönemde, Khmer Demokratik Kamboçya rejiminin üst seviyedeki liderlerinin işlediği Kamboçya ceza kanunu, uluslararası insancıl hukuk ve teamülleri ile Kamboçya tarafından tanınan uluslararası antlaşmalardaki suçlar ve ciddi ihlallerden en fazla sorumlu olanların yargılanması amacıyla, BM ve Kamboçya arasında Kamboçya Mahkemelerinde Olağanüstü Dairelerin Kurulmasına İlişkin Taslak Antlaşma kabul edilmiştir.<sup>154</sup> Antlaşma 19 Ekim 2004'de Kamboçya tarafından onaylanmıştır.

Antlaşma'nın 2. maddesinde Olağanüstü Dairelerin ilgili Kamboçya Kanunu'nda (2001 tarihli) düzenlenmiş olanlarla uyumlu olacak şekilde konu bakımından benzer yetkiye sahip olacakları ve Antlaşma'nın bu kanun vasıtasıyla uygulanacağı öngörülmektedir. Bunun yanı sıra 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin de Antlaşma'ya uygulanacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla Antlaşma, ilgili ulusal hukuk ile yakından bağlantılı olan, bir uluslararası antlaşma olarak görülmüştür. Olağanüstü Daireler üç Kamboçyalı ve iki uluslararası hakimden oluşan bir Yargılama Dairesi ve hem temyiz makamı hem de son derece mahkemesi olarak hizmet veren ve dört Kamboçyalı ve üç uluslararası hakimden oluşan bir Yüksek Mahkeme Dairesi'ni ihtiva etmektedir. Bu çerçevede BM Genel Sekreteri tarafından yedi hakim önerilmekte ve bunların arasından en yüksek ulusal yargı organı olan Kamboçya Yüksek Hakimler Kurulu tarafından Dairelerde görev yapmak üzere beşi seçilmektedir.<sup>155</sup> Antlaşma'da ayrıca soruşturmaları yürütmekle yetkili, biri Kamboçyalı diğeri uluslararası, bağımsız ortak soruşturma hakimleri<sup>156</sup> ile iddianame işlerini hazırlamakla yetkili her iki Dairede de görev yapacak, biri Kamboçyalı ve diğeri uluslararası, iki bağımsız ortak savcı öngörülmektedir.<sup>157</sup>

Olağanüstü Dairelerin yetkisi Demokratik Kamboçya rejiminin üst seviyedeki liderlerinin işlediği iddia olunan 1948 Soykırım Sözleşmesi'nde tanımlanmış olan soykırım suçunu, 1998 Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde tanımlanmış olan insanlığa karşı suçları, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlallerini ve 2001 tarihli Kamboçya Kanunu'nun

<sup>154</sup> Bkz., Genel Kurul kararları 57/228A ve 57/228B ve A/57/806. Ayrıca bkz., J. D. Ciorciari ve A. Heindel, *Hybrid Justice: The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, Ann Arbor, 2014; R. Williams, 'The Cambodian Extraordinary Chambers: A Dangerous Precedent for International Justice?', 53 ICLQ, 2004, s. 227; G. Acquaviva, 'New Paths in International Criminal Justice? The Internal Rules of the Cambodian Extraordinary Chambers', 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008, s. 129; C. Etcheson, 'The Politics of Genocide Justice in Cambodia'; E. E. Meijer, 'The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for Prosecuting Crimes Committed by the Khmer Rouge: Jurisdiction, Organization and Procedure of an Internationalized Tribunal', *Romano ve diğerleri, Internationalized Criminal Courts*, ss. 181 ve 207; Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, s. 185 ve B. N. McGonigle, 'Two for the Price of One', 22 *Leiden Journal of International Law*, 2009, s. 127. Ayrıca bkz., www.eccc.gov.kh/en.

<sup>155</sup> Antlaşma'nın 3. maddesi. Mart 2006'da Genel Sekreter yedi hakimi aday göstermiş ve aynı yılın Mayıs ayında Hakimler Yüksek Kurulu toplam otuz Kamboçyalı ve uluslararası hakimden oluşan bir listeyi onamıştır. Hakimler Temmuz 2006'da yemin etmiş ve İçtüzük Kuralları da Haziran 2007'de kabul edilmiştir. Bu kurallar en son 16 Ocak 2015 tarihinde revize edilmiştir.

<sup>156</sup> Madde 5.

<sup>157</sup> Madde 6. Hem ortak soruşturma hakimleri hem de ortak savcılar için BM Genel Sekreteri ikişer aday gösterecek ve Hakimler Yüksek Kurulu bunların arasından bir uluslararası soruşturma hakimi ve bir uluslararası savcı seçecektir. İki ortak soruşturma hakimi ile iki ortak savcı arasındaki farklılıklar üç tanesi Hakimler Yüksek Kurulu tarafından ve ikisi Genel Sekreter'in aday gösterdikleri arasından Hakimler Yüksek Kurulu tarafından atanmış beş hakimden oluşan Ön Yargı Dairesi tarafından çözülecektir. Bkz., madde 7.

II. Bölümü'nde tanımlanmış olan diğer suçları kapsamaktadır.<sup>158</sup> Dairelerin yargılama usulü Kamboçya hukukuna uygun olacak ancak Kamboçya hukukunun belli bir meseleyi düzenlemediği veya Kamboçya hukukuna ait bir kuralın yorumlanması veya uygulanması bakımından belirsizlik olduğu hallerde, uluslararası seviyede oluşturulmuş usuli kurallar da dikkate alınabilecektir. Ayrıca Olağanüstü Dairelerin ellerindeki yetkileri Kamboçya'nın da taraf olduğu 1966 Uluslararası Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14 ve 15. maddelerinde yer alan uluslararası adalet standartları ve adil yargılama ilkeleri uyarınca kullanacağı öngörülmüştür.<sup>159</sup>

19 Temmuz 2007 tarihinde savcılar beş şüpheliyi içeren bir listeyi bunlar hakkında dava açılması talebiyle Dairelere sunmuş ve 31 Temmuz 2007'de ilk şüpheli ("Duch" olarak bilinen Khang Khék Ieu) hakkında bir dava açılmıştır.<sup>160</sup> Bu kişi 26 Temmuz 2010'da insanlığa karşı suçlar ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlallerinden mahkum edilmiştir. Karar 3 Şubat 2012 tarihinde Yüksek Mahkeme tarafından da tasdik edilmiştir.<sup>161</sup> Diğer şüpheliler hakkındaki davalar ise devam etmektedir.<sup>162</sup>

### Kosova Regülasyon 64 Panelleri<sup>163</sup>

Federal Yugoslavya Cumhuriyeti (günümüzdeki Sırbistan'ın o zamanki adı) ile NATO arasında 1999 yılındaki çatışmanın ardından, Güvenlik Konseyi, Kosova'da diğerlerinin yanı sıra bir 'sivil uluslararası varlığın' kurulması çağrısında bulunan 1244 sayılı kararı kabul etmiştir. Söz konusu sivil uluslararası varlığa diğerlerinin yanında şu sorumluluklar verilmiştir: 'nihai bir çözüme kadar, fiilen özerk bir yönetimin kurulmasının' teşviki; temel sivil idari faaliyetlerin icrası; politik bir çözüme kadar, demokratik ve özerk bir yönetime yönelik geçici kurumların geliştirilmesinin organize edilmesi; ve insan haklarının korunması ve iyileştirilmesi.<sup>164</sup> BM Kosova Geçici İdare Misyonu (UNMIK) tarafından icra edilen sivil uluslararası varlığın bu yetkileri oldukça kapsamlıdır. UNMIK tarafından 1999'da çıkartılan ilk regülasyon içindeki Bölüm 1.1 ile 'Kosova bakımından yargı dahil bütün yasama ve icra yetkileri UNMIK'e verilmiştir ve bu yetkiler Genel Sekreter'in Özel Temsilcisi tarafından kullanılır' denmekte,<sup>165</sup> Bölüm 1.2'de ise Özel Temsilci'nin Kosova'da yargı dahil sivil idarenin işlevlerini icra edecek kişileri görevlendirebileceği veya bu kişileri uygulanan hukuk uyarınca görevden alabileceği öngörülmektedir.<sup>166</sup>

2000 yılında meydana gelen bir dizi karışıklığın ardından, uluslararası hakim ve savcılarının görevlendirilmesini öngören UNMIK Regülasyonu 2000/6<sup>167</sup> ve ayrıca bir sanığın, savunma heyetinin veya savcının talebi üzerine, en az iki uluslararası hakim içeren, üç hakimli

<sup>158</sup> Madde 9.

<sup>159</sup> Madde 12.

<sup>160</sup> Case file No. 001/18-07-2007-ECCC/OCIJ. Ayrıca bkz., Annual Report 2007, s. 11.

<sup>161</sup> www.eccc.gov.kh/en/case/topic/1. Yüksek Mahkeme, Yargılama Dairesi Kararı'nı kısmi olarak onamış, değiştirmiş ve ceza kararını bozmuştur. Bilahare, bu şahıs ECCC Kanunu'nun 5, 6 ve 29. (yeni) Maddeleri uyarınca birçok insanlığa karşı suç ve Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlalleri sebebiyle suçlu bulunmuştur. A.g.e.

<sup>162</sup> Bkz. <https://www.eccc.gov.kh/en/caseload>.

<sup>163</sup> Örnek olarak bkz., J. Cerone ve C. Baldwin, 'Explaining and Evaluating the UNMIK Court System' ve J. C. Cady ve N. Booth, 'Internationalized Courts in Kosovo: An UNMIK Perspective', Romano ve diğerleri, *Internationalized Criminal Courts*, ss. 41 ve 59. Ayrıca bkz., Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, s. 191; S. de Bertodano, 'Current Developments in Internationalized Courts', 1 *Journal of International Criminal Justice*, 2003, ss. 226, 239 vd. ve *Finding the Balance: The Scales of Justice in Kosovo*, International Crisis Group, 2002.

<sup>164</sup> Paragraf 10 ve 11.

<sup>165</sup> UNMIK/REG/1991/1, S/1999/987, s. 14.

<sup>166</sup> UNMIK/REG/2000/54 ile değiştirilmiştir.

<sup>167</sup> Başlangıçta Mitrovica'da ve daha sonra bütün yerel mahkemeler ile Yüksek Mahkeme'de: Bkz., UNMIK Regülasyonu 2000/34. Bir Kosova Savaş ve Etnik Suçlar Mahkemesi kurma girişiminden Eylül 2000'de vazgeçilmiştir: bkz., Cady ve Booth, 'Internationalized Courts in Kosovo', s. 60.

(Regülasyon 64 panelleri olarak bilinmektedir) yargı panellerinin kurulmasını öngören UNMIK Regülasyonu 2000/64 kabul edilmiştir. Bu uluslararası hakimler yetkilerini Kosova'daki ulusal yasalardan alan olağan mahkeme hakimleri gibi faaliyette bulunsalar da, bunların bir davaya dahil olması ya kendilerinin istemesi halinde ya da BM Genel Sekreteri'nin Kosova Özel Temsilcisi'nin emri üzerine mümkündür. Panellerde uygulanacak olan hukukun Özel Temsilci tarafından çıkarılan regülasyonlar ile bunlara dayanılarak yayınlanan tali belgeler ve Kosova'da 22 Mart 1989 tarihinde yürürlükte olan hukuk olduğu ifade edilmiştir.<sup>168</sup> Ancak ulusal hakimlerce verilmiş mahkumiyet kararlarının uluslararası hakimler tarafından bozulanlarının sayısının yüksekliğinin yanı sıra bu kararların sistematik olarak yayınlanmasındaki eksiklik ve kararların kısalığı bakımından problemler ortaya çıkmıştır.<sup>169</sup> 2008'in başlarında Kosova bağımsızlığını ilan etmiştir.<sup>170</sup>

Bilhare Paneller kaldırılmış ve 15 Nisan 2014 tarihine kadar EULEX (Avrupa Birliği Kosova'da Hukuk Devleti Misyonu) hakimleri bunların yerini almıştır. Bu tarihten sonra ise ceza soruşturmaları ve yeni ceza yargılamaları Kosovalı hakimlerden oluşan yargı heyetleri tarafından yapılmıştır. Bununla beraber, ve ancak olağanüstü durumlarda, bir davanın EULEX Savcılığı'na yada çoğunluğu EULEX hakimlerinden oluşan heyetlere sunulması da mümkündür.<sup>171</sup> Kosova Cumhurbaşkanı ile Avrupa Birliği Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi arasında 2014 yılındaki mektup teatisinin ardından, 3 Ağustos 2015 tarihinde Kosova Meclisi, Kosova Anayasası'nın 162. maddesi ile Özel Daireler ve Özel Savcının Ofisine İlişkin Kanun'u kabul etti. 2011'de insan organlarının yasadışı ticareti dahil ciddi uluslararası hukuk ihlallerinin gerçekleştiğini iddia eden Avrupa Parlamenterler Asamblesi Konseyi raporu yayınlanmıştır.<sup>172</sup> Özel Daireler, Kosova hukukuna ve uluslararası hukuk ile uluslararası insan hakları hukukuna göre Kosova hukuk sistemi içindeki her düzeyde görev yapacaktır. Bunların yetkisi 1 Ocak 1998 ve 31 Aralık 2000 tarihleri arasında işlendiği iddia edilen bazı insanlığa karşı suçlara bakmakla sınırlandırılmıştır. Özel Daireler, Dairelerden ve Kayıt Ofisi'nden oluşmaktadır. Kayıt Ofisi'nin içinde dairelerin yetki alanındaki suçların soruşturulması ve kovuşturulmasından sorumlu bağımsız bir idare olarak Özel Savcı Ofisi de bulunmaktadır. Hem Özel Daireler hem de Özel Savcı Ofisi'nin personeli uluslararası hakimler, savcılar ve görevlilerden oluşmaktadır ve bunların Lahey'de (Hollanda) bir merkezi bulunmaktadır.<sup>173</sup>

### **Ciddi Suçlara İlişkin Doğu Timor Özel Panelleri<sup>174</sup>**

Doğu Timor'da uzun süren Endonezya işgalinin sona ermesi üzerine Endonezya yanlısı milislerin başlattığı bir şiddet döneminin ardından, Güvenlik Konseyi bu ülkenin idaresi için geniş yetkilere sahip BM Doğu Timor Geçici İdaresi'ni (UNTAET) kurmuştur.<sup>175</sup> 27 Kasım 1999'da kabul edilen Regülasyon No. 1 ile Doğu Timor bakımından yargı dahil

<sup>168</sup> Bkz., UNMIK/REG/1999/24 ve UNMIK/REG/2000/59. Bölüm 1.3'de kamusal faaliyet icra eden bütün kişilerin özellikle Evrensel İnsan Hakları Deklarasyonu, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Ayrımcılık Sözleşmesi, İşkence Sözleşmesi ve Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan uluslararası alanda tanınmış insan hakları standartlarına uymaları gerektiği öngörülmektedir.

<sup>169</sup> Örnek olarak bkz., de Bertodano, 'Current Developments in Internationalized Courts', ss. 239 vd.

<sup>170</sup> Bkz., yukarıda 5. Bölüm.

<sup>171</sup> Bkz., <http://www.eulex-kosovo.eu/?page=2,2> ve <http://www.eulex-kosovo.eu/?page=2,16>. Ayrıca bkz., S. Williams, 'The Specialist Chambers of Kosovo', 14 *Journal of International Criminal Justice*, 2016, s. 25.

<sup>172</sup> <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=12608&lang=en>

<sup>173</sup> <https://www.scp-ks.org/en>

<sup>174</sup> Örnek olarak bkz., S. de Bertodano, 'East Timor: Trials and Tribulations', Romano ve diğerleri, *Internationalized Criminal Courts*, s. 79; S. Linton, 'Prosecuting Atrocities at the District Court of Dili', 2 *Melbourne Journal of International Law*, 2001, s. 414; Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, s. 193 ve S. Linton ve C. Reiger, 'The Evolving Jurisprudence and Practice of East Timor's Special Panels for Serious Crimes on Admission of Guilt, Duress and Superior Orders', 4 *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2001, s. 1. Ayrıca bkz. <http://jsms.tl/en/>

<sup>175</sup> Karar 1272 (1999). Ayrıca bkz., karar 1264 (1999) ve S/1999/24.

bütün yasama ve icra yetkisi UNTAET'e verilmiştir. Bu idareye aynı zamanda bu ülkede yargı dahil bütün sivil idare faaliyetlerini icra edecek kişileri atama veya bu kişileri görevden alma ve idari yönetmelik ve direktifleri çıkarma yetkisi verilmiştir. UNTAET tarafından Dili Bölgesi Mahkemesi ile Temyiz Mahkemesi bünyesinde ciddi suçları ele alacak özel paneller dahil<sup>176</sup> yeni bir mahkeme sistemi kurulmuştur.<sup>177</sup> Söz konusu ciddi suçlar, bireysel cezai sorumluluğu gerektiren<sup>178</sup> soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, cinayet, cinsel suçlar ve işkence olarak tanımlanmıştır.<sup>179</sup> Panellerde uygulanacak olan hukuk UNTAET Regülasyonu No. 1991/1, Bölüm 2 ve 3'de ve daha sonraki UNTAET regülasyon ve direktiflerinde yer alan kuralların ve resmen yayımlanmış olan Doğu Timor hukukunun yanı sıra uygun düştüğü hallerde de, uygulanabilir antlaşmalar ile uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun yerleşik prensipleri dahil, uluslararası hukukun tanınmış prensipleri ve normlarıdır.

Dili Bölge Mahkemesi'ndeki paneller iki uluslararası hakim ile bir Doğu Timorlu hakimden meydana gelmekte olup, Dili Temyiz Mahkemesi'ndeki paneller için de aynı durum söz konusudur. Özel önem veya ağırlıktaki davalarda, üç uluslararası ve iki Doğu Timorlu hakimden oluşan beş hakimli bir panel de kurulabilecektir.<sup>180</sup> Söz konusu sistem 2003'den önce tam olarak başlamamıştır. Temyiz Mahkemesi'nin *Armando Dos Santos* davasında verdiği oldukça eleştirilen kararında,<sup>181</sup> Endonezya'nın ülkeyi işgali hukuka aykırı olduğundan, Endonezya hukukunun gerçekte hiçbir zaman geçerli olmadığına ve yerel hukukun Portekiz hukuku olduğuna ve ayrıca 2000/15 sayılı Regülasyon geçmişe doğru uygulanamayacağından, 6 Haziran 2000'den önce işlenen suçlara yalnızca Portekiz hukukunun uygulanabileceğine hükmedilmiştir.<sup>182</sup> 20 Mayıs 2002 tarihinde BM yetkiyi Doğu Timor'un yeni kurumlarına devretmiş ve UNTAET'in yerini BM Doğu Timor Destek Misyonu (UNMISSET) almıştır. Ancak UNTAET regülasyonları yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Mayıs 2005'de UNMISSET de sona ermiş ve Ciddi Suçlar Birimi kapanmıştır. Kısmen bunun bir sonucu olarak, Özel Paneller faaliyetlerini süresiz olarak askıya almıştır. Bu tarihe kadar çoğu kısmen düşük seviyeli sanıklar hakkında toplam elli beş yargılama yapılmış, seksen dört kişi mahkum edilmiş ve üç kişi de suçsuz bulunmuştur.<sup>183</sup>

### Bosna Savaş Suçları Dairesi<sup>184</sup>

Ocak 2003'de Bosna Yüksek Temsilciliği Ofisi<sup>185</sup> ile Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından, savaş suçları davalarının yargılanması için Bosna Hersek Devlet Mahkemesi içinde özel bir dairenin kurulmasını tavsiye eden bir ortak sonuç bildirgesi

<sup>176</sup> UNTAET Regülasyon 2000/15.

<sup>177</sup> Regülasyon 2000/11 ve 2000/14.

<sup>178</sup> Seksiyon 14.

<sup>179</sup> Regülasyon 2000/15, seksiyon 4-10'da tanımlanmıştır.

<sup>180</sup> Seksiyon 22.

<sup>181</sup> Bkz., de Bertodano, 'East Timor', ss. 90 vd. ve de Bertodano, 'Current Developments in Internationalized Courts: East Timor – Justice Denied', 2 *Journal of International Criminal Justice*, 2004, s. 910.

<sup>182</sup> Case No. 16/201. Ayrıca bkz. G.S. McNeal, 'Analysis of the Judgements in Republica Democratica de Timor-Leste, Dili District Court, the Special Panels for Serious Crimes', 16 *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, 2011.

<sup>183</sup> Bkz. 2007'de yayınlanan the Digest of Cases before the Special Panels, www.jsms.minihuborg/Reports/2007/SPSC/SERIOUS%20CRIMES%20DIGEST%20(Megan)%20250407.pdf. Ayrıca bkz., C. Reiger ve M. Wierda, *The Serious Crimes Process in Timor-Leste: In Retrospect*, International Center for Transnational Justice, 2006.

<sup>184</sup> Bkz., Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, s. 192; Bohlander, 'Referring an Indictment from the ICTY and the ICTR to Another Court', s. 219; *Looking for Justice: The War Crimes Chamber in Bosnia and Herzegovina*, Human Rights Watch, 2006 ve *Narrowing the Impunity Gap: Trials Before Bosnia's War Crimes Chamber*, Human Rights Watch, 2007. Ayrıca bkz., B. Ivanišević, *The War Crimes Chamber in Bosnia and Herzegovina: From Hybrid to Domestic Court*, 2008, International Center for Transitional Justice.

<sup>185</sup> Yüksek Temsilci için bkz., yukarıda 5. Bölüm.

yayınlanmıştır.<sup>186</sup> Buna BM Güvenlik Konseyi de destek vermiştir.<sup>187</sup> Kendisine alt ve orta seviyedeki sanıklar bakımından YUCM Usul Kuralları'nın 11bis kuralı uyarınca YUCM tarafından gönderilen davalar hakkında yargılama yetkisi verilen söz konusu Daire, 2005 yılında faaliyete geçmiştir.<sup>188</sup> Bu Daire ayrıca, YUCM Savcılık Ofisi tarafından kendisine gönderilen soruşturması henüz tamamlanmamış davalar bakımından da yetkili olup, ilk dava 1 Eylül 2005'de gönderilmiştir.<sup>189</sup> Daire "Yol Kuralları" adıyla anılan davalar üzerinde de yetkiyi haizdir. "Yol Kuralları" adlı prosedür ilk defa Bosna'daki çatışmanın hemen ardından başlayan yaygın tutuklama ve gözaltı korkusunu gidermek üzere oluşturulmuştur. Başlangıçta Bosnalı yetkililerden Bosna'da yargılanması önerilen her savaş suçu davasında tutuklamayı başlatmadan önce delillerin uluslararası standartlara yeterince uygun olup olmadığına karar vermesi için YUCM Savcılık Ofisi'ne sunmaları istenmişti. Bu denetleme faaliyeti daha sonra Ekim 2004'de Bosna Devlet Mahkemesi Savcılık Ofisi içindeki Savaş Suçları Özel Bölümü tarafından devralınmıştır. Bir davanın tasdik olunmuş bir soruşturma aşamasına henüz ulaşmadığı ve savcının davanın 'çok hassas' olduğuna karar verdiği durumlarda, bu dava söz konusu Daire'ye gönderilecek, aksi durumlarda ise yargılama ilgili eyalet veya bölge mahkemesi önünde yapılacaktır. Ancak bir soruşturma şayet tasdik olunmuşsa, dava ilgili eyalet veya bölge mahkemesinde kalmaya devam edecektir.

Daire'de hem yargılama hem de temyiz bölümleri bulunmaktadır. Devlet Mahkemesi Savcılık Ofisi'nde bir Savaş Suçları Özel Bölümü kurulmuş olup, içinde beş uluslararası savcı ve bir uluslararası savcı vekili ile sekiz yerel savcı bulunmaktadır.<sup>190</sup> Yazı İşleri ise uluslararası hakim ve savcıların atanma ve göreve başlama işlerini idare etmektedir. Panellerde görev alan uluslararası hakimler Yüksek Temsilcilik tarafından ve Devlet Mahkemesi Başkanı ile Yüksek Yargı ve Savcılık Konseyi Başkanı'nın ortak tavsiyesi üzerine atanırken, uluslararası savcılar ise Yüksek Temsilcilik tarafından ve Bosna Baş Savcılığı ile Yüksek Yargı ve Savcılık Konseyi Başkanı ve Yazı İşleri'nin ortak tavsiyesi üzerine atanmaktadır.<sup>191</sup>

Daire'nin onuncu kuruluş yıldönümü olan 2015 itibariyle, Daire toplamda 130 savaş suçu davasıyla ilgilenmişti. Bunlardan altı tanesi YUCM'ne havale edilmişti.<sup>192</sup> Uygulanacak olan hukuk Bosna hukuku olup, bunun içinde Yüksek Temsilcilik tarafından 2003 yılında çıkarılmış olan ceza ve ceza usulü kanunları da yer almaktadır. Bununla birlikte *Maktouf-Damjanović vi Bosnia-Herzegovina* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucuların savaş suçu davalarında ceza hukukunun geçmişe yönelik olarak uygulanması gerekçesiyle hüküm giymiş olduklarından dolayı Daire'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>193194</sup>

<sup>186</sup> Bkz., [www.un.org/icty/pressreal/2003/p723-e.htm](http://www.un.org/icty/pressreal/2003/p723-e.htm).

<sup>187</sup> Bkz., karar 1503 (2003).

<sup>188</sup> Ayrıca bkz., <http://www.sudbih.gov.ba/?jezik=e>

<sup>189</sup> *Prosecutor v. Radovan Stanković*, ICTY, Case No. IT-96-23/2-AR11 bis.1, Decision on Rule 11 bis Referral (Appeals Chamber), 1 September 2005, paragraf 30.

<sup>190</sup> Bkz., Human Rights Watch, *Looking for Justice*, ss. 4 vd.

<sup>191</sup> Yüksek Temsilci tarafından yapılan atamalar kendisine Dayton Barış Antlaşması, Ek 10, madde 5 uyarınca verilen yetkiye dayanılarak yapılmıştır. 2012 yılında uluslararası hakim ve savcılar tedrici olara ayrılmıştır. Bkz. Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, s. 195.

<sup>192</sup> Bkz. Court of Bosnia and Herzegovina, *10<sup>th</sup> Anniversary of Section I for War Crimes at the Court of Bosnia and Herzegovina*, Sarajevo, 2015, s. 7. Ayrıca bkz., Human Rights Watch, *Narrowing the Impunity Gap*, s. 5 ve Human Rights Watch, *Justice for Atrocity Crimes: Lessons of International Support for Trials before the State Court of Bosnia and Herzegovina*, 2012.

<sup>193</sup> 18 Temmuz 2013 tarihli karar.

<sup>194</sup> 18 Temmuz 2013 tarihli karar.

**Lübnan Özel Mahkemesi**<sup>195</sup>

Eski Lübnan Başbakanı Refik Hariri'nin suikaste uğramasının ardından, soruşturmalarında Lübnanlı yetkililere yardımcı olması için Şubat 2005'de Güvenlik Konseyi tarafından bir Uluslararası Bağımsız Soruşturma Konseyi kurulmuştur. Bunun ardından Lübnan hükümetinin suikastle suçlanan kişileri yargulamak üzere 'uluslararası nitelikte bir mahkeme' kurulmasına yönelik raporu ve talebi doğrultusunda<sup>196</sup> Güvenlik Konseyi'nin 1664 (2006) sayılı kararı ile BM Genel Sekreteri'nden Lübnan hükümeti ile en yüksek uluslararası ceza adaleti standartlarına dayalı uluslararası nitelikte bir mahkeme kurmayı amaçlayan bir antlaşma yapması istenmiştir. Genel Sekreter'in buna ilişkin raporu<sup>197</sup> Konsey'in 1757 (2007) sayılı kararı ile kabul edilmiştir. Bu çerçevede Şart'ın 7. Bölümü uyarınca hareket eden Konsey ile Lübnan hükümeti söz konusu kararın ekinde yer alan bir antlaşmaya binaen bir Lübnan Özel Mahkemesi'ni kurmuş ve Mahkeme'nin Statüsü bu antlaşmaya eklenmiştir.

Mahkeme yalnızca Refik Hariri suikastinden sorumlu olanlar bakımından değil, ayrıca Lübnan'da 1 Ekim 2004 ile 12 Aralık 2005 arasında veya tarafların ve Güvenlik Konseyi'nin rızası ile taraflarca kararlaştırılmış başka bir tarihte meydana gelmiş olup 14 Şubat 2005 tarihindeki saldırı ile benzer nitelik ve ağırlıkta olan ve ceza adaleti prensipleri uyarınca bağlantılı görülen diğer saldırılardan sorumlu olanlar bakımından da yetkiyi haizdir.<sup>198</sup> 1 Mart 2009'da resmen açılan Mahkeme şu dört organdan oluşmaktadır: Daireler, Savcılık Ofisi, Yazı İşleri ve Savunma Ofisi. Dairelerin içinde Ön Yargılama Hakimi, Yargılama Dairesi ve Temyiz Dairesi arasında paylaşılmış on bir hakim bulunmaktadır. Ön Yargılama Hakimi olarak bir uluslararası hakim görev yapmaktayken, Yargılama Dairesi'nde biri Lübnanlı diğer ikisi uluslararası toplam üç hakim çalışmaktadır. Temyiz Dairesi'nde ise ikisi Lübnanlı üçü uluslararası toplam beş hakim hizmet vermektedir.<sup>199</sup> Savcılık ve Yazı İşleri memurları BM Genel Sekreteri tarafından Lübnan hükümetine danışıldıktan sonra atanmakta, Savunma Ofisi Başkanı ise Genel Sekreter tarafından Mahkeme Başkanı'na danışıldıktan sonra atanmaktadır.<sup>200</sup> Uygulanacak olan hukuk Lübnan ceza hukuku olup, Mahkeme'nin Lübnan mahkemeleri ile eşzamanlı fakat onlara göre öncelikli bir yetkisi bulunmaktadır.<sup>201</sup> Şu anda Mahkeme önüne getirilmiş bir çok dava vardır ve bunlar hakkında *in absentia* (gıyaben) yargılama yapabilmek üzere bir karar alınmıştır.<sup>202</sup> Temyiz Dairesi'nin önemli bir geçici kararında, uluslararası teamül hukukunun artık barış zamanında bireylere uygulanabilecek olan müstakil bir terörizm suçunu tanıdığına hükmedilmiştir.<sup>203</sup> 15 Temmuz 2016 tarihli bir kararında Özel Mahkeme'nin İtaatsizlik Hakimi bir şirkete itaatsizlik cezası verdi. Bu kararın, iç hukuka dayanıyor olsa da, bir uluslararası mahkemenin vermiş olduğu bu türdeki ilk karar olduğuna inanılmaktadır.<sup>204</sup>

<sup>195</sup> Örnek olarak bkz., Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, ss. 188; B. Fassbender, 'Reflections on the International Legality of the Special Tribunal for Lebanon', C. Aptel, 'Some Innovations in the Statute of the Special Tribunal for Lebanon' ve N. N. Jurdi, 'The Subject-Matter Jurisdiction of the Special Tribunal for Lebanon', *5 Journal of International Criminal Justice*, 2007, ss. 1091, 1107 ve 1125. Ayrıca bkz., <http://www.stl-tsl.org/en/>

<sup>196</sup> Bkz., Güvenlik Konseyi kararları 1595 (2005), 1636 (2005) ve 1644 (2005). Ayrıca bkz., S/2005/783 ve S/2006/375.

<sup>197</sup> S/2006/893 ve S/2007/150. Komisyon'un çalışmasına devam etmesini isteyen kararlar için bkz., 1686 (2006) ve 1748 (2007).

<sup>198</sup> Statü'nün 1. maddesi.

<sup>199</sup> Statü'nün 7 ve 8. maddeleri. Ayrıca bkz., [www.stl-tsl.org/en/about-the-stl/structure-of-the-stl/chambers](http://www.stl-tsl.org/en/about-the-stl/structure-of-the-stl/chambers)

<sup>200</sup> Statü'nün 11, 12 ve 13. maddeleri. Kayıt memuru 11 Mart 2008'de atanmıştır. Bkz., [www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=25925&Cr=Leban&Cr1=Ayrica](http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=25925&Cr=Leban&Cr1=Ayrica). Ayrıca bkz., [www.stl-tsl.org/en/about-the-stl/structure-of-the-stl/the-office-of-the-prosecutor](http://www.stl-tsl.org/en/about-the-stl/structure-of-the-stl/the-office-of-the-prosecutor)

<sup>201</sup> Statü'nün 2. ve 4. maddeleri.

<sup>202</sup> *Merhi* davası, STL-13-04/1/TCF0037 /20 131220/R099167-R099204/EN/af. *Ayyash* davasında duruşmalar 16 Ocak 2014'de başlamıştır, [www.stl-tsl.org/en/media/press-releases/16-01-2014-ayyash-et-al-case-opens-at-the-special-tribunal-for-lebanon](http://www.stl-tsl.org/en/media/press-releases/16-01-2014-ayyash-et-al-case-opens-at-the-special-tribunal-for-lebanon).

<sup>203</sup> *Prosecutor v Ayyash*, STL Casebook, 2011, s. 27, paragraf 61 vd.; [www.stl-tsl.org/en/documents/relevant-law-and-caselaw/stl-casebooks-2011](http://www.stl-tsl.org/en/documents/relevant-law-and-caselaw/stl-casebooks-2011). Ancak bkz., Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, ss. 338 vd. Ayrıca bkz., *R v Mohammed Gul* [2012] EWCA Crim 280, paragraf 33 vd.

<sup>204</sup> *Akhbar Beirut SAL and Ibrahim Mohammed Ali Al Amin*, STL-14-06/T/CJ.



**Irak Yüksek Mahkemesi<sup>205</sup>**

10 Aralık 2003 tarihinde Koalisyon Geçici Otoritesi tarafından Irak Yönetim Konseyi'ne eski Saddam Hüseyin rejimine yönelik iddia edilen suçlara bakacak bir Irak Özel Mahkemesi kurma yetkisi verilmiştir.<sup>206</sup> Mahkemeye ilişkin Statü gözden geçirilmesinin ardından 2005 yılında kanunlaştırılmış ve bu mahkemenin adı Irak Yüksek Mahkemesi olarak değiştirilmiştir. Mahkeme, 16 Temmuz 1968 ile 1 Mayıs 2003 tarihleri arasında<sup>207</sup> Irak vatandaşları veya bu ülkede ikamet edenler tarafından işlenmiş olan ve tanımları Roma Antlaşması'nın hükümlerine dayandırılmış olup, Irak hukukuna yeni dahil edilmiş bulunan, soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları bakımından yetkiyi haizdir.<sup>208</sup> Mahkeme'nin yetkisi içindeki suçları işlemekle suçlanan şahıslar bireysel cezai sorumluluk taşımaktadır.<sup>209</sup> Mahkeme ulusal mahkemelerle eşzamanlı fakat öncelikli bir yetkiyi haizdir. Statü'nün 6(b) maddesinde, Mahkeme Başkanı'nın Yargı Daireleri ve Temyiz Dairesi'ne danışman veya gözlemci olarak Irak vatandaşı olmayan kişileri ataması gerektiği öngörülmektedir. Irak vatandaşı olmayan bu kişilerin benzer (uluslararası veya diğer başka) mahkemelerin uluslararası hukuka ilişkin deneyimleri bakımından hakimlere yardımcı olacakları ve Mahkeme'nin genel adil yargılama standartlarına uymasını denetleyecekleri ifade edilmektedir. Iraklı olmayan uzmanlar konusunda Mahkeme Başkanı'nın, Birleşmiş Milletler dahil uluslararası toplumdan yardım isteme hakkı vardır. Ancak bunların dışında Mahkeme'nin hakim ve savcılarının hepsi Irak vatandaşıdır. Mahkeme'nin, örnek olarak *Dujail* davasında Saddam Hüseyin hakkındaki mahkumiyet kararında olduğu gibi ölüm cezası verebilme yetkisi dahil bazı yönleri eleştirilmiştir.<sup>210</sup>

**Sırbistan Savaş Suçları Dairesi**

1 Temmuz 2003 tarihinde Sırbistan Milli Meclisi, Sırp hukukunda tanımlanmış olan insanlığa karşı suçlar ile uluslararası insanlık hukukunun ciddi ihlallerini soruşturmak ve yargılamak üzere, Belgrad Bölge Mahkemesi içinde bir uzmanlaşmış Savaş Suçları Dairesi'ni kuran kanunu kabul etmiştir. Ayrıca Belgrad'da bir Savaş Suçları Savcılık Ofisi kurulmuştur. Söz konusu Daire her biri Belgrad Bölge Mahkemesi'nden veya diğer mahkemelerden seçilmiş üçer hakimli iki panel ile iki soruşturma hakiminden oluşmaktadır.<sup>211</sup> Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından bu Daire'ye, henüz soruşturması tamamlanmamış

<sup>205</sup> Örnek olarak bkz., Scharf, 'The Iraqi High Tribunal', *Cryer ve diğerleri, Introduction to International Criminal Law*, s. 194; I. Bantekas, 'The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity', 54 *ICLQ*, 2004, s. 237; M. C. Bassiouni, 'Post-Conflict Justice in Iraq: An Appraisal of the Iraq Special Tribunal', 38 *Cornell International Law Journal*, 2005, s. 327; M. Sissons ve A. S. Bassin, 'Was the *Dujail* Trial Fair?', 5 *Journal of International Criminal Justice*, 2007, s. 272; G. Mettraux, 'The 2005 Revision of the Statute of the Iraqi Special Tribunal', 5 *Journal of International Criminal Justice*, 2007, s. 287; S. de Bertodano, 'Were There More Acceptable Alternatives to the Iraqi High Tribunal?', 5 *Journal of International Criminal Justice*, 2007, s. 294.

<sup>206</sup> Emir No. 48.

<sup>207</sup> Tarihler Baas Partisi'nin Irak'ı kontrol etmeye başlaması ile Saddam Hüseyin rejiminin sona ermesini yansıtmaktadır.

<sup>208</sup> Mahkeme'nin Statüsü'nün 1 ve 11-14. maddeleri.

<sup>209</sup> Madde 15.

<sup>210</sup> Örnek olarak bkz., J. Trahan, 'A Critical Guide to the Iraqi High Tribunal's Anfal Judgment', 30 *Michigan Journal of International Law*, 2009, s. 305; N. Bhuta, 'Fatal Errors: The Trial and Appeal Judgments in the *Dujail* Case', 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008, s. 39; M. S. Scharf ve M. A. Newton, 'The Iraq High Tribunal's *Dujail* Trial Opinion', *ASIL Insight*, 18 December 2006, ve Human Rights Watch report on the *Dujail* trial, <http://hrw.org/english/docs/2007/06/22/iraq16230.htm>.

<sup>211</sup> Savaş Suçları Dairesi'nin ilk yargılaması 9 Mart 2004'de *Ovcara* davası ile başlamıştır. 2006 itibarıyla, üç yargılama tamamlanmış ve diğer üçü ise devam etmektedir. Bkz., *Unfinished Business: Serbia's War Crimes Chamber*, Human Rights Watch, 2007, ss. 1 vd. Ayrıca bkz., Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, s. 195; M. Ellis, 'Coming to Terms with its Past: Serbia's New Court for the Prosecution of War Crimes', 22 *Berkeley Journal of International Law*, 2004, s. 165. Ayrıca bkz. <http://www.icty.org/en/outreach/capacity-building/development-local-judiciaries> ve [http://www.tuzilastvorz.org.rs/html\\_trz/pocetna\\_eng.htm](http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/pocetna_eng.htm).

olan bazı davalar, 11bis kuralı uyarınca havale edilmiştir.<sup>212</sup> Daire esas olarak bir ulusal mahkemedir.

## ULUSLARARASI SUÇLAR<sup>213</sup>

Şimdi günümüzde bireysel sorumluluğa yol açan uluslararası suçların bazı temel özelliklerini kısaca gözden geçireceğiz. Ancak ulusal hukuklara dahil edilmiş olan uluslararası suçlar bakımından tamamen ulusal mahkemelerin yetkilerine ilişkin meselelerin 12. Bölüm’de ve bu suçlardan devletlerin sorumluluğu konusunun ise 14. Bölüm’de ele alındığına dikkat edilmelidir.

### Soykırım<sup>214</sup>

1948’de imzalanan Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi savaş ya da barış döneminde işlenen soykırımın uluslararası hukuk uyarınca bir suç olduğunu yeniden teyit etmiştir. Soykırım ‘ulusal, etnik, ırkı ya da dini bir grubun bütünüünün ya da bir bölümünün yok edilmesi kasdıyla’ işlenen şu eylemlerden biri olarak tanımlanmıştır:

“a) Grubun üyelerinin öldürülmesi; b) grubun üyelerine ciddi olarak bedensel ya da zihinsel hasar verilmesi; c) grubun yaşam koşullarının bunun grubun bütünüüne ya da bir kısmına getireceği fiziksel yıkım hesaplanarak kasti olarak bozulması; d) grup içinde doğumları engelleme niyetiyle yöntemler uygulanması; e) çocukların zorla bir gruptan alınıp bir diğerine verilmesi.”

<sup>212</sup> Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, s. 197. Örneğin bkz., Vladimir Kovačević, ICTY Referral Bench, 2006.

<sup>213</sup> Örnek olarak bkz., K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Cilt II, *The Crimes and Sentencing*, Oxford, 2014. Bu kitapta kapsanması mümkün olmayan ilgili konulardan bir tanesi de komuta sorumluluğu ilkesidir. Buna göre üst, kendisinin bilgi sahibi olduğu, işlendiği yada işleneceğini bilmesi gerektiği veya bir işlem yapmadığı astının işlemiş olduğu fiillerden cezai olarak sorumludur. Bkz. örneğin G. Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, Oxford, 2009; Green, *Armed Conflict*, ss. 303–4; I. Bantekas, ‘The Contemporary Law of Superior Responsibility’, 93 AJIL, 1999, s. 573; Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law and Practice*, s. 384 ve O’ Keefe, *International Criminal Law*, s. 201. Ayrıca bkz. madde 87 (Additional Protocol I, 1977); madde 7(3) (the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1993); madde 6(3) (the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 1994) ve madde 28 ( the Statute of the International Criminal Court, 1998). Bkz. *Čelebići davası*, IT-96-21, 16 Kasım 1998, para. 370 vd.; *Krnjela davası*, IT-97-25-A, 17 Eylül 2003 ve *Blagojević davası*, IT-02-60-A, 2007. Askeri gereklilik bir savunma olarak ileri sürülemez. Örneğin bkz., *In re Lewinski (called von Manstein)*, 16 AD, s. 509. Şartlara bağlı olarak bir indirim sağlayabilse de, üstün emir iddiası bir savunma teşkil etmez. Örneğin bkz. Green, *Armed Conflict*, ss. 305–7; Green, *Superior Orders in National and International Law*, Leiden, 1976; Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law and Practice*, s. 411 ve Y. Dinstein, *The Defence of ‘Obedience to Superior Orders’ in International Law*, Leiden, 1965. Ayrıca bkz. madde 8 (the Nuremberg Charter), 39 AJIL, 1945, Supps., s. 259; Principle IV of the International Law Commission’s Report on the Principles of the Nuremberg Tribunal 1950, *Yearbook of the ILC*, 1950, Cilt II, s. 195; madde 7(4) (the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1993); madde 6(4) (the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 1994) ve madde 33(the Statute of the ICC).

<sup>214</sup> Örneğin bkz., W. Schabas, *Genocide in International Law*, 2. Baskı, Cambridge, 2009; N. Robinson, *The Genocide Convention*, London, 1960; R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, London, 1944; L. Kuper, *Genocide*, Harmondsworth, 1981, ve *International Action Against Genocide*, Minority Rights Group Report No. 53, 1984; *Genocide and Human Rights* (ed. J. Porter), Washington 1982, ve I. Horowitz, *Taking Lives: Genocide and State Power*, New Brunswick, 1980. Ayrıca bkz., N. Ruhashyankiko, *Study on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1978, E/CN.4/Sub.2/416; B. Whittaker, *Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1985, E/CN.4/Sub.2/1985/6; ‘Contemporary Practice of the United States Relating to International Law’, 79 AJIL, 1985, ss. 116 vd.; M. Shaw, *War and Genocide*, Oxford, 2003; C. Fournet, *The Crime of Destruction and the Law of Genocide*, Ashgate, 2007; M. N. Shaw, ‘Genocide and International Law’, *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1989, s. 797, ve G. Verdirame, ‘The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals’, 49 ICLQ, 2000, s. 578.

Uygulama açısından bir sistem getirmeyen Sözleşme<sup>215</sup>, soykırımla suçlanan kişilerin soykırımın işlendiği topraklardaki devletin yetkili bir mahkemesi ya da bir uluslararası ceza mahkemesi tarafından yargılanacağını öngörmektedir. Bu bağlamda birkaç noktaya değinmek gerekir. İlk olarak, kasd meselesi önem arz etmektedir, nitekim devletler, halkın bütününe ya da bir bölümünün yok edilmesi kasdının olmadığını belirterek soykırım eylemini reddedebilirler.<sup>216</sup> İkinci olarak, korunan gruplar politik grupları kapsamamaktadır.<sup>217</sup> Üçüncü olarak, kültürel soykırım kavramı içerilmemektedir<sup>218</sup>; dördüncü olarak da suç önleme yollarına (yükümlülük belirtilmesine rağmen) neredeyse hiç değinilmemektedir.

1990'larda soykırım konusunun esasen tarihi bir konu olma durumu maalesef ki sona ermiştir. Eski Yugoslavya ve Ruanda'daki olaylar bu bağlamda artan endişeleri kamçladı. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Ceza Mahkemesi'nin Statüleri soykırım suçu nedeniyle bireylere karşı ceza davası açılmasına imkan vermektedir ve bu mahkemeler vasıtasıyla günümüzde önemli bir içtihat hukuku gelişmiştir. Ayrıca soykırım suçu hususunda devlet sorumluluğu meselesi de gündeme gelmiştir.<sup>219</sup> Uluslararası Adalet Divanı *Bosnian Genocide* davasında geçici önlemler hakkındaki 8 Nisan 1993 tarihli kararında<sup>220</sup> *Reservations to the Genocide Convention* davası hakkındaki İstisari Görüşü'nde ifade edilen 'soykırım suçu insanlığın bilincini şok eder, insanlık açısından büyük kayıplarla sonuçlanır... ve ahlaki hukuka ve Birleşmiş Milletler'in ruhuna ve amaçlarına aykırıdır' şeklindeki görüşünü<sup>221</sup> yeniden teyit etmiştir. Mahkeme davada iki tarafın da soykırım suçunun önlenmesi ya da cezalandırılması konusundaki anlaşmazlığı şiddetlendirebilecek ya da büyütebilecek herhangi bir eyleme girişmemesi çağrısında bulunmuştur.<sup>222</sup>

11 Temmuz 1996'da mahkeme Yugoslavya tarafından ortaya konulan İlk İtirazları (Preliminary Objections) reddetmiştir.<sup>223</sup> Özellikle, mahkeme Soykırım Sözleşmesi'nin konu ve amacından, sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerin *erga omnes* (herkes bakımından geçerli) hak ve yükümlülükler olduğu sonucunun çıktığını vurgulamış ve soykırım suçunu önlemek ve cezalandırmak için her devletin üzerine düşen yükümlülüğün belli bir durumda (uluslararası ya da ulusal) ortaya çıkan çatışma türüne bağlı olmadığını ve Sözleşme

<sup>215</sup> Bununla birlikte Alt Komisyon'un 1994/11 sayılı kararına da bakınız.

<sup>216</sup> Bkz., Kuper, *Genocide*, ss. 32-5, ve N. Lewis, 'The Camp at Cecilio Baez', *Genocide in Paraguay* (ed. R. Arens), Philadelphia, 1976, s. 58. Ayrıca bkz., Ruhashyankiko, *Study*, s. 25.

<sup>217</sup> Örneğin bkz., Kuper, *Genocide*, ss. 25-30, ve Ruhashyankiko, *Study*, s. 21. Ayrıca bkz., Robinson, *Genocide Convention*, s. 59.

<sup>218</sup> Örneğin bkz., Kuper, *Genocide*, s. 31; Robinson, *Genocide Convention*, s. 64, ve Ruhashyankiko, *Study*, ss. 21 vd.

<sup>219</sup> Bkz., aşağıda 13. Bölüm.

<sup>220</sup> ICJ Reports, 1993, ss. 3, 16 ve 23; 95 ILR, ss. 1, 31. Ayrıca bkz., R. Maison, 'Les Ordonnances de la CIJ dans l'Affaire Relative à l'Application de la Convention sur la Prevention et la Repression du Crime du Genocide', 5 EJIL, 1994, s. 381.

<sup>221</sup> ICJ Reports, 1951, ss. 15, 23; 18 ILR, ss. 364, 370, (11 Aralık 1946 tarihli 96 (I) sayılı Genel Kurul kararının hükümlerine atfen).

<sup>222</sup> Yugoslavya hükümetinden (Sırbistan ve Karadağ) soykırım suçunu önlemek için yetkisi dahilindeki tüm tedbirleri alması talep edildi ve 'onun tarafından yönlendirilen ya da desteklenen herhangi militer, paramiliter ya da düzensiz ordu birlikleri veya onun kontrolü, yönlendirmesi ya da etkisine tabi olan herhangi organizasyon ya da kişilerin herhangi bir soykırım fiili işlenmediği'nin garanti altına alınması özel olarak istendi. Bkz., ICJ Reports, 1993, ss. 3, 24; 95 ILR, ss. 1, 39. Bu geçici tedbirler 13 Eylül 1993 tarihinde mahkeme tarafından Geçici Tedbirler hakkındaki talimatında 'derhal ve etkin bir şekilde uygulanması gereken tedbirler' olarak yeniden teyit edildi. Bkz., ICJ Reports, 1993, ss. 325, 350; 95 ILR, ss. 43, 68. Ayrıca bkz., Hakim Lauterpacht'ın Ayrı Görüşü, ICJ Reports, 1993, ss. 407, 431-2; 95 ILR, ss. 125, 149-50. Yugoslavya Nisan 2001'de 1996 yılındaki kararın revize edilmesi için yeni bir başvuruda bulundu. Bu başvurunun gerekçesi, 2000'de BM'nin yeni bir üyesi olduğu için 'yeni bir gerçekliğin' ortaya çıkmış olmasıydı. Ancak bu gerekçe mahkeme tarafından reddedildi. Bkz., ICJ Reports, 2003, s. 7. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda 17. Bölüm.

<sup>223</sup> 11 Kasım 1995 tarihinde Dayton'da (ABD) parafe edilen ve 14 Aralık 1995 tarihinde de Paris'te imzalanan Dayton Barış Anlaşması'nın sonucu olarak o tarihten itibaren artık eski Yugoslavya (Sırbistan ve Karadağ) ifadesi sözde kalmıştır.

tarafından bölgesel açıdan sınırlandırılmadığını belirtmiştir.<sup>224</sup> Sözleşme'nin 9. maddesi uyarınca öngörülen devlet sorumluluğu türü devlet sorumluluğunun herhangi bir formunu dışlamamıştır.<sup>225</sup> Ayrıca, mahkeme belli bir tarihten önceki olayları dışlayacak şekilde yargı yetkisinin alanını *ratione temporis* (zaman bakımından) sınırlandıracak amaç ya da etkiye sahip herhangi bir hüküm içermediğini ifade etmiştir.<sup>226</sup> Mahkeme 26 Şubat 2007 tarihinde esasa müteallik kararını vermiştir. Mahkeme, Soykırım Sözleşmesi'ndeki yer alan soykırımı önleme yükümlülüğü ile birlikte, soykırımın 'uluslararası hukuk çerçevesinde bir suç' olarak kategorileştirilmesinin, devletlerin, organlarının eylemleri vasıtasıyla ya da eylemleri o devletlere atfedilebilecek kişi ya da grupların hareketleri aracılığıyla soykırım yapmalarını önlemek yönünde etkisinin olduğunu beyan etmiştir.<sup>227</sup> Mahkeme ayrıca Sözleşme uyarınca soykırım ve suç ortaklığı hususunda bir kişi ya da suça ortak olan biri suçtan mahkum olmaksızın devlet sorumluluğunun ortaya çıkabileceğine<sup>228</sup> ve soykırım konusunda bu tür bir sorumluluğun soykırımın gerçekleştiği yerdeki devlete düştüğüne<sup>229</sup> hükmetmiştir. Soykırım tanımının kalbinde olan kasdın temelini, korunan grubun hepsinin ya da bir bölümünün bu özelliğe bağlı olarak yok edilmesi olduğu belirtilmiştir. Söz konusu grup, belli bazı olumlu özelliklere (ulusal, etnik, ırki ya da dini) sahip olmak zorundadır. Kasd, grubu bu tür özelliklerle ilişkilendirmek durumundadır. Bu, suçun belli bir grup kimliğine sahip bir halkın yok edilmesine yönelik bir kasdın gerekli olduğu<sup>230</sup> ve bu tür bir kasdın en azından belli bir grubun önemli bir bölümünün yok edilmesi kasdı olması gerektiği anlamına gelmektedir ve bu (Srebrenitsa gibi) coğrafi olarak sınırlı bir alana uygulanabilir.<sup>231</sup> Divan, bununla beraber, önündeki kanıtlara göre korunan grubun mensuplarının katliamının, suçu işleyenlerin grubu, grub niteliğiyle tamamen veya kısmen yok etme özel kasdı (*dolus specialis*) ile işlendiğinin tam olarak ortaya konulduğuna ikna olmamıştır.<sup>232</sup> Aynı gerekçe ile korunan grubun sürgün ve yerinden çıkarılması ile kamplarda tutulanların korkunç şartlara tabi tutulması ve başka iddiaların da soykırım boyutuna ulaşmadığını değerlendirmiştir.<sup>233</sup> Srebrenitsa bunun istisnasını teşkil etmiş ve Divan gereken kasdın burada sağlandığına

<sup>224</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 595, 615; 115 ILR, s. 1.

<sup>225</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 595, 616.

<sup>226</sup> *A.g.e.*, s. 617. Ayrıca bkz., *the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 240; 110 ILR, s. 163. Yugoslavya sonrasında Bosna'ya yönelik öne sürdüğü karşı iddiaları geri çekti. Bkz., ICJ, Order of 10 September 2001.

<sup>227</sup> ICJ Reports, 2007, ss. 43, 110–14. Ayrıca bkz., *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, ICJ Reports, 2006, ss. 6, 31–2. Bu davada mahkeme Soykırım Sözleşmesi'ndeki hak ve yükümlülüklerin *erga omnes* (herkes bakımından geçerli) hak ve yükümlülükler olduğunu belirtmiş ve soykırımın yasaklanmasının 'kesinlikle' *jus cogens* kuralı (buyruk kural) olduğunu açıklamıştır.

<sup>228</sup> ICJ Reports, 2007, ss. 43, 119–20. Ayrıca bkz. *Croatia v. Serbia*, ICJ Reports, 2015, para. 129.

<sup>229</sup> *Bosnian Genocide* davası, s. 120.

<sup>230</sup> *A.g.e.*, ss. 124–5. Divan, *Croatia v. Serbia* davasında şunu belirtmiştir: 'Soykırım kasdının hedefi, bir bütün veya kısım olarak, grup olduğundan dolayı, Divan münferit eylemler temelinde böyle bir kasdı saptamanın güç olduğu görüşündedir. Doğrudan kanıtın bulunmadığı durumda Divan, sadece belirli bir gruba mensubiyetleri dolayısıyla şahısların hedef haline getirilmesine değil ama aynı zamanda tamamen veya kısmen grubu yok etmeye yönelik kasdın mevcudiyetini gösterecek ölçekte delilin bulunmasının gerektiğini değerlendirmektedir.' ICJ Reports, 2015, para. 139.

<sup>231</sup> *A.g.e.*, ss. 126–7. Divan, *Croatia v. Serbia* davasında bunu teyid etmiştir ancak şunu da belirtmiştir: 'Hedef haline getirildiği iddia olunan kesimin bir bütün olarak grup içerisindeki ehemmiyeti de göz önüne alınmalıdır. Bu kriterle ilgili olarak, *Krstić* davasındaki kararında YUCM Temyiz Dairesi şunu ifade etmiştir: "Eğer grubun belirli bir kesimi tüm grup için simgesel ise veya grubun yaşamının devamı için gerekli ise, bu durum bu kesimin madde 4 uyarınca çok önemli olarak kabul edilmesi sonucunu destekleyebilir. [YUCM Statüsü'nün söz konusu 4. maddesi Sözleşme'nin 2. maddesini tekrar etmektedir.]" (IT-98-33-A, Judgment of 19 April 2004, para. 12'. ICJ Reports, 2015, para. 142.

<sup>232</sup> *Bosnian Genocide* davası, s. 155. Mahkeme soykırım kasdının dolaylı olarak da saptanabileceği ihtimalini de kabul etmiştir. *A.g.e.*, ss. 196-7, ve *Croatia v. Serbia* davasında bunun şu anlama geldiğine işaret etmiştir: 'Bir eylemin işleme biçiminden *dolus specialis*'in varlığını çıkarabilmek için, söz konusu eylemlerden makul olarak çıkarılabilecek tek çıkarılsamanın bu olduğunun gerekli ve yeterli olması gerekir', para. 148.

<sup>233</sup> *A.g.e.*, ss. 181–2, 190, 194-5 ve 198.

hükmetmiştir.<sup>234</sup> Mahkeme, bir devlete karşı soykırım gibi istisnai ağırlığa sahip suçlamaları içeren iddiaların tamamıyla ikna edici ve kat'i kanıtla ispatlanmak zorunda olduğunu vurgulamıştır.<sup>235</sup>

Bununla birlikte, mahkeme suç gerçekten işlendiği takdirde<sup>236</sup>, sözleşmenin soykırımı önleme hususunda faaliyette bulunma yükümlülüğünü<sup>237</sup> içeren ve 'hem normatif hem de mücbir'<sup>238</sup> olan ayrı ve bariz bir görev yüklediğini belirtmiştir. Bu tür bir yükümlülük, devletin soykırımın işlenebileceği yönünde ciddi bir riskin varlığını öğrendiği ya da normal olarak öğrenmesi gerektiği anda ortaya çıkardı.<sup>239</sup> Mahkeme ayrıca Sırbistan'ın soykırımı cezalandırma vazifesini ihlal ettiğine de hükmetmiştir.<sup>240</sup>

Soykırımın önlenmesi uluslararası ceza hukuku alanındaki ilgili antlaşmalarda da öngörülmektedir.<sup>241</sup> YUCM Statüsü'nün 4. maddesi bu konuda, örnek olarak, şunu öngörmektedir.

*"2. Soykırım ulusal, etnik, irki ya da dini bir grubu kısmen veya tamamen yok etmek amacıyla gerçekleştirilen aşağıdaki eylemleri kapsamaktadır: (a) grup üyelerini öldürmek; (b) grup üyelerine ciddi bedensel ya da zihinsel zarar vermek; (c) fiziksel olarak kısmen ya da tamamen yok etmek kastıyla, grubu ağır yaşam koşullarına maruz bırakmak; (d) grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler koymak; (e) grup içindeki çocukları zorla bir başka yere nakletmek."*

Ve aşağıdaki eylemlerin cezalandırılması istenmektedir:

*"(a) soykırım; (b) soykırım yapmak için gizlice anlaşmak; (c) soykırım işlemeyi doğrudan ve aleni olarak tahrik; (d) soykırım işlemeye teşebbüs; (e) soykırıma ortak olmak."*<sup>242</sup>

Soykırım suçu İkinci Dünya Savaşı'ndan beri bir uluslararası suç sayılmakta olup, 1948 Soykırım Sözleşmesi bu süreçte atılmış kritik bir adımdır. Ayrıca soykırım suçu önceki kısımlarda tartışılmış olan pek çok mahkemenin statülerindeki anahtar hükümlere dahil edilmiştir. Ancak yukarıda yer alan iki uluslararası ceza mahkemesinden (YUCM ve RUCM) önceki bazı mahkeme içtihatları da ilgili bir çok prensibin açıklığa kavuşmasına yardımcı olmuştur. Örnek olarak, bu suçun belki de en ayırıcı özelliği bir grubu kısmen veya tamamen yok etme amacının ortaya koyulmasının önemi, zira soykırım bir öldürme eyleminden daha farklı bir durumdur. *Jelisic* davasında bu hususu vurgulayan YUCM tarafından 'soykırıma özelliğini veren ve onu sıradan bir suçtan ve

<sup>234</sup> *A.g.e.*, ss. 15–66

<sup>235</sup> *A.g.e.*, ss. 128–9 ve ayrıca bkz., s. 175.

<sup>236</sup> *A.g.e.*, ss. 221–2.

<sup>237</sup> *A.g.e.*, s. 221.

<sup>238</sup> *A.g.e.*, ss. 219–20.

<sup>239</sup> *A.g.e.*

<sup>240</sup> *A.g.e.*, s. 229. Soykırımın Önlenmesine İlişkin BM Özel Müşaviri'nin atanması 2004 yılında başlamıştır. <http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/>

<sup>241</sup> Örneğin bkz., Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, Bölüm 10; Werle, *Principles of International Criminal Law*, kısım 3; ve Cassese, *International Criminal Law*, Bölüm 6. Ayrıca bkz., Human Rights Watch, *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 2010, Bölüm 1. Ayrıca bkz., *Vasiliasukas v Lithuania*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 20 Ekim 2015 tarihli karar, para. 170 vd. Bu karar 1948 Sözleşmesi'ndeki soykırım tanımını teyid etmektedir. Hedef gruplar listesi içerisinde siyasi grupların bulunmayışına dikkat çekerek, 175. paragrafta '1953 itibarıyla uluslararası teamül hukukunun "siyasi grupları" soykırım tanımına dahil etmeye yeterli dayanak sağlamadığına' hükmetmiştir.

<sup>242</sup> Ayrıca bkz., RUCM Statüsü, madde 2 ve UCM Statüsü, madde 6. bu madde 4(2). maddeyi tekrar etmektedir. Ayrıca bkz. 2011 tarihli UCM Suçların Unsurları. Bunlar yasaklanan her fiil için başka bir maddi unsur eklemektedir. Bu unsur şunu öngörmektedir: 'Benzer eylem şeklinde ortaya çıkan bu gruba karşı yöneltilen yada yöneltilmiş bulunan eylemin kendisi yok etme etkisine sahip olmalıdır.'

diğer uluslararası insancıl hukuka karşı suçlardan ayıran şey aslında *mens rea*'dır [yani, eylemin yanı sıra amacı] denilerek buna dikkat çekilmiştir.<sup>243</sup> Bu görüşü *Akayesu* davasında<sup>244</sup> teyid eden RUCM, özel amacın gerekliliğini 'failin suçlandığı eylemi gerçekleştirmeyi açıkça istemesini gerektiren, suçun yapısal bir unsuru olarak aranan, özel maksat' şeklinde tanımlamıştır. Yargılama Dairesi söz konusu kritik maksat şartını ispat etmedeki zorlukların altını çizmiş ve bir itirafın bulunmaması halinde ilgili olaylardan çıkarımlara başvurulabileceğine hükmetmiştir.<sup>245</sup> *Ruggiu* davasında RUCM başkalarını soykırım işlemleri için tahrik eden bir kişinin kendisinin de soykırım işlemek üzere özel bir kasdı taşımış olması gerektiğine karar vermiştir.<sup>246</sup> Ancak *Jelisis* davasında YUCM tarafından, şayet işlenen suçlar yaygın değilse veya bir örgüt ya da sistem tarafından desteklenmemişse, bir kişinin soykırım kasdını uygulamada ispat etmenin zorluğuna işaret edilmiştir.<sup>247</sup> Ancak bu gibi durumlar Tutsi'leri yok etmek üzere sistematik bir planın bulunduğu şüphe götürmediği *Ruggiu* davasından ayrılabilir.

Kasd unsuru YUCM tarafından *Krstic* davasında tekrar tartışılmış ve 'bir grubu kısmen bile olsa yok etme kasdının onun içindeki münferit bireylerin toplamının aksine grubun belli bir parçasının yok edilmesini isteme anlamına geldiği' hususuna ve bir grubu, bir devletin bir bölgesi veya şehri gibi, belli bir coğrafi alanda yok etme kasdının soykırım olarak nitelendirilebileceğine dikkat çekilmiştir.<sup>248</sup> Bu bakımdan grubun yok edilmek istenen kısmı müstakil bir unsur teşkil etmelidir.<sup>249</sup> Bu davaya ilişkin Temyiz Dairesi kararında şu hususun iyice anlaşılmış olduğu vurgulanmıştır:

*"Bir soykırım kararının koruma atındaki bir grubu 'kısmen' yok etme kasdına dayanması halinde, bu kısım o grubun esaslı bir parçası olmak zorundadır. Soykırım Sözleşmesi'nin amacı tüm insan gruplarının kasden yok edilmesini önlemektir ve hedef alınan kısım grubun bütünü üzerinde bir etkiye sahip olacak kadar esaslı olmalıdır."*<sup>250</sup>

Kararda ayrıca Statü'nün 4. maddesi uyarınca soykırımdaki maksat şartının, ilgili delillerin suçlanan bir fail hakkında "koruma altındaki grubun en azından esaslı bir kısmını yok etmeyi amaçlaması" halinde karşılanmış olduğu sonucuna varılmıştır.

*"Hedef alınan kısmın ne zaman bu şartı karşılayacak kadar esaslı olduğunun tespiti bir kaç değerlendirmeyi içermektedir. Grubun hedef alınan kısmının sayısal büyüklüğü gerekli ve önemli bir başlangıç noktası olsa da, her durumda soruşturmanın bitiş noktası değildir. Hedef alınan kişilerin sayısının yalnızca koşulsuz verilere göre değil, fakat ayrıca bütün grubun toplam büyüklüğüne göre de değerlendirilmesi gerekir. Hedef alınan kısmın sayısal büyüklüğüne ek olarak, bunun grup içindeki öneminin de değerlendirilmesi faydalı olabilir. Şayet grubun belli bir parçası bütün grubu simgeliyorsa veya grubun hayatta kalması için gerekli ise, böyle bir durum o parçanın 4. maddenin anlamı çerçevesinde esaslı nitelikte olduğu yönündeki bir bulguyu destekleyebilecektir."*<sup>251</sup>

<sup>243</sup> IT-95-10, paragraf 66.

<sup>244</sup> ICTR-96-4-T, 1998, paragraf 498.

<sup>245</sup> A.g.e., paragraf 523. Ayrıca bkz., *Kayishema and Ruzindana* davası, ICTR-95-1-T, 1999, paragraf 7 vd. ve *Musema* davası, ICTR-96-13-T, 2000, paragraf 884 vd.

<sup>246</sup> ICTR-97-32-I, 2000, paragraf 14.

<sup>247</sup> IT-95-10, paragraf 100-1.

<sup>248</sup> IT-98-33-T, 2001, paragraf 589. Ayrıca bkz. *Croatia v Serbia*, ICJ Reports, 2015, para. 142.

<sup>249</sup> *Krstić*, paragraf 590.

<sup>250</sup> IT-98-33-A, 2004, paragraf 8.

<sup>251</sup> A.g.e., paragraf 12. *Vasiliasuskas v Lithuania* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 20 Ekim 2015 tarihli kararıyla önceki içtihat hukukunu teyid ederek şunu söylemiştir: "Korunan grubun "ayırt edici" kesimini kasdi olarak yok etmek, "ayırt edici" kesim üyelerinin sayısının çok olmasından dolayı önemli olması durumunda korunan grubun tamamının soykırımı uğraması olarak görülebilir. İlaveten, hedef haline getirilmiş kesimin sayısal boyutuna ek olarak korunan grup içerisinde bu kesimin "ehemmiyeti"nin de yararlı bir değerlendirme olduğunu hukuki yorum teyid etmiştir." para 177.

Ayrıca her bir failin gereken özel kasdı taşıması gerektiği de vurgulanmıştır.<sup>252</sup>

“Yok etme” kasdı bir grubu fiziksel veya biyolojik olarak tamamen veya kısmen ortadan kaldırmak demek olup, bir grubun kendine ait kimliğini ortadan kaldırmak amacıyla onun kültürel veya sosyolojik özelliklerine yapılan saldırılar bu anlama gelmemektedir.<sup>253</sup> İlgili belgelerde özel olarak atıf yapılan bir gruba üyeliğe dair zorluk çıkartan tanıma ilişkin sorun da ayrıca analiz edilmiştir. Ruanda Mahkemesi Yargılama Dairesi, *Akayesu* davasında,<sup>254</sup> gruplara üyelik konusunda objektif tanıma doğru meyletmiş olsa da,<sup>255</sup> bu eğilim ilgili tanımın çerçevesinin bir parçası olarak spesifik unsurların önemine vurgu yapan diğer davalar tarafından yumuşatılmıştır.<sup>256</sup>

Suçun maddi unsurlarına gelince, öldürme eylemi suçla açıkça ilgili anahtar eylemdir ve ilgili eylemin önceden tasarlanmış olması gerekirse de kasden yapılmasının zorunlu olduğuna hükmedilmiştir.<sup>257</sup> Zorla sürgün (veya “etnik temizlik”) ise kendiliğinden soykırım teşkil etmemektedir,<sup>258</sup> fakat şeklen soykırım kasdını gösteren bir davranış anlamına gelebilmektedir.<sup>259</sup> *Akayesu* davasında tecavüz ve cinsel şiddetin de, gereken soykırım işleme özel kasdı ile yapıldığında, soykırım anlamına gelebileceğinin vurgulanması önemli olmuştur. Yargılama Dairesi ‘Özellikle Tutsi kadınlarını hedef alan ve hem onların yok edilmesine hem de bir bütün olarak Tutsi grubunun yok edilmesine özel olarak katkıda bulunan cinsel şiddetin, yok etme sürecinin bütünleyici bir parçası olduğu’ sonucuna varmıştır.<sup>260</sup> Ayrıca tecavüz sonucu doğmuş çocukların başka bir grubun parçası olmaya zorlanması veya kadınların tecavüz görmeleri yüzünden sonradan çocuk doğurmayı reddetmeleri sayesinde grup içindeki doğumların önlenmesinin amaçlanması halinde, bu soykırım anlamına gelebilecektir.<sup>261</sup> Ruanda Mahkemesi ayrıca soykırım suçunun eylemlerin yanısıra ihmal yoluyla da işlenebileceğine hükmetmiştir.<sup>262</sup>

Uluslararası Ceza Mahkemesi göz önüne alındığında, Darfur’daki durum bağlamında ve Güvenlik Konseyi’nin 1593 sayılı (2005) kararının ardından soykırım suçu ile suçlanan ilk kişi Sudan Cumhurbaşkanı Al Bashir olmuştur. 4 Mart 2009 ve 12 Temmuz 2010 tarihlerinde tutuklama kararları çıkarılmış ancak Al Bashir hala serbest bulunmaktadır.<sup>263</sup>

Uluslararası Adalet Divanı, *Croatia v Serbia* kararında Soykırım Sözleşmesi ile uluslararası

<sup>252</sup> *Krstić*, paragraf 134.

<sup>253</sup> *A.g.e.*, paragraf 25.

<sup>254</sup> ICTR-96-4-T, 1998, paragraf 511 vd.

<sup>255</sup> *Kayishema and Ruzindana* davasında, Yargı Dairesi kimlik kartlarında yer alan tanımlamaların önemini vurgulamıştır, ICTR-95-1-T, 1999, paragraf. 522 vd.

<sup>256</sup> Bkz., *Rutaganda*, ICTR-96-3-T, 1999, paragraf 55 vd. Ayrıca bkz., *Bagilishima*, ICTR-95-1A-T, 2001, paragraf 65; bu davada Yargı Dairesi ‘şayet bir kurban fail tarafından koruma altındaki bir gruba ait sayılmışsa, soykırım açısından bu kurban Daire tarafından da koruma altındaki grubun bir üyesi olarak kabul edilecektir’ sonucuna varmıştır. Ayrıca bkz., Darfur hakkındaki BM Araştırma Komisyonu Raporu, S/2005/60, paragraf 500 vd.

<sup>257</sup> Örnek olarak bkz., *Staki’c*, IT-97-24-T, 2003, paragraf 515.

<sup>258</sup> Örnek olarak bkz., *Eichmann* davası, 36 ILR, s. 5 ve *Brđjanin* davası, IT-99-36-T, 2004, paragraf 118. Ayrıca bkz., *Blagojevic* davasında YUCM Temyiz Dairesi bir göçe zorlama operasyonuna ilişkin olayların farkında olunmasının, Srebrenica’daki kitlesel katliamlara dair bir bilginin bulunmaması halinde, soykırımı ortak olunduğunu kanıtlamak için yeterli görülemeyeceğine hükmetmiştir, IT-02-60-A, 2007, paragraf 119 vd.

<sup>259</sup> Örnek olarak bkz., *Review of the Indictments Concerning Karadžić and Mladić Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, ICTY, IT-95-5-R61 ve IT-95-18-R61, 11 July 1996, paragraf 94, 108 ILR, ss. 134–5. Ayrıca bkz., *ad hoc* Hakim Lauterpacht’ın Ayrı Görüşü, *Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)* davası, ICJ Reports, 1993, ss. 325, 431–2 ve UCM Suçların Unsurları, madde 6(c), dipnot 4, UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000).

<sup>260</sup> ICTR-96-4-T, paragraf 731

<sup>261</sup> *A.g.e.*, paragraf 507–8.

<sup>262</sup> *Kambanda*, ICTR-97-23-S, 1998, paragraf 39–40.

<sup>263</sup> <https://www.icc-cpi.int/darfur>. Ayrıca bkz. *Popović* davası, IT-05-88-A, Temyiz Dairesi, 30 Ocak 2015, özellikle para. 1065 vd. Suç işlemek için ortaklık doktrinine ilişkindir.

insancıl hukuk arasındaki ilişkiye de değinmiştir.<sup>264</sup> Bu kararda Divan bu iki kaynağın farklı amaçlara sahip iki ayrı kurallar düzeni olduğunu vurgulamıştır. Sözleşme, soykırımı uluslararası hukuk uyarınca önlemeye ve cezalandırmaya çalışırken, insancıl hukuk çok çeşitli kişi ve hedef kategorilerini koruma altına alarak silahlı uyuşmazlıklarda vuku bulan çatışmaların yürütülmesini düzenlemektedir. Bu kural düzenlerinin her ikisinin de bir silahlı çatışma bağlamında uygulanabilir olması halinde, Divan uluslararası insancıl hukukun, taraflarca işlendiği iddia olunan fiillerin Sözleşme'nin tanımladığı çerçevede soykırımı teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde ilgili olabileceğini ifade etmiştir.

### Savaş Suçları<sup>265</sup>

Savaş suçları esas olarak silahlı çatışmaları düzenleyen hukuk dalı olarak da bilinen uluslararası insancıl hukuka ilişkin teamüller ile antlaşmalar hukuku kurallarının ciddi ihlallerinden oluşmaktadır.<sup>266</sup> Örnek olarak YUCM Statüsü'nün 2. maddesi şu bakımlardan yetki öngörmektedir:

*“12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin çok ciddi şekilde ihlali, başka bir deyişle, Cenevre Sözleşmesi hükümlerine göre korunan şahıs ve mallardan herhangi birine yapılan aşağıdaki fiiller: (a) kasten öldürme; (b) biyolojik deneyler dahil işkence veya insanlık dışı muamele; (c) insan vücuduna veya sağlığına kasten büyük ıstırap verme veya ciddi yaralamaya sebep olma; (d) askeri gereklilik olmadan, yasadışı ve keyfi olarak malların yaygın şekilde yok edilmesi veya sahiplenilmesi; (e) bir savaş esirinin veya bir sivilin, düşman devlet silahlı kuvvetlerinde hizmet etmeye zorlanması; (f) bir savaş esirinin veya bir sivilin, kasti olarak adil ve olağan yargılanma hakkından yoksun bırakılması; (g) hukuka aykırı sürgün, nakletme ya da hapsedme; (h) sivillerin rehine alınması.”*

Madde 3'de de savaş hukuku ve örf ve adetlerinin ihlali bakımından yetki öngörülmektedir. Bu tür ihlaller, sınırlı olmamakla birlikte, şunları içermektedir:

*“(a) gereksiz ıstıraba yol açan zehirli silahlar veya diğer silahların kullanılması; (b) şehirlerin, kasabaların veya köylerin keyfi olarak tahribi veya askeri gereklilik olmadan yok edilmesi; (c) savunmasız kasabalara, köylere, yerleşimlere veya binalara, her ne araçla olursa olsun, saldırılması veya bombalanması; (d) dini, hayır ve eğitim, bilim ve sanat amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere ve bilim ve sanat çalışmalarına el koyulması, yok edilmesi veya bilerek hasar verilmesi; (e) kamunun veya özel kişilerin mallarının yağmalanması.”<sup>267</sup>*

<sup>264</sup> ICJ Reports, 2015, para. 153. Ayrıca bkz. 20. Bölüm.

<sup>265</sup> Örnek olarak bkz., Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, Bölüm 12; O'Keefe, *International Criminal Law*, Bölüm 4(III); M. A. Newton, 'Charging War Crimes: Policy and Prognosis from a Military Perspective' *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. Stahn), s. 732 ve Cassese, *International Criminal Law*, Bölüm 4. Ayrıca bkz., Human Rights Watch, *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 2010, Bölüm 3.

<sup>266</sup> Uluslararası insancıl hukuk açısından daha fazla bilgi için bkz., aşağıda 20. Bölüm.

<sup>267</sup> Bkz., UCM Statüsü'nün 8. maddesi. Bu maddede sayılan toplam elli suç örneleyici değil tüketici olarak sayılmıştır. Bunlar şu konularla ilgili bölümlere ayrılmıştır: 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlalleri; uluslararası hukukun yerleşik çerçevesi içinde uluslararası silahlı çatışmalara uygulanan hukuk ve adetlerin diğer ciddi ihlalleri; uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma durumunda 12 Ağustos 1949 dört Cenevre Sözleşmesi'nin ortak 3. maddesinin ciddi ihlalleri ve uluslararası hukukun yerleşik çerçevesi içinde uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanan hukuk ve adetlerin diğer ciddi ihlalleri. Özellikle madde 8(2) (xxii) uyarınca tecavüz, cinsel kölelik, zorla fuhuş ve diğer cinsel şiddet türleri Cenevre Sözleşmeler'nin ağır ihlallerini ve bu yüzden savaş suçunu teşkil edecektir. İlaveten madde 8(2)(b)(viii) IV. No'lu Cenevre Sözleşmesi'nin 49. maddesinden farklıdır. Buna göre tanıma esas bir hüküm eklenmiştir: 'İşgalci güç tarafından kendi sivil nüfusunun bir bölümünün işgal ettiği ülkeye doğrudan yada *dolaylı* transferi veya işgal edilen ülkenin nüfusunun tamamının veya bir bölümünün buradan sürülmesi veya transferi' (Eklenen kavram vurgulanmıştır. Bu ölçüde teamül hukukunu yansıtır nitelikte değildir). Ayrıca UCM Suçların Unsurları'na bkz. Ayrıca bkz., Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli II. Ek Protokol'ün ortak 3. maddesine ilişkin RUCM Statüsü'nün 4. maddesi; Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü'nün 3. maddesi ve Irak Yüksek Mahkemesi Statüsü'nün 14. maddesi.



Savaş suçları uluslararası insancıl hukuk prensiplerinin bir parçasını oluşturmakta ve bunların bireysel sorumluluğu (devletin sorumluluğuna ek olarak) gerektiren cezaya tabi suçlar olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla savaş suçları esas olarak bireylere ve uluslararası insancıl hukuk ise devletlere uygulanmaktadır. Savaş suçlarından dolayı bireysel sorumluluğa ilişkin hükmün uzun bir geçmişi vardır.<sup>268</sup> Nuremberg Şartı'nın 6(b) maddesi Mahkeme'nin yetkisi içine savaş suçlarını da dahil etmiştir, ayrıca 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ndeki ağır ihlaller kavramının içindeki bazı ihlaller evrensel yetkiye tabi suçlar olarak nitelendirilmiştir. Geleneksel olarak uluslararası insancıl hukukta uluslararası olan ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar birbirinden ayrılmış ve ikincisi bakımından daha mütevazı hukuki hükümler getirilmiştir. Ancak Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ile bazı minimum standartlar ortaya koyulmuş ve bunlar daha sonra 1977 II. Ek Protokol tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.<sup>269</sup> Bu açıdan Ruanda'daki çatışmanın açıkça bir iç çatışma olması nedeniyle, RUCM Statüsü, söz konusu ortak 3. maddenin ve II. Ek Protokol'ün bireysel cezai sorumluluğun temelini oluşturduğunu kabul ederek, uluslararası olmayan silahlı çatışmalara dair prensiplerin ihlalleri bakımından bireysel sorumluluğu zorunlu görmüştür.

Bu konuda temel önemde bir karar YUCM tarafından *Tadic* davasında verilmiştir. Davanın yetki aşamasında Temyiz Dairesi, devletler arasında silahlı güce başvurulduğu veya hükümet yetkilileri ile organize silahlı gruplar ya da bir devletin içindeki bu tür gruplar arasında uzun süreli bir silahlı şiddet bulunduğu hallerde, bir silahlı çatışmanın mevcut olduğuna dikkat çekmiştir. Uluslararası insancıl hukuk bu türden silahlı çatışmaların başlangıcından itibaren uygulanmaya başlayacak ve bir ateşkes halinin de ötesine geçerek genel bir barışa ulaşana, veya iç çatışma durumunda barışçıl bir çözüm gerçekleştirilene kadar, uygulanmaya devam edecektir. Uluslararası insancıl hukuk söz konusu ana kadar, savaşan devletlerin ülkelerinin tamamında veya bir iç çatışma durumunda, gerçek çatışma ister söz konusu yerde gerçekleşsin ister gerçekleşmesin, bir tarafın kontrolü altındaki bütün topraklarda uygulanmaya devam edecektir.<sup>270</sup> Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar arasındaki farklılık bu şekilde minimize edilmiştir. Bu bakımdan her ne kadar uluslararası hukukun iç çatışmaların her boyutunu düzenlemediğine dikkat çekilmişse de, en azından 'sivillerin çatışmalardan, özellikle ayırım gözetmeyen saldırılardan, korunması, sivil nesnelere, özellikle kültürel varlıkların, korunması, çatışmalara aktif olarak katılmayan (veya artık katılmayan) kişilerin korunması, uluslararası silahlı çatışmalarda yasaklanmış savaş araçlarının kullanılmasını ve çatışmaların yürütülmesine ilişkin kimi yöntemlerin yasaklanması gibi bazı alanları kapsadığına' hükmedilmiştir.<sup>271</sup> Ayrıca uluslararası bireysel cezai sorumluluğun, bir çatışmanın uluslararası veya bir iç çatışma olduğuna bakılmaksızın, teamül ile antlaşma hukukunda öngörülmüş olan bazı ihlaller bakımından mevcut olduğuna hükmedilmiştir.<sup>272</sup> Ancak YUCM Statüsü'nün 3. maddesinin uygulanabilmesi için, ihlalin 'ciddi' olması gerektiği, yani önemli değerleri koruyan bir kuralın ihlalini teşkil etmesi ve ihlalin mağdur açısından ağır sonuçlar içermesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Buna ek olarak, kuralı ihlal eden kişinin bireysel cezai sorumluluğunu gerektiren bir teamül veya antlaşma hukuku kuralı ihlal edilmiş olmalıdır.<sup>273</sup>

*Tadic* kararının artık mevcut uluslararası hukuku yansıttığı söylenebilir ve uluslararası çatışmalara ilişkin pek çok kuralın Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nden de anlaşılacağı üzere artık iç çatışmalara da uygulanabileceği not edilmelidir.<sup>274</sup>

<sup>268</sup> Örnek olarak bkz., US Army Lieber Code, April 1864.

<sup>269</sup> Bkz., aşağıda 20. Bölüm.

<sup>270</sup> IT-94-1-T, 2 Ekim 1995 tarihli karar, paragraf 70, 105 ILR, ss. 453, 486.

<sup>271</sup> *A.g.e.*, paragraf 127.

<sup>272</sup> *A.g.e.*, paragraf 129.

<sup>273</sup> *A.g.e.*, paragraf 94. Ayrıca bkz., *Gal'c* davası, IT-98-29-T, 2003, paragraf 11 ve *Kanyabashi* yetki kararı, ICTR-96-15-T, 1997, paragraf 8.

<sup>274</sup> Bkz., Statü, madde 8(2)(c) ve (e).

**İnsanlığa Karşı Suçlar<sup>275</sup>**

Nuremberg Şartı'nın 6(c) maddesi, Mahkeme'nin yetkisi içine "insanlığa karşı suçları" da dahil etmiş ve bunları 'savaşın önce veya savaş sırasında, bir sivil halka karşı işlenen öldürme, yok etme, köleleştirme, sürgün ve diğer gayri insani eylemler veya işlendiği ülkenin hukukunu ihlal etsin veya etmesin, Mahkeme'nin yetkisi içindeki bir suçun icrası sırasında veya bu suçla bağlantılı politik, ırki veya dini nedenlere dayalı zulüm' şeklinde tanımlamıştır.<sup>276</sup>

YUCM Statüsü'nün 5. maddesinde, ister uluslararası ister yerel karakterde olsun, bir silahlı çatışma sırasında işlenen ve sivil halka karşı yöneltilmiş şu suçlar bakımından yetki öngörülmüştür: (a) öldürme; (b) toplu yok etme; (c) köleleştirme; (d) sürgün; (e) hapis; (f) işkence; (g) tecavüz; (h) politik, ırki ve dini nedenlere dayalı zulüm; (i) diğer gayri insani eylemler'. RUCM Statüsü'nün 3. maddesi de benzer biçimdedir, ancak söz konusu suçların (YUCM Statüsü'ndekilerin aynısıdır) bir sivil halka karşı ulusal, etnik, ırki veya dini nedenlere dayalı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenmiş olması gerektiği belirtilmiştir. UCM Statüsü'nün 7. maddesinde ise söz konusu suçların (diğer iki uluslararası ceza mahkemesinin statüsünde yer alan listedeki suçlara zoraki kayıplar ve ırk ayrımcılığı eklenmiştir) herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın ve sistematik bir saldırının parçası olarak ve bilerek işlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>277</sup>

Diğer belgelerin aksine, YUCM Statüsü'nün 5. maddesi insanlığa karşı suç derecesine varan eylemlerin işlenmesi için gerekli bir koşul olarak yaygın veya sistematik bir saldırı şartına özel olarak değinmemişse de, bu ölçüt mahkeme içtihatlarına 7 Mayıs 1997 tarihli *Tadic* kararı ile dahil edilmiştir. Bu kararda 'herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş' ifadesi 'eylemlerin yaygın veya sistematik bir temelde ortaya çıkması gerektiği, yani bu eylemleri işlemek üzere belli bir hükümet, organizasyon veya grup politikasının bulunması ve failin eylemlerinin gerçekleştiği bağlamı bilmesi gerektiği' anlamına gelecek şekilde yorumlanmıştır.<sup>278</sup>

"Yaygın veya sistematik" olma şartının incelendiği *Akayesu* davasında, Yargılama Dairesi yaygınlık kavramının 'önemli ciddiyette kolektif olarak icra edilen ve çok sayıda mağdura karşı yöneltilmiş olan büyük, sık, geniş ölçekli bir eylem' şeklinde, "sistematik" teriminin ise 'esaslı ölçüde kamusal veya özel kaynaklar içeren ortak bir politika temelinde düzenli bir örüntü izleyen ve başından sonuna organize olan' şeklinde tanımlanabileceğini ifade etmiştir. Böyle bir politikanın bir devlet politikası olarak resmen kabul edilmesi gerekmez de, önceden tasarlanmış bir çeşit plan veya politikanın bulunmasının gerekli olduğuna dikkat çekilmiştir.<sup>279</sup> *Blaskic* davasında YUCM "sistematik" kavramını şu şekilde tanımlamıştır:

<sup>275</sup> Örnek olarak bkz., Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, Bölüm 11; O'Keefe, *International Criminal Law*, Bölüm 4(IV); D. Robinson, 'Crimes against Humanity: A Better Policy on "Policy"' *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. Stahn), s. 705 ve *Cassese's International Criminal Law*, Bölüm 5. Ayrıca bkz., Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* ve ayrıca bkz., Human Rights Watch, *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity: A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 2010, Bölüm 2. BM Uluslararası Hukuk Komisyonu Temmuz 2014 tarihindeki 66. çalışma dönemi programına İnsanlığa Karşı Suçlar konusunu da dahil etmiş ve bir Özel Raportör (Prof. Sean Murphy) atamıştır. Bkz. Raportör'ün ikinci raporu A/CN.4/690, 21 Ocak 2016.

<sup>276</sup> Benzer şekilde ifade edilmiş olan Tokyo Şartı'nın yanı sıra, gayri insani eylemler listesine tecavüz ve işkence suçunun eklenmesi ve savaş suçları veya saldırıyla bir bağlantının aranmamış olması hariç, Müttefik Kontrol Konseyi Kanunu No. 10 da aynı şekilde düzenlenmiştir : bkz., Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, ss. 120 vd.

<sup>277</sup> UCM Statüsü'nün 7(1)(g). maddesi özellikle 'Tecavüz, cinsel kölelik, zorla fahişelik, zorla hamilelik, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıktaki başka cinsel suçlara atıf yapmaktadır. Örneğin bkz., Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law and Procedure*, s. 251. Ayrıca bkz., *Akayesu*, ICTR-96-4-T, 2 Eylül 1998, para. 597 vd.; *Kunarac*, IT-96-23-T ve IT-96-23/1-T, 22 Şubat 2001, para. 437 vd. ve Suçların Unsurları, madde 7(1)(g)(1)-I, Element 1, 2011.

<sup>278</sup> IT-94-1-T, paragraf 644, 112 ILR, ss. 1, 214. Ayrıca bkz., paragraf 645 vd. Bu husus Temyiz Dairesi'nin 15 Temmuz 1999 tarihli kararında teyid edilmiştir, paragraf 248, 124 ILR, ss. 61, 164.

<sup>279</sup> ICTR-96-4-T, 2 Eylül 1998, paragraf 580.

*“kendisi uyarınca saldırının uygulandığı bir politik hedef, bir plan veya kelimenin geniş anlamıyla bir ideolojinin, yani bir toplumu yıkma, zulmetme veya zayıflatma amacının bulunması; bir grup sivil karşı çok geniş ölçekte bir suç eyleminin işlenmesi veya birbirine bağlı gayri insani eylemlerin art arda ve sürekli biçimde işlenmesi; ciddi kamusal veya özel, askeri veya diğer, kaynakların hazırlanması ve kullanılması ve metodolojik bir planın tanımlanması ve oluşturulmasında üst seviyede politik veya askeri yetkililerin dahilinin olması. Ancak bu planın açıkça ilan edilmiş ve hatta tam ve eksiksiz biçimde ortaya konmuş olması gerekli değildir. Bu sonuca bir dizi olayın meydana gelmesinden çıkarım yapılarak varılabilir.”<sup>280</sup>*

Kunarac davasında YUCM Temyiz Dairesi, saldırının bir sivil halka karşı yöneltilmiş olduğu kanıtı ile saldırının yaygın ve sistematik olduğuna ilişkin kanıtın bu suçun gereken hukuki unsurlarını oluşturduğuna, bu yüzden bunların bir politika veya planın bulunması sonucu ortaya çıktığının gösterilmesinin gerekli olmadığına hükmetmiştir. Bir politika veya planın mevcudiyeti delil olarak ilgili olabilir, ancak bu suçun hukuki bir unsuru değildir.<sup>281</sup> Mudacumura kararında UCM II. Ön Dava Dairesi sivil halkı bir saldırının temel hedefi yapan devlet yada örgütsel politikanın mevcudiyetinin ispatlanması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>282</sup> Söz konusu örgütün niteliğine ilişkin olarak, Daire hiyerarşik yapı unsurlarını ve çok iyi tanımlanmış bir karar alma sürecini vurgulamıştır.<sup>283</sup>

Aynı eylemlerin bir çoğu hem bir savaş suçu hem de insanlığa karşı suç teşkil edebilir, fakat ikincisi açısından ayırıcı olan özellik bunların taraflar arasında bir silahlı çatışma sırasında gerçekleşmiş olmasının gerekmemesidir. İnsanlığa karşı suç teşkil edebilmesi için söz konusu eylemlerin yaygın ve sistematik bir faaliyetin parçası olarak işlenmiş olması ve bir sivil halka karşı işlenmiş olması gerekmektedir, ancak bu bakımdan vatandaşlığın bir önemi yoktur. Bununla beraber bu bağlamda sivil ile sivil olmayan arasında açık bir ayrımın sürdürülmesi önemlidir. Martić davasında Yargılama Dairesi, insanlığa karşı suçun amaçları açısından “sivil” teriminin, suçun olduğu zamanda *hors de combat* (savaş dışı) olanlar da dahil savaşa aktif olarak katılmayan bütün kişileri içerecek şekilde genişletilemeyeceğine, zira bunun savaşanlar ile savaşan olmayanlar arasında yapılması gereken ayrımı muğlak hale getireceğine dikkat çekmiştir.<sup>284</sup>

Elbette tanım olarak bir soykırım eylemi aynı zamanda bir insanlığa karşı suç oluşturacaktır, ancak bunun tersi her durumda doğru değildir. İnsanlığa karşı suçlar için bir “saldırı” olması gereklidir ve bu geniş biçimde tanımlanmıştır. Örnek olarak, Akayesu davasında bu kavram şu şekilde tanımlanmıştır:

*“Öldürme, yok etme, köleleştirme vd. gibi Statü’nün Madde 3(a)’sından (ı)’ya kadar sayılan cinsteki hukuka aykırı eylemler. Bir saldırı ayrıca, 1973 Apartheid Sözleşmesi’nin 1. maddesinde insanlığa karşı suç sayılmış olan bir ırk ayrımcılığı sistemi uygulamak gibi şiddet içermeyen bir nitelikte de olabilir veya, şayet bu büyük ölçekte veya sistematik bir biçimde düzenlenmişse, halkın belli bir şekilde davranması için baskı uygulanması da bir saldırının kapsamı içine girebilir.”<sup>285</sup>*

<sup>280</sup> IT-95-14-T, 2000, paragraf 203–4, 122 ILR, ss. 1, 78.

<sup>281</sup> IT-96-23 & 23/1, 2002, paragraf 98.

<sup>282</sup> ICC-01/04-01/12, 13 July 2012, para. 22. UCM Suçların Unsurları ‘bu tür bir saldırı işleme’yi eklemiştir. Bu, devletin yada örgütün ‘aktif olarak sivil bir nüfusa karşı bu tür bir saldırıyı teşvik etmesini veya cesaretlendirmesini’ gerektirdiğini belirtmiştir. Madde 7(3), UCM Suçların Unsurları. Ayrıca bkz., Pre-Trial Chamber II, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, ICC-01/05-01/08-424, para. 76.

<sup>283</sup> A.g.e., para. 24.

<sup>284</sup> IT-95-11-T, 2007, paragraf 55–6.

<sup>285</sup> ICTR-96-4-T, 1998, paragraf 581.

Suçun failinin ayrıca eyleminin daha geniş bir saldırının parçası olduğunun farkında olması gereklidir. *Tadic* davasındaki yetkiye ilişkin kararında Temyiz Dairesi, bir sanığı insanlığa karşı suçlardan mahkum etmek için eylemlerin bir sivil halka saldırı ile ilişkili olduğunun ve sanığın eylemleri bakımından bu bağlantıyı bildiğinin kanıtlanmış olması gerektiği sonucuna varmıştır.<sup>286</sup> Ancak ilgili kişinin kendisini saldırının amaçları ile özdeşleştirmesi gerekli olmayıp, eylemi kişisel nedenlerle işlemiş olmasının önemi yoktur.<sup>287</sup>

### Saldırı<sup>288</sup>

Saldırı uluslararası teamül hukukunda bir suç olarak kabul edilmektedir. Nuremberg Şartı'nın 6. maddesi yetkinin içine '(a) Barışa karşı suçlar. Yani, uluslararası sözleşmeler, antlaşmalar veya garantileri ihlal etmek suretiyle bir saldırı savaşını planlama, hazırlama, başlatma veya sürdürme ya da bunlardan birini gerçekleştirmek üzere ortak bir plana veya gizli anlaşmaya katılma'yı da dahil etmiş ve birkaç sanık bu başlık altındaki suçlardan mahkum edilmiştir. Genel Kurul'un 95(1) sayılı kararı ile Nuremberg Şartı'nda tanınmış olan prensipler ve bu çerçevede verilmiş kararlar tasdik edilmiştir. Mahkumiyet kararlarından birinde saldırı "en büyük uluslararası suç" olarak adlandırılmıştır.<sup>289</sup> Müttefik Kontrol Konseyi Kanunu No. 10'daki ile aynı prensip Tokyo Şartı'na da dahil edilmiştir. Ancak Genel Kurul'un 14 Aralık 1974 tarihli 3314 (XXIX) sayılı kararı bu Şart'ın hilafına bir saldırı tanımı içermektedir.<sup>290</sup> Saldırı suçuna UCM Statüsü'nün 5. maddesinde yer verilmiş ise de bundan başka herhangi bir belgede bu konu ele alınmamıştır. Dolayısıyla madde 5(2), bu suçu tanımlayan ve Mahkeme'nin bu konuda yetkisini kullanabileceği şartları açıklayan bir hüküm kabul edilinceye kadar, Mahkeme'nin saldırı suçu bakımından yetkisini kullanamayacağını öngörmektedir. Bu durumun gerçekleşmesindeki gecikmeye birkaç problem neden olmuştur. Bunlardan birincisi diğer esaslı uluslararası suçların aksine saldırının bir "liderlik" suçu olması ve başlangıç noktası olarak sanığın belli bir "lider" sıfatı taşıdığı devleti ile saldırı yaptığının tespit edilmesinin gerekli olmasıdır. Bu husus bireylerin soykırım, savaş suçları veya insanlığa karşı suçlar bakımından sorumluluğunu kanıtlamaktan tamamen farklı bir durumdur. Ayrıca devletin saldırı eylemi ile bireyin saldırı suçu arasında ne tür farklılıklar olabileceği de açık değildir. İkinci olarak UCM Statüsü madde 5(2)'de, Mahkeme'nin yetkisini kullanma şartlarının BM Şartı'nın ilgili hükümleri ile uyumlu olması gerektiği öngörülmektedir. Şart'ın 7. Bölümü uyarınca Güvenlik Konseyi bir saldırı eyleminin gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verme yetkisini haizdir ve Mahkeme bir saldırı nedeniyle bireysel sorumluluk bakımından yetkisini kullanmadan önce Konsey'in böyle bir ön kararının gerekli olduğu iddia

<sup>286</sup> IT-94-1-A, 1999, paragraf 271, 124 ILR, ss. 61, 173.

<sup>287</sup> *A.g.e.*, paragraf 255 vd.

<sup>288</sup> Örnek olarak bkz., *The Crime of Aggression; A Commentary* (ed. Claus Kreß ve S. Barriga), Cambridge, 2016; S. Grzebyk, *Criminal Responsibility for the Crime of Aggression*, London, 2013; H.H. Koh ve T.F. Buchwald, 'The Crime of Aggression: The United States Perspective', 109 AJIL, 2015, s. 257; A. Pellet, 'Response to Koh and Buchwald's Article: Don Quixote and Sancho Panza Tilt at Windmills', 109 AJIL, 2015, s. 557; C. McDougall, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge 2015; S. D. Murphy, 'Aggression, Legitimacy and the International Criminal Court', 20 EJIL, 2010, s. 1147; Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, Bölüm 13; O'Keefe, *International Criminal Law*, Bölüm 4(VI); R. S. Clark, 'The Crime of Aggression' *The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. Stahn), s. 778 ve Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 5. Baskı, Cambridge, 2011, Bölüm 5 ve bkz., aşağıda 21. Bölüm.

<sup>289</sup> Bkz., Karar 186, 41 AJIL, 1947, s. 172.

<sup>290</sup> Ayrıca bkz., Uluslararası politikanın bir aracı olarak savaşa başvurmayı kınayan 1928 Savaşın Vazgeçmeye Dair Genel Antlaşma ('Kellogg-Briand Pakti'); Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1954 Barış ve Güvenliğe Karşı Suçlar Taslak Kodu'nun 1. maddesi ve 1966'da kabul edilen gözden geçirilmiş Taslak Kod'un 1(2) maddesi. Son belgenin 16. maddesi bir devlet tarafından yapılan saldırıya bir lider veya organize eden kişi olarak aktif biçimde katılan veya planlanması, hazırlığı, başlatılması veya sürdürülmesi emrini veren bir liderin saldırı suçundan sorumlu olacağını öngörmektedir.

edilmiştir. Ancak buna itiraz edilmiştir.<sup>291</sup> 2010'da Kampala'da toplanan UCM Gözden Geçirme Konferansı'nda, Statü'deki saldırı suçunu yeni madde 8bis ile tanımlayan<sup>292</sup> ve yetki şartlarını ortaya koyan<sup>293</sup> bazı yeni değişiklikler yapılmıştır.<sup>294</sup>

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

R. Cryer, H. Friman, D. Robinson ve E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3. Baskı, Cambridge, 2014.

R. O'Keefe, *International Criminal Law*, Oxford, 2015.

*The Cambridge Companion to International Criminal Law* (ed. W. Schabas), Cambridge, 2016.

W. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 5. Baskı Cambridge, 2016.

*The Law and Practice of the International Criminal Court* (ed. C. Stahn, ), Oxford, 2015.

<sup>291</sup> Örnek olarak bkz., Cryer ve diğerleri, *Introduction to International Criminal Law*, ss. 276 vd. Ayrıca bkz., A. Carpenter, 'The International Criminal Court and the Crime of Aggression', 64 *Nordic Journal of International Law*, 1995, s. 223; A. Zimmermann, 'The Creation of a Permanent International Criminal Court', 25 *Suffolk Transnational Law Review*, 2005, s. 1 ve C. Kress, 'Versailles–Nuremberg–The Hague: Germany and the International Criminal Law', 40 *International Lawyer*, 2006, s. 15.

<sup>292</sup> Bu maddeye göre:

<sup>1</sup> Bu Statü'nün amaçları açısından, "saldırı suçu" bir devletin politik veya askeri eylemleri üzerinde etkin biçimde kontrol kullanabilen veya bunları yönlendirebilecek pozisyonda bulunan bir kişi tarafından niteliği, ağırlığı ve ölçüsü itibarıyla Birleşmiş Milletler Şartı'nın açık bir ihlalini oluşturan bir saldırı eyleminin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya icrası demektir.

<sup>2</sup> 1. paragrafın amaçları açısından, "saldırı eylemi" bir devlet tarafından bir başka devletin egemenliği, toprak bütünlüğü veya politik bağımsızlığına karşı veya Birleşmiş Milletler Şartı'na uygun olmayan başka bir şekilde, silahlı güç kullanılması demektir. 14 Aralık 1974 Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararı 3314 (XXIX) uyarınca, şu müteakip eylemler, bir savaş ilanına bakılmaksızın, bir saldırı eylemi sayılacaktır:

(a) Bir devletin silahlı güçlerince bir başka devletin ülkesinin istilası veya saldırılması veya geçici de olsa böyle bir istila veya saldırı sonucu bir askeri işgal veya bir başka devletin ülkesinin veya bir kısmının güç kullanılarak ilhakı;

(b) Bir devletin silahlı güçlerince bir başka devletin ülkesinin bombalanması veya bir devletin bir başka devletin ülkesine karşı silahlarını kullanması;

(c) Bir devletin liman veya sahillerinin bir başka devletin silahlı güçleri tarafından ablukaya alınması;

(d) Bir devletin silahlı güçleri tarafından bir başka devletin kara, deniz veya hava güçlerine veya deniz ve hava filolarına saldırılması;

(e) Bir devletin kabul eden devletin rızası ile bir başka devletin ülkesinde bulunan silahlı güçlerinin antlaşmada öngörülen şartlara aykırı olarak kullanılması veya bunların bu ülkede bulunuşunun antlaşma sona erdikten sonra uzatılması;

(f) Bir devletin bir başka devletin hizmetine tahsis ettiği ülkesini, bu diğer devlet tarafından üçüncü bir devlete karşı bir saldırı eyleminde bulunması için kullanmasına izin vermesi halinde;

(g) Bir devlet tarafından veya onun adına, bir başka devlete karşı yukarıda sayılan eylemlere varacak ağırlıkta silahlı güç eylemleri gerçekleştirecek silahlı çeteler, gruplar, düzen-siz savaşılar veya paralı askerler gönderilmesi veya bu işlerin esaslı şekilde içinde olunması.' Bkz., Karar 6, [www.icc-cpi.int/en menus/asp/crime%20of%20aggression/Pages/default.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/crime%20of%20aggression/Pages/default.aspx). Bu kitabın yazım tarihi itibarıyla bu değişiklikleri on üç devlet onaylamış olup, kararın yürürlüğe girebilmesi için en az otuz kabul veya onay gerekmektedir.

<sup>293</sup> Bkz. madde 15 bis ve ter. Bu özel yetki rejiminin yürürlüğe girebilmesi için değişikliklerin otuz onay alması ve ilaveten yetkinin taraf devletlerin üçte ikisi tarafından alınacak bir kararla 1 Ocak 2017 tarihinden sonraki bir tarihte aktif hale getirilmesi gerekmektedir. Temmuz 2016 itibarıyla, otuz devlet değişikliklere taraf hale gelmiştir. Bkz. [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10-&chapter=18&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-&chapter=18&clang=_en)

<sup>294</sup> Örneğin bkz. A. Zimmermann, 'Amending the Amendment Provisions of the Rome Statute: The Kampala Compromise on the Crime of Aggression and the Law of Treaties', 10 *Journal of International Criminal Justice*, 2012, s. 209.

## BÖLÜM 8

### TANIMA

Uluslararası toplum değişmeyen bir varlık değildir ve siyasi hayatın gelgitlerine maruz kalmaktadır.<sup>1</sup> Yeni devletler meydana gelmekte ve eski birimler yok olmaktadır. Devletler içinde ilan edilen anayasalara aykırı bir şekilde güç kullanılarak ya da kullanılmayarak yeni hükümetler oluşmaktadır. İsyanlar ortaya çıkmakta ve o güne kadar meşru hükümetlerce kontrol edilen topraklarda hasım yönetimler kurulmaktadır. Bu olayların her biri yeni durumlar oluşturmakta ve tanınmayı ilgilendiren sorun da, bu tür hadiselerin ne ölçüde hukuki sonuçlar doğuracağı etrafında şekillenmektedir. Her devlet belli olası sonuçları ve kabul edilmesi gerektiği şekliyle tüzel kişiliğin türünü tanıyıp tanımama konusunda karar vermek zorunda olacaktır.

Tanımama hem uluslararası sahada hem de iç hukuk açısından sonuçlar doğurmaktadır. Bir entite, örneğin, Birleşik Krallık'ta, bir devlet olarak tanınırsa, aksi durumda ilgisi olmayacak hak ve ödevlerin dikkate alınmasını gerektirecektir. Yerel mahkemeler önünde yabancı bir devlete tanınan, diğer kurum ya da şahıslara sağlanmayacak imtiyazlar söz konusudur.

Bunun konuyla bağlantılı çok güçlü siyasi etkilerin varlığına işaret ettiği ortadadır.<sup>2</sup> Genellikle tanıyıp tanımama kararı sadece hukuki faktörlerden daha çok siyasi mülahazalara bağlı olacaktır. Tanımama, sadece hukuki sonuçların fiili bir duruma tatbik edilmesi değildir; bazen bir devlet bu tür sonuçları uluslararası olarak ya da ülke içinde uygulamak istemeyecektir.

Bir örnek vermek gerekirse, Birleşik Devletler Çin Halk Cumhuriyeti'ni ve Kuzey Kore'yi yıllarca tanımayı reddetmiştir. Ancak bu, söz konusu otoritelerin kendi toprakları üzerinde etkin bir kontrol sağladıkları gerçeğini kabul etmediği için değil, daha çok tanımanın hukuki sonuçlarının yürürlüğe girmesini istemediği içindir.<sup>3</sup> Hukuki terminolojisine giydirilmiş olsa da, tanımama tamamen politik bir karardır. Buna ek olarak, bir entitenin ne olarak tanınacağına dair çeşitli seçenekler mevcuttur. Söz konusu entite, örneğin, tam bağımsız bir devlet, belli bir bölge üzerindeki yetkili otorite ya da diğer bir devlete bağımlı bir otorite olarak

<sup>1</sup> Genel olarak örneğin bkz., J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2006; *Oppenheim's International Law* (ed. R. Y. Jennings ve A. D. Watts), 9. Baskı, London, 1992; H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947; T. C. Chen, *The International Law of Recognition*, London, 1951; J. Charpentier, *La Reconnaissance Internationale et l'Evolution du Droit des Gens*, Paris, 1956; T. L. Galloway, *Recognising Foreign Governments*, Washington, 1978; J. Verhoeven, *La Reconnaissance Internationale dans la Pratique Contemporaine*, Paris, 1975; M. Fabry, *Recognizing States*, Oxford, 2010; *Recognition in International Relations* (ed. C. Daase, C. Fehl, A. Geis ve G. Kolliarkis, Basingstoke, 2015; C. Ryngaert ve S. Sobrie, 'Recognition of States: International Law or Realpolitik?', 24 *Leiden Journal of International Law*, 2011, p. 467, ve Verhoeven, 'La Reconnaissance Internationale, Declin ou Renouveau?', AFDI, 1993, s. 7; J. Dugard, *Recognition and the United Nations*, Cambridge, 1987 ve *The Secession of States and Their Recognition in the Wake of Kosovo*, The Hague, 2013; H. Blix, 'Contemporary Aspects of Recognition', 130 HR, 1970-II, s. 587; J. Salmon, 'Reconnaissance d'Etat', 25 *Revue Belge de Droit International*, 1992, s. 226; E. Wyler, *Théorie pratique de la reconnaissance d'État*, Brussels, 2013; L. Trigeaud, 'L'Influence des Reconnaissances d'Etat sur la Formation des Engagements Conventionnels', 119 RGDIP, 2015, p. 571; S. Talmon, *Recognition in International Law: A Bibliography*, The Hague, 2000; T. D. Grant, *The Recognition of States: Law and Practice in Debate and Evolution*, London, 1999, ve *Third US Restatement on Foreign Relations Law*, Washington, 1987, Cilt: 1, ss. 77 vd. Ayrıca bkz. P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, ss. 619 vd.; P. M. Dupuy, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2006, s. 95, ve L. Henkin, R. C. Pugh, O. Schachter ve H. Smit, *International Law: Cases and Materials*, 3. Baskı, St Paul, 1993, ss. 244 vd.

<sup>2</sup> Örneğin bkz., H. A. Smith, *Great Britain and the Law of Nations*, London, 1932, Cilt: 1, ss. 77-80.

<sup>3</sup> Örneğin bkz., M. Kaplan ve N. Katzenbach, *The Political Foundations of International Law*, New York, 1961, s. 109.

tanınabilir.<sup>4</sup> Tanımayla ilgili tam olarak aranan ve verilen statüler her olayda bu şekildedir ve tanıma, belirli koşullarda, herhangi bir hukuki sonuç doğurmaksızın, 'halkın temsilcisi' olarak tanıma gibi önemli bir siyasi jest oluşturabilir. Daha genel olarak, tanıma, uluslararası tüzel bir kişi tarafından, diğer bir gerçek ya da iddia edilen uluslararası tüzel kişinin veya belirli bir fiili durumun geçerliliğinin uluslararası hukuktaki statüsüyle ilgili olarak yapılan bir beyandır. Bir kez tanıma gerçekleştiğinde, yeni durumun tanıyan devletin aleyhine olduğu kabul edilir, zira bu durumun ilgili hukuki sonuçları olacaktır. Bu itibarla, tanıma ikili ilişkiler bağlamında ve tabi ki ülke içi meseleler açısından önemli olmakla birlikte genelde uluslararası hukuk sürecine katılımı mümkün kılar.

## DEVLETLERİN TANINMASI

Tanımanın doğasına dair temel olarak iki teori vardır. Kurucu teori (*constitutive theory*), devletin fiilen bağımsızlığını kazandığı sürecin değil, diğer devletler tarafından yapılan tanıma tasarrufunun yeni bir devleti ortaya çıkardığını ve ona tüzel kişilik kazandırdığını savunur. Böylece, yeni devletler, hâlihazırda var olan devletlerin irade ve rızasının bir sonucu uluslararası hukukun tam yetkili özneleri olarak uluslararası topluluk içerisinde kurulurlar.<sup>5</sup> Bu yaklaşımın dezavantajı, tanınmayan bir "devlet" in, uluslararası hukukun yüklediği yükümlülüklerle tabi olmaması ve bu yüzden, örneğin saldırıda bulunma yasağı gibi kısıtlamalardan muaf kalabilmesidir. Daha ileri bir komplikasyon bir "devlet" in bazı devletler tarafından tanınarak bazıları tarafından tanınmamasıyla ortaya çıkar. Öyleyse, örneğin kısmi kişilikten bahsedilebilir mi?

İkinci teori, beyan edici (açıklayıcı) teori (*declaratory theory*), karşıt bir yaklaşım benimser ve pratik gerçeklerle biraz daha uyumludur.<sup>6</sup> Bu teori, tanımanın, hâlihazırda var olan bir durumun devletler tarafından kabul edilmesinden ibaret olduğunu savunmaktadır. Yeni bir devlet, uluslararası hukuktaki devlet olma yeterliliğini, başkalarının rızasıyla değil, belli fiili bir durum sonucu elde edecektir. Söz konusu devlet, kendi çaba ve koşullarıyla hukuki olarak kurulacak ve diğer devletler tarafından tanıma prosedürünü beklemek zorunda kalmayacaktır. Bu doktrin, devletin üstünlüğüne ilişkin geleneksel pozitivist düşünceye ve beraberinde gelen uluslararası toplumdaki merkezi yönlendirmenin zayıflığına veya böyle bir yönlendirmenin var olmamasına çok şey borçludur.

Kurucu teorisyenlere göre, en can alıcı nokta esasen tanınmamış bir "devlet" in uluslararası hukukta hak ve yükümlülüklerle sahip olamamasıdır. Fiili durumu vurgulayan ve tüzel kişilik verecek devletlerin gücünü minimize eden beyan edici yaklaşım tarafından ise karşıt bir görüş benimsenmektedir.

Fiili uygulama, bu iki algı arasında orta bir konumda ilerlemektedir. Bir devletin diğer bir devleti tanıma tasarrufu, tanıyan devletin, tanınan devleti bir devletin oluşmasına dair uluslararası hukukun temel gereklilikleriyle uyumlu olarak kabul ettiğini göstermektedir. Kuşkusuz

<sup>4</sup> Örneğin bkz. Divan'ın Alman Demokratik Cumhuriyeti'ni SSCB'ye bağımlı bir birim olduğu görüşünü kabul ettiği *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler* [1967] davası, AC 853; 43 ILR, s. 23, ve Ciskei'nin Güney Afrika'ya bağımlı bir birim olarak tanınması için *Gur Corporation v. Trust Bank of Africa Ltd* [1986] davası, 3 All ER 449; 75 ILR, s. 675.

<sup>5</sup> Örneğin bkz., Crawford, *Creation of States*, ss. 19 vd. ve J. Salmon, *La Reconnaissance d'Etat*, Paris, 1971. Ayrıca bkz., R. Rich ve D. Turk, 'Symposium: Recent Developments in the Practice of State Recognition', 4 EJIL, 1993, s. 36.

<sup>6</sup> Örneğin bkz., J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6. Baskı, Oxford, 1963, s. 138; *Brownlie's Principles of Public International Law* (ed. J. Crawford), 8. Baskı, Oxford, 2012, s. 144; D. P. O'Connell, *International Law*, 2. Baskı, London, 1970, Cilt. I, ss. 128 vd.; S. Talmon, 'The Constitutive Versus the Declaratory Theory of Recognition: Tertium Non Datur?', 75 BYIL, 2004, s. 101; J. Vidmar, 'Explaining the Legal Effects of Recognition', 61 ICLQ, 2012, s. 361, ve Crawford, *Creation of States*, ss. 22 vd. Ayrıca bkz., *Tinoco* tahkimi, 1 RIAA, s. 369; 2 AD, s. 34 ve *Wulfsohn v. Russian Republic* 138 NE 24; 2 AD, s. 39.

tanıma son derece politiktir ve birçok olayda sadece politik sebeplerle tanıma sağlanmıştır. Bu bakış açısı, 1948 yılı Mayıs ayında Güvenlik Konseyi'ndeki Amerikan temsilcisi tarafından Orta Doğu üzerine yapılan tartışmalar sırasında şu şekilde vurgulanmıştır:

*“Bir devletin fiili (de facto) statüsünün tanınması yönündeki yüksek siyasi tasarrufun uygulanması sırasında dünya üzerindeki herhangi bir ülkenin Amerika Birleşik Devletleri'nin egemenliğini sorgulayabileceğini kabul etmek son derece yersizdir”*

Gerçekten de, söz konusu temsilci Birleşik Devletler'in tanıma yönündeki tasarrufunun hukuka uygunluğu ya da geçerliliğini belirleyebilecek hiçbir otoritenin bulunmadığını eklemiştir.<sup>7</sup> Tanımayı bir çeşit onaylama işareti olarak kullanan bu Amerikan bakış açısı, bir nesil boyunca Komünist Çin'e yönelik benimsenen tutumda apaçık ortadadır.<sup>8</sup>

Diğer yandan Birleşik Krallık, söz konusu devlet otoritelerinin uluslararası hukukun asgari gereklerine uyduğuna ve ülke üzerinde devam edeceği görünen etkin kontrole sahip olduğuna ikna olduğunda çoğu kez tanıma eğiliminde olmuştur.<sup>9</sup> Tanıma, yeni bir entitenin uluslararası toplum içinde bir devlet olarak dikkate alınması ve söz konusu entitenin yeni politik statüsünün kabul edilmesinin kanıtı olması dolayısıyla, siyasi anlamda kurucudur. Bu, tanıma tasarrufunun hukuken kurucu olduğu anlamına gelmez, çünkü haklar ve ödevler tanımanın bir sonucu olarak ortaya çıkmaz.

Son yüzyıldan bu yana görülen uygulamalar çok açık değildir; ancak uygulama, beyan edici yaklaşımın söz konusu iki teorinin daha iyisi olduğuna işaret etmektedir. Arap dünyası, İsrail, ABD ve bazı komünist devletler<sup>10</sup> gibi belli nedenlerle diğer devletleri tanımayı reddeden devletler, nadiren, karşı tarafın uluslararası hukuk önünde yetki ve yükümlülüklerden yoksun olduğunu ve hukuksal bir boşlukta var olduğunu iddia ederler. Genel duruş, hak ve ödevlerin devletler üzerinde bağlayıcı olmasından ziyade, tanımanın öncelikli olarak siyasi nedenlerle gerçekleşmediği üzerinedir. Eğer kurucu teori kabul edilmiş olsaydı, bu, örneğin Arapların başlangıçta İsrail'i tanımamaları bağlamında, İsrail'in uluslararası hukukun başka devletlere saldırmama ve müdahale etmeme kurallarına bağlı olmadığı anlamına gelecekti. Bu husus devletlerin tanınmamasına ilişkin takınılan tutumların hiçbirinde benimsenmemiştir.<sup>11</sup>

Elbette, eğer bir entite, devlet olmaya dair uluslararası hukuk koşullarını yerine getirirken hiçbir devlet tarafından tanınmaz ise, bu hiç kuşkusuz özellikle de diplomatik ilişkilerin olmaması göz önüne alındığında, söz konusu entitenin hak ve ödevlerini icra etmesini engelleyecektir. Ancak bunun, hukukta devlet olma durumuna karşı kati bir argüman olduğu anlamına geldiği zannedilmemektedir.<sup>12</sup> Örneğin, 1948'de Bogota'da kabul edilen Amerikan Devletleri Örgütü Şartı, devletlerin temel hak ve görevleriyle ilgili çalışmasında şunu kaydetmektedir:

*“Bir devletin politik olarak varlığı, diğer devletler tarafından tanınmasından bağımsızdır. Tanınmadan önce dahi söz konusu devletin bütünlüğünü ve bağımsızlığını savunma hakkı vardır.”<sup>13</sup>*

<sup>7</sup> Bkz., M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1968, Cilt II, s. 10.

<sup>8</sup> Genel için bkz. D. Young, 'American Dealings with Peking', 45 *Foreign Affairs*, 1966, s. 77, ve Whiteman, *Digest*, Cilt: 2, ss. 551 vd. Ayrıca bkz., A/CN.4/2, s. 53.

<sup>9</sup> Bkz., Lauterpacht, *Recognition*, s. 6.

<sup>10</sup> Bkz., 39 *Bulletin of the US Department of State*, 1958, s. 385.

<sup>11</sup> Örneğin bkz. *Pueblo davası*, 62 AJIL, 1968, s. 756 ve *Keesing's Contemporary Archives*, s. 23129; Whiteman, *Digest*, Cilt. II, ss. 604 vd. ve 651; 'Contemporary Practice of the UK in International Law', 6 ICLQ, 1957, s. 507, ve *British Practice in International Law* (ed. E. Lauterpacht), London, 1963, Cilt II, s. 90. Ayrıca bkz., N. Mugerwa, 'Subjects of International Law', *Manual of International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, ss. 247, 269.

<sup>12</sup> Yukarıya bkz., 5. Bölüm.

<sup>13</sup> 9. madde. Bu madde 1967'deki tadille Şart'ın 12. maddesi olmuştur. Ayrıca bkz., *Devletlerin Hakları ve Yükümlülüklerine Dair Montevideo Konvansiyonu*, 1933, 3. madde.



Uluslararası Hukuk Enstitüsü (*Institut de Droit International*) de yeni hükümetlerin ve devletlerin tanınması üzerine 1936'da aldığı ilke kararında şunu vurgulamıştır:

*"Yeni bir devletin varoluşu ve bu varoluşla gelen hiçbir hukuki sonuç, bir veya daha fazla devletin söz konusu devleti tanımayı reddetmesinden etkilenmez."*<sup>14</sup>

Birinci Dünya Savaşı'nın sonunu izleyen dönemde, Doğu ve Orta Avrupa'nın yeni devletlerinin mahkemeleri, kendi devletlerinin sadece Barış Antlaşmaları'nın sonucu olarak değil, fiili bağımsızlıklarını ilan etmeleri sonucu kurulduklarını düşünüyorlardı. Bir davada mahkeme, Versay Antlaşması'nda Polonya'nın tanınmasının, 'tek başına' (*par lui-meme*) var olan bir devletin sadece beyan edici olarak kabulü anlamına geldiğine işaret etmiştir.<sup>15</sup> Ayrıca, Yugoslavya Uluslararası Konferansı tarafından 1991 yılında kurulan Tahkim Komisyonu, 1 No'lu Mütalaasında, 'bir devletin varlığı ya da yokluğunun bir muamma olduğunu' ve 'diğer devletler tarafından tanınmanın getirdiği sonuçların yalnızca beyan edici' olduğunu belirtmiştir.<sup>16</sup>

Diğer taraftan, kurucu teori, devlet uygulamasındaki tüm destekten tamamen yoksun değildir. Bazı durumlarda, yeni bir devletin tesisi, anayasaya aykırı yollarla yeni bir hükümetin kurulması veya hukuksal olarak üzerinde hak iddia edilen bir toprağın işgali, sorunsuz bir şekilde ve çok az bir muhalefetle gerçekleşecek ve bunların gerçekleşmesini bekleyen herkes için başarıyla sonuçlandırılacaktır. Ancak birçok örnekte yeni kurulan entite ya da hükümet kendisini güvensiz hissedecektir ve bu kapsamda tanıma hayati bir rol oynar. Her halükarda ve özellikle de olguların belirsiz olduğu ve farklı yorumlara açık olduğu durumlarda, bir devlet tarafından gerçekleştirilen tanıma, tanıyan devletin tanıma durumunu nasıl anladığının bir beyanı anlamına gelir ve böylesi bir değerlendirme, tanıyan devlet üzerinde bağlayıcı olacaktır. Tanıyan devlet, bu arada şartlar, hiç kuşkusuz, radikal bir şekilde değişmezse, tanıdığı fiili durumu daha sonra inkâr edemeyecektir. Bu anlamda, tanıma kurucu olabilmektedir. Gerçekten de Yugoslav Tahkim Komisyonu 8 no'lu Mütalaasında 'bir devletin diğer devletler tarafından tanınması yalnızca beyan temelinde bir değere sahipken, böylesi bir tanımanın, uluslararası örgütlere üyelikle birlikte, bu devletlerin tanınan siyasi entitenin gerçek olduğuna dair kanaatlerine tanıklık ettiğini ve söz konusu devlete uluslararası hukuk açısından belli hak ve yükümlülükler getirdiğini' belirtmektedir.<sup>17</sup> Buna karşılık, mevcut devletlerin büyük çoğunluğu tarafından 'yeni bir devletin' tanınmaması durumu, söz konusu entitenin gerekli devlet olma kriterleri ile uyumu tesis etmediği görüşüne dair somut kanıt oluşturacaktır.<sup>18</sup>

Tanınmanın kurucu yorumuna meyleden diğer bir etmen, tanınmayan bir devlet ya da hükümetin tanınan bir devlet ya da hükümete yerel mahkemeler önünde verilen hakları talep edememesi durumunda birçok devlette tatbik edilen uygulamadır. Bu, tanıma tasarrufunun kendisinin özel bir hukuki sonucu beraberinde getirdiği ve tanıma sonrasında, bir devlet veya hükümetin tanımadan önce sahip olmadığı ulusal yetki dâhilinde icra edilebilir haklar elde ettiği anlamına gelmektedir.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> 39 *Annuaire de L'Institut de Droit International*, 1936, s. 300. Ayrıca bkz., *Third US Restatement*, ss. 77–8.

<sup>15</sup> *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft v. Polish State* 5 AD, s.11.

<sup>16</sup> 92 ILR, ss. 162, 165. Ayrıca bkz., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)* davasındaki kararı, Series A, No. 310, 1995, s. 14; 103 ILR, s. 621, ve İsviçre Yüksek Mahkemesi, Birinci Kamu Hukuku Dairesi'nin *Chuan Pu Andrew Wang and Others v. Office of the Federal Prosecutor* davasındaki 3 Mayıs 2004 tarihli kararı, No. 1A.3/2004; BGE olarak kısmen yayınlanan 130 II 217, para. 5.3.

<sup>17</sup> 92 ILR, ss. 199, 201.

<sup>18</sup> Bkz., *Democratic Republic of East Timor v. State of the Netherlands* 87 ILR, ss. 73, 74.

<sup>19</sup> Bu bölümde aşağıya bakınız.

Söz konusu teorik ihtilaf, tanımının işlevlerini ortaya çıkarması ve devletlerin uluslararası hukukun gelişimi üzerindeki etkisini vurgulaması açısından önemlidir. Bu, devlet ve uluslararası toplum arasında dengelenmiş olan uluslararası hukukun asli karakterine işaret etmektedir. Beyan edici teori, öncesine (devlete), kurucu doktrin sonrakine (uluslararası topluma) doğru yönelmektedir.

Kurucu teoriyi uyarlamak amacıyla birçok girişimde bulunulmuştur.<sup>20</sup> Lauterpacht, örneğin, devlet olmak için uluslararası hukuk tarafından öngörülen koşullar yerine getirildiğinde, mevcut devletlerin tanımının verilmesiyle yükümlü olduklarını savunmuştur. Bunun nedeni, uluslararası hukukta tüzel kişiliği değerlendiren ve veren merkezi bir otoritenin var olmaması durumunda, uluslararası toplum ve uluslararası hukuk adına bu işlevi, öncesinde olduğu gibi, devletlerin yerine getirmek zorunda olmasıdır.<sup>21</sup>

Bu işlem, hem belli kesin olgulara dayanması (yani, söz konusu entitenin devlet olma şartlarını yerine getirmesi) hem de belli bir topluluğu tanıyan devlet tarafından devlet olmanın doğasında var olan tüm hak ve yükümlülüklerle sahip bir entite olarak kabul edilmesi bakımından beyan edici niteliktedir. Tanıma tasarrufu öncesinde, devlet olarak kabul edilmek isteyen bir topluluk, sadece açıkça izin verildiği takdirde bu tür hak ve ödevlere sahip olacaktır.

Lauterpacht doktrini hukuki unsurları tutarlı bir teoride uzlaştırmaya yönelik ustaca bir tekliftir. Söz konusu doktrin, yeni devlet ve hükümetlerin pratik (bazen hukuk dışı) yollarla kurulduklarına dair gerçekleri kabul etmekte ve Lauterpacht'ın da düşündüğü gibi bunu uluslararası hukukun üstünlüğüne uydurmaya çalışmaktadır. Fakat böyle yaparak, tanımının politik yönünü ve işlevlerini, başka bir deyişle, tanımının belli bir hükümet ya da yeni bir topluluğa destek verildiğini göstermenin ya da desteğin çekilmesinin yöntemi olarak kullanıldığını göz ardı etmektedir. Gerçek şu ki birçok durumda tanıma, politik onay verildiğini veya vermediğini göstermek için uygulanmaktadır. Gerçekten de, tanıma yükümlülüğü varsa, söz konusu entitenin belli bir devletin (veya devletlerin) bu konuda direnç gösterdiği durumlarda tanınmayı talep etme hakkı var mıdır? Eğer böyle olsaydı, şimdilik hak ve ödevleri olmayan, tanımayan devletlere karşı haklarını icra ettiren devlet-dışı bir birimin var olma olasılığıyla karşı karşıya kalınmış olunurdu.

Ancak devletlerin uygulamaları, Lauterpacht'ın teorisinin benimsenmediğini ortaya koymaktadır.<sup>22</sup> Gerçek şu ki, sadece az sayıda devlet tanımayı sağlamak zorunda olduklarını kabul etmektedir. Çoğu durumda, devletler tanımayı onaylayacaklardır, ancak bu, bazı Komünist uluslar ve İsrail ile ilgili tarihi tecrübelerin açıkça gösterdiği gibi, söz konusu devletlerin bunu yapmak zorunda oldukları anlamına gelmemektedir. Bu tutum, Yugoslav Tahkim Komisyonu'nun, tanımının 'genel uluslararası hukukun zorunlu ilkelerine uygun olma koşulu ile diğer devletlerin kendi seçtikleri şekil ve zamanda yerine getirebilecekleri isteğe bağlı bir tasarruf olduğunu' vurgulayan 1992 yılı Temmuz ayındaki 10 No'lu Mütalaası'nda desteklenmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri'nin konuya ilişkin yaklaşımı 1976 yılında ifade edilmiştir.<sup>23</sup> Dışişleri Bakanlığı şunu kaydetmiştir:

<sup>20</sup> Bazı devletlerin Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ni Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin devamı niteliğinde kabul ettiği ve diğerlerinin kabul etmediği duruma ilişkin olarak 'kurucu tanıma teorisinin özünde göreceliliğin olduğuna' dair atfı kaydediniz: Bkz., *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 241, 244, Hakim Al-Khasawneh'in muhalefet şerhi.

<sup>21</sup> *Recognition*, ss. 24, 55, 76-7.

<sup>22</sup> Örneğin bkz., H. Waldock, 'General Course on Public International Law', 106 HR, 1962, s. 154. Ayrıca bkz., Mugerwa, 'Subjects', ss. 266-90.

<sup>23</sup> 92 ILR, ss. 206, 208.

*“Birleşik Devletler’in görüşüne göre, uluslararası hukuk, bir devletin diğer bir entiteyi devlet olarak tanımasını gerektirmez. Bu, söz konusu entitenin bir devlet olarak tanınmayı hak edip etmediğine dair her devletin kendisinin vereceği karar ile ilgili bir konudur. Bu karara varırken, Birleşik Devletler geleneksel olarak belirli unsurların oluşmasına bakmıştır. Bu unsurlar açıkça sınırları belirlenmiş bir toprak parçası ve nüfus üzerinde etkin kontrolü, söz konusu bölgenin organize bir hükümetle yönetimini ve dış ilişkileri yürütmek ve uluslararası yükümlülükleri yerine getirmek için etkin şekilde hareket etme kapasitesini içermektedir. Birleşik Devletler ayrıca, söz konusu entitenin uluslararası toplumu oluşturan devletlerin tanımasını cezbedip cezbetmediğini de dikkate almıştır.”<sup>24</sup>*

Birleşik Krallık hükümetinin görüşü şöyle dile getirilmiştir:

*“Hükümetin devlet olarak tanıma için uyguladığı normal kriterler şu şekildedir: Söz konusu devlet nüfusuyla birlikte açıkça sınırları belirlenmiş bir toprak parçasına, bu bölgenin etkin kontrolünü sağlayabilecek bir hükümete ve dış ilişkilerinde bağımsızlığa sahip olmalı ve sahip olmaya devam edecek görünmelidir. Bazı Birleşmiş Milletler kararları da dâhil olmak üzere diğer faktörler de söz konusudur.”<sup>25</sup>*

Son zamanlardaki uygulama, ‘diğer faktörler’in, belirli şartlar göz önüne alındığında, insan hakları ve diğer konuları kapsayabileceği izlenimini uyandırmaktadır. Avrupa Topluluğu 16 Aralık 1991 tarihinde, yeni devletlerin tanınması süreci konusunda ortak bir tutumun benimsendiği ‘Doğu Avrupa ve Sovyetler Birliği’ndeki Yeni Devletlerin Tanınması Hakkında Rehber İlkeler’ başlıklı bir Bildiri kabul etmiştir. Tanımının hususi olarak şunları gerektirdiği kaydedilmiştir:

- Özellikle hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan haklarına ilişkin Birleşmiş Milletler Şartı’ndaki hükümlere ve Helsinki Nihai Senedi’nde ve Paris Şartı’nda<sup>26</sup> yer alan taahhütlere saygı duyulması,
- Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK) kapsamında yer alan taahhütlere uygun olarak etnik ve ulusal grupların ve azınlıkların haklarının garanti altına alınması,<sup>27</sup>
- Sadece barışçıl yöntemler ve ortak anlaşma ile değiştirilebilen tüm sınırların ihlal edilmezliğine saygı duyulması,
- Güvenlik ve bölgesel istikrarın yanı sıra silahsızlanma ve nükleer silahların yayılmasının önlenmesine ilişkin konularla ilgili tüm taahhütlerin kabul edilmesi,
- Uygun olduğu hallerde tahkim başvurusunda bulunulması da dahil olmak üzere, devlet halefiyeti ve bölgesel uyuşmazlıklarla ilgili tüm sorunları anlaşma yoluyla çözme taahhüdü.<sup>28</sup>

Rehber ilkelerin kabul edildiği aynı gün, Avrupa Topluluğu, Topluluk ve üye devletlerin belli koşulları karşılayan Yugoslav Cumhuriyetlerini tanınması konusunda anlaşmışları Yugoslavya

<sup>24</sup> DUSPIL, 1976, ss. 19–20.

<sup>25</sup> 102 HC Deb., col. 977, Written Answer, 23 Ekim 1986. Ayrıca bkz., 169 HC Deb., cols. 449–50, Written Answer, 19 Mart 1990. Fransız uygulamasına dair, örneğin bkz., Journal Officiel, Debats Parl., AN, 1988, s. 2324.

<sup>26</sup> Bkz., 6. Bölüm.

<sup>27</sup> Bkz., 6. Bölüm.

<sup>28</sup> UKMIL, 62 BYIL, 1991, ss. 559–60. 31 Aralık 1991 tarihinde, Avrupa Topluluğu Ermenistan, Azerbaycan, Belarus, Kazakistan, Moldova, Türkmenistan, Ukrayna ve Özbekistan’ın Rehber İlkeler’de yer alan yükümlülükleri yerine getireceklerine dair güvence verdiklerini kaydeden bir bildiri yayınlamıştır. Bu nedenle Topluluğa üye ülkeler bu devletlerin tanınmasına doğru gidilmesi konusunda istekli olduklarını ilan etmişlerdir. A.g.e., s. 561. 15 Ocak 1992 tarihinde, Kırgızistan ve Tacikistan’ın Rehber İlkeler’de yer alan yükümlülükleri kabul ettikleri ve kendilerinin de tanınmak istediklerini kaydeden bir bildiri yayınlanmıştır, UKMIL, 63 BYIL, 1992, s. 637.

Bildirisi'ni<sup>29</sup> kabul etmiştir. Bu koşullar, bu cumhuriyetlerin bağımsız olarak tanınma istekleri, Rehber İlkelerdeki taahhütlerin kabul edildiği, Yugoslavya Konferansı tarafından gözden geçirilmekte olan taslak sözleşmede yer alan, özellikle de insan hakları ve ulusal veya etnik grupların haklarını ele alan hükümlerin kabul edildiği ve BM Genel Sekreteri, Güvenlik Konseyi ve Yugoslavya Konferansı'nın çabalarına destek verileceği şeklindeydi. Topluluk ve üye devletler ayrıca, tanınma isteyen bazı Yugoslav Cumhuriyetlerinin komşu bir Topluluk üyesi devlete karşı hiçbir toprak iddiasında bulunmadığını temin eden anayasal ve siyasi güvenceleri kabul etmelerini, tanıma öncesinde, söz vermelerini şart koşmuştur. Birleşik Devletler daha az dirençli bir tavır sergilemiş, fakat Doğu Avrupa ve eski SSCB'nin yeni devletleri tarafından nükleer güvenlik, demokrasi ve serbest piyasa konularında verilen taahhüt ve garantilerin hem tanınma hem de diplomatik ilişkilerin kurulması sürecindeki önemini vurgulamıştır.<sup>30</sup>

1244 sayılı Güvenlik Konseyi kararı (1999) ile yetkilendirilen BM yönetimi dönemini takiben,<sup>31</sup> Yugoslavya (daha sonra Sırbistan) vilayeti olan Kosova 17 Şubat 2008 tarihinde bağımsızlığını ilan etmiştir. Bunun öncesinde Martti Ahtisaari tarafından formüle edilen Kosova'nın Statüsü Çözümüne Dair Kapsamlı Teklif, 2007 yılı Mart ayında Kosova'nın uluslararası denetim altında bağımsızlığı için çağrıda bulunmuştu.<sup>32</sup> Bu teklif Sırbistan tarafında reddedilmiştir. Uluslararası toplum, Kosova'nın bağımsızlığının tanınması hususunda bölünmüştü. Kosova, Birleşik Devletler, Birleşik Krallık, Almanya, çoğu AB ülkesi, Japonya ve diğerleri tarafından süratle tanındı. Diğer taraftan, Rusya ve Sırbistan, İspanya ve Yunanistan'ın yaptığı gibi tanınmaya karşı olduklarını açıkça belirttiler. Dolayısıyla, günümüz koşullarında, pek çok ülke Kosova'yı tanıyor olsa da, birçoğu tanımamaktadır ve, örneğin, veto yetkisi göz önüne alındığında Rusya muhalefetini sona erdirmedikçe Kosova'nın BM'ye girmesi de mümkün değildir.<sup>33</sup> Kosova'yı tanıyan ülkeler için Kosova, uluslararası toplumda ve tanıyan devletlerin hukuki sistemleri içerisinde devlet olmanın getirdiği tüm imtiyaz ve sorumluluklara sahip olacaktır. Ancak tanımayan devletler açısından, Kosova'nın uluslararası statüsü ihtilafı ve tartışmalı olduğu sürece, Kosova'nın devlet ve diplomatik kurumları, örneğin, diplomatik ve devlet dokunulmazlığına sahip olamayacaklardır.<sup>34</sup> Tanıma, devlet olma kriterlerine riayet ederek güçlükleri aşabilirken, uluslararası toplumun tanıma konusunda bölündüğü, özellikle BM üyeliğinin olmadığı bir durum belirsizliği devam ettirecektir.

Tanımanın gerçekleşebileceği birçok farklı yol vardır ve birden fazla durumda uygulanabilir. Tanıma yegâne ve değişmeyen bir düşünce değildir, birçok unsurdan oluşan bir kategoridir. Gerçekten de, yeni devletlerden yeni hükümetler, belirli bir grubun sahip olduğu savaştan statüsü hakları ve toprak değişimlerine kadar farklı entiteler tanınabilirler. Tanıma sürecinin sadece çeşitli amaçları yoktur, aynı zamanda tanıma *füli* (*de facto*) veya *hukuki* (*de jure*) olabilir ve çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

<sup>29</sup> UKMIL, 62 BYIL, 1991, ss. 560–1.

<sup>30</sup> Başkan Bush'un 25 Aralık 1991 tarihli açıklamasına bkz., 2(4 & 5) *Foreign Policy Bulletin*, 1992, s. 12, Henkin ve diğerleri, *International Law*, ss. 252–3'de alıntılındığı gibi. Demokratik düşüncesinin önemine dair ayrıca bkz., S. D. Murphy, 'Democratic Legitimacy and the Recognition of States and Governments', 48 *ICLQ*, 1999, s. 545 ve J. Vidmar, *Democratic Statehood in International Law*, Oxford, 2013.

<sup>31</sup> Bkz., 5. Bölüm,

<sup>32</sup> Bkz., S/2007/168 ve S/2007/168/Add.1.

<sup>33</sup> Bağımsızlığın ilanından bir ay sonra, 27 AB üyesi ülkenin 16'sı ve BM Güvenlik Konseyinin 15 üyesinden 6'sı dâhil olmak üzere 28 ülke Kosova'nın bağımsızlığını tanımıştır: Bkz., 'Kosovo's First Month', *International Crisis Group Europe Briefing No. 47*, 18 Mart 2008, s. 3. Bu kitabın yazımı esnasında (Ağustos 2016) Kosova 11 devlet tarafından tanınmıştır. Bkz. <http://www.mfa-ks.net/?page=2,224> ve bkz. 5. Bölüm.

<sup>34</sup> AB, özellikle Kosova'daki etnik Sırlara ilişkin olarak Sırbistan ve Kosova arasında normalleşme antlaşmaları imzalanmasında arabuluculuk yapmıştır. Örneğin bkz., 25 Ağustos 2015 ve 27 Ocak 2016 tarihlerinde AB Yüksek Temsilcisi/Başkan Yardımcısı Mogherini tarafından yapılan açıklamalar. [http://www.eeas.europa.eu/dialogue-pristina-belgrade/index\\_en.htm](http://www.eeas.europa.eu/dialogue-pristina-belgrade/index_en.htm)

Tanıma aktif bir süreçtir ve bilmekten, ya da sadece bilgi sahibi olmaktan, örneğin söz konusu entitenin devlet olma durumuna ilişkin temel uluslararası hukuki şartlara uyduğu bilgisinden, ayırt edilmelidir. Tanıma, hem gerekli olguları bilmeye hem de, tanıma tasarrufunda bulunan devleti ilgilendirdiği ölçüde, tanıyan devletin tanımanın beraberinde getirdiği hukuki sonuçların yürürlüğe girmesi yönünde istekli olduğuna dair bir iradeye işaret etmektedir. Örneğin diplomatik ve egemen bağımsızlığa ilişkin kurallar, tanınacak entitenin temsilcilerini ilgilendirdiği kadarıyla tatbik edilmelidir. Tanıyan devletin sadece gerçeklerin farkında olması yeterli değildir, tanımanın politik ve hukuki sonuçlarının yürürlüğe girmesini arzu etmelidir. Bu, tanıma tasarrufunun takdire bağlı doğası gereği kaçınılmazdır ve uygulamada, yeni bir devlet ya da hükümeti kuran olaylar ile diğer devletlerin gerçek anlamda (söz konusu devlet ya da hükümetleri) tanıması arasında genellikle gerçekleşen gecikmelerle pratikte örneklendirilmektedir. Bir kez tanıma gerçekleştiğinde, tanınan entitenin devlet olmasının tanıma tarihinden değil, devlet olduğu tarihten (ki asıl muamma budur) itibaren geçerli olduğunun kabul edilmesi sebebiyle mahkemeler tanımayı genellikle geçmişe dönük olarak addetmişlerdir.<sup>35</sup>

## HÜKÜMETLERİN TANINMASI<sup>36</sup>

Yeni bir hükümetin tanınması, yeni bir devletin tanınmasından oldukça farklıdır. Devlet olma durumuyla ilgili olduğu kadarıyla, fiili durum, kabul edilen kriterler açısından incelenecektir.<sup>37</sup> Değişen hükümetler olunca farklı mülahazalar ortaya çıkabilir. Tanıma, sadece ve sadece, hükümet değişikliğinin anayasaya uygun olmayan hallerde meydana gelmesi durumunda söz konusu olacaktır. Ayrıca, hükümetlerin bir kategori olarak tanınması, tanınan entitenin kesin kapasitesinin veya statüsünün farklı şekillerde nitelendirilebilmesini en aza indirmeyi amaçlamaktadır. Tanıma, *fiili*<sup>38</sup> bir hükümetin ya da yönetimin tanınması ya da söz konusu devletin topraklarının yalnızca bir kısmı üzerinde etkin kontrole sahip bir hükümet ya da yönetimin tanınması olabilir.

Tanıma, tanıyan devlet tarafından belirli bir durumun hem ilgili fiili kriterler hem de bunun sonucunda ortaya çıkan hukuki etkiler bakımından kabul edilmesini mümkün kılmaktadır. Böylece, örneğin bir entitenin bir devletin hükümeti olarak tanınması, söz konusu hükümetin sadece gerekli şartları yerine getirdiğinin varsayıldığını değil aynı zamanda tanıyan devletin, söz konusu hükümet ile devleti yöneten otorite olarak muhatap olacağına ve iç hukuk düzenindeki ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar açısından söz konusu hükümet statüsünün genel hukuki sonuçlarını kabul ettiği işaret etmektedir.

Politik mülahazalar tanımanın gerçekleşip gerçekleşmemesine dair kararda genellikle büyük rol oynamaktadır. Fakat hükümetteki hukuka aykırı değişikliklerin tanınmasını temin etmek

<sup>35</sup> Örneğin bkz., Chen, *Recognition*, ss. 172 vd. Ayrıca Yugoslav Tahkim Komisyonunun eski Yugoslav cumhuriyetlerinin intikal tarihine dair görüşlerine bkz., 11 no'lu Mütalaa, 96 ILR, s. 719. Tanınmanın geçmişe yürürlüğü Oppenheim tarafından bir prensipten ziyade elverişlilik kuralı olarak kabul edilmektedir: Bkz. *Oppenheim's International Law*, s. 161

<sup>36</sup> Örneğin bkz., I. Brownlie, 'Recognition in Theory and Practice', 53 BYIL, 1982, s. 197; C. Warbrick, 'The New British Policy on Recognition of Governments', 30 ICLQ, 1981, s. 568; M. J. Peterson, 'Recognition of Governments Should Not Be Abolished', 77 AJIL, 1983, s. 31, ve Peterson, *Recognition of Governments: Legal Doctrine and State Practice*, London, 1997; N. Ando, 'The Recognition of Governments Reconsidered', 28 *Japanese Annual of International Law*, 1985, s. 29; C. Symmons, 'United Kingdom Abolition of the Doctrine of Recognition: A Rose by Another Name', *Public Law*, 1981, s. 248; S. Talmon, 'Recognition of Governments: An Analysis of the New British Policy and Practice', 63 BYIL, 1992, s. 231, ve Talmon, *Recognition of Governments in International Law*, Oxford, 1998; B. R. Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law*, Oxford, 1999; *Oppenheim's International Law*, s. 150; Daillier ve diğerleri, *Droit International Public*, s. 619, ve Galloway, *Recognising Foreign Governments*.

<sup>37</sup> Bkz. 5. Bölüm.

<sup>38</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

için belli kriterler ortaya çıkmıştır. Bu kriterler gücün transfer olduğu gerçeğinin kabulü anlamına gelmiş ve yeni bir yönetimin ülkeyi etkin bir şekilde kontrol ettiği ve bunun devam edecekmiş gibi görüldüğü sürece tanınmanın durdurulmamasını önermişlerdir. Birleşik Krallık çoğu kez bu yaklaşımı benimsemiştir.<sup>39</sup> Dışişleri Bakanlığı Müsteşarı tarafından 1970 yılında, bu konuda uygulanan ölçütün, yeni hükümetin ‘makul bir kalıcılık ihtimaliyle, kendi nüfus kitlesinin itaatine ... ilgili devletin, toprağının büyük bölümünde etkin bir denetime sahip olup olmadığı’ şeklinde olduğu ifade edilmiştir.<sup>40</sup>

Çin’in komünist hükümetinin ve 1956 yılında ayaklanmanın başarısız olması sonrasında Rusya tarafından kurulan Macaristan hükümetinin tanınması gibi politikaları teşvik eden de bu tavidir. Bununla birlikte, bu genel yaklaşım, İngiltere’nin uzun yıllar boyunca Kuzey Vietnam, Kuzey Kore ve Alman Demokratik Cumhuriyeti’ni devlet olarak tanımayı reddetmesi göz önüne alındığında mutlak bir ilke olarak değerlendirilemez.<sup>41</sup> Dolayısıyla yeni bir hükümetin devletin toprakları üzerindeki etkin kontrolü, böylesi bir kontrolün tam tesis edilmiş ve devam etmesi muhtemel olması şartıyla, tanınmanın uzatılıp uzatılmaması sorununa ilişkin önemli bir rehber ilkedir. Fakat bundan fazlası değildir ve çoğu durumda bunun politik değerlendirmeleri beraberinde getirdiği görülmektedir.

*Tinoco* Tahkimi,<sup>42</sup> “etkin kontrol” kavramına dair ilginç bir örnek oluşturmaktadır. 1919 yılında, Kosta Rika’daki Tinoco hükümeti devrilmiş ve yeni yönetimler, zamanında Tinoco tarafından yapılan ve İngiliz vatandaşlarını ilgilendiren belirli yükümlülükleri iptal etmişlerdir. Mahkeme Başkanı Taft - tek hakem - tanıma ya da tanımama sorunlarının Tinoco yönetimiyle ilgili olduğuna atıfta bulunmuş ve Tinoco yönetiminin ülkenin etkin kontrolüne sahip olması dolayısıyla Birleşik Krallık da dahil olmak üzere birçok devletin bunu kabul etmemesine bakılmaksızın Tinoco hükümetinin meşru hükümet olduğuna karar vermiştir. Onun aşağıdaki görüşüne rağmen bu şekilde karar verilmiştir:

*“Ulusal bir kişilik olduğunu iddia eden bir hükümetin diğer uluslar tarafından tanınmaması, genel olarak, söz konusu hükümetin uluslararası hukuk tarafından bu şekilde sınıflandırılmasını sağlayacak bağımsızlık ve kontrolü elinde bulundurmadığının uygun kanıtıdır.”<sup>43</sup>*

Tanınmanın, hükümetin ülkede etkin kontrolünün bulunmamasından daha ziyade, söz konusu hükümetin gayri meşruluğu ya da usulsüz menşei nedeniyle reddedilmesi durumunda, böylesi bir tanımama, kanıtlara dayanan ağırlığının bir kısmını kaybeder. Başka bir deyişle, yeni yönetimin ileri sürdüğü yetkinin ölçüsünün belirsiz olduğu bir noktada, diğer devletler tarafından tanınma hayati bir öneme sahip olacaktır. Fakat yeni hükümetin kesin olarak kurulması durumunda, tanımama söz konusu yeni hükümetin hukuki karakterini etkilemeyecektir. Etkin kontrol doktrini, herhangi bir durumun fiili yapısının öneminin bir göstergesidir. Ancak tanınmanın yeni hükümetin usulsüz menşeiine dayanarak reddedildiği bu gibi durumlarda, tanımama, tanınmanın etkin kontrolün yokluğu sebebiyle reddedilmesinden daha az etkiye sahip olacaktır. Taft’ın tanınmanın doğasına dair görüşü beyan edici ve kurucu teorilerin ilginç bir birleşimidir. Fiili koşulların (yani, etkin kontrolün varlığı veya yokluğunun) tartışmalı olması durumunda tanıma kurucu olabilirken, aksi takdirde tamamen beyan edici veya kanıtlayıcı olabilir.

<sup>39</sup> Bkz., Morrison beyanı, 485 HC Deb., cols. 2410–11, 21 Mart 1951.

<sup>40</sup> 799 HC Deb., col. 23, 6 Nisan 1970. Ayrıca bkz., Foreign Office beyanları, 204 HL Deb., col. 755, 4 Temmuz 1957 ve 742 HC Deb., cols. 6–7, Written Answer, 27 Şubat 1967.

<sup>41</sup> Örneğin bkz., D. Greig, ‘The Carl-Zeiss Case and the Position of an Unrecognised Government in English Law’, 83 LQR, 1967, ss. 96, 128–30 ve *Re Al-Fin Corporation’s Patent* [1970] Ch. 160; 52 ILR, s. 68.

<sup>42</sup> 1 RIAA, s. 369 (1923); 2 AD, s. 34.

<sup>43</sup> 1 RIAA, s. 380; 2 AD, s. 37.

Hükümette yapılan bir değişiklik, devletin kendi kimliğini etkilemez. Hükümeti devrildi diye söz konusu devlet uluslararası bir tüzel kişi olmaktan çıkmaz. Bu sorun değildir. Yeni bir (hükümet) yönetiminin tanınması ya da tanınmamasının ülkenin hukuki niteliğiyle herhangi bir ilgisi söz konusu değildir. Dolayısıyla burada iki farklı tanınmanın yer aldığı düşünülebilir ve bunlar birbirine karıştırılmamalıdır. Bir hükümetin tanınması, devletin değil, o yönetim makamının statüsünü etkilerken bir devletin, kurarak ya da beyan ederek tanınması ise söz konusu devletin hukuki kişiliğini etkileyecektir.

Ayrıca kimi durumlarda devlet ve hükümetin birlikte tanınması mümkündür. Bu durum, yeni bir devletin kurulmasıyla meydana gelebilir. Bir örnek vermek gerekirse, İsrail Birleşik Devletler ve Birleşik Krallık tarafından, hükümetinin *fili* (*de facto*) olarak tanınmasının uygun olması suretiyle tanınmıştır.<sup>44</sup> Hükümetin tanınması o hükümetin devletin de tanındığı anlamına gelir ama tam tersi geçerli değildir.

Bir hükümetin tanınmasının uluslararası hukukta yeni kişiliklerin kurulmasıyla herhangi bir ilişkisinin olmadığı ifade edilmelidir. Hükümetlerin tanınmasının önemli olduğu yer diplomatik ilişkiler alanıdır. Bir hükümet tanınmazsa, diplomatik temsilcilerin değişimi söz konusu olmaz ve bu nedenle uluslararası hak ve yükümlülüklerin icrasıyla ilgili sorunlar ortaya çıkabilir.

Etkin kontrol doktrini hükümetlerin tanınması için belki de en muteber rehber olarak kabul edilse de, ileri sürülmüş başka teoriler de vardır. Bunlardan en öne çıkanı Tobar Doktrini ya da bilinen adıyla Meşruyet Doktrini'dir. Bu doktrin, anayasal olmayan yöntemlerle iktidara gelen hükümetlerin, en azından halk tarafından kabul edilene kadar tanınmamalarını önermiştir.<sup>45</sup> Bu görüş, özellikle Amerika Birleşik Devletleri tarafından Orta Amerika'ya ilişkin olarak uygulanmış ve Panama Kanalı'na bitişik olan bu hassas bölgede istikrarı korumak için tasarlanmıştır. Mantık olarak, elbette, bu kavram tüm devrimsel durumlarda tanınmanın teşviki anlamına gelir ve bunun, gerçekle ve siyasi telakkiler ile uyuşması zordur/geçmişte de zor olmuştur. Amerikalıların gözünde bu doktrin, Wilson'un demokratik meşruyet politikasına dönüşmüştür. Devrim halk tarafından destekleniyorsa tanıma verilecekti. Desteklenmediği durumda ise tanıma verilmeyecekti. Sovyetler Birliği'ne ilişkin olarak 1933 yılına kadar bu görüşün üzerinde titizlikle durulmuş, ancak tanınmanın değerlendirilmesi sürecinde tanıyan devlet tarafından sadece politik bir yeterlilik olarak bugün kabul edilene dek bu görüş gittikçe zayıflamıştır.<sup>46</sup>

Bunun tam aksini ve hükümetlerin her koşulda otomatik olarak tanınmasını savunan doktrin, Meksika Dışişleri Bakanı Estrada tarafından ileri sürülmüştü.<sup>47</sup> Ancak bu doktrin de Meşruyet Doktrini gibi aynı dezavantajdan muzdariptir ve devletin gereksinimlerini ve politik mülahazalarını içermeyen her durumda tanıma için net bir ölçü hazırlamaya çalışmaktadır. Bu yüzden, özellikle birbirleriyle mücadele eden hükümetlerin varlığının söz konusu olduğu bir durumda, bu görüş gerçekçi kabul edilmemektedir.<sup>48</sup> Diplomatik ilişkilerin korunması ve tanıma arasındaki ayrımı en aza indirmesi dolayısıyla da bu doktrin eleştirilmiştir.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Örneğin bkz., Whiteman, *Digest*, Cilt 2, s. 168.

<sup>45</sup> Örneğin bkz., Mugerwa, 'Subjects', s. 271, ve 2 AJIL, 1908, Supp., s. 229.

<sup>46</sup> Örneğin bkz., G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington, DC, 1940, Cilt. I, ss. 181 vd. Ayrıca bkz. 17 AJIL, 1923, Supp., s. 118; O'Connell, *International Law*, ss. 137-9, ve Whiteman, *Digest*, Cilt 2, s. 69.

<sup>47</sup> Örneğin bkz. 25 AJIL, 1931, Supp., s. 203; P. Jessup, 'The Estrada Doctrine', 25 AJIL, 1931, s. 719, ve Whiteman, *Digest*, Cilt. II, s. 85. Ayrıca bkz., Talmon, 'Recognition of Governments', s. 263; Chen, *Recognition*, s. 116; O'Connell, *International Law*, ss. 134-5, ve C. Rousseau, *Droit International Public*, Paris, 1977, Cilt III, s. 555.

<sup>48</sup> Örneğin bkz., Peterson, 'Recognition', s. 42, ve C. Rousseau, 'Chroniques des Faits Internationaux', 93 RGDIP, 1989, s. 923

<sup>49</sup> Warbrick, 'New British Policy', s. 584.

Elbette ki sorun, anayasaya uygun olmayan bir şekilde iktidara gelen yeni bir hükümetin tanınmasının onaylanması yönünde bir eğilimin söz konusu olmasıydı. Böylesi tanıma durumlarında dikkate alınan kimi diğer faktörlerle birleşerek,<sup>50</sup> gereksiz yere karmaşık bir süreç ortaya çıkmıştır. Buna bağlı olarak 1977 yılında Birleşik Devletler şunu ifade etmiştir:

*“ABD uygulaması, hükümetlerin değişmesi durumunda tanınmanın önemini vurgulamaktan ve tanımayı bahis mevzusu yapmaktan kaçınmak ve yeni hükümetlerle diplomatik ilişkiler kurmak isteyip istemediğimiz sorusuyla ilgilenmek yönünde olmuştur... Yönetimin politikası, ilişkilerin kurulmasının onaylama ya da onaylamamayı gerektirmediği, fakat sadece diğer hükümetlerle olan ilişkilerimizi doğrudan yürütme konusundaki istekliliğimizi gösterdiği şeklindedir.”<sup>51</sup>*

1980 yılında Birleşik Krallık hükümeti, artık devletlerden ayrı olarak hükümete tanıma vermeyeceğini duyurmuştu.<sup>52</sup> Bu kararın öncelikle tanınmanın onay anlamına geldiği algısından kaynaklandığı belirtilmiştir ki, örneğin, insan haklarını ihlal eden rejimler göz önüne alındığında bu oldukça utanç verici bir algıdır. Bu nedenle, hükümete olduğu gibi tanıma vermemenin pratik avantajları söz konusuydu. Hükümetleri resmen tanımayan bu tür bir politika değişikliği aslında Kıta Avrupası hukuk sistemini uygulayan belli ülkelerde daha önce meydana gelmişti. Örneğin Belçika<sup>53</sup> ve Fransa<sup>54</sup> bu yaklaşımı 1965’te benimsemiş görünmektedir. 1980’lerin sonlarına doğru bu yaklaşım hem Avustralya<sup>55</sup> hem Kanada<sup>56</sup> tarafından ve hem de diğer ülkeler tarafından benimsenmiştir.<sup>57</sup>

Bununla birlikte yapılan bu değişiklik bütün sorunları çözmemiş, daha ziyade odak noktasını resmi tanımadan gayri resmi “ilişkilere” doğru kaydırmıştır. Birleşik Krallık, anayasaya aykırı rejimlerle ilişkilerin niteliğine, ‘söz konusu devletin toprakları üzerinde kendi kendilerine etkin bir kontrol sağlayıp sağlayamadıkları ve bunu devam ettirip ettiremeyeceklerine dair yapılacak (bir) değerlendirme ışığında’<sup>58</sup> karar vermeye devam edeceğini duyurmuştur.

<sup>50</sup> Örneğin, Başkan Wilson tarafından belirtilen demokratik şartlar, Başkan Rutherford Hayes’in halk desteği koşulları ve Dışişleri Bakanı Seward’ın uluslararası yükümlülükleri yerine getirebilme kriteri: ABD Dışişleri Bakanlığı’nın açıklamasına bkz., DUSPIL, 1977, ss. 19, 20. Ayrıca bkz., *Third US Restatement*, prg. 203, Note 1. Amerikan Devletleri Örgütü, 1965 yılında yeni bir hükümeti tanımayı düşünen devletlerin, söz konusu hükümetin makul bir süre içinde seçim yapmayı önerip önermediğini göz önünde bulundurmaları gerektiğini tavsiye eden bir ilke kararını kabul etmiştir, 5 İLM, 1966, s. 155.

<sup>51</sup> DUSPIL, 1977, s. 20. Ayrıca bkz., DUSPIL, 1981–8, Cilt I, 1993, s. 295. Dışişleri Bakanı Yardımcısı Christopher’ın 1977 yılında hükümetin programsız değişikliklerinin bu gün ve bu çağda sıradışı olmadığını ve ‘etkin kontrolü sağladıktan sonra bu rejimlerle diplomatik ilişkilerin kesilmesinin bizi cezalandırdığını’ ifade ettiğini kaydediniz., *a.g.e.*, s. 18. Ayrıca bkz., Afganistan ve diplomatik ilişkilerin devamı konusunda, 72 AJIL, 1978, s. 879. Karşılaştırma için bkz., Çin hükümetinin tanınmasının özel koşulları, DUSPIL, 1978, ss. 71–3 ve *a.g.e.*, 1979, ss. 142 vd. Ayrıca karşılaştırma için bkz., Petersen, ‘Recognition’.

<sup>52</sup> Bkz. 408 HL Deb., cols. 1121–2, 28 Nisan 1980. Ayrıca bkz., Symmons, ‘United Kingdom Abolition’, s. 249.

<sup>53</sup> Bkz., 11 *Revue Belge de Droit International*, 1973, s. 351.

<sup>54</sup> Bkz., 69 RGDIP, 1965, s. 1089. Ayrıca bkz. 83 RGDIP, 1979, s. 808; G. Charpentier, ‘Pratique Francaise du Droit International’, AFDI, 1981, s. 911, ve Rousseau, *Droit International Public*, s. 555.

<sup>55</sup> Bkz., J. G. Starke, ‘The New Australian Policy of Recognition of Foreign Governments’, 62 *Australian Law Journal*, 1988, s. 390.

<sup>56</sup> Bkz., 27 *Canadian YIL*, 1989, s. 387. Ayrıca bkz. *Re Chateau-Gai Wines Ltd and Attorney-General for Canada* [1970] Ex CR 366; 55 ILR, s. 38.

<sup>57</sup> Örneğin bkz. the Netherlands, 22 *Netherlands YIL*, 1991, s. 237, ve New Zealand, *Attorney-General for Fiji v. Robt Jones House Ltd* [1989] 2 NZLR 69 70–1 arasında; 80 ILR, s. 1. Avrupa Birliği, ‘hükümetleri ve hatta daha alt politik kişilikleri tanımadığını ancak, en yaygın uluslararası uygulamalara göre, devletleri tanıdığını’ belirtmiştir, *Bulletin of the European Union*, 1999–7/8, s. 60 ve UKMIL, 70 BYIL, 1999, s. 424.

<sup>58</sup> 408 HL Deb., cols. 1121–2, 28 Nisan 1980. Bu birçok vesileyle tekrar teyit edilmiştir: Örneğin bkz., UKMIL, 69 BYIL, 1998, s. 477 ve UKMIL, 72 BYIL, 2001, s. 577.



Bu nedenle, değişim, hükümetlerin tanınmasının yürürlükten kaldırılmasıyla gerçekleşmiş, fakat söz konusu rejimlerle ilişki kurulurken uygulanacak kriterler özünde hükümetlerin tanınmasıyla ilgili daha önceki denemeyle aynı kalmıştır.<sup>59</sup> Bu bağlamda, “kendi kendilerine” tabiri de dikkate alınmalıdır.<sup>60</sup>

Bununla birlikte, bu politika değişikliği, tartışmalı durumlarda hükümette bir değişiklik yapılmasına dair hiçbir yorum yapılamayacağı anlamına geldiği şekilde değerlendirilmemelidir ve açıkça görüldüğü üzere bu değişiklik hükümetlerin bu şekilde istisnai olarak tanınmasını engellemiştir. Örneğin, Kasım 2010’da Fildişi Sahili’nde yapılan seçimleri ve Quattara’nın seçilmesinin Afrika Birliği ve Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu (ECOWAS) tarafından kabul edilmesini (ve halihazırda var olan başkana karşı olan husumeti) takiben, Birleşik Krallık, Quattara’yı ülkenin demokratik olarak seçilen başkanı olarak tanımıştır.<sup>61</sup> Ayrıca Birleşik Krallık, 27 Temmuz 2011 tarihinde, Kaddafi hükümeti ile söz konusu ülkede silahlı çatışmaya giren Libya Ulusal Geçiş Konseyi’ni, “Libya’daki tek hükümet otoritesi olarak”, tanımaya ve Konsey ile temas kurmaya karar vermiştir.<sup>62</sup> Konseyin Libya Hükümeti olarak tanınması, *British Arab Commercial Bank v. The National Transitional Council of the State of Libya* davası kapsamındaki 24 Ağustos 2011 tarihli yürütme belgesinde onaylanmıştır.<sup>63</sup>

## DE FACTO VE DE JURE TANIMA<sup>64</sup>

Tanınması gereken farklı entitelerin varlığına ek olarak, tanımının kendisi de farklı şekillerde olabilir. Tanıma ya *fiili* (*de facto*) ya da *hukuki* (*de jure*) olabilir. Daha doğru bir şekilde ortaya koymak gerekirse, bir hükümetin (veya başka bir entite veya durumun) *fiili* ya da *hukuki* olarak tanınabileceği söylenebilir.

*Fiili* tanıma, söz konusu hükümetin uzun vadeli sürdürülebilirliği konusunda bazı şüphelerin bulunduğunu ifade etmektedir. *Hukuki* tanıma genellikle, tanıyan devletin hükümet tarafından uygulanan etkin kontrolün kalıcı ve tam yerleşmiş olduğu ve yabancı bir güce anayasal bağımlılık gibi tanımayı engelleyebilecek herhangi bir hukuki sebebin bulunmadığını kabul etmesini takip etmektedir. Fiili tanıma, resmi kabulü sağlamak için şüphelerin yeterince giderilmesiyle hukuki tanıma tarafından devam ettirmek üzere, söz konusu durumun mütereddit bir değerlendirmesini, bekle ve gör tutumunu, içermektedir. Bir örnek vermek gerekirse, Birleşik Krallık Sovyet hükümetini *fiili* olarak 1921’de *hukuki* olarak 1924 yılında tanımıştır.<sup>65</sup> Biraz daha farklı bir yaklaşım, *fiili* ve *hukuki* tanıma arasındaki ayrımın kimi zaman hukuki ve fiili egemenlik arasındaki farklılığı göstermek için kullanıldığı iç savaş durumlarında benimsenmiştir. Örneğin, 1936-9 İspanya İç Savaşı sırasında, Birleşik Krallık Cumhuriyetçi hükümeti *hukuki* hükümet olarak tanıyorken, General Franko’nun ülkeyi adım adım ele geçirmesiyle *fiili* tanımayı Franko emrindeki güçlere de genişletmiştir. Benzer bir şekilde, Etiyopya’daki

<sup>59</sup> Bkz., *Gur Corporation v. Trust Bank of Africa* [1987] 1 QB 599; 75 ILR, s. 675.

<sup>60</sup> Bkz., Kamboçya ve Uganda’daki deneyimler için benimsenen farklı yaklaşımlar hususunda, Symmons, ‘United Kingdom Abolition’, s. 250, ve UKMIL, 50 BYIL, 1979, s. 296. Ayrıca yukarıya bkz., 4. Bölüm, s. 140. Örneğin bkz., savaş hali ve isyancı statüsünün tanınmasına dair, O’Connell, *International Law*, ss. 148-53; Lauterpacht, *Recognition*, s. 270, ve *Oppenheim’s International Law*, ss. 161 vd.

<sup>61</sup> UKMIL, 82 BYIL, 2011, s. 737-8. Ayrıca bkz., 1962 (2010) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>62</sup> UKMIL, 82 BYIL, 2011, s. 742. Bu karar, tarafların Libya’da “meşru yönetici otorite” olarak sadece Ulusal Geçiş Konseyi ile temas kuracağını vurgulayan Libya İletişim Grubunun 15 Temmuz 2011 tarihindeki toplantısı sonrasında verilmiştir. [www.mfa.gov.tr/fourth-meeting-of-the-libya-contact-group-chair-s-statement-15-july-2011-istanbul.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/fourth-meeting-of-the-libya-contact-group-chair-s-statement-15-july-2011-istanbul.en.mfa)

<sup>63</sup> [2011] EWHC 2274 (Comm), prg. 23.

<sup>64</sup> Örneğin bkz., *Oppenheim’s International Law*, s. 154.

<sup>65</sup> Örneğin bkz., O’Connell, *International Law*, s. 161. Ayrıca yukarıya bkz. Morrison beyanı, Note 38.

İtalyan işgal güçleri hükümeti Birleşik Krallık tarafından 1936 yılında *filen*, iki yıl sonra ise *hukuki* olarak tanınmıştır.<sup>66</sup>

Bu yöntemle, tanıyan devlet, hükümet değişikliğinin sürekliliği veya bu değişikliğin arzu edilebilirliği ya da hukukiliğine dair kararı mahfuz tutarak, kendi çıkarları doğrultusunda ve politik gerçeklerle uyumlu olarak tasarrufta bulunabilir. Böylece söz konusu devlet vatandaşlarının ve kurumlarının ilişkilerini koruma altına alabilmektedir; zira tanınmanın beraberinde getirdiği belli hukuki sonuçlar ulusal hukuka yansımaktır.<sup>67</sup>

Her ne kadar sadece *hukuken* tanınan bir hükümet tanıyan devlette bulunan mülkiyet üzerinde hak talebinde bulunabiliyor olsa da, *fiili* ve *hukuki* tanıma arasında, gerçekte, çok az anlamlı farklılık vardır.<sup>68</sup> Buna ek olarak, *fiili* tanımanın başlı başına kendisinin karşılıklı diplomatik ilişkilerin kurulabileceği anlamına gelmediği genel olarak kabul edilmektedir.

## ERKEN TANIMA<sup>69</sup>

Özellikle (başka bir devletten ya da federasyondan) ayrılma sonucu oluşmakta olan ya da oluşan yeni bir devletin kabulü mümkün olarak tanınması ile erken ya da hızlı tanıma yoluyla, örneğin Nijerya federal hükümetinin “Biafra”nın beş devlet tarafından tanınmasıyla ilgili olarak kabul ettiği görüş gibi, bir başka devletin içişlerine müdahale edilmesi arasında genellikle zor ve belirsiz bir ayırım vardır.<sup>70</sup> Her durumda da, tanınmayı isteyen devlet, fiili durumu ve hangi ölçüde devlet olma kriterlerini (veya diğer entite türleri ile ilgili hangi tür tanıma talep edildiği konusunda diğer ilgili kriterleri) yerine getirdiği üzerine dikkatlice düşünmelidir. Bu, bu nedenle, bir olgunun nasıl algılandığı üzerine kurulmuş bir süreçtir. Hırvatistan örneğinde, söz konusu ülkenin Avrupa Topluluğu ve üye devletleri tarafından (Avusturya ve İsviçre ile birlikte) 15 Ocak 1992 tarihinde tanınmasının erken tanıma olduğu iddia edilebilir.<sup>71</sup> Hırvatistan o dönemde ve bundan birkaç yıl sonra, topraklarının üçte birini etkin bir şekilde kontrol edemiyordu. Bununla beraber, Yugoslav Tahkim Komisyonu 11 Ocak 1992 tarihli 5 No’lu Mütalaası’nda Hırvatistan’ın 16 Aralık 1991 tarihli Avrupa Topluluğu Rehber İlkeleri’nde tanımlanan tanımaya ilişkin şartları tam olarak karşılayamadığı görüşünü benimsemiştir.<sup>72</sup> Bunun sebebi de Hırvatistan tarafından kabul edilen Anayasa’nın, insan hakları ve azınlık haklarıyla ilgili gerekli garantileri tam olarak içermemesidir.<sup>73</sup> Ayrıca, Bosna-Hersek’in 6 Nisan 1992 tarihinde Avrupa Topluluğu ve üye devletleri tarafından ve 7 Nisan 1992 tarihinde ABD tarafından tanınmasının, özellikle

<sup>66</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>67</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>68</sup> Örneğin bkz., *Haile Selassie v. Cable and Wireless Ltd (No. 2)* [1939] 1 Ch. 182; 9 AD, s. 94.

<sup>69</sup> Örneğin bkz., *Oppenheim’s International Law*, ss. 143 vd.

<sup>70</sup> Örneğin bkz., J. Stremlau, *The International Politics of the Nigerian Civil War, 1967–70*, Princeton, 1977, ss. 127–9, ve D. Ijalaye, ‘Was “Biafra” at Any Time a State in International Law?’, 65 AJIL, 1971, s. 51. Ayrıca bkz., Lauterpacht, *Recognition*, ss. 7–8. Genel için bkz., J. Dugard, *The Secession of States and Their Recognition in the Wake of Kosovo*, The Hague, 2013.

<sup>71</sup> Örneğin bkz., R. Müllerson, ‘*International Law, Rights and Politics*, London, 1994, s. 130, ve R. Rich, ‘Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union’, 4 EJIL, 1993, s. 36.

<sup>72</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>73</sup> 92 ILR, ss. 179, 181. Hırvatistan Başkanı 15 Ocak 1992 tarihinde Hırvatistan’ın gerekli şartları yerine getireceğini açıklamış ve 8 Mayıs 1992 tarihinde Anayasası değiştirilmiştir. Değiştirilen Anayasa, 4 Temmuz 1992 tarihinde Tahkim Komisyonu tarafından incelenmiş ve azınlıkların korunması ile ilgili genel uluslararası hukukun gerekliliklerinin yerine getirildiği sonucuna varılmıştır, *a.g.e.*, s. 209. Bununla beraber, Hırvat Anayasasında etnik Hırvatlar ve diğer vatandaşlar arasında yapılan ayrımlarla ilgili BM İnsan Hakları Komitesi’nin eleştirel görüşlerini not ediniz: Bkz., CCPR/C/79/Add.15, s. 3. Hırvatistan 22 Mayıs 1992 tarihinde Birleşmiş Milletler’e üye olmuştur. Ayrıca bkz., M. Weller, ‘The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia’, 86 AJIL, 1992, s. 569.

söz konusu devletin hükümetinin kendi topraklarının yarısından daha azını etkin biçimde kontrol etmesi -ki bu Kasım 1995 tarihli Dayton Barış Anlaşması'na kadar devam eden bir durumdur- nedeniyle, erken olduğu ileri sürülebilir.<sup>74</sup> Öte yandan, eski Yugoslavya'nın özel koşullarında, uluslararası toplum (özellikle devletlerle sınırlı olan BM üyeliği vesilesiyle), esas olarak uluslararası tanınmanın etkin kontrolü telafi etmesi için, geleneksel devlet olma kriterlerini gevşetmeyi kabul etmeye hazırdı. Rusya'nın desteğiyle ayrı *de facto* yönetimler oluşturmuş bulunan Gürcistan'ın Güney Osetya ve Abhazya bölgelerinin tanınması açık bir biçimde erken tanıma örneklerini teşkil etmektedir.<sup>75</sup> Rusya ve birkaç devlet bunları bağımsız devletler olarak tanıması olmasına rağmen, Rusya'nın etkin kontrolü, Gürcistan'ın egemenliği ve hak sahipliğinin uluslararası alanda kabulü ve uluslararası tanınmanın azlığı dikkate alındığında, bu tanınmanın ancak erken bir tanıma olduğu değerlendirilebilir.<sup>76</sup> Devlet olma kriterlerinin yerine getirildiği gerçekten belli olduktan uzunca bir süre sonra tanıma gerçekleşirse, tanıma geç kalmış da olabilir. Fakat bu tür durumlarda, tanınmanın zorunlu olmaması ve devletler tarafından verilecek politik bir karar olması nedeniyle bunun farklı mülahazalar ile ilgili olduğu değerlendirilebilir.<sup>77</sup>

## ZİMNİ TANIMA<sup>78</sup>

Tanınmanın kendisinin açık, kesin ve resmi bir iletişim biçiminde ifade edilmesi gerekmez, ancak bazı durumlarda ima edilebilir.<sup>79</sup> Bu, tanınmanın, tanımayı sağlayan devletin iradesi ve niyeti üzerine kurulmuş olmasından ileri gelmektedir. Bu nedenle, bir devletin, belli bir tutum sergileyerek, diğer bir devleti ya da hükümeti dolaylı olarak tanıdığı yönünde beyanda bulunmasını mümkün kılabilen durumlar söz konusudur. Zira dolaylı veya zımnî tanıma imkânının var olması sebebiyle, devletler, diğer bir tarafı içeren belli bir tasarrufun, hiçbir suretle tanımayı kabul etmek olarak yorumlanmaması anlamında açık bir beyanda bulunabilirler. Bu tutum Arap ülkelerince İsrail'le ilgili olarak ve belli bazı durumlarda sürdürülmüştür.<sup>80</sup> Bu, zımnî tanıma olasılığını otomatik olarak dışlar fakat, kesin ve açık bir biçimde hakkından feragat etmeksizin, bazı uluslararası eylemlerin, belli koşullarda, şimdiye kadar tanınmayan bir entitenin tanınması sonucunu doğurabileceğini de belirtmektedir.

Bu husus, en iyi, hiçbir açık ya da resmi beyanın yapılmadığı durumda tanıma imkânı sağlayabilecek farklı koşullara değinerek açıklanabilir. Egemenliğini elde etmesi üzerine yeni bir devlete gönderilen kutlama mesajı, resmi diplomatik ilişkiler tesis edilmesi gibi, o

<sup>74</sup> Örneğin bkz., Weller, 'International Response'. Karşılaştırma için bkz., Birleşik Krallık Dışişleri Bakanının görüşleri, UKMIL, 63 BYIL, 1992, s. 645. Bosna'nın 22 Mayıs 1992 tarihinde Birleşmiş Milletler'e üye olduğuna dikkat ediniz.

<sup>75</sup> Bkz., yukarıda 5. Bölüm.

<sup>76</sup> Benzer yorumlar Kırım'ın ayrılması ve akabinde Rusya tarafından ilhaki için de geçerlidir. Bkz., 9. Bölüm. Filistin ile ilgili olarak bkz., yukarıda 5. Bölüm.

<sup>77</sup> Örneğin bkz., Makedonya'nın tanınmasında yaşanan gecikmelerle ilgili olarak, Henkin ve diğerleri, *International Law*, s. 253. İsrail, kuşkusuz, Arap komşuları tarafından 1948 yılında kuruluşundan uzunca bir süreye kadar tanınmamıştır. İsrail, 1979 yılında Mısır tarafından, 1995 yılından Ürdün tarafından tanınmıştır.

<sup>78</sup> Örneğin bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 169; Lauterpacht, *Recognition*, ss. 369-408, ve Chen, *Recognition*, ss. 201-16. Ayrıca bkz., Talmon, 'Recognition of Governments', ss. 255 vd., ve M. Lachs, 'Recognition and Modern Methods of International Co-operation', 35 BYIL, 1959, s. 252.

<sup>79</sup> Devletlerin Hak ve Ödevlerine Dair Montevideo Sözleşmesi (1933)'nin 7. maddesine göre, 'bir devletin tanınması açık ya da örtülü olabilir. Örtülü tanıma, söz konusu yeni devleti tanıma niyetini ima eden herhangi bir tasarruftan kaynaklanmaktadır'. Ayrıca bkz., R. Higgins, *The Development of International Law by the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963, ss. 140 vd.

<sup>80</sup> Örneğin bkz., UK and North Vietnam, Cmd 9763, s. 3, Note 1, ve İsrail ve Arap ülkeleri, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, 1965: Bkz. *Human Rights International Instruments*, UN, ST/HR/4/rev.4, 1982. Mısır'ın İsrail'in bu Sözleşme ile ilgili olarak tanınmayacağına ilişkin beyanlarını 18 Ocak 1980 tarihinde geri çektiğini not ediniz, *a.g.e.*, s. 86.

devletin tanınması anlamına gelecektir.<sup>81</sup> Ancak resmi olmayan ve gayri resmi temasların sürdürülmesi (1960'larda Amerika Birleşik Devletleri ve Komünist Çin arasında ve 1970'lerin başında Varşova'da olduğu gibi) bu anlama gelmeyecektir.<sup>82</sup> Konsolosluk işlemlerinin yerine getirilmesine müsaade eden tanınmış bir yetkilendirme olan konsolosluk tanıma belgesinin (*exequatur*) tanınmayan bir devletin temsilcisine verilmesi, her durumda olmasa da, genellikle o devletin tanınması anlamına gelmektedir.<sup>83</sup> Tayvan'da bir İngiliz Konsolosu görevde bulunmakla birlikte, İngiltere Tayvan hükümetini tanımamaktadır.<sup>84</sup> Geçici bir anlaşmadan farklı olarak, tanıyan ve tanınmayan bir devlet arasında ikili bir antlaşmanın yapılmasının tanıma anlamına gelmesi mümkündür; ancak birbirini tanımayan taraflar arasında bunun gibi birçok anlaşma var olduğu için bu durum kesin değildir. Konunun açıklığa kavuşması için söz konusu belli durum ile ilgili koşulların incelenmesi gerekmektedir.<sup>85</sup> Bir devlet tarafından bir entiteye karşı hak talebinde bulunmak mutlaka tanıma anlamına gelmeyecektir.<sup>86</sup>

İki ülkenin müzakerelerde yer almış olması ve çok taraflı bir antlaşma, örneğin Birleşmiş Milletler Şartı gibi, imzalamış olması nedeniyle tanınmanın gerçekleştiği sonucuna normalde ulaşamaz.<sup>87</sup> Uygulama, üye devletler veya hükümetlerin çoğunun diğer üye ülkeler tarafından tanınmadığını göstermektedir.<sup>88</sup> Her ne kadar İsrail ve birçok Arap ülkesi BM üyesiye de, bu Arapların İsrail devletini tanımamasını etkilememiştir.<sup>89</sup> Bununla birlikte, ilgili devletin söz konusu entitenin BM üyeliği lehinde oy kullanması durumunda, tanınmanın gerçekleştiği çıkarımına varmak doğaldır. Örneğin Birleşik Krallık, eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti'nin BM üyeliği lehine oy kullanarak, bu entiteyi bir devlet olarak tanıdığını kabul etmiştir.<sup>90</sup> Gerçekten de, bireysel devletler tarafından tanınma bir yana, BM Şartı'nın 4. maddesine istinaden devlet olmanın BM üyeliği için gerekli bir önkoşul olması sebebiyle BM üyeliğinin devlet olmanın güçlü bir kanıtı olduğuna kuşku yoktur.<sup>91</sup>

<sup>81</sup> Bkz., O'Connell, *International Law*, ss. 154-5. Birleşik Krallık, Namibya'nın durumunda 'devlet statüsünün resmi olarak tanınmasının söz konusu olmadığını fakat bunun 1990 yılı Mart ayında diplomatik ilişkilerin kurulmasıyla zımnen gerçekleştiğini belirtmiştir, UKMIL, 63 BYIL, 1992, s. 642. Bir büyükelçiye söz konusu yeni yönetimle uygun ve dostça temas kurulması yönünde talimat vermek de yeterli olabilir. Bkz., UKMIL, 50 BYIL, 1979, s. 294.

<sup>82</sup> Örneğin bkz., *Pan American World Airways Inc. v. Aetna Casualty and Surety Co.* 13 ILM, 1974, ss. 1376, 1397.

<sup>83</sup> Bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 171, Note 9.

<sup>84</sup> Tanınmayan bir entite ile konsolosluk görevlileri tarafından gerçekleştirilen görüşmeler, kendi başına tanıma anlamına gelmeyecektir. Örneğin bkz., H. de Smith, *Great Britain and the Law of Nations*, London, 1932, Cilt I, s. 79, ve *Civil Air Transport Inc. v. Central Air Transport Corporation* [1953] AC 70, 88-9. Örneğin Birleşik Krallık'ta tanınmayan bir entitenin bir ofis kurması, doğrudan yasak değildir ancak bunun yapılmasıyla tanıma gerçekleşmez: Örneğin bkz., Filistin Kurtuluş Örgütü ile ilgili olarak, 483 HL Deb., cols. 1248-52, 27 Ocak 1987 ve UKMIL, 58 BYIL, 1987, s. 531. 1987 tarihli Diplomatik ve Konsolosluk Mahalleri Kanunu'nun 1. maddesine göre, söz konusu binaların diplomatik veya konsolosluk olarak kabul edilmesi durumunda Dışişleri Bakanı'nun izni gerekmektedir.

<sup>85</sup> Örneğin bkz., *Republic of China v. Merchants' Fire Assurance Corporation of New York* 30 F.2d 278 (1929); 5 AD, s. 42 ve *Clerget v. Banque Commerciale pour l'Europe du Nord* 52 ILR, s. 310. Bkz., Alman Federal Cumhuriyeti ile Alman Demokratik Cumhuriyeti arasındaki özel konumla ilgili olarak, *Re Treaty on the Basis of Relations Between the Federal Republic of Germany and the German Democratic Republic* 78 ILR, s. 150. Örneğin bkz., Whiteman, *Digest*, Cilt. II, ss. 567 vd.

<sup>86</sup> Örneğin bkz., *Formosa/Tayvan ile ilgili olarak*, 6 ICLQ, 1957, s. 507 ve Kıbrıs adasına Türk müdahalesiyle ilgili olarak, 957 HC Deb., col. 247, Written Answer, 8 Kasım 1978.

<sup>87</sup> Örneğin bkz., UKMIL, 49 BYIL, 1978, s. 339 ve Whiteman, *Digest*, Cilt II, ss. 563 vd. Ayrıca bkz., *Civil Aeronautics Administration v. Singapore Airlines Ltd* [2004] 1 SLR 570; [2004] SGCA 3, para. 35; 133 ILR, ss. 371, 383.

<sup>88</sup> Bkz. Birleşmiş Milletlerde Temsil Sorununun Hukuki Yönlerine İlişkin Mutabakat Zaptı, S/1466, 1950 ve 4 *International Organisation*, 1950, ss. 356, 359.

<sup>89</sup> Örneğin bkz., Q. Wright, 'Some Thoughts about Recognition', 44 AJIL, 1950, s. 548. Ayrıca bkz., Kurucu cumhuriyetleri oldukları SSCB'nin dağılmasında önce BM üyesi olan Ukrayna ve Beyaz Rusya ile ilgili olarak, UKMIL, 55 BYIL, 1978, s. 339.

<sup>90</sup> Bkz., 223 HC Deb., col. 241, Written Answer, 22 Nisan 1993 ve UKMIL, 64 BYIL, 1993, s. 601. Benzer bir görüş, Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti ile ilgili olarak alınmıştır, 62 BYIL, 1991, s. 559.

<sup>91</sup> Bkz., *Conditions of Membership of the United Nations* davası, ICJ Reports, 1948, ss. 57 vd.; 15 AD, s. 333.

Uluslararası bir konferansa ortak katılım durumunda, benzer hususlar geçerlidir. Ancak şüphe unsuru, tanımayan devletlerin, toplantıda mevcut bulunmalarının ve toplantıdan çıkan herhangi bir anlaşmaya ilişkin ortak imza atmalarının hiçbir şekilde tanımayı kabul ettikleri anlamına gelmediğini açıkça deklare etmeleri konusunda sıklıkla uyarıcı bir etki göstermiştir. Bu durum özellikle İsrail ile ilgili olarak yıllar boyunca Arap devletleri için söz konusuydu.

Devlet uygulamaları, söz konusu zımnî tanıma konseptinin olası uygulanma kapsamını yalnızca birkaç örnek ile sınırlamıştır ve tanımayı sağlama niyetine dair tavırdan bir çıkarım yapmadan önce, tüm ilgili koşulların dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Devletler, tanıma gibi böyle önemli bir politik aracın kontrolünü kaybetmemeyi isterler ve genellikle bunun davranış biçiminden çıkarılarak gerçekleşmesine izin verme konusunda çok hevesli değillerdir. Genel olarak da tanımayı üzerinde düşünüldükten sonra gerçekleşebilecek resmi bir tasarruf olarak görmektedirler.

## ŞARTLI TANIMA

Tanımının siyasi niteliği, özellikle şartlı tanıma denilen kavrama referansla belli edilmektedir. Bu, örneğin, 19. yüzyılın sonlarında bazı Balkan ülkelerinin bağımsızlığına ilişkin olarak ortaya çıkan dinsel azınlıklara iyi muamele ya da tanınan devletlere en çok gözetilen ulus statüsü vermek gibi, belirli koşulların yerine getirilmesine tabi olan tanıma kararının uygulanmasını ifade etmektedir. Bu yaklaşımın bilinen örneklerinden biri, Sovyet hükümetinin ABD'nin iç güvenliğine zarar verecek davranışlardan kaçınmayı taahhüt etmesi üzerine ABD'nin Sovyet hükümetini tanıdığı ve çeşitli finansal sorunlarda bir çözüme varılan 1933 Litvinov Anlaşması'dır.<sup>92</sup>

Yine de belirli koşulların ihlali tanımayı geçersiz kılmaz. Söz konusu durum, uluslararası hukukun ihlaline ve siyasi tepkilere sebebiyet verse de hukuk, şartlı tanıma kavramını, bu itibarla, kabul etmemektedir. Her koşulun statüsü belirli taraflarca özel olarak yapılan anlaşmalara bağlıdır.<sup>93</sup> Bununla birlikte, ancak iki kategori uygulamada örtüşse de, şartlı tanımayı, bu anlamda, genel olarak tanıma kriterlerinin gelişiminden ayırmak önemlidir.<sup>94</sup>

## TOPLU TANIMA<sup>95</sup>

Toplu tanımının yerindeliği sıklıkla belirtilmektedir. Toplu tanıma, uluslararası bir kuruluş tarafından olsun veya olmasın, uluslararası bir karar aracılığıyla tanıma anlamına gelmektedir. Bu, şüphesiz, kolektif beyanının üyelik üzerindeki kontrolü konusunda uluslararası toplumun önemine işaret etmektedir ve bu nedenle sıcak karşılanmıştır ve de uzun bir süre için de genel bir uygulama haline gelmesi öngörülmektedir.

Söz konusu fikir, özellikle Milletler Cemiyeti'nin kuruluşundan bu yana tartışılmış ve Birleşmiş Milletler'in kuruluşuyla bir kez daha vurgulanmıştır. Fakat, üye devletlerin tanıma hakkını kendi icra mercileri için saklı tuttuğu ve bu hakkı herhangi bir uluslararası

---

<sup>92</sup> Örneğin bkz., *United States v. Pink* 315 US 203, 229 (1942), *Whiteman, Digest*, Cilt II, ss. 120 vd.; 10 AD, s. 48, ve A. Kiss, *Repertoire de la Pratique Francaise en Matiere de Droit International Public*, Paris, 1962-72, Cilt 3, ss. 40 vd.

<sup>93</sup> Örneğin bkz., *Lauterpacht, Recognition*, 19. Bölüm. Ayrıca bkz. Bulgaristan, Karadağ, Sırbistan ve Romanya ile ilgili 1878 Berlin Antlaşması ve din özgürlüğüne ilişkin hükümleri, V., XXVII., XXXV. ve XLIII. maddeler.

<sup>94</sup> Avrupa Topluluğu'nun Doğu Avrupa'da ve eski SSCB'den ve Yugoslavya'dan yeni devletlerin ortaya çıkması konusundaki yaklaşımıyla ilgili olarak yukarıya bakınız. Bu, Topluluğun ve üye devletlerin toplu tanımadan ziyade, Topluluk tarafından tanıma kriterlerine ilişkin olarak eşgüdümlü bir duruşu teşkil etmiştir.

<sup>95</sup> Örneğin bkz., *Higgins, Development of International Law*; *Dugard, Recognition*; *Lauterpacht, Recognition*, s. 400; *Chen, Recognition*, s. 211, ve *Oppenheim's International Law*, ss. 177 vd.

kuruma devretmek istemediği hızla ortaya çıkmıştır. Birleşmiş Milletler üyeliği, devlet olma durumunun en güçlü kanıtı olarak söylenebilir. Fakat, şüphesiz bu, BM üyesi devletlerden veya hükümetlerden herhangi birini tanımayı reddetmekte özgür olan diğer üye ülkeleri bağlamaz.<sup>96</sup>

## TANIMANIN GERİ ALINMASI<sup>97</sup>

Tanımaya, bir kez verildikten sonra, belli durumlarda geri alınabilir. Doğası gereği belirli bir durumun temkinli ve geçici bir değerlendirmesi olduğu için *fiili* tanıma konusunda bunun gerçekleştirilmesi çok daha kolaydır. *Fiili* bir hükümet, bir zamanlar uyguladığı etkin kontrolü kaybettiğinde, tanımının nedeni kaybolur ve tanıma feshedilebilir. Tanımaya, genellikle, siyasi gerçeklerin bir ön kabulüdür ve siyasi faktörlerin değişimine uygun olarak geri çekilebilir.<sup>98</sup> Öte yandan, *hukuki* tanıma, daha ziyade nihai bir adım olarak tasarlanmış olup geri alınması daha zordur.

Şüphesiz, *hukuki* olarak tanınan bir hükümetin devrilmesi halinde yeni bir durum ortaya çıktığı gibi yeni bir hükümet sorunu ile karşı karşıya kalınır. Bu durumda önceki yönetime ilişkin tanıma kararının geri alındığı varsayılır ve, eski hükümetin hâlâ var olmamakla birlikte bir şekilde mücadeleyi sürdürmesi koşuluyla, bunun açık bir şekilde ifade edilmesi gerekmez. Bir hükümetin tanıma kararını halefini tanımadan geri almak da muhtemeldir. Gerçekten de bu, örneğin, 1979 yılında Kolombiya'ya ilişkin olarak Birleşik Krallık ve Fransa tarafından benimsenen yaklaşım olmuştur.<sup>99</sup> Fakat, hükümetlerle ilgili yeni İngiliz politikasının benimsenmesiyle,<sup>100</sup> güncel tutum, Birleşik Krallık hükümetinin ne rejimlerin tanınması ne de tanımının geri alınması yönündedir.<sup>101</sup>

Diğer koşullar altında tanımının geri alınması çok genel bir olay değildir, ancak istisnai koşullarda bir olasılık olmaya devam etmektedir. Birleşik Krallık, İtalya'nın Etiyopya'yı işgalini 1936'da *fiili* olarak ve iki yıl sonra ise *hukuki* olarak tanımıştır. Fakat savaşın yoğunlaşması ve askeri yardım gönderilmesiyle 1940 yılında tanıma kararını geri almıştır.<sup>102</sup> Savaş halinin tanınması, doğal olarak, taraflardan birinin yenilgisi ile sona ererken, devlet olma durumuna ilişkin kriterlerden birinin kaybedilmesi tanınmayı etkiler. 1979'da Çin Halk Cumhuriyeti'nin Çin'in tek yasal hükümeti olarak tanınmasının, Çin Cumhuriyeti'nin (Tayvan) tanınma veya 'yeniden tanınma' kararının geri alınmasına yol açtığını belirtmek gerekir. Bu, "Birleşik Devletler'in resmî dış ilişkileri söz konusu olduğunda, Tayvan'da artık bir hükümetin olmadığı" anlamına gelmiştir.<sup>103</sup>

Yine de söz konusu durum, ABD iç hukuku bağlamında Tayvan ile ilgili olarak Birleşik Devletler yasalarının uygulanmasını etkilememiştir.<sup>104</sup> Bu örnekte, bir dereceye kadar, tanınmamanın olağan sonuçları ortaya çıkmamıştır, ancak bu, resmî ve kasti bir politika

<sup>96</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>97</sup> Bkz. Lauterpacht, *Recognition*, s. 349

<sup>98</sup> *Fiili* tanımının geri çekilmesi her daim *hukuki* tanımının geri çekilmesini gerektirmez: Letonya konusunda bkz., *Re Feivel Pikelny's Estate*, 32 BYIL, 1955-6, s. 288.

<sup>99</sup> Bkz. 975 HC Deb., col. 723, 6 Aralık 1979, ve C. Warbrick, 'Kampuchea: Representation and Recognition', 30 ICLQ, 1981, s. 234. Ayrıca bkz., AFDI, 1980, s. 888.

<sup>100</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>101</sup> 424 HL Deb., col. 551, 15 Ekim 1981.

<sup>102</sup> Bkz., *Azazh Kebedda v. Italian Government* 9 AD, s. 93.

<sup>103</sup> *Goldwater v. Carter* 444 US 996 (1979) davasında Temyiz Mahkemesi'nde ABD'nin özet cevabı, aktaran DUSPIL, 1979, ss. 143-4.

<sup>104</sup> Taiwan Relations Act, Pub. L. 96-8 Stat. 22 USC 3301-3316, s. 4.

tasarrufunun arka planı üzerine gerçekleşmiştir.<sup>105</sup> Bu da tanıma konusunun ne kadar karmaşık olduğunu göstermektedir.

Belli bir hükümetin eylemlerini onaylamadığını ifade etmek için başvuru olan olağan yöntem, diplomatik ilişkileri kesmektir. Bu, örneğin, hem 1927'de İngiltere ile SSCB arasındaki hem de 1967'de bazı Arap ülkeleri ve Birleşik Devletler arasındaki diplomatik ilişkilerin kopuşunda olduğu gibi, tanımayı geri almanın başlatılabileceği hukuki sonuçlara ve sorunlara yol açmadan, hoşnutsuzluğu layıkıyla göstermektir. Fakat diplomatik ilişkilerin sonlandırılması ile tanımanın geri çekilmesi birbiriyle karıştırılmamalıdır.

Tanıma, nihayetinde siyasi bir mesele olduğu için, hukuken sınırları ne kadar çizilmiş ya da koşulları ne kadar belirlenmiş olursa olsun, mantıksal olarak, bir devlet herhangi bir özel durumun tanıma kararını geri almayı haklı gerekçelere dayandırdığına inandığı takdirde, siyasi çıkarlarına uygun olduğu müddetçe, böyle bir adımı atacaktır.

## TANIMAMA<sup>106</sup>

1930'lardan bu yana, belirli koşullar altında, fiili bir durumu ortaya çıkarmak için benimsenen eylemlerin ahlaki niteliğine veya hukukiliğine dair güçlü çekincelerin bulunması hâlinde söz konusu fiili durumun tanınmadığı bir "tanımama doktrini" (*doctrine of non-recognition*) gelişmektedir. Bu, hukuki hakların hukuk dışı bir durumdan kaynaklanamayacağı ilkesi (*ex injuria jus non oritur*) ile güçlendirilmiş bir doktrindir.<sup>107</sup>

Bu yaklaşım özellikle Japonya'nın 1931 yılında Mançurya'yı istilası ile uygulamaya geçirilmiştir. ABD Dışişleri Bakanı, 1932'de hukuka aykırı istilanın, ulusal politikanın bir aracı olarak savaşı yasaklayan 1928 Paris Anlaşması'na (Kellogg-Briand Paketi) aykırı olduğu için tanınmayacağını ilan etmiştir. Hukuki olmayan araçlar yoluyla vuku bulan herhangi bir durumu, antlaşmayı ya da anlaşmayı tanımayan bu doktrin, doktrini ileri süren Amerikan Dışişleri Bakanı adıyla Stimson Doktrini olarak adlandırılmıştır. Söz konusu doktrin, uzun bir süre geçmeden, Milletler Cemiyeti Asamblesi'nin, Cemiyet üyelerinin, Milletler Cemiyeti Sözleşmesi'ne ya da Paris Paketi'ne aykırı yollarla vuku bulan herhangi bir durumu, antlaşmayı veya anlaşmayı tanımaması gerektiğini vurgulayan bir kararıyla pekiştirilmiştir.<sup>108</sup>

Ancak, İkinci Dünya Savaşı'na kadar devlet uygulamaları ümit verici olmamıştır. İtalya'nın Etiyopya İmparatorluğu'nu işgali tanınmış ve Almanya'nın Çekoslovakya'yı ele geçirmesi kabul edilmiştir. Sovyetler Birliği 1940'da Finlandiya'dan Baltık Devletlerine (Litvanya,

<sup>105</sup> Birleşik Krallık'ın "Somaliland Cumhuriyeti" konusundaki tutumu da bu doğrultuda olmuştur. Söz konusu bölge Somali'nin bir parçası olsa da 1991 yılında bağımsızlık ilan etmiştir. Tamamen hiçbir devlet tarafından tanınmasa da İngiltere, bu bölgeyle 'temaslarını sürdürmekte' ve 'oldukça yakın' çalışmaktadır: bkz., HL Deb., Cilt. 677, col. 418, 16 Ocak 2006 ve HL Deb., Cilt. 683, col. 212, 14 Haziran 2006. Ayrıca bkz., M. Schoiswohl, *Status and (Human Rights) Obligations of Non-Recognized De Facto Regimes in International Law: The Case of 'Somaliland'*, Leiden, 2004. 2004. 2012 yılında Birleşik Krallık Dış İşleri Bakanı Somaliland'ın "yarı-bağımsız" ve "otonom" olduğunu, ancak tanıma ile ilgili konunun Somaliland halkını ilgilendirdiğini ve bu konuda Afrika Birliği'nin liderlik yapabileceğini ifade etmiştir. HC 1318, 5 Ocak 2012 ve UKMIL, 83 BYIL, 2012, ss. 360-2.

<sup>106</sup> Örneğin bkz., Lauterpacht, *Recognition*, ss. 416-20, ve *Oppenheim's International Law*, ss. 183 vd. Ayrıca bkz., R. Langer, *Seizure of Territory*, Princeton, 1947; Hackworth, *Digest*, Cilt I, s. 334; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963, 25. Bölüm; Dugard, *Recognition*, ss. 24 vd. ve 81 vd., ve Crawford, *Creation of States*, ss. 120 vd. Ayrıca bkz. S. Talmon *La Non Reconnaissance Collective des Etats Illegaur*, Paris, 2007 ve M. M.H. Dahir, *Legal Implications on Non-Recognition of Somaliland: Possibilities and Barriers to Foreign Investment in Unrecognised De Facto State*, Lambert, 2015.

<sup>107</sup> Örneğin bkz., *Oppenheim's International Law*, ss. 183-4, ve *Namibia davası*, ICJ Reports, 1971, ss. 16, 46-7; 49 ILR, ss. 2, 36-7.

<sup>108</sup> LNOJ, Sp. Supp. no. 101, s. 8. Bu ilke daha sonra bir dizi bildiride tekrarlanmıştır. Örneğin bkz., 34 AJIL, 1940, Supp., s. 197. Ayrıca bkz. O'Connell, *International Law*, ss. 143-6.

Estonya ve Letonya) ve Besarabya'ya kadar uzanan bir dizi toprak ele geçirmiştir. Tüm bunlar yıllar boyunca (Amerika Birleşik Devletleri hariç) Batılı güçler tarafından *filii* olarak tanınmıştır.<sup>109</sup>

Söz konusu doktrin, 1945 yılından sonra bir kez daha gözden geçirilmiştir. BM Şartı'nın 2(4). maddesi, herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne karşı kuvvet kullanma tehdidini ya da kuvvet kullanılmasını yasaklarken; 1949 tarihli Devletlerin Hakları ve Ödevleri Bildirisi taslak metni, tehdit veya güç kullanımıyla veya uluslararası hukuka ve uluslararası düzene aykırı diğer yollarla devletlerce kazanılan toprakların tanınmayacağını vurgulamıştır. 1970 tarihli Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirgesi, ayrıca, kuvvet kullanımı tehdidinden veya kuvvet kullanımından kaynaklanan hiçbir toprak kazanımının hukuki olarak tanınmaması<sup>110</sup> amacına yönelik bir hüküm içermiş ve Orta Doğu'daki uyuşmazlık çözümüne ilişkin Güvenlik Konseyi'nin 242 (1967) sayılı kararı ise "savaş yoluyla toprak kazanımının kabul edilmezliğini" vurgulamıştır.<sup>111</sup>

Rodezya, Kasım 1965'te tek taraflı olarak bağımsızlığını ilan etmiş ve 1974 Devrimi'nden önce Güney Afrika ve Portekiz ile diplomatik ilişkiler sürdürmesine rağmen, varlık gösterdiği yıllarda, herhangi bir devlet tarafından resmî olarak tanınmamıştır. Rodezya'nın bağımsızlık ilanının ertesi günü, Güvenlik Konseyi, tüm devletleri tanımamaya ve ona yardımdan kaçınmaya çağırarak bir kararı kabul etmiştir.<sup>112</sup> Konsey, Rodezya'ya seçici zorunlu ekonomik yaptırımlar uygulamış ve daha sonra söz konusu yaptırımların kapsamı genişletilmiştir.<sup>113</sup> Güney Afrika topraklarında bağımsızlık ilan eden Bantustans konusunda da benzer bir tutum sergilenmiştir.<sup>114</sup> Güvenlik Konseyi, 1974'te Türkiye'nin Kıbrıs'a müdahalesini kınadığı ve adanın Kıbrıs Türk devleti olması önerilen bu bölümünü "hukuken geçersiz" olarak nitelendirdiği 541 sayılı kararı kabul etmiştir.<sup>115</sup> 1990 yılında, Güvenlik Konseyi, Irak'ın Kuveyt'in ilhakını "geçersiz ve hükümsüz" ilan eden 662 sayılı kararı kabul etmiş ve bütün devletleri ve kurumları ilhakı tanımamaya çağırmıştır.<sup>116</sup> Uluslararası hukuku ihlal ederek saldırganlık yoluyla edinilen toprakları tanımama ilkesi, Bosna'da saldırganlıkla ilgili olan *Brcko Inter-Entity Boundary* kararında tekrar teyid edilmiştir.<sup>117</sup>

1971'de Namibya davasındaki Güney Afrika'nın bu topraklardaki varlığıyla ilgili olarak Uluslararası Adalet Divanı'nın İstisari Görüşü'nde, tanımamanın yaptırım aracı rolüne sahip olmasının yanı sıra bir baskı yöntemi ve bir bölgenin haksızlığa uğrayan sakinlerini koruma yöntemi olması da etraflıca tartışılmıştır. Mahkeme kararıyla, Güney Afrika'nın süregelen

<sup>109</sup> O'Connell, *International Law*, ss. 143–6.

<sup>110</sup> Ayrıca bkz., 1933 tarihli Devletlerin Hakları ve Ödevleri Hakkında Montevideo Sözleşmesi; 1948 tarihli Afrika Devletleri Birliği Bogota Şartı'nın 17 maddesi ve 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 52. maddesi. Ayrıca 3314 (XXIX) sayılı kararı ile Genel Kurul tarafından kabul edilen Saldırının Tanımı Uzlaşısı'nın 5(3). maddesine bakınız.

<sup>111</sup> Ayrıca bkz., İsrail tarafından Kudüs'ün statüsünde yapılan sözde değişikliklerin hükümsüzlüğünü açıklayan Güvenlik Konseyi'nin 476 (1980) ve 478 (1980) sayılı kararları ve İsrail'in yasalarını, yargı ve yönetimini Golan Tepeleri'ne genişletmesinin uluslararası hukuki sonuç doğurmadığını belirten 491 (1981) sayılı kararı.

<sup>112</sup> Güvenlik Konseyi'nin 216 (1965) sayılı kararı. Ayrıca bkz., Güvenlik Konseyi'nin 217 (1965), 277 (1970) ve 288(1970) sayılı kararları.

<sup>113</sup> Örneğin bkz., Güvenlik Konseyi'nin 221 (1961), 232 (1966) ve 253 (1968) sayılı kararları. Ayrıca bkz., M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa*, Oxford, 1986, s. 160; R. Zacklin, *The United Nations and Rhodesia*, Oxford, 1974, ve J. Nkala, *The United Nations, International Law and the Rhodesian Crisis*, Oxford, 1985.

<sup>114</sup> Örneğin bkz., 31/6A sayılı Genel Kurul kararı ile 21 Eylül 1979 ve 15 Aralık 1981 tarihli Güvenlik Konseyi beyanları, Shaw, *Title to Territory*, s. 149. Ayrıca bkz. J. Dugard, *International Law, A South African Perspective*, Kenwyn, 1994, 5. Bölüm.

<sup>115</sup> Yukarıya bkz., 5. Bölüm, s. 170. Ayrıca bkz., *Cyprus v. Turkey*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10 Mayıs 2001 tarihli kararı, para. 60–1; 120 ILR, s. 10.

<sup>116</sup> Bkz., 22. Bölüm.

<sup>117</sup> 36 ILM, 1997, ss. 396, 422.



işgalinin hukuk dışı olmasından dolayı, Birleşmiş Milletler üye devletleri, Güney Afrika'nın Namibya ile ilgili tasarruflarının hukuka aykırılığını ve geçersizliğini tanımakla mükellef kılınmıştır. Ayrıca devletle Güney Afrika'nın varlığının ve yönetiminin, ya da ona desteğin veya yardımın, hukukiliğinin tanınması anlamına gelen herhangi bir eylemden kaçınma yükümlülüğü altına girmişlerdir.<sup>118</sup>

## TANIMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

Bu bölümde hem uluslararası alanda hem de belirli devletlerin iç hukukları dahilinde bir entitenin tanınması veya tanınmaması nedeniyle ortaya çıkan hukuki sonuçlardan bazılarını değinilecektir. Her ne kadar tanıma meşru olarak bir siyasi araç olarak görülebilirse de hukuk alanında önemli sonuçlar doğuran bir husustur.

### Uluslararası Sonuçları

Çoğu durumda, bir devletin ya da bir hükümetin tanınması, fiilî bir durumun hukuki onayı olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte, örneğin bir devletin tanınmaması, elbette, tanınmanın hukuki kişiliğinin asli unsuru olduğunu söylemenin mümkün olabildiği durumlar haricinde, bu entitenin uluslararası hukuk önünde haklardan ve ödevlerden mahrum kalacağı şeklinde yorumlanmamalıdır.

Genel olarak, bir devletin siyasi varlığı diğer devletlerce tanınmasından bağımsızdır ve bu nedenle tanınmayan bir devlet uluslararası hukuk kurallarına tabi sayılmalıdır. Saldırgan tutum konusundaki kısıtlamalardan muaf olduğunu düşünmemelidir, ayrıca da toprakları "sahipsiz toprak" (*terra nullius*) olarak kabul edilemez. Uluslararası anlaşmalara imza atan devletler, anlaşmayı kabul etmemiş fakat benzer biçimde sözleşme imzalamış devletlerin bu sözleşmeye bağlı olduğunu varsaymak hakkına sahiptirler. Örneğin, Birleşik Krallık, Alman Demokratik Cumhuriyeti'ni tanımadığı zamanda bile, söz konusu devletin 1963 Nükleer Test Yasağı Anlaşması'nın imzasıyla bağlı bulunduğunu varsaymıştır.

Tanınmama, diplomatik ilişkilerin bulunmaması nedeniyle, tanınmayan devleti, haklarını iddia etmek konusunda veya diğer devletleri uluslararası hukuk uyarınca ödevlerini yerine getirmek konusunda etkileyebilir; ancak bu tür hak ve ödevlerin varlığını etkilemez. Bununla birlikte, tutum iç hukuka göre farklılık gösterir.

### Ülke İçindeki Sonuçları

Tanıma, temel olarak, siyasi bir tasarruf olduğundan, hükümetin yürütme organına aittir. Bu, yargının genel bir ilke olarak yürütmenin takdir yetkisini kabul etmesi ve kararlarını uygulaması gerektiği anlamına gelir. Mahkemeler, bir devleti ya da hükümeti tanıyamazlar. Bu durum, hükümetlerin açıkça tanıma yerine bu tür entitelerle ilişki kurma yoluna doğru yönelmeleri şeklindeki politika değişiklikleri ile daha karmaşık bir hâl almasına rağmen, yalnızca yürütmenin siyasi kararından kaynaklanan hukuki sonuçları kabul edebilir ve uygulayabilir.

Bu kapsamda, tanıma kurucudur, çünkü tanıma tasarrufunun kendisi, ulusal yetki içerisinde hukuki sonuçlar doğurur. Özellikle Birleşik Krallık'ta ve Amerika Birleşik Devletleri'nde, mahkemeler, belirli bir entitenin tanınmış olarak görülüp görülmeyeceği konusunda hükümetin yürütme organının kararını kabul etmekle kendilerini yükümlü

<sup>118</sup> ICJ Reports, 1971, ss. 16, 54, 56; 49 ILR, ss. 2, 44, 46. BM üyesi olmayan devletler de benzer şekilde yükümlü tutulmuştur, *a.g.e.* Tanınmama yükümlülüğü genişletilmemiştir, fakat sadece bölge sakinlerinin zararı nedeniyle göz ardı edilebilecek etkiye sahip insani nitelikteki belirli tasarruflar için genişletilmiştir. *A.g.e.*, s. 56 ve *Cyprus v. Turkey*, Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi, 10 Mayıs 2001 tarihli kararı, para. 90-8; 120 ILR, bkz., 5. Bölüm.

hissetmektedirler. Yönetim, bir devlet veya hükümeti tanır ve bu bağlamda yargıyı bir beyanname aracılığıyla bilgilendirirse, o devletin veya hükümetin ulusal yapı içerisindeki tutumu tamamen değişir.

Yerel mahkemelerde dava açabilir ve bazı durumlarda davadan bağımsızlık (muafiyet) temin edilebilir. Kendi yasama ve yürütme tasarrufları, tanıyan devletin mahkemelerinde yürürlüğe girecektir ve diplomatik temsilcileri, tanınan devletin resmî elçisine verilen çeşitli bağımsızlıkları talep edebilecektir. Buna ek olarak, tanıyan devletin selefine ait olan devlet mallarını edinme hakkı olacaktır. Yürütme tarafından tanınmanın gerçekleşmesi ile iç hukuk mahkemeleri tarafından ulusal hukuk siteminde bunun sonuçlarının tartışılması arasındaki ayrıma dikkat çekmek de önem arz etmektedir.

## BİRLEŞİK KRALLIK<sup>119</sup>

İngiliz mahkemeleri, uzun yıllar boyunca, Dışişleri Bakanlığı tarafından tanınmayan bir entitenin, mahkemelerde var olmaması gibi davranılacağı ve bu nedenle mahkeme önünde yargı dokunulmazlığı talep edemeyeceği konusundaki tutumu benimsemiştir.<sup>120</sup> Bu, bir davada, tanınmayan 'Kuzey Rusya Geçici Hükümeti' gemilerinin kendilerini etkileyen iddialardan mahkemelerce korunmaması anlamına geliyordu.<sup>121</sup> Benzer şekilde, tanınmayan bir devlet veya hükümet, mahkemelerde bir davada davacı olarak bulunamaz. Bu özel ilke, 1804'te Bern devrimci hükümetinin, İngiltere Merkez Bankası'nı şehrin önceki idaresine ait fonlarla uğraşmaktan alıkoymak için harekete geçmesini önlemiştir.<sup>122</sup>

Bir entitenin yerelde tanınmasının etkileri konusunda İngiliz hukukunda önde gelen dava *Luther v. Sagor*'dur.<sup>123</sup> Söz konusu dava, 1919'da Sovyet hükümeti tarafından kamulaştırılmış olan davacının Rusya'da sahip olduğu bir kereste fabrikasının faaliyetlerini ve üretimini ilgilendiriyordu. 1920'de davalı şirket SSCB'den bir miktar ahşap satın almıştır ve bu, fabrikasında olan mallardan geldiği için davacı tarafından İngiltere'de talep davası açılmıştır. İngiltere tarafından Sovyet hükümeti tanınmadığı için 1919 Sovyet Kararnamesi'nin İngiliz mahkemelerinde göz ardı edilmesi gerektiği davacılar tarafından savunulmuştur. Alt mahkeme bu itirazı kabul etmiş ve ardından konu Temyiz Mahkemesi'ne taşınmıştır.<sup>124</sup>

Bu süre içinde, Birleşik Krallık Sovyet hükümetini *filen* tanımıştır ve Dışişleri Bakanlığı bunu Temyiz Mahkemesi'ne yazılı olarak bildirmiştir. Sonuçta, yüksek mahkeme Sovyet kararnamesini dikkate almak zorunda kalmış ve buna göre, mahkeme tanınan bir devlet ya da hükümetin mevzuatını yürürlüğe koymakla yükümlü olduğundan, davacılar davalarını kaybetmiştir. Mahkeme ayrıca, Sovyet hükümetinin *filen* ve *hukuki* olarak tanınmış olmasının konuyu etkilemediğine hükmetmiştir. Bir diğer ilginç nokta, Dışişleri Bakanlığı beyannamesinde, Birleşik Krallık tarafından tanınan Rusya Geçici Hükümeti'nin Aralık 1917'de dağılmış olduğuna ilişkin bir bildirim bulunduğu için, Mahkeme o tarihten itibaren Sovyet hükümetinin başlamış olduğu sonucuna varmıştır.

Meselenin özü, Sovyet hükümetinin Aralık 1917'den itibaren SSCB'nin egemen hükümeti olarak kabul edilmesi idi. Ve, tanıma kararı verildiğinde, tanıma geriye dönük olduğundan ve tanıma tarihinin değil de hükümetin otoritesinin kurulduğu kabul edilen tarihe ilişkin

<sup>119</sup> Örneğin bkz., Talmon, 'Recognition of Governments', ss. 275 vd.; Greig, 'Carl-Zeiss Case', ve J. G. Merrills, 'Recognition and Construction', 20 ICLQ, 1971, s. 476.

<sup>120</sup> Örneğin bkz., *Halsbury's Laws of England*, 4. Baskı, London, 1977, Cilt: 18, s. 735.

<sup>121</sup> *The Annette* [1919] s. 105; 1 AD, s. 43.

<sup>122</sup> *The City of Berne v. The Bank of England* (1804) 9 Ves. Jun. 347.

<sup>123</sup> [1921] 1 KB 456; 1 AD, s. 47.

<sup>124</sup> [1921] 3 KB 532; 1 AD, s. 49.

geriye yürütülerek uygulandığından, Sovyet hükümeti söz konusu tarihte Birleşik Krallık tarafından tanınmamış olduğu halde, 1919 Sovyet Kararnamesi tanınan hükümetin hukuki tasarrufu olarak sayılmıştır.

Geriye dönük hükmün amacı,<sup>125</sup> tanınan entitenin iç işlerine olası etkiden kaçınmaktır. Zira, aksi takdirde, tanınma öncesindeki mevzuat reddedilebilir. Bununla birlikte, bu, daima devletin tanımayı mahkemelerine bildirimde bulunduğu icra beyannamesinin şartlarına bağlı olacaktır. Dışişleri Bakanlığı söz konusu devlet veya hükümetin, dava tarihi itibarıyla egemen bir devlet veya hükümet olarak tanınması konusunda ısrar ederse, mahkemeler de buna bağlı olacaktır.

Mevzuatta olduğu gibi, tanınmayan bir hükümet tarafından yapılan sözleşmeler İngiliz mahkemelerinde uygulanmayacaktır. Siyasi otoritelerin öngördüğü eylem olmadan, tanınmayan bir entite tüzel kişi olarak mahkeme önünde bulunamaz. *Luther v. Sagor* davası genel olarak *fiili* bir tanınmanın hukuki sonuçlarının *hukuki* bir tanıma ile aynı olacağını öne sürmüştür. Bu, *Haile Selassie v. Cable and Wireless Ltd (No. 2)*<sup>126</sup> davasında da vurgulanmış, ancak *fiili* hükümetin etkin bir şekilde kontrol ettiği kabul edilen topraktaki kişiler veya mülklerle ilgili tasarruflar ile sınırlı olarak kabul edilmiştir.

Başka bir deyişle, devlet veya hükümet bölgesi dışında yer alan kişiler veya mülkler konusunda farklı bir durum ortaya çıkacaktır. *Haile Selassie* davasında, Etiyopya İmparatoru bir anlaşma uyarınca ona borçlu olan İngiliz şirketine dava açmıştır. Sorun, olay ortaya çıktığı dönemde, Birleşik Krallık İtalyan kuvvetlerini Etiyopya'daki *fiili* otorite olarak tanırken, Haile Selassie'nin ise hâlâ *hukuki* egemen olarak kabul edilmesiydi. Dava, Etiyopya'da kişilere veya mülklere ilişkin olarak tasarrufların geçerliliği ile ilgili değil İngiltere'de dava ettirilebilecek bir borçla ilgili olduğu için, Mahkeme, *hukuki* otorite olan İmparator Haile Selassie'nin şirketten borçlu olunan meblağ hakkına sahip olduğuna ve İtalyanların *fiili* kontrolünün bu durumu etkilemediğine hükmetmiştir.

Bununla birlikte, davalıların temyiz başvurusu yapılmadan önce, Birleşik Krallık *hukuki* tanımayı Etiyopya'daki İtalyan makamlara genişletmiştir. Temyiz Mahkemesi, bunun *fiili* tanınmanın yapıldığı tarihten itibaren gerçekleştiğini ve bu tarihten itibaren geçerli sayıldığını kabul etmiştir. Bu durum davanın başlamasından önce ortaya çıktığı için, İtalyan hükümetinin, duruşma öncesinde ve esnasında, Etiyopya'nın *fiili* hükümeti olarak tanınması gerektiği anlamına geliyordu. Buna göre, Haile Selassie söz konusu borcun ifası için açılan davada herhangi bir haktan mahrum bırakılmıştır.

*Fiili* (*de facto*) bir hükümet ile *yasal* (*de jure*) bir hükümet arasındaki ilişki hakkındaki bu sorun, İngiliz mahkemeleri söz konusu olduğunda, İspanyol İç Savaşı sırasında tekrar ortaya çıkmıştır. *Arantzazu Mendi*<sup>127</sup> davası İspanya'nın Bask bölgesinde bulunan Bilbao'da kayıtlı özel bir buharlı gemiyle ilgilidir. Haziran 1937'de, bölgenin General Franco güçleri tarafından ele geçirilmesinin ardından, muhalif Cumhuriyetçi hükümet Bilbao'da kayıtlı tüm gemilere el koyan bir kararname yayınlamıştır. Dokuz ay sonra Franco'nun Milliyetçi hükümeti de tüm Bilbao gemileri üzerinde kontrolü ele geçirdiğini belirten bir kararı onaylamıştır. Bu arada, Cumhuriyetçi hükümet geminin mülkiyetini ele geçirmek için bir ferman yayınladığı sırada, Arantzazu Mendi'nin kendisi Londra'da bulunuyordu. Gemi sahipleri, Milliyetçilerin el koyma emrini kabul ettikleri halde buna karşı çıkmışlardır.

Başka koşullarda diğer devletin mahkemeleri önüne getirilmedikçe, tanınan bir devlete karşı dava açılmayacağı hususu uluslararası hukuk kuralı olarak kabul edilmişti. Buna göre, kontrol altına aldıkları alanlar üzerindeki yetkileri Birleşik Krallık hükümeti tarafından

<sup>125</sup> Örneğin bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 161, ve Whiteman, *Digest*, Cilt: 2, ss. 728-45.

<sup>126</sup> [1939] 1 Ch. 182; 9 AD, s. 94

<sup>127</sup> [1939] AC 256; 9 AD, s. 60.

fiilen tanınmış olduğu için, Milliyetçiler, kararnamelerinin de geçerli olduğunu ve İngiliz mahkemelerinde reddedilemez olduğunu savunmuştur. Bu nedenle, Cumhuriyetçi hükümet tarafından açılan dava reddedilmelidir.

Dava, Bilbao bölgesi dahil olmak üzere İspanya'nın çoğunda *fiili* otoritesi olan Milliyetçi hükümetin egemen devlet olarak görülen ve bundan sonraki normal bağışıklıklardan yararlanabilme hakkına sahip olduğuna karar verilen Lordlar Kamarası'na taşınmıştır. Bu nedenle, Cumhuriyetçi hükümet tarafından açılan dava başarısız olmuştur. Lordlar Kamarası, *fiili* otoritenin egemenlik yetkilerini kullandığı toprakların zaman zaman artması veya azalmasının bir önemi olmadığını belirtmiştir.<sup>128</sup> Bu dava, *fiili* bir otoritenin niteliklerine atfedilen en önemli noktaya işaret etmektedir ve bu tür bir entitenin statüsünün aşırı cömert değerlendirilmesi nedeniyle eleştirilebilmektedir.<sup>129</sup>

*De jure* bir hükümet ile aynı bölge üzerinde hak iddia eden *de facto* hükümetin hak ve yükümlülüklerinin çatışması durumunda İngiliz mahkemesinin karşılaştığı sorunlar kısaca belirtilmiştir. Temel olarak, kontrol alanı içerisindeki insanlara ve mülklere ilişkin *de facto* bir otoritenin davaları İngiliz mahkemesinde görülecektir, ancak mülkiyetin İngiltere'de bulunması ve tazmin edilebilmesi için ise *de jure* egemenliği önceliklidir. Biri diğerini ilga etmesinden dolayı, aynı devletin tanınan iki *de facto* hükümetinin çıkarları söz konusu olduğunda, benzer bir karmaşık durum ortaya çıkar. Geçmişe yürürlük konusu ile ilgili sorunlar ortaya çıkabilir; başka bir deyişle, mahkeme *de jure* bir hükümetin işlemlerini ne kadar geriye götürecektir, zira tanıma genellikle belirli devlet veya hükümetin kuruluşundan başlayarak yürürlüğe girer.

Bu konu, *Gdynia Ameryka Linie v. Boguslawski* davasında tartışma konusu olmuştur.<sup>130</sup> İkinci Dünya Savaşı sırasında Londra'da bulunan sürgündeki Polonya hükümeti, İngiltere tarafından Polonya'nın yasal hükümeti olarak tanınıyordu. Fakat, 28 Haziran 1945 tarihinde komünist geçici hükümeti ülkeyi etkin kontrol altına almış ve 5 Temmuz gece yarısı Birleşik Krallık, bu hükümeti Polonya'nın yasal hükümeti olarak kabul etmiştir. Söz konusu tanımadan iki gün önce, sürgündeki Polonya hükümeti, tüccar donanma hizmetinden ayrılması durumunda Polonyalı denizcilere tazminat teklifinde bulunmuştur. Para, ferdi işverenler tarafından, komünist geçici hükümet için çalışmak istemeyen denizcilere ödenecekti. *Boguslawski* davasında, işverenler tazminat talep eden denizcilere tazminat ödemeyi reddederek Birleşik Krallık'ın geçici hükümeti fiili olarak tanımamasının bu hükümetin ülkeyi etkin bir şekilde ele geçirdiği tarih olan 28 Haziran'dan geriye dönük olduğunu savunmuştur. Durum böyle olsaydı, sürgündeki hükümetin 28 Haziran'dan sonraki tasarrufları yürürlükten kalkar ve böylece tazminat teklifleri İngiliz mahkemelerinde uygulanamazdı.

Lordlar Kamarası, tanımanın geriye dönük olarak yürüdüğüne dair genel kabule vurgu yapmıştır. Bununla birlikte, mahkemelerin, sadece tanımanın ardından yeni hükümet tarafından gerçekleştirilen tasarrufları değil, aynı zamanda tanıma öncesindeki tasarrufları, 'ki bu tasarrufların yapıldığı zamanda bu hükümetin kontrolü altında olan konulara ilişkin olmasından ötürü', yürürlüğe koymak zorunda olduklarını beyan ederek ifadeyi değiştirmişlerdir.<sup>131</sup> Yeni hükümetin tanınmasının geriye dönük belirli etkileri bulunmakla birlikte, eski hükümetin tanınmasının, fiilen geri çekildiği tarihe kadar yürürlükte kaldığı belirtilmiştir. Eski hükümetin, tanımanın feshinden önce, yeni hükümetin kontrolü altındaki konularla ilgili olarak harekete geçmeye çalışması halinde sorunların ortaya çıkma ihtimali olsa da bu dava için söz konusu olmamıştır.

<sup>128</sup> Örneğin bkz., Lord Atkin, [1939] AC 256, 264-5.

<sup>129</sup> Örneğin bkz., Lauterpacht, *Recognition*, ss. 288-94.

<sup>130</sup> [1953] AC 11; 19 ILR, s. 72.

<sup>131</sup> Lord Reid, [1953] AC 11, 44-5; 19 ILR, ss. 81, 83.

Başka bir deyişle ve söz konusu davanın koşullarında, tanınmanın geriye yürümesi ilkesi, yeni hükümetin etkin kontrolü dahilindeki konularla sınırlı olarak kabul edilmiştir. Yeni hükümetin etkin kontrolü dışındaki bir şeyin söz konusu olduğu durumda ise tanınmanın geriye dönük olarak yürümediği ve bilfiil tanıma tarihinden önce, bir önceki yasal hükümetin tasarruflarının kabul edilmesi ve yürürlüğe sokulması gerektiği görülmektedir.

Bu, özellikle de bir mahkemenin çatışan eylem biçimleriyle karşı karşıya bulunduğu durumlarda, birtakım karmaşık durumlara yol açabilir ki bu da *yasal* bir hükümet bir başkası tarafından ilga edilince tahmin edilmesi zor olmayan bir durumdur. Bu durum, örneğin tanınmayı kaybetmek üzere olduğunu fark eden bir hükümetin, İngiliz mahkemelerinde icra edilebilecek şekilde kendi destekçilerine mali ya da başka türlü kararlar çıkartması hükümetin kötüye kullanılmasına yol açabilir. Yeni hükümet, eski hükümetin kararnamelerinin yürürlüğünü hükümsüz kılmak amacıyla tersine talimatlar yayınlamış olsaydı, *Boguslawski* davasında incelenmeyen şey olacaktı.

Aynı yıl mahkeme önüne gelen diğer bir dava *Civil Air Transport Inc. v. Central Air Transport Corporation*<sup>132</sup> davasıdır ve bu dava da, benzer şekilde, yukarıda bahsi geçen soruları cevaplamakta başarısız olmuştur. Bu dava Çin'in milliyetçi hükümetine ait, İngiliz Kraliyet Sömürgesi olan Hong Kong'a gönderilen, uçakların satışını içeriyordu. Bu uçaklar, komünist hükümetin ülke üzerinde fiili kontrol kurmasından sonra bir Amerikan şirketine satılmış, fakat öncesinde hükümet Birleşik Krallık tarafından tanınmıştır. Mahkeme, milliyetçi hükümetin uçaklarda hak sahibi olduğunu kabul etmiş ve şunları belirtmiştir:

*"Tanınmanın geriye yürümesi, sonrasında yeni de jure hükümet halini alan de facto bir hükümetin tasarruflarını doğrulamak ve önceki de jure hükümetin tasarruflarını geçersiz kılmamak için gerçekleşmektedir."*<sup>133</sup>

Komünist hükümetin, Amerikan şirketine satışı hükümsüz kılma girişimde bulunmadığını belirtmek gerekir. Böyle bir şey yapsaydı, yeni bir durum yaratılmış olacaktı; ancak bunun hukuki sonucu önemli ölçüde değiştirip değiştirmeyeceği hususu hâlâ belirsizliğini korumaktadır.

Tanuma (ve son dönemde diplomatik ilişkiler) bağlamında Birleşik Krallık tarafından bağlı kalınan genel doktrin, etkin (fiili) kontrol delilleri uyarınca uzlaşılmasıdır. Fiili durumları yasal olarak tanımak için kullanılmakta olup onay veya aksini ibraz etme yöntemi değildir. Ne var ki, bütün vakalar bu şekilde olmayıp, ülkelerini fiili kontrol altında tuttuğu halde Birleşik Krallık tarafından tanınmayan bir dizi hükümet söz konusudur. En temel örneklerden biri, eski Alman Demokratik Cumhuriyeti idi. Tanınmanın başlıca sonucu, İngiliz mahkemelerinin, tanınmayan bir entitenin hiçbir kanununu yürürlüğe koymayacağıdır. Bu nedenle, uluslararası siyasi ve ticari hayatta olağan problemlerin ortaya çıkması muhtemeldir.

Bu konu, mahkemelerin önüne *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd (No. 2)* davası<sup>134</sup> kapsamında gelmiştir. Dava, 1952'de Gera Konseyi olarak yeniden kurulan özel bir kurul tarafından işletilen *Carl Zeiss* Vakfı ile ilgiliydi. Sorun, vakfın Alman Demokratik Cumhuriyeti'nde (GDR) yer alması ve *Carl Zeiss* Vakfı'nın yönetim organı olarak Gera Konseyi'nin kuruluşunun GDR'deki bir yerel hükümetin yeniden düzenlenmesinden etkilenmesi idi. *Carl Zeiss*, İngiliz mahkemelerinde dava açtığında, Birleşik Krallık'ın GDR'yi tanımaması sebebiyle, kuruluşun yönetim organının mahkemelerce kabul edilip edilmeyeceği konusunda bir sorun ortaya çıkmıştır. Dışişleri Bakanlığı, Birleşik Krallık'ın "Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği Devletini ve Hükümetini bölgenin (yani GDR,

<sup>132</sup> [1953] AC 70; 19 ILR, ss. 85, 93, 110. Ayrıca bkz., F. A. Mann, 'Recognition of Sovereignty', 16 MLR, 1953, s. 226.

<sup>133</sup> [1953] AC 70, 90; 19 ILR, ss. 110, 113.

<sup>134</sup> [1967] AC 853; 43 ILR, s. 42. Ayrıca bkz., Greig, 'Carl-Zeiss Case'.

eski Sovyet işgal bölgesinin) *fili* olarak yetkili yönetim organı”<sup>135</sup> olarak tanıdığını tasdik ettiğinden, Temyiz Mahkemesi, GDR tarafından ortaya konulan herhangi bir kuralın ya da tüzüğün yürürlükte olmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Lordlar Kamarası, bununla birlikte, İngiliz mahkemeleri sistemini, ayrıntılı bir kurgu vasıtasıyla, daha zor bir durumdan kurtarmıştır.

Dışişleri Bakanlığı beyannamesi, içerdiği unsurlara göre mahkemeleri bağlayıcı nitelikte olduğundan, mantıksal olarak, GDR'nin kuruluşuna bakmaksızın, mahkemelerin SSCB'yi Doğu Almanya'nın hukuki yönetim otoritesi olarak tanınması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeler, fiili durumu siyasi olarak inceleme yetkisine sahip değildi. Sadece Dışişleri Bakanlığı beyannamesinde belirtilen hususları kabul etmek ve yürürlüğe koymakla yükümlüydüler. Bu nedenle, Sovyetler Birliği hukuki egemen olup GDR hükümeti bağlı ve bağımlı bir organ olarak kabul edilmelidir.

Buna göre, Mahkeme, Birleşik Krallık'ın Sovyetler Birliği'nin *hukuki* statüsünü tanınmasına dayanarak Carl Zeiss Vakfı'nın ve de yalnızca SSCB'nin yasal bir oluşumu olan idari bir organ olarak GDR'nin varlıklarını tanıyabilirdi.

*Carl Zeiss* davasında ortaya çıkan sorun, 1965 yılında Smith rejimi tarafından tek taraflı bağımsızlık ilan edildikten sonra Rodezya ile ilgili bir dizi davada tekrar gündeme gelmiştir. Temel olarak, kendi topraklarında etkin kontrol uygulayan bir hükümet veya devlet Birleşik Krallık tarafından tanınmazsa, “*no recognition, no existence*” (tanıma yoksa mevcudiyet de yoktur) kuralının sıkı bir şekilde uygulanması çok daha fazla zorluğa ve elverişsizliğe neden olabilir. Bundan ötürü, *Adams v. Adams*<sup>136</sup> davasında İngiliz mahkemesinde bir Rodezya boşanma kararı tanınmamıştır. Bununla birlikte, 1974 tarihinde adaya Türk müdahalesini müteakip Kıbrıslı Rumların sahip olduğu fakat Kıbrıslı Türkler tarafından işletilen otellere yönelik bir ihlal davasıyla ilgili olan *Hesperides Hotels Ltd v. Aegean Turkish Holidays*<sup>137</sup>de, Lord Denning, mahkemelerin, bir bölgede etkin kontrole sahip tanınmayan bir entitenin, kanunlarını ve tasarruflarını, en azından halkın günlük işlerini düzenleyen kanunlarla ilgili olarak, tanıyabileceğine ilişkin kanaatini belirtmiştir.<sup>138</sup> Bu, şüphesiz, dikkatli bir şekilde ele alındığında ve insani ve egemen olmayan durumların belirlenmesi ile sınırlı olması koşuluyla cazip bir yaklaşımdır.<sup>139</sup>

*Cağlar v. Bellingham* davasında, tanınmayan yabancı bir hükümetinin varlığı, ticari yükümlülükler veya bireyler arasındaki özel hukuk konularında ya da doğum kayıtları, evlilik ve ölümler gibi rutin idari konularda kabul edilebilirken; mahkemeler, tanınmayan bir devletin varlığını kabul etmezler; zira bu takdirde, mahkemeler, Birleşik Krallık'ın dış politika veya diplomatik duruşuyla tutarsız bir davranışın içine girmiş olacaktırlar.<sup>140</sup> *Emin v. Yeldag* davasında, Mahkeme, kanuni yasak olmadığı<sup>141</sup> ve böyle bir kabulün Birleşik Krallık hükümetinin dış ilişkilerin yürütülmesini tehlikeye atmadığı takdirde, tanınmayan bir devlet içinde gerçekleşen özel tasarrufların İngiliz hukuk sistemi içerisinde geçerli

<sup>135</sup> [1966] 1 Ch. 596; 43 ILR, s. 25.

<sup>136</sup> [1971] P. 188; 52 ILR, s. 15.

<sup>137</sup> [1978] QB 205; 73 ILR, s. 9. Ayrıca bkz., M. N. Shaw, ‘Legal Acts of an Unrecognised Entity’, 94 LQR, 1978, s. 500.

<sup>138</sup> [1978] QB 205, 218; 73 ILR, ss. 9, 15. Ayrıca bkz. Steyn J, *Gur Corporation v. Trust Bank of Africa Ltd* [1986] 3 WLR 583, 589, 592; 75 ILR, s. 675.

<sup>139</sup> Daha fazlası için bkz., *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, ss. 16, 56; 49 ILR, ss. 2, 46, ve *Cyprus v. Turkey*, European Court of Human Rights, Judgment of 10 May 2001, para. 90–8; 120 ILR, s. 10.

<sup>140</sup> 108 ILR, s. 510, 534.

<sup>141</sup> Birleşik Krallık ve Güney Rodezya arasındaki ilişkilere ilişkin *Adams v. Adams* [1970] 3 All ER 572 davası örneğinde olduğu gibi.

sayılabileceğine hükmetmiştir.<sup>142</sup> Aslında, meselenin mevcut İngiliz yasalarında tanınan bir kişinin yasal tasarruflarıyla ilgili olduğu durumlarda, bu kişiler İngiliz mahkemelerinde yargılanabilecek ve, tanınmayan devlet dava ile ilişkilendirilebileceğinden, hukuk dışılıkla kusurlu olmayacaktır.<sup>143</sup>

Bununla birlikte, birçok durumda, bir entitenin “devlet” olup olmadığı ile ilgili sorunlar belirli bir yasal hükmün yorumuyla bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır. Mahkemelerin yaklaşımı, Dışişleri Bakanlığı beyannamesinden ziyade ilgili enstrümanın oluşumuna veya devlet olma hakkında uluslararası hukukun herhangi bir tanımına odaklanmaktadır.<sup>144</sup>

Tanımamaya ilişkin önemli sorunlardan bazıları 1991 tarihli Yabancı Şirketler Yasası’nda ele alınmıştır. Bu, Birleşik Krallık hükümeti tarafından devlet olarak tanınmayan bir bölgede kurulu bir şirketin, bu bölge yasalarının yerleşik bir mahkeme sistemi tarafından başvuru Birleşik Krallık’ta tüzel kişiliğe sahip olduğunun kabul edileceğini öngörür. Başka bir deyişle, bölge, bu amaçla, tanınmış bir devletmiş gibi davranılacak ve böylece kurallar ihtilafı vaki olduğunda onun mevzuatına başvurulması sağlanacaktır. Ancak mevzuatın, bu sıfatla, hiçbir surette tanıma meseleleri üzerinde etki oluşturması için tasarlanmadığı konusunu da vurgulamak gerekir.<sup>145</sup>

Birleşik Krallık’ın 1980’deki hükümetlerin tanınmasını bırakma kararından bu yana, mahkemelerin bu konudaki tutumuna dair sorun ortaya çıkmıştır. Özellikle, Birleşik Krallık hükümetinin, yerel kanun kararları için statüsünü belirlemek amacıyla yeni bir rejimle olan ilişkisinin doğasını incelemek isteyebileceği *görölmektedir*.<sup>146</sup> *Gur Corporation v. Trust Bank of Africa*<sup>147</sup> davasında Mahkemeye, aslında Ciskei’nin statüsüne karar vermesi için başvurulmuştur. Güney Afrika’nın bir parçası olan bu bölge, Güney Afrika tarafından ‘bağımsızlık’ verilmiş Bantustan’lardan biriydi. Bu bağımsızlık, 1981 Ciskei’nin Statüsü Kanunu gereğince kazanılmıştır. Ticaretle ilgili bir tartışmada Mahkeme önüne getirilen *ön sorun*, Ciskei’nin İngiltere’de dava yetkisinin (*locus standi*) bulunup bulunmadığına ilişkindir. İngiltere Dışişleri Bakanlığı, Ciskei’nin *fiili* veya *hukuki* olarak bağımsız bir egemen devlet olarak tanınmadığını ve Ciskei’de ortaya çıkan meselelere ilişkin olarak temsilciliklerin Güney Afrika’ya yapıldığını tasdik etmiştir. Temyiz Mahkemesi, bu tür bildirimleri ve mevzuatı beyannamelerle çalışmadıkça dikkate alabileceğine hükmetmiştir.

Bunun, Lord Donaldson’un kaydettiği, etkisi, bölgeyi bağımsız ilan eden ve Güney Afrika egemenliğinden feragat eden hükümleri dışında 1981 tarihli Ciskei’nin Statüsü Kanunu’nun dikkate alınabilmesi olmuştur. Bu, Ciskei mevzuatının aslında Güney Afrika yetkililerinden oluşan heyete binaen yetkisini kullandığı sonucuna götürmüştür.<sup>148</sup> Buna göre, Ciskei hükümeti, İngiliz mahkemelerinde “Güney Afrika Cumhuriyeti tarafından kendi adına

<sup>142</sup> [2002] 1 FLR 956. Bu, tanınmayan “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti”nde alınan bir boşanma kararının tanınmadığı bir önceki B v. B [2000] FLR 707 davasıyla çelişiyordu. Ayrıca bkz., *Parent and Others v. Singapore Airlines Ltd and Civil Aeronautics Administration* 133 ILR, p. 264. Ayrıca bkz. *Kıbrıs Türk Hava Yolları and CTA Holidays v. Secretary of State for Transport* [2009] EWHC 1918 (Admin), prg. 87 vd.

<sup>143</sup> Bkz., *North Cyprus Tourism Centre Ltd v. Transport for London* [2005] EWHC 1698 (Admin), prg. 50.

<sup>144</sup> Örneğin bkz., *Re Al-Fin Corporation’s Patent* [1970] Ch. 160; 52 ILR, s. 68; *Reel v. Holder* [1981] 1 WLR 1226; 74 ILR, s. 105 ve “yabancı devlet” hukuki teriminin Birleşik Krallık tarafından tanınan bir devlet anlamına geldiğinin ifade edildiği *Cağlar v. Bellingham* 108 ILR, ss. 510, 528, 530 ve 539.

<sup>145</sup> Söz konusu mevzuat, esasen, devlet olarak tanınan bir bölgeye dahil edilmeyen bir şirketin tüzel kişiliğinin İngiliz hukukunda tanınmayacağına ortaya konduğu *Arab Monetary Fund v. Hashim (No. 3)* [1991] 2 WLR davasını takip eden durumla başa çıkmak için kabul edilmiştir. Bkz., UKMIL, 62 BYIL, 1991, ss. 565–8. Ayrıca mevzuatın kastının hükümetin tanıma politikasını hiçbir şekilde etkilemek olmadığını, ancak uluslararası kamu hukuku ile olan bağlantıyı koparmak ve uluslararası özel hukuk ile ilgili konuları ele almak olduğunun vurgulandığı *Cağlar v. Bellingham* davasında Özel Görevli Komisyonerler kararına bakınız, 108 ILR, s. 510, 530.

<sup>146</sup> Bkz., 409 HL Deb., cols. 1097–8 ve Symmons, ‘United Kingdom Abolition’, ss. 254–60.

<sup>147</sup> [1987] 1 QB 599; 75 ILR, s. 675.

<sup>148</sup> [1987] 1 QB 599, 623; 75 ILR, s. 696.

hareket etmesi için kurulan bir alt organ olarak” dava açabilir veya kendisine karşı dava açılabilir.<sup>149</sup>

Açıkçası Mahkeme, durumun *Carl Zeiss* davasıyla benzer olduğunu düşünmüş olsa da bu aslında tartışmaya açık bir konudur. Davaların beyanname koşullarının dördü için de aynı olup olmadığı kesinlikle şüphelidir. *Gur* davasında, yürütme daha temkinli ve çekimser kalmıştır. Nitekim beyannamelerden biri, aslında, Birleşik Krallık hükümetinin, Ciskei toprakları üzerinde yönetim otoritesinin icrasına ilişkin resmî bir tutuma sahip olmadığını ifade ederken,<sup>150</sup> *Carl Zeiss* davasında, beyanname, SSCB'nin bölgeyi (GDR) yönetme yetkisini hukuki olarak tanıdığını açıkça belirtmiştir.<sup>151</sup> Anlam ve çıkarıma göre aradaki boşluk kapatılmıştır.

Genellikle, hükümetlerin tanınması hakkındaki politika değişikliğinin, mahkemelerin tutumunda aslında ne ölçüde bir değişikliğe yol açtığı belirsizdir. Şüphesiz ki, hükümet tarafından diplomatik ilişkilerin söz konusu entite hususunda var olup olmadığının beyanında benimsenen tutum oldukça önemlidir. Böyle bir tutumun iddia edilmesi, anlaşılan o ki, belirleyicidir.<sup>152</sup> Sorun, Dışişleri Bakanlığı beyannamesinin söz konusu entite ile ilişkilerin sadece varsayılmasından daha belirsiz olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Sonuç, mahkemelere, statüye dair bir cevap aranması gibi daha büyük bir yük getirilmesidir. Bir yandan, *Gur* davası, mahkemelerin herhangi bir durumun gerçeklerini kendileri adına incelemeye istekli olmadığını, ancak herhangi bir beyannamenin şartlarından cevabın ne olması gerektiğine dair hükme varmak istediklerini göstermektedir.<sup>153</sup> Öte yandan, *Republic of Somalia v. Woodhouse Drake and Carey (Suisse)*<sup>154</sup> davasında Yüksek Mahkeme’de Hakim Hobhouse, bir rejimin bir devletin hükümeti olup olmadığına karar verirken mahkemenin dikkate alması gereken faktörler konusunda çok daha geniş düşünmüştür: (a) devletin anayasal hükümeti olup olmadığı; (b) idari kontrolün derecesi, niteliği ve istikrarı, eğer varsa, devletin toprakları üzerinde kendisi tarafından bunu icrası; (c) Birleşik Krallık hükümetinin kendisiyle herhangi bir ilişkisi olup olmadığı, ve öyleyse, bu ilişkilerin niteliği; ve (d) marjinal durumlarda, devletin hükümeti olarak sahip olduğu uluslararası tanınmanın derecesi.<sup>155</sup> Somali hükümeti olduğunu iddia eden ve birbiriyle yarışan birimler bulunması ve sahadaki durumun aslında oldukça karışık olması, ikinci davada neden farklı bir vurgunun var olduğuna ilişkin cevabın bir kısmına şüphesiz açıklık getirmektedir. Ayrıca, *Republic of Somalia* davasında mahkemenin, Dış İşleri Bakanlığı’nun beyannamesinin, hükümetin söz konusu entite ile ilişki içinde olup olmadığına dair en iyi kanıt olabileceği halde, davadaki kanıtların bir parçasından daha fazlası olmadığı görüşünü dikkate aldığını belirtmek gerekir.<sup>156</sup> *Kuwait Airways Corp v. Iraqi Airways Co (Nos 4 and 5)(157)* davasında<sup>157</sup> olduğu gibi bu davada da, Dış İşleri Bakanlığı’nun ilgili mahkemeye

<sup>149</sup> [1987] 1 QB 599, 624. Ayrıca bkz., Nourse LJ, *a.g.e.*, ss. 624–66; 75 ILR, ss. 696–9.

<sup>150</sup> [1987] 1 QB 599, 618–19; 75 ILR, s. 690.

<sup>151</sup> [1966] 1 Ch. 596; 43 ILR, s. 25.

<sup>152</sup> Örneğin bkz., the *Arantzazu Mendi* [1939] AC 256, 264; 9 AD, s. 60, ve *Gur Corporation v. Trust Bank of Africa* [1987] 1 QB 599, 625; 75 ILR, p. 675. Ayrıca bkz., *Republic of Somalia v. Woodhouse Drake and Carey (Suisse) SA* [1993] QB 54, 65–6; 94 ILR, s. 620 ve *British Arab Commercial Bank plc v. The National Transitional Council of the State of Libya* [2011] EWHC 2274, 25. paragraph.

<sup>153</sup> Örneğin bkz., F. A. Mann, ‘The Judicial Recognition of an Unrecognised State’, 36 ICLQ, 1987, s. 349, ve Beck, ‘A South African Homeland Appears in the English Court: Legitimation of the Illegitimate?’, 36 ICLQ, 1987, s. 350.

<sup>154</sup> [1993] QB 54; 94 ILR, s. 608.

<sup>155</sup> [1993] QB 54, 68; 94 ILR, s. 622.

<sup>156</sup> [1993] QB 54, 65; 94 ILR, s. 619. *Sierra Leone Telecommunications Co. Ltd v. Barclays Bank* davasında bu birkez daha tasdik edilmiştir, [1998] 2 All ER 821; 114 ILR, s. 466. Ayrıca bkz., K. Reece Thomas, ‘Non-recognition, Personality and Capacity: The Palestine Liberation Organization and the Palestine Authority in English Law’, 29 *Anglo-American Law Review*, 2000, s. 228.

<sup>157</sup> [2002] 2 AC 883, para. 359.



yazı gönderdiği, ancak bunun tanıma belgesi hükmünde olmadığı ilaveten belirtilmelidir.<sup>158</sup> Bir konuyu incelerken ‘yargının bir şey ve yürütmenin başka bir şey söylemesi gibi bir devletin böyle bir konuda iki ayrı şey söyleyemeyeceği’ şeklindeki anayasal ilkeye mahkemeler dikkat edecektir.<sup>159</sup> Yürütmeden resmi bir yazı gelmesi durumunda, ancak bu yazının kategorik olarak tanımayı beyan etmemesi halinde, mahkeme resmi yazıyı yorumlamak maksadıyla inceleyecektir. Ancak resmi yazıyı bir kenara bırakmak ve hükümetin gerçek tutumunun ne olduğunu tarif etmeye çalışmak maksadıyla başka şeylere bakmak mahkemenin yetki alanında değildir.<sup>160</sup> Bununla birlikte bu tür durumlarda mahkeme özel faktörleri dikkate almadan men edilmemiştir. *Secretary of State for the Home Department v. CC and CF* davasında<sup>161</sup> mahkeme, *Republic of Somalia* kararını teyid ederek hükümetin Somaliland yönetimi ile ilişkilerinin bulunduğu hususunun ‘kendi kontrolü altında bulunan bölge üzerindeki yönetiminin niteliği bağlamında ... Somaliland yönetiminin Somaliland’ın etkin hükümeti olduğu ve bu mahkemenin onun yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerini dikkate alma yetkisinin bulunduğu’ sonucuna yol açtığına hükmetmiştir.<sup>162</sup>

## ABD

Birleşik Devletler’de yabancı entitelerin tanınması veya tanınmamasına ilişkin durum, bazı önemli farklılıklar içermekle birlikte, Birleşik Krallık’taki duruma benzerdir. Prensip olarak, yalnızca tanınan bir devlet veya hükümet ABD mahkemelerinde dava açabilir ve kendisine karşı dava açıldığında ilke olarak egemen bağımsızlığından ve devlet tasarrufundan istifade edebilir.<sup>163</sup> Diplomatik ilişkilerin durumu ne olursa olsun, ikisi arasında bir savaş olmadığı sürece, söz konusu ilke geçerlidir.<sup>164</sup> Bununla birlikte, tanınmayan bir devlet veya hükümetin, belirli koşullarda, Amerikan mahkemelerine erişimine izin verilebilir. Bu, her davanın olgularına ve söz konusu entitenin pratikteki değerlendirmesine bağlıdır.<sup>165</sup> Örneğin; *Transportes Eros de Angola v. Ronair*<sup>166</sup> davasında, ABD Dışişleri Bakanlığı’nın davacının (Angola’nın tanınmayan hükümetince sahip olunan bir şirket) Mahkemeye erişim iznini açıkça belirttiği belirli koşullarda, söz konusu erişimin Birleşik Devletler’in dış politika çıkarlarıyla uyumlu olması halinde, Mahkemeye konan yargılama yasağının kaldırılmış sayılacağına hükmedilmiştir.

Birleşik Krallık’ta olduğu gibi, yürütme tarafından yapılan bir beyannamenin mahkemeleri bağlayıcı nitelikte olduğu değerlendirilmektedir ve Birleşik Krallık gibi “tek ses” doktrini tanıma durumlarında yürütmeye yetki verilmesini kabul etmektedir.<sup>167</sup> *Zivotofsky v Kerry*

<sup>158</sup> Bkz., *Bouhadi v Breish* [2016] EWHC 602 (Comm), para. 34 vd.

<sup>159</sup> *A.g.e.*, ve bkz., *The Arantzazu Mendi* [1939 AC 256, s. 264 ; *Kuwait Airways Corpn, v Iraqi Airways Co* [1999] CLC 31, s. 67 ve *Kuwait Airways Corpn, v Iraqi Airways Co (Nos 4 ve 5)* [2002] 2 AC 883, para. 358.

<sup>160</sup> *Bouhadi v Breish* [2016] EWHC 602 (Comm), para. 43.

<sup>161</sup> [2012] EWHC 2837 (Admin), para. 122 vd.

<sup>162</sup> *A.g.e.*, para. 131.

<sup>163</sup> Örneğin bkz., *Republic of Vietnam v. Pfizer* 556 F.2d 892 (1977); 94 ILR, s. 199. Ayrıca bkz., *Guaranty Trust Co. v. United States*, 304 U. S. 126, 137 (1938); *National City Bank of N. Y. v. Republic of China*, 348 U. S. 356, 358–359 (1955) ve *Oetjen v. Central Leather Co.*, 246 U. S. 297, 302–303 (1918). Ayrıca bkz., C. A. Bradley, *International Law in the US Legal System*, 2. Baskı, Oxford, 2015, s. 22 vd.

<sup>164</sup> Bkz., *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 376 US 398, 412; 35 ILR, s. 2 ve *National Oil Corporation v. Libyan Sun Oil Co.* 733 F.Supp. 800 (1990); 94 ILR, s. 209.

<sup>165</sup> 1 Ocak 1979 sonrasında Tayvan’a ilişkin olarak yukarıya bakınız. Ayrıca bkz., *Wulfsohn v. Russian Republic* 234 NY 372 (1924); 2 AD, s. 39.

<sup>166</sup> 544 F.Supp. 858, 863–4 (1982); 94 ILR, ss. 202, 208–9.

<sup>167</sup> *American Ins. Assn. v. Garamendi*, 539 U. S. 396, 424 (2003) (atfen: *Crosby v. National Foreign Trade Council*, 530 U. S. 363, 381 (2000)).

kararı,<sup>168</sup> ABD Yüksek Mahkemesi bir yabancı egemenin resmi olarak tanınması yetkisinin münhasıran başkana ait olduğunun altını çizmiştir. Yüksek Mahkeme hangi devletlerin ABD nezdinde meşru olduğu yada olmadığına ilişkin olarak ulusun ‘tek ses ile konuşması’ gerektiğini ifade etmiş ve böyle bir tek taraflı tanıma yetkisinin çok uzun zamandır Mahkeme tarafından kabul edilmiş bulunduğunu vurgulamıştır.

Tanınmama sürecinin ne dereceye kadar uygulanacağını açıklayan “öneri” yokluğunda, mahkemeler, tanınmayan bir entitenin belirli tasarruflarını yürürlüğe koymak konusunda Birleşik Krallık’taki muadillerinden daha isteklidirler. Ancak önceki kısımda İngiliz mahkemelerinin daha esnek tavrı da görülmektedir. Gerçekten de *Carl Zeiss* davasında Lord Reid ve Wilberforce, adalet ve sağduyu yararına, ABD mahkemelerinin, ‘söz konusu bölgede bulunan fiili olguları veya gerçekleri’ tanımak için verdiği kararlarda açıkça görülen eğilimi tasdik eden koşullara atıfta bulunmuştur. Bu tür bir tanıma, her tasarrufa uygulanmamakla birlikte, yine de Lord Wilberforce’nin ifadesiyle, ‘özel haklar ya da günlük olaylar veya formaliteden oluşan idari tasarruflara’ uygulanmıştır.<sup>169</sup> Bununla birlikte, bunun ne derece genişletildiği tam olarak tanımlanmış değildir.

Amerikan İç Savaşı’nın doğurduğu güçlükler, “no recognition, no existence” (tanıma yoksa mevcudiyet de yoktur) doktrininin yeniden değerlendirilmesine yol açmıştır. Konfedere yetkililerin her tasarrufunu görmezden gelmek mümkün değildir ve bu nedenle, Konfedere devletler tarafından kabul edilen bu tür kuralların, Birliğe veya Merkezî Hükümet’in otoritesine düşman olmaması ya da ABD Anayasası’nın şartlarıyla da çelişmemesinden dolayı, mahkeme sisteminde geçerli ve uygulanabilir olarak değerlendirilmesi fikri gelişmiştir.<sup>170</sup> Söz konusu doktrin, New York Temyiz Mahkemesi önüne gelen, tanınmayan Sovyet hükümetinin statüsünün tartışıldığı bir davada geliştirilmiştir. Bu davada Hakim Cardozo, toprakları üzerinde kontrolü sağlamış olan tanınmayan bir entitenin, ‘tasarrufları ve kararları hususunda, adaletin temel ilkelerinin ya da kamu politikamızın ihlali söz konusu olmadığı müddetçe, yarı-hükümet geçerliliği kazanabileceğini’ belirtmiştir.<sup>171</sup>

Bu tez, SSCB’nin Amerika tarafından tanınmasından hemen önceki dönemde hızla gelişmiştir ve *Salimoff v. Standard Oil Co. of New York*<sup>172</sup> davasında, ‘Sovyet Rusya’nın ülkenin iç işlerini düzenleyen bir hükümet olduğunu tanımayı reddetmek, kurgulara hak etmediği bir gerçeklik havası vermektir’ yorumuyla, Sovyet petrolü kamulaştırma kararnamesinin uygulanmasında etkili olmuştur.

*Luther v. Sagor* yaklaşımına<sup>173</sup> tamamen zıt olan bu karar, tanınan ve tanınmayan hükümetlerin tasarruflarına ilişkin yargısal muamele arasındaki farkların kaldırılmasına yönelik bir adımı oluşturmuştur. Ancak, bu geniş doktrinin sınırları, Mahkeme’nin tanınmayan Estonya Sovyet Cumhuriyeti hükümetince bir Estonya gemisinin kamulaştırılmasını yerine getirmeyi reddettiği *Maret*<sup>174</sup> davasında daha dikkatli tanımlanmıştır. Bununla birlikte, anlaşmazlık konusu gemi, kamulaştırma emrinin verildiği tarihte bir Amerikan limanında bulunmaktaydı ve bazı durumlarda ilgili ülke içinde veya dışında olup olmadığına bağlı olarak farklı bir muameleye tabi tutulduğu görülmektedir.

*Maret* davasının aksine, davacının devlet kontrolündeki bir şirket aracılığıyla bir fatura alacağına istinaden Alman Demokratik Cumhuriyeti’nin tanınmamasının tartışmaya

<sup>168</sup> 576 U. S. (2015), s. 11 vd.

<sup>169</sup> [1967] AC 853, 954; 43 ILR, ss. 23, 66.

<sup>170</sup> Örneğin bkz., *Texas v. White* 74 US 700 (1868).

<sup>171</sup> *Sokoloff v. National City Bank of New York* 239 NY 158 (1924); 2 AD, s. 44.

<sup>172</sup> 262 NY 220 (1933); 7 AD, ss. 22, 26.

<sup>173</sup> [1921] 1 KB 456; 1 AD, s. 47.

<sup>174</sup> 145 F.2d 431 (1944); 12 AD, s. 29.

açıldığı *Upright v. Mercury Business Machines*<sup>175</sup> davasından bahsedebilir. New York Yüksek Mahkemesi hakimi, davacının iddiasını desteklerken, yürütme tarafından tanınmamasına rağmen, yabancı bir hükümetin:

“yine de, hukuken tanınabilir fiili bir varlığa sahip olabileceğini beyan etmiştir. Böyle bir fiili hükümetin tasarrufları, ya bu fiili hükümet tarafından kontrol edilen topraklardaki faaliyetleri sonucu olarak ya da bu fiili hükümet tarafından kontrol edilen topraklardaki kişiler veya şirketler sebebiyle özel hakları ve yükümlülükleri etkileyebilir.”

ifadelerine yer vermiştir. Yine de tanınmayan devletler tarafından tüzel kişilerin oluşturulmasının yürütme politikasına üstün gelmesine izin verilmez. *Kunstsammlungen zu Weimar (KZW) v. Elicofon*<sup>176</sup> davasında, yukarıda bahsi geçen davada tanınmayan devletlerle ilgili sorunlardan kaçınmak için ayrı bir tüzel kişiye dönüştüğü 1969 yılına kadar, bir Doğu Alman hükümet ajansı idi. Dava, Almanya'nın Amerikan işgali sırasında bir müzeden çalınan resimlerin kurtarılmasıyla ilgiliydi.

Tanınmayan devletin bir birimi olarak, KZW'nin elbette bir Amerikan mahkemesinde dava açmasına izin verilemezdi; ancak 1969'daki statü değişikliği bunun önüne geçmek için tasarlanmıştır. Fakat Mahkeme, bunu kabul etmeyi reddetmiş ve KZW'nin davaya müdahale etmesine izin vermenin 'hükümet(imiz)in Alman Demokratik Cumhuriyeti'ni tanımamasını anlamsız bir harekete dönüştüreceğine' vurgu yapmıştır.<sup>177</sup> Bundan başka, *Autocephalous Church of Cyprus v. Goldberg* davasında, Temyiz Mahkemesi, sonrasında “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti” olarak adlandırılan tanınmayan “Kıbrıs Türk Federe Devleti” tarafından benimsenen müsadere kararlarının uygulanmamasına karar vermiştir.<sup>178</sup>

*Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould*<sup>179</sup> davasında, Mahkeme, tanınmayan İran hükümetinin bir kararı uygulamaya çalıştığı bir eylemle karşı karşıya kalmıştır. Fakat ABD müdahale ederek İran'ın argümanını destekleyen bir açıklama yapmış ve bunun önemli bir etkisi olmuştur. Bu genel yaklaşım, Mahkeme'nin yürütmenin tanınmayan hükümetlerle ilgilenme yetkisine sahip olduğunu ve bu nedenle resmî bir tanımın mutlaka yabancı bir hükümetin ABD mahkemelerine erişiminin yasaklanması sonucunu doğurmayacağını vurguladığı *National Petrochemical v. The M/T Stolt Sheaf*<sup>180</sup> davasında, pekiştirilmiştir.<sup>181</sup> Bununla birlikte, yürütmenin bir tanımama beyannamesi yayınladığı ve bu davada tanınmayan tarafın mahkemelere erişim izninin olmadığına dair bu görüşünü bildirdiği mahkemeler, buna uymaya oldukça istekli görünmektedir.<sup>182</sup>

Farklı Amerikan davalarını uzlaştırmak ya da tanınmayan bir devletin veya hükümetin tasarruflarının Birleşik Devletler mahkeme sisteminde ne derece uygulanabileceğini belirlemek oldukça zordur. Fakat iki faktörün özellikle belirtilmesi gerekir. Birincisi, yürütmenin beyannameleri bağlayıcıdır. Tanınmayan entitenin tasarruflarının yürürlüğe konmayacağı belirtiliyorsa, mahkemeler buna saygı göstermekle yükümlüdür. Dışişleri

<sup>175</sup> 213 NYS (2d) 417 (1961); 32 ILR, s. 65.

<sup>176</sup> 358 F.Supp. 747 (1972); 61 ILR, s. 143.

<sup>177</sup> 358 F.Supp. 747, 757; 61 ILR, s. 154. KZW'nin sürmekte davaya müdahale etmesine olanak sağlayan ABD tarafından GDR'nin tanınması sonrası için ayrıca bkz., *Federal Republic of Germany v. Elicofon*, 14 ILM, 1976, s. 806. Ayrıca bkz., *Transportes Aereos de Angola v. Ronair* 544 F.Supp. 858.

<sup>178</sup> 917 F.2d 278 (1990); 108 ILR, s. 488.

<sup>179</sup> 1988 *Iranian Assets Litig. Rep.* 15, 313. Ayrıca bkz., 82 AJIL, 1988, s. 591.

<sup>180</sup> 860 F.2d 551 (1988); 87 ILR, s. 583.

<sup>181</sup> 860 F.2d 551, 554.

<sup>182</sup> Örneğin bkz., *Republic of Panama v. Republic National Bank of New York* 681 F.Supp. 1066 (1988); 86 ILR, s. 1 ve *Republic of Panama v. Citizens & Southern International Bank* 682 F.Supp. 1144 (1988); 86 ILR, s. 10. Ayrıca bkz., T. Fountain, 'Out From the Precarious Orbit of Politics: Reconsidering Recognition and the Standing of Foreign Governments to Sue in US Courts', 29 Va. JIL, 1989, s. 473.

Bakanlığı'nın 'önerileri'nin, açıkça ifade edilmediği halde, mahkemelerin, idarenin hükümetin statüsü meselesinde diğerindense başka bir tutuma daha fazla yatkın olduğunu hissetmesine neden olabilecek bir tür ima ya da belirti içermesi de ayrıca söz konusudur ve bu mahkemeleri etkileyebilir. Örneğin; *Salimoff*<sup>183</sup> davasında, beyannamenin şartları, mahkemeyi Sovyet hükümetini tanınmış bir hükümet olarak görmeye teşvik etme eğiliminde iken, *The Maret*<sup>184</sup> davasında, yürütmenin Estonya Sovyet Cumhuriyeti hakkındaki beyanının tonu, bu entitenin kararnamelerinin tanınması veya yerine getirilmesi konusundaki herhangi bir düşünceye karşı kesinlikle muhalif olmuştur.

İkinci husus, söz konusu mülkün bulunduğu yerdir. Tanınmayan devlet veya hükümetin dışında bulunan mülkleri etkileyen tasarruf ve kararların uygulanmasını önleme eğilimi söz konusudur ve her halükârda mülkün bulunduğu yer, genellikle yerel kanun hükümleriyle ilgili ek karmaşaya yol açmaktadır.<sup>185</sup>

ABD'de, tanınmanın geriye yürütmesi doktrinin işleyişi konusunda, özellikle ülke dışında meydana gelen olayları etkilediğinde, bazı belirsizlikler söz konusudur. Yalnızca tanınmayan hükümetin kendi topraklarında gerçekleştirdiği tasarrufların, tanınmanın geçmişe yönelik olarak işlemesi yoluyla geçerli olabildiğini gösteren bir dizi dava bulunurken,<sup>186</sup> öte taraftan, Yüksek Mahkeme tarafından karara bağlanan aksi durumları gösteren davalar da mevcuttur.<sup>187</sup>

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2006

J. Dugard, *Recognition ve the United Nations*, Cambridge, 1987

H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947

S. Talmon, *Recognition of Governments in International Law*, Oxford, 1998

*Recognition in International Relations* (ed. C. Daase, C. Fehl, A. Geis ve G. Kolliarkis, Basingstoke, 2015

<sup>183</sup> 262 NY 220 (1933); 7 AD, s. 22.

<sup>184</sup> 145 F.2d 431 (1944); 12 AD, s. 29.

<sup>185</sup> Örneğin bkz., *Civil Air Transport Inc. v. Central Air Transport Corporation* [1953] AC 70; 19 ILR, s. 85.

<sup>186</sup> Örneğin bkz., *Lehigh Valley Railroad Co. v. Russia* 21 F.2d 396 (1927); 4 AD, s. 58.

<sup>187</sup> Örneğin bkz., *US v. Pink* 315 US 203 (1942); 10 AD, s. 48, ve *US v. Belmont* 301 US 324 (1937); 8 AD, s. 34.



## BÖLÜM 9

### ÜLKE

#### ULUSLARARASI HUKUKTA ÜLKE KAVRAMI

Uluslararası hukuk devlet kavramı üzerine kuruludur. Buna karşılık devlet, içsel olarak devlet organlarının dışsal olarak da hukuki bir kişi olarak devletin üstünlüğünü ifade eden egemenlik temelinde inşa edilmiştir.<sup>1</sup>

Fakat, ona eşlik eden haklar ve yükümlülüklerle birlikte egemenliğin kendisi ülke olgusu temeline dayanır.<sup>2</sup> Bu, şüphesiz olarak devletin en temel, en yaygın olarak kabul gören ve anlaşılan niteliğidir. Her birinin ayrı ülkesel egemenliğe ve yetkiye sahip olduğu 200 civarındaki ülkesel birim günümüzde mevcut bulunmaktadır.

Egemenlik ve yetki gibi temel kavramlar ancak ülke ile ilişki halinde anlaşılabilenlerinden ülkenin hukuki nitelikleri her uluslararası hukuk çalışmasının hayati bir bölümü haline gelmektedir. Gerçekten de devletin ülkesi üzerinde kendisi aracılığıyla münhasır yetkisini kullandığı kabul edilen ilke klasik uluslararası hukukun bariz temeli olarak değerlendirilebilir.<sup>3</sup> Kabul edilmiş bir ülkesel çerçeve içinde devletin münhasır otoritesi temeli üzerinde uluslararası hukukun gelişmesi, ülkenin 'muhtemelen uluslararası hukukun en temel kavramı' haline gelmiş olduğu anlamını ifade etmektedir.<sup>4</sup> Ulusların çoğunluğu, gerçekte, yaşamakta buldukları kara parçası ile yakın ilişki içerisinde gelişmişlerdir.<sup>5</sup>

Uluslararası hukuk tasavvurunda ülkenin merkezi rolü, ülkenin dokunulmazlığını koruyan hukuki kuralların gelişmesi dikkate alınarak gözlemlenebilir. Başka devletlerin iç işlerine müdahaleyi yasaklayan kural gibi uluslararası sistemi bir arada tutan çivilerden biri olarak ülkesel bütünlüğe saygı ilkesi de çok köklüdür.<sup>6</sup> Bununla birlikte, birçok etmen uluslararası

<sup>1</sup> Bkz., örneğin, *Oppenheim's International Law* (ed. R. Y. Jennings ve A. D. Watts), 9. Baskı, London, 1992, Bölüm 5; V. Prescott ve G. Triggs, *International Frontiers and Boundaries*, Leiden, 2008; J. Castellino ve S. Allen, *Title to Territory in International Law: A Temporal Analysis*, Aldershot, 2002; G. Distefano, *L'Ordre International entre Legalite et Effectivite: Le Titre Juridique dans le Contentieux Territorial*, Paris, 2002; R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, 1963; *Title to Territory* (ed. M. Shaw), Dartmouth, 2005; *Territoriality and International Law* (ed. M. Kohen), Cheltenham, 2016; M. Hébié, *Souveraineté Territoriale par Traité*, Geneva, 2015; Societé Française pour le Droit International, *Droit des Frontières Internationales: The Law of International Borders*, Paris, 2016; J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, 1970, cilt III, ss. 297 vd.; S. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, ss. 515 vd. ve 590 vd.; M. N. Shaw, 'Territory in International Law', 13 *Netherlands YIL*, 1982, s. 61; N. Hill, *Claims to Territory in International Law and Relations*, London, 1945; J. Gottman, *The Significance of Territory*, Charlottesville, 1973; S. Akweenda, *International Law and the Protection of Namibia's Territorial Integrity*, The Hague, 1997; S. S. Sharma, *Territorial Acquisition, Disputes and International Law*, The Hague, 1997; W. Schoenborn, 'La Nature Juridique du Territoire', 30 HR, 1929, s. 85, ve K. H. Kaikobad, *Interpretation and Revision of International Boundary Decisions*, Cambridge, 2007.

<sup>2</sup> Bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 563.

<sup>3</sup> Bkz., L. Delbez, 'Du Territoire dans ses Rapports avec l'Etat', 39 *Revue Generale de Droit International Public*, 1932, s. 46. Bkz., ayrıca Hill, *Claims to Territory*, s. 3.

<sup>4</sup> D. S. O'Connell, *International Law*, 2. Baskı, London, 1970, cilt I, s. 403. Bkz., ayrıca Jennings, *Acquisition*, s. 87, ve Judge Huber, *Island of Palmas Case*, 2 RIAA, ss. 829, 838 (1928).

<sup>5</sup> Bkz., genel olarak, Gottman, *Significance*.

<sup>6</sup> Bkz., örnek olarak, BM Şartı madde 2(4) ve 2(7); BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş bulunan 1970 tarihli Uluslararası Hukukun İlkelerine Dair Bildirge 2625 (XXV) sayılı karar ve Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş bulunan 1974 tarihli Saldırının Tanımı Hakkında Uzlaşma 3314 (XXIX) sayılı karar.

hukukta devletin münhasırlığını azaltma eğiliminde olmuştur.<sup>7</sup> Deniz ve hava hukuku bağlamında “ortak miras” kavramının gelişmesi gibi, uluslararası örgütlerin çoğalması başka bir ilgili faktör teşkil etmiştir.<sup>8</sup> Yine de, bugün bu tür eğilimlerin uluslararası hukuka etkisi abartılmamalıdır.<sup>9</sup> Ülkesel egemenlik uluslararası hukukun bir temel kavramı olarak varlığını devam ettirmektedir.

Birçok durumda gerçeklikle uyum içinde olan hukuk siyasi şartları yansıttığı ve evrildiği için, uluslararası hukuk ülkenin el değiştirmesi ve kontrolünü düzenleyen bir dizi kural geliştirmek zorunda kalmıştır. Bu kurallar, uluslararası toplumun doğasının bir gereği olarak, çoğunlukla (her zaman olmasa bile) yetki kullanmanın sonuçlarını meşrulaştırma etkisi yapmışlardır. Uluslararası hukukta güçlü merkezi otoritenin bulunmayışı, iç hukuk yapılarından daha fazla olarak, hukukun kurallarının güç ve kuvvet yoluyla gerçekleşeceğine vurgu yapmaya neden olmuştur.

Bir devlet içerisinde toprakların el değiştirmesi ve kontrolüne ilişkin ulusal mevzuat ve mahkeme kararlarıyla belirlenen kurallar, ulusun temel kaynaklarından ve zenginlik yaratan faktörlerden biri ile ilgili olduklarından, çoğunlukla çok ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Feodal düzenlemelerin yerini serbest piyasa sözleşmelerine bırakan ve son zamanlarda mülk sahipleri ve kiracıların hak ve yükümlülüklerini kapsamlı olarak ele alan hükümlerin ortaya konulmasıyla ve de daha gelişmiş temlik tekniklerinin gelişmesiyle, toprak hukuku bir toplum içinde güç dengesini yansıtmaktadır. Toprak üzerinde birçok hukuki menfaat kurulma imkanı mevcuttur ve mülkiyeti farklı şekillerde bölme imkanı bulunmaktadır.<sup>10</sup> Birçok sebepten dolayı uluslararası hukukta ülkenin ele alınması bu ölçüde sofistike bir düzeye ulaşmamıştır. Özellikle de bu durum iç hukuk sistemlerinin çoğunluğunda görülen dikey bir arazi hukuku düzeninden farklı olarak uluslararası yatay ülkesel egemenlik sisteminin mevcut bulunmasındandır. Bu yüzden arazinin hukuki mülkiyetinin değişiminden ortaya çıkan neticeler bakımından uluslararası hukukta ve iç hukuklarda çok önemli bir fark bulunmaktadır.

Uluslararası hukukta belirli bir ülkenin sahipliğinin değişimi, bu alanı idare eden hukuki otorite de, egemenlikte de bir değişimi gösterir. Bu, yaşadıkları, çalıştıkları, ilişkilerini yürüttükleri hukuki sistem gibi nüfusun vatandaşlığının değişmesi anlamına gelmektedir. Oysa iç hukukta hukuki mülkiyetin değişimi bu tür değişiklikler içermemektedir. Nitekim, uluslararası hukuk aynı zamanda ülkesel egemenlikteki değişimin çeşitli etkileri ile de ilgilenmek durumundadır ve dikkatini yalnızca ülke kazanma ve kaybetme yöntemlerine vermemelidir.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Bkz., örnek olarak, R. Falk, ‘A New Paradigm for International Legal Studies: Prospects and Proposals’, 84 *Yale Law Journal*, 1975, ss. 969, 973, 1020. Bkz., ayrıca H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, 1950, ve C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, 1958.

<sup>8</sup> Bkz., örnek olarak, 1967 tarihli Dış Uzay Antlaşması ve 1982 tarihli Deniz Hukuku Sözleşmesi. Bkz., Ayrıca Shaw, ‘Territory’, ss. 65–6.

<sup>9</sup> Bkz., örnek olarak, *Asylum* davası, ICJ Reports, 1950, ss. 266, 275; 17 ILR, ss. 280, 283. *Malaysia/Singapore* davasında (ICJ Reports, 2008, ss. 12, 51) Uluslararası Adalet Divanı şunu vurgulamıştır: ‘Uluslararası hukukun merkezindeki önemli nokta, ülke üzerindeki egemenlik ilişkileri bakımından bu egemenliğin istikrarı ve kesinliğidir’. Ayrıca bkz., S. Huh, ‘Title to Territory in the Post-Colonial Era: Original Title and *Terra Nullius* in the ICJ Judgments on Cases Concerning *Ligitan/Sipadan* (2002) and *Pedra Branca* (2008)’, 26 *EJIL*, 2015, s. 709.

<sup>10</sup> Bkz., örnek olarak, R. Megarry, H. W. R. Wade ve C. Harpum, *The Law of Real Property*, 6. Baskı, London, 1999.

<sup>11</sup> Bkz., aşağıda devletin halefiyetine ilişkin hususlar hakkındaki 17. Bölüm.

## ÜLKESEL EGEMENLİK

Hakim Huber *Island of Palmas* davasında<sup>12</sup> “Yeryüzünün bir parçasına ilişkin egemenlik, bu parçanın belirli bir devletin ülkesi içerisinde bulunması için temel şarttır” demiştir.

Brierly ülkesel egemenliği, devletin kendisinin ya da kişilerin başka kişilerle olan ilişkisinin bağımsızlığından ziyade, ülke üzerinde hakların mevcudiyeti bağlamında tarif etmiştir. Ülkesel egemenlik ‘hukuk tarafından kabul edilen en tam haklar’ ile kira ve irtifak gibi belli küçük hakların farklılaştırılmasının bir yoludur.<sup>13</sup> Ülkesel egemenlik pozitif ve negatif bir yöne sahiptir. Pozitif yön devletin kendi ülkesiyle ilgili iktidarının münhasır olması ile alakalıyken,<sup>14</sup> negatif yön başka devletlerin haklarını koruma yükümlülüğüne atıf yapmaktadır.<sup>15</sup>

Ülkesel egemenliğe ilişkin uluslararası kurallar mülkiyeti ve zilyetliği düzenleyen Roma hukuku hükümleri kökenlidir ve ülke kazanma hakkındaki değişik yöntemlerin sınıflandırılması mülkiyetle ilgili Roma kurallarından doğrudan türemiştir.<sup>16</sup> Bu durum bazı karışıklıklara yol açmıştır. Güncel yaşama çok bağlı olarak hukuk, farklı bir kültürel çevreye kolayca aktarılamaz.<sup>17</sup> Ve, işaret edileceği gibi, ülke kazanmaya ilişkin farklı yöntemlerin sınıflandırılması hususundaki Roma tekniği uluslararası hukukta uygulandığı zaman zorluklarla karşı karşıya kalmaktadır.

Ülkesel egemenliğin özü hak kavramında içerilmektedir. Bu kavram ülkenin belirli bir otoriteye ya da diğerine ait olduğunun kabul edildiği hem olgusal hem de hukuki şartlarla irtibatlıdır. Diğer bir deyişle, belirli bir ülkenin hukuki statüsünün değişiminin hukuki neticelerini uluslararası hukuka göre ortaya çıkarmak için gereken olguların mevcudiyetine işaret etmektedir.<sup>18</sup> Uluslararası Adalet Divanı’nın *Burkina Faso/Mali* davasında<sup>19</sup> belirttiği gibi, “hak” kelimesi hem hakkın varlığını inşa eden her türlü kanıtı ve hem de bu hakkın olgusal kaynağını kapsar.<sup>20</sup>

Dikkat edilmesi gereken ve yine ülkenin uluslararası hukukta ve iç hukukta düzenlenmesine ilişkin farka işaret eden ilginç bir özellik, uluslararası hukukta ülkeye ilişkin sahiplik hakkının mutlak olmaktan ziyade çoğunlukla göreceli olduğudur.<sup>21</sup> Bu yüzden, bir arazi bölümünün rakip devletlerden hangisine ait olduğuna karar verirken mahkeme, ilgili bütün argümanları göz önüne alacak ve daha iyi (ya da en iyi) hukuki davayı göreceli olarak öne süren devlete verecektir.<sup>22</sup> İç hukukta yaygın olarak gayrimenkul mülkiyeti, belirsiz ya da ihtilafli

<sup>12</sup> 2 RIAA, ss. 829, 838 (1928); 4 AD, ss. 103, 104. Bkz., ayrıca the Report of the Commission of Jurists in the Aaland Islands Case, LNOJ, Suss. no. 3, s. 6.

<sup>13</sup> *The Law of Nations*, 6. Baskı, Oxford, 1963, s. 162.

<sup>14</sup> Bkz., Hakim Huber, *Island of Palmas* davası, 2 RIAA, ss. 829, 838 (1928); 4 AD, ss. 103, 104.

<sup>15</sup> 2 RIAA, s. 839. Bkz., ayrıca Shaw, ‘Territory’, ss. 73 vd., ve S. Bastid, ‘Les Problemes Territoriaux dans la Jurisprudence de la Cour Internationale’, 107 HR, 1962, ss. 360, 367.

<sup>16</sup> Bkz., örnek olarak, Schoenborn, ‘Nature Juridique’, s. 96. Bkz., ayrıca O’Connell, *International Law*, ss. 403–4. Özellikle bkz., Roma hukukundaki *imperium* ile *dominium* arasındaki ayrım: Shaw, ‘Territory’, s. 74.

<sup>17</sup> Devletler ve ülke arasındaki ilişkiye dair teoriler için bkz., Shaw, ‘Territory’, ss. 75–9.

<sup>18</sup> Bkz., örnek olarak, Jennings, *Acquisition*, s. 4. Bkz., ayrıca *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8. Baskı, Oxford, 2012, s. 216.

<sup>19</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 554, 564; 80 ILR, ss. 440, 459.

<sup>20</sup> Bu, *Land, Island and Maritime Frontier* (El Salvador/Honduras) davasında da teyid edilmiştir. ICJ Reports, 1992, ss. 351, 388; 97 ILR, ss. 266, 301.

<sup>21</sup> Bkz., örnek olarak, *Eastern Greenland* davası, PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, s. 46; 6 AD, s. 95.

<sup>22</sup> Bkz., *Minquiers and Ecrehos* davası, ICJ Reports, 1953, ss. 47, 52; 20 ILR, s. 94. *Malaysia/Singapore* davasında (ICJ Reports, 2008, ss. 12, 150) Divan, egemenliğin devrinin, ya antlaşma şeklinde ya da tarafların uygulamasından doğan zimni biçimde, devletler arasında anlaşma yoluyla olabileceğini belirtmiştir. Burada, tarafların iradesine vurgu yapılmıştır.



durumlarda hangi tarafın mülkiyet ve zilyetliğin gereklerini karşıladığına karar vermektir ve bu bağlamda hak mutlaklıdır. Normal olarak bu, hakka ilişkin olarak hangi tarafın hukuka göre daha iyi bir talep öne sürebileceğini görmek için olguların incelenmesi konusudur. İlaveten, her hak ve bağlantı ülkesel egemenlik boyutuna ulaşmayacaktır. Kişisel sadakat bağları mevcut olabilir; fakat bunlar zorunlu olarak egemenliğin varlığına yol açmayabilir.<sup>23</sup> Ülkenin özel nitelikleri, vakadaki belirli egemenlik yapısı gibi, dikkate alınmalıdır.<sup>24</sup>

Uluslararası hukukta ülkeyle ilgili uyumsuzluklar farklı kategorilere ayrılabilir. Çekişme ülkenin kendi statüsü hakkında olabilir. Bu, bir zamanlar İsrail'e karşı öne sürülen Arap ve Moritanya'ya karşı öne sürülen Fas taleplerinde olduğu gibi, tüm ülkenin belirli bir devlet tarafından kapsandığı durumda söz konusudur.<sup>25</sup> Ya da, kuzeydoğu Kenya ve güneydoğu Etiyopya'ya karşı Somali taleplerinde olduğu gibi, uyumsuzluk iki ya da daha fazla devletin sınırlarındaki belirli bölgeye ilişkin olabilir.<sup>26</sup> Benzer şekilde, ülkeye ilişkin talepler, geleneksel işgal ya da zamanaşını yönteminden self determinasyon gibi daha yeni kavramlara uzanan, birçok farklı gerekçelere dayanabilir. Bunlar coğrafi uzantı, tarihsel talepler ve ekonomik hususlar gibi ilgili olabilecek çeşitli siyasi ve hukuki faktörleri barındırabilir. Bu bölüm boyunca bu hususlara işaret edilecektir.

Bir devletin egemenliği altındaki ülkeden başka, uluslararası hukuk hiçbir devletin üzerinde egemenliği bulunmayan ülkeyi de tanımaktadır. Bu ülke *terra nullius* olarak bilinir. İlaveten, genel olarak hiçbir devletin egemenlik kontrolüne indirgenmesi mümkün olmayan (*terra nullius'un* zıttı olarak) *res communis* olarak adlandırılan bir ülke kategorisi de bulunmaktadır. Bunun en önemli örneği hiç kimseye ait olmayan ve herkes tarafından kullanılabilir olan açık denizlerdir. Bir diğer örnek dış uzaydır. İnsanlığın ortak mirası kavramı da gündeme getirilebilir ve bu bölümde incelenecektir.

## YENİ DEVLETLER VE ÜLKE HAKKI<sup>27</sup>

Uluslararası hukukta devletin kendi ülkesini gerçekten nasıl kazandığı zor bir sorundur ve sonuçta sadece hukuki-siyasi izahatla açıklanabilir. Çok önce kurulmuş bulunan devletlerle ilgili olarak tanıma ve kabul temelinde konu önemsenmeyebilirse de, klasik uluslararası hukuka göre yeni bir devlet kurulana kadar hakka sahip olmaya muktedir bir hukuki şahıs mevcut bulunmadığı için yeni devletler bir sorun teşkil etmektedir. Ülke hakkı elde etmenin geleneksel yöntemlerinden hiçbiri özellikle sömürgelerin bağımsızlığı ile başlayan İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde ortaya çıkan ikilemi tatmin edici bir biçimde çözememektedir. Uluslararası toplum yeni devletler sorununa geleneksel olarak ülke hakkını kazanma yerine, tanıma konusu bakımından yaklaşmıştır. Bu, devletlerin ilgili durumu incelediği ve olgusal şartların tahkiki üzerine yeni birimi uluslararası hukukun kişisi olarak tanıdığı anlamına gelmektedir. Yeni birimin topraklarına ilişkin hukuki hakları kendisinin kazanması yöntemine ilişkin görece olarak daha az tartışma yapılmıştır. Bunun yerine vurgu, başka devletler tarafından kabul edilmeye birlikte, devlet olmanın olgusal gereklerini yerine getirme hususundadır.<sup>28</sup>

<sup>23</sup> *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, ss. 12, 48, 64 ve 68; 59 ILR, s. 14. Bkz., ayrıca *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, para. 86. fakat bu bağların teyid bakımından değeri için bkz., *Malaysia/Singapore* davası, ICJ Reports, 2008, ss. 12, 38-9. Bir yandaki ülkesel egemenlik ile diğer yandaki sıradan mülkiyet hakları arasındaki kritik farklılığa dikkat edilmelidir. *A.g.e.*, ss. 56-7 ve 80.

<sup>24</sup> Bkz., örnek olarak, *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, ss. 12, 41-3; 59 ILR, s. 14; *Rann of Kutch* davası, 50 ILR, s. 2; *Dubai/Sharjah* kararı, 91 ILR, ss. 543, 587 ve *Eritrea/Yemen* davası, 114 ILR, ss. 1, 116.

<sup>25</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>26</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>27</sup> Bkz., Jennings, *Acquisition*, ss. 36 vd.; J. G. Starke, 'The Acquisition of Title to Territory by Newly Emerged States', 41 BYIL, 1965-6, s. 411; J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2006, ve M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa*, Oxford, 1986, ss. 168-73.

<sup>28</sup> Bkz., örnek olarak, *Oppenheim's International Law*, s. 677.

Bu probleme bir yaklaşım, devleti kuran tanımaya ve tanıma üzerine nasıl elde edildiğine bakılmaksızın devletin ülkesinin uluslararası hukukun geçerli bir kişinin ülkesi olarak kabul edilmesine işaret etmek olmuştur.<sup>29</sup> Bu teori evrensel veya yaygın olarak kabul edilmese de,<sup>30</sup> vurgunun nasıl bir durumun tanınması hakkında olduğunun, -belirli bir ülkeye ilişkin hakların hukukta elde edilmesi yöntemi hakkında değil- altını çizmektedir.<sup>31</sup>

İlgili olan çok önemli bir faktör, iç yetki doktrininin hayati önemidir. Bu, bir birimin iç mekanizmalarına müdahale etmenin hukuki olarak yasaklanmasını ve kendi sınırları içinde bir devletin üstünlüğünü teşkil ettirmektedir. Yeni bir devletin ortaya çıkmasına ilişkin olgusal ve hukuki süreçlerin çoğu, bu yüzden uluslararası hukuki tahkike mani olmuştur ve eldeki olayda ülkeye ilişkin hakkı yeni devletin elde etmesinin kesin yönteminin araştırılmasını engellemiştir.<sup>32</sup>

Son yıllarda, bununla beraber, iç yetki kuralının kapsamı değişmiştir. Birleşmiş Milletler gibi uluslararası örgütler ve konferanslardaki tartışmalar etkin biçimde bağımsız olmayan ülkelerin durumları üzerine yoğunlaşmış ve, kelimenin olağan anlamıyla, ülkesel egemenliğin manda ve himaye ülkeleri üzerinde gerçekten mevcut bulunmadığı kabul edilmiştir.<sup>33</sup> Bu iç yetki tartışmaları, hakkın kazanılması usullerinin yeniden değerlendirilmesinin teşvik edilmesinin bir başlangıcıdır. Bununla birlikte, iç yetki savı en azından bağımsızlığın elde edilmesi sürecinde sadece uluslararası hukukun değil fakat iç hukukun da dahil edildiği gerçeğini göstermektedir.

Yeni bir devlet olarak yeni bir birimin bağımsızlığını elde ettiği başlıca iki metod bulunmaktadır. Yetkinin düzenli olarak devri hususunda önceki kontrol idaresi ile gerçekleştirilen anlaşma şeklindeki anayasal yöntemler ya da önceki egemenin iradesi hilafına, çoğunlukla kuvvet kullanma ile, gerçekleşen anayasal olmayan yöntemler.

Önceki gücün anayasal hükümlerine uygun olarak bağımsızlık verilmesi ya önceki güç ile ortaya çıkan devletin yetkilileri arasında bir anlaşma yapma yoluyla ya da önceki egemenin tamamen iç mevzuatı yoluyla elde edilebilir. Birçok durumda bu iki usulün bir bileşimi uygulanmıştır. Örneğin, Burma'nın bağımsızlığı öncesinde Burma ve Birleşik Krallık bir anlaşmaya vararak Haziran ve Ekim 1947 tarihli antlaşmalar yapılmış ve İngiliz yasama organı 4 Ocak 1948'ten itibaren geçerli olmak üzere Burma'nın bağımsızlığını öngören 1947 tarihli Burma Bağımsızlık Kanunu'nu kabul etmiştir. Bu tür durumlarda bir güçten diğerine egemenlik devir ya da transfer edilir ve buna uygun olarak iradi bir devir eylemi ile eski egemenden yeni yönetime ülke hakkı geçer.

Bununla birlikte, yeni birim önceki otoritenin arzusunun hilafına, ayrılma ile ya da devrimle, bağımsızlığını kazandığında farklı bir durum ortaya çıkar. Kovulmuş olan egemen en sonunda onun yeni statüsünü tanıyan bir anlaşmayı yeni devletle yapabilir fakat bu arada yeni devlet başka devletler tarafından uluslararası hukuka göre geçerli bir devlet olarak tanınmış olabilir.<sup>34</sup>

Burada self determinasyon ilkesi de konuyla yakından bağlantılıdır. Önceki güce muhalif olarak yeni devletin bağımsızlığını elde ettiği bir durumda, yeni olgular ortaya çıkabilir ve

<sup>29</sup> A.g.e.

<sup>30</sup> Bkz., yukarıda 9. Bölüm.

<sup>31</sup> Bkz., örnek olarak, Jennings, *Acquisition*, s. 37, ve Starke, 'Acquisition of Title', s. 413.

<sup>32</sup> Bkz., Shaw, *Title to Territory*, ss. 168-9.

<sup>33</sup> Bkz., örnek olarak, International Status of South-West Africa, ICJ Reports, 1950, s. 128; 17 ILR, s. 47; *South West Africa* davası, ICJ Reports, 1966, s. 6; 37 ILR, s. 243; *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, s. 16; 49 ILR, s. 2, ve *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, s. 12; 59 ILR, s. 14. Bkz., yukarıda 5. Bölüm.

<sup>34</sup> Shaw, *Title to Territory*. Bkz., ayrıca D. Greig, *International Law*, 2. Baskı, London, 1976, s. 156 ve J. Dugard, *The Secession of States and Their Recognition in the Wake of Kosovo*, The Hague, 2013.

bu birim nüfus, ülke ve hükümet gibi devlet olmanın uluslararası gerekliliklerini karşılıyor olabilir. Bu durumda diğer devletler yeni devleti tanıyıp tanımama hususunda karar vermek zorunda kalacaklar ve bu yeni durumun hukuki sonuçlarını kabul edeceklerdir. Fakat bu noktada ciddi problemler ortaya çıkmaktadır.

Bir birimin uluslararası hukuka göre devlet olarak addedilebilmesi için yerleşik nüfus, tanımlanabilir bir toprak parçası ve hukuki ilişkilerde bulunabilme hususunda hukuki şartları sağlamalıdır. Bununla birlikte, geleneksel uluslararası hukuka göre, devlet olana kadar hukuki hak sahibi olabilme kapasitesine sahip hukuki bir kişi mevcut olmadığından ülke hakkı kavramından bahsedemez. Bu yüzden ülke hakkı kazanma sürecini keşfetmek için, önce kurulmuş bulunan bir devlete işaret etmek gerekir. Bunu izah etmek için birkaç görüş ileri sürülmüştür. Bir teori yeni devletin olgusal olarak ortaya çıkması üzerine yoğunlaşmaktadır ve yeni devlet belirli bir toprak parçasında var olduğu için uluslararası hukuk daha fazla araştırmamalı, bağımsızlık anında sahip bulunma gerçeğini sahiplik, yani ülke hakkı olarak kabul etmelidir demektedir.<sup>35</sup> Diğer devletleri ilgilendirdiği ölçüde bu çoğu zaman uygun olsa da, elde bulunmayan bir yerin sahipliği talep edildiğinde bu problemlere yol açabilmekte ve ülkesel egemenliğin uluslararası hukuksal izahatına ilişkin sorulara çok az cevap verebilmektedir. Bir diğer yaklaşım kurucu tanıma teorisine yönelmek ve tanımayla yalnızca yeni devletin uluslararası toplumda kurulmuş olduğunun değil, fakat ayrıca bu devletin üzerine inşa edildiği ülkeye olan hakkına da karar verilmiş olduğunun ilan edilmesidir.<sup>36</sup> Bu yaklaşımın bir dezavantajı bu tür durumlarda devletlerin kurucu teoriyi, tartışmalı olan bir şeyi, kabul edecekleri varsayımında bulunuyor olmasıdır.<sup>37</sup>

Burada öne sürülebilecek bir ihtimal, sadece devletlerin ülkesel egemenlik kazanabileceklerine ilişkin klasik kuralın terk edilmesini ve bunun yerini bir halkın belirli bir devletin kuruluş sürecinde ülke üzerinde egemenlik sahibi olmasına izin veren bir hükmün almasını içerebilir. Bu yöntemle tanımaya ilişkin karmaşık teorik hususlardan kaçınılabilir. Buna ilişkin bir kısım destek sömürge ülkesi ya da kendini yönetmeyen birimin, halk self determinasyon hakkını kullanana kadar, Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca yöneten gücünkinden ayrı ve farklı bir statü sahibi olabileceğini belirten 1970 tarihli Uluslararası Hukuk İlkeleri Deklarasyonu'nda bulunabilir.<sup>38</sup> Bununla birlikte bu önerme tartışmalıdır ve ihtiyatlı olmak gerekir.<sup>39</sup>

## İLAVE ÜLKE KAZANMA

Ülke kazanmanın farklı çeşitlerini sınıflandıran klasik yöntemler Roma hukuku temellidir ve uygun değildir.<sup>40</sup> Önemli vakaların çoğu özel bir kategori veya yöntem belirtmemekte ve genel bir yaklaşım benimseme eğilimindedirler. Kazanmanın beş yöntemi genellikle detaylandırılmaktadır: *terra nullius* işgali, zamanaşımı, devir, arazi oluşumu ve zapt etme (ya da fetih); ve bunlar da orijinal ve türev yöntemler olarak daha da bölünmektedir.<sup>41</sup>

### Sınır Anlaşmaları ve Sınır Kararları

İlave ülkenin kazanıldığı ya da kaybedildiği veya belirsiz sınırların netleştirildiği ilgili devletler arasında yapılan anlaşmaların kendileri hakkın kökenini oluşturur. Bunlar geçerli *erga omnes* mahiyette objektif ülkesel rejim tesis eden özel bir anlaşma çeşidi teşkil

<sup>35</sup> Bkz., örnek olarak, Oppenheim's International Law, s. 677, ve Starke, 'Acquisition of Title', s. 413.

<sup>36</sup> Starke, 'Acquisition of Title', s. 413. Bkz., ayrıca Jennings, Acquisition, s. 37.

<sup>37</sup> Bkz., yukarıda 9. Bölüm.

<sup>38</sup> Bkz., Namibia davası, ICJ Reports, 1971, ss. 16, 31; 49 ILR, ss. 2, 21.

<sup>39</sup> Bkz., Shaw, *Title to Territory*, ss. 171-3.

<sup>40</sup> Bkz., O'Connell, *International Law*, s. 405.

<sup>41</sup> Bkz., Oppenheim's International Law, s. 677..

etmektedir.<sup>42</sup> Bu tür bir rejim sadece üçüncü devletleri de bağlayan haklar oluşturmakla kalmayacak fakat belirli bir sınır anlaşması bağlamı dışında da var olacak ve bu yüzden eldeki anlaşmanın uygulanması sona erse bile devam edecektir.<sup>43</sup> Bu istisnai yaklaşımın nedeni sınırların istikrarına olan ihtiyaçta bulunabilir.<sup>44</sup> İlâveten, hattı belirleyen daha önceki bir belgeye (kendisi bağlayıcı olsun ya da olmasın) atıf yapan bir anlaşma yoluyla belirli bir sınır hattının teşkili veya teyidi de mümkündür ve bu hat şüphe duyulmayan bir geçerlilik temin eder.<sup>45</sup> Gerçekten de, bu önceki belge hattın üzerinde çizildiği bir harita da olabilir.

Nitekim, aslında birçok sınır uyuşmazlığı anlaşma yorumu çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bir antlaşmanın Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31 ve 32. maddeleri ışığında 'iyi niyetle, kelimelerine bağlamlarında olağan anlam verilerek ve amaç ile konusu ışığında' yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>46</sup> Esasen amaç, tarafların, müteakip davranışlarını da dikkate almayı içeren bir kavram olan, "ortak iradesi"ni saptamaktır.<sup>47</sup> Sınır anlaşmalarının birçoğunun Viyana Sözleşmesi yürürlüğe girmeden çok önceki bir tarihe göre yorumlanması gerektiğinden,<sup>48</sup> Sözleşme'nin hükümlerinin uygulanması sorunu ortaya çıkmıştır. Divan, en azından bu bağlamda Sözleşme'nin teamül hukukunu yansıttığı görüşünü benimseyerek görünüşte problemin önünü kesmiştir.<sup>49</sup>

Daha genel olarak, erken antlaşmalarda kullanılan genel kavramları ve coğrafi lokasyonları modern bilimsel bilginin ışığında yorumlamaya çalışmak zorluklara yol açmaktadır. *Botswana/Namibia* davasında 1890 tarihli bir antlaşma ışığında Chobe Nehri'nin 'ana kanalı'nu saptama güçlüğü ile karşılaşan Divan, 'günümüzün bilimsel bilgisinin' antlaşmanın hükümlerini aydınlatmada kullanılabileceğini ifade etmiştir.<sup>50</sup> Eritre/Etyopya davasında Sınır Komisyonu, bir antlaşmanın yapıldığı zaman öne çıkan şartlara gönderme yapılarak yorumlanması gerektiği manasını verdiği çağcılık ilkesine atıfta bulunmuştur. Özellikle coğrafi bir ismin (bir yer ya da nehir) belirlenmesi, antlaşmanın zamanındaki ismin gösterdiği yerin o dönemdeki şekliyle anlaşılmasına bağlıdır. Bununla birlikte, bunun ne olduğunun anlaşılmasının araştırılmasında müteakip uygulamaya ve antlaşmanın amaçlarına bakılması da çoğunlukla gereklidir.<sup>51</sup> Bir sınır antlaşmasını yorumlarken, özellikle de müphem hususları çözmeye çalışırken, tarafların müteakip uygulaması konuyla ilgilidir. Bu tür müteakip uygulama antlaşmanın bağlayıcı bir yorumunu teşkil etmediği durumlarda bile, söz konusu

<sup>42</sup> Bkz., *Eritrea/Yemen* 114 ILR, s. 48

<sup>43</sup> Bkz., *Libya/Chad*, ICJ Reports, 1994, ss. 6, 37; 100 ILR, s. 1.

<sup>44</sup> *A.g.e.* ve *Temple* davası, ICJ Reports, 1962, ss. 6, 34; 33 ILR, s. 48. *Bangladesh v India*, 7 Temmuz 2014 tarihli karar, para. 216. Bu karar şunu ifade etmiştir: 'Deniz sınırları, kara sınırları gibi, ilgili devletler arasında uzun dönemde barışçıl ilişkiler sağlamaya yönelik olarak istikrarlı ve kesin olmalıdır'.

<sup>45</sup> Bkz., *Libya/Chad*, ICJ Reports, 1994, ss. 6, 23; 33 ILR, s. 48. Bkz., ayrıca *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, para. 50-1.

<sup>46</sup> *Libya/Chad*, ss. 21-2.

<sup>47</sup> Bkz., *Argentina/Chile Frontier Kararı* (La Palena) 38 ILR, ss. 10, 89 ve *Eritrea/Ethiopia* davası, 13 Nisan 2002 tarihli karar, 130 ILR, ss. 1, 34. Bkz., ayrıca, rızaya ilişkin olarak bu bölümde aşağıda.

<sup>48</sup> Sözleşme'nin kendisinin yürürlüğe girdikten (27 Ocak 1980) sonraki antlaşmalara uygulanacağını ifade eden 4. maddesine bakınız.

<sup>49</sup> Bkz., örnek olarak *Libya/Chad*, ICJ Reports, 1994, ss. 6, 21-2; *Beagle Channel* davası, 52 ILR, ss. 93, 124 ve *Botswana/Namibia* davası, ICJ Reports, 1999, ss. 1045, 1059-60. Fakat karşı görüş için bkz., Hakim Oda'nın Ayrı Görüşü, *a.g.e.*, s. 1118. Bkz., ayrıca D. W. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties*, British Institute of International and Comparative Law, 2001, ss. 108 vd.

<sup>50</sup> ICJ Reports, 1999, ss. 1045, 1060. Ancak burada Hakim Higgins beyanında Divan'ın görevinin soyut olarak 'ilgili delilleri mekanik olarak değerlendirerek' karar vermek yerine 'tarafların aklında hangi genel fikrin bulunduğu tespit edip sonra güncel bilgiyi kullanarak bu genel fikri gerçek kılarak' karar vermek olduğuna işaret etmiştir. *A.g.e.*, s. 1114. Bkz., ayrıca *Argentina/Chile* kararı (La Laguna del Desierto) 113 ILR, ss. 1, 76. *Cameroon v. Nigeria* davasında Divan, Ebeji nehrinin ağzının neresi olduğunu belirlemeye çalışırken 'Divan tarafların o andaki iradesinin ne olduğunu saptamaya çalışmalıdır' demiştir. ICJ Reports, 2002, ss. 303, 346.

<sup>51</sup> 13 Nisan 2002 tarihli karar, 130 ILR, ss. 1, 34.

hududu belirleme sürecinde “yararlı” görülebilir.<sup>52</sup> Bununla birlikte, ilgili belgede belirtilen sınır hattının bariz olduğu bir durumda, bu sınır tespitine ilişkin hükümlerin yorumlanması sürecinde bir mahkeme tarafından değiştirilemez.<sup>53</sup>

Sınır antlaşmaları gibi, sınır kararları da hukuki ülke hakkına ilişkin köken ya da kaynak teşkil edebilir.<sup>54</sup> Belirli bir ülkeye ilişkin hakkı tahsis eden ya da iki devlet arasındaki sınırı tespit eden Uluslararası Divan’ın ya da hakemlik mahkemesinin bir kararı, tarafların kendileri ve karşı çıkılmadığı takdirde uygulama amaçları bakımından tüm devletleri bağlayacak olan hakkin teşkili veya tespitini oluşturacaktır.<sup>55</sup> Tarafların ilk karara rızalarının bulunduğu gösterildiği takdirde, uluslararası yargı veya tahkim kararı teşkil etmeyen sınır tahsis kararlarının da bağlayıcı olabilmesi mümkündür.<sup>56</sup>

### Arazi Oluşumu<sup>57</sup>

Bu yeni arazinin ortaya çıkmasına ve mevcut olan araziye eklenmesine ilişkin coğrafi süreci ifade etmektedir. Örneğin, nehir ağızlarında adalar ortaya çıkabilir ya da sınır oluşturan bir nehir akış yönünü değiştirerek daha önce aktığı alanı kuru arazi haline getirebilir. Şayet yeni arazi devletin mevcut ülkesi içinde ortaya çıkmışsa bu devletin ülkesinin bir parçası olur ve burada bir sorun bulunmamaktadır. Örneğin, 1986 yılı Ocak ayında denizin altında volkan patlaması üzerine Pasifik’te bir ada oluştuğunda İngiltere hükümeti ‘Adanın, Japon Iwo Jima adasının karasuları içerisinde oluştuğunu anlamaktayız. Bu yüzden burası Japon ülkesidir’ şeklinde açıklamada bulunmuştur.<sup>58</sup>

Bir sınırı oluşturan nehrin yolunun değişimi ile ilgili olarak, bunun az ya da çok değişim (yatak değiştirme) olmasına bağlı olarak farklı bir durum ortaya çıkar. En son durumda genel kural sınırın, nehrin orijinal yatağı boyunca mevcut olmaya devam edeceğidir.<sup>59</sup> Bununla birlikte, tedrici bir değişim yaşanması durumunda sınır kaydırılabilir.<sup>60</sup> Şayet nehir ulaşımına elverişli ise, küçük değişimler olsa bile sınır ulaşımına elverişli kanalın ortası olacaktır. Şayet nehir ulaşımına elverişli değilse, sınır nehrin kendisinin ortası olmaya devam edecektir. Ülke kazanılmasının bu yönü uluslararası hukukta görece olarak önemsizdir, fakat bu kurallar Amerika Birleşik Devletleri’nin çeşitli eyaletleri arasındaki birçok uyuşmazlıkta uygulanmıştır.<sup>61</sup>

<sup>52</sup> *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 345.

<sup>53</sup> *A.g.e.*, s. 370.

<sup>54</sup> Bkz., örnek olarak, Verzijl, *International Law*, ss. 378–81. Bkz., ayrıca *Brownlie’s Principles*, s. 229.

<sup>55</sup> Bkz., örnek olarak, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras), ICJ Reports, 1992, ss. 351, 401; 97 ILR, s. 112.

<sup>56</sup> Bkz., örnek olarak, *Dubai/Sharjah* davası, 91 ILR, ss. 543, 577 (bu davada Tahkim Mahkemesi bu usulleri “idari kararlar” olarak adlandırmıştır, *a.g.e.*) ve *Qatar/Bahrain*, ICJ Reports, 2001, para. 110 vd.

<sup>57</sup> Bkz., örnek olarak, C. C. Hyde, *International Law*, 2. Baskı, Boston, 1947, cilt I, ss. 355–6; O’Connell, *International Law*, ss. 428–30, ve *Oppenheim’s International Law*, ss. 696–8.

<sup>58</sup> 478 HL Deb., col. 1005, 17 Temmuz 1986 tarihli yazılı cevap. 1970 yılında Hindistan ve Bangladeş arasındaki nehir sınırında kasırgadan sonra oluşan ve egemenliği tartışmalı bir adaya ilişkin olarak bkz., ayrıca A. J. Day, *Border and Territorial Disputes*, 2. Baskı, London, 1987, s. 277. Bkz., ayrıca *Georgia v. South Carolina* 111 L.Ed.2d 309; 91 ILR, s. 439.

<sup>59</sup> Bkz., örnek olarak *Georgia v. South Carolina* 111L.Ed.2d 309, 334; 91 ILR, ss. 439, 458. Bkz., ayrıca *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras), ICJ Reports, 1992, ss. 351, 546.

<sup>60</sup> ICJ Reports, 1992, ss. 351, 546.

<sup>61</sup> Bkz., örnek olarak, *The Anna* 5 C.Rob. 373 (1805); *Arkansas v. Tennes* bkz., 246 US 158 (1918); *Louisiana v. Mississippi* 282 US 458 (1940); *Georgia v. South Carolina* 111 L.Ed.2d 309; 91 ILR, s. 439, ve the Chamizal arbitration, 5 AJIL, 1911, s. 782. Bkz., ayrıca E. Lauterpacht, ‘River Boundaries: Legal Aspects of the Shatt-Al-Arab Frontier’, 9 ICLQ, 1960, ss. 208, 216; L. J. Bouchez, ‘The Fixing of Boundaries in International Boundary Rivers’, 12 ICLQ, 1963, s. 789; S. McCaffrey, *The Law of International Watercourses*, 2. Baskı, Oxford, 2007; J. Moussa, ‘Implications of the Indus Water Kishenganga Arbitration for the International Law of Watercourses and the Environment’, 64 ICLQ, 2015, s. 697; *Indus Water Kishenganga Arbitration* (Pakistan v India) (Kısmi Karar), Permanent Court of Arbitration, 2013 ve *Botswana/Namibia* davası, ICJ Reports, 1999, s. 1045.

**Devir<sup>62</sup>**

Bu, (egemenliğin geçmesi gerektiği niyetiyle) ülkenin barışçıl bir şekilde bir egemenden diğerine devrini içerir ve çoğunlukla da bir savaş sonrası yapılan barış antlaşması çerçevesinde gerçekleşir. Gerçekten de sömürgeci veya yönetici güçten yerli nüfusun temsilcilerine düzenli bir biçimde anlaşma ile egemenliğin nakli, devrin bir örneği olarak görülebilir.

Devir belirli bir ülke bölümü üzerindeki egemenin başka bir egemenle yer değiştirmesi<sup>63</sup> etkisine sahip olduğundan, hakkı kazanan devlet toprak parçası üzerinde daha önceki devletin sahip olduğundan fazla bir hak sahibi olamaz. Bu önemli bir husustur. Şayet üçüncü bir devlet, örneğin ülkeden geçme gibi, bazı haklara sahipse yeni egemen bunlara saygı göstermelidir. Bu durum arazi hukukunda borçların yükümlülüğü sahiplerle değil arazi ile geçer şekilde ifade edilmektedir. Başka bir deyişle, ülkesel egemenlik hakları önceki egemenden kaynaklanır ve önceki egemen sahip olduğundan daha fazlası hakkında tasarrufta bulunamaz.

Bu, toprak parçası üzerinde daha önce başka hukuki bir egemenin mevcut olmadığı durum ile, örneğin asli hak olarak ele alınan arazi oluşumu ile, tezat oluşturmaktadır.

*Island of Palmas* davası<sup>64</sup> bu noktayı vurgulamıştır. Dava Amerika Birleşik Devletleri ve Hollanda arasındaki bir uyuşmazlıkla ilgiliydi. Amerika Birleşik Devletleri'nin iddiaları adanın devredilmesini içeren İspanya ile yapılmış bulunan 1898 Antlaşması'na dayanmaktaydı. İspanya'nın kendisinin sahip olduğundan daha fazla hakları Amerikalılara devredemeyeceği Hakem tarafından vurgulanmış ve taraflar bunu kabul etmiştir.

Devir temeli söz konusu ülke üzerindeki egemenliğin devrine ilişkin ilgili tarafların iradesinde yatmaktadır.<sup>65</sup> Bu olmaksızın devir hukuki olarak gerçekleşemez. Arazinin fiili devrinin gerekip gerekmediği daha az kesindir. Bu vakanın şartlarına bağlı olacaktır. Örneğin 1866'da Avusturya Venedik'i Fransa'ya devretmişti ve birkaç hafta içinde Fransa burayı İtalya'ya devretmiştir. Fransa aracılığıyla İtalyan devletine gerçekleşen devir her hâlükârda geçerlidir.<sup>66</sup> *Iloilo* davasında,<sup>67</sup> Amerikan askerleri Iloilo şehrinin hakimiyetini iki ay öncesinde ele geçirmiş bulunsalar da, davanın olgularına bağlı olarak, Filipinlerin Amerika Birleşik Devletleri'ne devrinin 1898 tarihli Paris Antlaşması'nın onayı üzerine gerçekleştiği belirtilmiştir.

Devir örneklerinin genellikle husumetlerin sonunda yapılan anlaşmalarda yer almasına rağmen,<sup>68</sup> 1867'de Amerika Birleşik Devletleri'nin Alaska'yı Rusya'dan satın alması veya 1916'da Batı Indies'deki toprakların Danimarka tarafından Amerika Birleşik Devletleri'ne satılması örneklerinde olduğu gibi devir başka yollarla da gerçekleşebilir. Devir ayrıca toprak değişimi veya toprak bağışlanması şeklinde de ortaya çıkabilir.<sup>69</sup>

<sup>62</sup> Bkz., örnek olarak, *Oppenheim's International Law*, ss. 679–86, ve O'Connell, *International Law*, ss. 436–40.

<sup>63</sup> Bkz., *Christian v. The Queen* [2006] UKPC 47, para. 11, 130 ILR 696, 700, 711. Bu davada danışma kurulu, devrin 'bir egemen güçten diğerine egemenliğin nakli anlamına geldiğine' işaret etmiştir.

<sup>64</sup> 2 RIAA, s. 829 (1928); 4 AD, s. 103.

<sup>65</sup> Söz konusu toprak parçasına bitişik karasularına ve onun üzerindeki hava sahasına ilişkin olan egemenlik, kara ülkesinin devri ile intikal eder. Bkz., *Grisbadarna* davası, 11 RIAA, s. 147 (1909) ve *Beagle Channel* davası, HMSO, 1977; 52 ILR, s. 93. Bu durum, bir çıkarım olarak karasuları ya da hava sahasının devrinin ilgili kara ülkesini de içereceği anlamına gelir: bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 680.

<sup>66</sup> Bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 681. 1859 yılında Avusturya Lombardiya'yı Fransa'ya devretmiş ve Fransa da Lombardiya'ya sahiplenmeden bunu Sardinya'ya devretmiştir. Bkz., O'Connell, *International Law*, s. 438. Karşılaştırma için bkz., *The Fama 5C.Rob.* 106, 115 (1804).

<sup>67</sup> 4 RIAA, s. 158 (1925); 3 AD, s. 336.

<sup>68</sup> 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, madde 52, eğer bir antlaşmanın yapılması, Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer alan uluslararası hukuk ilkelerini ihlal ederek kuvvet kullanma ya da kuvvet kullanma tehdidiyle sağlanmışsa bu antlaşmanın geçersiz olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte daha önceki devir antlaşmaları yapıldıkları zamanın hukukuna tabidir.

<sup>69</sup> Bkz., başka örnekler için, *Oppenheim's International Law*, ss. 681–2.

### Fetih ve Kuvvet Kullanma

Kuvvete dayanan bir hakkın geçerliliğinin ne ölçüde hukuki bir hak olarak başka devletler tarafından tanınabileceği ve uluslararası sistem içinde uygulanabileceği kritik bir sorundur. Etik mülahazalar ilgilidir. İç hukukta hukuka aykırı bir eylemin bir hakkı doğurmaması ilkesi iyice yerleşmiştir ve bu ilke düzenli bir toplumun gerekli bir unsurudur.

Bununla birlikte, uluslararası hukuk, kurallarının ihlalinin sonuçlarına karşı tepkilerini, bazen gerçeğin zaruretlerini dikkate almak için, tadil etmek zorunda kalır. Uluslararası toplum tanıma aracılığıyla birçok örnekte saldırganlığın sonuçlarını kabul etmiştir.

Muhatabı yenme ve onun ülkesinin tamamını ya da bir kısmını işgal etme eylemi olan fethin kendisi araziye ilişkin bir hak oluşturmaz.<sup>70</sup> Muharip işgali olarak kazanana uluslararası hukuka göre ülkeyle ilgili olarak birtakım haklar verir;<sup>71</sup> ancak ülke yenilen egemenin yasal hakkı olmaya devam eder.<sup>72</sup>

İşgal edilmiş ülkenin hukuki statüsü hakkında fetih öncesinde uyuşmazlık bulunan hallerde karmaşık durumlar ortaya çıkabilmesine rağmen, sadece fetih ile işgalci güce egemenlik geçmez.<sup>73</sup>

Fetih, tabi ki, hukuka uygun veya aykırı kuvvet kullanımının sonucu olabilir. 1928 tarihli Kellogg-Briand Paketi uyarınca milli politikanın bir aracı olarak savaş yasaklanmıştı ve Birleşmiş Milletler Şartı madde 2(4)'e göre bütün üye devletler herhangi bir devletin ülkesel bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı kuvvet kullanmaktan veya kuvvet kullanma tehdidinde bulunmaktan kaçınmalıdır. Bununla birlikte, kendini savunma için kullanıldığında kuvvet meşru olacaktır.<sup>74</sup> Şartlar ne olursa olsun, uluslararası hukukun geçerli ülke kazanım yöntemi olarak kabul ettiği şiddetin başarılı şekilde kullanılması değildir. Klasik kurallara göre, fetih eyleminin bir sonucu olarak ülkenin resmi olarak ilhaki, ülke hakkını devretmekydi. Bu, fethi maskeleyerek ve onu uluslararası hukuka göre arazi kazanmanın geçerli bir yöntemi haline dönüştürmek için kullanılan hukuki bir mevhum idi.<sup>75</sup> Bununla birlikte, savaş devam ederken ilan edilen bir ilhakin ülkeye ilişkin hakkı geçerli olarak devir edip edemeyeceği şüphelidir. Ancak savaş sona erdikten sonra tartışmalı ülkenin hukuki statüsü hakkında son karar verilebilir. Bu, ilgili ülke üzerindeki kontrolün ilhak iddiasında bulunan devlet tarafından etkin olarak kurulması ve önceki egemenin araziye geri alma şansının makul olarak bulunmaması gerektiği kuralından ortaya çıkmaktadır.

Bu hususlar, 1939 ve 1940 yıllarındaki çeşitli Alman ilhak iddialarını mütalaa ederken İkinci Dünya Savaşı sonrasında Nürnberg Savaş Suçları Mahkemesi tarafından vurgulanmıştır. Mahkeme, savaş sona ermeden önce yapılan ilhakların uluslararası hukukta etkisiz ve geçersiz olduğunu kesin bir şekilde belirtmiştir.<sup>76</sup> İlhak iradesi denklemin hayati bir yönüdür. Örneğin Almanya'nın 1945 yılında Müttefikler tarafından fethi fiili olarak uygulanan hukuki kontrole binaen zımni ilhaka (gerçekleştirilebilecek olsa da) yol açmamıştır; çünkü Müttefikler ortak bir deklarasyon ile böyle bir yolu spesifik olarak reddetmişlerdir.<sup>77</sup> Bununla birlikte,

<sup>70</sup> A.g.e., s. 699. Bkz., ayrıca S. Korman, *The Right of Conquest*, Oxford, 1996.

<sup>71</sup> Bkz., örnek olarak M. S. McDougal and F. S. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order*, New Haven, 1961, ss. 733–6 ve 739–44, ve J. Stone, *Legal Controls of International Conflict*, London, 1959, ss. 744–51. Bkz., ayrıca E. Benveniste, *The International Law of Occupation*, 2. Baskı, Princeton, 2012.

<sup>72</sup> Bkz., genel olarak *The Arab–Israeli Conflict* (ed. J. N. Moore), Princeton, 4 cilt, 1974–89.

<sup>73</sup> Fakat karşı görüş için bkz., Y. Blum, 'The Missing Reversioner', a.g.e., cilt II, s. 287.

<sup>74</sup> Bkz., BM Şartı madde 51 ve aşağıda 20. Bölüm.

<sup>75</sup> Bkz., örnek olarak, *Oppenheim's International Law*, s. 699. Bkz., ayrıca O'Connell, *International Law*, ss. 431–6.

<sup>76</sup> O'Connell, *International Law*, s. 436. Bkz., ayrıca örnek olarak *Re Goering* 13 AD, s. 203 (1946).

<sup>77</sup> Cmd 6648 (1945). Bkz., ayrıca *Oppenheim's International Law*, ss. 699–700.

bugün uluslararası hukuka göre sadece kuvvet ile ülke kazanmanın hukuka aykırı olduğu açıktır. Bu BM Şartı madde 2(4) ve uygulama bağlamında ifade edilebilir. Örneğin, Güvenlik Konseyi'nin 242 sayılı kararı 'savaş ile ülke kazanmanın kabul edilemezliği'ni vurgulamıştır ve 1970 tarihli BM Genel kurulu tarafından kabul edilen Uluslararası Hukuk İlkelerine Dair İlkeler Deklarasyonu şunu belirtmiştir:

*"Bir devletin ülkesi kuvvet kullanma ya da tehdidi sonucu başka bir devlet tarafından kazanılma objesi olmayacaktır. Kuvvet kullanma ya da tehdidinden kaynaklanan hiçbir ülke kazanma hukuka uygun kabul edilmeyecektir."*<sup>78</sup>

Güvenlik Konseyi, oybirliği ile kabul edilen 662 (1990) sayılı kararında, Irak'ın Kuveyt'i ilhakının 'hiçbir biçimde ve hiçbir gerekçeyle hukuki geçerliliğinin bulunmadığını ve geçersiz ve hükümsüz olduğunu' ifade etmiştir. Bütün devletler ve kurumlara ilhakı tanımamaları ve dolaylı tanıma olarak yorumlanabilecek eylemlerden kaçınmaları çağrısında bulunulmuştur.<sup>79</sup>

Silahlı çatışmayı takiben ülke kazanma, iç hukuktaki ilhaka ek olarak uluslararası nitelikte ilave işlem yapmayı gerektirir. Bu nitelikteki gerekli işlem ya önceki egemen ile yapılan bir devir antlaşması ya da uluslararası tanıma şeklinde olabilir.<sup>80</sup>

### **Etkin Kontrol Uygulama**

İşgal ve zamanlaşımı kategorilerini ayrı yöntemler olarak ele alma literatürde gelenekselleşmiştir. Bununla birlikte, bu kavramları birbiriyle irtibatlandıran bir çok önemli faktör bulunduğu ve bu yöntemlere binaen ülke kazanılması etkin kontrolün uygulanması üzerine inşa edildiğinden bunları aynı geniş çerçevede incelemek en iyisidir. Öncelikle bu iki yöntemin geleneksel olarak tanımlanmasına işaret edilecektir.

İşgal hiç kimseye ait olmayan (*terra nullius*) ve bir devlet tarafından belirli şartlarda kazanılabilen ülkenin kazanılmasının bir yöntemidir. İşgal özel bireyler değil devlet tarafından gerçekleştirilmelidir; etkin olmalıdır ve bölge üzerinde egemenlik iddiası amaçlanmalıdır. *Res communis* olduklarından açık denizler bu şekilde işgal edilemezler; fakat boş arazi iddia sahibi devletin egemenliğine tabi olabilir. İşgal öncelikle yerleşilmemiş ülke ve adalara ilişkindir, ancak yerleşim kurulmuş belirli arazilere de uygulanabilir.

Konu *Western Sahara* davasında Uluslararası Adalet Divanı önüne getirilmişti.<sup>81</sup> Sömürgeleştirme zamanında söz konusu ülkenin *terra nullius* olup olmadığı sorusu sorulmuştur. Divan, *terra nullius*'un "işgal" olarak bilinen ülke kazanma yöntemi ile bağlantılı olarak kullanılan özel bir hukuki terim olduğunu belirtmiştir.<sup>82</sup> İşgal, devir ve halefiyet yolundan başka, ülke üzerinde egemenliğin barışçıl olarak kazanılmasının asli bir yolu olarak hukuken tanımlanmıştır.<sup>83</sup> Divan, önemli bir beyanda, ilgili dönemin (yani sömürge döneminin) devlet uygulamasının kabileler ya da toplumsal ve siyasi organizasyona sahip halkların yerleşik bulunduğu ülkelerin *terrae nullius* olarak değerlendirilmeyeceğini

<sup>78</sup> Bkz., ayrıca madde 5(3), 1974 yılında BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen Saldırının Tanımı Uzlaşması. Benzer şekilde Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 52. maddesi ülkenin devrinin zorlama sebebiyle geçersiz olabileceğini ifade etmektedir.

<sup>79</sup> Bkz., *The Kuwait Crisis: Basic Documents* (ed. E. Lauterpacht, C. Greenwood, M. Wellerand D. Bethlehem), Cambridge, 1991, s. 90.

<sup>80</sup> Bkz., örnek olarak, İsrail'in kanunlarını, yetkisini ve yönetimini işgal altındaki Golan Tepeleri'ne genişletmesini kınayan 497(1981) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Örnek olarak, 465 (1980) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Bkz., self determinasyon ve kuvvet kullanmaya dair daha fazlası için aşağıda 20. Bölüm.

<sup>81</sup> ICJ Reports, 1975, s. 12; 59 ILR, s. 14. Bkz., ayrıca M. N. Shaw, 'The Western Sahara Case', 49 BYIL, 1978, ss. 119, 127-34.

<sup>82</sup> ICJ Reports, 1975, ss. 12, 39; 59 ILR, ss. 14, 56.

<sup>83</sup> *A.g.e.*



öngördüğünü sarih bir şekilde ifade etmiştir.<sup>84</sup> İlaveten, uluslararası içtihat hukuku *terra nullius* statüsüne yol açmayacak şekilde bazı durumlarda egemenlik hakkının askıya alınabileceğini tanımaktadır. Böyle bir belirsizlik taraflarca ilgili zamanda çözümlenebilir.<sup>85</sup>

Aslında Avrupa kontrolü altına alınan ülkelerin çoğu, özellikle Asya ve Afrikadakiler, devir ile kazanılmış olarak kabul edilmişti.<sup>86</sup> Bu durum, birkaç istisna hariç bu ülkelerin birçoğu ondokuzuncu yüzyılda devlet olarak değerlendirilmedikleri için devreden tarafların statüsüne dair sorun ortaya çıkarmıştır.<sup>87</sup> Bununla birlikte uygulama, yerli entitelerin sömürgeci güçlerle anlaşma imzalamak suretiyle uluslararası hukukta ülkelerinin tamamını veya bir bölümünü devretme yetkisine sahip olduğunun kabul edildiğini göstermektedir. Bu durum *Cameroon v. Nigeria*<sup>88</sup> davasında açık bir biçimde görülmektedir. Bu davada Uluslararası Adalet Divanı, özellikle Sahra altı Afrika'da 'koruma antlaşmaları olarak adlandırılan antlaşmaların devletlerle değil fakat bunun yerine ülkenin tanımlanmış bölgelerinde yerel düzeyde yönetim icra eden önemli yerli yöneticilerle yapılmış olduğunu' belirtmiş ve *Western Sahara* kararında ifade edilen 'yerel düzeydeki yöneticilerle yapılan antlaşmaların ... hakkın türevsel kökeni olarak değerlendirildiği' görüşünü yeniden teyid etmiştir.<sup>89</sup> Kişilik ve hakkın uluslararası hukukta iki farklı kavram olduğuna işaret etmek gerekir. Bir kabilenin ya da halkın, kimseye ait olmayan toprağın (*terra nullius*) işgali yoluyla Avrupalı güç tarafından ülkesinin kazanılmasını engelleyecek, dolayısıyla ülke kazanmada devir (ya da fetih) usulünü gerekli kılacak, derecede kişiliğe sahip bulunduğu olgusu, bu tür gruplar ile yöneticileri arasındaki ilişki ülkesel egemenlik bağları boyutuna ulaşmak zorunda olmadığı için o dönemdeki uluslararası hukuk uyarınca bu kabilenin egemen ya da devlet olarak kabul edildiği anlamına gelmemektedir. Bu yüzden, uluslararası hukuk, bir müddet için, devlet olmak ile *terra nullius* durumu arasında bir geçici dönem kabul etmiştir. Bu geçici dönem, toplumsal ve siyasi olarak örgütlenmiş bulunan entitenin ülkesel egemenliğe dair türev bir hakkın dayanağını teşkil edebilecek bir antlaşma yapabileceğini öngörmektedir. Bu hak dönemin hukukunun uygulanması sebebiyle kabul görmektedir. Divan bunu, *Cameroon v Nigeria* davasında 'dönemin hukuku ilkesinin, o dönem yapılan antlaşmaların hukuki etkisinin ... bugün de geçerli olmasını gerektirdiği' şeklinde belirtmiştir.<sup>90</sup>

Bununla birlikte, örneğin Avustralya ve seyrek nüfuslu adalar gibi, işgal ile hak kazanılmış yerler de mevcuttur.

İşgal, hem kelimenin normal hem de hukuki anlamında, genellikle belirli bir arazi parçasının varlığını fark etme olarak tanımlanan keşfin akabinde gerçekleşir.<sup>91</sup> Fakat sadece fark etme ya da görme (onbeşimci ve onaltıncı yüzyıllar dönemleri dışında ve bu da tartışılmaz değildir)

<sup>84</sup> Ibid. Bu, dönemin bazı yazarlarına karşı gelmiştir. Örnek olarak, M. F. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, London, 1926, ss. 11–20; J. Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, London, 1894, ss. 141–2; Jennings, *Acquisition*, s. 20, ve Oppenheim's *International Law*, s. 687, dipnot 4.

<sup>85</sup> Bkz., *Eritrea/Yemen*, 114 ILR, ss. 1, 51. Bkz., ayrıca N. S. M. Antunes, 'The Eritrea–Yemen Arbitration: First Stage – The Law of Title to Territory Re-averred', 48 ICLQ, 1999, s. 362, ve A. Yannis, 'The Concept of Suspended Sovereignty in International Law and Its Implications in International Politics', 13 EJIL, 2002, s. 1037.

<sup>86</sup> Bkz., Shaw, *Title to Territory*, Bölüm 1, ve C. H. Alexandrowicz, *The European–African Confrontation*, Leiden, 1973.

<sup>87</sup> Bkz., örnek olarak M. Hébié, *Souveraineté Territoriale Par Traité*, Geneva, 2015 ve M.N. Shaw, 'Acquisition of Territory in Nineteenth Century Africa: Some Thoughts' *Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat* (ed. P-M Dupuy, B. Fassbender, M. N. Shaw ve K. S. Sommermann), Kehl, 2006, s. 1029

<sup>88</sup> ICJ Reports, 2002, ss. 303, 404-5.

<sup>89</sup> A.g.e., affen ICJ Reports, 1975, ss. 12, 39. Bkz., ayrıca *Island of Palmas*, RIAA, cilt II, ss. 858-9.

<sup>90</sup> ICJ Reports, 2002, para. 205. Bkz., ayrıca *Island of Palmas* davası, II RIAA, ps. 829, 845; *Eastern Greenland* davası, PCIJ, Series A/B, No. 53 s. 46; *Libya/Chad*, ICJ Reports. 1994, ss. 6, 37 ve R. Higgins, 'Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem', 46 ICLQ, 1997, s. 501.

<sup>91</sup> Bkz., Örnek olarak, Oppenheim's *International Law*, ss. 689–90, ve F. A. F. Von der Heydt, 'Discovery, Symbolic Annexation and Virtual Effectiveness in International Law', 29 AJIL, 1935, s. 448. Bkz., ayrıca A. S. Keller, O. J. Lissitzyn ve F. J. Mann, *Creation of Rights of Sovereignty Through Symbolic Acts, 1400–1800*, New York, 1938 ve H. Hu, 'The Doctrine of Occupation: An Analysis of its Invalidity under the Framework of International Legal Positivism', 15 *Chinese Journal of International Law*, 2016, s. 75.

hiçbir zaman ülkeye hak kazanma olarak yeterli görülmemiştir. Daha fazla bir şey gerekli görül müştür ve bu, bayrak dikme, ilan etme veya daha sofistike ritüel açıklamalar gibi, sembolik olarak hakimiyete alma eylemi şeklinde olmuştur. Zaman geçtikçe, şartlar değişmiş ve *Island of Palmas* davasında hakem keşif güncel etkisine, makul zamanda ilgili bölgenin etkin işgali ile tamamlanması gereken, nakıs bir hak sağlamaktan ibaret olduğuna işaret etmiştir. Keşif sadece diğer devletlere talepte bulunan devletin ülkede öncelikli menfaatinin olduğunu belirtmektedir. Hukuki olarak anlamlı olabilmesi için belirli bir zamanda etkin işgal ile desteklenmelidir.<sup>92</sup>

Zamanaşımı<sup>93</sup> *terra nullius* olmayan ve, ya hukuka aykırı olarak edinilmiş ya da içinde bulunulan şartlarda kazanmanın hukukiliği ispatlanamayan, bir ülkeye ilişkin hak tesis etme yöntemidir. Zamanaşımı, zamanın geçmesiyle şüpheli bir hakkın ve önceki egemenin varsayılan kazanımının meşrulaştırılmasıdır. Devletin hakimiyetinde uzun bir süre bulunan ve itiraz ile karşılaşmayan ülkenin uluslararası düzende ciddi sonuçlara yol açmadan ondan alınamayacağı kabul edilmesiyle uluslararası sistemde arzulan istikrara olan ihtiyacı yansıtmaktadır. Bu, bir vakanın meşrulaştırılmasıdır. Böyle bir doktrin kabul edilmeseydi, birçok devletin kendi ülkesine ilişkin hakkı tehlikeye düşerdi.<sup>94</sup> Uluslararası Adalet Divanı *Botswana/Namibia* davasında, iki tarafın da uluslararası hukukta kazandırıcı zamanaşımının tanındığı ve bu hakkın tesisi için hakimiyetin egemen sıfatıyla (*a titre de souverain*), barışçıl ve kesintisiz, kamusal ve belirli bir zaman boyunca gerçekleşmesi gerektiğinin yerine getirilmesi gereken kriterler olduğu hususunda uzlaşmış olduğuna, kendi tespitini yapmadan, işaret etmiştir. Divan bu durumu tekzip etmemiştir.<sup>95</sup>

Daha önce bir devletin egemenliği altında bulunmuş olan ülke ile alakalı olmak bakımından zamanaşımı işgalden farklılık arz etmektedir. Buna karşın iki kavram, her ikisinin de bir zaman süresi boyunca bir devletin egemenlik fiillerinin kanıtlarını gerektirmesi açısından benzerdirler. Teoride farklı olmalarına rağmen, iki kavram bir bölgeyle ilgili egemenlik mürura uğrayabileceğinden ve ülkeyi *terra nullius* kılacak şekilde terk etmenin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda şüpheler ortaya çıkabileceğinden<sup>96</sup> uygulamada bu kavramlar genellikle kolayca ayırt edilemez.

Aslında, birçok vaka işgal ve zamanaşımı şeklinde net teorik kategorilere karşılık gelmez. Klasik tanımlamalarla sarıh olarak alakalı belirli kazanma yöntemleri tavsif edilmeme eğilimindedir. Birçok vaka her iki (ya da muhtemelen tüm) tarafların bazı egemen eylemler gerçekleştirdiği birbiriyle yarışan devlet iddiaları içermektedir. İşgal hadisesinde olduğu gibi, zamanaşımı da hakka gerekçe teşkil eden hakimiyetin devlet otoritesine ya da *a titre de souverain*'e dayanmasını -bir devletin egemen talepleri ile alakalı olmayan sadece bireysel çabaların bir göstergesine değil- gerektirmektedir.

Bu son gereklilik de mantıksal olarak hakimiyetin barışçıl ve kesintisiz olması gereğinden kaynaklanmaktadır ve zamanaşımının yeni ilişkiler hakkında önceki egemenin zımnı rızasına dayanmasının zaruri olduğu hususunu yansıtmaktadır. Bu, yoksun bırakılan

<sup>92</sup> 2 RIAA, ss. 829, 846 (1928); 4 AD, ss. 103, 108.

<sup>93</sup> Bkz., genel örnek olarak D. H. Johnson, 'Acquisitive Prescription in International Law', 27 BYIL, 1950, s. 332, ve H. Post, 'International Law Between Dominion and Imperium' *Reflections on Principles and Practice of International Law* (ed. T. D. Gill ve W. S. Heere), The Hague, 2000, s. 147. Ayrıca bkz., J. Wouters ve S. Verhoeven, 'Prescription', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.

<sup>94</sup> *Grisbadarna* davasında işaret edildiği gibi, 'uzun bir süredir mevcut olan ya da mevcut bulunmuş olan şeylerin durumunun mümkün olduğunca az değiştirilmesi milletler hukukunun yerleşmiş bir ilkesidir', J. B. Scott, *Hague Court Reports*, New York, 1916, cilt I, ss. 121, 130.

<sup>95</sup> ICJ Reports, 1999, ss. 1045, 1101 vd.

<sup>96</sup> Ülkenin terki için, kayıp olgusu ve terk etme iradesi gereklidir. Bu çok nadiren görülür: örnek olarak, *Delagoa Bay* davası, C. Parry, *British Digest of International Law*, Cambridge, 1965, cilt V, s. 535, ve *Frontier Land* davası, ICJ Reports, 1959, s. 209; 27 ILR, s. 62.

egemen tarafından yapılan protestoların zamanaşımı iddiasını tamamen engelleyebileceği anlamına gelmektedir.<sup>97</sup>

Amerika Birleşik Devletleri ve Meksika arasındaki *Chamizal* tahkiminde,<sup>98</sup> taraflar arasında sınır teşkil eden Rio Grande Nehri yatağını değiştirmişti ve Amerika Birleşik Devletleri kısmen barışçıl ve kesintisiz hakimiyete dayanarak yeni ve eski nehir yatakları arasındaki sahayı talep etmişti. Bu talep Meksika'nın sürekli protestoları sebebiyle ve sınıra ilişkin ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın çözülmesini gerekli kılan her iki tarafça da imzalanan Antlaşma ışığında reddedildi. Bu konu hakkında Meksika'nın savaşa teşebbüs etmemiş olması, ABD'nin arazi hakimiyetini barışçıl olarak kazandığını göstermek için yeterli değildir.

Açık veya durumun tüm ilgili şartlarına göre zımni şekilde zamanaşımı durumunda toprağı kazanmış bulunmak bir zarurettir. Oysa işgal durumunda bu sadece etkin işgalin varlığını destekleyen, ama hukuki iddianın özünü teşkil etmeyen, bir ispat hususudur.

Özellikle 1928 Kellogg-Briand Paketi ve Birleşmiş Milletler Şartı madde 2(4)'den itibaren, protestonun ne şekilde olacağı tartışmaya açıktır, ancak kesin olarak modern uluslararası hukukta kuvvete başvurmak kabul edilemez.<sup>99</sup> Uyuşmazlığın mevcudiyeti ve bu yüzden protestoların gerçekliği hakkında konuyu Birleşmiş Milletler'e ya da Uluslararası Adalet Divanı'na getirmek kesin kanıt teşkil edecektir, ancak diplomatik protestolar muhtemelen yeterli olacaktır. Bununla birlikte bu, bütün akademik yazarlar tarafından kabul edilmemektedir ve ciddi uyuşmazlıklarda diplomatik ilişkilerin bozulması ya da tahkim veya yargısal çözüm önerisinde bulunmak gibi daha ileri adımların atılması daha iyi olabilir.<sup>100</sup> Devamlı ve inandırıcı protestolardan daha az bir şeyin, yoksun bırakılan tarafın hakkını riske atabileceği açıktır.

Hakimiyetin "makul süresi" gerekliliği de benzer şekilde belirsizdir ve belirli bir süreyi ifade etmek mümkün değildir.<sup>101</sup> Birçok şey gibi bu da, ülkenin niteliğini ve çekişen iddiaların yokluğu veya mevcudiyetini de içerecek şekilde, vakanın bütün şartlarına bağlıdır.

İngiliz Kanalı'ndaki (Manş Denizi-Ç.N.) hem Fransa hem de İngiltere tarafından talep edilen adacık ve kayalık grupları üzerindeki tartışmalı egemenliğe ilişkin *Minquiers and Ecrehos* davasında,<sup>102</sup> Uluslararası Adalet Divanı, 1066 yılından itibaren bölgenin tarihini çok detaylı bir şekilde ele almıştır. Bununla birlikte, Divan'ın kararı esas itibarıyla egemenliğin kullanılmasına ve yerel yönetime ilişkin görece olarak daha yakın tarihli eylemlere ve söz konusu toprak hakkındaki mevzuatın niteliğine dayanmıştır. Ve bu gerekçelerle, İngiliz egemenliği kabul edilmiştir. Adacıklara ilişkin İngiliz egemenlik girişimleri Fransız yetkililerinin benzer girişimlerinden çok ciddi olarak ağır basmıştır ve bunun üzerine Fransa'nın talepleri reddedilmiştir.

Başka vakalarda olduğu gibi, mahkeme kararı açık bir şekilde tanımlanmış işgal ve zamanaşımı kategorileri temelinde değil; fakat rakip devlet girişimlerinin dengelenmesi ışığında verilmiştir.

<sup>97</sup> Bkz., Johnson, 'Acquisitive Prescription', ss. 343-8.

<sup>98</sup> 5 AJIL 1911, s. 782. Bkz., ayrıca *Minquiers and Ecrehos* davası, ICJ Reports, 1953, ss. 47, 106-8; 20 ILR, ss. 94, 142-4.

<sup>99</sup> Bkz., aşağıda 19. Bölüm

<sup>100</sup> Bkz., örnek olarak, Johnson, 'Acquisitive Prescription', ss. 353-4, ve I. MacGibbon, 'Some Observations on the Part of Protest in International Law', 30 BYIL, 1953, s. 293.

<sup>101</sup> *British Guiana and Venezuela Boundary* davasında taraflar beş yıllık bir kazandırıcı zamanaşımını kabul etmişlerdir. BFSP, 1896, s. 57.

<sup>102</sup> ICJ Reports, 1953, s. 47; 20 ILR, s. 94.

De Visscher tarihsel konsolidasyon kavramını ortaya atarak teorik sınıflandırmaları pratik gerçekliklerle daha uyumlu kılmaya teşebbüs etmiştir.<sup>103</sup> Bu fikir (deniz kısımları da dahil) ülkenin kazanılmasına yol açan karmaşık çıkarları ve ilişkileri yansıtan ispatlanmış uzun kullanım üzerine inşa edilmiştir. Çıkarların ve ilişkilerin bu şekilde kümelenmesi, mahkemelerce karara varılırken sırf zamanın geçmesinden daha önemli olarak değerlendirilmiştir. Tarihsel konsolidasyon daha önce işgal edilmiş ülkelere olduğu gibi *terra nullius*'a da uygulanabilir. Bu yüzden zamanaşımından ayrıştırılabilir. Kavram, kara gibi deniz alanlarının da kazanılmasına ilişkin olması bakımından işgalden de farklıdır. Sadece muvafakat ve rıza ile değil fakat ilgili devletlerce makul süre boyunca protestonun olmamasıyla da varlık kazanabilir.<sup>104</sup>

Bununla birlikte, *Anglo-Norwegian Fisheries* davasına<sup>105</sup> dayanan de Visscher'in argümanı, uluslararası hukuk uyarınca ülke kazanılması ile genel kabul görmüş hukuksal prensiplere izin verilen bir istisna olarak ülke kazanma arasındaki farkı izah etmede başarısız olmaktadır. *Anglo-Norwegian Fisheries* davasında dayanan pasaj<sup>106</sup> gerçekten bir deniz alanı hakkındaki genel rıza ile ilgilidir. De Visscher'in 'kara ülkesini ya da deniz alanını bir devlete ilave etme etkisine *kendilerinin bizatihi* sahip olduğu karmaşık çıkarlar ve ilişkiler'<sup>107</sup> yönünü aşırı vurguladığı eleştirisinde bulunulmuştur.<sup>108</sup> Bu yüzden konsolidasyona nazaran etkinlik uygun terimdir. Hem işgal hem de zamanaşımı esasen etkin hakimiyet ve kontrole dayanır. Kontrolün etkinliğine tesir ettiğinden zaman unsuru da burada ilgilidir.

#### **Dönemin Hukuku<sup>109</sup> (Temporal law)**

Uluslararası hukukun belirli ilkelerine ilişkin şartların değişmesi, diğer bir deyimle söz konusu haklar ve yükümlülüklerin saptanmasında ilgili zaman süresi, probleme yol açmaktadır. Bu ciddi zorluklara sebebiyet verebilmektedir; çünkü bir ülke hakkı, örneğin, on altıncı yüzyıl hukuki doktrinleri uyarınca geçerli olabilir ancak on dokuzuncu yüzyıldaki gelişmelerce etkisiz hale gelebilir. Bu tür hallerde genel kural, bir uyumsuzlukla söz konusu olan iddia veya durumun (ya da örneğin ilgili antlaşmanın)<sup>110</sup> bunun yapılma zamanı (sonraki bir zaman değil) mevcut bulunan şartlar ve kurallar uyarınca incelenmesi gerektiğidir. Bu, örneğin, *Island of Palmas* davasında,<sup>111</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nin kalıtsal olarak edinmiş olduğunu belirttiği İspanya'nın keşif ile hak iddiası keşfin yapıldığı on altıncı yüzyıl uluslararası hukuk ilkeleri ışığında değerlendirilmelidir anlamına gelmiştir. Ülkenin bu yönü istikrar varsayımı ve ihtiyacı bakımından öne sürülmektedir.<sup>112</sup>

Fakat davada belirli hakların ortaya çıkışının zamanın uluslararası hukukuna bağlı olduğu ifade edilirken, bu tür hakların mevcudiyetinin devamlılığının, bu dar ölçütün "yerleşik

<sup>103</sup> *Theory and Reality in Public International Law*, 1968, s. 209.

<sup>104</sup> *A.g.e.*

<sup>105</sup> ICJ Reports, 1951, ss. 116, 138; 18 ILR, ss. 86, 100.

<sup>106</sup> *A.g.e.*

<sup>107</sup> De Visscher, *Theory and Reality*, s. 209 (vurgu eklenmiştir).

<sup>108</sup> Bkz., Jennings, *Acquisition*, ss. 25–6. Bkz., ayrıca D. H. Johnson, 'Consolidation as a Root of Title in International Law', *Cambridge Law Journal*, 1955, ss. 215, 223.

<sup>109</sup> Bkz., örnek olarak, *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, ss. 12, 38–9; 59 ILR, ss. 14, 55. Bkz., ayrıca Shaw, 'Western Sahara Case', ss. 152–3; Jennings, *Acquisition*, ss. 28–31; T. O. Elias, 'The Doctrine of Intertemporal Law', 74 *AJIL*, 1980, s. 285; *Brownlie's Principles*, ss. 218–9; Oppenheim's *International Law*, ss. 1281–2; G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, 1986, cilt I, s. 135, ve H. Thirlway, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989 (1. Bölüm)', 60 *BYIL*, 1989, ss. 4, 128. Bkz., ayrıca R. Higgins, 'Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem', 46 *ICLQ*, 1997, s. 501; Greig, *Intertemporality*.

<sup>110</sup> Bkz., örnek olarak, *Right of Passage* davası, ICJ Reports, 1960, ss. 6, 37; 31 ILR, ss. 23, 50.

<sup>111</sup> 2 *RIAA*, ss. 829, 845 (1928); 4 *AD*, s. 103.

<sup>112</sup> Bkz., örnek olarak, *Eritrea/Yemen*, 114 ILR, ss. 1, 46 ve 115; *Eritrea/Ethiopia* davası, 2002, 130 ILR, ss. 1, 34 ve *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 404–5.

düzene" sahip ülkesel vakalarda kullanılmamasına rağmen, gelişen hukuk sisteminin tekamül eden şartları ile uyumlu olmasına bağlı bulunduğu da belirtilmiştir.<sup>113</sup> Bu kayıt uygulamada, tanıma ve muvafakati de kapsayan ülke kazanılmasına ilişkin bütün ilgili kurallar bağlamında dikkatlice ve esnek bir biçimde yorumlanmıştır.<sup>114</sup> Bununla birlikte *Aegean Sea Continental Shelf* davasında<sup>115</sup> Divan, 1928 Kellogg-Briand Paktı'na getirilen Yunan çekincesindeki 'Yunanistan'ın ülkesel statüsüne ilişkin uyuşmazlıklar' ibaresinin 'uluslararası hukuk kurallarının bugün mevcut olduğu hal, 1931 yılında var oldukları hal değil' uyarınca yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu yüzden, bu kavramın 1920'lerde hiç bilinmiyor olmasına rağmen, Yunanistan'ın ülkesel statüsünün onun kıta sahanlığını da içerecek şekilde ele alınmasına imkan verecek biçimde kıta sahanlığına ilişkin uluslararası hukukun tekamülü dikkate alınmalıdır. Uluslararası hukuk ilkesinin bu yönünün ne ölçüde genişletilebileceği çok tartışmalıdır. Uygun bir yaklaşım, bunu etkin kontrole karar vermeye ilişkin faktörler demetinde dikkatlice uygulanması gereken bir etmen olarak görmektir.<sup>116</sup>

### Önemli Tarih

Bazı durumlarda tarafların haklarının vuzuha kavuştuğu sonucuna varılabilecek bir belirleyici an mevcut bulunabilir ve bu tarihten sonraki eylemler hukuki pozisyonu değiştiremez.<sup>117</sup> Böyle bir an hükümleri ihtilaf konusu olan bir antlaşmanın tarihi<sup>118</sup> ya da ülkenin işgal tarihi olabilir.<sup>119</sup> Ülkesel uyuşmazlıklarda bu tür bir önemli tarihin (*critical date*) her zaman mevcut olacağı ya da olması gerektiği doğru değildir; fakat mevcutsa bu tarihten sonra gerçekleştirilen eylemler, bu eylemler önceki eylemlerin normal olarak devamı değilse ya da bu eylemler bunlara dayanan tarafın hukuki pozisyonunu geliştirme amacıyla gerçekleştirilmedikçe dikkate alınmayacaktır.<sup>120</sup>

Önemli tarih kavramı, yeni devletin öncekinin sınırlarına sahip olduğunu bildiren ve bağımsızlık anının kendisinin değişmez biçimde önemli tarihi teşkil ettiği *uti possidetis* doktrinine ilişkin olarak özel bir öneme sahiptir.<sup>121</sup> Bu, yerleşmiş bulunmaları ve daha sonra değiştirilmemiş olmaları anlamında, ilgili ülkesel durum ya da hakların daha önceki bir tarihte vuzuha kavuşmuş bulunması ihtimaline mani olmaz.<sup>122</sup> Birden fazla devletin

<sup>113</sup> 2 RIAA, ss. 839–45. Bkz., S. Jessup, 'The Palmas Island Arbitration', 22 AJIL, 1928, s. 735. Bkz., ayrıca M. Sørensen, 'Le Problème Dit du Droit Intertemporal dans l'Ordre International', *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Basle, 1973, ss. 4 vd., ve müteakip tartışmalar, *a.g.e.*, ss. 50 vd., ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından kabul edilen karar, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1975, ss. 536 vd.

<sup>114</sup> 1970 tarihli Uluslararası Hukuk İlkeleri Deklarasyonu kuvvet kullanma yoluyla ülke edinilemeyeceği kuralının, BM Şartı öncesi yapılmış ve geçerli olan anlaşmalara etki yapmayacağını ifade etmektedir.

<sup>115</sup> ICJ Reports, 1978, ss. 3, 33–4; 60 ILR, ss. 562, 592. Bkz., Elias, 'Intertemporal Law', ss. 296 vd. Bkz., ayrıca Portekiz'in Goa'ya dair hakkının geçersizliğine ilişkin Hindistan argümanları için SCOR, S/PV-987, 11, 18 Aralık 1961.

<sup>116</sup> Zaman ve antlaşmaların yorumu hakkında bu bölümde yukarıya bakınız.

<sup>117</sup> L. F. E. Goldie, 'The Critical Date', 12 ICLQ, 1963, s. 1251. Bkz., ayrıca G. Fitzmaurice, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951–4: Points of Substance, Part II', 32 BYIL, 1955–6, s. 20; Y. Blum, *Historic Titles in International Law*, The Hague, 1965, ss. 208–22, ve Brownlie's Principles, s. 219. Bkz., ayrıca M. N. Shaw, 'The Heritage of States: The Principle of Uti Possidetis Juris Today', 67 BYIL, 1996, ss. 75, 130, ve Shaw, 'Title, Control and Closure? The Experience of the Eritrea–Ethiopia Boundary Commission', 56 ICLQ, 2007, ss. 755, 760 vd.

<sup>118</sup> Bkz., örnek olarak, *Island of Palmas* davası, 2 RIAA, s. 845.

<sup>119</sup> Bkz., örnek olarak, *Eastern Greenland* davası, PCIJ, Series A/B, No. 53, s. 45.

<sup>120</sup> Bkz., *Indonesia/Malaysia* davası, ICJ Reports, 2002, ss. 625, 682; *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 697–8 ve *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2012, sss. 624, 652 ve 657. Bkz., ayrıca *Argentina/Chile* 38 ILR, ss. 10, 79–80 ve *Malaysia/Singapore*, ICJ Reports, 2008, ss. 12, 27–8.

<sup>121</sup> *Burkina Faso/Mali* davası, ICJ Reports, 1986, s. 568; 80 ILR, s. 440. Bkz., ayrıca *Burkina Faso/ Niger*, ICJ Reports, 2013, para. 79. Bu önemli tarih, özel anlaşmanın kendi hükümleri tarafından belirlenebilir. Örneğin *Eritrea/Ethiopia* davasında taraflar, bağımsızlık anında mevcut olan sınırlara saygı gösterilmesi ilkesine atıfta bulunmuşlardır. 130 ILR, ss. 1, 43.

<sup>122</sup> *Eritrea/Ethiopia* davası, 130 ILR, ss. 1, 102–3.

dahil olduğu bir durumda en son bağımsızlık tarihi<sup>123</sup> ya da muhtemelen ilgili devletlerin bağımsızlık tarihleri<sup>124</sup> şartlara bağlı olarak dikkate alınır.<sup>125</sup> İlâveten, farklı durumlar için (örneğin aynı vakadaki arazi ve deniz uyuşmazlıkları) farklı önemli tarihlerin mevcut olması mümkündür.<sup>126</sup> Bununla birlikte, bağımsızlık tarihi açıkça daha önceki belgelerin bağlayıcı gücü tarafından belirlenmiş bulunan sınırlara halefiyet tarihini gösterir.<sup>127</sup>

Bağımsızlık anı bu amaçlar bakımından çeşitli muhtemel gerekçelerden dolayı ‘önemli’ olmayabilir. Taraflar arasında bağımsızlık tarihinin ya da önceki egemenin idari organizasyonel amaçlı olarak son kez yetki kullandığı tarihin daha uygun tarih olup olmadığı hususunda bir uyuşmazlık bulunabilir;<sup>128</sup> ya da *uti possidetis* hattı bazı durumlarda ancak bağımsızlık tarihinden sonra ortaya çıkan belgelerin dikkate alınması üzerine tespit edilebilir;<sup>129</sup> ya da bu tür ‘önemli tarih’ daha sonra yapılan bir antlaşma<sup>130</sup> veya yargı kararıyla<sup>131</sup> bağımsızlık tarihi sonrasındaki bir zamana kaydırılabilir. Bu yüzden önemli tarih kavramının önemi görecelidir ve tamamen vakanın şartlarına bağlıdır.<sup>132</sup>

### Egemenlik Faaliyetleri

Etkin otorite kullanımı, bu yüzden, çok önemli bir husustur. Huber’in ifade ettiği gibi ‘fiili olarak devamlı ve barışçıl biçimde devlet fonksiyonlarının gösterilmesi, uyuşmazlık halinde ülkesel egemenliğin muteber ve doğal ölçütü olmaktadır’.<sup>133</sup>

Bununla birlikte, etkin olması gerekmele birlikte, kontrolün kesin olarak hakimiyet ve talepte bulunulan bütün ülkede yerleşim seviyesine ulaşması zorunluluğu gerekmemektedir. Hakkı kurmak için tam olarak hangi egemenlik eylemlerinin (*effectivités*) gerekli olduğu, her durumda ilgili ülkenin niteliği, (mevcutsa) talepte bulunan devletin yol açtığı muhalefet seviyesi ve uluslararası tepki dahil olmak üzere vakanın bütün ilgili şartlarına bağlı olacaktır. Gerçekten uluslararası hukukta birçok ülke hakkının mutlak değil görelî kavramlar olarak mevcut bulunduğu addolunacaktır. Başka devletlerden üstün olarak *terra nullius* üzerinde egemenlik iddiasında başarılı olan devlet, bir mutlak hakkı değil fakat rakip devletler tarafından iddia olunandan göreceli olarak daha iyisini kanıtlamış olacaktır. Coğrafya ve uluslararası tepkiler gibi hususlar da dikkate alınabilir.<sup>134</sup> Divan *Eastern Greenland* davasında şunu ifade etmiştir: ‘Diğer devletin daha üstün bir iddiada bulunamaması durumu

<sup>123</sup> A.g.e., s. 43.

<sup>124</sup> Bkz., *Benin/Niger* davası, ICJ Reports, 2005, ss. 90, 120. Eski Yugoslavya’nın halefi olan devletlerin farklı halefiyet (ve bağımsızlık) tarihlerine ilişkin olarak Yugoslavya Konferans Tahkim Komisyonu’nun görüşleri için bkz., Opinion No. 11, 96 ILR, ss. 719, 722.

<sup>125</sup> Bkz., *Burkina Faso/Mali* davası, ICJ Reports, 1986, s. 570; 80 ILR, s. 440, ve *Dubai/Sharjah* davası, 91 ILR, ss. 590–4. Bu davalarda, bu kavramın ya çok az pratik değeri bulunduğu ya da hiç bulunmadığı belirtilmiştir.

<sup>126</sup> Bkz., örnek olarak, *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 697 vd.

<sup>127</sup> *Libya/Chad* davası, ICJ Reports, 1994, s. 6; 100 ILR, s. 1.

<sup>128</sup> Bkz., *Burkina Faso/Mali* davası, ICJ Reports, 1986, s. 570; 80 ILR, s. 440.

<sup>129</sup> Bkz., *El Salvador/Honduras* davası, ICJ Reports, 1992, ss. 56 vd.; 97 ILR, s. 112.

<sup>130</sup> Bkz., *Beagle Channel* davası, 21 RIAA, ss. 55, 82–3; 52 ILR, s. 93.

<sup>131</sup> *El Salvador/Honduras* davası, ICJ Reports, 1992, s. 401; 97 ILR, s. 112. Bkz., ayrıca *Burkina Faso/Mali* davası, ICJ Reports, 1986, s. 570; 80 ILR, s. 440, ve Hakim Ajibola’nın ayrı görüşü, *Libya/Chad* davası, ICJ Reports, 1994, s. 91; 100 ILR, s. 1.

<sup>132</sup> Bkz., örnek olarak, *Burkina Faso/Mali* davası, ICJ Reports, 1986, s. 570; 80 ILR, s. 440, *Dubai/Sharjah* davası, 91 ILR, ss. 590–4 ve *Eritrea/Yemen* Tahkimi, 114 ILR, ss. 1, 32.

<sup>133</sup> 2 RIAA, ss. 829, 840 (1928). *Eritrea/Yemen* davasında Divan şunu belirtmiştir: ‘Ülke kazanma (ya da eklemenin) modern uluslararası hukuku genel olarak şunu gerekli kılmaktadır: Devamlı ve barışçıl bir temelde, yetki ve devlet işlevleri icra etmek suretiyle, ülke üzerinde güç ve hakimiyetin iradi olarak gösterilmesi’, 114 ILR, ss. 1, 69. Bkz., ayrıca R. O’Keefe, ‘Legal Title versus Effectivités’, 13 *International Community Law Review*, 2011, s. 147.

<sup>134</sup> Bkz., *Island of Palmas* davası, 2 RIAA, ss. 829, 840 (1928); 4 AD, s. 103. Bkz., ayrıca *Eastern Greenland* davası, PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, s. 46; 6 AD, s. 95; *Clipperton Island* davası, 26 AJIL, 1932, s. 390; 6 AD, s. 105, ve *Minquiers and Ecrehos* davası, ICJ Reports, 1953, s. 47; 20 ILR, s. 94.

haricinde, birçok durumda egemenlik haklarının fiili olarak çok az bir biçimde kullanılmış olması ile mahkemenin mutmain olduğunu müşahede etmeden ülkesel egemenliğe ilişkin karar zabıtlarını okumak imkansızdır. Bu durum, seyrek nüfusa sahip ya da yerleşilmemiş ülkelerin arazilerine ilişkin egemenlik iddiası vakalarında özellikle doğrudur.<sup>135</sup> Bununla birlikte, *Eritrea/Yemen* davasında hakemlik mahkemesi ülkesel egemenliğin kazanılması için 'bir kısım mutlak minimum koşulun mevcut olması gerektiğinden' konunun tamamen görecelik etrafında dönmediğini vurgulamıştır.<sup>136</sup>

*Island of Palmas* hakemliğinde<sup>137</sup> uyuşmazlık Pasifik'teki belirli bir ada hakkındaydı. Amerika Birleşik Devletleri 1898 tarihli bir antlaşmayla İspanya bu bölgede sahip olduğu tüm hakları ona devrettiği için ve bu İspanya tarafından keşfedilmiş adayı da içerdiği için Amerika Birleşik Devletleri'nin geçerli bir hakka sahip bulunduğunu ilan etmişti. Diğer yandan Hollanda, onyedinci yüzyıldan itibaren onun üzerinde çeşitli egemenlik yetkileri uygulaması temelinde adayı talep etmişti. Hakem Max Huber ülkesel egemenliğin tüm doğasını tartışan kararda İspanya'nın keşfinden kaynaklanan Amerikan iddialarını hakkı kurmada geçersiz bularak reddetmiştir.<sup>138</sup> Huber yüzyıllar boyunca icra edilen çeşitli idari eylemler tarafından kanıtlanan 'fiili olarak devamlı ve barışçıl biçimde sergilenen devlet fonksiyonları'na dayanarak Hollanda'nın egemenliği haiz olduğunu belirtmiştir.<sup>139</sup> Zamanın ve mekanın şartları uyarınca, ülkesel egemenliğin gösterilmesinin farklı biçimleri alabileceği de ayrıca vurgulanmıştır. Gerçekten, 'hakkın idamesi ile uyumlu fasıla ve inkıta kesinlikle yerleşilmiş ya da yerleşilmemiş bölgelerin ihtiva edilmesine göre değişiklik gösterir'. İlâveten coğrafi faktörler de konuyla ilgilidir.<sup>140</sup>

*Clipperton Island* hakemliği<sup>141</sup> Fransa ve Meksika arasında yerleşilmemiş bir ada hakkındaydı. Hakem lafzi değil fiili olarak hakimiyete almanın işgal için gerekli bir koşul olduğunu vurgulamıştır. Fakat bu şekilde hakimiyete almanın ilgili ülkenin niteliğine bağlı olarak değişik biçimlerde gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir. Bu vakada, daha sonra Honolulu'da yapılmış olan bir Fransız deniz subayının egemenlik ilanını geçerli hak doğurmak için yeterli kabul edilmiştir. Kuş gübresi zengini adaya ilişkin Meksika iddiasının zayıflığı ve ülkenin yerleşilmemiş olması ile ıssız niteliği de bu kararda etkili olmuştur.

*Eastern Greenland* davası ile birlikte bu iki vaka,<sup>142</sup> işgalin etkinliğinin göreceli olduğunu ve bazı nadir durumlarda sembolik olmaktan az ötesine geçmenin yeterli olabileceğini göstermektedir.<sup>143</sup> Norveç ve Danimarka'nın her ikisi de, Uluslararası Daimi Adalet Divanı'ndaki *Eastern Greenland* davasında, Doğu Grönland üzerinde egemenlik iddiasında bulunmuştu. Danimarka'nın Grönland'ın başka bölgelerinde sömürgeleri vardı ve yerleşilmemiş doğu bölümünde imtiyaz hakları vermişti. İlâve olarak, Danimarka

<sup>135</sup> PCIJ, Series A/B, No.53, ss.45–6. Bkz., ayrıca *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 100, ve *Indonesia/Malaysia*, ICJ Reports, 2002, ss. 625, 682. Bkz., ayrıca *Malaysia/Singapore* davası, ICJ Reports, 2008, ss. 12, 35–7. Ayrıca bkz., S. Huh, 'Title to Territory in the Post-Colonial Era: Original Title and *Terra Nullius* in the ICJ Judgments on Cases Concerning *Ligitani/Sipadan* (2002) and *Pedra Branca* (2008)', 26 EJIL, 2015, s. 709.

<sup>136</sup> 114 ILR, ss. 1, 118. Bu tür durumlarda başka bariz faktörler, coğrafi konumun dikkate alınmasını içermektedir. *A.g.e.*, s. 119.

<sup>137</sup> 2 RIAA, s. 829 (1928).

<sup>138</sup> *A.g.e.*, s. 846.

<sup>139</sup> *A.g.e.*, ss. 867–71.

<sup>140</sup> *A.g.e.*, s. 840. Bu bağlamda, Pasifik Okyanusu'ndaki Howland, Baker ve Jarvis adalarına ilişkin Amerikan iddialarına ayrıca bakınız. Burada ABD, bu adaların Yaban Hayatı Mülteci Sistemi'nin bir parçası olarak ABD tarafından idaresinin, yeterli işgali teşkil ettiğini savunmuştur. DUSPIL, 1975, ss. 92–4.

<sup>141</sup> 26 AJIL, 1932, s. 390; 6 AD, s. 105.

<sup>142</sup> PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, s. 46; 6 AD, s. 95.

<sup>143</sup> Bkz., ayrıca *Indonesia/Malaysia*, ICJ Reports, 2002, ss. 629, 682 ve *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 712. Bu davada, küçük deniz kayalıkları üzerinde egemenliğin 'nitelik ve nicelik olarak devlet gücünün görece ufak bir biçimde gösterilmesine dayanarak' kurulabileceğini belirtmiştir.

karasularının genişliğinin tesisi örneğinde olduğu gibi Grönland'a ilişkin tüm antlaşmaların ve mevzuatın ülkeyi bir bütün olarak kapsamakta olduğunu belirtmiş ve ülkenin tümüne ilişkin hakkının başka devletler tarafından tanınmasını arzu etmişti. Divan, bu eylemlerin geçerli bir hak üzerine inşa etmek için yeterli olduğuna ve Doğu Grönland'da Danimarka'nın protesto etmiş olduğu keşif heyetlerinin kışlaması ve kablosuz istasyonların kurulması gibi çeşitli Norveç iddialarına üstün geldiğine kanaat getirmiştir. 1931 tarihine kadar Norveç'in ülkeyi talep etmediğini de ayrıca dikkat edilmelidir.

Bir ülkeye ilişkin talepte bulunma iddiasının ortaya konması, egemenlik yetkileri (à titre de souverain) kullanan devletler<sup>144</sup> veya eylemlerinin bilahare devletleri tarafından benimsenmiş olduğu şahıslar<sup>145</sup> ya da bu tür bir faaliyete girişmesine devlet tarafından müsaade edilen ve bu yüzden kendi egemenleri namına hareket etmiş olan şirket veya iştirakler tarafından gerçekleştirilmelidir.<sup>146</sup> Aksi halde, gerçekleştirilen başka eylemlerin hukuki sonucu mevcut değildir.<sup>147</sup> İlgili başka bir faktör de, kesin olmayan bir güce sahip olmasına rağmen, egemen sıfatıyla hak talebinde bulunmak için çeşitli faaliyetleri gerçekleştiren devletin niyetinin gerekliliğidir. Başka bir deyişle, vaka egemenliği kazanacak devletin iradesi uyarınca ortaya konulmalıdır. Bu hususun *Eastern Greenland* davasında<sup>148</sup> vurgulandığı, ancak ilginin rakip devletlerin gerçekleştirmiş oldukları faaliyetlerin niteliği ve boyutuna odaklandığı *Minquiers and Ecrehos* davası<sup>149</sup> ve *Island of Palmas* davasında<sup>150</sup> öncelikli öneme sahip olarak değerlendirilmemiş bulunduğu görülmektedir. Bu sübjektif hususun tam rolü ne olursa olsun, gerçekleştirilen eylemler ile egemenlik hakkı talebinde bulunmak arasında bir bağın bulunması gerekmektedir.

*Rann of Kutch* davasında olduğu gibi, vakada kullanılan egemenliğin niteliği de değerlendirilmeye alınacaktır ve şöyle ifade edilmiştir:

*"Hukuk ve teamül uyarınca egemenliğin içeriği ve niteliğinde mevcut olan haklar ve yükümlülükler, zamana ve mekana bağlı olarak değişik şartlarda ve çeşitli siyasi sistemler bağlamında ciddi farklılıklar sergilemektedir."*<sup>151</sup>

Benzer şekilde Divan, *Western Sahara* davasında<sup>152</sup> egemenlik yetkisini sergileme bağlamında ilgili dönemdeki Fas devletinin özel niteliklerini dikkate almaya istekli olmuştur. Ancak en önemli faktörü egemenliğin kullanımı teşkil etmiştir. Uluslararası hukuk belirli bölgelerin coğrafi veya doğal bütünlüğü mefhumunu tanıyor gözükmese de, ve bunun aracılığıyla belirli bir bölgede uygulanan egemenlik talepte bulunulan bütün bir birim içinde kapsanan uzak

<sup>144</sup> Bunlar 'kamusal hak öne süren, egemenlik iddiasında bulunan ya da ... yasama faaliyeti gerçekleştiren' devletlerdir. *Eritrea/Yemen*, 114 ILR, ss. 1, 69. Bkz., ayrıca *Minquiers and Ecrehos* davası, ICJ Reports, 1953, ss. 47, 65 ve 69; 20 ILR, s. 94. Bu faaliyetlerin açıkça söz konusu ülkeye ilişkin olması gerekir. *Indonesia/Malaysia*, ICJ Reports, 2002, ss. 625, 682-3. Bkz., ayrıca *Nicaragua v Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 713-22 ve *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2012, ss. 624, 655.

<sup>145</sup> Divan 'Özel şahısların faaliyetlerinin, resmi düzenlemelere dayanarak veya devlet otoritesi uyarınca gerçekleşmemesi durumunda, egemenlik faaliyeti olarak görülemeyeceğini' ifade etmiştir. *Indonesia/Malaysia*, ICJ Reports, 2002, ss. 625, 683.

<sup>146</sup> *Botswana/Namibia*, ICJ Reports, 1999, ss. 1045, 1105.

<sup>147</sup> Bkz., Hakim McNair, *Anglo-Norwegian Fisheries* davası, ICJ Reports, 1951, ss. 116, 184; 18 ILR, ss. 86, 113, ve McNair, *International Law Opinions*, Cambridge, 1956, cilt I, s. 21. Bkz., ayrıca O'Connell, *International Law*, ss. 417-19.

<sup>148</sup> PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, s. 46; 6 AD, s. 95

<sup>149</sup> ICJ Reports, 1953, s. 47; 20 ILR, s. 94.

<sup>150</sup> 2 RIAA, s. 829 (1928); 4 AD, s. 103

<sup>151</sup> Annex I, 7 ILM, 1968, ss. 633, 674; 50 ILR, s. 2.

<sup>152</sup> ICJ Reports, 1975, ss. 12, 43-4; 59 ILR, ss. 14, 60. Bkz., ayrıca *Dubai/Sharjah Border Tahkimi*, 91 ILR, ss. 543, 585-90.



ülke parçasına ilişkin hakkın iddia edilmesi varsayımını ortaya çıkarmakta ise de,<sup>153</sup> bunu fazla abartmamak önemlidir. Bu, eşit olarak ülkenin bütün bölümlerinde uygulanması gerekmeyen etkin egemenliğin sergilenmesine ilişkin daha geniş bir kavram varsayımını (daha fazlasını değil) gündeme getirmektedir.<sup>154</sup> Ne coğrafi bütünlük ne de uzantısı olma söz konusu edilen bölgede kapsanan tüm alanlara ilişkin olarak hakkın kaynağı değildir. Ne de adaların anakaraya yakınlığı hukuki hak hususunu belirleyici değildir.<sup>155</sup> *Eritrea/Yemen* davasında<sup>156</sup> Mahkeme, *Eritrea/Ethiopia* davasında<sup>157</sup> Sınır Komisyonu'nun yaptığı gibi, bu tür bir bütünlük içinde mevcut bulunan alt kümelere ilişkin hukuki durumu ayrıca değerlendirmeyi mümkün görmüştür. Bununla birlikte, hukukta devlet etkinliklerinin ya da *effectivités*'in önemi ülkeye ilişkin hukuki bir hakkın mevcudiyetine veya yokluğuna bağlı olacaktır. Böyle bir geçerli hakkın mevcut olduğu durumda, bu önceliğe sahip olacaktır ve *effectivités* teyid edici bir rol oynayabilir. Bununla birlikte, *effectivités* hakla tezat teşkil ederse, hak öncelik arz edecektir. Herhangi bir hukuki hakkın yokluğunda, o zaman *effectivités* değişmeksizin dikkate alınmalıdır. Hukuki hak ülkesel sınırları tam olarak tanımlamaya kifayetsiz değilse, hakkın uygulamada nasıl yorumlandığını göstermede o zaman *effectivités* gerekli rolü oynamaktadır.<sup>158</sup>

Böylelikle, devlet uygulaması örnekleri, mesela, sınır antlaşmalarınca oluşturulan hukuki hakkı teyid edebilir veya tamamlayabilir ancak reddedemez.<sup>159</sup> Bir bölgeye ilişkin kesin bir hukuki hakkın yokluğunda, devlet uygulamasının kendisi hukuk oluşturan bir mekanizma haline gelir. Bunun önemi, ülkenin niteliği ve rekabet halindeki devlet iddialarına ilişkin olma bakımından daima bağlamsaldır.<sup>160</sup> İlgili devlet uygulamaları; yasama işlemlerini ya da idari kontrol işlemlerini, ceza veya hukuk kanunlarının uygulanmasına ilişkin işlemleri, göçmenlik düzenleme işlemlerini, balıkçılık ya da başka ekonomik faaliyetleri düzenleyen işlemleri, donanma devriyelerini ve arama kurtarma operasyonlarını<sup>161</sup> ve de tahkikatların yürütülmesini içermektedir.<sup>162</sup>

### **Müteakip Uygulamanın Rolü: Tanıma, Muvafakat ve Dönememe (*Estoppel*)**

Müteakip uygulama çeşitli şekillerde alakalı olabilir. Birincisi, tarafların niyetleri bağlamında ilgili sınır belgesinin doğru yorumuna karar verme yöntemi olarak.<sup>163</sup> İkincisi, *uti possidetis* hattı saptama amacıyla belirli bir alanın söz konusu sömürge ülkesi içinde olup olmadığına ilişkin belirsiz bir durumu veya konumu çözmeye yöntemi olarak.<sup>164</sup> Üçüncüsü, bu türde mevcut bir belgeyi veya daha önceki anlaşmayı değiştirme yöntemi olarak. Eritre/Etiyopya Sınır Komisyonu 'müteakip uygulamanın etkisinin, özgün anlamına bakılmaksızın, aksi durumda alakalı olabilecek antlaşma hükmünün farklı uygulanabileceği ya da hatta durumu düzenlemeyi sona erdireceği sonucunu doğurması hususları bağlamında çok açık

<sup>153</sup> *Eritrea/Yemen*, 114 ILR, ss. 1, 120 vd., ve bkz., Fitzmaurice, Law and Procedure, cilt I, ss. 312 vd.

<sup>154</sup> Bkz., *Island of Palmas* davası, 2 RIAA, s. 840.

<sup>155</sup> Bkz., *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 708–9.

<sup>156</sup> 114 ILR, ss. 1, 120 vd.

<sup>157</sup> *Eritrea/Ethiopia*, 130 ILR, ss. 1, 84 vd.

<sup>158</sup> *Burkina Faso/Mali*, ICJ Reports, 1986, ss. 554, 586–7; 80 ILR, s. 440, ve *El Salvador/Honduras* davası. Bu son davada mahkeme, bu ilkelere hem sömürge hem de sömürge sonrası egemenlik faaliyetlerine uygulanacağını belirtmiştir. ICJ Reports, 1992, ss. 351, 398; 97 ILR, s. 266. Bkz., ayrıca *Benin/Niger*, ICJ Reports, 2005, ss. 120, 127 ve 149.

<sup>159</sup> Bkz., ayrıca *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 353–5.

<sup>160</sup> İlkenin genel ifadesi için bkz., *Eritrea/Ethiopia* 130 ILR, ss. 1, 42. Hakkaniyetin ülkesel uyumsuzluklardaki rolüne ilişkin olarak bkz., yukarıda 3. Bölüm.

<sup>161</sup> *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2012, ss. 624, 655.

<sup>162</sup> *Malaysia/Singapore*, ICJ Reports, 2008, ss. 12, 83.

<sup>163</sup> Bkz., madde 31(3)(b), Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, 1969. Bkz., ayrıca *Argentina/Chile* davası, 38 ILR, ss. 10, 89.

<sup>164</sup> Bkz., *El Salvador/Honduras* davası, ICJ Reports, 1992, ss. 351, 401, 558 vd.

olabileceği' genel ilkesini izah etmiştir.<sup>165</sup> Hepsinin kuvvetli ya da zayıf ölçüde rıza konseptine dayanmaları bakımından, ilgili tarafların müteakip uygulamalarının farklı tezahürleri ortak bir temele sahiptir.<sup>166</sup> Bunlar sarih ya da zımni biçimde, ülke hakkının kazanılmasında bazı durumlarda büyük önem arz eden, bir devletin addolunan iradesini yansıtır. Bununla birlikte, uygulamada sınırlar çoğunlukla bulanık olsa bile, üç kavram arasında (tanıma, muvafakat ve dönememe) ciddi teorik farklılıklar mevcuttur. Her halükarda, bunlar bir ölçüde iyi niyet ve hakkaniyet temel ilkelerinden doğmaktadır.

Tanıma belirli bir durumun devlet tarafından kabul edilmesine ilişkin pozitif bir eylemdir. Bu ilgili tüm şartlardan zımnen çıkarılabilir de,<sup>167</sup> ve bu kabul edilmiş durum bir antlaşma hükmü ile uyumsuz olsa bile, belirli bir ilişkiler durumu olgusunun mevcudiyetinin tasdik edilmesidir.<sup>168</sup> Diğer yandan muvafakat protestonun gerektiği ama yapılmadığı<sup>169</sup> ya da yapılması gereken durumda yapılmadığı hallerde ortaya çıkar.<sup>170</sup> Diğer deyişle, anlaşmazlığı gösteren bir karşılığın gerekli görüldüğü bir durum tezahür eder ve, bu karşılık vuku bulmadığı için, itiraz etmeyen devletin yeni durumu kabul ettiği anlaşılır.<sup>171</sup> İnkâr edememe genel olarak, diğer tarafın müteakip faaliyette kendi zararına dayandığı ya da kendi pozisyonunu bunun üzerine değiştiremeyeceği bir tarafın yaptığı ya da rıza gösterdiği belirli bir bildirimdir.<sup>172</sup> Bu ayrıca men edilmiş bulunma kavramına da dayanmaktadır.<sup>173</sup>

Devire, tabii ki devirde bulunan devletin rızası gerekliken, diğer devletler tarafından takınılan tutum tamamen talidir ve işlemin hukukiliğini etkilemeyecektir. Benzer şekilde, *terra nullius* üzerinde hak kazanılması vakalarında, yararlı delil etkisine sahip olmasına rağmen diğer devletlerin muvafakati kesin olarak alakalı değildir.<sup>174</sup> Bununla birlikte, iki veya daha fazla devletin çekişen iddialarda bulunması durumunda, üçüncü tarafların rızasının rolü daha geniştir. *Eastern Greenland* davasında<sup>175</sup> Divan, bunların Grönland'ın tamamı üzerinde Danimarka egemenliğini tanımanın delili olmaları bakımından, Danimarka'nın diğer devletlerle (Norveç'ten başka) yapılan antlaşmalara dayanma hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir.

Tanıma ve muvafakat önceki egemenin iradesine aykırı olarak kontrolün kazanılması vakalarında da önemlidir. Ülkenin hakimiyeti, önceki egemen tarafından gerçekleştirilen

<sup>165</sup> Eritrea/Ethiopia, 130 ILR, s. 35. Bkz., ayrıca Shaw, 'Title, Control and Closure?', ss. 776 vd.

<sup>166</sup> Rıza, devrin esasıdır. Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>167</sup> Bkz., örnek olarak, *Eastern Greenland* davası, PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, ss. 46, 51-2; 6 AD, ss. 95, 100, ve *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, ss. 12, 49-57; 59 ILR, ss. 14, 66. Bkz., ayrıca G. Schwarzenberger, 'Title to Territory: Response to a Challenge', 51 AJIL, 1957, s. 308.

<sup>168</sup> Bkz., örnek olarak, *Taba* davası, 80 ILR, ss. 224, 297-8 ve 306.

<sup>169</sup> Bkz., I. MacGibbon, 'The Scope of Acquiescence in International Law', 31 BYIL, 1954, s. 143. Bkz., ayrıca Malaysia/Singapore, ICJ Reports, 2008, ss. 12, 50-1 ve Hakim Simma ile Hakim Abraham'ın müşterek karşı oy yazısı, a.g.e., ss. 116 vd.

<sup>170</sup> Bkz., *Land, Island and Maritime Frontier* (El Salvador/Honduras) davası, ICJ Reports, 1992, ss. 351, 577; 97 ILR, ss. 266, 493, ve Eritrea/Yemen, 114 ILR, ss. 1, 84.

<sup>171</sup> Bkz., örnek olarak, *Libya/Chad* davası, ICJ Reports, 1994, ss. 6, 35; 100 ILR, ss. 1, 34. Bu davada Divan 'şayet sınırlara ilişkin olarak ciddi bir uyuşmazlık gerçekten ortaya çıkmış olsaydı, 1955 tarihli antlaşmanın yapılmasından onbir yıl sonra, 1966 tarihli antlaşmada bunun yansıtılmasını herkes beklerdi' demiştir. Bkz., ayrıca *Malaysia/Singapore* davası, ICJ Reports, 2008, ss. 12, 82 vd. ve *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2012, ss. 624, 658-9.

<sup>172</sup> Bkz., *Temple* davası, ICJ Reports, 1962, ss. 6, 29 vd.; 33 ILR, s. 48; *Cameroon v. Nigeria* (Ön İtirazlar) davası, ICJ Reports, 1998, ss. 275, 303, ve *Eritrea/Ethiopia* davası, 130 ILR, ss. 68 vd.

<sup>173</sup> Bkz., örnek olarak, *Gulf of Maine* davası, ICJ Reports, 1984, s. 305; 71 ILR, s. 74. *Malaysia/Singapore* davasında (ICJ Reports, 2008, ss. 12, 81-1) Divan, geri dönememeye dayanan tarafın, başka şeyler yanında, 'diğer tarafın beyanına güvenerek farklı uygulamalar gerçekleştirdiğini' göstermek durumunda olduğunu belirtmiştir.

<sup>174</sup> *Eritrea/Yemen* davasında Mahkeme 'İtibar etmenin, hakkın sağlamaştırılmasının önemli bir unsuru' olduğunun altını çizmiştir. 114 ILR, ss. 1, 136.

<sup>175</sup> PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, ss. 46, 51-2; 6 AD, ss. 95, 100.

bariz protestolarla karşılaştığında zaman aşımı ile hak ortaya çıkmaz. Bu tür bir hak haktan mahrum bırakılan devletin muvafakatine dayandığı için, üçüncü devletlerin rızasının önemi çok azdır. Bununla birlikte, önceki egemenin tutumu da dahil olmak üzere bir çok şey şartlara bağlı olmasına rağmen, uzun bir zaman süreci boyunca tanıma eksik bir hakkı geçerli hale getirebilir. Ele alınan ülke açık denizlerin bir parçası (yani *res communis*) ise, devletlerin çoğunluğunun muvafakati bu parçanın, esasen bir dönememe oluşturarak, başka birinin egemenliği altına sokulmasını etkileyebilir.<sup>176</sup>

Muvafakat ve tanıma,<sup>177</sup> zamanaşımı hakkının hatırlanamayacak kadar eski hakimiyet olarak adlandırılan duruma dayanmasında da ilgilidir. Bu, belirli bir durumun ilk kaynağının şüphe içinde olması ve bunun hukuka uygun ya da aykırı bulunmasının mümkün olabilmesidir. Fakat uluslararası toplum tarafından genel muvafakat ya da ilgili diğer devlet tarafından özel muvafakat ışığında hukuka uygun addolunmuştur. Binaenaleyh, muvafakat etkin hakimiyet ve kontrole dayanan hakkı, bunu kesin kılarak, destekleyen bir delil teşkil edebilir.<sup>178</sup> Bu tür durumlarda, protestoda bulunmamak özellikle önemlidir.<sup>179</sup>

Dönememe (*estoppel*) bir ilişkiler durumuna rıza göstermiş olduğu kabul edilen devletlerin daha sonra pozisyonlarını değiştiremeyeceği bir hukuki yöntemdir.<sup>180</sup> İşaret edilmelidir ki, dönememeye dayanan taraf, başka şeylerin yanında, diğer tarafın bildirimlerine güvenerek farklı eylemlere giriştiğini göstermelidir.<sup>181</sup> Bu, kendisi hakkı kuramıyor olmasına rağmen, delil bakımından ve pratik öneme sahiptir. Dönememe daha önceki tanıma ya da muvafakat aracılığıyla ortaya çıkabilir, fakat rıza gösteren devletin menfaatinin niteliği hayati öneme sahiptir. İki devletin ülke hakkında çelişen iddialar öne sürmesi durumunda, birinin diğerinin pozisyonunu kabulü zıt hak taleplerinin yenilenmesi önünde bir engel teşkil edecektir. Bu *Eastern Greenland* davasında gösterilmiştir.<sup>182</sup> Bu davada, Divan Danimarka ile yapılan ve Grönlad'a ilişkin Danimarka iddialarını içeren bütün antlaşmaları Norveç'in kabulünü, Norveç'in bölgedeki Danimarka egemenliğine karşı çıkmasını engellediği şeklinde değerlendirmiştir.

Dönememe hakkındaki en önemli dava Kamboçya ve Tayland arasındaki bir sınır uyuşmazlığı ile ilgili olan *Temple of Preah Vihear* davasıdır.<sup>183</sup> Sınır, bir sınır tespiti komisyonu öngören Tayland ve Fransa (Kamboçya'yı da içeren Fransız Indo-China bölgesi üzerindeki egemen olarak) arasında yapılmış bulunan 1904 Antlaşması'na tabiydi. Sınır layığıyla tetkik edilmiştir, ancak Preah Vihear tapınağı bölgesinde nereden geçtiği belirsizdi. Tayland Fransız yetkililerden haritayı talep etmiş ve harita bölgeyi Kamboçya içinde göstermiştir.

<sup>176</sup> Bkz., *Anglo-Norwegian Fisheries* davası, ICJ Reports, 1951, s. 116; 18 ILR, s. 86. Divan, iddiaların açık bir şekilde tanınması boyutuna ulaşmayan ancak bu iddiaları bir miktar destekleyen üçüncü tarafların yaklaşımına delil olarak atıfta bulunmuştur. Bkz., *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2012, ss. 624, 660.

<sup>177</sup> Yeni devletlere ilişkin ülke bağlamında tanımanın rolü hakkında bu bölümde yukarıya bakınız.

<sup>178</sup> Bkz., *Land, Island and Maritime Frontier* (El Salvador/Honduras) davası, ICJ Reports, 1992, ss. 351, 579; 97 ILR, ss. 266, 495. Örneğin Mahkeme *Indonesia/Malaysia* davasında Endonezya'ya ait olduğu iddia edilen ülke parçasında deniz fenerleri inşa edilmesine ve başka idari eylemlerde bulunulmasına karşı, Endonezya ve onun selefi Hollanda'nın herhangi bir protesto girişiminde bulunmamasını 'göz ardı edemeyeceğini' ve 'bu tutumun alışılmamış olduğunu' belirtmiştir. ICJ Reports, 2002, ss. 625, 685.

<sup>179</sup> *Costa Rica v. Nicaragua*, ICJ Reports, 2009, ss. 213, 265–6.

<sup>180</sup> Bkz., örnek olarak, D. W. Bowett, 'Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence', 33 BYIL, 1957, s. 176; Thirlway, 'Law and Procedure', s. 29; A. Martin, *L'Estoppel en Droit International Public*, Paris, 1979; C. Dominicé, 'A Propos du Principe de l'Estoppel en Droit des Gens' *Recueil d'Etudes de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, Geneva, 1968, s. 327, ve I. Sinclair, 'Estoppel and Acquiescence' *Fifty Years of the International Court of Justice* (ed. A. V. Lowe ve M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996, s. 104.

<sup>181</sup> *Malaysia/Singapore*, ICJ Reports, 2008, ss. 12, 81.

<sup>182</sup> PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, ss. 46, 68; 6 AD, ss. 95, 102.

<sup>183</sup> ICJ Reports, 1962, s. 6; 33 ILR, s. 48. Bkz., D. H. Johnson, 'The Case Concerning the Temple of Preah Vihear', 11 ICLQ, 1962, s. 1183, ve J. S. Cot, 'Cour Internationale de Justice: Affaire du Temple de Preah Vihear', AFDI, 1962, s. 217.

Tayland hükümeti haritayı kabul etti ve başka kopyalar talep etmiştir.<sup>184</sup> Fransız bayrağı dalgalanmakta iken Tayland Prensi'nin tapınak bölgesine resmi ziyarette bulunmasını da içeren ve Uluslararası Divan'ı Tayland'ın uyuşmazlığa konu bölgede Fransız egemenliğini zimnen kabul ettiğine ikna eden başka olaylar da gerçekleşmiştir.<sup>185</sup> Başka deyişle, Tayland tapınak bölgesindeki sınıra itiraz etme iddiasında bulunmaktan kendi uygulaması ile men edilmişti. Bu dava, şüphe ve belirsizlik durumlarında muvafakat ve dönememe doktrinlerinin çok yararlı olacağını<sup>186</sup> ancak esasa ilişkin bir kural olarak dönememeye atıfta bulunmanın doğru olmayacağını göstermektedir.<sup>187</sup> Sükutun ne ölçüde dönememe oluşturabileceği kesin değildir ve birçok şey o sırada mevcut bulunan şartlara bağlı olacaktır. Özellikle de durumun kötü bilinmesine, bu kötü bilinme ışığında sükutu devam ettirmenin uzunluğuna ve hukuki menfaati güvenceye almak için uluslararası toplum tarafından makul görülebilecek davranışın türüne bağlıdır.<sup>188</sup> Bununla birlikte dönememenin mevcudiyeti hafife alınmamalıdır.<sup>189</sup> *Chagos Marine Protected Area*<sup>190</sup> davasında Tahkim Mahkemesi güncel hukuki durumu şu şekilde özetlemiştir:

“Geri dönememe şu şartlarda ileri sürülebilir (a) bir devlet sözle, eylemle ya da sessiz kalmakla açık ve tutarlı bir temsil gerçekleştirdiğinde (b) bu temsilin ilgili konuda devlet namına söz söyleme yetkisine sahip bir birim tarafından gerçekleştirilmesi durumunda (c) geri dönememeyi ileri süren devlet kendi zararı, hasar görmesi ya da temsilde bulunan devletin menfaatine feragatte bulunmaya bu temsiller tarafından teşvik edilmiş olmalıdır; ve (d) bu şekilde güvenme güvenen devletin güvenmeye hakkının bulunduğunu temsil etmesi nedeniyle meşru olmalıdır.”

Müteakip uygulamanın kendisi esas anlamda egemenlik faaliyeti uygulamalarını, diplomatik ve benzer değişimleri ve zabıtları ve haritaları içermektedir. Haritaların durumu bakımından, bir delil hususu olarak bunların çizilmesi hakkındaki olgulara bağlı olacaktır. *Burkina Faso/Mali* davasında ‘haritaların sadece, gerçek olguları ortaya koyan ya da yeniden inşa eden kesin olmayan nitelikte başka delillerle birlikte kullanılabilirliği değişken güvenilirlik ya da güvenilmezliğin harici delili olduğu’ belirtilmiştir.<sup>191</sup> Bu tür durumlarda mahkemeler çoğunlukla, örneğin, bazı haritaların siyasi olarak bencil olabileceğini ve haritanın yapıldığı zamanki topografik bilginin güvenilemez olabileceğini göz önüne alarak ihtiyatlı yaklaşmışlardır.<sup>192</sup> Bununla beraber, sınırın bu şekilde belirlendiğini gösteren antlaşmalara ekli haritalar itimada şayan olarak kabul edilecektir.<sup>193</sup> Belgenin metni ile ekli

<sup>184</sup> ICJ Reports, 1962, ss. 6, 23; 33 ILR, ss. 48, 62.

<sup>185</sup> ICJ Reports, 1962, ss. 30–2; 33 ILR, s. 68. Bu kararın Yorumlanmasına İlişkin Talep davasında Uluslararası Adalet Divanı, 1962 tarihli karar ile Preah Vihear kayalığının tümü üzerinde Kamboçya'nın egemenliğine hükmedilmiş bulunduğunu teyid etmiştir. ICJ Reports, 2013, para. 107–8.

<sup>186</sup> Bkz., ayrıca *Award of the King of Spain* davası, ICJ Reports, 1960, s. 192; 30 ILR, s. 457.

<sup>187</sup> Bkz., örnek olarak, Jennings, *Acquisition*, ss. 47–51.

<sup>188</sup> Bkz., örnek olarak, *Anglo-Norwegian Fisheries* davası, ICJ Reports, 1951, ss. 116, 139; 18 ILR, ss. 86, 101, *North Sea Continental Shelf* davası, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 26; 41 ILR, ss. 29, 55, *Gulf of Maine* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 246, 308; 71 ILR, ss. 74, 135, ve *ELSI* davası, ICJ Reports, 1989, ss. 15, 44; 84 ILR, ss. 311, 350. Bkz., ayrıca M. Koskenniemi, ‘L’Affaire du Passage par le Great Belt’, AFDI, 1992, s. 905.

<sup>189</sup> *Cameroon v. Nigeria* (Ön İtirazlar) davasında Divan şunu ifade etmiştir: ‘Geri dönememe durumu ancak Kamerun’un kendi eylem ve beyanları ile, Divan’a sunulmuş bulunan sınır uyuşmazlığının sadece ikili yöntemler ile çözüleceğine razı olduğunu mütemadiyen çok açık şekilde belirtmiş olması halinde ortaya çıkabilecektir. İlave-ten, bu tutuma dayanarak Nijerya’nın pozisyonunu kendi aleyhine değiştirmesi ve bundan zarar görmesi de gerekmektedir.’ Bkz., ICJ Reports, 1998, ss. 275, 303. Bkz., ayrıca *Malaysia/Singapore*, ICJ Reports, 2008, ss. 12, 81.

<sup>190</sup> 18 Mart 2015 tarihli karar, para. 438.

<sup>191</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 554, 582; 80 ILR, s. 440. Divan, *Malaysia/Singapore* davasında (ICJ Reports, 2008, ss. 12, 94–5) özellikle menfaate karşı olan bir şeyin kabul edilmesi durumunda bir haritanın ilgili tarafın resmi pozisyonunu gösterebileceğini belirtmiştir. Bkz., ayrıca *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2012, ss. 624, 661 ve *Burkina Faso/Niger*, ICJ Reports, 2013, ss. 44, 76 vd.

<sup>192</sup> Bkz., *Eritrea/Ethiopia* davası, 130 ILR, ss. 38 vd. Bkz., ayrıca *Eritrea/Yemen* davası, 114 ILR, ss. 1, 94 vd.

<sup>193</sup> 114 ILR, ss. 1, 94 vd., ve *Eritrea/Ethiopia*, 130 ILR, ss. 39 ve 45 vd. Bir antlaşma, ekindeki haritada sınır çizgisi olarak alenen hatalı coğrafi yer öngörebilir. Bkz., *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, s. 372.

harita arasında uyumsuzluk olması halinde, ilgili sınır tespiti belgesini hazırlayanların gerçek niyetini anlamak için alakalı bütün şartların göz önünde bulundurulmasına ihtiyaç vardır.<sup>194</sup> Bunun ötesinde, sınır tespiti belgesi oluşturmaya yardım etmesi için hazırlanan kartografik malzemenin kendisi, belgenin kendisinin müphem olması halinde tarafların niyetini saptamaya çalışmada yardımcı olarak kullanılabilir. Haritanın etkisi diğer hallerde bunun menşinden ve kartografik kalitesinden başka haritalarla olan uyumluluğu ve taraflarca gerçekleştirilen kullanıma kadar uzanan birçok faktöre göre değişecektir.<sup>195</sup> Protestonun yokluğunda idari faaliyetler ile birlikte barışçıl hakimiyetin 'tarihsel konsolidasyon' yöntemiyle hakkın temelini teşkil edeceği argümanı ileri sürülmüştür.<sup>196</sup> Bununla beraber, Uluslararası Divan bu doktrinin 'çok tartışmalı olduğunu ve uluslararası hukuka göre yerleşmiş ülke kazanma yöntemlerinin yerine geçemeyeceğini' ifade etmiştir. Bu tür faaliyetlere ilişkin yirmi yıl gibi bir sürenin 'öne sürülen teoriye göre bile, çok kısa' olduğu belirtilmiştir.<sup>197</sup>

### Sonuçlar

Yukarıdaki kısımdan, tamamen devletin rızasına ve egemenliğinin sonuçlarına dayanan ülke kazanma yöntemleri dışında (devir ve arazi oluşumu), ilave ülke kazanma yönteminin etkin kontrolü egemen olarak uygulamak olduğu anlaşılacaktır. Hem işgal hem de zamanaşımı temelde etkin hakimiyete dayanır ve, zamanaşımında zaman faktörünün bir unsur olması rağmen, bu gerçekte kontrolün etkin olması ile ilgilidir.

Etkin kontrol ilkesi farklı durumlara farklı şekillerde uygulanır; fakat onun özü 'devamlı ve barışçıl ülkesel egemenlik sergilenmesinin ... hak kadar geçerli olduğudur'.<sup>198</sup> Bu tür bir kontrol kasden egemenlik işlemi olmak zorundadır; ancak etkin olma düzeyine erişecek şey görecelidir ve, örneğin, bölgenin coğrafi niteliğine, rekabet halinde bulunan taleplerin varlığına ya da yokluğuna ve uluslararası tepkiler gibi başka ilgili faktörlere bağlı olacaktır.<sup>199</sup> Bu kontrolün bölgenin tamamında eşit düzeyde etkin olması gerekli değildir.<sup>200</sup> Etkinlik doktrini kendilerinin hak oluşturmak için yeterli oldukları keşif ve sembolik ilhak ile alakalı daha önceki doktrinlerin yerini almıştır.<sup>201</sup> Uluslararası hukuk doktrininin vurguladığı gibi etkinlik hem zamansal hem de mekânsal boyuta sahiptir ve kamusal veya açık nitelikli kontrol gereklidir. Doğrudan dahil olan bir tarafın muvafakati de kontrolün etkinliği hakkında kanıt sağlamak bakımından çok önemli bir faktördür. Şayet mahrum bırakılan egemen yeni egemen tarafından kullanılan kontrole karşı çıkarsa, hak çok zor intikal eder. Etkinlik bir bütün olarak uluslararası sistemle ilgilidir, sırf kuvvet yoluyla hakimiyet hakkın tek belirleyicisi değildir. Bu faktör, tanıma tarafından oynanan rolü de vurgulamakta ve meşrulaştırmaktadır.

İki taraflı tanıma etkin kontrolün kanıtı olarak önemlidir ve bu, bu ilkenin bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, uluslararası tanıma sadece uygulama bakımından uluslararası hukukun kurallarının oluşturulmasının bir yöntemini içermekle kalmaz, fakat şüpheli kökene sahip durumları da geçerli kılabilir. Bir tanıma dizisi muhtemelen ülkenin hukuka aykırı kazanılmasını geçerli hale getirebilir ve benzer şekilde etkin kontrolün hakka dönüşmesini

<sup>194</sup> ICJ Reports, 2002, ss. 383–4.

<sup>195</sup> *A.g.e.*, ss. 366 vd. Bkz., ayrıca *Eritrea/Ethiopia* davası, 130 ILR, ss. 39 vd.

<sup>196</sup> Bkz., örnek olarak, *Anglo-Norwegian Fisheries* davası, ICJ Reports, 1951, ss. 116, 138, ve De Visscher, *Theory and Reality*, s. 209.

<sup>197</sup> *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, s. 352. Fakat, tarafların hakka ilişkin 'birbirine yaklaşmakta olan evrimi' hakkında Uluslararası Adalet Divanı'nın yorumlarına dair bkz., *Malaysia/Singapore*, ICJ Reports, 2008, ss. 12, 96. Bu davada Hakim Simma ve Hakim Abraham, müşterek karşı oy görüşünde, ilk sahibin egemenliğinin devam ettiği varsayımı lehinde atf yapmıştır. Bkz., ss. 12, 116, 119.

<sup>198</sup> Hakim Huber, *Island of Palmas* davası, 2 RIAA, ss. 829, 839 (1928); 4 AD, s. 103.

<sup>199</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>200</sup> *A.g.e.*

<sup>201</sup> Bkz., Berlin Kongresi Genel Antlaşması'nın 35. maddesi. Bu madde ile taraflar 'Afrika kıtasının sahil bölgesinde kendileri tarafından işgal edilmiş bulunan alanlarda yönetim kurmayı' kabul etmişlerdir.

engelleyebilir.<sup>202</sup> BM tarafından tanınmanın önemi aşıkardır ve BM Güvenlik Konseyi'nin kendisi sözkonusu sınırı saptayarak bir ülkesel uyuşmazlığı sona erdiren bağlayıcı bir karar alabilir.<sup>203</sup> Egemen ülke sadece kazanılmakla kalmaz, esasen kazanma yöntemlerini yansıtan yollarla kaybedilebilir de. Ülke, açık bir bildirimle veya devir antlaşması veya ayrılmanın kabulü gibi uygulamalarla; erozyon ya da doğal coğrafi aktivitelerle ülke yitirmeyle ya da zamanaşımı aracılığıyla muvafakat etmeyle kaybedilebilir. İlaveten, ülke terk edilebilir, fakat bunun işleyebilmesi için hem fiziksel olarak terk etme eylemi hem de bırakma niyeti gereklidir.<sup>204</sup>

## ÜLKESEL BÜTÜNLÜK, SELF-DETERMİNASYON VE MUHTELİF İDDİALAR

Self determinasyondan tarihsel ve coğrafi iddialara uzanan ülkesel durumlar bakımından bir ölçüde ilgili olabilecek birçok kavram mevcuttur. Bunlar zaruri olarak hukuki ilkeler olmayabilir, ancak tamamen siyasi ya da ahlaki ifadeler olabilir. Bunlar uluslararası siyasi düzende tamamen ikna edici olabilmelerine rağmen, bunların hukuki bakımdan geçerli olması şart değildir. Uluslararası sistemin ana ilkelerinden birisi sınır sorunlarında istikrar ve katiyete olan ihtiyaçtır ve birçok şey bundan doğmaktadır.<sup>205</sup> İctihat hukuku çok uzun süredir bu ilkeyi muhafaza etmektedir.<sup>206</sup> Bu kavramın yansıması ülkesel bütünlük ilkesidir. Devletlerin ülkesel egemenliği ilkesi iyice yerleşmiştir ve uluslararası hukukun temel bir ilkesini teşkil etmektedir.<sup>207</sup> devletlerin iç yetkilerine karışmayı yasaklayan, örneğin, Birleşmiş Milletler Şartı madde 2(7) ve devletlerin ülkesel bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığına karşı kuvvet kullanılması ya da tehdidini yasaklayan, özellikle Birleşmiş Milletler Şartı madde 2(4) bir dizi tutarlı kural tarafından korunmaktadır. Bu ilke Üçüncü Dünya devletlerince ve ayrıca başka bölgelerce özellikle vurgulanmıştır.<sup>208</sup> Uluslararası Adalet Divanı yakın zamanda 'ülkesel egemenliğe ilişkin bir uyuşmazlık çözüldükten ve belirsizlik ortadan kaldırıldıktan sonra, tüm devletlerin başka bütün devletlerin ülkesel bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünü yerine getirmeleri gerektiğini' ifade etmiştir.<sup>209</sup>

<sup>202</sup> Bkz., örnek olarak, Rodezya'ya ilişkin 216 (1965) sayılı Güvenlik Konseyi kararı; Güney Afrika Bantustans'ına ilişkin 31/6A sayılı Genel Kurul kararı ile 21 Eylül 1975 ve 15 Aralık 1981 tarihli Güvenlik Konseyi kararları; 'Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ne ilişkin 541(1983) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve Kuveyt'in Irak tarafından ilhakına ilişkin 662 (1990) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>203</sup> Bkz., özellikle 687 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Bu karar, Kuveyt ve Irak arasındaki uluslararası sınırın iki tarafın üzerinde anlaşığı 1963 tarihli 'Zabitlar' ile saptandığının kabul edilmiş olduğunu belirtmektedir. Bu sınır, bu kararın A Bölümü 4. paragrafı uyarınca bu tarihten sonra resmi olarak güvence altına alınmıştır. Örnek olarak, M. H. Mendelson ve S. C. Hulton, 'The Iraq-Kuwait Boundary', 64 BYIL, 1993, s. 135. Bkz., ayrıca 833 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve S/26006.

<sup>204</sup> Bkz., örnek olarak, *Oppenheim's International Law*, ss. 716-18, ve G. Marston, 'The British Acquisition of the Nicobar Islands, 1869', 69 BYIL, 1998, s. 245. Bkz., ayrıca örnek olarak *Eastern Greenland* davası, PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, s. 47; 6 AD, s. 95 ve *Malaysia/Singapore* davası, ICJ Reports, 2008, ss. 12, 49, 74, 80, 82 ve 96.

<sup>205</sup> Bkz., K. H. Kaikobad, 'Some Observations on the Doctrine of the Continuity and Finality of Boundaries', 54 BYIL, 1983, s. 119, ve Shaw, 'Heritage of States', ss. 75, 81. Ayrıca bkz., *Malaysia/Singapore* davası, ICJ Reports, 2008, ss. 12, 51.

<sup>206</sup> Bkz., örnek olarak, *Temple* davası, ICJ Reports, 1962, ss. 6, 34; 33 ILR, s. 48; *Libya/Chad* davası, ICJ Reports, 1994, ss. 6, 37; 100 ILR, s. 1; *Beagle Channel* davası, 21 RIAA, ss. 55, 88; 52 ILR, s. 93, ve *Dubai/Sharjah* davası, 91 ILR, ss. 543, 578.

<sup>207</sup> Bkz., Kosova'ya İlişkin Olarak Tek Taraflı Bağımsızlık İlanının Uluslararası Hukuka Uygunluğuna Dair 22 Temmuz 2010 tarihli İstişari Görüşü ICJ Reports, 2010, ss. 403, 437. Bkz., ayrıca J. Vidmar, 'Territorial Integrity and the Law of Statehood', 44 *The George Washington International Law Review*, 2012, s. 101.

<sup>208</sup> Bkz., genel olarak Shaw, *Title to Territory*, Bölüm 5. Fakat Avrupa'ya ilişkin olarak bkz., Helsinki Nihai Sene-di'nin 3. ilkesi, 14 ILM, 1975, s. 1292 ve 16 Aralık 1991 tarihinde Avrupa Topluluğu ve üye devletleri tarafından kabul edilen 'Doğu Avrupa ve Sovyetler Birliği'ndeki Yeni Devletleri Tanımaya Dair Rehber İlkeler', 92 ILR, s. 173.

<sup>209</sup> *Temple Interpretation* davası, ICJ Reports, 2013, ss. 281, 317.

Bununla beraber, bu ilke ülkesel uyumsuzluğun belirsiz sınır işaretlemeleri hakkında olması durumunda uygulanmaz. Ek olarak, ilke uluslararası hukukun başka bir ilkesiyle, halkların self determinasyon hakkı ilkesi, zahiren çatışıyor gibi gözükmektedir.<sup>210</sup>

Birleşmiş Milletler Şartı'nda işaret edilen ve 1960 Sömürge Bildirgesi'nde, 1966 İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmeleri'nde ve 1970 Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirgesi'nde vurgulanan bu ilke, *inter alia*, Birleşmiş Milletler bildireleri ve kararlarının sayı ve niteliği ile sömürgeci kurtulma sürecindeki devlet uygulaması ışığında uluslararası hukukun bir kuralı olarak değerlendirilebilir. Bununla beraber, bu sadece bağımsız olmayan ülkelerde yaşayanlara atıf yapıldığı şeklinde yorumlanmıştır.<sup>211</sup> Uygulama, zaten bağımsızlığını kazanmış devletler içinde belirli gruplara ayrılma hakkı veren bir ilke olarak gerçekleştirilmesini desteklememiştir.<sup>212</sup> Kanada Yüksek Mahkemesi *Reference Re Secession of Quebec* davasında 'uluslararası hukukun self determinasyon hakkının mevcut olan egemen devletlerin çerçevesi dahilindeki halklarca ve bu devletlerin ülkesel bütünlüklerinin sağlanması ile uyumlu olarak kullanılacağını beklediğini'<sup>213</sup> ve tek taraflı ayrılma hakkının 'sadece en uç durumlarda ve bu halde bile dikkatlice belirlenen şartlarda ortaya çıkacağını'<sup>214</sup> belirtmiştir. Self determinasyon hakkının ancak sömürge durumlarında (ve büyük olasılıkla işgal hallerinde) uygulanabileceği kuralına karşı ileri sürülebilecek tek istisna söz konusu grubun 'makul itirazda bulunmak için herhangi bir makul imkanın mevcut olmaması' ile birlikte 'aşırı ve devamlı zulme' tabi olması durumudur.<sup>215</sup> Fakat bu bile - sadece tanımsal zorluklar bağlamında değil- tartışmalıdır.<sup>216</sup> Ayrılma durumu uluslararası hukukta muhtemelen en iyi şekilde talepte bulunma süreci, etkin kontrol ve uluslararası tanıma çerçevesinde ele alınabilir. Kosova istişari görüşünde Uluslararası Adalet Divanı, Rodezya'da, Türk Kuzey Kıbrıs'ta ve Sırp Cumhuriyeti'nde (*Republika Srpska*) bağımsızlık ilanlarını eleştiren Güvenlik Konseyi'nin kararlarının, sadece bu ilanların tek yanlı niteliğinden değil aynı zamanda bunların çeşitli ölçülerde kuvvet kullanılması veya uluslararası hukukun başka kurallarının ağır ihlali ile de ilişkili olduğundan dolayı alındığına işaret etmiştir. Binaenaleyh, Güvenlik Konseyi'nin uygulamasından tek yanlı bağımsızlık ilanlarına ilişkin genel bir yasak çıkarılamaz.<sup>217</sup> Bu

<sup>210</sup> Bkz., Burkina Faso/Mali, ICJ Reports, 1986, ss. 554, 565; 80 ILR, s. 469.

<sup>211</sup> Bu ilkenin Cebelitarık'a uygulanması için bkz., UKMIL, 70 BYIL, 1999, s. 443.

<sup>212</sup> Bkz., J. Crawford, 'State Practice and International Law in Relation to Secession', 69 BYIL, 1998, s. 85; Daillier et al., *Droit International Public*, s. 584, ve *Self-Determination in International Law: Quebec and Lessons Learned* (ed. A. Bayefsky), The Hague, 2000. K. Del Mar, 'The Myth of Remedial Secession' in *Statehood and Self-Determination* (ed. D. French), Cambridge, 2013, s. 79; *Secession: International Law Perspectives* (ed. M. Kohen), Cambridge, 2006; *The Ashgate Research Companion to Secession* (ed. A. Pavković ve P. Radan), Farnham, 2011; *Self-Determination and Secession in International Law* (ed. C. Walter, A. von Ungern-Sternberg, ve K. Abushov), Oxford, 2014 ve J. Dugard, *The Secession of States and Their Recognition in the Wake of Kosovo*, The Hague, 2013. Bkz., ayrıca yukarıda 5. Bölüm. Self determinasyon, bağımsız devletlerin ülkesel çerçevesi içerisinde insan hakları durumlarında devam eden bir uygulamaya sahip değildir. (Yani içsel self determinasyon), *a.g.e.*

<sup>213</sup> (1998) 161 DLR (4th) 385, 436; 115 ILR, s. 536.

<sup>214</sup> (1998) 161 DLR (4th) 385, 438.

<sup>215</sup> A. Cassese, *Self-Determination of Peoples*, Cambridge, 1995, s. 120. Bkz., ayrıca T. Musgrave, *Self-Determination and National Minorities*, Oxford, 1997, ss. 188 vd.; J. Castellino, *International Law and Self-Determination*, The Hague, 2000, ve K. Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge, 2002, ss. 65 vd. Bkz., ayrıca 18 Aralık 1996 tarihli *Loizidou v. Turkey* kararında Hakim Wildhaber'in (Hakim Rysdal'in de iştirak ettiği) Mutabık Görüşü, 108 ILR, ss. 443, 470-3. Bkz., ayrıca *Secession: International Law Perspectives* (ed. Kohen). Bkz., ayrıca örnek olarak Rusya Federasyonu'nun Kosova davasındaki yazılı beyanı, [www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=21&case=141&code=kos&p3=1](http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=21&case=141&code=kos&p3=1) ss. 39-40. Bu beyan şunun altını çizmektedir: 'Sömürge bağlamı dışında uluslararası hukuk bir devletin bir kısmının bu devletin rızası hilafına ayrılmasına, sadece halkların self determinasyon hakkı çerçevesinde ve söz konusu halkın varlığını tehdit eden en kötü baskı türlerine sürekli olarak maruz kalması halinde sadece istisnai durumlarda izin vermektedir'.

<sup>216</sup> Mahkeme *Quebec* davasında, Cassese'nin "Self Determinasyon" kitabına atfen, dış self determinasyon (yani ayrılma) hakkının yabancı işgali durumlarında ve halkın iç self determinasyon hakkının (yani kamusal katılma vs. hakkının) bloke edilmesi halinde son çare olarak uygulanabileceğini belirtmiştir. *A.g.e.*, ss. 438 vd. Bkz., ayrıca J. Dugard, 'The Secession of States and Their Recognition in the Wake of Kosovo', 357 HR, 2013, s. 9.

<sup>217</sup> ICJ Reports, 2010, ss. 403, 437-8.

yüzden bağımsız devletler içindeki gruplarca sahip olunan bir uluslararası hukuk ayrılma hakkı mevcut değildir. Benzer şekilde bu gruplar üzerinde ayrılmamak için bir uluslararası hukuk yükümlülüğü de mevcut değildir. Bu, eğer uluslararası hukukun ihlali söz konusu değilse, ilgili iç hukukun bir konusudur.

Mart 2014'te Kırım'ın Ukrayna'dan ayrılma talebi, bütün Ukrayna çapındaki bir referandumun yokluğunda ilk önce, bölgelerin ayrılmasına müsaade etmeyen uygulanacak iç hukuka aykırı (Ukrayna Anayasası madde 73) olarak görülme zorundadır. Ayrılma kendiliğinden uluslararası hukuka aykırı değildir. Bununla birlikte, Kırım'ın kontrolünü ele alma sürecinde Rusya'nın kuvvet kullanması ya da tehdidinde bulunması en az bir başka devletin iç işlerine karışma ve daha fazlası itibarıyla da saldırganlık eylemi olarak görülebilir.<sup>218</sup> Bu olayın bağlamı ayrıca Rusya'nın taraf olduğu Ukrayna'nın egemenliğini ve ülkesel bütünlüğünü güvence altına alan uluslararası antlaşmaların ihlalini de içermektedir.<sup>219</sup> 18 Mart 2014'te Rusya tarafından Kırım'ın ilhakı kararının alınması<sup>220</sup> Ukrayna'nın egemenliği ve ülkesel bütünlüğünün bir ihlali olarak uluslararası hukuka aykırıdır.<sup>221</sup> Bu faktörler ayrılmanın ilanının gerçekleşmesine dair uluslararası hukukun ilgisiz kalmasını hafifletir ve uluslararası hukukun ihlalinde ağırlaştırıcı bir konuma sokar.

Bununla beraber, bazı durumlarda belirli bir bağımsız devletten ayrılmayı arzu eden gruplara bu devletin ulusal birliği ve ülkesel bütünlüğüne saygı gösterme çağrısında bulunan ilgili Güvenlik Konseyi kararları olabilir. Bu tür bir durumda, ayrılmama yönünde bir uluslararası hukuki yükümlülüğün mevcut olduğu öne sürülebilir.<sup>222</sup> Bu, örneğin, 2011'de Güney Sudan'ın Sudan'dan ayrılmasında görüldüğü gibi, söz konusu tarafların aksi yönde bir anlaşma gerçekleştirmelerine bağlıdır.

Nitekim, bir kez sömürge ya da vesayet ülkesi egemenlik ve bağımsızlık kazandıktan sonra - uç durumlar muhtemelen istisna olmak üzere - artık uygulanamayacağından, genel kabul gördüğü üzere self determinasyon ilkesi ülkesel bütünlük kavramı ile uyumlu gitmektedir.<sup>223</sup> Belki de bağımsızlık sonrası durumlarda self determinasyonun en bariz öne sürülmesi durumu, Somali kabilelerince yerleşmiş bulunan Etiyopya ve Kenya bölgelerine ilişkin taleplerde bulunan Somali örneğinde olmuştur. Ancak, Somali bu taleplerine çok az destek bulabilmiştir.<sup>224</sup>

Self determinasyon daha geniş ülkesel taleplerde bulunmak için egemen devletlerin uluslararası olarak kabul edilmiş sınırlarını hiçe sayacak biçimde kullanılamaz. Fakat

<sup>218</sup> www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-26248275. Bkz., ayrıca T.D. Grant, *Aggression against Ukraine: Territory, Responsibility and International Law*, New York, 2015; V. Tolstykh, 'Reunification of Crimea with Russia: A Russian Perspective', 13 *Chinese Journal of International Law*, 2014, s. 879 ve A. Pronin, 'Republic of Crimea: A Two-Day State', III *Russian Law Journal*, 2015, s. 133. *Kosova İstisari Görüşü'nde Uluslararası Adalet Divanı*, tek taraflı ve uzlaşmaya dayanmayan bağımsızlık ilanlarının, tek başına hukuka dışı olmamakla birlikte 'hukuka aykırı kuvvet kullanma yahut genel uluslararası hukukun başka kurallarının, özellikle de emredici nitelikte olanların (*jus cogens*), vahim ihlali, ile birleşmesi' durumunda, uluslararası hukuka aykırı olabileceğini belirtmiştir. ICJ Reports, 2010, ss. 403, 437

<sup>219</sup> Bkz., Budapest Memorandum 1994 ve 1997 Partition Treaty on the Status and Conditions of the Black Sea Fleet with Ukraine. Bkz., ayrıca BM Şartı ve 1976 AGİT Helsinki Nihai Senedi.

<sup>220</sup> www.bbc.co.uk/news/world-europe-26630062.

<sup>221</sup> Ayrıca Gürcistan'ın Rusya tarafından desteklenen (Gürcistan'daki ayrılıkçı Abazya ve Güney Osetya bölgelerine saldırması sonrası 2008 yılındaki Rusya-Gürcistan Savaşı ve Rusya'nın tek yanlı bağımsızlık ilan etmiş bulunan bu bölgelere desteğine bakınız. Bkz., Gürcistan Çatışmasına İlişkin Bağımsız Olgu Tespit Misyonu AB Komisyonu, 2009, www.ceii.ch/Report.html.

<sup>222</sup> Bkz., örnek olarak Somali'ye ilişkin 1766 (2007), 1801 (2008), ve 1853 (2008) sayılı Güvenlik Konseyi kararları ve Kongo Demokratik Cumhuriyeti'ne ilişkin 1756 (2007), 1794 (2007) ve 1804 (2008) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>223</sup> Bu analiz *Burkina Faso/Mali* kararı ile desteklenmektedir, ICJ Reports, 1986, s. 554; 80 ILR, s. 459.

<sup>224</sup> Shaw, *Title to Territory*, Bölüm 5. Bkz., ayrıca the Moroccan approach, *a.g.e.*



tartışmalı ve kesin olmayan sınır hatlarına ilişkin uyuşmazlıkları ikamet edenlerin arzuları doğrultusunda çözmeye bazı yardımları dokunabilir. Ek olarak, sınırın belirlenmesinin hattın değiştirilmesine yol açtığı bir durumda, en azından taraflardan birinin görüşü doğrultusunda, yerel nüfusun menfaatlerini dikkate alma ihtiyacına işaret edilebilir.<sup>225</sup> Tarih boyunca coğrafi taleplerde bulunulmuştur.<sup>226</sup> Fransa çok uzun zamandır kendisinin doğuda doğal sınırının Ren nehrinin batı yakası olduğunu iddia etmiş ve Avrupalı güçler Afrika'nın kıyı bölgelerinde kendi mevcudiyetlerini inşa ederken genellikle çok geniş hinterland talebinde bulunmuşlardır. Çok başvurulan bir doktrin de coğrafi uzantı doktrindir. Bu doktrin aracılığıyla, bir coğrafi uzantı oluşturan ülkelerin işgali bağlamında bu bölgelere ilişkin talepte bulunulmuştur. Bununla beraber, etkinlik ve işgalin sınırlarını tartışmada ilgili olmalarına rağmen, bu tür taleplerin kendileri hakkı oluşturma gücüne sahip değillerdir. Bu tür taleplerin hiç dikkate alınıp alınmayacağı, ülkenin niteliğine ve rekabet halindeki iddiaların gücüne bağlı olacaktır.<sup>227</sup> Daha özel bir durum anakaraya yakın adaların statüsüdür. *Eritrea/Yemen* davasında Divan, ancak daha üstün bir hak kanıtı tarafından çürütülebilecek 'on iki millik kıyı kuşağında yer alan adaların kıyı devletine ait olacağı yönünde güçlü bir karinenin mevcut bulunduğunu' ifade etmiştir.<sup>228</sup>

Tarihsel temellere dayandırılan talepler de benzerlik arz eder.<sup>229</sup> Bu, Birleşmiş Milletler'in tepkisinin bu argümanları dünya toplumunun bir bütün olarak kabul edilemez bulunduğunu göstermesine rağmen, Ağustos 1990'da<sup>230</sup> Irak'ın komşu Kuveyt devletini işgali ve ilhakını meşrulaştırmaya çalıştığı gerekçelerden biri olmuştu.<sup>231</sup> Fas da, tarihsel olarak eski Fas İmparatorluğu'na ait olduğu gerekçesiyle Moritanya, Batı Sahra ve Cezayir'in bazı bölgelerine yönelik çok kapsamlı taleplerde bulunmuştur.<sup>232</sup> Fakat bu talepler esasen siyasidir ve hukuken çok az ilgilidir. Uluslararası Adalet Divanı 1975 tarihli *Western Sahara* davasında<sup>233</sup> bu bölgedeki kabileler ile Fas ve Moritanya arasında tarihsel hukuki bağların mevcudiyetini kabul etmiş, ancak bunların sömürge halkının self determinasyon ve bağımsızlık hakkını geçersiz kılacak bir niteliğe sahip bulunmadığını belirtmiştir.<sup>234</sup>

<sup>225</sup> Bkz., kazanılmış hakların korunmasına ilişkin, *El Salvador/Honduras*, ICJ Reports, 1992, ss. 351, 400; 97 ILR, s. 112. Bkz., ayrıca *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 370 ve 373-4. Özellikle Nijeryalı nüfus barındıran Bakassi yarımadası ve Çad Gölü bölgelerine ilişkin olarak Divan 'söz konusu nüfusun halihazırda sahip olduğuna benzer şekilde eğitim ve sağlık hizmetlerine erişiminin sağlanması için mevcut kararın uygulanmasının, bu nüfusun menfaatine olarak işbirliğinde bulunmak bakımından taraflara faydalı bir fırsat sunduğunu' ifade etmiştir. A.g.e., s. 452. Divan ayrıca duruşma safhasında Kamerun temsilcisinin, Kamerun'a ait olduğu kabul edilen bölgelerde yaşayan Nijeryalıları korumak için bulunduğu taahhütlere atıfta bulunmuştur. A.g.e., s. 452 ve para. V(C), Dispositif.

<sup>226</sup> Shaw, *Title to Territory*, s. 195; Jennings, *Acquisition*, s. 74, ve Hill, *Claims to Territory*, ss. 77-80.

<sup>227</sup> Bkz., *Eastern Greenland* davası, PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, s. 46; 6 AD, s. 95, ve *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, ss. 12, 42-3; 59 ILR, ss. 14, 59. Bkz., ayrıca Brownlie's Principles, ss. 237-8 ve genel olarak B. Feinstein, 'Boundaries and Security in International Law and Practice', 3 *Finnish YIL*, 1992, s. 135.

<sup>228</sup> 114 ILR, ss. 1, 124 ve 125. Bkz., *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, para. 161. Bu kararda Divan '(adaların ana karaya) yakınlığının hukuki sahipliği kesin olarak belirlemediğini' ifade etmiştir.

<sup>229</sup> Bkz., örnek olarak, Shaw, *Title to Territory*, ss. 193-4; Jennings, *Acquisition*, ss. 76-8, ve Hill, *Claims to Territory*, ss. 81-91.

<sup>230</sup> Bkz., Keesing's Record of World Events, s. 37635, 1990. Askeri operasyon gerçekleştirilmemiş olmasına rağmen, 1960'ların başlarında Kuveyt'e ilişkin olarak Irak da benzer talepler ileri sürmüştür. Bkz., Jennings, *Acquisition*, s. 77, not 2.

<sup>231</sup> Bkz., örnek olarak, 662 (1990) sayılı Güvenlik Konseyi kararı; Lauterpacht ve diğerleri, *The Kuwait Crisis: Basic Documents*, s. 90.

<sup>232</sup> Shaw, *Title to Territory*, ss. 193-4. Endonezya'nın Batı Irian'a ilişkin taleplerine bkz., a.g.e., s. 22.

<sup>233</sup> ICJ Reports, 1975, s. 12; 59 ILR, s. 14.

<sup>234</sup> Bkz., ayrıca *Eritrea/Yemen*, 114 ILR, ss. 1, 37 vd. Mahkeme de hakkın geri çevrilmesi kavramını benimsememiştir. A.g.e., ss. 40 ve 115.

**Uti Possidetis Doktrini**<sup>235</sup>

Ülkesel bütünlük ilkesinin etkisi, İspanyol İmparatorluğu idari bölgelerinin yeni bağımsız olan halef devletlerin sınırlarını teşkil ettiği addolunan ve böylece husumete yol açabilecek ve yabancı müdahalesini teşvik edebilecek herhangi bir boşluğu teoride dışlayan *uti possidetis* düşüncesinde görülebilir.<sup>236</sup> Bağımsızlık tarihinde mevcut bulunan sömürge sınırlarının kesin sınırı teşkil ettiğini ve bütün üye devletlerin bu sınırlara saygı gösterme yükümünü yüklediğini ifade eden Afrika Birliği Örgütü'nün 1964 tarihli bir kararında, Afrika devletleri uygulamasında bu ilke daha açık bir biçimde yansıtılmıştır.<sup>237</sup>

Eski Belçika Kongosu, Nijerya ve Sudan'daki ayrılıkçı devletlerin oluşumu teşebbüslerinin yaygın bir şekilde onaylanmamasının gösterdiği gibi, Afrika uygulaması sömürge döneminin belirlediği ülkenin ülkesel bütünlüğünü vurgulama yaklaşımını daha da güçlendirmiştir. Güney Afrika'nın kontrolündeki Namibya ülkesinin, ülkenin birliğinin muhtemel bir parçalanma başlangıcı olarak Bantunstans olarak ayrılmasını önleme çabaları bunun daha başka bir tezahürüdür.<sup>238</sup>

Tarafların davayı Divan'a sunduğu *compromis*'in (ya da özel anlaşmanın) uyuşmazlığın çözümünün "sömürge döneminden kalan sınırların değişmezliği" ilkesine saygı temelinde gerçekleşeceğini öngördüğü<sup>239</sup> *Burkina Faso v. Republic Mali* davasında<sup>240</sup> Uluslararası Adalet Divanı'nın bir dairesi *uti possidetis* konusunu görüşmüştür. Bununla beraber, aslında ilkenin çağdaş teamül hukukunun bir genel kavramı haline geldiği ve halkların self determinasyon hakkının ortaya çıkışından etkilenmediği ifade edilmiştir.<sup>241</sup> Afrika bağlamında özellikle ilkenin açık amacı 'idare eden gücün çekilmesini takiben sınırlara karşı çıkmakla bölücü mücadelelerin provoke edilmesiyle yeni devletlerin bağımsızlık ve istikrarının tehlikeye

<sup>235</sup> Bkz., örnek olarak, Dirgeiry M. Ahmed, *Boundaries and Secession in Africa and International Law: Challenging Uti Possidetis*, Cambridge, 2015; G. Oduntan, *International Law and Boundary Disputes in Africa*, London, 2015; A. Beaudoin, *Uti Possidetis et Secession*, Paris, 2011; H. Ghebwebet, *Identifying Units of Statehood and Determining International Boundaries*, Frankfurt am Main, 2006; A. O. Cukwurah, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law*, Manchester, 1967, s. 114; S. De La Pradelle, *La Frontiere*, Paris, 1928, ss. 86–7; D. Bardonnet, 'Les Frontieres Terrestres et la Relativite de leur Trace', 153 HR, 1976 V, s. 9; Shaw, 'Heritage of States', s. 75; M. Kohen, *Possession Contestee et Souverainete Territoriale*, Geneva, 1997, Bölüm 6, ve a.g.e., 'Uti Possidetis, Prescription et Pratique Subsequent a un Traite dans l'Affaire de l'Ile de Kasikili/Sedudu devant la Cour Internationale de Justice', 43 *German YIL*, 2000, s. 253; G. Nesi, *L'Uti Possidetis Iuris nel Diritto Internazionale*, Padua, 1996; S. Lalonde, *Determining Boundaries in a Conflicted World*, Ithaca, 2002; Luis Sanchez Rodriguez, 'L'Uti Possidetis et les Effectivites dans les Contentieux Territoriaux et Frontaliers', 263 HR, 1997, s. 149; J. M. Sorel ve R. Mehdi, 'L'Uti Possidetis Entre la Consecration Juridique et la Pratique: Essai de Reactualisation', AFDI, 1994, s. 11; *Oppenheim's International Law*, ss. 669–70; T. Bartos, 'Uti Possidetis. Quo Vadis?', 18 *Australian YIL*, 1997, s. 37; 'L'Applicabilite de l'Uti Possidetis Juris dans les Situations de Secession ou de Dissolution d'Etats', Colloque, RBDI, 1998, s. 5, ve *Demembrements d'Etats et Delimitations Territoriales* (ed. O. Corten), Brussels, 1999 ve A. Peters, 'The Principle of Uti Possidetis Juris- How Relevant is it for Issues of Secession?' *Self-Determination and Secession in International Law* (ed. Walter, von Ungern-Sternberg ve Abushov), s. 95.

<sup>236</sup> Bkz., Colombia–Venezuela tahkim kararı, 1 RIAA, ss. 223, 228 (1922); 1 AD, s. 84; *Beagle Channel* davası, HMSO, 1977; 52 ILR, s. 93, ve *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras), ICJ Reports, 1992, ss. 351, 544; 97 ILR, ss. 266, 299–300.

<sup>237</sup> AHG/Res.16(1). Bkz., Afrika Birliği Örgütü'ne doğrudan atf yapan 1234 (1999) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Bkz., ayrıca madde 4(i) 2002 tarihli Afrika Birliği Barış ve Güvenlik Konseyi Kurulmasına Dair Protokol ve 2001 yılında Güney Afrika Kalkınma Topluluğu tarafından kabul edilen Siyaset, Savunma ve Güvenlik Alanlarında İşbirliğine Dair Protokol. Bkz., dahası için aşağıda 18. Bölüm. Bkz., Shaw, *Title to Territory*, ss. 185–7. Bkz., ayrıca Hakim Ajibola'nın *Libya/Chad* davasındaki Ayrı Görüşü, ICJ Reports, ss. 6, 83 vd.; 100 ILR, ss. 1, 81 vd.

<sup>238</sup> Shaw, *Title to Territory*, Bölüm 5. Bu ilke Asya'daki uygulamalarda da dikkate alınmaktadır. Bkz., örnek olarak, *Temple of Preah Vihear* davası, ICJ Reports, 1962, s. 6; 33 ILR, s. 48, ve *Rann of Kutch* davası, 7 ILM, 1968, s. 633; 50 ILR, s. 2.

<sup>239</sup> ICJ Reports, 1986, s. 557; 80 ILR, s. 462.

<sup>240</sup> ICJ Reports, 1986, s. 554; 80 ILR, s. 459.

<sup>241</sup> ICJ Reports, 1986, s. 565; 80 ILR, s. 469.

düşmesini önlemek' olmuştur.<sup>242</sup> İlkenin uygulanması, daire tarafından önemli (kritik) tarihteki 'ülkenin fotoğrafı' olarak tarif edilen şekilde bağımsızlık anında mevcut olan ülkesel hakkın dondurulması etkisine sahiptir.<sup>243</sup> Daire, bununla birlikte, ilkenin Afrika'ya uygulanmasının vurgulanmasından daha öteye geçmiştir. İlkenin genel olarak uygulandığını ve yeni devletlerin bağımsızlık ve istikrarını korumak amacıyla bağımsızlık fenomeninin ortaya çıktığı her durum ile mantıki olarak alakalı bulunduğunu belirtmiştir.<sup>244</sup> *Uti possidetis* şöyle tanımlanmıştır:

*"İlkenin özü, bağımsızlığın kazanıldığı andaki ülkesel sınırlara saygının güvence altına alınması temel amacıyla yatmaktadır. Bu ülkesel sınırlar idari bölgeler arasındaki farklı sınır tespitlerinden ya da aynı egemene tabi sömürgelerden daha fazlası olmayabilir. Bu durumda, uti possidetis ilkesinin uygulanması idari sınırların kelimenin tam anlamıyla uluslararası hudutlara dönüşmesine yol açmıştır."*<sup>245</sup>

Bu ilkedeki '*jus*' terimi uluslararası hukuka değil, daha çok önceki egemenin anayasa ve idare hukukuna atf yapmaktadır.<sup>246</sup> Uluslararası Adalet Divanı '*uti possidetis juris* ilkesinin sadece dayanağın mevcut bulunan hukuki haklar üzerine olmayacağını, fakat ayrıca sömürgeci gücün yetkili kamu otoriteleri tarafından bu hakların nasıl yorumlandığı ve uygulandığının da dikkate alınmasını gerektirdiğini' vurgulamıştır.<sup>247</sup> Bununla beraber, *uti possidetis* doktrini bağımsızlık öncesinde net bir sınır tespitinin mevcut bulunmasına bağlıdır. Söz konusu zamanda bu mevcut değilse (ya da sınır muğlaksa) doktrin bir sınır oluşturamaz.<sup>248</sup>

Bu ilkenin sadece sömürgeler ötesinde uygulanmasının özellikle eski SSCB<sup>249</sup> ve eski Yugoslavya bağlamında altı çizilmiştir. Yugoslavya örneğinde, Avrupa Topluluğu tarafından kurulan ve eski Yugoslavya devletleri tarafından kabul edilen Yugoslav Tahkim Komisyonu konu ile ilgili birçok yorumda bulunmuştur. 2 sayılı Görüş'te Tahkim Komisyonu 'şartlar ne olursa olsun, ilgili devletler farklı şekilde hemfikir olmadıkça, self determinasyon hakkının bağımsızlık anında mevcut bulunan sınırların değiştirilmesini (*uti possidetis juris*) içerebileceğini' ifade etmiştir.<sup>250</sup> 3 sayılı Görüş'te Tahkim Komisyonu, farklı şekilde

<sup>242</sup> A.g.e.

<sup>243</sup> ICJ Reports, 1986, s. 568; 80 ILR, s. 473. Hakim Yusuf *Burkina Faso/Niger* (ICJ Reports, 2013, ss. 44, 134, 138-9) davasındaki Ayrı Görüş'ünde şu şekilde ifadede bulunmuştur: 'Kahire kararındaki sınırlara saygı ilkesi, özellikle ülkesel talepler sebebiyle silahlı çatışmalardan kaçınmak için ülkesel uyumsuzlukları, taraflarca uluslararası hukuka uygun bir biçimde tatmin edici ve barışçıl çözüm bulunana, ya da Afrika'nın birleşmesi vizyonunu ile uyumlu bir biçimde genel olarak Afrika devletlerince veya özel olarak komşu devletlerce daha yakın bir entegrasyon veya birlik oluşturulana kadar, 'bekleme durumuna' koymuştur. Böylelikle bu ilke sınır uyumsuzluklarını çözmek için kuvvet kullanmanın yasaklandığını ve bir başka Afrika devletinin ülkesinin bir kısmını elde etme eylemlerinden kaçınmayı belirtmektedir.' Önemli tarih kavramına ilişkin yukarıya bakınız.

<sup>244</sup> ICJ Reports, 1986, s. 565; 80 ILR, s. 470.

<sup>245</sup> ICJ Reports, 1986, s. 566; 80 ILR, s. 459. Bu, Divan tarafından *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (El Salvador/Honduras) davasında teyid edilmiştir. ICJ Reports, 1992, ss. 351, 386-7; 97 ILR, ss. 266, 299-300. Divan bu davada 'ilk başta başka amaçlar için oluşturulmuş bulunan idari sınırları, uluslararası sınır olarak ortaya koyan *uti possidetis juris*'in esasen geriye yürüyen bir ilke olduğunu' belirtmiştir. A.g.e., s. 388; 79 ILR, s. 301. Bkz., M. N. Shaw, 'Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute', 42 ICLQ, 1993, s. 929. Bkz., ayrıca *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 706 vd.

<sup>246</sup> El Salvador/Honduras, ICJ Reports, 1992, ss. 351, 559. Bkz., ayrıca *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2012, ss. 624, 651.

<sup>247</sup> *Benin/Niger*, ICJ Reports, 2005, ss. 90, 148 ve *Burkina Faso/Niger*, ICJ Reports, 2013, ss. 44, 75.

<sup>248</sup> Bkz., örnek olarak *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2012, ss. 624, 651.

<sup>249</sup> Bkz., örnek olarak, R. Yakemtchouk, 'Les Conflits de Territoires and de Frontières dans les 'Etats de l'Ex-URSS', AFDI, 1993, s. 401. Bkz., ayrıca, *uti possidetis*'in Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti'nin dağılmasına uygulanması için J. Malenovsky, 'Problemes Juridiques Lies a la Partition de la Tchecoslovaquie', a.g.e., s. 328.

<sup>250</sup> 92 ILR, s. 168. Bkz., ayrıca A. Pellet, 'Note sur la Commission d'Arbitrage de la Conference Europeenne pour la Paix en Yugoslavie', AFDI, 1991, s. 329, ve Pellet, 'Activite de la Commission d'Arbitrage de la Conference Europeenne pour la Paix en Yugoslavie', AFDI, 1992, s. 220.

uzlaşılmadıkça, önceki sınırların<sup>251</sup> uluslararası hukuk tarafından muhafaza edilen hudutlar haline geldiğini vurgulamıştır. Bu sonucun, ülkesel statükoya saygı ilkesi ve *uti possidetis* ilkesinden doğduğu belirtilmiştir.<sup>252</sup> Bu yüzden, tersine bir delilin yokluğunda, önceden mevcut olan egemen devletin içsel olarak belirlenmiş birimlerinin bu birimin ülkesel olarak belirlenmiş mekânsal çerçevesi içinde bağımsız olacağı yönünde, en azından, bir karinenin mevcut bulunduğu öne sürülebilir.<sup>253</sup>

### **Uti Possidetis Ötesi**

*Uti possidetis* ilkesi bütün ülkesel ve sınır problemlerini çözmeye muktedir değildir.<sup>254</sup> İlgili uygulanabilir bir antlaşmanın mevcut bulunması durumunda, bu ilke konuyu tamamen devretmektedir.<sup>255</sup> Gerçekten de, bir kez antlaşma tarafından belirlendi mi, bir uluslararası sınır kalıcı olur. Antlaşmanın kendisi sona erse bile sınır bundan etkilenmez ve ancak doğrudan ilgili tarafların rızası ile değiştirilebilir.<sup>256</sup> Diğer yandan, şayet bu prensip gereğince bir hat uluslararası sınır haline gelmişse yetkili belgelere başvurarak nihai olarak tanımlanamaz ve bu durumda *uti possidetis* ilkesi diğer ilke ve kuralların uygulanmasına müsaade etmelidir. Esasen bu diğer ilkeler *effectivités* yada etkin kontrol kavramlarına odaklanmaktadır.

Konu geniş bir şekilde *Burkina Faso/Mali* davasında<sup>257</sup> ve daha sonra *Land, Island and Maritime Fronties Dispute (El Salvador/Honduras; Nicaragua Intervening)* davasında<sup>258</sup> Uluslararası Adalet Divanı tarafından incelenmiştir. Divan sömürge dönemi *effectivités*'e, sömürge dönemi hemen sonrası *effectivités*'e ve daha yakın *effectivités*'e dikkat etmiştir. Bunların hepsi bağımsızlık öncesi hattın *uti possidetis*'inin belirlenmesini araştırma bağlamında ilgili olabilir. Sömürge dönemi *effectivités*

<sup>251</sup> Burada Tahkim Komisyonu, özel olarak Sırbistan, Hırvatistan ve Bosna-Hersek'in iç sınırları ile ilgilenmekteydi.

<sup>252</sup> 92 ILR, s.171. Burada Tahkim Komisyonu, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Burkina Faso/Mali* davasındaki kararına özellikle atıf yapmıştır. Dış İşleri Bakan Yardımcısı Ocak 1992'de şunu ifade etmiştir: 'Hırvatistan sınırları, bağımsız Hırvatistan'ın sınırları olacaktır ve bu meseleyle alakalı bir şüphe mevcut değildir. Bu konu hakkında Onikiler (on iki devlet) arasında anlaşma mevcuttur ve bu sınırlara ilişkin bizim yaklaşımımız da bu yönde olacaktır. Sınırlar, Cumhuriyet'in (iç) sınırları olma yerine, uluslararası sınır haline gelecektir'. UKMIL, 63 BYIL, 1992, s. 719.

<sup>253</sup> Bkz., örnek olarak, M. N. Shaw, 'Peoples, Territorialism and Boundaries', 3 EJIL, 1997, ss. 477, 504, fakat karşı görüş için bkz., S. Ratner, 'Drawing a Better Line: Uti Possidetis and the Borders of New States', 90 AJIL, 1996, ss. 590, 613 vd. ve M. Craven, 'The European Community Arbitration Commission on Yugoslavia', 65 BYIL, 1995, ss. 333, 385 vd.

<sup>254</sup> Bkz., genel olarak K. H. Kaikobad, *Interpretation and Revision of International Boundary Decisions*, Cambridge, 2007; M. Kohen, 'La Relation Titres/Effectivité' es dans le Contentieux Territorial 'a la Lumi`ere de la Jurisprudence R'ecente', 108 RGDIP, 2004, s. 561; M. Mendelson, 'The Cameroon-Nigeria Case in the International Court of Justice: Some Territorial Sovereignty and Boundary Delimitation Issues', 75 BYIL, 2004, s. 223; B. H. Oxman, 'The Territorial Temptation: A Siren Song at Sea', 100 AJIL, 2006, s. 830, ve S. R. Ratner, 'Land Feuds and Their Solutions: Finding International Law Beyond the Tribunal Chamber', 100 AJIL, 2006, s. 808. Uluslararası Adalet Divanı *uti possidetis* ilkesinin ülke hakkı ile olduğu kadar sınırların yeri ile de alakalı olduğunu ifade etmiştir. Bkz., *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)* davası, ICJ Reports, 1992, ss. 351, 387; 97 ILR, ss. 266, 300 ve deniz sınırları için bkz., *Nicaragua v Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 707 ve 729. Bkz., daha fazlası için M. N. Shaw, 'International Law: A System of Relationships', 3 Collected Courses of the Xiamen Academy, 2010, ss. 239, 299 vd.; M. Kohen, 'L'uti possidetis et les delimitations maritimes', *Liber Amicorum Jean-Pierre Cot*, Brussels, 2009, s. 155; S. Lalonde, 'The Role of the Uti Possidetis Principle in the Resolution of Maritime Boundary Disputes' *Sovereignty, Statehood and State Responsibility* (ed. C. Chinkin ve F. Baetens), Cambridge, 2015, s. 248 ve Y. Tanaka, "Reflections on Maritime Delimitation in the Nicaragua/Honduras Case", 68 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2008, ss. 903, 907-9.

<sup>255</sup> Bkz., *Libya/Chad* davası, ICJ Reports, 1994, ss. 6, 38-40; 100 ILR, ss. 1, 37-9. Bkz., ayrıca *Oppenheim's International Law*, s. 663. 1978 tarihli Antlaşmalara Halefiyete Dair Sözleşme'nin 11. maddesi uyarınca devletlerin halefiyeti bir antlaşma tarafından belirlenmiş sınırı yahut bu sınırla alakalı olan rejimle ilgili yükümlülükleri etkilememektedir. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 62. maddesi *rebus sic stantibus* doktrininin sınır antlaşmalarına uygulanmayacağını öngörmektedir. Bkz., aşağıda 15. Bölüm.

<sup>256</sup> ICJ Reports, 1994, s. 37; 100 ILR, s. 36.

<sup>257</sup> ICJ Reports, 1986, s. 554; 80 ILR, s. 440.

<sup>258</sup> ICJ Reports, 1992, s. 351; 97 ILR, s. 266. Bkz., ayrıca Shaw, 'Land, Island and Maritime Frontier Dispute'.

durumunda (yani sömürge dönemi boyunca bölgede ülkesel yetkinin etkin uygulanmasının bir kanıtı olarak sömürge idarecilerinin uygulamaları) Divan önceki davada çeşitli durumlar arasında ayırım yapmıştır. Şayet ilgili eylem *uti possidetis juris* içinde ihtiva edilen bir hakka tekabül etmişse, bu durumda *effectivités* basit olarak hukuki haktan doğan bir hakkın uygulanmasıdır. Şayet eylem bu şekilde tanımlanan hukuka tekabül etmiyorsa, yani uyumsuzluk konusu ülke hukuki olarak hakka sahip olan devletten başka bir devlet tarafından etkin bir biçimde yönetilmişse, öncelik hukuki olarak hak sahibine verilecektir. Diğer bir deyişle, kesin bir *uti possidetis* hattı mevcutsa bu, buna uygun olmayan uygulamaya üstün olacaktır. Bununla beraber şayet, kesin bir hukuki hak mevcut değilse, bu durumda *effectivités* hakkın uygulamada nasıl yorumlandığını göstermede temel bir rol oynar.<sup>259</sup> Böylece durum ileri sürülen her uygulamayı Divan'ın değerlendirmesi konusu haline gelir. Bu yaklaşım belirli arazilerin şahıslara ya da yerli topluluklara verilmesi ya da bu tür vermenin kayıtlarına ilişkin olan *Land, Island and Maritime Fronties Dispute* davasında tekrar teyid edilmiştir.<sup>260</sup> Şayet sömürge dönemi *effectivités* ilgili idari hattın pozisyonunu belirlemede yetersiz ise, *uti possidetis* ilkesi işleyemez.<sup>261</sup> *Land, Island and Maritime Fronties Dispute* davasında Divan ayrıca, ilgili *effectivités* ile söz konusu sınırnın belirlenmesi arasında bir ilişki mevcutsa, bunların *uti possidetis* hattına ilişkin emareleri sunmasını ele aldığı durumda, bazı hallerde bağımsızlık sonrası *effectivités*'i belgesel delil olarak değerlendirebileceğini belirtmiştir.<sup>262</sup> Bu tür sömürge sonrası uygulama sadece *uti possidetis* hattın belirlenmesi ile ilişkili olarak değil fakat ayrıca hem hattın nerede olduğu hem de bu hattın değiştirilip değiştirilmediğinin ispatlanmasına ilişkin herhangi bir şeye muvafakat bulunup bulunmadığı bağlamında incelenebilir.<sup>263</sup> Bu bağımsızlık sonrası uygulama çok yakın bir zamandaki uygulama bile olabilir ve bağımsızlığın hemen sonrasındaki uygulama ile sınırlı değildir.

Şayet belirli bir araziye ilişkin *uti possidetis* hat ilgili zamandaki münasip idarenin nihai kararıyla ya da müteakip uygulama ile tespit edilemiyorsa, hakkaniyete başvurmak<sup>264</sup> gerekli olabilir. Neyin içerileceği şartlara bağlı olacaktır. Bu, *Burkina Faso/Mali* davasında, belirli bir sınır gölcüğünün taraflar arasında eşitçe bölüşüleceği anlamına gelmiştir.<sup>265</sup> *Land, Island and Maritime Fronties Dispute* davasında 1969 tarihli onaylanmamış bir anlaşmaya başvurmak gerektiği manasına gelmiştir.<sup>266</sup> Tespit edilebilir ve uygun bir sınır oluşturmada topografik özelliklerin uygulanmasının esas bir husus olduğuna da işaret edilmiştir.<sup>267</sup>

### Uluslararası Sınır Nehirleri<sup>268</sup>

Sınır nehirlerine ilişkin olarak uluslararası hukukta özel kurallar gelişmiştir. Genellikle, şayet ulaşım elverişli bir su yolu mevcutsa, sınır bu suyunun orta çizgisini takip edecektir

<sup>259</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 554, 586-7; 80 ILR, ss. 440, 490-1.

<sup>260</sup> ICJ Reports, 1992, ss. 351, 389; 97 ILR, ss. 266, 302.

<sup>261</sup> Bkz., örnek olarak, *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 710-11.

<sup>262</sup> ICJ Reports, 1992, s. 399; 97 ILR, s. 266.

<sup>263</sup> Bkz., örnek olarak, ICJ Reports, 1992, ss. 408, 485, 514, 525, 563 ve 565; 97 ILR, ss. 321, 401, 430, 441, 479 ve 481. Bkz., ayrıca *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 711 vd. Bu tür sömürgecilik sonrası *effectivités*, rekabet halindeki devletlerden birisinin hukuki hakkı tesis etmek için yeterli egemenlik yetkisi uyguladığını gösterebilir. A.g.e.

<sup>264</sup> Yani, *infra legem* hakkaniyet ya da mevcut hukuki ilkeler bağlamı içinde hakkaniyet.

<sup>265</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 554, 633; 80 ILR, ss. 440, 535.

<sup>266</sup> ICJ Reports, 1992, ss. 351, 514-15; 97 ILR, ss. 266, 430-1.

<sup>267</sup> ICJ Reports, 1992, s. 396; 97 ILR, s. 309.

<sup>268</sup> Bkz., örnek olarak, *Oppenheim's International Law*, ss. 664-6; S. W. Boggs, *International Boundaries*, New York, 1940; Prescott ve Triggs, *International Frontiers*, Bölüm 7; L. J. Bouchez, 'International Boundary Rivers', 12 ICLQ, 1963, s. 789; A. Patry, 'Le Regime des Cours d'Eau Internationaux', 1 *Canadian YIL*, 1963, s. 172; R. Baxter, *The Law of International Waterways*, Harvard, 1964; Verzijl, *International Law*, cilt III, ss. 537 vd.; H. Dipla, 'Les R'egles de Droit International en Matiere de Delimitation Fluviale: Remise en Question?', 89 RGDIP, 1985, s. 589; H. Ruiz Fabri, 'Regles Coutumieres Generales et Droit International Fluvial', AFDI, 1990, s. 818; F. Schroeter, 'Les Systemes de Delimitation dans les Fleuves Internationaux', AFDI, 1992, s. 948, ve L. Caflisch, 'Regles Generales du Droit des Cours d'Eaux Internationaux', 219 HR, 1989, s. 75.

(*Thalweg* ilkesi).<sup>269</sup> Böyle bir su yolu mevcut değilse veya taraflar isterse, sınır çizgisi genellikle nehrin kendisinin ya da ana kolunun orta çizgisi olacaktır.<sup>270</sup> Bu ilgili sınır çizgileri, nehrin kendisinin tedrici olarak bir kıyıda genişlemesi ya da diğer kıyının azalması neticesinde (kendileri de kayan) orta hat teşkil edecektir. Bununla beraber şayet, nehir yatağını ani bir şekilde değiştirir ve ilk yatağını terk ederek yeni bir akış yatağı edinirse, uluslararası sınır kurumuş bulunan nehir yatağının ortası olmaya devam eder.<sup>271</sup> Pek görülmüş olmamasına rağmen, nehrin tamamen ilgili devletlerden birinin ülkesinde kalması durumunda, sınırın kıyılardan birini takip etmesi de mümkündür.<sup>272</sup>

## “İNSANLIĞIN ORTAK MİRASI” KAVRAMI

Bazı alanların insanlığın ortak mirası olarak ilan edilmesi yeni bir ülkesel rejim türünün oluştuğu ya da oluşma sürecinde bulunduğu hususunu gündeme getirmiştir.<sup>273</sup> Söz konusu alanın ve onun kaynaklarının insanlığın ortak mirası olarak ifade edildiği Deniz Yatağını ve Okyanus Zeminini Düzenleyen İlkeler Bildirgesi’ni 1970 yılında BM Genel Kurulu kabul etmiştir. Bu, alanla ilgili olarak hiçbir egemenlik ya da başka hakkın kabul edilmeyeceğini (Sözleşmeye uygun olarak elde edilen madenler hariç) ve kullanımın ancak Sözleşme tarafından konulan kural ve yapılar uyarınca olabileceğini belirten 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin 136 ve 137. maddelerinde teyid edilmiştir.<sup>274</sup> Ay Antlaşması’nın 11. maddesi ay ve onun doğal kaynaklarının tüm insanlığın ortak mirası olduğunu ve bu yüzden ulusal paylaşımına ve belirli bir kullanım rejimine konu edilmeye uygun olmadığını

<sup>269</sup> Bkz., örnek olarak *Botswana/Namibia* davası, ICJ Reports, 1999, ss. 1062, 1060–1. Bu davada Divan, ‘*thalweg*’in değişken bir biçimde, nehirdeki ‘ulaşıma en elverişli kanal’, ‘en derin noktaların birleştirilmesiyle oluşturulan’ çizgi ya da ‘aşağıya doğru seyahat eden gemiciler tarafından takip edilen ana kanalın orta noktası’ anlamlarına geldiğini belirtmiştir. Uygulamanın tamamıyla tutarlı olduğu söylenememesine rağmen, günümüzde akarsulardaki sınırları tanımlayan antlaşma ya da sözleşmeler genellikle *thalweg*’i, akarsu ulaşımına elverişli ise sınır, ulaşımına elverişli değil ise iki kıyı arasındaki orta nokta olarak ifade etmektedir. Bkz., *Benin/Niger* davası, ICJ Reports, 2005, ss. 90, 126 ve 149. Bkz., ayrıca *State of New Jersey v. State of Delaware* 291 US 361 (1934) ve *Laguna* (Argentina/Chile) davası, 113 ILR, ss. 1, 209. Vadilere (kurumuş nehir yataklarına) ilişkin olarak *Thalweg* ilkesinin kullanımına dair bkz., Mendelson ve Hutton, ‘Iraq–Kuwait Boundary’, ss. 160 vd.

<sup>270</sup> Bkz., örnek olarak *Argentine–Chile Frontier* davası, 38 ILR, ss.10, 93. Bkz., ayrıca madde 2A(1), 1994 tarihli İsrail–Ürdün Barış Antlaşması Ek I(a).

<sup>271</sup> Bkz., örnek olarak *Chamizal* davası, 11 RIAA, s. 320.

<sup>272</sup> Bkz., örnek olarak 1937 ve 1975 tarihli İran–Irak anlaşmaları. Örnek olarak Kosta Rika–Nikaragua Sınır Antlaşması, San Juan nehir sınırını bir noktada bu nehrin sağ kıyısı boyunca belirlemiştir. Bkz., *Costa Rica v. Nicaragua*, ICJ Reports, 2009, ss. 213, 229. Bkz., E. Lauterpacht, ‘River Boundaries: Legal Aspects of the Shatt-al-Arab Frontier’, 9 ICLQ, 1960, s. 208; K. H. Kaikobad, *The Shatt-al-Arab Boundary Question*, Oxford, 1980, ve Kaikobad, ‘The Shattal-Arab River Boundary: A Legal Reappraisal’, 56 BYIL, 1985, s. 49. Uluslararası akarsuların haka bölüşülmesi konusunda bkz., McCaffrey, *The Law of International Watercourses*; Gabcikovo–Nagyvaros Case, ICJ Reports, 1997, ss. 7, 54; 116 ILR, s. 1; 1997 tarihli Uluslararası akarsuların Ulaşım Dışı Kullanımı Sözleşmesi ve Hakim Kooijmans’ın *Botswana/Namibia* davasındaki Ayrı Oy Görüşü, ICJ Reports, 1999, ss. 1045, 1148 vd. Bkz., ayrıca S. Wouters, ‘The Legal Response to International Water Conflicts: The UN Watercourses Convention and Beyond’, 42 German YIL, 1999, s. 293. Mart 2003’te, aynı nehir yatağını paylaşan ülkeler arasındaki uyumsuzluklarda arabuluculuk yapmak üzere Su İşbirliği Birimi’nin kurulduğu duyurulmuştur. Bkz., <http://news.bbc.co.uk/1/hi/sci/tech/2872427.stm>.

<sup>273</sup> Bkz., örnek olarak, K. Baslar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, The Hague, 1998; A. Cassese, *International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2005, ss. 92 vd.; B. Larschanand B. C. Brennan, ‘The Common Heritage of Mankind Principle in International Law’, 21 *Columbia Journal of International Law*, 1983, s. 305; R. Wolfrum, ‘The Principle of the Common Heritage of Mankind’, 43 *ZaöRV*, 1983, s. 312; S. Gorove, ‘The Concept of “Common Heritage of Mankind”’, 9 *San Diego Law Review*, 1972, s. 390, ve C. Joyner, ‘Legal Implications of the Common Heritage of Mankind’, 35 ICLQ, 1986, s. 190. Bkz., ayrıca R. Wolfrum, ‘Common Heritage of Mankind’, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009; M. C. W. Pinto, ‘The Common Heritage of Mankind: Then and Now’, 361 HR, 2013, s. 9.

<sup>274</sup> Bkz., dahası fazlası için aşağıda 10. Bölüm.

belirtmektedir.<sup>275</sup> Gelecek kısımda açıklandığı üzere, Antarktika üzerinde bir ortak miras rejimi oluşturulması teşebbüsleri gerçekleştirilmektedir. Kavram ile ilişkili olarak bazı ortak özellikler mevcut bulunmaktadır. *Res communis* gibi, söz konusu alanlar ulusal paylaşımına imkan vermemektedir. Egemenlik, uygulanması mümkün olan bir ilke değildir. Söz konusu alanlara 'sahip' olunamaz ve uygun ortak miras rejimi kurumsal düzenlemeleri çerçevesi dışında yetki hakları mevcut olamaz. Bununla beraber, *res communis* rejimi erişim, kullanma ve yararlanma serbestisine müsaade ederken, yukarıda anılan örneklerde içerildiği gibi ortak miras rejimi sıkı bir biçimde kullanma ve yararlanmayı düzenlemekte, yönetim mekanizmaları tesis etmekte ve bu faaliyetlerden elde edilen yararları dağıtma bakımından hakkaniyet kriterini uygulamaktadır.

Bu kavramın başarı ya da başarısızlığını tahmin etmek için çok erkendir. 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi 1994 yılında yürürlüğe girmiştir, Ay Antlaşması çok az seviyede onaya sahiptir ve bunun kullanım hükümleri henüz uygulamaya geçmemiştir. İlgili belirli antlaşmalar çerçevesinde hukuki bir kavram olarak, rejimi uygulamak için gereken yönetim yapılarının ciddi problemlere yol açabilir olmasına rağmen, geleneksel *jus communis* kurallarına ilginç bir tezat teşkil etmektedir.<sup>276</sup>

## KUTUP BÖLGELERİ<sup>277</sup>

Kuzey Kutbu (*Arctic*) bölgesi Kuzey Amerika ve Rusya arasında çok geniş bir ıssız alan oluşturarak ciddi bir stratejik öneme sahiptir. Önemli ölçüde, altından denizaltıların işleyebileceği bir buz kütlelerini içermektedir.

Danimarka, Grönland'ı ve bölgede bulunan adalarını elinde bulundurmaktadır.<sup>278</sup> Norveç Spitzbergen ve başka adalar üzerinde egemen haklar öne sürmüştür. Norveç'in hakkı işgale ve maden kaynaklarını uzun bir süredir kullanmasına dayanmaktadır ve, Sovyetler Birliği'nin protesto etmiş olmasına rağmen, 1920 yılında dokuz devlet tarafından tanınmıştır.<sup>279</sup>

<sup>275</sup> Bkz., dahası fazlası bu bölümde.

<sup>276</sup> Küresel iklim değişikliğinin, insanlığın ortak mirasının bir parçası olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine dair sorunlar ortaya çıkmıştır. Bununla beraber, uluslararası çevre sözleşmeleri, bu terminolojiyi değil, daha çok, çok daha zayıf ve daha fazla belirsiz olan, "insanlığın ortak kaygısı" ibaresini kullanmışlardır. Örnek olarak bkz., 1992 tarihli Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi. Bkz., A. Boyle, 'International Law and the Protection of the Global Atmosphere' *International Law and Global Climate Change* (ed. D. Freestone ve R. Churchill), London, 1991, Bölüm 1, ve P. Birnie, A. Boyle ve C. Redgwell, *International Law and the Environment*, 3. Baskı, Oxford, 2009, s. 128. Bkz., ayrıca aşağıda 15. Bölüm.

<sup>277</sup> Bkz., örnek olarak D. R. Rothwell, *The Polar Regions and the Development of International Law*, Cambridge, 1996; T. W. Balch, 'The Arctic and Antarctic Regions and the Law of Nations', 4 AJIL, 1910, s. 265; M. Byers, *International Law and the Arctic*, Cambridge, 2013; D. Pharand, *Canada's Arctic Waters in International Law*, Cambridge, 1988; G. Triggs, *International Law and Australian Sovereignty in Antarctica*, Sydney, 1986; *The Antarctic Treaty Regime* (ed. G. Triggs), Cambridge, 1987; ve M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1962, cilt II, ss. 1051-61. Bkz., ayrıca W. Lakhtine, 'Rights over the Arctic', 24 AJIL, 1930, s. 703; Mouton, 'The International Regime of the Polar Regions', 101 HR, 1960, s. 169; F. Auburn, *Antarctic Law and Politics*, Bloomington, 1982; *International Law for Antarctica* (ed. F. Francioni ve T. Scovazzi), 2. Baskı, The Hague, 1997; A. D. Watts, *International Law and the Antarctic Treaty System*, Cambridge, 1992; E. J. Sahurie, *The International Law of Antarctica*, 1992; C. Joyner, *Antarctica and the Law of the Sea*, The Hague, 1992; *The Antarctic Legal Regime* (ed. C. Joyner ve S. Chopra), Dordrecht, 1988; *The Antarctic Environment and International Law* (ed. P. Sands, J. Verhoeven ve M. Bruce), London, 1992, ve E. Franckx, *Maritime Claims in the Arctic*, The Hague, 1993. Bkz., ayrıca J. Barrett, 'Securing the Polar Regions Through International Law' *Security and International Law* (ed. M. E. Footer, J. Schmidt, N. D. White ve L. Davies-Bright), Oxford, 2016; D. R. Rothwell, 'Polar Territorial and Maritime Sovereignty in the Twenty-First Century' *Sovereignty, Statehood and State Responsibility* (ed. C. Chinkin ve F. Baetens), Cambridge, 2015, s. 110 ve *Challenges of the Changing Arctic: Continental Shelf, Navigation, and Fisheries* (ed. M. H. Nordquist, J. N. Moore ve R. Long), The Hague, 2016.

<sup>278</sup> Bkz., G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington, DC, 1940, cilt I.

<sup>279</sup> *A.g.e.*, ss. 465 vd. Bkz., ayrıca O'Connell, *International Law*, s. 499.

Daha tartışmalı olanlar Kanada<sup>280</sup> ve eski SSCB<sup>281</sup> tarafından öne sürülen iddialardır. “Sektör ilkesi” olarak anılan şekilde, halihazırda işgal edilmiş bulunan coğrafi birim teşkil eden araziler üzerinde iddia öne sürmek için “uzantı” kavramı kullanılmıştır. Kuzey Kutbu’nda birleşmeleri bakımından bu meridyenlerin uzunluğuna dayanmaktadır ve bunlar belirli ulusların kıyı hatları üzerine yerleştirilmiştir. Böylece Kuzey Kutbu devletlerinin sahillerini kıyı çizgileri olarak baz alan bir dizi üçgen sektör oluşturur.

Diğer Kuzey Kutbu devletleri olan Norveç, Finlandiya, Danimarka ve Amerika Birleşik Devletleri bu tür talepler ileri sürmekten kaçınmıştır.<sup>282</sup> Binaenaleyh, sektör ilkesinin siyasi bir pozisyonundan başka bir şey olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği aşırı derecede şüphelidir.<sup>283</sup> Bölgenin büyük bir bölümünün hareket eden buz kütlelerini içermesi problemin bir kısmını teşkil etmektedir. Eski SSCB görece olarak hareketsiz buz kütlelerinin kendi ulusal egemenliğine tabi olduğu yönünde bazı iddialarda bulunmuştu<sup>284</sup> ; ancak bunların herkese açık bulunan açık denizlerin kısımları olarak ele alınması yönündeki genel görüş varlığını devam ettirmektedir.<sup>285</sup> Hem ABD hem de Kanada Beaufort Denizi’nde “turta şeklinde” sektörler talep etmiştir. Kanada ve Danimarka (Grönland) Lincoln Denizi’ndeki sınırlara ilişkin uyumsuzluk içindedir. Norveç ve Rusya, Barents Denizi’nde kendilerinin kıta sahanlıkları arasındaki sınır hususunda uzun süredir görüş ayrılığına düşmüştür.<sup>286</sup>

*Eastern Greenland* davasındaki<sup>287</sup> karar ve söz konusu ülkenin niteliği uyarınca, Kuzey Kutup bölgesi kara alanlarının işgali görece az faaliyet tarafından devletlerce gerçekleştirilebilir. Kuzey Kutbu ulaşımını ve oradaki doğal kaynakların kullanımını mümkün kılacak şekilde Kuzey Kutup buzullarını kalıcı şekilde erittiği gözlemlenen iklim değişikliği mevcut durumu istikrarsızlaştırabilir.

Buzlar tarafından kaplanan ada şeklinde bir kara kütlesi olan Antarktika bölgesine yönelik olarak yedi devlet (Arjantin, Avustralya, Şili, Fransa, Yeni Zelanda, Norveç ve İngiltere) talepler ileri sürmüşlerdir.<sup>288</sup> Bu talepler sırf keşiften, Güney Amerika devletlerince kullanılan sektör ilkesine kadar uzanan çok çeşitli gerekçeye dayanmaktadır ve çoğu şüpheli mahiyettedir. Dikkat çekici bir biçimde, Amerika Birleşik Devletleri Antarktika’ya yönelik bu taleplerin tümünü tanımayı reddetmiştir ve Amerikalı Amiral Byrd, Marie Byrd Arazisi’ni keşfetmiş ve kendi ülkesi için talep etmiş olmasına rağmen, Amerika Birleşik Devletleri talebi benimsemekten kaçınmıştır.<sup>289</sup> Birçok devlet birbirlerinin bölgedeki ülkesel arzularını tanımışlardır, ancak İngiliz, Şili ve Arjantin taleplerinin örtüştüğüne dikkat edilmelidir.<sup>290</sup>

<sup>280</sup> Hackworth, *Digest*, cilt I, s. 463. Fakat Kanada devletinin sektör ilkesinin buzullara uygulanmasına karşı çıkan açıklamaları mevcuttur. Bkz., örnek olarak, 9 ILM, 1970, ss. 607, 613. Bkz., ayrıca I. Head, ‘Canadian Claims to Territorial Sovereignty in the Arctic Regions’, 9 *McGill Law Journal*, 1962–3, s. 200.

<sup>281</sup> Hackworth, *Digest*, cilt I, s. 461. Bu tür iddialar Rusya tarafından öne sürülmüştür. Bkz., örnek olarak, <http://news.nationalgeographic.com/news/2007/09/070921-arctic-russia.html> ve bkz., aşağıda 11. Bölüm.

<sup>282</sup> İsveç, Finlandiya ve İzlanda’nın kıta sahanlıklarının bir kısmı Kuzey Kutup Dairesi içinde yer almaktadır. Bkz., M. Byers, ‘Arctic Region’, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010.

<sup>283</sup> Bkz., örnek olarak, *Oppenheim’s International Law*, s. 693.

<sup>284</sup> Bkz., örnek olarak, Lakhtine, ‘Rights over the Arctic’, s. 461.

<sup>285</sup> Bkz., örnek olarak, Balch, ‘Arctic and Antarctic Regions’, ss. 265–6.

<sup>286</sup> Bkz., örnek olarak, Byers, ‘Arctic Region’. Bununla birlikte ayrıca 2010 tarihli Norveç-Rusya Deniz Sınırları Antlaşması’na da bakınız. <http://eu-arctic-forum.org/allgemein/delimitation-agreement-a-new-era-in-the-barents-sea-and-the-arctic/> PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, s. 46; 6 AD, s. 95.

<sup>288</sup> Bkz., örnek olarak, O’Connell, *International Law*, ss. 450–3; Mouton, ‘International Regime’, ve G. Triggs, ‘Australian Sovereignty in Antarctica – Part I’, 13 *Melbourne University Law Review*, 1981, s. 123, ve Triggs, *International Law and Australian Sovereignty in Antarctica*. Bkz., ayrıca UKMIL, 54 BYIL, 1983, ss. 488 vd. Bkz., ayrıca S. Vöneky ve S. Addison-Agyei, ‘Antarctica’, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011.

<sup>289</sup> Bkz., Hackworth, *Digest*, cilt I, s. 457. Bkz., ayrıca DUSPIL, 1975, ss. 107–11, ve Whiteman, *Digest*, cilt II, ss. 250–4, 1254–6 ve 1262.

<sup>290</sup> Bkz., örnek olarak, Cmd 5900.



Bununla beraber ülkesel talebi olan ya da bölgede bilimsel araştırma yapan tüm devletler tarafından 1959 yılında Antarktika Antlaşması imzalanmıştır.<sup>291</sup> Antarktika'nın askersizleştirilmesinden başka bunun önemli etkisi, ortadan kaldırmamakla birlikte, ülkesel talepleri antlaşma müddetince askıya almaktır. Madde 6(2) şunu belirtmektedir:

*“Mevcut antlaşma yürürlükte olduğu müddetçe gerçekleşen hiçbir eylem ya da faaliyet Antarktika'da ülkesel egemenlik iddialarını öne sürmek, desteklemek ya da reddetmek veya Antarktika'da bir egemenlik hakkı tesis etmek için dayanak teşkil etmeyecektir. Mevcut antlaşma yürürlükte olduğu müddetçe Antarktika'da ülkesel egemenliğe ilişkin olarak hiçbir yeni iddia veya mevcut bulunan iddiaların genişletilmesi öne sürülemeyecektir.”*

Antlaşma sona ermeyle ilgili bir hüküm içermediğinden, devamlı bir rejim oluşturmuştur. Çünkü bütün ilgili tarafları kapsadığından, herkesi bağlayan uluslararası bir rejim tesis etmiş gözükmektedir.<sup>292</sup> Bölgedeki flora ve faunanın korunması ve diğer çevre koruma tedbirleri dahil olmak üzere, tarafların müteakip toplantıları birçok tavsiye kararı alınmasını sağlamıştır.<sup>293</sup>

Antlaşmanın mevcut taraflarından on iki tanesi ilk (orijinal) imzacılardır ve kırk bir devlet antlaşmaya katılmıştır. Yirmi dokuz devlet danışmacı statüsüne sahiptir ve yirmi dört devlet danışmacı olmayan statüdedir.<sup>294</sup> Tarafların danışma çalışması toplantılarına tam katılım ilk taraflara ve bölgede önemli ölçüde bilimsel araştırma gerçekleştirdiğini gösteren taraflara açıktır. Antarktika Antlaşması'nın danışma toplantıları her yıl düzenlenmektedir.<sup>295</sup>

Maden kaynakları rejimi konusu 1979 yılından beri danışmacı taraflarca görüşülmüş ve bu konu hakkında bir dizi özel toplantı düzenlenmiştir.<sup>296</sup> Bu, Haziran 1988'de Antarktika Maden Kaynakları Faaliyetlerinin Düzenlenmesi Sözleşmesi'nin imzalanmasını sağlamıştır.<sup>297</sup> Sözleşme, tetkik, arama ve geliştirme olarak ifade edilen üç aşamalı bir madencilik faaliyeti öngörmüştür. Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra (ABD, eski SSBC ve talepte bulunan devletler dahil on altı onay ya da katılmanın ardından) dört kurum kurulacaktır. Komisyon, danışmacı taraflardan, bölgede ciddi ve ilgili araştırma faaliyetine girişmiş Sözleşme'nin başka taraflarından ve madencilik faaliyetine sponsor olan diğer taraflardan oluşacaktır. Tüm taraf devletlerden oluşan bir Bilimsel, Teknik ve Çevre Danışma Komitesi kurulacaktır. Aynı şekilde arama ve geliştirmeyi düzenlemek amacıyla Düzenleme Komiteleri oluşturulacaktır. Bu komiteler ilgili talep sahibi ve en çok dört ilave talep sahibi, ABD, eski SSCB ve gelişmekte olan ülkelerin temsilcisi dahil olmak üzere Komisyon'un on üyesinden oluşacaktır. Sözleşmenin bütün taraflarından oluşan Taraflar Özel Toplantıları sistemi de öngörülmüştür. Birçok devlet Sözleşmeyi imzalamıştır.<sup>298</sup> Bununla birlikte, Sözleşme'ye muhalefet artmaya başlamıştır.

<sup>291</sup> Bkz., *Handbook of the Antarctic Treaty System*, US Department of State, 9. Baskı, 2002, ve bkz., <http://www.state.gov/e/oes/rls/rpts/ant/>

<sup>292</sup> Almanya Federal Maliye Mahkemesi, Antartika'nın Hukuki Statüsü davasında Antartika'nın hiç bir devletin parçası olmadığını ifade etmiştir. 108 ILR, s. 654. Britanya Antartik Bölgesi'nin, bunun önemli bir kısmına ilişkin Şili ve Arjantin tarafından karşı talepler öne sürülmüş olmasına rağmen, kutaya dair en eski bölgesel talep oluşturduğu şeklindeki Birleşik Krallık görüşü için bkz., UKMIL, 71 BYIL, 2000, s. 603. Bununla birlikte, Antartika Antlaşması'nın sonucunun bölgesel egemenliğe ilişkin uyumsuzlukları bir kenara bırakmak olduğu kabul edilmiştir. *A.g.e.*

<sup>293</sup> Bkz., örnek olarak, 1980 tarihli Antartika Yaşayan Deniz Kaynaklarının Korunmasına Dair Sözleşme. Bkz., ayrıca M. Howard, 'The Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources: A Five Year Review', 38 ICLQ, 1989, s. 104.

<sup>294</sup> [www.ats.aq/devAS/ats\\_parties.aspx?lang=e](http://www.ats.aq/devAS/ats_parties.aspx?lang=e)

<sup>295</sup> En son 2016 Baharında gerçekleştirilmiştir. Bkz., [www.ats.aq/devAS/ats\\_meetings.aspx?lang=e](http://www.ats.aq/devAS/ats_meetings.aspx?lang=e)

<sup>296</sup> Bkz., örnek olarak, *Keesing's Contemporary Archives*, s. 32834 ve 21(9) UN Chronicle, 1984, s. 45.

<sup>297</sup> Bkz., örnek olarak, C. Joyner, 'The Antarctic Minerals Negotiating Process', 81 AJIL, 1987, s. 888.

<sup>298</sup> Bkz., örnek olarak 1989 tarihli Antartika Madenleri Kanunu. Bu kanun uyarınca Birleşik Krallık Antartika'daki keşif ve kullanım faaliyetlerine ilişkin yetkilendirme sistemi geliştirecektir.

Madencilik hakkında 1988 Sözleşmesi'nin imzalanması muhalefete yol açtı ve Genel Kurul tarafından o yıl kabul edilen 43/48 sayılı kararda Antarktika'da maden rejimi oluşturma görüşmeleri hakkında moratoryum çağrısında bulunan önceki kararlara rağmen böyle bir sözleşmenin imzalanması dolayısıyla 'derin üzüntü' ifade edilmiştir. Fransa ve Avustralya 1989 Ekim Antarktika Antlaşması imzacı devletler toplantısında bölgede tümünden madenciliğin yasaklanmasını ve bölgenin küresel "yaban parkı" olarak tayin edilmesini önermiştir.<sup>299</sup>

7. maddesinin bilimsel araştırma dışında maden kaynaklarıyla ilgili her türlü faaliyeti yasaklayan Antarktika Antlaşması Çevre Koruma Protokolü Nisan 1991'de Antarktika Antlaşması danışmacı taraflar toplantısında imzalanmıştır. Bu tür faaliyetlerin kabul edilebilir olup olmadığını, ve kabul edilebilirse hangi şartlarda kabul edilebilir olduğunu, belirlemenin üzerinde uzlaşmış yöntemlerini içeren Antarktika maden kaynakları faaliyetleri hakkında hukuken bağlayıcı bir rejim yürürlüğe girmedikçe bu yasak devam edecektir. Talep edilmesi halinde yürürlüğe girdikten elli yıl sonra Protokol'ün uygulanmasının gözden geçirilmesine ilişkin bir konferans toplanabilir.<sup>300</sup> İlaveten, bir Çevre Koruma Komitesi kurulmuştur.<sup>301</sup> Bu Antarktika Maden Kaynakları Faaliyetlerinin Düzenlenmesi Sözleşmesi'ne yol açmış bulunan sınırlı madencilik yaklaşımının sona erdiğine işaret etmekteydi. Protokol 1998 yılında yürürlüğe girmiş ve bölge için bir kapsamlı entegre çevresel rejim kurmuştur.<sup>302</sup>

## KİRALAMA VE İRTİFAKLAR<sup>303</sup>

Mutlak egemenliğe varmayan devletler tarafından başka devletlerin ülkesinde kullanılabilecek çeşitli hukuki haklar mevcut olabilir. Bu tür haklar araziye bağlıdır ve hakkın konusunu oluşturan belirli bir ülkenin mülkiyeti başka bir egemene geçse bile uygulanmaya devam edebilir. Bunlar hukuk terminolojisinde *in rem* haklar olarak formüle edilmiştir. Belirli bir antlaşmanın hükümlerine bağlı olarak antlaşma temelli rejimleri oluştururlar. Bu yüzden, örneğin, uygulanacak hukuk böyle bir antlaşmada belirtilir.<sup>304</sup>

Arazi kiralamaları, fiilen ülkeyi ilhak etme gereği olmaksızın genellikle stratejik noktaların kontrolünün ele alınmasının bir yolu olarak ondokuzuncu yüzyılda önemli hale gelmiştir. İngiltere'nin Hong Kong ile birleşmiş New Territories üzerindeki hakları örneğinde olduğu gibi, kiralamalar Uzak Doğu'da geniş biçimde kullanılmıştır.<sup>305</sup> Kira müddeti boyunca egemenliğin kiralayana geçtiği değerlendirilmiştir ve bu müddetin sona ermesi üzerine kiraya veren ilk egemene egemenlik geri gelmektedir. Bu tür kelimeler, bununla birlikte,

<sup>299</sup> Bkz., Keesing's Record of World Events, s. 36989, 1989.

<sup>300</sup> Madde 25.

<sup>301</sup> Guardian, 30 Nisan 1991, s. 20. Bkz., ayrıca C. Redgwell, 'Environmental Protection in Antarctica: The 1991 Protocol', 43 ICLQ, 1994, s. 599.

<sup>302</sup> Bkz., örnek olarak, D. R. Rothwell, 'Polar Environmental Protection and International Law: The 1991 Antarctic Protocol', 11 EJIL, 2000, s.591. Protokol'ün dört eki (çevresel etki değerlendirmesi, flora ve faunanın korunması, atık salınması ve deniz kirliliğine ilişkin) 1998'de ve beşinci eki 2002'de yürürlüğe girmiştir. Antartika'yı 'insanlığın ortak mirası' olarak değerlendirmeye yönelik BM'deki Malezya girişiminin çıktığı görülmektedir. Bkz., örnek olarak, Redgwell, 'Environmental Protection', ve 38/77 ile 39/152 sayılı Genel Kurul kararları. A/39/583. Halihazırda, Güney Okyanus'ta deniz koruma alanlarının oluşturulması değerlendirilmektedir. Bkz., <http://www.antarctica.gov.au/law-and-treaty/ccamlr/marine-protected-areas>

<sup>303</sup> Bkz., örnek olarak, M. J. Strauss, *Territorial Leasing in Diplomacy and International Law, The Hague, 2015*; Oppenheim's *International Law*, ss. 670 vd.; H. Reid, *International Servitudes*, Chicago, 1932, ve F. A. Vali, *Servitudes in International Law*, 2. Baskı, London, 1958. Bkz., ayrıca Parry, *Digest*, cilt I2B, 1967, ss. 373 vd., ve madde 12, 1978 tarihli Viyana Devletlerin Antlaşmalarına Halefiyeti Sözleşmesi.

<sup>304</sup> Bkz., örnek olarak, Y. Ronen, 'Leases', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.

<sup>305</sup> Bkz., 50 BFSP, 1860, s. 10 ve 90 BFSP, 1898, s. 17. Bkz., 23 ILM, 1984, ss. 1366 vd. Hong Kong'a dair Birleşik Krallık-Çin Antlaşması için bkz., Cmnd 9543 (1985) ve 1985 tarihli Hong Kong Kanunu. Bu kanun 1 Temmuz 1997 tarihinden itibaren ülkede Birleşik Krallık egemenlik ve yetkisini sona erdirmektedir.

nihai egemenliğin kiraya verene ait olduğunu kamufle etmiştir.

Belirli bir süre ile sınırlı olan uluslararası hukuktaki olağan kiralama oluşumunun bir istisnası, (1903 yılında Amerika Birleşik Devletleri'ne) inşa edildiği kara şeridi ile birlikte "ebedi olarak" kiralanmış bulunan Panama Kanalı'dır. Bununla beraber, 1977 Panama Kanalı Antlaşması ile Kanal Bölgesi'nde egemenlik Panama'ya devredilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri 1999'da antlaşma sona erene kadar belirli işletme ve muhafaza haklarına sahipti.<sup>306</sup> 1903 ve 1934 yıllarında imzalanmış antlaşmalar uyarınca ABD'ye kiralanmış bulunan Küba'daki Guantanamo Körfezi bunun başka bir örneğidir. Sonraki antlaşmaya göre kiralama ya ABD üssü terk edene kadar ya da iki taraf başka şekilde anlaşana kadar devam edecektir.<sup>307</sup> Rusya şimdi bağımsız olan birçok eski Sovyet Cumhuriyeti ile kiralama anlaşması yapmıştır.<sup>308</sup>

İrtifak bir devletin ülkesinin başka bir devletin ülkesinin menfaati sebebiyle belirli bir kısıtlama altında olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu tür kısıtlamalar *in rem* haklar olarak araziye bağlıdır ve böylece ilgili ülkenin kontrolünde bir değişiklik olsa bile, başka bir devletle birleşme ya da sömürgeci çıkma örneklerinde olduğu gibi, ilgili devletin egemenliğini kısıtlar.<sup>309</sup>

İrtifakların örneğin limanları veya nehirleri kullanma hakkını, ya da karşıya geçiş hakkını, tahdit edilmiş ülkeyi, veya alternatif olarak ülkedeki belirli şehir ya da bölgeleri tahkim etmeme yükümlülüğünü içermektedir.<sup>310</sup>

İrtifaklar uluslararası toplumun ya da çok sayıda devletin yararına mevcut olabilir. Bir örnek olarak 1920 yılında *Aaland Islands* davasında Milletler Cemiyeti Konseyi'nce atanan Hukukçular Komisyonu Finlandiya'nın 1918'de bağımsızlığından itibaren Rusya'nın 1856 Antlaşması uyarınca adaları tahkim etmeme yükümlülüğüne halef olduğunu ifade etmiştir. Ve adaların Stockholm'e yakın konuşlanmış bulunması bakımından İsveç ilgili bir devlet olduğu için 1856 Antlaşması'na taraf olmamasına rağmen bu yükümlülüğü ileri sürebilir. Bu, antlaşmaların ilgili devletlerin yükümlülükleri ileri sürebildikleri ve adalara sahip her devlet için bağlayıcı olan bir uluslararası özel rejim kurmuş olmasındandır.<sup>311</sup> Ayrıca, *Eritrea/Yemen* davasında Mahkeme iki kıyıda yaşayanlar tarafından bölgedeki adaların ortak kullanımı ile birlikte güney Kızıl Deniz'deki geleneksel açık balıkçılık rejiminin, uyumsuzluk durumundaki iki devlete uluslararası irtifak biçiminde tarihi haklar vermeye muktedir olduğuna işaret etmiştir.<sup>312</sup> Bu davadaki karar Kızıl Deniz'deki çeşitli adalar üzerindeki egemenliğin bulgularının 'bölgedeki geleneksel balıkçılık rejiminin idamesini' icap ettirdiğini vurgulamıştır.<sup>313</sup>

Sadece antlaşmanın tarafları için değil herkes için bağlayıcı olan bir antlaşma tarafından uluslararası bir statü oluşturma durumu karmaşıktır ve bunun uygulanacağı durum da her zaman net değildir. Bununla beraber, dünya toplumunun yararı için Süveyş ve Panama Kanallarına ilişkin haklar oluşturulmuştur. 1888 İstanbul Sözleşmesi'nin 1. maddesi<sup>314</sup> 'Süveyş Deniz Kanalı'nın her daim barış zamanı olduğu gibi savaş zamanı da bayrak

<sup>306</sup> Bkz., örnek olarak, 72 AJIL, 1978, s. 225. Bu, Kanal'a ilişkin 1901, 1903, 1936 ve 1955 tarihli antlaşmaları askıya almıştır. Bkz., ayrıca A. Rubin, 'The Panama Canal Treaties', YBWA, 1981, s. 181.

<sup>307</sup> Madde III; bkz., ayrıca Ronen, 'Leases'.

<sup>308</sup> *A.g.e.*

<sup>309</sup> Bkz., *Right of Passage* davası, ICJ Reports, 1960, s. 6; 31 ILR, s. 23. Bkz., ayrıca S. Marchisio, 'Servitudes', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011.

<sup>310</sup> Bkz., örnek olarak, J. B. Briery, *The Law of Nations*, 6. Baskı, Oxford, 1963, s. 191.

<sup>311</sup> LNOJ, Ss. Suss. no. 3, 1920, ss. 3, 16-19.

<sup>312</sup> 114 ILR, ss. 1, 40-1. Ayrıca tarihi sulara dair bkz., aşağıda 10. Bölüm..

<sup>313</sup> *A.g.e.*, s. 137.

<sup>314</sup> Bkz., örnek olarak, O'Connell, *International Law*, ss. 582-7.

ayrımı yapmaksızın tüm ticaret ve savaş gemilerine açık olacağını' ifade etmektedir ve bu uluslararası statü 1956 yılında Kanal Şirketi'nin Mısır tarafından millileştirilmesinden hiçbir şekilde etkilenmemiştir. Mısır 1957 yılında, gerçekte sürekli olarak kanalın İsrail gemileri ve İsrail kıyılarına yük götüren veya İsrail yükünü taşıyan gemilerin kullanımına karşı çıkmış olmasına rağmen, Sözleşme hükümlerine saygı göstermeye ve onları uygulamaya istekli olduğunu vurgulamıştır.<sup>315</sup> Kanal 1975'te, İsrail ile yapılan silah bırakma anlaşması ardından, sekiz yıllık bir aradan sonra yeniden açılmıştır.<sup>316</sup> İsrail ve Mısır arasındaki 1979 Barış Antlaşması'nın 5. maddesi uyarınca İsrail gemilerinin ve İsrail'e giden veya oradan gelen gemilerin 'bütün uluslara uygulanan 1888 tarihli İstanbul Antlaşması gereğince ... Süveyş Kanalı'ndan serbest geçiş hakkına' sahip olacakları öngörülmüştür.

*Wimbledon* davasında<sup>317</sup> Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Kiel Kanalı'nın Almanya ile barış halindeki bütün devletlerin gemilerine açık olduğunu belirten 1919 tarihli Versay Antlaşması'nın 380. maddesinin etkisinin kanalı iç kanaldan 'dünyanın tüm uluslarının yararına Baltık'a daha kolay erişimi antlaşma uyarınca sağlamayı garanti altına almayı amaçlayan' uluslararası bir su yoluna dönüştürmek olduğunu ifade etmiştir.

İrtifakların mevcudiyetine ilişkin bazı problemler *North Atlantic Fisheries* tahkimi dolayısıyla ortaya çıkmıştır.<sup>318</sup> Bu anlaşmazlık, Amerika'nın sakinlerine Newfoundland'ın güney kıyısından 'sonsuzca kadar ... her türlü balık tutma özgürlüğünü' tanıyan İngiltere ile Amerika Birleşik Devletleri arasında 1818 yılında imzalanan bir antlaşmadan sonra ortaya çıkmıştır. Tartışma, antlaşma uyarınca İngiltere'nin Amerikan vatandaşlarını bağlayan balıkçılık düzenlemelerini yapabilme yetkisi bağlamında çıkmıştır. Kısmen böyle bir kavramın ilgili dönemdeki (1818) Amerikalı ve İngiliz devlet adamlarınca bilinmemesi sebebiyle, tahkim mahkemesi antlaşmanın ilgili hükümlerinin irtifak oluşturmadığına karar vermiştir. Bununla beraber, Mahkeme özellikle ekonomik haklar (davada mevcut olduğu gibi) ve uluslararası hukukta irtifak derecesine gelen egemenlik haklarının verilmesi arasında bir ayrım yaptığı için, kararın hükümleri irtifakın mevcudiyetinin mümkün olabileceğine dair açık bir kapı bırakmıştır.<sup>319</sup>

Chagos Deniz Koruma Bölgesi ile ilgili *Mauritius v. UK* hakemliğinde Tahkim Mahkemesi bir miktar daha farklı bir durumla karşılaşmıştır.<sup>320</sup> Mahkeme, Birleşik Krallık'ın Mauritius'un bağımsızlığını sağlayan Lancaster House Antlaşması'nda *quid pro quo* olarak Mauritius'un *Chagos Archipelago*'un ülkeden ayrıldığını kabul eden birtakım yükümlülükler altına girmiş olduğuna işaret etmiştir.<sup>321</sup> Bu yükümlülüklerin bir parçası olarak, Birleşik Krallık, Mauritius'a *Archipelago*'da 'eski sahibine intikali beklenen (*reversionary*) hakkını' tanımayı ve savunma amacıyla artık ihtiyaç kalmadığında bunu iade etmeyi kabul etmiştir.<sup>322</sup> Mahkeme, Mauritius'un bağımsız hale geldikten sonra, bu düzenlemenin tek başına İngiliz anayasa hukuku konusu olmaktan çıktığını ve uluslararası hukukta bağlayıcı olarak bir uluslararası antlaşma haline dönüştüğünü ifade etmiştir.<sup>323</sup> Mauritius'un 'eski sahibine intikali beklenen' egemenliği böylelikle bu devlete "Deniz Koruma Bölgesi"nin gelecekteki muhtemel kullanıma ilişkin önemli kararlarda bir menfaat' sağlamıştır.<sup>324</sup>

<sup>315</sup> Bkz., Security Council Doc. S/3818, 51 AJIL, 1957, s. 673.

<sup>316</sup> Bkz., DUSPIL, 1974, ss. 352-4 ve 760.

<sup>317</sup> PCIJ, Series A, No. 1, 1923, s. 24; 2 AD, s. 99. Bkz., genel olarak Baxter, *Law of International Waterways*.

<sup>318</sup> 11 RIAA, s. 167 (1910).

<sup>319</sup> Denize kıyısı olmayan ülkelere ilişkin olarak bkz., aşağıda 10. Bölüm.

<sup>320</sup> 18 Mart 2015 tarihli karar.

<sup>321</sup> *A.g.e.*, para. 421.

<sup>322</sup> *A.g.e.*, para. 224, 228 ve 291.

<sup>323</sup> *A.g.e.*, para. 425 ve 428.

<sup>324</sup> *A.g.e.*, para. 521 vd.

DIŞ UZAY HUKUKU<sup>325</sup>

Birinci Dünya Savaşı öncesinde devletlerin üzerindeki hava sahasına ve karasularına ilişkin çeşitli teoriler mevcuttu,<sup>326</sup> ancak savaşın patlak vermesi ve havanın kullanımının güvenlik boyutlarının anlaşılması bunu değiştirmiş ve, çok az muhalefetle, devlet egemenliğinin hava sahasına doğru uzanmasına dayanan yaklaşım öne çıkmıştır. Bu yaklaşım hem savunma bakış açısından hem de ulusal ülkenin üzerindeki uçuşları düzenleyen devlet uygulamasının gelişmesi ışığında kabul edilebilir bulunmuştur.<sup>327</sup> Kara ve karasularının üzerindeki hava sahasında devletlerin tam egemenliğini öngören 1919 tarihli Paris Hava Ulaşımının Düzenlenmesi Sözleşmesi'nde bu yansıtılmıştır.<sup>328</sup> Nitekim, devletlerin egemenliğini koruyan uluslararası hukuk kuralları devletlerin altındaki karaya olduğu gibi hava sahasına da uygulanır. Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nicaragua* kararında işaret ettiği gibi 'Ülkesel egemenliğe saygı ilkesi ayrıca başka bir devlete ait olan veya onun kontrolünde bulunan hava aracının devletin ülkesi üzerinde izin verilmeyen uçuşuyla da doğrudan ihlal edilir'.<sup>329</sup> *Benin/Niger* davasında Divan 'bir sınırın sadece yerin yüzeyinde değil fakat aynı zamanda yerin altında ve üstündeki hava sütununda da devlet egemenliği alanları arasındaki bir ayırım hattını temsil ettiğini' ifade etmiştir.<sup>330</sup>

Bir devletin hava sahasından zararsız geçiş hakkı mevcut değildir.<sup>331</sup> Hava aracı ancak bu devletlerin anlaşmasıyla onların hava sahasından geçebilir ve bu gerçekleşmediği takdirde, fiili saldırı olmasa bile (çok istisnai durumlar hariç), müdahalenin meşru olacağı hukuk dışı giriş söz konusu olacaktır.<sup>332</sup> Bununla beraber, alttaki devletin tam egemenliği ilkesi,

<sup>325</sup> Bkz., örnek olarak C. Q. Christol, *The Modern International Law of Outer Space*, New York, 1982, ve Christol, *Space Law*, Deventer, 1991; *Space Law* (ed. P. S. Dempsey), Oxford, 2004; F. Lyall ve P. B. Larsen, *Space Law*, Aldershot, 2009; D.-E. Rociu, *Space Law Treaties and Principles*, 2013; J. E. S. Fawcett, *Outer Space*, Oxford, 1984; S. Gorove, 'International Space Law in Perspective', 181 HR, 1983, s. 349, ve Gorove, *Developments in Space Law*, Dordrecht, 1991; M. Marcoff, *Traité de Droit International Public de l'Espace*, Fribourg, 1973, ve Marcoff, 'Sources du Droit International de l'Espace', 168 HR, s. 9; N. Matte, *Aerospace Law*, Montreal, 1969; *Le Droit de l'Espace* (ed. J. Dutheil de la Rochère), Paris, 1988; P. M. Martin, *Droit International des Activités Spatiales*, Masson, 1992; B. Cheng, 'The 1967 Space Treaty', *Journal de Droit International*, 1968, s. 532, Cheng, 'The Moon Treaty', 33 *Current Legal Problems*, 1980, s. 213, Cheng, 'The Legal Status of Outer Space', *Journal of Space Law*, 1983, s. 89, Cheng, 'The UN and the Development of International Law Relating to Outer Space', 16 *Thesaurus Acroasium*, Thessaloniki, 1990, s. 49, ve Cheng, *Studies in International Space Law*, Oxford, 1997. Bkz., ayrıca; D.S. Sachdeva, *Outer Space: Law, Policy and Governance*, 2013; T. L. Masson-Zwaan ve S. Hobe, *The Law of Outer Space*, *The Hague, 2010*; *Oppenheim's International Law*, Bölüm 7; Nguyen Quoc Dinh ve diğerleri., *Droit International Public*, s. 1254; R. G. Steinhardt, 'Outer Space', içinde *United Nations Legal Order* (ed. O. Schachter ve C. C. Joyner), Cambridge, 1995, cilt II, s. 753; *Manual on Space Law* (ed. N. Jasentulajana ve R. Lee), New York, 4 cilt, 1979; *Space Law – Basic Documents* (ed. K. H. Böckstiegel ve M. Berkö), Dordrecht, 1991; *Outlook on Space Law* (ed. S. G. Lafferandier ve D. Crowther), The Hague, 1997; G. H. Reynolds ve R. P. Merges, *Outer Space*, 2. Baskı, Boulder, CO, 1997.

<sup>326</sup> Bkz., örnek olarak *Oppenheim's International Law*, ss. 650–1, ve N. Matte, *Treatise on Air–Aeronautical Law*, Montreal, 1981, Bölüm 4 ve 5.

<sup>327</sup> Matte, *Treatise*, ss. 91–6.

<sup>328</sup> Madde 1. Her taraf devlet, diğer taraf devletlerin uçaklarına barış döneminde, uçaklar Sözleşme uyarınca veya Sözleşme'nin verdiği yetkiye dayanarak yapılan kurallara uydukları müddetçe, zararsız geçiş hakkı tanımayı yükümlenmiştir. 5. ve 10. maddeler arasındaki hükümlere göre uçağın vatandaşlığı kayıt esasına dayanacaktır ve uçağın sahiplerinin vatandaşlığında buldukları devlette kayıt gerçekleşecektir. Ayrıca Uluslararası Hava Ulaşımı Komisyonu kurulmuştur. Bkz., ayrıca 1928 tarihli Ticari Havacılığa Dair Amerikan Sözleşmesi.

<sup>329</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 14, 128; 76 ILR, s. 1.

<sup>330</sup> ICJ Reports, 2005, s. 142.

<sup>331</sup> Bkz., örnek olarak *Oppenheim's International Law*, s. 652. Bununla birlikte, Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 38. ve 39. maddelerinin bir açık deniz ya da münhasır ekonomik bölge ile başka bir açık deniz ya da münhasır bölge arasında uluslararası ulaşım amacıyla kullanılan boğazlardan uçak ve gemiler için transit geçiş hakkı tanıdığına dikkat ediniz. Ayrıca, Sözleşme'nin 53. maddesi uyarınca uçaklar, takımda suları üzerinde belirlenmiş hava rotalarından uçuşa hakkına da sahiptir.

<sup>332</sup> Ayrıca açık denizlerin üzerindeki hava sahasına ilişkin olarak egemenliğin kullanılması için bkz., *Pan Am Airways v. The Queen* (1981) 2 SCR 565; 90 ILR, s. 213.

yalnızca tanınmış şartlar dahilinde ve kabul edilmiş düzenlemeler uyarınca havayollarının taraf devletlerin ülkesinden geçmesine ve oraya inmesine müsaade eden muhtelif çok taraflı ve iki taraflı sözleşme tarafından değil, ayrıca dış uzay hukukunun gelişmesiyle de sınırlandırılmıştır.

1957 yılında SSCB'nin ilk dünya uydusunu göndermesinden itibaren, uzayın keşfi artan oranda gelişmiştir.<sup>333</sup> Aya inişler gerçekleştirilmiş ve bilgi arama uzay roketleri Venüs ve Satürn gibi gezegenleri inceleme amacıyla gönderilmişken, günümüzde uydular iletişimi ve gözleme şebekelerini kontrol etmektedir. Yeryüzü kaynakları, ionosferik aktivite, solar radyasyonu, kozmik ışınlar ve uzayın genel yapısı ile gezegen oluşumları gibi çok farklı alanlar hakkında toplanan araştırma materyalleri uzayın ve kozmosun doğasını anlama çabalarını daha da arttırmıştır.<sup>334</sup> Mevcut bilgideki yoğun artış, uluslararası toplumun bir bütün olarak ilgisini dikkate almış olduğu gibi, dahil olan çeşitli devletlerin menfaatlerini düzenleyen genel kabul görmüş ilkeler de formüle ederek dış uzay hukukunun gelişimini sağlamıştır.

### Dış Uzay Tanımlanması ve Sınırlarının Belirlenmesi

Sınırlandırılmamış ölçüde hava sahası üzerinde devletlere egemenlik öngören *usque ad coelum* kuralının uzayın keşfi bakımından elverişli olmadığı kısa zamanda anlaşılmıştır. Yüzeyleri üzerinden 100 milden fazla uzaklıkta yörüngede bulunan uydu ve diğer uzay araçlarının geçişi için her ülkenin bireysel rızasını almanın nihayetinde çok meşakkatli olduğu ortaya çıkmış ve uygulamada devletler bu tür bir geçişe rıza göstermiştir. Bu, devletlerin hava sahasındaki egemenliğinin en çok hava sahasının uzay ile birleştiği nokta yüksekliğinde sınırlandırılmış olduğu anlamına gelmektedir. Bu sınır çizgisinin nerden geçtiğini tam olarak söylemek zordur ve teknolojik ve başka faktörlere bağlı olacaktır, ancak 50 ve 100 mil rakamları ileri sürülmüştür.<sup>335</sup>

Konvansiyonel hava araçları daha yükseğe erişmeye çalıştıkça, devletler gerçek belirsizlikler gibi egemenliklerinin bu yüksekliklere uzandığını görmeyi arzu edeceklerdir. Gelecekte değerli egemenlik hakları olduğu ortaya çıkabilecek bu hakları terk etme korkusu, uzayın bu belirli cephesinin sınırlarının belirlenmesi hakkında anlaşmaya varılmasını engellemiştir.<sup>336</sup>

### Dış Uzay Rejimi

Devletler havanın uzaydan ayrılma noktasının ötesinde uluslararası hukukun *res communis* ilkelerini uygulama hususunda anlaşmışlardır. Böylece dış uzayın hiçbir kısmı devletlerin bireysel egemenliğine verilemeyecektir. Bu husus 1950'lerin sonlarındaki uydu döneminin ortaya çıkışı sonrasındaki Genel Kurul kararlarında açık hale getirilmiştir. Örneğin 1963 yılında kabul edilen ve Dış Uzayın Keşfi ve Kullanımında Devletlerin Faaliyetlerini Düzenleyen Hukuki İlkeler Bildirgesi başlığını taşıyan 1962 (XVII) sayılı BM Genel Kurulu kararı, dış uzay ve gök cisimlerinin eşitlik ilkesi ve uluslararası hukuk uyarınca bütün devletlerin keşif ve kullanımına açık olduğu ve dış uzay ve gök cisimlerinin hiçbir şekilde devletlerin ulusal iktisabına konu edilemeyeceği hükümlerini içeren

<sup>333</sup> 1958 yılında kurulan ve halihazırda 61 devletten oluşan Dış Uzayın Barışçıl Kullanımına Dair BM Komitesi'nin oynadığı rolü not ediniz. Bu komitenin, bir Hukuk Alt Komitesi ile Bilimsel ve Teknik Alt Komitesi mevcut bulunmaktadır. Özellikle bkz., Christol, *Modern International Law*, ss. 13–20, ve <http://www.unoosa.org/oosa/en/copuos/index.html>

<sup>334</sup> Bkz., örnek olarak Fawcett, *Outer Space*, Bölüm 7.

<sup>335</sup> Örneğin Birleşik Krallık 'pratik gerekçelerle (hava sahası ile dış uzay arasındaki) sınırın, bir uçağın uçabileceği en yüksek mesafe olarak öngörülebileceğini' belirtmiştir. 70 BYIL, 1999, s. 520.

<sup>336</sup> Bkz., genel olarak Christol, *Modern International Law*, Bölüm 10, ve ayrıca örnek olarak bkz., UKMIL, 64 BYIL, 1993, s. 689. Sınırın belirlenmesine dair birçok öneri geliştirilmiştir. Bunlar atmosferin özelliklerinden uyduların mümkün olan en düşük yörüngesine değin bir yelpazeyi içermektedir. Bunların ya mekânsal ya da işlevsel türde olduğu görülmektedir. Bkz., *a.g.e.*, ve UN Doc. A/AC.105/C.2/7/Add.1, 21 January 1977. Bazı devletler 110 km sınırı savunmuşlardır. Bkz., örnek olarak SSCB, 21(4) *UN Chronicle*, 1984, s. 37; bazı devletler kesin bir sınır belirlemenin erken olduğu görüşündedir. Örnek olarak ABD ve Birleşik Krallık, *a.g.e.* Bkz., ayrıca 216 HL Deb., col. 975, 1958–9, ve D. Goedhuis, 'The Problems of the Frontiers of Outer Space and Airspace', 174 HR, 1982, s. 367.

uygulanabilir hukuki ilkeleri ortaya koymuştur.<sup>337</sup> İlaveten, 1996 yılında 51/126 sayılı kararlarla kabul edilen Dış Uzayın Keşfi ve Kullanımında Uluslararası İşbirliği Bildirgesi daha ileri bir uluslararası işbirliği çağrısında bulunmuştur. Bu işbirliği, gelişmekte olan ülkeler ile daha gelişmiş uzay kapasitesine sahip bulunan devletlerle bu tür bir işbirliğinin gerçekleştirilmesinden doğan başlangıç düzeyindeki uzay programlarına sahip ülkelerin fayda ve çıkarlarına özel önem verecektir.<sup>338</sup> Bu kararlar, birçok durumda ve halde, teamül hukukunun öğeleri olan devlet uygulamasının ifade edilmesini ve *opinio juris*'i teşkil etmiştir.<sup>339</sup>

Dış uzayın hukuki rejimi 1967 yılında Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil Dış Uzayın Keşfi ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetlerini Düzenleyen İlkeler Hakkındaki Antlaşma tarafından net hale getirilmiştir. Bu antlaşma, ay ve diğer gök cisimleri dahil dış uzayın hiçbir biçimde ulusal iktisap konusu yapılamayacağını teyid etmekte ve dış uzayın keşif ve kullanımının tüm devletlerin yararına olacak biçimde gerçekleştirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Antlaşma hava sahası ile dış uzay arasında kesin bir sınır tesis etmemekte ancak uluslararası hukukta dış uzay hakkında bir çerçeve sağlamaktadır.<sup>340</sup> Madde 4 Antlaşmaya taraf devletlerin

*“Dünyanın çevresindeki yörüngeye nükleer silah ya da başka çeşit kitle imha silahı taşıyan hiçbir nesneyi yerleştirmeyecekleri, bu tür silahları gök cisimlerine monte etmeyecekleri ve bu silahları başka hiçbir şekilde dış uzaya konuşlandırmayacakları”*

hususunda anlaştıklarını belirtmektedir.

Bununla birlikte, bu hükmün anlamı hususunda anlaşmazlıklar mevcuttur.<sup>341</sup> Bu madde dış uzayda, gök cisimlerinde ve dünya yörüngesinde sadece nükleer silahları ve kitle imha silahlarını yasaklamaktadır. Fakat madde 1 dış uzayın keşfi ve kullanımının ‘bütün devletlerin yarar ve menfaatlerine uygun olarak gerçekleşeceğini’ vurgulamaktadır ve bunun uzaydaki her türlü askeri faaliyetin Antlaşmaya aykırı olduğu anlamına geldiği şeklinde yorumlanabileceği ileri sürülmüştür.<sup>342</sup>

Madde 4 uyarınca, bilimsel ve diğer barışçıl amaçlarla askeri personelin kullanılabilir olmasına rağmen, sadece ay ve diğer gök cisimleri münhasıran barışçıl amaçlarla kullanılabilir olacaktır. Bu hükümlerin nasıl anlaşılacağı hususunda minimalist ve maksimalist yorumlamalar mevcut bulunmaktadır. Minimalist yorum, örneğin, sadece saldırgan askeri faaliyetin yasaklandığını savunurken, maksimalist yorum her türlü askeri tutumu yasaklamaktadır.<sup>343</sup> Madde 6, bu faaliyetlerin devlet kurumları ya da devlet dışı birimler tarafından gerçekleştirildiğine bakılmaksızın, ay ve diğer gök cisimleri dahil, dış uzaydaki ulusal faaliyetler dolayısıyla uluslararası sorumluluk ve ulusal faaliyetlerin Antlaşma ile uyumlu bir biçimde gerçekleştirilmesinin sağlanmasını öngörmektedir. Ay ve diğer gök cisimleri dahil dış uzaydaki

<sup>337</sup> Bkz., ayrıca 1721 (XVI) ve 1884 (XVIII) sayılı Genel Kurul kararları.

<sup>338</sup> Bkz., ayrıca Dış Uzayın Barışçıl Kullanımı ve Keşfine İlişkin Üçüncü Birleşmiş Milletler Konferansı (UNISPACE III) tarafından kabul edilmiş bulunan ‘Uzay Binyılı: Uzay ve İnsan Gelişmesine Dair Viyana Deklarasyonu’ Vienna, 1999

<sup>339</sup> Bkz., yukarıda 3. Bölüm, ve B. Cheng, ‘United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?’, 5 IJIL, 1965, s. 23.

<sup>340</sup> Bkz., örnek olarak Christol, *Modern International Law*, Bölüm 2. Bkz., ayrıca *Oppenheim’s International Law*, s. 828.

<sup>341</sup> Konu, özellikle ABD Stratejik Savunma İnsiyatifi (‘Yıldız Savaşları’) çerçevesinde tartışılabilir hale gelmiştir. Yıldız Savaşları, uzayda konuşlanacak uydu savar ve füze savar silahlar geliştirilmesini amaçlamaktaydı. Bu konunun görüşülmesine karşı çıkan ABD’nin katılmamış olmasına rağmen, BM Dış Uzayın Barışçıl Kullanımı Komitesi bu konuyu ele almıştır. Bkz., örnek olarak 21(6) *UN Chronicle*, 1984, s. 18.

<sup>342</sup> Bkz., örnek olarak Marcoff, *Traité*, ss. 361 vd.

<sup>343</sup> Bkz., örnek olarak Christol, *Modern International Law*, ss. 25–6. Bkz., ayrıca Goedhuis, ‘Legal Issues Involved in the Potential Military Uses of Space Stations’ *Liber Amicorum for Rt Hon. Richard Wilberforce* (ed. M. Bos ve I. Brownlie), Oxford, 1987, s. 23, ve Gorove, *Developments*, kısım VI.

devlet dışı birimlerin faaliyetleri izin almayı ve Antlaşmaya taraf olan uygun devletin devamlı denetimini gerektirmektedir. Ay ve diğer gök cisimleri dahil dış uzaydaki faaliyetler uluslararası bir örgüt tarafından gerçekleştirilirse, Antlaşmaya uygun hareket etme sorumluluğu hem uluslararası örgüte hem de bu örgütte yer alan Antlaşmaya taraf olan devletlere düşmektedir.<sup>344</sup>

Madde 8 uyarınca devletler uzaya gönderdikleri personel ve araçlar üzerinde yetki ve kontrolü muhafaza ederler ve madde 7 uyarınca kendilerinin uzay nesnelere tarafından Antlaşmanın başka taraflarına verilen her türlü zarardan sorumlu olmaya devam ederler.<sup>345</sup> Uzay hukukunun bu yönü 1972 tarihinde imzalanan Uzay Nesnelere Verilen Zarar Hakkında Uluslararası Mesuliyet Sözleşmesi tarafından daha da geliştirilmiştir. Sözleşmenin 12. maddesi uzay nesnelere tarafından verilen her türlü zarar için uluslararası hukuk ve adalet ve hakkaniyet ilkeleri uyarınca tazminat ödeneceğini öngörmektedir. Madde 2 yeryüzünde ya da uçmakta olan bir hava aracına uzay nesnesince verilen zarar dolayısıyla kusursuz sorumluluk öngörürken, madde 3 başka yerlerde ya da uzay nesnesinin güvertesindeki kişi ya da mülke verilen zarar için kusurlu sorumluluk öngörmektedir.<sup>346</sup> Sovyet Cosmos 954'ün verdiği iddia olunan zararı takiben Kanada tarafından 1979 yılında Sözleşme'ye başvurulmuştur.<sup>347</sup> 2007 yılında BM Genel Kurulu, uzay enkazını sınırlama amacıyla uzay aracı misyonu, planlaması, dizaynı, üretmesi ve işletmesi fazları ve aracı yörüngeye gönderme aşamaları için kılavuz ilkeler olarak Uzay Enkazı Azaltılması Kılavuz İlkeleri'ni yayınlamıştır.<sup>348</sup>

Devlet sorumluluğunun bu gelişen sistemini desteklemek için, 1976 yılında yürürlüğe giren Dış Uzaya Gönderilen Nesnelere Kaydedilmesi Sözleşmesi, 1975 yılında imzaya açılmıştır. Bu sözleşme amaçları, lokasyonu ve parametreleri gibi uzay nesnelere ilişkin bilgilerin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne kaydı için bir dizi şartlar öngörmektedir.<sup>349</sup> 1993 yılında, BM Genel Kurulu, Nükleer Güç Kaynaklarının Dış Uzayda Kullanılmasına İlişkin İlkeleri kabul etmiştir.<sup>350</sup> Bu İlkeler uyarınca, göndermeden önce, gönderen devlet ayrıntılı ve kapsamlı güvenlik değerlendirmelerinin yapılmasını ve kamuoyu ile paylaşılmasını gerçekleştirecektir. Uzay nesnesinin radyoaktif maddelerin yeniden dünyaya girmesi riskini taşıyarak kusurlu çalışması halinde, gönderen devlet ilgili diğer devletleri ve BM Genel Sekreteri'ni bilgilendirecek ve başka devletlerce arzulan ilave bilgi taleplerine ve danışmalara zamanında cevap verecektir. İlke 8, devlet kurumları ya da devlet dışı kurumlar tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği fark etmeksizin, dış uzayda nükleer güç

<sup>344</sup> Bkz., örnek olarak B. Cheng, 'Article VI of the 1967 Treaty Revisited', 1 *Journal of Space Law*, 1998, s. 7.

<sup>345</sup> Bkz., daha fazlası için Cheng, *Studies in Space Law*, Bölüm 17 ve 18.

<sup>346</sup> Örneğin 1990 yılında Asiasat Uydusunun fırlatılması esnasında ortaya çıkan zararlardan dolayı sorumluluğa ilişkin olarak 1967 ve 1972 tarihli Sözleşmeler uyarınca Birleşik Krallık ile Çin hükümetleri arasındaki nota teatilerine bkz., UKMIL, 64 BYIL, 1993, s. 689.

<sup>347</sup> 6,401,174.70 \$ talep edilmişti. Bkz., 18 ILM, 1979, ss. 899 vd. Bkz., ayrıca Christol, *Modern International Law*, ss. 59 vd., ve Christol, 'International Liability for Damage Caused by Space Objects', 74 AJIL, 1980, s. 346. B. Cheng çevresel zararı da dahil etmek suretiyle zarar kavramına ilişkin zorluklara dikkat çekmiştir. Bkz., International Law Association, Report of the Sixty-ninth Conference, London, 2000, s. 581. 1967 tarihli Antlaşma'nın 3. maddesi uyarınca antlaşmaya taraf bütün devletler, devlet sorumluluğuna ilişkin kuralları da açıkça içeren, 'uluslararası hukuka uygun olarak' faaliyet gerçekleştirmeyi kabul etmiştir. Bkz., ayrıca Gorove, *Developments*, Bölüm V, ve B. Hurwitz, *State Liability for Outer Space Activities in Accordance with the 1972 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects*, Dordrecht, 1992.

<sup>348</sup> 62/217 sayılı Genel Kurul kararı. Rehber İlkeler Dış Uzayın Barışçıl Kullanımına Dair BM Komitesi tarafından kabul edilmişti. A/62/20, A/AC.105/890, para. 99 ve A/AC.105/848, ek II.

<sup>349</sup> Uluslararası Hukuk Derneği 1994 yılında 'Uzay Atıklarından Kaynaklanan Zarardan Çevrenin Korunmasına Dair Buenos Aires Uluslararası Belgesi'ni kabul etmiştir. Buna göre, bu Belge'ye taraf olan ve uzay nesnelere fırlatan ya da fırlatılmasını sağlayan her devlet ve uluslararası örgüt, bu nesnelere tarafından üretilen uzay atıkları sebebiyle başka devletlere, kişilere, nesnelere, ve bu Belge'ye taraf olan uluslararası örgütlere verilen zarardan uluslararası olarak sorumludur. Bkz., Report of the Sixty-sixth Conference at Buenos Aires, London, 1994, s. 7.

<sup>350</sup> 47/68 sayılı karar.



kaynaklarının kullanılmasını içeren ulusal faaliyetler dolayısıyla devletlerin uluslararası sorumluluğa sahip olmalarını öngörmektedir. İlke 9, bir uzay nesnesi gönderen ya da tedarik eden her devletin ve ülkesinden ya da tesisinden uzay nesnesi gönderilen her devletin bu uzay nesnesi ya da onun parçaları tarafından yol açılan zarar için uluslararası olarak sorumlu olacağını belirtmektedir.

Astronotların Kurtarılması, Astronotların Dönüşü ve Uzaya Gönderilen Nesnelere Dönüşü Antlaşması 1968 yılında imzalanmıştır ve astronotlara acil yardım sağlanmasını öngörmektedir. Tehlike durumunda bulunan uzay personeline acil yardım sağlanmasına ilişkin olarak gönderen otoritenin hemen bilgilendirilmesini ya da, bu ivedilikle mümkün değilse, kamu oyu duyurusu yayınlanmasını öngörmektedir. Antlaşma, uygun dönüşün güvence altına alınması ve arama ve kurtarma operasyonlarını da kapsamaktadır. Ayrıca uzay nesnelere tamirini de öngörmektedir.<sup>351</sup>

1979 yılında Devletlerin Ay ve Diğer Gök Cisimlerdeki Faaliyetlerini Düzenleyen Antlaşma kabul edilmiştir.<sup>352</sup> Bu, askeri personelin barışçıl amaçlarla kullanılabilir olmasına karşın, ay ve diğer gök cisimlerinin askersizleştirilmesini öngörmekte ve 1967 tarihli Dış Uzay Antlaşması'nca tesis edilen ilkeyi teyid etmektedir. Madde 4 uyarınca, ayın keşfi ve kullanımı bütün insanlığın yetkisinde olacaktır ve herkesin yararına gerçekleştirilecektir. Madde 11 ay ve onun doğal kaynaklarının tüm insanlığın ortak mirası olduğunu ve hiçbir şekilde ulusal iktisaba konu edilemeyeceğini vurgulamaktadır. Bu önemli madde, taraf devletlerin ayı keşif ve kullanma hakkına sahip olmalarına rağmen, ay veya onun mevcut doğal kaynakları üzerinde şahsi mülkiyet haklarının tesis edilemeyeceğini belirtmektedir. Madde 11(5) ve (7) uyarınca taraf devletler ayrıca, tatbiki uygun olması durumunda, ayın kaynaklarını kullanmayı düzenleyen uluslararası bir rejim kurulması hususunda anlaşmışlardır.<sup>353</sup> Kurulacak uluslararası rejimin temel amaçları şunları içerecektir:

- a. "Ayın doğal kaynaklarının düzenli ve güvenli geliştirilmesi
- b. Bu kaynakların rasyonel yönetimi
- c. Bu kaynakların kullanılmasındaki fırsatların genişletilmesi ve
- d. Bu kaynaklardan elde edilen yararların bütün taraf devletler tarafından hakça paylaşılması. Böylece gelişmekte olan ülkelerin menfaatlerine ve ihtiyaçlarına ve de ayın keşfine doğrudan ya da dolaylı katkıda bulunmuş ülkelerin çabalarına özel önem verilecektir."

<sup>351</sup> Örneğin 1986 tarihli Birleşik Krallık Dış Uzay Kanunu, dış uzay faaliyetlerine ilişkin bir lisanslama sistemi ve üçüncü taraflarca ya da başka yerlerde maruz kalınan zararı tazmin sistemi tesis etmek suretiyle özel sektör uzay girişimlerine ilişkin bir çerçeve öngörmektedir. İlaveten kanun, uzay nesnelere fırlatmaya dair kanuni bir kayıt sistemi de oluşturmaktadır. ABD birçok devletle, uzay mekiklerinin acil iniş yapması durumunda yurtdışında yardıma bulunmayı öngören antlaşmalar imzalamıştır. Bu antlaşmalar acil inişin bir sonucu olarak ortaya çıkabilecek hasar ve kayıpların tazmini hususunda 1972 tarihli Antlaşma uyarınca ABD'nin sorumluluğunu da öngörmektedir. Bkz., Cumulative DUSPIL 1981–8, cilt II, s. 2269. 1988 yılında ABD ile Avrupa Uzay Ajansı üyesi devletler ve Japonya ve Kanada arasında Uzay İstasyonlarına Dair Antlaşma imzalanmıştır. Bu antlaşma, *inter alia*, uçuş unsurlarının 1975 tarihli Tescil Sözleşmesi uyarınca kayıt altına alınmasını öngörmektedir. Ancak devletler bu şekilde kayıtlanan unsurlar üzerindeki ya da bunların ve uzay istasyonlarının içindeki kendi vatandaşları olan personel üzerindeki yetkilerini muhafaza edeceklerdir. Ayrıca bu antlaşmada ilginç bir hüküm (madde 22) yer almaktadır. Buna göre ABD vatandaşı olmayan bir kimsenin, içinde insan bulunan üssün veya buradaki mürettebatın güvenliğini tehlikeye düşüren hukuka aykırı bir fiil, içinde insan bulunan ABD'ye ait olmayan bir üsde veya bunun müstemilatında işlemesi durumunda ABD'ye cezai yetki tanınmaktadır. Bu tür bir kovuşturma durumunda yargılamaya başlamadan önce ABD, suçu işlediği öne sürülen kişinin vatandaşlığına sahip olduğu devlet ile istişarede bulunacak ve, ya yargılayabilmek için ortağı olan bu devletin rızasını alacak ya da bunun gerçekleşmemesi halinde bu devletin yargılama yapacağına dair güvence alacaktır.

<sup>352</sup> Bu, Temmuz 1984'te yürürlüğe girmiştir. Bkz., C. Q. Christol, 'The Moon Treaty Enters into Force', 79 AJIL, 1985, s. 163.

<sup>353</sup> Bkz., örnek olarak Cheng, 'Moon Treaty', ss. 231–2, ve Christol, *Modern International Law*, Bölüm 7 ve 8. Bkz., ayrıca R. Lee, *Law and Regulation of Commercial Mining of Minerals in Outer Space*, Heidelberg, 2012.

Birçok husus dikkate değerdir. İlk olarak, önerilen uluslararası rejim ancak kullanım uygun hale geldiğinde tesis edilecektir. İkinci olarak, madde 11(4) ve 6(2) tarafından öngörüldüğü üzere, 'keşif ve kullanım' olmasa da, bu rejim tesis edilene kadar işletme hakkında bir moratoryum mevcut görünmektedir. Bu örneklerin toplanmasına ve bunların bilimsel amaçlarla aydan alınmasına müsaade etmektedir. Üçüncü olarak, mevcut bulunmayan madenler ve doğal kaynaklar üzerinde şahsi mülkiyet haklarına Antlaşma tarafından izin verildiğine işaret edilmelidir.<sup>354</sup>

İlgi gerektiren özel bir husus da dış uzaydaki faaliyetlerin ticarileştirilmesine ilişkindir ve bu özellikle, önerilmiş bulunan uzay turizmi gibi, devlet dışı özel faaliyetlerin hukuki olarak düzenlenmesi ile alakalıdır.<sup>355</sup>

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

V. Prescott and G. Triggs, *International Frontiers and Boundaries*, Leiden, 2008

B. Cheng, *Studies in International Space Law*, Oxford, 1997

J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2006

R. Y. Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester, 1963

F. Lyall ve P. B. Larsen, *Space Law*, Aldershot, 2009

M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa*, Oxford, 1986

*Territoriality and International Law* (ed. M. Kohen), Cheltenham, 2016

<sup>354</sup> 1982 tarihli Deniz Hukuku Sözleşmesi uyarınca derin deniz yatağı için öngörülen 'ortak miras' rejimi için bkz., aşağıda 10. Bölüm.

<sup>355</sup> Bkz., örnek olarak S. Hobe, 'Legal Aspects of Space Tourism', 86 *Nebraska Law Review*, 2009, s. 439 ve Y. Failat, 'Space Tourism: A Synopsis on its Legal Challenges', 1 *Irish Law Journal*, 2012, s. 120. 2011 yılında Sürekli Tahkim Mahkemesi, Dış Uzay Faaliyetlerine İlişkin Uyuşmazlıklarının Tahkimine Dair Seçimlik Kurallar kabul etmiştir. Bkz., [http://pca-cpa.org/shownews.asp?ac=view&pag\\_id=1261&nws\\_id=323](http://pca-cpa.org/shownews.asp?ac=view&pag_id=1261&nws_id=323).



## BÖLÜM 10

### DENİZ HUKUKU

Denizler tarih boyunca ulaşım aracı olarak ve canlı ve cansız büyük bir kaynak rezervi olarak iki önemli işlevi yerine getirmişlerdir. Bu işlevlerin tümü hukuki kuralların gelişimini teşvik etmiştir.<sup>1</sup> Deniz hukukunu düzenleyen temel prensip 'karanın denize hakim olması'dır; bu sayede karanın ülkesel konumu kıyı devletinin denize dair haklarının tespit edilmesinde başlangıç noktasını oluşturmaktadır.<sup>2</sup>

Denizler bir zamanlar ulusal egemenliklere tabi olarak düşünülmüşlerdir. 17. yüzyılda özellikle Portekizliler, büyük açık deniz bölgelerini kendi ülkesel alanı olarak ilan etmişlerdir. Fakat bu iddialar, denizlerin serbestliği öğretisi çerçevesinde okyanusları uluslararası hukukta tüm milletlerin erişebileceği, sahiplenmenin dışında kalan ve herkese ait olan (*res communis*) alanlar olarak tanımlayan Grotius'un tepkisine neden olmuştur.<sup>3</sup> Grotius'un bu görüşü, keşif ve Doğu ile ticari ilişkiyi büyütme amaçları ile denizlerin serbestliğini talep eden Kuzey Avrupa devletlerinin çıkarları ile uyumlu olması nedeniyle galip gelmiştir.

Açık denizlerin serbestliği hızlı bir biçimde uluslararası hukukun temel prensiplerinden biri haline gelmiş, fakat tüm denizler bu şekilde nitelendirilmemişlerdir. Kıyı devletinin, kıyı şeridinin etrafındaki bir deniz kuşağını karasuları olarak tahsis etmesine ve bu alana kendi ülkesinin görünmez bir parçası olarak muamele etmesine izin verilmiştir. Uluslararası deniz hukuku tarihinin büyük kısmı, karasularının kapsamına (şümulü) veya karasuları ile açık denizler ya da tanınan diğer bölgeler arasındaki ayırıcı çizginin yerine odaklanmıştır. Bu çizginin belirlenmesinde asıl husus, karasularının genişliği ile kıyı devletinin kendi sahili sınırları içerisinde askeri yöntemlerle karasularını koruyabilme kabiliyeti arasında bağlantı kurmuştur. Fakat bir önceki yüzyılın sonu ve şimdiki yüzyıl, devletlerin deniz kuşağını genişletme ve bu sayede okyanusların daha büyük bir kısmının kendi münhasır yetkisine tabi olmaları için süren baskılarına şahit olmuştur.

Karasularının ötesinde diğer yetki alanları gelişim sürecindedir. Kıyı devletleri artık bitişik bölgede belirli yetkisel faaliyetler yürütebilmektedirler ve bugün uluslararası hukukun eğilimi kıyı devletinin diğer milletleri dışarıda bırakarak balıkçılık bölgeleri, kıta sahanlığı

<sup>1</sup> Örneğin bkz., D. R. Rothwell ve T. Stephens, *The International Law of the Sea*, 2. Baskı, Oxford, 2016; Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, 2. Baskı, Cambridge, 2015; *The IMLI Manual on International Maritime Law (genel ed. D. J. Attard, ed. M. Fitzmaurice ve N. A. Martinez Gutierrez)*, Oxford, 3 cilt, 2014-6; *The Oxford Handbook on the Law of the Sea* (ed. D. R. Rothwell, A. G. Oude Elferink, K. N. Scott ve T. Stephens), Oxford, 2015; UN Convention on the Law of the Sea 1982 (ed. M. Nordquist ve diğerleri), The Hague, 6 cilt, 1985-2003; D. Anderson, *Modern Law of the Sea: Selected Essays*, The Hague, 2014; *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes* (ed. T. M. Ndiaye ve R. Wolfrum), The Hague, 2007; *Law of the Sea: Progress and Prospects* (ed. D. Freestone, R. Barnes ve D. Ong), Oxford, 2006; *Oppenheim's International Law* (ed. R. Y. Jennings ve A. D. Watts), 9. Baskı, London, 1992, Bölüm 6; S. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 1273; T. Treves, 'Codification du Droit International et Pratique des ' Etats dans le Droit de la Mer', 223 HR, 1990 IV, s. 9; R. R. Churchill ve A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3. Baskı, Manchester, 1999; R. J. Dupuy ve D. Vignes, *Trait 'e du Nouveau Droit de la Mer*, Brussels, 1985; *Le Nouveau Droit International de la Mer* (ed. D. Bardonnnet ve M. Virally), Paris, 1983; D. S. O'Connell, *The International Law of the Sea*, Oxford, 2 cilt, 1982-4; *New Directions in the Law of the Sea*, Dobbs Ferry, cilt I-VI (ed. R. Churchill, M. Nordquist ve S. H. Lay), 1973-7; a.g.e., VII-XI (ed. M. Nordquist ve K. Simmons), 1980-1; ve S. Oda, *The Law of the Sea in Our Time*, Leiden, 2 cilt, 1977. Ayrıca bkz., *Limits in the Seas*, published by the Geographer of the US State Department, <http://www.state.gov/e/oes/ocns/opa/c16065.htm>.

<sup>2</sup> Örneğin bkz., *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 97; *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 51 ve *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 695-6 ve 699.

<sup>3</sup> *Mare Liberum*, 1609. Ayrıca bkz., O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, ss. 9 vd. Kapalı deniz yaklaşımını ortaya koyan çalışma için örneğin bkz., J. Selden, *Mare Clausum*, 1635.

ve yakın geçmişte münhasır ekonomik bölge gibi belirli haklardan yararlanabileceği daha büyük alanlar lehinde hızla ilerlemektedir. Ancak, bir devletin karasuları, kıta sahanlığı veya münhasır ekonomik bölgelerde yetki sahibi olup olmadığına ilişkin her bir durum uluslararası deniz hukuku tarafından karar verilecek konulardır.<sup>4</sup>

Uluslararası deniz hukukunda, karasularının genişletilmesi yönündeki bu yavaş değişim (altmış yıl öncesine kadar 3 deniz mili olarak kabul edilen sınırın aksine şu an kabul edilen azami sınır 12 deniz milidir), açık denizler olarak kabul gören bölgeler üzerinde devam eden yetki iddiaları ile birlikte değerlendirildiğinde, devletlerin denizlere yönelik tutumlarındaki önemli konuların değişimini yansıtmaktadır.

Hakim olan açık denizlerin serbestliği anlayışı, denizlerde ve karasularının ötesinde deniz yatağında var olan kaynakların fark edilmesi ile değişmiştir. Açık denizler üzerinde artan iddialarda bulunma yönelimi ile paralel olarak, bununla birlikte açık deniz tabanlarının “insanlığın ortak mirası” olduğu bir yönetim anlayışına yönelik beyanlar ortaya çıkmıştır. Bu nedenle denizler ile alakalı hukuk, on yıllar boyunca sürekli değişim halinde olmuş, bu durum çatışan ilkeler olarak kendisini göstermiştir.

Dört adet 1958 Uluslararası Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin ve daha sonra 1982 Uluslararası Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin oluşumuna yol açan bir dizi konferanslar düzenlenmiştir.<sup>5</sup> Açık Denizlere İlişkin 1958 Sözleşmesi başlangıç bölümünde ‘genel olarak uluslararası hukukun yerleşik ilkelerini beyan edici’ olarak nitelendirilirken, diğer üç 1958 belgesi genel olarak mevcut kuralları tekrarlayan ve yeni kurallar içeren belgeler olarak kabul edilmektedir.

Geniş yelpazede birçok devletin ve birçok uluslararası kuruluşun katıldığı Uluslararası Deniz Hukuku Konferansı'nın toplanmasına yol açan 1974-1982 yılları arasında devam eden baskılar, çeşitli ekonomik, siyasi ve stratejik etkenler içermekteydi. Üçüncü Dünya devletlerinden birçoğu, kıyı devletinin karasularının ötesinde, 200 millik bölge üzerinde geniş haklara sahip olabileceği münhasır ekonomik bölge fikrini geliştirmeyi arzu etmişler ve teknolojik olarak gelişmiş devletlerin zengin ve hayati mineral kaynakları, derin deniz yatağından herhangi bir siyasi kısıtlamaya tabi olmadan çıkartmalarını engelleyebilmek için, deniz yatağı üzerinde uluslararası bir kontrolün kurulması için istekli davranmışlardır. Batılı devletler ise seyrüsefer rotalarını korumak için istekli davranmışlar, özellikle uluslararası boğazlardan geçiş serbestisini zayıflatan herşeye karşı çıkmışlardır. Bu devletler, açık denizlerdeki ve derin deniz yatağındaki kaynakları bedava işleterek ekonomik çıkarlarını korumayı arzu etmişlerdir. Diğer devletler ve devlet grupları belirli çıkarlarının korunmasını istemişlerdir.<sup>6</sup> Bu duruma, denize kıyısı bulunmayan ve coğrafi olarak dezavantajlı durumda olan devletler, takımada devletleri ve kıyı devletleri örnek olarak gösterilebilir. Bu değişken çıkarlar yelpazesi fazlasıyla görünür hale gelmiş ve bu durum nihai taslakta “paket teklif” fikrine yol açmıştır. Örneğin, bu yaklaşım uyarınca Üçüncü Dünya derin deniz yatağının kazılmasının uluslararası hale getirilmesini, boğazlardan geçiş ve kıyıda 200 mil sınırının ötesinde genişletilmiş kıta sahanlığı hakları karşılığında kabul etmiştir.<sup>7</sup>

1982 Sözleşmesi 320 madde ve 9 Ek'ten oluşmaktadır ve 130 kabul oyuna karşı 4 ret ve 17 çekimser oy ile kabul edilmiştir. Sözleşme, gerekli 60 onayın ardından 12 ay sonra, 16 Kasım 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Uluslararası Deniz Yatağı Alanı (Sözleşme'nin XI. Kısımı)

<sup>4</sup> *El Salvador/Honduras (Nicaragua Intervening)*, ICJ Reports, 1990, ss. 92, 126; 97 ILR, s. 214.

<sup>5</sup> 1958 Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi 1964 yılında; 1958 Açık Deniz Sözleşmesi 1962 yılında; 1958 Balıkçılık ve Açık Denizlerdeki Canlı Kaynakların Korunması Sözleşmesi 1962 yılında ve 1958 Kıta Sahanlığı Sözleşmesi 1964 yılında yürürlüğe girmiştir.

<sup>6</sup> Bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 15 vd.

<sup>7</sup> Örneğin bkz., H. Caminos ve M. R. Molitor, ‘Progressive Development of International Law and the Package Deal’, 79 AJIL, 1985, s. 871.

ile ilgili Batı kaynaklı kaygıları karşılamak amacıyla, 1982 Sözleşmesi'nin XI. Kısımının Uygulanışına ilişkin bir antlaşma 29 Temmuz 1994 tarihinde kabul edilmiştir.<sup>8</sup>

1982 Sözleşmesi'nin birçok hükmü, önceki belgelerde kabul görmüş ve diğer teamül kuralı haline gelmiş ilkeleri tekrarlar, birçok yeni kural da getirmiştir. Bu nedenle, çeşitli devletler arasında bu alanda teamül kuralları ve antlaşma kuralları temelinde karmaşık ilişkiler bulunmaktadır.<sup>9</sup> Tüm devletler ilk bakışta (*prima facie*) kabul edilmiş teamül kuralları ile bağlı olarak, sadece beş anlaşmaya taraf devletler bu antlaşmalarda yer alan yeni kurallarla bağlı olacaklardır. Bazı devletlerin 1982 Sözleşmelerine riayet etmeme ihtimalinin göz önüne alınması sebebiyle ise, 1958 Kuralları önem arz etmeye devam edecektir.<sup>10</sup> Sözleşme hükümlerinin devlet uygulaması ile hukuk oluşturulması süreci üzerindeki etkisi, Sözleşme'nin imzalanması ve yürürlüğe girmesi arasındaki 12 yıllık dönemde açıkça ortaya çıkmaktadır.<sup>11</sup>

## KARASULARI

### İç Sular<sup>12</sup>

İç sular, açık denizler ya da karasularının veya bitişik ya da münhasır ekonomik bölgelerin bir parçasını oluşturmayan deniz alanları olarak kabul edilmektedirler. Dolayısıyla, kıyı devletinin kara ülkesi ile ilişkili olarak sınıflandırılmışlardır. İç sular, ister liman, göl veya nehir olsunlar, ülkesel ya da diğer bölgelerin genişliğinden itibaren ölçülen esas çizgilerin karaya dönük tarafında bulunurlar<sup>13</sup>, ve devletin ülkesel egemenliği ile özdeşleştirilirler.<sup>14</sup> İç suların karasularından farkı, bu sulara diğer devletlerin gemilerinin faydalanabilecekleri zararsız geçiş hakkının var olmamasıdır.<sup>15</sup>

Genel olarak, bayrak devletinin yargı makamlarının (örneğin bayrağı belirli bir gemi tarafından taşınan devlet) gemide meydana gelebilecek suçlarla ilgili harekete geçebilmesine rağmen, kıyı devleti kendi iç suları içerisinde kurallarını uygulayabilmek için yargı yetkisini yabancı gemiler üzerinde kullanabilir. Bu yarışan yargı yetkisi iki davada görülmektedir.

1868 yılında *R v. Anderson* davasında,<sup>16</sup> Birleşik Krallık Ceza İstinaf Mahkemesi, Fransa iç sularında bir İngiliz gemisinde kazara adam öldüren bir Amerikan vatandaşının, kendisi aynı zamanda Fransız yargı egemenliği içerisinde olmasına, (ve milliyeti sebebiyle Amerikan adaletine tabi olmasına) rağmen, İngiltere mahkemelerinin yargı yetkisine tabi olduğunu ve bu nedenle İngiliz hukukuna uygun biçimde hüküm giyebileceğini açıklamıştır. ABD

<sup>8</sup> Daha fazla bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>9</sup> Bkz., *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 39; 41 ILR, ss. 29, 68; the *Fisheries Jurisdiction (UK v. Iceland)* davası, ICJ Reports, 1974, s. 1; 55 ILR, s. 238 ve the *Anglo-French Continental Shelf* davası, Cmnd 7438, 1978; 54 ILR, s. 6. Ayrıca bakınız, 3. Bölüm.

<sup>10</sup> 1982 Sözleşmesi'nin 311(1) maddesi uyarınca taraf devletler arasında, 1958 Sözleşmelerinin gibi, bu Sözleşmenin hükümlerinin de geçerli olacağı belirtilmelidir.

<sup>11</sup> Örneğin bkz., J. R. Stevenson ve B. H. Oxman, 'The Future of the UN Convention on the Law of the Sea', 88 AJIL, 1994, s. 488. Ayrıca bkz., *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty* (ed. J. Barrett ve R. Barnes), London, 2016.

<sup>12</sup> Örneğin bkz., Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 2; Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 3 (1); Brown, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 5; O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 9; V. D. Degan, 'Internal Waters', Netherlands YIL, 1986, s. 1 ve Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 3.

<sup>13</sup> 1958 Karasuları Sözleşmesi'nin 5(1). maddesi ve 1982 Sözleşmesi'nin 8(1). maddesi. İkinci maddede takımda devletleri ile aşağıdaki istisna not edilmelidir. Ayrıca bkz., *Regina v. Farnquist* (1981) 54 CCC (2d) 417; 94 ILR, s. 238.

<sup>14</sup> 1982 Sözleşmesi'nin 2(1). maddesi ve *Nicaragua v. US*, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 111.

<sup>15</sup> 1958 Karasuları Sözleşmesi'nin 5(2). maddesi ve 1982 Sözleşmesi'nin 8(2). maddesi.

<sup>16</sup> 1 Cox's Criminal Cases 198. 17 120 US 1 (1887). Ayrıca bkz., *Armament Dieppe SA v. US* 399 F.2d 794 (1968).

Yüksek Mahkemesi *Wildenhuis*' davasında<sup>17</sup>, New York'ta Jersey şehri limanındaki bir Belçika gemisinde bulunan mürettebatın gemideki diğer bir Belçika vatandaşını öldürmesi vakasında, bu mürettebatı yargılama yetkisinin ABD mahkemelerinde olduğuna karar vermiştir.<sup>18</sup>

Yabancı bir limanda ya da yabancı iç sularda bulunan bir ticaret gemisi (aksini belirten açık bir antlaşma olmadığı sürece), otomatik olarak yerel yargıya tabidir. Kıyı devletinin ülkesi içerisinde, huzurun ihlalini ilgilendirmeyen yalnızca gemi mürettebatının dahil olduğu disiplin konularının söz konusu olması durumunda, bu tarz konular izin alınmak suretiyle, düzenlenmek üzere bayrak devletinin yetkililerine bırakılabilir.<sup>19</sup> Bazı yazarlar teamül hukuku ile Fransız yaklaşımları arasındaki farklara işaret etmişlerse de, pratikte aynı temel önermeler uygulanmaktadır.<sup>20</sup>

Buna rağmen, savaş gemisi olan yabancı bir geminin dahli durumunda tamamıyla farklı bir durum işletilmektedir. Bu tip durumlarda, kıyı devleti gemi ve mürettebat üzerinde yargı yetkisini kullanmadan önce, bayrak devletinin veya kaptanın yetkilendirmesi gereklidir. Bu durum, savaş gemisinin bayrak devletinin doğrudan egemen bir kuvveti olmasından kaynaklanmaktadır.<sup>21</sup>

### Esas Çizgiler<sup>22</sup>

Karasularının genişliği, devletin etrafındaki kıyıların alçak deniz seviye çizgisinden itibaren belirlenir. Bu, uluslararası teamül hukukun geleneksel bir ilkesidir ve 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 3. maddesi ile 1982 Sözleşmesi'nin 5. maddesinde tekrarlanmaktadır. Kıyı boyunca devam eden alçak deniz seviye çizgisi 'kıyı devleti tarafından resmi olarak tanınan büyük ölçekli haritalarda işaretlenerek' belirlenmektedir.<sup>23</sup>

Birçok durumda, karasularının genişliğinin ölçülmesinde esas çizgi olarak kullanılan alçak deniz seviyesi çizgisinin yerinin tespit edilmesi zor olmayacaktır.<sup>24</sup> 1958 Karasuları Sözleşmesi ve 1982 Uluslararası Deniz Hukuku Sözleşmesi uyarınca, gel-git ile ortaya çıkan kara

<sup>17</sup> 120 US 1 (1887). Ayrıca bkz., *Armament Dieppe SA v. US* 399 F.2d 794 (1968).

<sup>18</sup> Bkz., ABD'li yetkililerin New Orleans'taki bir Sovyet gemisindeki potansiyel bir ajan ile görüşme hakkına sahip olduklarını öne sürdükleri Madrid vakası., 80 AJIL, 1986, s. 622.

<sup>19</sup> 120 US 1 ve 20. Ayrıca örneğin bkz., *NNB v. Ocean Trade Company* 87 ILR, s. 96. Lahey Temyiz Mahkemesi yabancı bir geminin kıyı devletinin sınırları içerisinde bulunduğu hallerde ve sadece gemi iç düzenini değil ilgili kıyı devletin hukuk düzenini etkileyen bir anlaşmazlığın ortaya çıktığı durumlarda kıyı devletinin bu gemi üzerinde yargı yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Anlaşmazlık, Uluslararası Taşımacılık İşçileri Federasyonu'nun tavsiyesi üzerine gemide yapılan grev ile ilgiliydi.

<sup>20</sup> Örneğin bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 65 vd. Ayrıca bkz., J. L. Lenoir, 'Criminal Jurisdiction over Foreign Merchant Ships', 10 *Tulane Law Review*, 1935, s. 13. Limanlara ve diğer iç sulara erişim hakkı ile ilgili olarak bkz., A. V. Lowe, 'The Right of Entry into Maritime Ports in International Law', 14 *San Diego Law Review*, 1977, s. 597, ve O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt II, Bölüm 22. Ayrıca bkz., the *Dangerous Vessels Act* 1985.

<sup>21</sup> Bkz., *The Schooner Exchange v. McFaddon* 7 Cranch 116 (1812). Ayrıca bkz., 930 HC Deb., col. 450, Written Answers, 29 April 1977.

<sup>22</sup> Örneğin bkz., Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 3; Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 2; W. M. Reisman ve G. S. Westerman, *Straight Baselines in International Maritime Boundary Delimitation*, New York, 1992; J. A. Roach ve R. W. Smith, *United States Responses to Excessive Maritime Claims*, 2. Baskı, The Hague, 1996, ve L. Sohn, 'Base-line Considerations' in *International Maritime Boundaries* (ed. J. I. Charney ve L. M. Alexander), Dordrecht, 1993, cilt I, s. 153.

<sup>23</sup> Bkz., *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 97 ve *Eritrea/Yemen (Phase Two: Maritime Delimitation)*, 119 ILR, ss. 417, 458. Ayrıca bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 2; O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 5; *Oppenheim's International Law*, s. 607, ve M. Mendelson, 'The Curious Case of *Qatar v. Bahrain* in the International Court of Justice', 72 BYIL, 2001, s. 183.

<sup>24</sup> Bkz., *Dubai/Sharjah Border Award* 91 ILR, ss. 543, 660-3. Tahkim Mahkemesi, esas çizgi çizmek amacıyla kıyı şeridinin bir parçası olarak iki devletin en kalıcı liman tesislerini dikkate almıştır.

parçasının<sup>25</sup> alçak deniz seviyesi çizgisi, anakaradan veya bir adadan yapılan ölçümle kısmen ya da tamamen karasularının içerisinde yer alıyorsa, karasularının genişliğini ölçmede esas çizgi olarak kullanılabilir. Fakat bütünüyle karasularının ötesinde yer alan gel-git ile ortaya çıkan kara parçasının kendine ait karasuları bulunmamaktadır.<sup>26</sup> Gel-git ile ortaya çıkan kara parçasının iki devletin örtüşen karasuları alanında kalması durumunda, ilkesel olarak iki devlet de, ilgili alçak deniz çizgisini ayrı ayrı kendi karasularının ölçülmesinde kullanabilirler.<sup>27</sup> Buna rağmen, Uluslararası Mahkeme gel-git sonucu ortaya çıkan kara parçasının, karasularının içerisinde bulunması nedeniyle kıyı devletinin egemenliğinin bir parçası olmadıkça, ilgili devletlerin ülkelerinin bir parçası olarak tahsis edilemeyeceği, dolayısıyla adalar ile tam olarak benzeşemeyecekleri görüşünü benimsemiştir.<sup>28</sup> Gel-git sonucu ortaya çıkan kara parçasının üzerinde fener ya da benzer bir yapının inşa edilmesi, düz bir esas çizginin çizilmesi amacına hizmet edebilir.<sup>29</sup>

Buna rağmen, bazen devletlerin kıyılarının coğrafyası belirli problemlere neden olabilir. Kıyı şeridinin derin bir biçimde girintili olması, kıyıya paralel birçok adanın mevcut olması veya kıyı şeridini kesintiye uğratan koyların bulunması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Kıyı devletleri açısından önem arz eden bu konuyla ilgili olarak, özellikle karasuları sınırlarına yakın bir şekilde düzenli balıkçılık faaliyeti yürüten yabancı gemilere ilişkin zaman içerisinde özel kurallar gelişmiştir. Devletin iç sularına daha geniş deniz parçalarını dahil etmek ve bu sayede karasularının sınırlarını geleneksel yöntemlerin öngörebileceğinin ötesine genişletmek, esas çizgileri çizmede daha akılcı bir yöntem olarak kabul edilebilir.

Bu husus Uluslararası Adalet Divanı'nda *Anglo-Norwegian Fisheries* davasında<sup>30</sup> gündeme getirilmiştir. Dava, kıyı şeridi boyunca karasularını 1000 mil olarak belirleyen Norveç kararnamesi ile ilgilidir. Norveçliler karasularını alçak deniz çizgisinden ölçmek yerine, karanın en dışı ile adaların uzantıları ve kayalıklar boyunca (*skjaergaard*) bunları birbirine bağlayan düz esas çizgiler oluşturmuşlardır. Bu durum geleneksel yöntemin izlenmesi durumunda normalde açık deniz olacak bölümlerin karasularına dahil edilmesine yol açmıştır. Sonuç olarak, İngiliz balıkçılık gemilerinin dahil olduğu birtakım uyuşmazlıklar yaşanmış ve Birleşik Krallık esas çizgilerin belirlenmesinde Norveç yönteminin uluslararası hukuk çerçevesinde hukukiliğinin değerlendirilmesini talep etmiştir. Mahkeme, ana kararın alçak deniz çizgisinin değil "*skaergaard*"ın en dış çizgisinin esas çizgilerin oluşturulması ile ilgili olduğu kararına varmıştır. Bu durum coğrafi gerçeklikler tarafından dikte edilmektedir. Divan bu davada var olan aşırı girintili kıyı şeridinin ve kıyıya uzantıları bulunan ada dizilerinin, karmaşık coğrafi yorumlamaları gerekli kılması nedeniyle, normal yöntem olan kıyıya paralel esas çizgi (*trace parallele*) yönteminin uygulanmadığını kaydetmiştir.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> Bkz., 1958 Karasuları Sözleşmesi'nin 11(1). maddesi ve 1982 Sözleşmesi'nin 13(1). maddesi. Bir cezir yüksekliği su ile çevrili olan ve sular çekildiği zaman su üzerinde kalan fakat sular yükseldiği zaman su ile kaplanan doğal olarak oluşmuş bir arazi sahasıdır. Örneğin bkz., G. Marston, 'Low-Tide Elevations and Straight Baselines', 46 BYIL, 1972-3, s. 405, ve D. Bowett, 'Islands, Rocks, Reefs and Low-Tide Elevations in Maritime Boundary Delimitations', Charney ve Alexander, *International Maritime Boundaries*, cilt I, s. 131.

<sup>26</sup> 1982 Sözleşmesi'nin 13(2) maddesi. Ayrıca, cezir yüksekliklerinin diğer benzer yüksekliklerden 12 millik bir mesafede fakat devletin karasularının ötesinde bulunması durumunda bu yükseklikler karasularının genişliğinin belirlenmesinde kullanılamazlar. Bu "sıçrama yöntemi" olarak adlandırılmaktadır. Bkz., *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 102. Ayrıca bkz., *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 703., fakat bkz., *Eritrea/Yemen*, 114 ILR, ss. 1, 138.

<sup>27</sup> *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 101.

<sup>28</sup> *A.g.e.*, ss. 40, 102 ve *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 703. Ayrıca bkz., *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2012, ss. 624, 641.

<sup>29</sup> Bkz., 1982 Sözleşmesi'nin 7(4) maddesi. Ayrıca bkz., takımda esas çizgilerine ilişkin madde 47(4).

<sup>30</sup> ICJ Reports, 1951, s. 116; 18 ILR, s. 86.

<sup>31</sup> ICJ Reports, 1951, s. 128; 18 ILR, s. 91. Mahkemenin, alçak su seviyesi çizgisindeki noktalardan itibaren daire halkaları çizmek için kullanılan *courbe tangente* yönteminden de bahsettiği kaydedilmelidir, *a.g.e.*



Olağan yöntemler uygulanmadığı için, karasuları kıyıların genel yönelimini takip eder ilkesi de göz önüne alınarak, en dıştaki kayalıklardan itibaren çizilen düz esas çizgi kavramı değerlendirilmiştir.<sup>32</sup> Mahkeme ayrıca Norveç sisteminin yıllar boyunca sürekli bir şekilde uygulandığını ve diğer devletlerin bir itirazı ile karşılaşmadığını vurgulamış ve Birleşik Krallık tarafından da bu sistemin uygulandığı yıllar boyunca hiçbir itiraz gelmediğini belirtmiştir.<sup>33</sup> Başka bir deyişle, Norveç tarafından uygulanan düz esas çizgiler yöntemi 'Hükümetlerin bu durumu uluslararası hukuka aykırı olarak değerlendirmediklerine ilişkin yaklaşımları, sürekli ve yeterince uzun bir uygulamayla güçlendirilmiştir.'<sup>34</sup>

Böylece Divan, fiili uygulama ile birlikte zimni kabul yolu ile tesis edildiğini dikkate almasına rağmen, Norveç'in haklarını düz esas çizgi sistemini bölgenin özel coğrafi koşulları ışığında geçerli bir ilke olarak kabul etmiştir. Mahkeme bu tarz sınırlandırmaları belirlemek üzere ölçütler sunmuştur. Karasularının kara ülkesine sıkı bir bağlantısı olması durumu ışığında, esas çizgilerin çizilmesine kıyı yönünden başlanması zorunlu değildir. Bunların arasında yer alan deniz alanlarının iç sular rejimine tabi olabilmesi için kara ülkesine sıkı bağlantılarını sağlayacak şekilde çizilmeleri gerekir. Bu süreçte 'bir bölgeye ilişkin belirli ekonomik çıkarların, uzun kullanım ile kanıtlanabilecek gerçeklik ve önem derecesinin'<sup>35</sup> göz önüne alınması uygundur.

Balıkçılıktan doğan bu ilkeler devletlerce nispeten kısa bir zaman döneminde uluslararası hukukun bir parçası olarak kabul görmüşlerdir.

1982 Sözleşmesi'nin 74. maddesi, çizginin kıyının genel yönünden ciddi bir biçimde sapmadığı ve çizgiler içerisindeki deniz alanları arasında sıkı bağlantının bulunduğu kara alanının iç sular rejimine tabi olduğu durumlarda, düz esas çizgi sisteminin kıyı çizgisinin derin biçimde girintili çıkıntılı olduğu veya sahilin hemen yakınında bir dizi adanın mevcut olduğu (*skjaergaard*) hallerde kullanılabileceğini açıklamıştır. Ayrıca, gerekli olduğunda uzun zamandır süregelen özel bölgesel çıkarlar değerlendirilebilecektir.<sup>36</sup>

Bugün İskoçya'nın batı kıyılarında bulunan alanlarla ilgili olarak, Birleşik Krallık da dahil olmak üzere birçok devlet, bu sistemi kullanmaktadır.<sup>37</sup> Bununla birlikte, belirlenmiş geniş ölçütler ışığında, birçok devlet bu sistemi, dar olarak hukuken meşrulaştırılamayacak koşullarda kullanmıştır.<sup>38</sup> Halbuki Divan *Qatar v. Bahrain* davasında açıkça şunu ortaya koymuştur:

<sup>32</sup> ICJ Reports, 1951, s. 129; 18 ILR, s. 92. Diğer devletler bu tarz bir sistemi zaten uygulamışlardır. Örneğin bkz., H. Waldock, 'The Anglo-Norwegian Fisheries Case', 28 BYIL, 1951, ss. 114, 148.

<sup>33</sup> ICJ Reports, 1951, s. 138; 18 ILR, s. 101. Karşılaştırma için bkz., Hakim McNair, ICJ Reports, 1951, ss. 171-80; 18 ILR, s. 123.

<sup>34</sup> ICJ Reports, 1951, s. 139; 18 ILR, s. 102.

<sup>35</sup> ICJ Reports, 1951, s. 133; 18 ILR, s. 95.

<sup>36</sup> Ayrıca bkz., 1958 Cenevre Karasuları Sözleşmesi'nin 4. maddesi. Üzerlerinde devamlı olarak suyun üstünde kalan deniz fenerleri veya benzer tesisler inşa edilmediği sürece düz esas çizgilerin, cezir zamanı ortaya çıkan yüksekliklere doğru veya bunlardan başlamak üzere çizilemeyecekleri not edilmelidir. Bkz., 1958 Karasuları Sözleşmesi'nin 4(3). maddesi ve 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 7(4). maddesi. Ayrıca bkz., *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 100-1 ve 102.

<sup>37</sup> Territorial Waters Order in Council, 1964, madde 3, s. 1, 1965, Kısım III, s. 2, s. 6452A. Ayrıca bkz., the Territorial Sea (Limits) Order 1989 ( Dover Boğazı'na ilişkin). Devletlerin uygulamaları ile ilgili genel olarak bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 38-41 (yaklaşık elli beş ile altmış beş arasında sayıda devletin düz esas çizgi kullandıklarını kaydetmektedir) ve M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, cilt IV, ss. 21-35.

<sup>38</sup> Bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, s. 39. Ayrıca bkz., Avrupa Birliği'nin, İran ve Tayland'ın uygulamada tüm sahil şeritlerinde düz esas çizgilerin kullanılmasına itirazı, UKMIL, 69 BYIL, 1998, ss. 540-2, ve ABD'nin Tayland tarafından düz esas çizgi kullanılmasına olan itirazı, DUSPIL, 2000, s. 703.

*“Esas çizgilerin belirlenmesinde normal kuralların istisnasını oluşturan düz esas çizgiler, ancak birçok şartın yerine getirilmesiyle uygulanabilir. Bu yöntem kısıtlı bir şekilde uygulanmalıdır. Bu koşullardan başlıcaları, kıyı şeridinin derin bir biçimde girintili çıkıntılı olması ve kesintiye uğramış olması veya kıyı şeridinin yakın çevresinde ada gruplarının olmasıdır.”<sup>39</sup>*

Dahası, Divan devletin kendini çok-adalı bir devlet ya da *de facto* takımada devleti olarak değerlendirmesinin, ilgili koşullar sağlanmadığı müddetçe, esas çizginin belirlendiği normal kurallardan sapmasına imkan vermediğine vurgu yapmıştır.<sup>40</sup>

Düz esas çizgi yönteminin uygulanmasının, daha önce karasuları veya açık deniz olan alanları iç sulara katma ile sonuçlanması halinde, bu sulara 1958 Sözleşmesi'nin 5 (2). maddesi gereğince zararsız geçiş hakkının var olması gereklidir.<sup>41</sup>

### **Körfezler<sup>42</sup>**

Körfezlere ilişkin benimsenen yaklaşımla ilgili de sorunlar ortaya çıkmıştır. Bu problemler özellikle geniş ağızlı körfezlerin, kıyıya bitişik diğer deniz alanları gibi bir muameleye tabi tutulup tutulmamalarına ilişkindir. Bu sayede, karasularının esas çizgisinin körfez kıyısının alçak deniz seviyesinden itibaren çizilmesi ya da düz esas çizginin, herhangi bir genişlikteki körfez ağzını kapatmak için bir neden olarak kullanılıp kullanılmayacağı ve bu çizgiden itibaren ölçülen karasal sınır konuları ile ilgili sorunlar yaşanmıştır.

Düz kapatma çizgisinin körfezlerin ağızlarında kullanılabilmesi uzun zamandır kabul görmektedir; fakat körfezin işlev görmesini engellemeyecek şekilde ne kadar genişliğe izin verileceği konusunda anlaşmazlıklar mevcuttur.<sup>43</sup> Bu nokta 1958 Karasuları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde açıklığa kavuşturulmuştur. Bu madde diğer durumlarda 24 millik bir düz esas çizginin çizileceğini belirtmektedir. Buna göre:

*“Bir körfezin doğal giriş noktalarındaki alçak su seviyesi çizgisi yirmi dört deniz milini aşmadığı durumlarda, bu iki alçak deniz çizgisi arasında bir kapatıcı çizgi çizilebilir ve bu sayede katılan sular karasuları olarak değerlendirilmelidir.”<sup>44</sup>*

Fakat bu hüküm tarihi körfezlere uygulanmamaktadır. Bu körfezler içerisinde kalan sular herhangi özel bir uluslararası hukuk prensibinden ziyade, genel zimni kabul ve tarihi haklar ışığında kıyı devletinin dahilinde muamele görürler.<sup>45</sup> Bazı devletler tarihi körfezler üzerinde hak iddia etmişlerdir: Örneğin Kanada (ABD'nin karşı çıkmasına rağmen) Hudson Limanı'na<sup>46</sup> ilişkin, bazı Amerika kıtası devletleri Fonseca Körfezi'ne<sup>47</sup> ilişkin hak iddialarında bulunmuşlardır. Körfeze ilişkin sorun *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras; Nicaragua intervening)* davası ile Uluslararası Adalet Divanı'nın önüne gelmiştir.<sup>48</sup> Divan, ilgili devletlerin ve yorumcuların Körfez'in tarihi bir

<sup>39</sup> CJ Reports, 2001, ss. 40, 103.

<sup>40</sup> *A.g.e.* Mahkeme, Bahreyn'in ana adaların doğusunda yer alan belirli deniz özelliklerinin ada çıkıntıları oluşturduğu iddialarını reddetmiştir. *A.g.e.*

<sup>41</sup> Ayrıca bkz., 1982 Sözleşmesi'nin 8(2). maddesi.

<sup>42</sup> Örneğin bkz., Brown, *International Law of the Sea*, cilt I, s. 28; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 41 vd., ve O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, s. 209. Ayrıca bkz., G. Westerman, *The Juridical Bay*, Oxford, 1987.

<sup>43</sup> Uluslararası hukukun genel kurallarının eşit oranda kabul edilmediği görüşüyle ilgili olarak örneğin bkz., *North Atlantic Coast Fisheries* davası, 11 RIAA, s. 167 (1910) ve the *Anglo-Norwegian Fisheries* davası, ICJ Reports, 1951, s. 116; 18 ILR, s. 86.

<sup>44</sup> Ayrıca bkz., 1982 Sözleşmesi'nin 10. maddesi.

<sup>45</sup> Bkz., *Tunisia/Libya Continental Shelf* davası, ICJ Reports, 1982, ss. 18, 74; 67 ILR, ss. 4, 67.

<sup>46</sup> Bkz., Whiteman, *Digest*, cilt IV, ss. 250-7.

<sup>47</sup> Bkz., *El Salvador v. Nicaragua* 11 AJIL, 1917, s. 674.

<sup>48</sup> ICJ Reports, 1992, s. 351; 97 ILR, s. 266.

körfez olduğu konusunda fikir birliğinde olduklarını, fakat Körfez'in kabul görmüş ve kodifiye edilmiş genel kuralların oluşturulduğu tek devletli bir körfez değil çok devletli (*pluri-state*) bir körfez olduğunu belirtmiştir.<sup>49</sup> Özel tarihi koşullar ve özellikle 1917 kararı ışığında Divan Körfez'in uzun süredir kabul gören kıyı devletinin 3 mil deniz kuşağına sahip olduğu görüşünün ötesinde, tarihi suların ortak mülkiyete ya da müşterek egemenliğe tabi olduğu sonucuna varmıştır.<sup>50</sup> Divan ayrıca üç kıyı devletine erişimin sağlanması için diğer devletleri gemilerinin kıyı şeridinin ötesindeki sulara zararsız geçiş hakkından faydalanmaları gerektiğini belirtmiştir.<sup>51</sup> Körfez içerisinde üç devletin ortak hakimiyeti olduğuna karar veren Divan, Körfez'in kapanma çizgisinde üçe ayrılmış bir durumun bulunduğu sonucuna varmıştır.<sup>52</sup>

Bu usul ile devamlı kullanılan yetkinin, devletlerin zimni kabulü ile birlikte var olması gerekmektedir. Bu yaklaşım Cook Koyu sularına ilişkin *US v. State of Alaska* davası<sup>53</sup> esnasında kabul edilen bir yaklaşımdır. Yüksek Mahkeme, Alaska'nın koşulları sağlamadığı ve Koy'un Sovyet, Amerikan ve Alaska egemenliği altında tarihi bir koy olarak kabul görmediği kararına varmıştır. Bu bağlamda Alaska değil, federal devlet Cook Koyu'nun yeraltı haklarına sahiptir.<sup>54</sup>

1973 yılında Libya'nın Sirte (Sidra) Körfezi'nin tarihi bir körfez olduğu ve bunun sonucu olarak 300 mile yakın bir uzunlukta kapatma çizgisi çizilmesi gerektiği iddiası, ABD ve Avrupa Topluluğu devletleri de dahil olmak üzere birçok devletin tepkisi ile karşılaşmıştır.<sup>55</sup> ABD Libya'ya 1974 yılında verdiği notada 'geçmişteki uluslararası hukuk standartlarını, açık, herkesçe bilinen ve etkin bir yetki kullanımı ve yabancı milletlerin zimni kabulü'<sup>56</sup> olarak ifade etmiş ve Libya'nın taleplerine karşı çıkmak ve Körfez sularının açık denizler olduğu iddiasını tesis edebilmek için deniz ve hava kuvvetlerini çeşitli vesilelerle Körfez'e göndermiştir.<sup>57</sup> Gerçekten Libya'nın tezini destekleyen çok az delil bulunmaktadır.

Tarihi sular konusu Güney Çin Denizi'ne dair *Philippines v. China* hakemliğinde<sup>58</sup> Tahkim Mahkemesi tarafından incelenmiş ve 'talepte bulunan devletin öne sürdüğü hakkın sürekli kullanımının ve diğer etkilenen devletlerin muvafakatının' gerekli olduğunun altı çizilmiştir. Mahkeme özellikle şuna işaret etmiştir:<sup>59</sup>

<sup>49</sup> ICJ Reports, 1992, s. 589; 97 ILR, s. 505. Karşılaştırma için Hakim Oda'nın karşı görüşüne bkz., ICJ Reports, 1992, s. 745; 97 ILR, s. 661.

<sup>50</sup> ICJ Reports, 1992, s. 601; 97 ILR, s. 517. Ayrıca genel olarak bkz., C. Symmons, *Historic Waters in the Law of the Sea: A Modern Re-appraisal*, The Hague, 2007.

<sup>51</sup> ICJ Reports, 1992, s. 605; 97 ILR, s. 521.

<sup>52</sup> ICJ Reports, 1992, ss. 608–9; 97 ILR, ss. 524–5. Ayrıca bkz., M. N. Shaw, 'Case Concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (*El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening*)', Judgment of 11 September 1992', 42 ICLQ, 1993, s. 929, ve A. Gioia, 'The Law of Multinational Bays and the Case of the Gulf of Fonseca', *Netherlands YIL*, 1993, s. 81.

<sup>53</sup> 422 US 184 (1975). Ayrıca bkz., L. J. Bouchez, *The Regime of Bays in International Law*, Leiden, 1963, ve *Tunisia-Libya Continental Shelf* davası, ICJ Reports, 1982, ss. 18, 74; 67 ILR, ss. 4, 67.

<sup>54</sup> Ayrıca bkz., *United States v. California* 381 US 139 (1965); *United States v. Louisiana (Louisiana Boundary Case)* 394 US 11 (1969); *United States v. Maine (Rhode Island and New York Boundary Case)* 471 US 375 (1985) ve *Alabama and Mississippi Boundary Case, United States v. Louisiana* 470 US 93 (1985).

<sup>55</sup> Bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, s. 45, ve UKMIL, 57 BYIL, 1986, ss. 579–80. Ayrıca bkz., F. Francioni, 'The Gulf of Sidra Incident (*United States v. Libya*) and International Law', 5 *Italian Yearbook of International Law*, 1980–1, s. 85.

<sup>56</sup> Bkz., 68 AJIL, 1974, s. 510. Ayrıca bkz., Cumulative DUSPIL 1981–8, Washington, 1994, cilt II, s. 1810.

<sup>57</sup> Örneğin bkz., UKMIL, 57 BYIL, 1986, ss. 581–2.

<sup>58</sup> 12 Temmuz 2016 tarihli karar, para. 265 vd. Ayrıca bkz., Study by the Secretariat, *Memorandum on the Juridical Regime of Historic Waters, Including Historic Bays*, A/CN.4/143, International Law Commission, 1962.

<sup>59</sup> Karar, para. 268. Mahkeme, Güney Çin Denizi'ne ilişkin olarak Çin'in tarihsel talebini reddetmiştir, *a.g.e.*, para. 270 ve 277–8 ve 631. Mahkeme denize ilişkin tarihi hakların karaya ilişkin olan tarihi haklardan farklı olduğuna işaret etmiştir. Para. 272.

*“Tarihi haklar birçok durumda istisnai haklardır. Bunlar devlete başka türlü sahip olamayacağı bir hakkı tanırlar. Bu hakları tanıyan tarihsel bir süreç işlememiş ve diğer devletlerin rızası olmamış olsaydı bu haklar ortaya çıkmazdı. Bununla birlikte, buradan ortaya çıkmaktadır ki, uluslararası hukuk uyarınca izin verilen serbestliklerin kullanımı bir tarihi hakkın oluşumuna imkan tanıyamaz. Bu diğer devletlerin muvafakatini gerektirecek hiçbir şey içermez ve sadece halihazırda uluslararası hukukun serbestçe müsaade ettiği şeyin kullanılmasını temsil eder.”*

### Adalar<sup>60</sup>

Adalar söz konusu olduğunda, yukarıda karasularının tespiti için belirtilen genel hükümler uygulanır. 1982 Sözleşmesi'nin 121(1). maddesinde adalar, 'suların en yüksek olduğu zaman suyun üzerinde kalan, etrafı sularla çevrili doğal olarak oluşmuş bir kara alanı'<sup>61</sup> olarak tanımlanmış ve adaların alakalı olduğu yerlerde karasuları, bitişik bölgeleri, münhasır ekonomik bölgeleri ve kıta sahanlığı oluşturabildikleri belirtilmiştir.<sup>62</sup> Birbirine 24 milden daha yakın bulunan adalar zincirinin var olması durumunda ise, bu adalar kesintisiz bir karasuları bandı oluşturabilirler.<sup>63</sup> Bununla beraber, bunların karasuları olmasına rağmen, 1982 Sözleşmesi'nin 121(3). maddesinde, 'üzerinde insani mesken olma ya da kendi ekonomik hayatını sürdürme vasfında olmayan kayalıkların kendi münhasır ekonomik bölgesi ya da kıta sahanlığı olmaması gerektiği' belirtilmektedir.<sup>64</sup> Suların alçak olduğu zamanki yükselttiler ana karanın ya da 1982 Sözleşmesi'nin madde 13(2)'si uyarınca tanımlanan adaların karasuları dışında konumlandıklarında kendi karasularını teşkil edemezler. Yapay adalar sadece Sözleşme'nin madde 60(5)'i uyarınca 500 metrelik bir güvenlik bölgesi oluştururlar. 121(3). madde, kayalıklar ve adaları ayıran kesin çizgi ve "kendi ekonomik yaşamı" tabirinin asıl anlamı gibi bir dizi soruya yol açmış ve birçok devlet ihtilafa neden olan iddialarda bulunmuştur.<sup>65</sup> Bu hükmün, Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde bulunduğu halinden başka bir şekilde teamül kuralı olup olmadığı ise belirsizdir.<sup>66</sup>

<sup>60</sup> Örneğin bkz., H. W. Jayewardene, *The Regime of Islands in International Law*, Dordrecht, 1990; D. W. Bowett, *The Legal Regime of Islands in International Law*, New York, 1979; C. Symmons, *The Maritime Zone of Islands in International Law*, The Hague, 1979; J. Simonides, 'The Legal Status of Islands in the New Law of the Sea', 65 *Revue de Droit International*, 1987, s. 161,

<sup>61</sup> Ayrıca bkz., madde 10(1), 1958 Karasuları Sözleşmesi. Mahkeme *Nicaragua v. Colombia* davasında önemli noktanın adanın doğal olarak oluşup oluşmadığı olduğunu, jeolojik bileşimi olmadığını kaydetmiştir. ICJ Reports, 2012, ss. 624, 645.

<sup>62</sup> 1982 Sözleşmesi'nin 121(2). maddesi. Ayrıca bkz., the *Jan Mayen (Denmark v. Norway)* davası, ICJ Reports, 1993, ss. 37, 64-5; 99 ILR, ss. 395, 432-3 ve *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2012, ss. 624, 641 ve 644. 1958 Karasuları Sözleşmesi'nin 10(2). maddesi sadece adaların karasularına atıfta bulunmaktadır.

<sup>63</sup> Bkz., *Eritrea/Yemen (Phase Two: Maritime Delimitation)*, 119 ILR, ss. 417, 463.

<sup>64</sup> Bkz., *Jan Mayen* raporu, 20 ILM, 1981, ss. 797, 803; 62 ILR, ss. 108, 114, ve Hakim Evensen'in *Jan Mayen (Denmark v. Norway)* davasındaki açıklaması, ICJ Reports, 1993, ss. 37, 84-5; 99 ILR, ss. 395, 452-3. Rockall ve çelişen Birleşik Krallık, İrlanda, Danimarka ve İzlanda görüşlerine ilişkin bkz., Symmons, *Maritime Zone*, ss. 117-18, 126; E. D. Brown, 'Rockall and the Limits of National Jurisdiction of the United Kingdom', 2 *Marine Policy*, 1978, ss. 181-211 ve 275-303, ve O'Keefe, 'Palm-Fringed Benefits'. Ayrıca bkz., 878 HC Deb., col. 82, Written Answers ve *The Times*, 8 May 1985, s. 6 (Danimarka iddiaları) ve *The Guardian*, 1 May 1985, s. 30 (İzlanda iddiaları). Birleşik Krallık, üzerinde yaşam olmayan Rockall adası üzerinde 1955 yılında egemenlik ilan etmiş ve bu 1972 yılındaki Rockall Adası Kanunu ile onaylanmıştır, UKMIL, 68 BYIL, 1997, s. 589. Birleşik Krallık Dış İşleri Bakanı, Rockall çevresindeki 12 millik karasularının 1982 Sözleşmesi'nin şartlarıyla tutarlı olduğunu ve bunun İrlanda'nın dışında uluslararası toplum tarafından kabul edilmediğine inanmak için hiçbir neden olmadığını açıklamıştır, UKMIL, 60 BYIL, 1989, s. 666. Birleşik Krallık 1976 Balıkçılık Sınırlaması Kanunu ile Rockall çevresinde 200 millik bir balıkçılık bölgesini talep etmiş, 1982 tarihli Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne katılımının ardından 1997 yılında bu iddiadan vazgeçilmiştir. 12 millik karasuları onaylanmıştır: Bkz., UKMIL, 68 BYIL, 1997, ss. 599-600 ve UKMIL, 71 BYIL, 2000, s. 601.

<sup>65</sup> Örneğin bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 163-4, ve J. I. Charney, 'Rocks that Cannot Sustain Human Habitation', 93 AJIL, 1999, s. 873.

<sup>66</sup> Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, s. 164.

Adalar ile suların alçak olduğu zamanki yükselteler arasındaki ilişki meselesi Güney Çin Denizi'ne dair *Philippines v. China* hakemliğinde tartışılmıştır.<sup>67</sup> Burada Mahkeme madde 121(3) ile 13'ün birlikte yorumlanması gerektiğinin altını çizmişti. Özellikle de suların alçak olduğu zamanki yükseltelerin insan faaliyetleri aracılığıyla hukuken bir adaya dönüştürülemeyeceğine ve bir kayalığın ıslah faaliyetiyle tam bir hakka sahip adaya dönüştürülemeyeceğine işaret edilmişti. Bir oluşumun statüsü onun doğal durumu temelinde değerlendirilmelidir. Deniz suyu arıtma tesisleri ya da uçuş pistleri benzeri büyük yapıların inşası gibi önemli insan kaynaklı değişikliklerin deniz oluşumlarının orjinal niteliğini suların alçak olduğu zamanki yükseltelerden adaya dönüştürmeye yeterli olmadığına Mahkeme tarafından hükmedilmiştir.

### Takımada Devletleri<sup>68</sup>

Birçok adadan oluşan devletlerin adalarının en dış sınırlarının etrafından düz esas çizgi çizme çabaları toprakların sıkışıp kalmasına neden olmuş ve bu nedenle sorunlara yol açmıştır. Özellikle Endonezya, geniş ölçüde taşımacılık yolu olarak kullanılan ve daha önceden açık deniz olarak kabul edilen alanları, takımada devletinin egemenliğine indirgenmesi niyetiyle bu yöntemi uygulamış ve birçok devletin protestosu ile karşılaşmıştır.<sup>69</sup> Takımada devletlerine uygulanacak uluslararası hukuk prensipleri konusunda birçok anlaşmazlık ortaya çıkmış ve bu konu 1958 Cenevre Sözleşmesi'nde açıkça yer bulmamıştır.<sup>70</sup> 46(a). madde bir takımada devletini 'bir ya da daha fazla takımadanın bütün olarak oluşturduğu ve diğer adaları da içeren devlet' olarak tanımlarken, 46(b). madde takımadaları, 'birbirlerine kendiliğinden coğrafi, ekonomik ve politik olarak sıkı bir biçimde bağlı olan ya da tarihi olarak öyle olduğu kabul edilen, sular ve diğer doğal unsurlardan oluşan ve ada parçalarını da içeren adalar grubu' olarak tanımlamaktadır. Bu durum objektif bir biçimde tanım kapsamına giren devletlerin, otomatik olarak takımada devletleri olarak kabul edilip edilmeyecekleri sorusunu beraberinde getirmektedir. Tanım dahilinde olan fakat takımada devleti olduklarını ilan etmeyen devletler arasında Birleşik Krallık ve Japonya sayılabilir.<sup>71</sup> *Qatar v. Bahrain* davasında Bahreyn, 'de facto takımada ya da çok adalı bir devlet' oluşturduğunu iddia etmiş ve kendini 1982 Uluslararası Deniz Hukuku Sözleşmesi kapsamında takımada devleti ilan edebileceğini ve 47. maddede yer alan düz esas çizgi kuralından yararlanabileceğini savunmuştur. Fakat Mahkeme, bu tarz bir iddianın Bahreyn'in resmi başvurusunda bulunmadığını ve bu nedenle konu hakkında tutum takınmasına gerek olmadığını belirtmiştir.<sup>72</sup> 47. madde bir takımada devletinin en dıştaki adalarının ve takımadaların cezirde su üzerinde kalan kayalıklarının en dıştaki noktalarını birleştirerek, bir takımada düz çizgisi çizebileceğini ve bu çizginin başka amaçlar için ilgili esas çizgi olacağını belirtmektedir. Fakat bu yapılmadan önce 47. madde tarafından belirtilen birçok koşul bulunmaktadır:

<sup>67</sup> 12 Temmuz 2016 tarihli karar, PCA Case N° 2013-19, para. 508 vd.

<sup>68</sup> Örneğin bkz., Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 3 (5); Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 8; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 6; O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 6; Bowett, *Legal Regime*, Bölüm 4; C. F. Amerasinghe, 'The Problem of Archipelagos in the International Law of the Sea', 23 ICLQ, 1974, s. 539, ve D. S. O'Connell, 'Mid-Ocean Archipelagos in International Law', 45 BYIL, 1971, s. 1.

<sup>69</sup> O'Connell, 'Mid-Ocean Archipelagos', ss. 23-4, 45-7 ve 51, ve Whiteman, *Digest*, cilt IV, s. 284. Ayrıca bkz., Endonezya Sularıyla İlgili 18 Şubat 1960 tarihli 4 nolu Endonezya Yasası, alıntılaman Brown, *International Law of the Sea*, cilt II, s. 98; Filipinlerin Karasuları Esas Çizgilerini Belirlemek üzere Filipinler Yasası, Yasa No. 3046, 17 Haziran 1961 ve Filipinlerin 1982 Sözleşmesi'ne ilişkin Açıklaması, a.g.e., ss. 100-1 (SSCB ve Avustralya'nın itirazları ile, a.g.e., ss. 101-2). Filipinlerin açıklamasına ABD itirazı için bkz., Cumulative DUSPIL 1981-8, cilt II, s. 1066 ve Faroes, Galapagos, Portekiz ve Sudan'a ilişkin iddialara itirazı için, Roach ve Smith, *United States Responses*, ss. 112 vd.

<sup>70</sup> Fakat 'kıyı ada devletleri' ile ilgili bkz., 1958 Karasuları Sözleşmesi'nin 4. maddesi.

<sup>71</sup> Örneğin bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, s. 121.

<sup>72</sup> ICJ Reports, 2001, ss. 40, 96-7.

“1- Çizilen esas çizgilerin belli başlı adaları içermesi ve çizgiler içerisinde kalan suların yüzölçümünün, su üzerinde kalan kayalıklar da dahil olmak üzere, karaların yüzölçümüne oranı bire bir ile dokuzda bir olan bir alana eşit olması şartıyla, takımada devleti en uzak adaların en uç noktalarını ve takımadanın su üzerinde kalan kayalıklarını birleştiren takımada düz esas çizgileri çizilebilir.

2- Bu esas çizgilerin uzunluğu 100 deniz milini geçmeyecektir; bununla beraber, belirli bir takımada çevreleyen esas çizgilerin toplam sayısının en çok %3 'ü, 125 deniz milini aşmamak şartı ile, 100 milden daha fazla bir uzunluğa sahip olabilir.

3- Esas çizgiler, takımadanın genel çerçevesinden hissedilir biçimde ayırarak şekilde çizilmeyecektir.

4- Bu esas çizgiler, şu şartlarda cezir zamanı ortaya çıkan yüksekliklere doğru veya bunlardan başlamak üzere çizilmeyecektir: Bu yükseklikler üzerinde devamlı olarak suyun üstünde kalan deniz fenerleri veya benzer tesisler inşa edilmediği sürece veya cezir zamanı açıkta kalan yükseklik, tamamen veya kısmen, en yakın adaya, karasuları genişliğini aşmayan bir mesafede bulunmadığı sürece.

5- Bu çeşit esas çizgiler yöntemi, bir takımada devleti tarafından, diğer bir devletin karasularını açık denizden veya bir münhasır ekonomik bölgeden kesecek şekilde uygulanmayacaktır.

6- Eğer bir takımada devletin takımada suları sınırdaş bir devletin ülkesinin iki parçası arasında kalırsa, bu son devletin geleneksel olarak bu sulara sahip olduğu hakları ve yasal çıkarları ile iki devlet arasında akdedilen anlaşmalardan doğan haklar varlıklarını devam ettirecek ve bunlara riayet edilecektir.

7- 1. Paragrafta öngörülen, suların yüzölçümünün karaların yüzölçümüne oranının hesaplanmasında, adaları çevreleyen serpiştirilmiş mercan kayalarının ve atollerin berisindeki sular ile kalker yapılı adalar zinciri ve su üstünde kalan kayalarla tamamen veya hemen hemen tamamen çevrilmiş olan keskin yamaçlı okyanus yaylaları da kara parçası olarak kabul edilebilir.

8- İşbu maddeye uygun olarak çizilen esas çizgiler, yerlerinin belirlenebilmesi için uygun ölçekli deniz haritalarında işaretlenecektir. Kullanılan jeodezik sistemi belirleyen coğrafi koordinat noktalarının listesi bu haritaların yerine ikame edilebilir.

9- Takımada devleti, haritaların veya coğrafi koordinatların listesini gerektiği şekilde ilan edecek ve bunların birer nüshasını Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri nezdine tevdi edecektir.”

Bu tür esas çizgilerin içerisinde yer alan bütün sular, devletin egemenliği altında bulunan<sup>73</sup>, takımada sularıdır<sup>74</sup>, fakat var olan anlaşmalar, geleneksel balıkçılık hakları ve var olan denizaltı kabloları tanınmalıdır.<sup>75</sup> Ayrıca, tüm devletlerin gemileri takımada sularından zararsız geçiş hakkından faydalanmalı<sup>76</sup> ve tüm gemiler ve hava araçları, takımada devleti tarafından ‘kesintisiz ve süratli geçiş’<sup>77</sup> için düzenlenen takımada deniz yollarından ve hava rotalarından faydalanmalıdır.

1988 yılında Endonezya tarafından Sunda ve Lombok Boğazlarının kapatılmasına cevaben ABD, 1982 Sözleşmesi'nin takımada hükümlerinin uluslararası teamül hukukunu yansıttığını ve bu boğazların takımada su güzergahları yollarından geçiş rejimine tabi olduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda, bu tarz geçişlere yapılan herhangi bir müdahalenin uluslararası hukukun ihlali demek olduğu belirtilmiştir.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> 50. maddede takımada devletinin takımada sularının içerisinde, iç sularını sınırlandırmak için kapatma hatları çizilebileceği belirtilmektedir.

<sup>74</sup> Madde 49.

<sup>75</sup> Madde 51.

<sup>76</sup> Madde 52.

<sup>77</sup> Madde 53. Devlet uygulamaları için bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 125 vd.

<sup>78</sup> 83 AJIL, 1989, ss. 559–61. Ayrıca bkz., Cumulative DUSPIL 1981–8, cilt II, s. 2060.

**Karasularının Genişliği<sup>79</sup>**

Karasularının esas çizgiden ne kadar uzak olabileceğine ilişkin tarihi bir anlaşmazlık mevcuttur. Esasen, kıyılarda bulunan top bataryalarının atış menzilini "top atışı" kuralı üzerinden tanımlanmıştır, fakat 19. yüzyılın sonunda bu kural 3 mil kuralına dönüştürülmüştür. Bu durum özellikle Birleşik Devletler ve Birleşik Krallık tarafından desteklenmiştir ve herhangi bir azaltmanın tarihi haklar dolayısıyla ve İskandinavların 4 mil talebinde olduğu gibi, genel zımnı kabul ile meşrulaştırılması gerekmektedir.<sup>80</sup>

Buna rağmen, belirli amaçlarla (balıkçılık, gümrük ve göç kontrolleri gibi), devlet yetkilerini kullanmak isteyen birçok kıyı devletinin bu hak talepleri nedeniyle konu karışık bir hal almıştır. Karasularının genişliğinin artırılması talepleri ve belirli deniz alanları üzerinde hak talepleri arasındaki kesin ayrım Birinci Dünya Savaşı'ndan sonrasına kadar yapılamamıştır.

Yakın zamanda 3 mil kuralı, çatışan iddiaların yerini alan genel uygulama kuralı olmaktan çıkartılmıştır. 1958 Cenevre Karasuları Sözleşmesi devletler arasındaki anlaşmazlıklar nedeniyle bu konuda bir madde içermezken, 1960 Cenevre Konferansı 6 millik karasuları ve buna ek olarak 6 mil münhasır balıkçılık bölgesine ilişkin Birleşik Devletler-Kanada önerisini kabul etmekte bir oyla başarısız olmuştur.<sup>81</sup>

Fakat 1982 Sözleşmesi'nin 3. maddesi, tüm devletlerin esas çizgiden itibaren 12 deniz milini aşmayacak şekilde karasuları genişliği tesis edebileceğini belirtmektedir. Bu durum, açık bir biçimde devletlerin dönüşen pratikleri ile uyum içerisindedir.<sup>82</sup> ABD'nin 1988 yılındaki 5928 numaralı beyanname vasıtasıyla yaptığı gibi, Birleşik Krallık 1987 Karasuları Kanunu'nda 12 mil limitini kabul etmiştir.<sup>83</sup>

**Karasularının Hukuki Niteliği<sup>84</sup>**

Karasuları kıyı devletinin ülkesel egemenliğine ve bu nedenle otomatik olarak devletlere aittir. Örneğin, (kıyıya sahip) yeni bağımsız olmuş tüm devletler karasuları hakkına sahip bir şekilde bağımsız hale gelirler.<sup>85</sup> Kıyı devletinin karasularının kesin hukuki niteliklerine ilişkin olarak, karasularının herkese ait olan (*res communis*) fakat kıyı devletinin belirli haklarına tabi olduğu varsayımından, karasularının kıyı devletinin ülkesel yetkisinin bir parçası olduğu ve yabancı gemilerin zararsız geçiş haklarına tabi olduğu varsayımına kadar uzanan birçok varsayım bulunmaktadır.<sup>86</sup> Ne olursa olsun, uluslararası hukukun ilgili kuralları kapsamında, kıyı devletinin deniz kuşağında egemen hakları ve geniş yetkisine sahip olduğu tartışmasızdır. Kıyı devletinin egemenliği üzerindeki temel kısıtlama, diğer ulusların karasularından zararsız geçiş yapmalarınıdır. Bu durum, karasularını kıyı devletinin kısıtsız yetki sahibi olduğu iç sularından ayırmaktadır.

1958 Cenevre Karasuları Sözleşmesi'nin 1. ve 2. maddeleri,<sup>87</sup> kıyı devletinin egemenliğinin uluslararası hukuk ve Sözleşme hükümlerine uyma şartı ile karasularını aştığını, hava sahası ve deniz yatağı ve bu nedenle toprak altına kadar uzandığını belirtmektedir. Karasuları tabi

<sup>79</sup> Örneğin bkz., Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, ss. 73 vd.; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 71 vd. ve O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 4. Ayrıca bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 611.

<sup>80</sup> Örneğin bkz., H. S. K. Kent, 'Historical Origins of the Three-mile Limit', 48 AJIL, 1954, s. 537, ve *The Anna* (1805) 165 ER 809. Ayrıca bkz., *US v. Kessler* 1 Baldwin's C C Res. 15 (1829).

<sup>81</sup> See O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, ss. 163-4.

<sup>82</sup> Ayrıca bkz., [www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/claims.htm](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/claims.htm)

<sup>83</sup> Karasularının sınırlandırılması için aşağıya bakınız.

<sup>84</sup> Bkz., Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 3; Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 3; O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 3. Ayrıca bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 4.

<sup>85</sup> *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 729. Ayrıca bkz., *Nicaragua v. US*, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 111.

<sup>86</sup> O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, ss. 60-7.

<sup>87</sup> Ayrıca bkz., 1982 Sözleşmesi'nin 2. maddesi.

oldukları devletin kara ülkesinin yadsınamaz bir parçasını oluşturmaktadır ve bu nedenle kara parçasından vazgeçmek otomatik olarak karasuları şeridini de kapsayacaktır.<sup>88</sup>

Arzu ederse bir kıyı devleti, yabancı uyruklu kişileri ve gemileri karasularında balıkçılık ve (aksini belirten anlaşmalara tabi olarak) kıyı ticaretinin (kabotaj olarak adlandırılır) dışında tutabilir.

Benzer bir şekilde kıyı devleti, diğer devletlerle birlikte, emniyet ve gümrük konularında geniş kontrol yetkisine sahiptir. Fakat bir devletin uluslararası hukuk ilkeleri kapsamında hak iddia edebileceği devlet yetkisini ve egemenliğini hangi ölçüde kullanacağına karar vermesi, kendi iç hukukuna bağlı olacaktır. Bazı devletler, uluslararası hukuk sistemi çerçevesinde kendilerine tanınan yetkilerin tümünden faydalanmayı arzu etmeyeceklerdir.<sup>89</sup>

### Zararsız Geçiş Hakkı

Yabancı ticaret gemilerinin (savaş gemilerinden farklı olarak) kıyı boyunca uzanan karasularından engellenmeden geçme hakkı, kıyı devletinin egemenliğinden bağımsız bir şekilde uluslararası teamül hukukunun bir prensibi olarak kabul edilmiştir. Fakat öğretinin kesin sınırları bulanıktır ve özellikle geçişin “zararsız” olma gerekliliği açısından, aksi şekilde yorumlanmaya açıktır.<sup>90</sup> 1982 Sözleşmesi’nin 17. maddesi şu ilkeyi ortaya koymaktadır: ‘Bütün devletlerin gemileri, kıyı devleti ya da karayla çevrili devlet olsun ya da olmasın, karasularından zararsız geçiş hakkında yararlanabilir’.

Doktrin, 1958 Karasuları Sözleşmesi’nin 14. maddesinde açıklanmış ve kıyı devletinin zararsız geçişi engellememesi gerektiğini ve karasularında fark ettiği seyrüsefer tehlikelerini açıklaması gerektiğini belirtilmiştir. Geçiş, karasularından iç sulara girmeden geçmek ya da iç sulara girmeden karasularına ulaşma veya karasularından ayrılma ya da iç sulara ulaşma veya iç sulardan başka yere ulaşma olarak tanımlanmıştır. Geçiş, geçici duraksamaları ancak arızı seyrüsefer durumlarında ya da tehlikeli veya zorlayıcı nedenlerle (*force majeure*) gerektiğinde içerebilir.<sup>91</sup>

Kıyı devleti bu tip geçişlerde sunulan özel hizmetlerin karşılığı olmadığı sürece ücret uygulayamaz<sup>92</sup> ve geçişi gerçekleştiren gemiler, uluslararası hukuka uygun olduğu müddetçe, seyrüsefere ilişkin hususlarda olduğu gibi, kıyı devletinin düzenlemelerine uymak zorunluluğundadır.<sup>93</sup>

1958 Sözleşmesi’nin 14(4). maddesi kapsamında ‘kıyı devletinin barış, düzen ve güvenliğine zarar verici’ geçiş zararsız olmaktan çıkar ve yabancı balıkçılık gemileri kıyı devletinin kanun ve düzenlemelerine uymadıkları takdirde kıyı devleti bu gemilerin karasularında balık avlamasını engelleyebilir. Ayrıca, denizaltılar zararsız geçiş kapsamında deniz üzerinde bayraklarını göstererek yol almalıdırlar.

<sup>88</sup> Bkz., *Grisbadarna* davası, 11 RIAA, s. 147 (1909) ve the *Beagle Channel* davası, HMSO, 1977; 52 ILR, s. 93. Ayrıca bkz., Hakim McNair, *Anglo-Norwegian Fisheries* davası, ICJ Reports, 1951, ss. 116, 160; 18 ILR, ss. 86, 113.

<sup>89</sup> Ayrıca bkz., *R v. Keyn* (1876) 2 Ex.D. 63 ve 1878 nihai Karasuları Yetki Kanunu (the Territorial Waters Jurisdiction Act 1878).

<sup>90</sup> Bkz., Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 3 (3); Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, ss. 230 vd.; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 82 vd., ve O’Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 7. Ayrıca bkz., *Oppenheim’s International Law*, s. 615.

<sup>91</sup> Bkz., 1982 Sözleşmesi’nin 18. maddesi. Geçiş karasularını, iç sulara girmeksizin bir dış limana uğramak veya iç sular dışında bir limanı ziyaret etmeyi içermektedir. Madde 18(1) ve bkz., *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 12, 111; 76 ILR, s. 1.

<sup>92</sup> 1982 Sözleşmesi’nin 26. maddesi

<sup>93</sup> Bkz., 1982 Sözleşmesi’nin 21(4). maddesi.



Geçişin zararsız olmadığı durumlarda, kıyı devleti karasularında geçişe engel olmak üzere adımlar atabilir ve iç sularına doğru hareket eden gemiler olması durumunda bu tarz gemilerin karasularına kabul edilmesinde tabi oldukları koşulların ihlali halinde aynı engelleyici önlemleri uygulayabilir. Kıyı devletleri yabancı gemilerin zararsız geçişlerini güvenlik gerekçeleri ile geçici olarak durdurma yetkisine sahiptirler. Durdurma uluslararası boğazları içermediği ve duyurulduğu müddetçe mümkündür.

1958 Sözleşmesi'nin 14(4). maddesinin kapsadığı zararsız geçiş kavramı, 1982 Sözleşmesi'nin 19(2). maddesi tarafından örneklerle geliştirilmiştir. Bu bağlamda zarar verici geçiş, kuvvet kullanımı ya da kuvvet kullanma tehdidi, silah talimi, casusluk, propaganda, gümrük, mali, göç ve sıhhi düzenlemelerin ihlali, bilinçli ve ciddi kirletme, balıkçılık, araştırma ve inceleme faaliyetleri ile kıyı veyahut başka birimlerin irtibatına müdahale zarar veren geçiş olarak örneklendirilmiştir. Ek olarak, geniş kapsamlı hüküm 'geçiş ile doğrudan ilgisi olmayan her türlü faaliyeti' içermektedir. Bu, zararsız geçişe ilişkin tanımlanması oldukça zor olan ispat yükümlülüğünü, kıyı devletinden diğer tarafa yüklüyor görüntüsü oluşturmaktadır. 1982 Sözleşmesi'nin 24. maddesi uyarınca, kıyı devletleri yabancı gemilerin zararsız geçişlerini bu hakkın kullanımına zarar verecek ya da hakkın kullanımını kesecek pratik etkileri olabilecek koşulları dayatmamalı veya ayrımcılık uygulamamalıdır. 1958 Cenevre Karasuları Sözleşmesi'nin 17. maddesi zararsız geçiş hakkını kullanan yabancı gemilerin, özellikle taşıma ve seyrüsefer ile ilgili olanların, kıyı devletince oluşturulan kanun ve yönetmeliklere uymak durumunda olduklarını belirtmektedir. 1982 Sözleşmesi'nin 21(1). maddesinde, kıyı devletin zararsız geçiş hakkına ilişkin aşağıdaki durumlarda kanun ve yönetmelikler çıkarabileceğini ifade etmektedir:

- a) Seyrüsefer güvenliği ve deniz trafiğinin düzenlenmesi;*
- b) Deniz seyrüsefer yardımcıları ve sistemlerinin ve diğer teçhizat veya tesislerinin korunması;*
- c) Denizaltı kablolarının ve petrol borularının korunması;*
- d) Denizin canlı kaynaklarının muhafazası;*
- e) Kıyı devletinin balıkçılığa ilişkin kanun ve kurallarına aykırı davranışların önlenmesi;*
- f) Kıyı devletinin çevre alanlarının muhafazası ve kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrol altına alınması;*
- g) Denize ilişkin bilimsel araştırmalar ve hidrografik ölçümler yapılması;*
- h) Kıyı devletinin gümrük, maliye, sağlık veya muhaceret konularındaki kanun ve kurallarına aykırı davranışların önlenmesi"*

Bu tür kanun ve yönetmeliklerin ihlali, ihlal edeni kavuşturmaya tabi kılmakta fakat 19. madde ihlal edilmediği sürece geçiş zararlı hale getirmemektedir.<sup>94</sup>

Savaş gemilerinin barış zamanı geçişlerinin zararsız olup olmadığı konusu ise tartışılan bir konudur.<sup>95</sup> Bu konu, 1958 Karasuları Sözleşmesi'ne bu konuda bir madde konulmaması nedeniyle ve zararsız geçişe ilişkin olarak 'kuralların tüm gemilere uygulanması' başlığına sahip bir dizi maddenin zararsız geçiş düzenlemesi nedeniyle daha da karmaşık bir hal almıştır. Bu durum, bazı yazarların bunun savaş gemilerini kapsayacağı sonucuna varmalarına neden olmuş, diğer yazarlar ise böylesi bir konunun, özellikle bazı devletlerin Sözleşme'de savaş gemilerinin zararsız geçiş hakkı prensibine koyduğu çekinceler ve 1958 Cenevre Konvansiyonu'na ait hazırlık belgelerindeki yorumlar ışığında, sadece "ihmal" (noksanlık) ve çakarsama ile çözülemeyeceği iddiasında bulunmuşlardır.<sup>96</sup>

<sup>94</sup> 1982 Sözleşmesi'nin 22. maddesi uyarınca kıyı devleti, karasularında belirlenmiş geçiş yolları ve trafik ayırma şemaları kurabilir. Birleşik Krallık etrafındaki trafik ayırma şemalarının detayları için bkz., UKMIL, 64 BYIL, 1993, s. 688.

<sup>95</sup> Örneğin bkz., O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, ss. 274-97. Ayrıca bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 618.

<sup>96</sup> O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, ss. 290-2.

Ağırlıklı olarak üstün deniz kuvvetlerine sahip Batılı devletler, komünist ve Üçüncü Dünya uluslarına karşı olarak, savaş gemileri için zararsız geçiş hakkının varlığını tarihsel olarak iddia etmişlerdir. Fakat Soğuk Savaş'ın sona ermesi ve kendi deniz kuvvetlerindeki hızlı büyümeyi göz önüne alan Sovyetler'in tutumu değişiklik göstermiştir.<sup>97</sup>

1989 yılının Eylül ayında, ABD ve SSCB 'Zararsız Geçişi Düzenleyen Uluslararası Hukuk Kurallarının Genel Değerlendirmesi' başlıklı ortak bir belge yayınlamışlardır.<sup>98</sup> Bu belge, 1982 Sözleşmesi'nde yer alan ilgili uluslararası hukuk kurallarını tasdik etmektedir. Belgede şu ifadeler yer almaktadır:

*“Savaş gemileri de dahil tüm gemiler, kargo, silahlı kuvvet veya sevk araçları olmalarına bakılmaksızın, uluslararası hukuka uygun bir şekilde önceden herhangi bir izine gerek olmadan karasularında zararsız geçiş hakkına sahiptirler.”*

Açıklamada, karasularından geçen gemilerin, hükmün genişliğinden dolayı, 19(2). maddede belirtilen faaliyetlere dahil olmadıkları sürece, “zararsız geçiş” yapacakları belirtilmiştir. Geçiş yapan gemiler, kıyı devletince 1982 Sözleşmesi'nin 21, 22, 23 ve 25. maddelerine uygun biçimde kabul edilen kanun ve yönetmeliklere uyma yükümlülüğü altındadır. Kıyı devletinin kabul ettiği bu düzenlemeler ise, zararsız geçiş hakkını reddetme veya engelleme etkisine sahip olmamalıdır.

Bu önemli açıklama 19(2). maddede adı geçen faaliyet listesinin oldukça kapsamlı olduğu ve bu faaliyetlerde bulunmadan karasularından geçen bir geminin geçişinin zararsız geçiş olduğu görüşlerinin altını çizmektedir. Bu açıklama ayrıca, aslında savaş gemilerinin de önceden bildirim ve izin gerekliliği olmadan karasularından zararsız geçiş hakkı olduğu görüşüne ağırlık vermektedir.<sup>99</sup>

#### **Yabancı Gemiler Üzerindeki Yetki<sup>100</sup>**

Yabancı gemilerin karasularından geçişi esnasında kıyı devleti cezai yargı yalnızca yetkisini tutuklama veya belirlenen durumlarda gemide işlenen suçlarla ilgili soruşturma durumlarında kullanabilir. Bunlar 1958 Karasuları Sözleşmesi'nin 19(1). maddesini teyit eder bir şekilde, 1982 Sözleşmesi'nin 27(1). maddesinde sıralanmışlardır:

*“a) eğer suçun sonuçları kıyı devletine uzanıyorsa; veya b) eğer suç, ülkenin barışını veya karasularında düzeni bozacak nitelikte ise; veya c) eğer yerel makamların yardımı gemi kaptanı veya geminin bayrağını taşıdığı devletin bir diplomasi ajanı veya konsolosluk memuru tarafından talep edilmiş ise; veya d) eğer bu tedbirler uyuşturucu maddelerin veya uyuşturucu ilaçların gayri meşru trafiğinin önlenmesi için gerekli ise.”<sup>101</sup>*

<sup>97</sup> Ayrıca bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 54–6. Konu, Deniz Hukuku Üzerine Üçüncü Birleşmiş Milletler Konferansı'nda açık bırakılmış ve bu nedenle 1982 Sözleşmesi'nde yer almamıştır. Bununla birlikte, Batı ve komünist ülkeler Konferansın önceki oturumlarında savaş gemilerine atıf içeren öneriler sunmuşlardır: Bkz., UNCLOS III, Official Records, cilt III, ss. 183, 203, 192 ve 196. Ayrıca bkz., 1975 Gayri Resmi Tek Müzakere Metni (1975 Informal Single Negotiating Text) 29 (2) maddesi. Dört ABD savaş gemisinin Kıyım sahillerindeki Sovyet karasularından geçişi esnasında meydana gelen bir olay sonrasında, savaş gemilerinin zararsız geçiş hakkı ABD tarafından iddia edilmiştir: Bkz., *The Times*, 19 Mart 1986, s. 5.

<sup>98</sup> Bkz., 84 AJIL, 1990, s. 239.

<sup>99</sup> Ayrıca bkz., Cumulative DUSPIL 1981–8, cilt II, ss. 1844 vd., ve UKMIL, 65 BYIL, 1994, ss. 642–7. Bazı devletlerin nükleer güç ile çalışan gemilerin veya kara sularından geçerek nükleer madde taşıyan gemilerin geçişinin önceden izin veya onay almaları talebi ile ilgili olarak ayrıca bkz., Cumulative DUSPIL 1981–8, cilt II, s. 1854. Tehlikeli atık taşıyan gemilerin geçişine ilişkin önceden izin veya onay almalarına ilişkin iddialarla ilgili İngiltere görüşleri için ayrıca bkz., UKMIL, 62 BYIL, 1991, ss. 632–3

<sup>100</sup> Örneğin bkz., O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 23 ve 24. Ayrıca bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 620, ve Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, ss. 237 vd. Bu kuralların yabancı gemilere ve devlet ticari gemilerine uygulanabileceği not edilmelidir.

<sup>101</sup> İkinci ifade 1982 Sözleşmesi'nin 27(1). maddesi ile ilave edilmiştir.

Fakat eğer gemi kıyı devletinin iç sularını terk ederek karasularından geçiş yapıyorsa, kıyı devleti gemide tutuklama ve soruşturma ile ilgili kanunlarına uygun şekilde hareket edebilir ve bu durumda 27(1). madde hükümleri ile sınırlı değildir. Ama kıyı devletinin yetkilileri geminin iç sulara girmemiş olması/girmemesi koşuluyla, karasularına girmeden önce işlenen suçlarda ilgili eylemde bulunamaz.

1982 Sözleşmesi'nin 28. maddesi kapsamında, kıyı devleti karasularından geçen yabancı bir gemiyi, gemide bulunan kişi ile ilgili adli (hukuki) yargı yetkisini kullanmak üzere veya gemiyi haczetmek ya da el koymak üzere (icrai veya ihtiyati tedbirler için) durduramaz ya da yolundan çeviremez. Bu durumun istisnası geminin karasularından geçişi esnasında veya geçiş amacıyla yüklenmiş bulunduğu yükümlülükler ve tabi olduğu sorumluluklara ilişkindir ya da geminin iç sularından geçerek karasularından geçiş yapmasıdır. Fakat bu kural devletin karasularında duran veya iç suları geçerek karasularından geçiş yapan bir gemi üzerinde icrai ve ihtiyati tedbirler almak hakkına halel getirmez.<sup>102</sup> Savaş gemileri veya ticari amaçlarla kullanılmayan devlet gemileri, geçişi düzenleyen kuralları ihlal etmeleri durumunda karasularını hemen terk etmeleri istense bile kıyı devletinin yargı yetkisinden bağımsızdır ve bayrak devleti kıyı devletinin maruz kaldığı tüm kayıp ve zararlarla ilgili uluslararası sorumluluğu yüklenir.<sup>103</sup>

## ULUSLARARASI BOĞAZLAR<sup>104</sup>

1958 Karasuları Sözleşmesi'nin 16(4). maddesine göre:

*"Açık denizlerin bir parçası ile diğer parçası arasında veya yabancı devletin karasularında uluslararası seyrişer için kullanılan boğazlardan, yabancı gemilerin zararsız geçişi durdurulmamalıdır."*

Bu hüküm *Corfu Channel* davası kararı ile birlikte değerlendirilmelidir.<sup>105</sup> Bu davada, boğazları geçmekte olan İngiliz gemilerinin üzerine Arnavutluk tarafından ateş açılmıştır. Aylar sonra, kruvazör ve destroyerden oluşan takviye kuvvet Kuzey Korfu Boğazı'na ilerlemiş ve bunlardan ikisi mayınlara çarparak ağır hasar almışlardır. Bu durum, üç hafta sonra İngiliz kuvvetlerinin Boğazı taramak için eyleme geçmesine yol açmış ve Alman yapımı yirmi civarında mayını temizlemelerini sağlamıştır. Divan aşağıda alıntılanmış şekliyle şu noktayı vurgulamıştır:

<sup>102</sup> Ayrıca bkz., 1958 Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 20. maddesi.

<sup>103</sup> 1982 Sözleşmesi'nin 29–32 maddeleri Ayrıca bkz., 1958 Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 21–3 maddeleri ve *Ara Libertad (Argentina v. Ghana)* davası, the International Tribunal for the Law of the Sea, Order of 15 December 2012, para. 95, <http://www.itlos.org/index.php?id=222>

<sup>104</sup> Örneğin bkz., D. Caron, *Navigating Straits*, The Hague, 2014; H. Caminos ve V. P. Cogliati-bantz, *The Legal Regime of Straits: Contemporary Challenges and Solutions*, Cambridge, Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 11; Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 3 (4); Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 5; O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 8; R. Lapidoth, *Les D'etroits en Droit International*, Paris, 1972; T. L. Koh, *Straits in International Navigation*, London, 1982; J. N. Moore, 'The Regime of Straits and the Third United Nations Conference on the Law of the Sea', 74 AJIL, 1980, s. 77; W. M. Reisman, 'The Regime of Straits and National Security', *a.g.e.*, s. 48; H. Caminos, 'Le R'egime des D'etroits dans la Convention des Nations Unies de 1982 sur le Droit de la Mer', 205 HR, 1987 V, s. 9; S. N. Nandan ve D. H. Anderson, 'Straits Used for International Navigation: A Commentary on Part III of the UN Convention on the Law of the Sea 1982', 60 BYIL, 1989, s. 159; *Oppenheim's International Law*, s. 633 ve B. B. Jia, *The Regime of Straits in International Law*, Oxford, 1998.

<sup>105</sup> ICJ Reports, 1949, s. 4; 16 AD, s. 155.

*“Barış zamanında devletler, açık denizlerin iki bölümü arasında uluslararası seyrüsefer yapmak üzere savaş gemilerini, kıyı devletinin önceden izni olmaksızın barışçıl geçiş olması koşuluyla boğazlardan geçirme hakkına sahiptirler.”<sup>106</sup>*

Ayrıca mayın tarama faaliyetinin hiçbir biçimde “zararsız” olamayacağı ve, İngiliz gemilerinin önceki geçişleri hukuki olsa dahi, bunun aslında Arnavutluk’un egemenliğini ihlal ettiği belirtilmiştir.<sup>107</sup>

1982 Sözleşmesi, uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazlar için yeni bir rejim oluşturmuştur. Söz konusu olan boğaz sularının hukuki statüsünün, geçiş ile ilgili hükümler tarafından etkilenmeyeceği prensibi teyit edilmiştir.<sup>108</sup>

Açık denizlerin bir bölümü veya münhasır ekonomik bölge ile açık denizlerin diğer bölümü veya münhasır ekonomik bölge arasında uluslararası seyrüsefer yapmak için kullanılan boğazlara ilişkin yeni bir transit geçiş hakkı oluşturulmuştur.<sup>109</sup> Bu hak, boğazlardan sadece kesintisiz ve süratli transit geçiş amaçları için seyrüsefer ve boğazlar üzerinden uçuş serbestisini içermekte ve boğaza sınırı olan devlete giriş ya da devletten çıkış için geçişi dışarda bırakmamaktadır.<sup>110</sup> Söz konusu boğazlara kıyısı olan devletler, transit geçişi engellememeli ve durdurmamalıdır.<sup>111</sup>

Bu hakka dair üç adet istisna bulunmaktadır: 36. madde kapsamında bir açık deniz yolunun veya münhasır ekonomik bölgeden geçen seyrüsefer için uygun bir yolun bulunduğu haller; 38(1). madde kapsamında bir devletin ana karası ile bu devlete ait bir ada arasında kalan boğazlarda, adanın açık deniz tarafında veya bir münhasır ekonomik bölgede benzer seyrüsefer uygunluğunda başka bir yolun mevcut olması durumu; 45. madde kapsamında boğazların üçüncü bir devletin karasularını açık denizin bir kısmına veya üçüncü bir devletin münhasır ekonomik bölgesine bağlaması durumu. Transit geçiş yapan gemiler ve uçaklar, ilgili uluslararası düzenlemelere uymalı, gereklilik hali (*force majeure*) ve tehlike durumları dışında normal seyrüsefer usulleri uyarınca, kesintisiz ve süratli bir geçişin gerektirdiği faaliyetlerin dışında her türlü faaliyetten kaçınmalıdırlar.<sup>112</sup> Bu nedenle, “zararsız” transit geçiş ile ilgili resmi bir zorunluluk bulunmasa da, 38 ve 39. maddelerin etkisi transit geçişi aynı kısıtlamalara tabi hale getirmiş görünmektedir. 45. madde kapsamında zararsız geçiş rejimi, 38(1). madde kapsamında transit geçiş rejiminin uygulanma alanı dışında bırakılan ve yabancı bir devletin karasularını açık denizin bir kısmına veya diğer bir devletin münhasır ekonomik bölgesine bağlayan boğazlara uygulanacaktır. Bu durumlarda zararsız geçiş hakkının kullanılması geçici bir süre için durdurulamayacaktır.<sup>113</sup> Transit geçiş rejimi özellikle uçakların ve denizaltıların geçişine izin verirken, zararsız geçiş durumlarına nazaran geçişe ilişkin daha az kısıtlamalar getirdiği ve kıyı devletine geçişi kontrol edebilmesi için daha

<sup>106</sup> A.g.e., s. 28; 16 AD, s. 161. Divan, “boğaz” tanımına ilişkin belirleyici kriterin, boğazın, açık denizlerin iki kesimini birbirine bağlayan coğrafi durumu ve bunun aslında uluslararası seyrüsefer için kullanıldığı olgusuyla birlikte vurgulandığını belirtmiştir. 16 (4). madde ile açık denizlerden bir devletin karasularına zararsız geçiş hakkı teamül hukuku haklarına eklenmiştir. Bu durum, Tiran boğazlarından İsrail limanı olan Eilat’a ulaşma sorunu ile ilgili özel bir önem taşımaktaydı: Daha detaylı bilgi için bkz., dipnot 116.

<sup>107</sup> A.g.e., ss. 30–1, 33; 16 AD, ss. 163, 166. Davanın nihai çözümü kaydedilmelidir, UKMIL, 63 BYIL, 1992, s. 781.

<sup>108</sup> 34. ve 35. maddeler.

<sup>109</sup> Madde 37. Ayrıca bkz., R. S. Anand, ‘Transit Passage and Overflight in International Straits’, 26 IJIL, 1986, s. 72, ve *Oppenheim’s International Law*, s. 636.

<sup>110</sup> Madde 38.

<sup>111</sup> Madde 44.

<sup>112</sup> 39. 41. ve 42. maddeler uyarınca kıyı devleti, uluslararası boğazlarda geçiş yolları ve trafik ayırma şemaları belirleyebilir.

<sup>113</sup> Madde 45(2).

az yetkiler verdiği görülmektedir.<sup>114</sup> Transit geçiş güvenlik gerekçeleri ve diğer gerekçelerle durdurulamaz.<sup>115</sup>

Transit geçiş hakkının teamül hukuku haline gelip gelmediği belirsizdir. Uygulama henüz muğlaktır.<sup>116</sup> Bazı devletler uluslararası boğazlardan geçiş hakkını sarahaten yazılı hale getirmiştir. 1987 yılında Birleşik Krallık'ın karasularını 12 mile genişletmesinin ardından ortaya çıkan sonuçlardan biri, Dover Boğazları'ndan geçen açık deniz koridorunun yok olması olmuştur. Bir sonraki yıl Fransa ile Dover Boğazları'nın karasularının sınırlandırılmasına ilişkin bir anlaşma imzalanmıştır. Bahsi geçen iki hükümet de aşağıdaki ifadeleri kabul etmişlerdir:

*“Dover Boğazları'nda, ticaret gemilerinin, devletlere ait gemilerin ve özellikle normal seyrüsefer usullerine uyan savaş gemilerinin engelsiz bir şekilde transit geçiş hakları, ayrıca uçakların üzerinden uçuş hakkı [bulunmaktadır]. Uluslararası hukuk kapsamında bu rejimi düzenleyen prensipler doğrultusunda bu geçişlerin kesintisiz ve süratli bir şekilde olacağı anlaşılmaktadır.”<sup>117</sup>*

Bazı boğazlar, yukarıdaki hükümlerden etkilenmeyen özel rejimlere tabidir.<sup>118</sup> Buna önemli bir örnek, İstanbul (Bosphorus) ve Çanakkale (Dardanelles) Boğazlarından geçişi düzenleyen 1936 Montrö Sözleşmesi'dir. Bu Sözleşme barış zamanında tüm ticaret gemilerine transit geçiş ve seyrüsefer serbestliği tanırken, Türkiye'ye önceden bilgi vermek koşuluyla bazı savaş gemilerine gündüz saatlerinde transit geçiş serbestliği sağlamaktadır.<sup>119</sup>

## BİTİŞİK BÖLGE<sup>120</sup>

Tarihsel olarak bazı devletler açık denizlerin belirli bölümleri üzerinde bazı hakları olduğunu iddia etmişlerdir. Sadece belirlenmiş amaçlar için olsa da, kıyı devletinin yetkisinin karasularına bitişik açık denizlere genişletilmesi, açık denizlerin serbestisi ilkesinde bir miktar azalmaya yol açmaktadır. Bunun gibi sınırlı yetki alanları birçok nedenle oluşturulmuş ya da bu alanların üzerlerinde hak iddia edilmiştir: örneğin gümrük, göç veya sıhhi kuralların ihlalinin önlenmesi, belirli bölgelerdeki balık stoklarının korunması ya da kıyı devletinin önceden hak iddia ettiği alandaki kaynaklarla münhasır veya ilkesel haklara sahip olmasının sağlanması.

<sup>114</sup> Bkz., madde 38–42. Karasularından zararsız geçiş rejimleri, transit geçiş ve takımadalar arasındaki geçiş yolları arasındaki farklar için ayrıca bkz., Nandan ve Anderson, 'Straits', s. 169.

<sup>115</sup> Madde 44.

<sup>116</sup> Bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, s. 113. Karşılaştırma için bkz., O. Schachter, 'International Law in Theory and Practice', 178 HR, 1982, ss. 9, 281.

<sup>117</sup> Cmnd 557. Ayrıca bkz., 38 ICLQ, 1989, ss. 416–17 ve AFDI, 1988, s. 727.

<sup>118</sup> Madde 35(c).

<sup>119</sup> Örneğin bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 114 vd. Ayrıca bkz., UKMIL, 57 BYIL, 1986, s. 581, ve F. A. Vali, *The Turkish Straits and NATO*, Stanford, 1972. Tiran Boğazı ve Akabe Körfezi'nin statüsüyle ilgili İsrail ile Arap komşuları arasındaki anlaşmazlık, barış antlaşmalarında özellikle ele alınmıştır. 1979 İsrail-Mısır Barış Antlaşması'nın 5(2). maddesi ve 1994 İsrail Ürdün Barış Antlaşması'nın 14(3). maddesi, Boğaz'ın ve Körfez'in, tüm uluslara açık uluslararası deniz yolları olduğunu teyit etmişlerdir. Bu yollar aracılığı ile yapılacak seyrüseferler ve üzerinden uçuşlar serbest olacak, kesintiye uğratılmayacak ve engellenmeyecektir. Bering Boğazına ilişkin ABD-SSCB Antlaşması için bkz., 28 ILM, 1989, s. 1429. Finlandiya ve Danimarka arasındaki Büyük Kemer (Great Belt) anlaşmazlığı için bkz., M. Koskenniemi, 'L'Affaire du Passage par le Grand-Belt', AFDI, 1992, s. 905. Diğer belirli boğazlar için örneğin bkz., Tanaka, *International Law of the Sea*, ss. 102–4; S. C. Truver, *Gibraltar and the Mediterranean*, Alphen, 1982; M. A. Morris, *The Strait of Magellan*, Dordrecht, 1989; G. Alexander, *The Baltic Straits*, Alphen, 1982 ve M. Leiffer, *Malacca, Singapore and Indonesia*, Alphen, 1978.

<sup>120</sup> Bkz., Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 4 (2); Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 3 (VI); A. V. Lowe, 'The Development of the Concept of the Contiguous Zone', 52 BYIL, 1981, s. 109; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 7 ve O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt II, Bölüm 27. Ayrıca bkz., S. Oda, 'The Concept of the Contiguous Zone', ICLQ, 1962, s. 131 ve *Oppenheim's International Law*, s. 625.

Her durumda, bu alanlar kıyı devletinin hayati veya önemli gördüğü çıkarlarını karasularının sınırlarını açık denizlere genişletmeden korumasını sağlamaktadırlar. Bu nedenle kıyı devletinin çıkarları ile açık denizlerin statüsünü korumak isteyen diğer deniz devletleri arasında bir uzlaşmayı ve çatışan iddialar arasındaki dengeyi yansıtmaktadır. Fakat hakların karasularının ötesinde genişletilmesi, sadece belirli iç hukuk kurallarının ihlalinin önlenmesi çerçevesinde değil, ayrıca kıyı devletinin deniz kaynaklarına ilişkin ekonomik çıkarlarının geliştirilmesi ve korunması bağlamında olmuştur. Bitişik bölge fikri (karasularından itibaren başlayan bölge), 1930'lu yıllarda Fransız yazar Gidel<sup>121</sup> tarafından buyurucu (güvenilir) ve sürekli (yetkin) bir öğreti olarak sanal bir şekilde formüle edilmiş ve Karasuları Sözleşmesi'nin 24. maddesinde yer almıştır. Buna göre:

*“Karasularına bitişik olan açık denizlerdeki bir bölgede, kıyı devleti aşağıdaki durumlarda kontrol yetkisini kullanabilir:*

*a) Ülkesi üzerinde veya karasularında gümrük, maliye, sağlık veya muhaceret ile ilgili kanun ve kuralların ihlalinin önlemek;*

*b) Bu kanun ve kurallara karşı ülkesi üzerinde veya karasularında meydana gelebilecek ihlalleri cezalandırmak.”*

Bu nedenle, kıyı devletinin belirli haklara sahip olduğu ve açık denizlerin bir parçası olarak anılan bitişik bölgeler, üzerlerinde bütünüyle egemenlik iddia edilen karasuları parçalarından kesin bir biçimde ayrılmaktadırlar. Devletin ülke topraklarına otomatik olarak bağlı olan karasularının aksine bitişik bölgeler için özel olarak hak talebi yapılmalıdır.

Açık denizlerdeki bölgelerde uygulanan haklara görece yeni eklemeler olan sıhhi ve göç kuralları, gümrük düzenlemelerinden doğan analogi olarak kabul edilebilirken pratikte sadece 1958 Sözleşmesi'nden beri meşrudurlar. Diğer taraftan gümrük bölgeleri uzun bir geçmişe sahiptir ve uluslararası teamül hukukunda da tanınmaktadırlar. Birleşik Krallık ve ABD de dahil olmak üzere birçok devlet, karasuları sınırının 3 ya da 4 mil olduğu durumlarda artan kaçakçılığı önleyebilmek için, karasularının dışında ve belirli alanlarda gümrük kurallarını uygulamak amacıyla uzun yıllardır kanunlar çıkarmaktadırlar.<sup>122</sup>

Fakat bitişik bölgeler karasularının ölçüldüğü esas çizgiden itibaren 12 mil ile sınırlandırılmışlardır. Bu nedenle kıyı devletinin halihazırda 12 mil karasuları ilan etmesi durumunda bitişik bölge sorunu olmayacaktır.

Bu sınırlama, gümrük, sıhhi ve göç konularındaki yargı kısıtlaması ile birlikte, yakın zamanda uluslararası ilişkilerde bitişik bölge ile ilgi alanının azalmasının nedenidir. Fakat 1982 Sözleşmesi'nin 33. maddesi uyarınca, bir kıyı devleti (1958 hükümleri ile aynı amaçla) esas çizgiden 24 mile kadar bitişik bölge ilan edebilir. Kabul edilen 12 millik karasuları sınırı göz önüne alındığında bu şekilde bir genişletme, kavramı muhafaza etmek için gereklidir. 1958 sistemi kapsamında bitişik bölge açık denizlerin parçasıyken, 1982 Sözleşmesi kapsamında bitişik bölgenin münhasır ekonomik bölge alanının parçası olabilmesi önemli bir farklılıktır.<sup>123</sup> Bu durum bu bölgenin niteliği üzerinde bariz bir etki yapacaktır.

<sup>121</sup> A. Gidel, 'La Mer Territoriale et la Zone Contigue', 48 HR, 1934, ss. 137, 241.

<sup>122</sup> Örneğin on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllardaki İngiliz Hovering Acts. Bkz., O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt II, ss. 1034–8, ve benzer ABD ykanunları, *a.g.e.*, ss. 1038 vd.

<sup>123</sup> Bkz., münhasır ekonomik bölgenin 'karasularının ötesinde ve bu sulara bitişik bir bölge' olduğunu belirten 55. madde. Ayrıca bkz., [www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/claims.htm](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/claims.htm)

## MÜNHASIR EKONOMİK BÖLGE<sup>124</sup>

Bu bölge, özellikle balıkçılık bölgelerine<sup>125</sup> ilişkin, önceki daha çekimser hak iddiaları ve 1982 Sözleşmesi'ne yol açan müzakere süreci sonucu ortaya çıkmıştır.<sup>126</sup> 200 mil karasuları talep eden ve kıyı devletinin gücünün daha kısıtlı olduğu bir sistemi arzu eden devletler arasında bir uzlaşya işaret etmektedir.

200 millik bir münhasır ekonomik bölge çağrısı yapılmasının en önemli nedenlerinden biri, balıkçılık bölgelerine ilişkin uyumsuzluklardır. 1958 Cenevre Karasuları Sözleşmesi balıkçılık bölgelerinin oluşturulması ile ilgili bir anlaşmaya varmamış ve Sözleşme'nin 24. maddesi bitişik bölgede münhasır balıkçılık hakları vermemiştir. Buna rağmen, değişik genişliklerde balıkçılık bölgeleri talep eden devletlerin sayısı gün geçtikçe artmıştır. Birleşik Krallık tarafından 1964 Balıkçılık Sınırlılıkları Kanunu ile uygulanan 1964 Avrupa Balıkçılık Sözleşmesi, kıyı devletinin balık avlamak için münhasır hakları olduğunu ve karasularının esas çizgisinden itibaren 6 millik bir deniz kuşağında balıkçılığa ilişkin münhasır yetkisi olduğunu belirtmiştir. Esas çizgiden 6 mil ile 12 mil arasındaki deniz bölgesinde ise Sözleşme'ye taraf diğer devletler, bu deniz kuşağında Ocak 1952 ve Aralık 1962 tarihleri arasında (süregelmekte olan bir şekilde) balık avladıklarını ortaya koymaları şartıyla, balık avlama hakkına sahiptirler. Bu, kıyı devletinin çıkarları ile ilgili alanda geleneksel olarak balıkçılık yaptığını kanıtlayan devletlerin çıkarları arasındaki uyumsuzluğu gidermeyi amaçlamaktadır. Zaman zaman 12 millik balıkçılık bölgesini kendileri ya da başka devletler için kabul eden devletlerin uygulaması ışığında, bu etkiye sahip uluslararası bir kuralın ortaya çıktığı açıktır. *Fisheries Jurisdiction* davalarında<sup>127</sup> Uluslararası Adalet Divanı, bu amaçla bir devletin karasularından bağımsız olarak münhasır yetki talep ettiği balıkçılık bölgesi kavramının, geçmiş yıllarda özellikle 1960 Cenevre Konferansı'ndan beri teamül hukuku olarak kristalize olduğunu ve 'balıkçılık bölgesinin esas çizgiden itibaren 12 mil sınırına kadar genişletilmesinin genel olarak kabul gördüğünü' belirtmiştir. Konunun bu kadarı açıktır, fakat sorun 12 mili aşan böylesi bir bölgenin uluslararası hukuk tarafından kabul görüp görmediğidir.

1972 yılında, kıyıları etrafındaki balıkçılık stoklarının tükenmesinin uzun vadeli etkileri konusunda kaygı duyan İzlanda, tek taraflı olarak 50 millik münhasır balıkçılık bölgesi ilan etmiştir. Birleşik Krallık ve Alman Federal Cumhuriyeti konuyu UAD'ye taşımışlar ve Divan'ın özellikle İzlanda'nın iddiasının uluslararası hukuka aykırı olup olmadığını konusunda karar vermesini talep etmişlerdir.

Divan soruyu cevaplamamıştır, bundan ziyade İzlanda'nın bölgeyi genişleten balıkçılık düzenlemelerinin Birleşik Krallık ve Batı Almanya'nın rızası olmaması nedeniyle bu devletler üzerinde bağlayıcılığı olmadığına karar vermiştir. Fakat dolaylı olarak UAD verdiği kararı uluslararası hukukta 50 millik balıkçılık bölgesine izin veren herhangi bir kuralın var olmadığı gerçeği üzerine kurmuştur. Benzer şekilde, 12 milin ötesindeki iddiaları yasaklayan bir kuralın olmadığı ve bu tarz iddiaların davaya ilişkin gerçekliklere ve diğer devletlerin bu iddiaları tanıma düzeyine bağlı olduğu ortaya çıkmıştır.

<sup>124</sup> Örneğin bkz., *The Exclusive Economic Zone and the United Nations Law of the Sea Convention, 1982-2000* (ed. E. Franckx ve S. Gautier), Brussels, 2003; Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 4 (3); Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 4; Brown, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 10 ve 11; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 9; D. J. Attard, *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Oxford, 1986; O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 15; Oppenheim's *International Law*, s. 782 ve Daillier ve diğerleri, *Droit International Public*, s. 1313. Ayrıca bkz., F. Orrego Vicuna, 'La Zone Economique Exclusive', 199 HR, 1986 IV, s. 9; Orrego Vicuna, *The Exclusive Economic Zone, Regime and Legal Nature under International Law*, Cambridge, 1989; B. Kwiatowska, *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*, Dordrecht, 1989; R. W. Smith, *Exclusive Economic Zone Claims. An Analysis and Primary Documents*, Dordrecht, 1986 ve F. Rigaldies, 'La Zone Economique Exclusive dans la Pratique des Etats', *Canadian YIL*, 1997, s. 3.

<sup>125</sup> O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 14.

<sup>126</sup> *A.g.e.*, ss. 559 vd.

<sup>127</sup> ICJ Reports, 1974, ss. 8, 175; 55 ILR, s. 238.

Divan bunun yerine uluslararası teamül hukuku prensibi olarak gördüğü imtiyazlı haklar kavramını vurgulamıştır. Bu haklar kıyı devletinin ‘kıyı balıkçılığına özel olarak bağımlılığının olması durumunda’<sup>128</sup> ortaya çıkmaktadır. Fakat bu kavram BM Konferansı ve 1982 Sözleşmesi tarafından hızlı bir şekilde geliştirilmiştir. 1982 Sözleşmesi’nin 55. maddesi münhasır ekonomik bölgenin karasularının ötesinde ve bu sulara bitişik, Sözleşme tarafından belirlenen özel rejime tabi bir alan olduğunu belirtmektedir.

56 (1). madde kapsamında ekonomik bölgede kıyı devleti diğerlerinin yanında:

“a) Deniz yatağı üzerindeki sulara, deniz yataklarında ve bunların toprak altındaki kısmında canlı<sup>129</sup> ve cansız doğal kaynaklarının araştırılması, işletilmesi muhafazası ve yönetimi konuları ile; aynı şekilde sudan, akıntılardan ve rüzgarlardan enerji üretimi gibi, bölgenin ekonomik amaçlarla araştırılmasına ve işletilmesine yönelik diğer faaliyetlere ilişkin egemen haklara<sup>130</sup>;

b) (i) suni adalar, tesisler ve yapılar kurma ve bunları kullanma;<sup>131</sup> (ii) denize ilişkin bilimsel araştırma yapma;<sup>132</sup> (iii) deniz çevresinin korunması ve muhafazasına ilişkin yetkilere sahiptir.”<sup>133</sup>

Madde 56(2) şunu öngörmektedir: ‘Münhasır ekonomik bölgede kıyı devleti bu Sözleşme uyarınca haklarını kullanırken ve yükümlülüklerini yerine getirirken, diğer devletlerin haklarını ve yükümlülüklerini gerektiği şekilde göz önünde bulunduracak ve bu Sözleşme hükümleriyle bağdaşacak biçimde hareket edecektir’. Bu hüküm Chagos Deniz Koruma Bölgesi’ne ilişkin *Mauritius v. UK* hakemliğinde Mahkeme tarafından tartışılmıştır.<sup>134</sup> Burada ‘gerektiği şekilde’nin ‘şartlar ve bu hakların niteliği uyarınca Mauritius’un haklarının gerektirdiği şekilde’ Birleşik Krallık’ın hareket etmek durumunda olmasından daha fazla bir anlam ifade etmediğine hükmedilmiştir. Bununla birlikte, bu davadaki şartlar altında, Mahkeme Birleşik Krallık’ın madde 56(2) (ve madde 2(3))’ü ihlal ettiğine karar vermiştir. Birleşik Krallık ‘kendi hak ve çıkarları ile Mauritius’un Lancaster House Taahhütlerinden doğan haklarını düzgün bir biçimde dengelemede başarısız olmuştur. Birleşik Krallık sadece Mauritius’un Chagos Takımada karasularında balıkçılık haklarının olmadığı yönündeki hatalı yaklaşımda bulunmamış ayrıca, Mauritius ile hiç teyid etmeden, Deniz Koruma Bölgesi’nin Mauritius’un çıkarına olduğu sonucunu varsaymıştır.<sup>135</sup> 2 Nisan 2015 tarihinde verilen ilk kararında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi kendi ekonomik bölgesi içindeki hukuka aykırı, kayıtdışı ve düzensiz balıkçılığı engelleme, caydırma ve önleme maksadıyla gereken önlemleri alma temel sorumluluğunun sahildevletinde olduğuna, fakat bayrak devletlerinin

<sup>128</sup> ICJ Reports, 1974, ss. 23–9; 55 ILR, s. 258.

<sup>129</sup> Ayrıca bkz., madde 61–9. 14 Nisan 2014 tarihli *M/V ‘Virginia G’ (Panama v Guinea-Bissau, para. 217)* kararında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi şöyle demiştir: ‘Kıyı devletinin kendi münhasır ekonomik bölgesi içinde balık avlayan gemilere yakıt vermeye ilişkin düzenleme yapması, Sözleşme’nin 62. maddesi 4. paragrafı ile birlikte okunduğunda, Sözleşme’nin 56. maddesi uyarınca münhasır ekonomik bölgesinde kendisinin canlı kaynaklarını koruma ve yönetme amacıyla alabileceği önlemler arasındadır’ ve ‘bu yaklaşım Sözleşme’nin yapılmasından sonra gerçekleşen devlet uygulaması ile teyid edilmektedir’.

<sup>130</sup> 12 Temmuz 2016 tarihli *Philippines v. China* davasında (para. 243.) Mahkeme şunu vurgulamıştır: ‘Canlı ve cansız kaynaklar üzerinde egemen haklar kavramı genel olarak başka bir devletin bu kaynaklara ilişkin tarihi haklara sahip olmasıyla bağdaşmaz. Bu, özellikle de bu tür tarihi hakların münhasır olduğunun düşünüldüğü durumda geçerlidir.’ (vurgu orjinaldir.) Ayrıca kararda, Mischief Resifi’nin suların çekilme zamanındaki bir yükselti olduğu ve Filipinler’in münhasır ekonomik bölgesi içinde yer aldığı ve bu yüzden de bu resif üzerinde, üç adet uçuş pisti dahil, Çin’in suni bir ada inşa etmesinin Filipinlerin egemen haklarını ihlal ettiği eklenmiştir. Para. 290, 378, 381, 399 ve 632-3 ve 1203(B)(7) ve (14).

<sup>131</sup> Ayrıca bkz., madde 60.

<sup>132</sup> Daha fazlası için bkz., Sözleşme Kısım XIII ve Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 15.

<sup>133</sup> Daha fazlası için bkz., Sözleşme Kısım XII ve Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 14.

<sup>134</sup> 18 Mart 2015 tarihli karar, para. 518 vd., s. 519.

<sup>135</sup> *A.g.e.*, para. 535.



de kendi vatandaşlarının ve bayraklarını çekmiş bulunan gemilerin bu tür bir balıkçılıkla iştigal etmemelerini sağlama yükümlülüğünde olduklarına karar vermiştir.<sup>136</sup> Mahkeme, ayrıca Sözleşme'de özel kuralların bulunmaması halinde devlet sorumluluğuna ilişkin genel hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir. Bunun sonucu olarak, bayrak devleti hukuka aykırı, kayıtdışı ve düzensiz balıkçılıkla iştigal olmadan dolayı sorumlu tutulamaz (çünkü bu eylem devlet sorumluluğuna ilişkin genel kurallar uyarınca bu bayrak devletine atfedilemez). Böyle bir sorumluluk, bayrak devletinin kendi bayrağını çekmiş bulunan bir geminin üye devletlerin ekonomik bölgelerinde hukuka aykırı, kayıtdışı ve düzensiz balıkçılıkla iştigal etmemesi için, bu tür eylemlerin sıklığına bakılmaksızın, bütünü gerekli ve uygun önlemleri almada gereken özeni gösterme yükümlülüğünde başarısız olması halinde ortaya çıkabilecektir.<sup>137</sup>

55. madde bölgenin, karasularının en dış sınırından başlayacağını söylerken 57. madde karasularının genişliğinin ölçüldüğü esas çizgiden itibaren 200 deniz milini aşmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda, gerçekte karasularının 12 deniz mili olduğu durumda münhasır ekonomik bölgenin kendisi 188 deniz milinden fazla olamaz, fakat kıyı devletinin karasularının 12 milden az olduğu durumlarda daha fazla olabilir. Komşu devletle arada bulunan ilgili suların 400 milden az olması durumunda sınırlama yapmak gerekli hale gelir.<sup>138</sup> İnsanların oturmasına elverişli olmayan kayalıklardan oluşmayan adalar, ekonomik bölgelere sahiptir.<sup>139</sup>

58. madde diğer devletlerin münhasır ekonomik bölgelerdeki hakları ve yükümlülüklerini ortaya koymaktadır. Bu haklar temel olarak seyrüsefer serbestliği, uçuş serbestliği ve denizaltı kabloları ve petrol boruları döşeme serbestliğidir. Madde ayrıca bu hakların kullanılmasında ve yükümlülüklerin yerine getirilmesinde kıyı devletinin haklarını ve yükümlülüklerini gerektiği şekilde göz önünde bulunduracaklarını belirtmektedir. Bu bölgede hak ve yetkilerin kullanımı konusunda uyuşmazlık ortaya çıkması halinde uzlaşma hakkaniyete dayalı ve diğer bütün ilgili şartlar ışığında olmalıdır.<sup>140</sup> 60(2). madde uyarınca münhasır ekonomik bölgede, kıyı devletinin, suni adalar, tesisler ve yapılar üzerinde gümrük kanun ve kuralları uygulama yetkisi dahil olmak üzere, münhasır yetkiye sahip olacaktır. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi *M/V Saiga (No.2) (Kabul edilebilirlik ve Esas)* davasında kıyı devletinin ekonomik bölgenin diğer kısımlarında gümrük kanunlarını uygulamada yetkili olmadığı görüşünü benimsemiştir.<sup>141</sup> Bu bağlamda, gümrük kanunlarını, ekonomik bölgeyi de içine alan bir gümrük yarıçapına uygulayan Gine Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne aykırı davranmıştır.<sup>142</sup>

Geçen yirmi yıllık sürede birçok devlet 200 millik münhasır ekonomik bölge ilan etmişlerdir.<sup>143</sup> Bu tarz bir ilanda bulmayan devletlerden bazıları ise balıkçılık bölgesi ilan etmişlerdir.<sup>144</sup>

<sup>136</sup> Karar, para. 106, 110 ve 124,

<sup>137</sup> *A.g.e.*, para. 150. Ayrıca bkz., *Arctic Sunrise (Netherlands v Russia)*, 14 Ağustos 2015 tarihli karar, s. 69 vd. Bu karar ekonomik bölgedeki canlı olmayan kaynaklara ilişkin olarak kıyı devletinin kendi kanunlarını uygulama hakkına dairdir.

<sup>138</sup> Daha fazlası için bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>139</sup> Madde 121(3). Ayrıca bkz., *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 97.

<sup>140</sup> Madde 59.

<sup>141</sup> 120 ILR, ss. 143, 190.

<sup>142</sup> *A.g.e.*, s. 192.

<sup>143</sup> Bkz., [www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/claims.htm](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/claims.htm). Hiçbir devlet, farklı genişlikteki bir ekonomik bölgeyi talep etmemiştir. Ayrıca bkz., Mart 1983 tarihli ABD Münhasır Ekonomik Bölge Deklarasyonu. Fakat bu deklarasyon bölgede bilimsel deniz araştırmaları için yetki beyanında bulunmamaktadır, 22 ILM, 1983, ss. 461 vd. 22 Eylül 1992 tarihinde Sekiz Kuzey Denizi kıyıdaş ülkesi ve Avrupa Komisyonu, Kuzey Denizi'ndeki Yetkinin Koordinasyonu ile Genişletilmesi Konusunda bir Bakanlar Deklarasyonu kabul etmişlerdir. Bu Deklarasyon ile bu devletlerden hali hazırda bu eylemde bulunmayanların münhasır ekonomik bölgeler oluşturabileceklerine karar verilmiştir, UKMIL, 63 BYIL, 1992, s. 755.

<sup>144</sup> Bkz., [http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/table\\_summary\\_of\\_claims.pdf](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/table_summary_of_claims.pdf).

Görünen o ki, ekonomik bölge ilan eden devletlerin sayısı ve dağılımı, münhasır ekonomik bölgenin varlığının teamül hukuku kuralı olarak kesin bir biçimde tesis edildiğine işaret etmektedir. Bu durum ‘münhasır ekonomik bölgenin tesis edilmesinin ... teamül hukukunun bir parçası haline gelen devletlerin uygulamaları ile gösterildiği’ şeklindeki Uluslararası Adalet Divanı’nın *Libya/Malta Continental Shelf* davası<sup>145</sup> yorumunda da vurgulanmaktadır.<sup>146</sup>

Bu tip bölgelere ek olarak deniz alanları üzerinde devletlerce ilan edilen başka bölgeler de bulunmaktadır. Örneğin Kanada Arctic kıyı şeridi boyunca 100 mil genişliğinde bir bölgeyi özel, kirlilikten uzak bölge ilan etmiştir.<sup>147</sup> Ayrıca belirli devletler güvenlik veya tarafsızlık bölgesi olarak tanımlanmış bölgeler üzerinde de hak talep etmişlerdir,<sup>148</sup> fakat bu talepler ender olarak görülmektedir ve hoş karşılanmamışlardır.

1 Haziran 1990 ABD-SSCB Sınır Anlaşması uyarınca, olağandışı bir düzenlemede, tarafların herbirinin diğer tarafın deniz sınırları içerisinde kalan “özel alan” da, her iki tarafın kıyısından 200 mil içerisindeki tüm alanların, bir tarafın veya diğerinin kaynaklar üzerindeki yetkisi dahilinde kalması için karşı tarafın münhasır ekonomik bölgeden doğan egemenlik haklarını ve yetkisini kullanabileceği belirtilmektedir. Görünen o ki, SSBC’nin 200 millik ekonomik bölgesi içerisinde üç özel alan üzerinde yetkisi ve ABD’nin devredilmiş 200 millik ekonomik bölgesinde bir özel alan üzerinde yetkisi bulunmaktadır.<sup>149</sup>

## KITA SAHANLIĞI<sup>150</sup>

Kıta sahanlığı kıtasal kara kütesinden denizlere doğru dışa uzanan, görece sığ su katmanı ile örtülü (150-200 metre civarı) ve nihayetinde okyanus derinliklerinden (binlerce metre derinlikten) uzakta olan uzantılarla ilgili coğrafi bir ifadedir. Bu uzantılar veya sahanlıklar toplam okyanus alanının yaklaşık %7-8’lik bölümünü oluşturmaktadırlar ve uzunlukları bir yerden bir yere farklılık göstermektedir. Örneğin, Birleşik Devletler’in batı sahilinde 5 milden daha az genişliğe sahipken diğer yandan Kuzey Denizi’nin ve İran Körfezi’nin tüm deniz altı alanları sahanlıktan oluşmaktadır.

Kıta sahanlıkları ile ilgili önemli husus petrol ve gaz rezervleri bakımından zengin olmaları ve sıklıkla geniş balıkçılık alanlarına ev sahipliği yapmalarındadır. Bu, İkinci Dünya Savaşı’nı

<sup>145</sup> ICJ Reports, 1985, s. 13; 81 ILR, s. 238.

<sup>146</sup> ICJ Reports, 1985, s. 33; 81 ILR, s. 265. Ayrıca bkz., *Tunisia/Libya* davası, ICJ Reports, 1982, ss. 18, 74; 67 ILR, ss. 4, 67.

<sup>147</sup> Bkz., O’Connell, *International Law of the Sea*, cilt II, ss. 1022-5. Ayrıca bkz., 1970 Kanada Kuzey Kutup Bölgesi Su Kirliliği Önleme Kanunu (the Canadian Arctic Water Pollution Prevention Act 1970). ABD bu yetkiye karşı çıkmıştır. Örneğin bkz., *Keesing’s Contemporary Archives*, ss. 23961 ve 24129. Kanada bu iddiasını Eylül 1985 tarihinde tekrarlamıştır, *a.g.e.*, s. 33984, ve münhasır ekonomik bölgeyi yöneten hükümler ışığında 200 mile çıkartmıştır. Bkz., değişik 1985 tarihli Kuzey Kutup Bölgesi Su Kirliliği Önleme Kanunu, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-12/FullText.html> ve ayrıca bkz., <http://www.canada.com/montrealgazette/news/story.html?id=2d75d4ae-1a91-40d8-a8d6-adca441bd85d>

<sup>148</sup> O’Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, s. 578, Kuzey Kore’nin 1977 yılındaki 50 millik güvenlik alanı iddiası için bkz., dipnot 95. Barış zamanında güvenlik veya askeri bölgelere karşı çıkan ABD uygulaması için ayrıca bkz., Cumulative DUSPIL 1981-8, cilt II, ss. 1750 vd. Ayrıca 1982’de Falkland Adaları etrafında ‘yasak bölge’ oluşturulduğu not edilmelidir: bkz., 22 HC Deb., cols. 296-7, 28 April 1982. Örneğin bkz., R. S. Barston ve S. W. Birnie, ‘The Falkland Islands/Islands Malvinas Conflict. A Question of Zones’, *7 Marine Policy*, 1983, s. 14.

<sup>149</sup> 84 AJIL, 1990, ss. 885-7.

<sup>150</sup> Örneğin bkz., Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 5; Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 4(4), O’Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 13; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 8; Z. J. Slouka, *International Custom and the Continental Shelf*, The Hague, 1968; C. Vall’ee, *Le Plateau Continental dans le Droit International Positif*, Paris, 1971; V. Marotta Rangel, ‘Le Plateau Continental dans la Convention de 1982 sur le Droit de la Mer’, 194 HR, 1985 V, s. 269 ve H. Lauterpacht, ‘Sovereignty over Submarine Areas’, 27 BYIL, 1950, s. 376. Ayrıca bkz., *Oppenheim’s International Law*, s. 764.

izleyen yıllarda kıyı devletlerinin kendilerine tahsisi etmelerine yol açmış ve bu durum kıta sahanlığının hukuki statüsünü, açık deniz alanlarının bir parçası olmaktan ve kıyı devletine münhasır olarak tanınmasına kadar geçen sürede tüm devletlerin kullanıma açık olmaktan yavaş yavaş çıkarmıştır.

1945 Truman Beyannamesi bu yönde atılan ilk adımdır ve benzer ve daha geniş taleplere yol açmıştır.<sup>151</sup> Bu beyanname, sahanlığın zenginliklerinden faydalanmak için teknolojik kapasiteye ve bu tür kaynaklar üzerinde tanınmış bir yetkinin tesis edilmesi gerekliliğine işaret etmiştir. Beyanname kıyı devletinin bu tarz bir yetkiye birçok sebepten dolayı hakkı olduğunu ilan etmiştir: ilk olarak, toprak altındaki ve kıta sahanlığının deniz yatağındaki kaynakların korunması ve bu kaynaklardan faydalanılması kıyı ile işbirliğine bağlı olduğu için; ikinci olarak, sahanlık kendi başına kıyı devletinin kara kütesinin bir uzantısı olarak kabul edilebildiği ve sahanlık kaynakları çok nadir olarak kara sınırları içerisinde bulunduğu için; ve son olarak, kıyı devleti güvenlik gerekçeleri ile, sahanlık kaynaklarından faydalanılabilmesi için gerekli olan ve sahillerinin açığında sürdürülen faaliyetler ile ilgilendiği için.

Benzer bir şekilde, ABD hükümeti 'açık denizlerin altında bulunan, Birleşik Devletler ile ilgili olan ve Birleşik Devletler'in kıyılarına bitişik kıta sahanlığının toprak altı ve deniz yatağının kendisinin yetkisine ve kontrolüne tabi olduğunu' ilan etmiştir. Fakat bu, kıyı sahanlığının üstündeki suların açık deniz statüsünü hiçbir şekilde etkilemeyecektir.

Bu ilan, bazı devletlerin ABD iddialarına da benzer bir şekilde, diğerlerinin ise çok daha geniş koşullarla kıyı sahanlıkları ile ilgili bir dizi taleplerde bulunmalarını hızlandırmıştır. Örneğin Arjantin ve El Salvador yalnızca sahanlıkla ilgili değil, üzerindeki sular ve hava sahası ile ilgili de talepte bulunmuşlardır. Hak iddia edebilecekleri kıta sahanlıkları olmayan Şili ve Peru, birçok devletin kuvvetli protestosuna yol açmasına rağmen deniz yatağı, toprak altı ve kıyılarından itibaren 200 millik alandaki sular üzerinde egemenlik iddia etmişlerdir.<sup>152</sup> Sorunlar uzun yıllar boyunca tartışılmış ve 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin oluşumuna neden olmuştur.<sup>153</sup>

*North Sea Continental Shelf* davalarında,<sup>154</sup> Divan şunları kaydetmiştir:

*"Kıyı devletinin kara topraklarının denizin içine ve altına doğru doğal bir uzantısını oluşturan kıta sahanlığı alanlarına ilişkin hakları, toprakları üzerindeki egemenliği dolayısıyla ve bunun bir uzantısı olarak, deniz yatağını keşfetmek ve doğal kaynaklarını kullanmak amacıyla egemenlik haklarının kullanılmasında kendiliğinden (ipso facto) ve baştan beri (ab initio) olarak mevcuttur. Kısaca burada temel bir hak bulunmaktadır."*

Münhasır ekonomik bölge kavramının gelişimi, 1982 Sözleşmesi'nin 56. maddesi çerçevesinde, deniz yatağındaki kaynaklar da dahil olmak üzere, kıyı devletinin münhasır ekonomik bölgesindeki tüm doğal kaynaklar üzerinde egemenlik hakkının olması, konuyu bir nebze karmaşık hale getirmiştir.<sup>155</sup>

<sup>151</sup> Whiteman, *Digest*, cilt IV, s. 756.

<sup>152</sup> *A.g.e.*, ss. 794-9 ve ayrıca bkz., *Oppenheim's International Law*, ss. 768-9. Fakat Mahkeme, (1982 Sözleşmesi'ne taraf olan) Şili'nin iddialarının, 12 millik karasuları ve buna ek 200 millik münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı için olduğunu kaydetmiş ve ayrıca 'Peru'nun 200 deniz mili "deniz alanı"nda hak iddia ettiğini' açıklamıştır. 'Peru Temsilcisi, Hükümeti adına "[Peru] Anayasasında kullanılan "deniz alanı" terimini 1982 Sözleşmesi'nde belirtilen deniz bölgeleri ile tutarlı bir şekilde uygulanacağını" resmen beyan etmiştir. Mahkeme, Peru tarafından resmi bir taahhüdü ifade eden bu bildiriye kaydetmiştir.' *Peru v. Chile*, ICJ Reports, 2014, ss. 3, 65. Peru 1982 Sözleşmesi'ne taraf değildir.

<sup>153</sup> *Abu Dhabi* davasında hakemin, 1951 yılındaki kıta sahanlığı doktrininin henüz uluslararası hukukun bir kuralı olmadığını beyan ettiği kaydedilmelidir, 18 ILR, s. 144. Bu hususta bkz., (1949'a ilişkin), *Reference Re: The Seabed and Subsoil of the Continental Shelf Offshore Newfoundland*, 5 DLR (46), s. 385; 86 ILR, s. 593 per Supreme Court of Canada (1984).

<sup>154</sup> ICJ Reports, 1969, ss. 3, 22; 41 ILR, ss. 29, 51. Ayrıca bkz., *Romania v. Ukraine*, ICJ Reports, 2009, ss. 61, 89.

<sup>155</sup> Bkz, bu bölümde aşağıda.

Bu nedenle kıta sahanlığının aksine, ekonomik bölgeye ilişkin özel olarak iddiada (hak talebinde) bulunmaları gerekirken, devletler deniz yatağına ilişkin iki hak kaynağına sahiplerdir.<sup>156</sup> Görüleceği üzere, sahanlığın coğrafi uzunluğu 200 millik ekonomik bölgeden farklı olabilir.

### Tanım

1958 Kıta Sahanelığı Konvansiyonu'nun 1. maddesi sahanlığı coğrafi olarak kabul edilmiş bir tanımdan ziyade işletilebilirlik açısından tanımlamıştır. Konvansiyon, ifadenin karasuları sahasının dışında 200 metre derinliğe kadar olan su altı alanlarından deniz yatağına ve toprak altına, veya 'o derinliğin ötesinde, üstteki suların derinliğinin zikredilen alanların doğal kaynaklarını işletmeye imkan tanıdığı yere kadar uzanan alanlara' dair olduğunu belirtmiştir.

Bu hüküm gelişen teknolojinin hızla 200 metreden daha derinde bulunan kaynakları çıkarabilme yetisine ulaşması ve sahanlığının dış sınırları olan bu ölçünün kıyı devletinin yetkisine tabi olması ve bu yetkinin açık olmaması nedeniyle sorunlara yol açmıştır. Fakat 1. madde, *North Sea Continental Shelf* davasında teamül hukukunun bir yansıması olarak kabul görmüştür.<sup>157</sup> Kıta sahanlığı mülkiyetinin temelini (esasını) bugün coğrafi bir kriter olarak kabul edildiği ve örneğin işgal ya da etkin kontrole bağlı olmadığı dikkate alınmalıdır. Divan bunu vurgulamış ve şu açıklamayı yapmıştır:

*“Söz konusu denizaltı alanları, suyla kaplı olmalarına rağmen hali hazırda kıyı devletinin mülkiyetindeki toprağın filli parçası olarak sayılabilirler, bu alanın uzatılması veya devam ettirilmesi denizin altına uzatılması anlamındadır.”<sup>158</sup>*

Buna rağmen bu yaklaşım kısmen tadil edilmiştir. 1982 Sözleşmesi'nin 76(1). maddesi, kıta sahanlığının dış sınırı ile ilgili şu ifadeyi içermektedir:

*“Bir kıyı devletinin kıta sahanlığı, karasularının ötesinde kıta kenarının dış eşiğine kadar veya bu eşik daha az bir mesafede ise, karasularının ölçülmeye başlandığı esas çizgilerden itibaren 200 deniz mili mesafeye olan kısımda, bu devletin kara ülkesinin doğal uzantısının bütünündeki denizaltı alanlarının deniz yatağı ve toprak altlarını içerir.”<sup>159</sup>*

Bu nedenle mutlak, hukuki ve coğrafi olmayan bir tanım sağlanmıştır. Kıta kenarı fiilen 200 milin ötesine uzanıyorsa, sınır belirlenirken coğrafi faktörler göz önüne alınmalı ve hiçbir koşulda esas çizgilerden itibaren 350 deniz milini veya 2500 metrelik eş derinlik eğrisinden (izobat) itibaren 100 mili aşmamalıdır.<sup>160</sup> Sahanelığın kıyıdan 200 mil kadar uzanmadığı durumlarda, bu mesafe doğal uzantı prensibi ile tamamlanır.<sup>161</sup> Şaşırtıcı olmayan bir biçimde

<sup>156</sup> *Libya/Malta Continental Shelf* davasında Uluslararası Divan, iki kavramın 'modern hukukta birbirine bağlı' olduklarını kaydetmiştir. ICJ Reports, 1985, ss. 13, 33; 81 ILR, ss. 238, 265.

<sup>157</sup> ICJ Reports, 1969, ss. 3, 39; 41 ILR, ss. 29, 68.

<sup>158</sup> ICJ Reports, 1969, s. 31; 41 ILR, s. 60.

<sup>159</sup> Kıta kenarı tanımı için bkz., madde 76(3). Ayrıca bkz., B.M. Magnusson, *The Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles*, The Hague, 2015; J. Mossop, *The Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles: Rights and Responsibilities*, Oxford, 2016; D. N. Hutchinson, 'The Seaward Limit to Continental Shelf', 56 BYIL, 1985, s. 133 ve Brown, *International Law of the Sea*, cilt I, s. 140.

<sup>160</sup> Madde 76(4), (5), (6), (7), (8) ve (9). Ayrıca bkz., 200 metrelik izobatin meydana geldiği ortalama mesafenin 20 deniz milinden fazla olmadığı ve kıta kenarının tortul kaya parçasının çoğunun yüksekliğin altında bulunduğu bir devletin özel durumu ile ilgili Nihai Kanuna Ek II.

<sup>161</sup> Bkz., *Libya/Malta Continental Shelf* davası, ICJ Reports, 1985, ss. 13, 33-4; 81 ILR, ss. 238, 265-6. Ayrıca bkz., *Tunisia/Libya* davası, ICJ Reports, 1982, ss. 18, 61; 67 ILR, ss. 4, 54 ve *Gulf of Maine* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 246, 277; 71 ILR, ss. 57, 104.

bu karmaşık formülasyon zorluklara neden olmuş<sup>162</sup> ve sorunları çözmek için bir mekanizma oluşturma çabası ile taraf devletlerce seçilen 21 uzmandan oluşan Sözleşme Kıta Sahanlığının Sınırları Komisyonu kurulmuştur. Sözleşme'nin II. Eki'nin 4. maddesi, 200 deniz milinin ötesinde kıta sahanlığı dış sınırlarını belirlemek isteyen bir kıyı devletini, mümkün olan en kısa sürede, fakat her halükarda devlet için Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonraki on yıl içinde, bilimsel ve teknik verilerin desteklenmesiyle birlikte bu sınırlamaların ayrıntılarını Komisyon'a göndermekle yükümlü kılmaktadır. Bu öneriler temelinde kıyı devleti tarafından oluşturulan sınırlar nihaidir ve bağlayıcıdır.<sup>163</sup> Komisyona ilk bildiri Rusya Federasyonu tarafından 21 Aralık 2001 tarihinde yapılmıştır.<sup>164</sup> Rus araştırmacılar bu talebi destekler biçimde Kuzey Kutbunun altındaki deniz yatağına 2 Ağustos 2007 tarihinde ulusal bayraklarını dikmişler ve Kutbun altındaki denizaltı dağlarının Avrasya kıtasının uzantısı olduklarını iddia etmişlerdir.<sup>165</sup> 19 Mayıs 2006 tarihinde Fransa, İrlanda, İspanya ve Birleşik Krallık, Keltik Denizi ve Biscay Körfezi'ne ilişkin olarak ortak bir bildirimde bulunmuşlar,<sup>166</sup> 21 Nisan 2008 tarihinde Komisyon Avustralya'nın 2004'te yaptığı kıta sahanlığı talebini onaylamıştır.<sup>167</sup>

Nikaragua sahilinden 200 deniz milinden ötedeki kıta sahanlığının sınırlandırılmasına ilişkin olan *Nicaragua v. Colombia* davasındaki ön itirazlarda<sup>168</sup>, Uluslararası Adalet Divanı Komisyon'un Nikaragua'nın kıta sahanlığının dış kenarının 200 deniz mili hattı ötesine uzatılmasının kararlaştırılması şartlarını karşıladığının henüz Komisyon tarafından tespit olunmadığı ve bu yüzden, bir tavsiyede bulunmadığı, gerekçesiyle yapılan kabul edilebilirlik talebi itirazını reddetmiştir. Divan kıta sahanlığının dış sınırlarını tespit etme ile bunun sınırlandırılması arasında bir ayrıma gitti ve sınırlandırmanın Komisyon'un tavsiyesinden bağımsız olarak gerçekleştirilebileceğine hükmetmiştir. Böylelikle bir devletle sınırlandırma uyuşmazlığının çözülebilmesini Divan'dan talep edebilmek için Komisyon'un tavsiyesi bir ön şart olarak görülemeyecektir.<sup>169</sup>

İnsanların ikametine elverişli olmayan kayalıklar olmadıkları sürece adaların kıta sahanlıkları bulunmaktadır.<sup>170</sup>

### Kıyı Devletinin Hakları ve Yükümlülükleri<sup>171</sup>

1982 Sözleşmesi'nin 77. maddesi uyarınca, kıyı devleti kıta sahanlığı üzerinde araştırmada bulunmak ve buranın doğal kaynaklarını işletmek amacı ile "egemen haklar" kullanabilir. Bu haklar başka hiçbir devletin kıyı devletinin rızası olmadan bu tarz faaliyetler yürütememesi

<sup>162</sup> Örneğin bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, s. 149. Örneğin, 76. (3) ve (6). maddelerde yer alan "okyanus sırtları", "sualtı sırtları" ve "sualtı yükseltileri" kavramlarının anlamları bakımından özel sorunlar bulunmaktadır.

<sup>163</sup> Madde 76(8). Ayrıca örneğin bkz., O. Jensen, *The Commission on the Limits of the Continental Shelf*, The Hague, 2014; Tanaka, *International Law of the Sea*, ss. 142 vd. ve [www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/clcs\\_home.htm](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/clcs_home.htm).

<sup>164</sup> Bkz., UN Press Release, SEA/1729, 21 December 2001.

<sup>165</sup> Bkz., ASIL Insight, cilt 11, issue 27, 8 November 2007.

<sup>166</sup> Örneğin bkz., UKMIL, 77 BYIL, 2006, ss. 767-8 ve H. Llewellyn, 'The Commission on the Limits of the Continental Shelf: Joint Submission by France, Ireland, Spain ve the United Kingdom', 56 ICLQ, 2007, s. 677.

<sup>167</sup> Bkz., UN Press Release, SEA/1899, 21 April 2008. 8 Temmuz 2016 itibarıyla yetmiş yedi başvuru yapılmış ve yetmiş dört tavsiye kabul edilmiştir, bkz., [www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/commission\\_submissions.htm](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/commission_submissions.htm). 11 Mart 2016 tarihinde Komisyon, Arjantin'in müracaatını kabul etmiştir. Komisyon, madde 46 ve 2008 tarihli Usul Kuralları I. Eki uyarınca müracaatın uyuşmazlığa konu olan bölümlerini ele alamayacağını ve Falkland Adaları (Malvinas)'nın Arjantin ile Birleşik Krallık arasındaki bir egemenlik uyuşmazlığı konusu olduğunu ifade etmiştir. Bkz., [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/arg25\\_09/2016\\_03\\_11\\_COM\\_SUMREC\\_ARG.pdf](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/arg25_09/2016_03_11_COM_SUMREC_ARG.pdf).

<sup>168</sup> ICJ Reports, 2016, para. 97 vd.

<sup>169</sup> *A.g.e.*, para. 112-5.

<sup>170</sup> Madde 121(3). Ayrıca bkz., *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 97.

<sup>171</sup> Bkz., Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 4(4)(4.7); *Oppenheim's International Law*, s. 773 ve Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, s. 151.

nedeniyle münhasırdır. Bu egemen haklar (Sözleşme “egemenlik”ten bahsetmediği için ülkesel mülkiyet olarak değil) işgal ya da önceden bildirimde bulunmaya bağlı değildir.<sup>172</sup> Kaynaklara ilişkin yalnızca maden kaynaklarına ilişkin olan Truman Konsepti yerleşik türlerle ait organizmaları kapsayacak şekilde genişletilmiştir.<sup>173</sup> Fakat 1960’ların başlarında bu belirsiz tanım, istakozlara ilişkin Fransa ve Brezilya arasında ve kral yengeçlerine ilişkin ABD ve Japonya arasında anlaşmazlıklara yol açmıştır.<sup>174</sup> Örneğin, kıta sahanlığı rejiminin, özellikle doğal kaynaklarla ilgili olarak, bir parçası olarak kabul edilen egemen haklar sahanlıkta yatan gemi enkazlarını kapsamamaktadır.<sup>175</sup> Sözleşme kıyı devletinin haklarının açık deniz olan bu alan üstündeki suları veya bu sular üzerindeki hava sahasını etkilemeyeceğini vurgulamaktadır.<sup>176</sup> Takip eden maddelerde de kıta sahanlığında araştırma ve işletme konusunda makul tedbirler alma hakkına bağlı olarak kıyı devletinin sahanlıkta denizaltı kablolarının döşenmesi veya bakımını engelleyemeyeceği vurgulanmaktadır. Ayrıca bu araştırma ve kullanımlar seyrüseferi, balıkçılığı veya denizin canlı kaynaklarının korunmasını haksız şekilde engellememelidir.<sup>177</sup>

Kıyı devleti 1982 Sözleşmesi’nin 80. maddesi uyarınca,<sup>178</sup> kıta sahanlığında araştırma için gerekli olan tesisleri ve diğer cihazları inşa edebilir ve bunların bakımını yapabilir. Kıyı devleti bu tesislerin etrafında 500 metre sınırına kadar güvenlik bölgeleri kurma hakkına sahiptir ve bu sınır tüm ulusların devletlerince kabul edilmelidir. Bu bölgelerin içerisinde kendilerini korumak için gerekli önlemleri alabileceklerdir. Fakat kıyı devletinin yetkisi altında olsalar da bu tesisler ada olarak kabul edilmezler. Bu durum kendi karasularını olmadığı ve bunların varlığının kıyı devletinin karasularının sınırlandırılmasını hiçbir şekilde etkilemediği anlamına gelmektedir. Elbette bunun gibi hükümler, Kuzey Denizi’nde olduğu gibi petrol kuyularının statüsü söz konusu olduğunda oldukça önemlidir. Hukuki gerekçelerle bunlara ada muamelesi yapmak zorluklara neden olabilir.<sup>179</sup>

Bir devletin kıta sahanlığının 200 milinin ötesinde olduğu durumlarda 1982 Sözleşmesi’nin 82. maddesi, kıyı devletinin 200 mil sınırının ötesindeki cansız kaynakların işletilmesine saygıya ilişkin olarak ödeme yapması (nakdi) ya da (aynı) katkıda bulunmasını içermektedir. Bu ödemeler ilgili işletme sahasının ilk beş yıllık üretimini takiben, bu sahadaki bütün üretimler için değişken ölçekte artarak 12 yıla kadar yapılacaktır. 12. yıldan sonra % 7 olarak kalacaktır. Bu ödemeler ve katkılar Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesine yapılacak ve Otorite, ‘özellikle en az gelişmiş veya sahili bulunmayan kalkınmakta olan devletlerinkiler başta olmak üzere, kalkınmakta olan devletlerin çıkarlarını ve ihtiyaçlarını göz önüne alarak, hakkaniyete uygun dağıtım kriterlerine göre’ taraf devletler arasında bölüşüm yapacaktır.<sup>180</sup>

<sup>172</sup> Ayrıca bkz., 1958 Kıtasahanlığı Sözleşmesi’nin 2. maddesi.

<sup>173</sup> 1982 Sözleşmesi’nin 2(4). maddesi ve 1958 Kıtasahanlığı Sözleşmesi’nin 2(4). maddesi.

<sup>174</sup> Örneğin bkz., O’Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, ss. 501-2.

<sup>175</sup> Örneğin bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, s. 152; S. Dromgoole, *Underwater Cultural Heritage and International Law*, Cambridge, 2013; E. Boesten, *Archaeological and/or Historical Valuable Shipwrecks in International Waters*, The Hague, 2002, ve C. Forrest, ‘An International Perspective on Sunken State Vessels as Underwater Cultural Heritage’, 34 *Ocean Development and International Law*, 2003, s. 41. Ayrıca bkz., madde 149 (Uluslararası Denizyatağı Alanında bulunan kültür varlıklarının korunması) ve madde 303 (batıklar ve kıyı devletlerinin bitişik bölgedeki hakları).

<sup>176</sup> 1982 Sözleşmesi’nin 78. maddesi ve 1958 Kıtasahanlığı Sözleşmesi’nin 3. maddesi. “Açık denizler”e ikincisi sözleşmede yapılan atıfın, yeni münhasır ekonomik bölge kavramı nedeniyle ilk sözleşmede yer almadığı kaydedilmelidir.

<sup>177</sup> 1982 Sözleşmesi’nin 78. ve 79. maddeleri ve 1958 Kıtasahanlığı Sözleşmesi’nin 4. ve 5. maddeleri.

<sup>178</sup> Özel ekonomik bölgedeki suni adaların, tesislerin ve yapıların inşası ile ilgili 60.madde *mutatis mutandis* uygulanacaktır. Ayrıca bkz., 1958 Kıtasahanlığı Sözleşmesi’nin 5. maddesi.

<sup>179</sup> Ayrıca bkz., N. Papadakis, *The International Legal Regime of Artificial Islands*, Leiden, 1977

<sup>180</sup> Ayrıca kaydedilmelidir ki 82(3). madde uyarınca kendi kıta sahanlığından çıkartılan bir madeni kesin olarak ithal etme durumunda bulunan gelişmekte olan her bir devlet, bu madene ilişkin olarak, nakti veya aynı katkıda bulunmaktan muaftır. Ayrıca bkz., Tanaka, *International Law of the Sea*, ss. 141 vd.

DENİZ ALANLARININ SINIRLANDIRILMASI<sup>181</sup>

İlkel olarak sınırlandırma diğer devletlerin dahil olduğu toprak egemenliği hususu olarak mutabakat gerektirir. Fakat iç hukukta geçerli olan tek taraflı sınırlandırmalar, üçüncü devletler üzerinde bağlayıcı değildir.<sup>182</sup> *Nikaragua v. Honduras* davasında Uluslararası Adalet Divanı kalıcı bir deniz sınırı oluşturulmasının ‘üzerinde anlaşılması zor ve büyük öneme sahip’ olduğunu belirtmiştir.<sup>183</sup> Deniz alanlarına ilkel olarak “neye sahipsen ona sahip kal” (*uti possidetis*) prensibinin uygulandığına dikkat çekilmiştir.<sup>184</sup>

Karşılıklı ya da bitişik kıyılara sahip devletler arasındaki karasularının sınırlandırılmasına ilişkin olarak<sup>185</sup>, Cenevre Karasuları Sözleşmesi’nin 12. maddesini takip eden 1982 Sözleşmesi’nin 15. maddesi, aralarında aksine anlaşma olmadıkça, bu devletlerden hiçbirinin kendi karasularını, bütün noktaları bu iki devletin herbirinin karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas çizgilerin en yakın noktalarından eşit uzaklıkta bulunan orta çizginin ötesine uzatmaya hakkı olmadığını belirtmektedir.<sup>186</sup> Fakat belirli coğrafi etkenler sarıh esas çizgilerin oluşturulmasını zorlaştırmakta ve bu nedenle eşit uzaklıktaki çizginin çizilmesi imkansız hale gelmektedir.<sup>187</sup> Bunun gibi sıra dışı bir durumda, Divan devletlerce çizilen açıortay gibi alternatif çizgileri göz önüne alabilir.<sup>188</sup> *Romania v. Ukraine* davasında Divan, sınırlandırma sürecinin ilk aşamasını teşkil eden, esas noktaların belirlenmesinin sınırlandırma anındaki fiziksel gerçeklik üzerine inşa edilmesi gerektiğine ve bu ‘coğrafi gerçekliğin sadece jeodinamikler ve denizin hareketleri ile ortaya çıkan fiziksel unsurları değil, aynı zamanda mevcut bulunan başka faktörleri de kapsadığına’ hükmetmiştir.<sup>189</sup>

<sup>181</sup> Örneğin bkz., S. Fietta ve R. Cleverly, *A Practitioner’s Guide to Maritime Boundary Delimitation*, Oxford, 2016; T. Cottier, *Equitable Principles of Maritime Boundary Delimitation: The Quest for Distributive Justice in International Law*, Cambridge, 2015; Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 6; Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 16; UN Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries, New York, 2000; N. Antunes, *Towards the Conceptualisation of Maritime Delimitation*, The Hague, 2003; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 10; E. D. Brown, *Sea-Bed Energy and Mineral Resources and the Law of the Sea*, London, 1984–6, cilt I ve III; M. D. Evans, *Relevant Circumstances and Maritime Delimitation*, Oxford, 1989 ve S. Weil, *The Law of Maritime Delimitation – Reflections*, Cambridge, 1989. Ayrıca bkz., *International Maritime Boundaries* (ed. J. I. Charney ve L. M. Alexander), Washington, cilt I–III, 1993–8, ve *a.g.e.* (ed. J. I. Charney ve R. W. Smith), cilt IV, 2002 ve *a.g.e.* (ed. D. A. Colson ve R. W. Smith), cilt V, 2005, The Hague; *a.g.e.*, cilt VI (ed. D. A. Colson ve R. W. Smith), 2011; *a.g.e.*, cilt VII (ed. C. Lathrop), 2016; M. Kamga, *Delimitation Maritime sur la Cote Atlantique Africaine*, Brussels, 2006; *Maritime Delimitation* (ed. R. Lagoni ve D. Vignes), Leiden, 2006; Y. Tanaka, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation*, Oxford, 2006; D. A. Colson, ‘The Delimitation of the Outer Continental Shelf between Neighbouring States’, 97 AJIL, 2003, s. 91; V. D. Degan, ‘Consolidation of Legal Principles on Maritime Delimitation’, 6 *Chinese YIL*, 2007, s. 601; L. D. M. Nelson, ‘The Roles of Equity in the Delimitation of Maritime Boundaries’, 84 AJIL, 1990, s. 837; J. I. Charney, ‘Progress in International Maritime Boundary Delimitation Law’, 88 AJIL, 1994, s. 227 ve *Oppenheim’s International Law*, s. 776.

<sup>182</sup> Bkz., *Anglo-Norwegian Fisheries* davası, ICJ Reports, 1951, ss. 116, 132. *Gulf of Maine* davasında Mahkeme şunu kaydetmiştir: ‘karşılıklı veya bitişik kıyılara sahip devletler arasındaki deniz alanlarının sınırlandırmalarından hiçbirisi bu ülkelerden biri tarafından tek taraflı olarak etkilenmemelidir. Böyle bir sınırlandırma, iyi niyetle yapılan müzakereleri takiben ve olumlu sonuç alma niyetiyle bir anlaşma yoluyla aranmalı ve sonuçlandırılmalıdır. Bununla birlikte, bu anlaşmanın sağlanamadığı durumlarda, sınırlandırma, gerekli yeteneğe sahip üçüncü bir tarafa başvuruyla gerçekleştirilmelidir.’, ICJ Reports, 1984, ss. 246, 299; 77 ILR, ss. 57, 126,

<sup>183</sup> ICJ Reports, 2007, ss. 659, 735.

<sup>184</sup> *A.g.e.*, s. 707.

<sup>185</sup> Bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 182 vd.

<sup>186</sup> Ayrıca bkz., *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 94. *Nicaragua v. Honduras* davasında Uluslararası Mahkeme, ‘karasularının sınırlandırılmasını düzenleyen yöntemlerin, uluslararası hukukta diğer, daha işlevsel deniz alanlarının sınırlandırılması için kullanılan yöntemlerden daha açık bir şekilde ifade edildikleri ve ifade edilmeleri gerektiğini’ kaydetmiştir. ICJ Reports, 2007, ss. 659, 740–1.

<sup>187</sup> Bkz., *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 742 vd. *Qatar v. Bahrain* davasında Mahkeme bir eşit uzaklık çizgisinin ancak esas çizgilerin bilinmesi halinde çizilebileceğini kaydetmiştir. ICJ Reports, 2001, ss. 40, 94.

<sup>188</sup> *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 746.

<sup>189</sup> ICJ Reports, 2009, ss. 61, 106. Ayrıca bkz., *Bangladesh v. India*, 7 Temmuz 2014 tarihli karar, para. 214.

Fakat iki devletin karasularının farklı şekilde sınırlandırılması tarihsel haklar (sahiplik) ya da diğer özel koşullardan ötürü gerekli olduğunda orta çizgiye ilişkin bu hüküm uygulanmaz. *Qatar v. Bahrain* davasında Divan 15. maddenin teamül hukuku özelliğine sahip olduğunu vurgulamış<sup>190</sup> ve 'eşit uzaklık/özel koşullar' ilkesi olarak anılabileceğini belirtmiştir. Divan 'önce geçici bir eşit uzaklık çizgisinin çizilmesinin sonra bu çizginin özel koşulların varlığı ışığında düzeltilip düzeltilmemesi gerekliliğinin göz önüne alınmasının en mantıklı ve genel olarak uygulanan yaklaşım' olduğunu açıklamıştır.<sup>191</sup>

*Guyana v. Suriname* davasındaki tahkim kararında bunun altı çizilmiş ve 15. madde uyarınca 'karşılıklı ya da bitişik devletlerin karasuları arasında sınırlandırmada orta çizgiye öncelik verilmesi' öngörülmüştür.<sup>192</sup> Mahkeme uluslararası mahkemelerin özel koşullara ilişkin sınırlı bir liste ile kısıtlanmadığını ve uluslararası içtihat hukuku ve devlet uygulamalarından hareketle her durum temelinde değerlendirme yapılmasının gereğini vurgulamıştır.<sup>193</sup> Örneğin, seyrüsefer menfaatleri bu tarz özel koşulları oluşturabilir.<sup>194</sup> Mahkeme ayrıca 3 millik karasuları sınırlandırma çizgisinin, karasularının 12 mile genişletildiği durumlarda otomatik olarak dışa doğru genişlemediğini belirtmiş, bundan ziyade yapılan tarihi anlaşmaları da kapsayan her türlü özel koşulu göz önüne alan ilkesel bir yöntemin bulunması gerektiğini kabul etmiştir.<sup>195</sup>

Karasularının sınırlandırılması sorunundan ayrı fakat artan bir şekilde bununla çatışan bir sorun olan, karşılıklı ya da bitişik devletler arasındaki kıta sahanlığının ve münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırılması sorunu da mevcuttur. Bu alanların sınırlandırılmasında başlangıç noktası devletlerin belli bir deniz alanındaki hak sahipliğidir. Bu tarz hak sahipliği özünde kararın denizin içine doğru doğal olarak uzanması kavramına dayanmaktadır,<sup>196</sup> fakat münhasır ekonomik bölgenin ortaya çıkması ile kıyıda uzaklığı temel alan yeni bir yaklaşım belirlemiştir.<sup>197</sup> Aslında bu iki kavram birbirine yakınlaşmışlardır.

1958 Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin 6. maddesi 'bir anlaşmanın var olmadığı ve özel şartlarla başka bir sınır hattının haklı kılınmadığı durumlarda her devletin karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas çizgilerin en yakın noktalarına eşit uzaklıkta olan orta çizgi ilkesinin uygulanması' ile sınırın belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bir başka deyişle belirli kıyıların kıvrımları ile ilgili uygulanabilecek eşit uzaklık ya da orta çizginin uygulanmaya başlanması söz konusudur.

Bu hüküm, bir tarafta Alman Federal Cumhuriyeti'nin diğer tarafta Hollanda ve Danimarka'nın bulunduğu *North Sea Continental Shelf* davalarında<sup>198</sup> göz önüne alınmıştır. Sorun 6. maddede belirtilen eşit uzaklık ilkesinin, Hollanda ve Danimarka arasındaki içbükey kuzey kıyı çizgisinden ötürü, Almanya'ya Kuzey Denizi kıta sahanlığından sadece küçük bir pay vermesidir. Maddenin 1958 Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'ni onaylamamış olan Federal Alman Cumhuriyeti üzerinde bağlayıcı olup olmadığı konusunda da sorun ortaya çıkmıştır.

Divan 6. maddede belirtilen ilkelerin uluslararası teamül hukuku kuralları olmadığı ve bu nedenle Almanya'nın bunlarla bağlı olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>199</sup> Divan ilgili kuralı şu şekilde açıklamıştır:

<sup>190</sup> Ayrıca örneğin bkz., *Dubai/Sharjah* davası, 91 ILR, ss. 543, 663.

<sup>191</sup> ICJ Reports, 2001, ss. 40, 94. Ayrıca bkz., *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 740.

<sup>192</sup> Award of 17 September 2007, para. 296. Ayrıca bkz., UKMIL, 77 BYIL, 2006, s. 764.

<sup>193</sup> Award of 17 September 2007, para. 302–3. Ayrıca bkz., *Jan Mayen* davası, ICJ Reports, 1993, ss. 38, 61–4.

<sup>194</sup> Award of 17 September 2007, para. 306.

<sup>195</sup> *A.g.e.*, para. 311 vd.

<sup>196</sup> *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 22.

<sup>197</sup> Bkz., *Barbados v. Trinidad and Tobago*, Award of 11 April 2006, para. 224.

<sup>198</sup> ICJ Reports, 1969, s. 3; 41 ILR, s. 29.

<sup>199</sup> Bkz., yukarıda 3. Bölüm



*“Sınırlandırma, hakça ilkeler uyarınca ve ilgili tüm koşullar göz önüne alındığında, başkalarının kara ülkesinin doğal uzantısını aşmadan kara ülkesi doğal uzantısının ve deniz altının oluşturduğu kıta sahanlığı bölümlerini, her taraf devlete bırakmayı mümkün kılacak şekilde anlaşmadan etkilenmelidir.”<sup>200</sup>*

Bu nedenle Divan, hakça bir sonuca varılabilmesi için sınırlandırmanın ilgili etmenlerin göz önüne alınması ve değerlendirilmesi ile yapılması görüşünü benimsemiştir. Bu etmenler arasında kıyı şeritlerinin uzunluğu ve kıta sahanlığının genişliğinde makul oran ölçüsü yer almaktadır.<sup>201</sup> *Anglo-French Continental Shelf* davasında,<sup>202</sup> tüm devletlerin 1958 Sözleşmesi’ne taraf olması nedeniyle 6. madde uygulanmıştır.<sup>203</sup> 6. maddenin “birleşik eşit uzaklık-özel koşullar kuralı” olan genel geçer bir kural içerdiği ve bu kuralın uygulamada ‘anlaşmaya varılamamasının devletler arasındaki aynı kıta sahanlığına bitişik sınırın hakça ilkelere uygun biçimde belirlenmesi gerektiğine ilişkin genel norma belirli bir anlam kattığı<sup>204</sup> sonucuna varılmıştır. Sınırlandırma yöntemi seçimi (eşit uzaklık ya da farklı bir yöntemin kullanılıp kullanılmayacağı) vakanın ilgili koşullarına bağlıdır. Hem teamül hukukunda hem de 1958 Sözleşmesi’nde temel norm sınırlandırmanın hakça ilkelerle yapılmasıdır.<sup>205</sup> Divan *Channel Adaları* ile ilgili vakada Birleşik Krallık tarafından önerilen orta çizgiden farklı bir sınırlandırmayı haklı kılan “özel koşullar”ı dikkate almıştır.<sup>206</sup> Ayrıca, *Scilly Adalarının durumu* göz önüne alınmış ve Atlantik alanının sınırlandırılmasında kendilerine “yarı-etki” verilmiştir. Zira, ‘hakkaniyet, Atlantik kıta sahanlığının Birleşik Krallık kıyısının bir nebze zayıflatılmış izdüşümünün orantısız etkilerinin uygun bir biçimde azaltılmasını gerektirir.’<sup>207</sup>

*Tunisia/Libya Continental Shelf* davasında,<sup>208</sup> Divan herhangi bir tarafın 1958 Sözleşmesi’ne taraf olmamasına dayanarak ‘sınırlandırma sürecinde hakkaniyet ilkelerinin yerine getirilmesinin başlıca öneme sahip olduğu’ kararına varmıştır. Doğal uzantı kavramı koşullara bağlı olarak bir nebze önem arz etse de, bu önem hakkaniyet ilkelerinin yerine getirilmesi ile aynı düzeyde değildir.<sup>209</sup> Divan ayrıca “yarı-etki” ilkesini *Kerkennah Adaları* için işletmiştir<sup>210</sup> ve her kıta sahanlığı anlaşmazlığının özel koşulları ile kendi içinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgularken, ‘kıta sahanlığına ilişkin kural ve ilkelerin uygulanmasında aşırı kavramsallaştırma’ girişimde bulunulmaması gerektiğini belirtmiştir.<sup>211</sup> Divan’ın ‘ilkelerin amacın altında olduğu’ görüşü ve ‘ilkelerin hakça sonuçlara ulaşmak için uygunluklarına

<sup>200</sup> ICJ Reports, 1969, ss. 3, 53; 41 ILR, ss. 29, 83.

<sup>201</sup> ICJ Reports, 1969, ss. 3, 52; 41 ILR, ss. 29, 82.

<sup>202</sup> Cmnd 7438 (1978); 54 ILR, s. 6. Ayrıca bkz., D. W. Bowett, ‘The Arbitration between the United Kingdom and France Concerning the Continental Shelf Boundary in the English Channel of South-Western Approaches’, 49 BYIL, 1978, s. 1.

<sup>203</sup> İngiltere’nin itiraz ettiği Granville Körfezi ile ilgili olarak Fransa’nın çekincesi mevcuttur. Cmnd 7438, s. 50; 54 ILR, s. 57.

<sup>204</sup> Cmnd 7438, s. 48; 54 ILR, s. 55.

<sup>205</sup> Cmnd 7438, ss. 59–60; 54 ILR, s. 66.

<sup>206</sup> Cmnd 7438, s. 94; 54 ILR, s. 101. Bu, Fransız kıyısına yakın Britanya adalarının varlığı nedeniyle ortaya çıkmıştı. Bu adalara tam etki verildiğinde, bu durum Fransız kıta sahanlığını önemli ölçüde azaltacaktır. Bu, eşitsizlik yaratan *prima facie* koşullardı, *a.g.e.*

<sup>207</sup> Cmnd 7438, ss. 116–17; 54 ILR, s. 123.

<sup>208</sup> ICJ Reports, 1982, s. 18; 67 ILR, s. 4. Ayrıca bkz., L. L. Herman, ‘The Court Giveth and the Court Taketh Away’, 33 ICLQ, 1984, s. 825.

<sup>209</sup> ICJ Reports, 1982, s. 47; 67 ILR, s. 40. Ayrıca bkz., ICJ Reports, 1982, s. 60; 67 ILR, s. 53.

<sup>210</sup> ICJ Reports, 1982, s. 89; 67 ILR, s. 82. Bu *Anglo-French Continental Shelf* davasından çok daha az kısıtlı tabirler ile belirtilmiştir, Cmnd 7438, ss. 116–17; 54 ILR, s. 123. Örneğin bkz., Hakim Gros’un Karşı Görüşü, ICJ Reports, 1982, ss. 18, 150; 67 ILR, s. 143.

<sup>211</sup> ICJ Reports, 1982, s. 92; 67 ILR, s. 85.

göre seçilmesinin yerinde olduğu' görüşü<sup>212</sup> *North Sea Continental Shelf* davalarında<sup>213</sup> özenle belirlenmiş kısıtlamaların üst mahkeme tarafından bozulması ve tahmin edilebilirlik unsurunun azaltıldığına dair eleştirilere yol açmıştır. Sınırlandırma hukukundan bağımsız olarak, gerçeklerin nesnel değerlendirmesi temelinde bir hakça çözümün tehlikelerine Hakim Gros'un muhalefet şerhinde işaret edilmiştir.<sup>214</sup>

*North Sea Continental Shelf* davalarında<sup>215</sup> Divan, genel olarak hakkaniyet ilkelerinin kullanımının, hakkaniyet kuralının uygulanmasının zorluğunu hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkabileceği özel coğrafi durumlar bağlamında tartışmıştır. Böyle bir durumda, makul bir sonuca varıldığı takdirde, başvurunun hakça ilkelere tabi tutulması mümkündür.

*Anglo- French Continental Shelf* davasında,<sup>216</sup> şu vurgulanmıştır:

*"Hakkaniyete uygun sınırlamama amacına etki etme maksadıyla, eşit uzaklık yönteminin veya başka bir yöntemin uygunluğu, her vakanın coğrafi ya da diğer ilgili etkenlerin bir yansıması ya da fonksiyonudur."*

Burada coğrafi çerçevenin zorunluluğu temelinde yöntemsel açı özellikle önemlidir.

1982 Sözleşmesi'nin 83. maddesi sınırlamanın 'hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşmak amacıyla uluslararası hukuk temelinde' yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu durum *Tunisia/Libya* davasında, Divan tarafından 'ilke ve kuralların hakça sonuç doğurmaya uygun kıta sahanlığı sınırlandırılmalarında uygulanması' ifadesi ile vurgulanmıştır.<sup>217</sup> Kanada ve Birleşik Devletler'in<sup>218</sup> hem kıta sahanlığı hem de balıkçılık bölgeleri ile ilgili *Gulf of Maine* davasında,<sup>219</sup> UAD Dairesi her denizalanı sınırlandırmasında düzen getiren genel uluslararası hukuk ilkelerini ortaya koymuştur. İlk olarak, tek taraflı sınırlandırma olamaz. Sınırlandırmalar taraflar arasında ya da, gerekli görüldüğü durumlarda, üçüncü tarafların yardımı ile oluşturulmalı ve anlaşmalar ile uygulanmalıdır. İkinci olarak, 'sınırlandırma hakça kriterlerin uygulanması ile ve coğrafi şekillere ve diğer ilgili koşullara ilişkin hakça sonuç üretecek pratik yöntemler ile yürürlüğe konmalıdır'.<sup>220</sup> Divan başlangıç noktası olarak esas itibarıyla hakça olarak gördüğü bir kriter olarak, ilgili ülkelerin kıyı şeritlerinin deniz izdüşümlerinin yakınsama ve örtüşen alanlarının eşit bölünme kriterlerini almıştır. Bununla birlikte, bunun alanın kendi koşulları ışığında uygun yardımcı kriterlerle birleştirilmesi gerekmektedir.

Yukarıda anılan kriterleri uygulamaya koyabilmek için gerekli metodlar bağlamında, bunların da kriterlerin kendileri gibi coğrafyaya dayandırılmasının ve hem deniz yatağı hem de üstündeki suların sınırlandırılmasına uygunluğunun gerektiği ifade edilebilir. Bu nedenle, geometrik yöntemlerin işe yarayacağı sonucuna varılmıştır.<sup>221</sup> Kıta sahanlığının

<sup>212</sup> ICJ Reports, 1982, s. 59; 67 ILR, s. 52.

<sup>213</sup> ICJ Reports, 1969, ss. 3, 49–50; 41 ILR, ss. 29, 79.

<sup>214</sup> ICJ Reports, 1982, ss. 18, 153; 67 ILR, ss. 4, 146.

<sup>215</sup> ICJ Reports, 1969, ss. 3, 35–6; 41 ILR, ss. 29, 64.

<sup>216</sup> Cmnd 7438, s. 59; 54 ILR, s. 66.

<sup>217</sup> ICJ Reports, 1982, ss. 18, 49.

<sup>218</sup> ICJ Reports, 1984, s. 246; 71 ILR, s. 74. Ayrıca bkz., J. Schneider, 'The Gulf of Maine Case: The Nature of an Equitable Result', 79 AJIL, 1985, s. 539.

<sup>219</sup> Taraflarca "tek deniz sınırı" talep edilmiştir. ICJ Reports, 1984, ss. 246, 253; 71 ILR, s. 80.

<sup>220</sup> ICJ Reports, 1984, ss. 299–300; 71 ILR, ss. 126–7. Bu, deniz alanlarının sınırlamasını düzenleyen uluslararası teamül hukukun temel normu olarak kabul edilmiştir. ICJ Reports, 1984, s. 300.

<sup>221</sup> ICJ Reports, 1984, ss. 328–9; 71 ILR, s. 155. Oda'nın Seal Adalarına hakkaniyet sebepleriyle "yarı-etki" verdiği not edilmelidir. ICJ Reports, 1984, s. 337; 71 ILR, s. 164.

sınırlandırılması için temel kuralın, münhasır ekonomik bölge ile aynı olduğu belirtilmelidir,<sup>222</sup> ancak mutlaka aynı sınırın ortaya çıkması şart değildir.<sup>223</sup> Maine Körfezi davasında Daire, taraflarca hem kıta sahanlığını hem de balıkçılık alanını sınırlayan tek bir çizgi için çağrıda bulunulmasının 'davanın özel bir niteliğini ve benzersiz yönünü' vurguladığını belirtmiştir.

Bir kıta sahanlığının sınırlandırılması açısından hakça kabul edilen kriterler, ikili bir sınırlandırma açısından mutlaka aynı özelliklere sahip olmak zorunda değildir.<sup>224</sup> Yukarıdaki prensipler 1985 yılındaki *Gine/Gine-Bissau Maritime Delimitation* davası kararına yansımıştır.<sup>225</sup> İlgili mahkeme herbir sınırlandırma sürecinin amacının ilgili koşullar bağlamında hakça çözüme ulaşmak olduğunu vurgulamıştır.<sup>226</sup> Bu davada, doğal uzantı ve ekonomik faktörler kavramlarının bu koşullarda çok fazla yardımı olmuştur.<sup>227</sup> *Libya/Malta Continental Shelf* davasında,<sup>228</sup> Uluslararası Adalet Divanı Libya'nın 1958 Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'ne taraf olmaması nedeniyle verdiği kararda teamül hukuku bağlamında uzaklık kriterini vurgulamıştır. Bu artık teamül hukukunun bir parçası olduğu kabul edilen münhasır ekonomik bölge kavramı ve münhasır ekonomik bölgenin deniz yatağında ve toprak altında, kıta sahanlığında kullanılan haklar kullanılmadan var olamayacağı gerçeği nedeniyle ortaya çıkmıştır. Bu nedenle kıta sahanlığının sınırlandırılmasında 200 millik sınır göz önüne alınmalıdır.<sup>229</sup> Hukukun, jeolojik özelliklerden bağımsız bir şekilde, devletlerin kıyılarından 200 mile kadar kıta sahanlığı ilan etmelerine izin verdiği gerçeği, bu mesafe içerisinde jeolojik ya da coğrafi faktörlere herhangi bir rol atfedilmesi içinde neden olmadığı anlamına gelmektedir.<sup>230</sup>

200 mile kadar sahanlığa ilişkin hakkın temelini mesafe temelli olarak kabul edilmesi nedeniyle, Divan karşılıklı devletler arasında orta çizgi çizmenin hakça sonuca ulaşabilmek için en makul yaklaşım olacağını düşünmüştür. Bu geçici önlem ilgili koşullar çerçevesinde hakkaniyet ilkeleri ışığında denenmelidir.<sup>231</sup> Divan ayrıca orantısallığın rolünü değerlendirmek ve herhangi bir çizginin adilane olup olmadığını test etmek için *Tunisia/Libya* davasını<sup>232</sup> da izlemiştir.

Bununla birlikte, Divan davadaki kıyı uzunluklarının hakça bir sınıra erişme sürecinin bir parçası olarak karşılaştırılabilirliğini göz önüne almış ve orta çizginin ayarlanması için bir taraf olarak kıyı uzunluklarının farklılığını kullanarak Libya için daha büyük bir sahanlık belirlemiştir.<sup>233</sup> Nispeten küçük bir özellik olarak, Malta'nın adalarının yarı kapalı bir denizde bulunması durumu da genel coğrafi bağlamda dikkate alınmıştır.<sup>234</sup>

<sup>222</sup> 1982 Sözleşmesi'nin 74. maddesi.

<sup>223</sup> Örneğin bkz., 1978 Avustralya-Papua Yeni Gine Deniz Sınırları Antlaşması (Australia-Papua New Guinea Maritime Boundaries Treaty of 1978), aktaran Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, s. 160.

<sup>224</sup> ICJ Reports, 1984, ss. 246, 326; 71 ILR, s. 153.

<sup>225</sup> Bkz., 25 ILM, 1986, s. 251; 77 ILR, s. 636. Mahkeme, Baş Hakim Lachs ve Hakimler Mbaye ve Bedjaouy'dan oluşmaktaydı.

<sup>226</sup> 25 ILM, 1986, s. 289; 77 ILR, ss. 675-6.

<sup>227</sup> 25 ILM, 1986, ss. 300-2; 77 ILR, s. 686. Sınırlandırmanın, ilgili ülkelerin karasuları, kıta sahanlığı ve ekonomik bölgeleri sınırlayan tek bir çizgiyle ilgili olduğuna dikkat edilmelidir.

<sup>228</sup> ICJ Reports, 1985, s. 13; 81 ILR, s. 239.

<sup>229</sup> Divan, bunun kıta sahanlığı kavramının ekonomik bölge kavramı tarafından özümlediği anlamına gelmediğini vurgulamıştır; ancak her ikisinde de ortak olan kıyıdan uzaklık gibi unsurlara daha fazla önem atfedilmesi gerektiğini vurgulamıştır. ICJ Reports, 1985, s. 33; 81 ILR, s. 265.

<sup>230</sup> *A.g.e.*

<sup>231</sup> ICJ Reports, 1985, s. 47; 81 ILR, s. 279.

<sup>232</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>233</sup> ICJ Reports, 1985, ss. 48-50; 81 ILR, s. 280. 223

<sup>234</sup> ICJ Reports, 1985, s. 52; 81 ILR, s. 284.

Divan değerlendirmesinde, doğanın şeklini değiştirmekten kaçınma, bir tarafın başkalarıyla ilgili alanlarındaki haklarına tecavüz edilmemesi, ilgili tüm koşullara saygı duyulması ve, hakkaniyetin mutlaka eşitlik anlamına gelmemesi ve adaletli bölüşme sorununun söz konusu olmaması kavramları da dahil olmak üzere çeşitli iyi bilinen ilkelerine değinmiştir.<sup>235</sup> Ancak Divan, Libya'nın daha büyük kara kütlelerine sahip bir devletin daha fazla sahanlıkta hak iddia edebileceği iddiasını geri çevirmiş ve Malta'nın iki devletin göreceli ekonomik durumlarının alakalı olduğu görüşünü reddetmiştir.<sup>236</sup>

Sonuç olarak Divan, davada dikkate alınması gereken aşağıdaki koşulları ve faktörleri gerekçeli kararında yinelemiştir:

- “(1) Kıyıların taraflara göre genel olarak düzenlenmesi, karışıklıkları ve genel bağlam içerisinde birbirleri ile ilişkileri;  
 (2) Tarafların ilgili kıyıların uzunluklarındaki farklılık ve aralarındaki mesafe;  
 (3) Kıyı devletine ait kıta sahanlığı alanlarının ve kıyı şeridinin genel yönünde ölçülen kıyıların ilgili bölümünün uzunluğu arasındaki aşırı orantısız sınırlandırmanın önlenmesi ihtiyacı”.<sup>237</sup>

*St Pierre and Miquelon* davasında,<sup>238</sup> Tahkim Mahkemesi, sınır belirleme sürecinin söz konusu anlaşmazlığın coğrafi kapsamının belirlenmesiyle başlamasının ve gerçekten de coğrafi özelliklerin sınırlamanın merkezinde olduğunun altını çizmiştir.<sup>239</sup> Bununla birlikte, her spesifik durumda ilgili kıyı şeridinin tanımlanması belirli problemler ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda, coğrafi durumun açıklanma şekli belirli çözümler önermekte ve böylece görünüşte nesnel coğrafi tanımlama süreci, belirli bir hukuki neticenin kabul edilmesinde gerçekten önemli bir unsur oluşturmaktadır. *St Pierre and Miquelon* davasında Mahkeme, alanı güney ve batı bölgeler olmak üzere iki bölgeye ayırmıştır. İkinci durumda, adaların kendi kara sularının ötesinde denize doğru uzanması bir nebze hak tecavüzüne, Newfoundland'ın güney kıyısında bulunan noktalardan güneye doğru denize doğru çıkıntının irtibatının kesilmesine neden olacaktır. Mahkeme, karasuları içerisindeki adaların herhangi bir şekilde kuşatılmasının ve adalara karasularının sınırından itibaren münhasır ekonomik bölge olarak ek 12 mil sağlanması şeklindeki çözüm önerisinin hakkaniyete uygun olmayacağını belirtmiştir.<sup>240</sup> Adaların karşı karşıya veya yan olarak hizalandığı Kanada kıyıları tarafından engellenmeden deniz kenarında bir kıyı açılımı yaptığı güney bölgesi söz konusu olduğunda Mahkeme, bu tarz bir izdüşümünün Newfoundland'ın güney sahillerine bitişik kesimlerin ön paralel bölümlerini tecrit etmeye ya da hak tecavüzüne yol açmadığı sürece, Fransa'nın 200 deniz mili sınırında bir dış limit hakkı olduğunu kabul etmiştir. Bunu sağlamak için Mahkeme, adaların güney yönünde kıyı açıklıklarının genişliğinin önemini vurgulamış ve bu sayede onlara güneye doğru ekonomik bölge olarak 200 mil uzunluğunda dar bir koridor oluşturmuştur.<sup>241</sup> Coğrafi değerlendirmelere dayanarak karar veren Mahkeme, önerilen sınırlamanın «radikal olarak adil olmayan» bir öneri olmadığı konusunda emin olduğunu belirtmesini gerekli görmüştür.<sup>242</sup> Bunu, taraflarca sunulan olgulara dayanarak yapabilmektedir. Mahkeme aynı zamanda orantılılık ilkesini de değerlendirmiş ve tarafların birbirleri ile ilgili konularda orantısızlık olmadığını belirtmiştir.<sup>243</sup>

<sup>235</sup> ICJ Reports, 1985, ss. 39–40; 81 ILR, s. 271.

<sup>236</sup> ICJ Reports, 1985, ss. 40–1; 81 ILR, s. 272. Divan ayrıca, genel coğrafi durum ışığında, taraflar arasındaki adilane bir sınırın, Libya ile Sicilya arasındaki orta çizginin güneyi olduğunu belirtmiştir. ICJ Reports, 1985, s. 51; 81 ILR, s. 283.

<sup>237</sup> ICJ Reports, 1985, ss. 56–8; 81 ILR, s. 288. 227

<sup>238</sup> 31 ILM, 1992, s. 1145; 95 ILR, s. 645.

<sup>239</sup> 31 ILM, 1992, ss. 1160–1; 95 ILR, ss. 660–3.

<sup>240</sup> 31 ILM, 1992, ss. 1169–70; 95 ILR, s. 671.

<sup>241</sup> 31 ILM, 1992, ss. 1170–1; 95 ILR, ss. 671–3.

<sup>242</sup> 31 ILM, 1992, s. 1173; 95 ILR, s. 675. ‘İlgili tarafların nüfusunun geçim ve ekonomik refahı için felaket yaratan etkilere yol açma ihtimali’ olarak tanımlanan bu kavram *Gulf of Maine* davasından gelmektedir, ICJ Reports, 1984, ss. 246, 342; 71 ILR, ss. 74, 169.

<sup>243</sup> 31 ILM, 1992, s. 1176; 95 ILR, s. 678.

*Jan Mayen (Danimarka v. Norveç)* davasında,<sup>244</sup> Grönland adaları ile Jan Mayen arasındaki kıta sahanlığının sınırlandırılması sorunu, 1958 Sözleşmesi'nin 6. maddesi koşulları ile çözülmüş ve adil bir sınırlandırma gerektiren teamül hukuku ile esasen aynı kabul edilmiştir.<sup>245</sup> Uluslararası Adalet Divanı, karşı kıyılar arasında bir sınırlamanın söz konusu olması sebebiyle, geçici hattın orta çizgisinin alınması ile başlanarak daha sonra 'özel koşulların'<sup>246</sup> başka bir sınır çizgisi gerektirip gerektirmediğinin belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>247</sup>

Özellikle, Grönland'ın kıyı uzunluğunun Jan Mayen'in dokuz katından fazla olması nedeniyle, ilgili alanın kıyı uzunlukları arasındaki farkın hesaba katılması gerekmektedir zira şartsız bir eşitlik kullanımı, açıkça orantısız bir sonuç doğuracaktır.<sup>248</sup> Ayrıca, zayıf balıkçı toplulukları için balık stoklarına adil erişim sorunu da göz önüne alınmalıdır. Bölgenin temel kaynağı olan kapelin balığının güney kesiminde yoğunlaşması nedeniyle bu alan üzerinde örtüşen talepler ortaya çıkmıştı, orta çizginin benimsenmesi ise Danimarka'nın kapelinlere adil bir şekilde erişiminden emin olunamaması anlamına gelecekti. Bu durum Jan Mayen'in Norveç adasına doğru orta çizginin ayarlanması için başka bir nedeni teşkil etmiştir.<sup>249</sup> Bununla birlikte, balıkçılık kaynaklarına erişimi,<sup>250</sup> Jan Mayen'in sınırlı nüfusunu, koşullarda sosyo-ekonomik faktörleri veya güvenlik konularını önemli ölçüde etkilememesi nedeniyle buz varlığının değerlendirilmesine hiç gerek yoktu.<sup>251</sup>

Uygulanabilir ilkelerin çeşitliliğini tartışırken, geleneksel olarak, sınırlandırma amacıyla karşı ve bitişik devletler arasında bir ayırım yapılmıştır. Divan, komşu ülkeler durumunda bireysel bir coğrafi özelliğin bozucu etkisi, eşitsiz bir sınırlandırmaya neden olabileceğinden, önceki durumda, eşitlik metodunu uygulamasında sonraki duruma nazaran daha az zorluk yaşandığını belirtmiştir. Hakkaniyet mülahazaları bağlamında,<sup>252</sup> uygulanabilir hakkaniyet ilkelerinin yelpazesinin daha geniş olabileceği ve belirli ilkeler arasındaki göreceli önemin daha az açık olabileceği bitişik devletlerin durumundan ziyade, karşılıklı devletler arasındaki kıta sahanlığının eşit uzaklık temelinde sınırlandırılmasına ağırlık verilmelidir. Bununla birlikte, 1982 Sözleşmesi'nin 83. maddesi devletlerin karşı karşıya ya da bitişik olup olmadığı sebebiyle herhangi bir sınırlandırma ayırımı yapmamaktadır. Uluslararası hukuk temelinde adilane bir çözüm bulma konusunda ihtiyaç açıktır ve yakın zamanda karşı kıyılar olması durumunda eşit uzaklık lehine bir karine bitişik devletlere de uygulanabilir.

<sup>244</sup> ICJ Reports, 1993, s. 37; 99 ILR, s. 395.

<sup>245</sup> ICJ Reports, 1993, s. 58; 99 ILR, s. 426. Fakat Hakim Oda'nın Ayrı Oy Görüşü'nü inceleyiniz, ICJ Reports, 1993, ss. 102-14; 99 ILR, ss. 470-82.

<sup>246</sup> Divan, 6. maddede yer alan "özel koşullar" kategorisinin, uluslararası teamül hukukunda geliştirilen "ilgili koşullar" kategorisiyle esasen aynı olduğunu, çünkü her ikisinin de hakça bir çözüm bulmaya yönelik olarak tasarlandığını kaydetmiştir. ICJ Reports, 1993, s. 62; 99 ILR, s. 430. Özel koşullar, 'eşit uzaklık ilkesinin şartsız uygulamasını sonucunu değiştirebilecek koşullar' olarak görülürken, ilgili şartlar 'sınırlandırma sürecinde dikkate alınması gereken bir gerçek' olarak tanımlanabilir, *a.g.e.*

<sup>247</sup> ICJ Reports, 1993, ss. 59-61; 99 ILR, ss. 427-9.

<sup>248</sup> ICJ Reports, 1993, ss. 65-9; 99 ILR, ss. 433-7.

<sup>249</sup> ICJ Reports, 1993, ss. 70-2; 99 ILR, ss. 438-40. Fakat bkz., Hakim Schwebel'in Ayrı Görüşü, ICJ Reports, 1993, ss. 118-20; 99 ILR, ss. 486-8.

<sup>250</sup> ICJ Reports, 1993, ss. 72-3; 99 ILR, ss. 440-1.

<sup>251</sup> ICJ Reports, 1993, ss. 73-5; 99 ILR, ss. 441-3. Fakat bkz., Hakim Oda'nın Ayrı Görüşü, ICJ Reports, 1993, ss. 114-17; 99 ILR, ss. 482-5. Bu gibi durumlarda hakkaniyete ilişkin tartışmalara ilişkin Hakim Weeramantry'in Ayrı Oy Görüşü dikkate alınmalıdır, ICJ Reports, 1993, ss. 211 vd.; 99 ILR, ss. 579 vd.

<sup>252</sup> Bkz., *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 36-7; 41 ILR, ss. 29, 65; *Anglo-French Continental Shelf* davası, Cmnd 7438, ss. 58-9; 54 ILR, s. 65; *Tunisia-Libya Continental Shelf* davası, ICJ Reports, 1982, ss. 18, 88; 67 ILR, ss. 4, 81; *Gulf of Maine* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 246, 325; 71 ILR, s. 74 ve *Jan Mayen* davası, ICJ Reports, 1993, s. 37; 99 ILR, s. 395. Ayrıca bkz., 1958 Kıtasahaneliği Sözleşmesi'nin 6. maddesi.

Kıyı şeridinin uzunluğu ile kıta sahanlığı arasındaki orantı kriterine verilecek ağırlık da göz önünde bulundurulmuş ve farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu dikkatle uygulanması gereken bir faktördür.<sup>253</sup>

1982 Sözleşmesi'nin 74. maddesi, karşı veya bitişik kıyılara sahip devletler arasındaki münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırılmasının, 'hakkaniyete uygun bir çözüm bulunması için' uluslararası hukuka dayalı anlaşma<sup>254</sup> ile gerçekleştirilmesini öngörmektedir. Bu ifade, kıta sahanlığının sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerle<sup>255</sup> aynı olduğu için, devletlerin hem kıta sahanlığına hem de ekonomik bölgeye tek bir deniz sınırı uygulama arayışında olması ile ilgili davaların ortaya çıkması şaşırtıcı değildir.<sup>256</sup>

*Gulf of Maine* davasında,<sup>257</sup> Uluslararası Adalet Divanı Dairesi, tek bir deniz sınırı kriterinin<sup>258</sup> hem kıta sahanlığı hem de ekonomik bölgeler (bu davada bir balıkçılık bölgesi) için geçerli olacağı ve sadece bu bölgelerden biri ile ilgili kriter bulunmadığı görüşünü benimsemiştir.<sup>259</sup> Bununla birlikte, böyle bir sınırın oluşturulması için genel şart, adil bir çözüm bulma ihtiyacıdır ve bu durum, Divan tarafından ilgili sayılabilecek ya da sayılamayacak veya nihai olarak karar verilebilecek bir dizi faktörü göz önüne almaktadır. Bu gibi faktörlerin aydınlatılmasında zorluklarla karşılaşmakta ve son zamanlardaki davalarda bir nebze öngörülebilirlik oluşmuşsa da, durumun açık olduğunu iddia etmek aşırı bir iyimserlik oluşturmaktadır. *Gulf of Maine* davasında Divan, esas olarak 'uygun bir şekilde bölgenin coğrafi özellikleri ile bağlantılı' ilgili kriterlerin belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır, fakat bunların bazıları tartışmalıdır ve balık stokları, petrol arama, bilimsel araştırma veya ortak savunma düzenlemeleri ile ilgili bilimsel ve diğer olguları kapsar görünmemektedir.<sup>260</sup> *Gine/Gine-Bissau Maritime Delimitation* davasında,<sup>261</sup> Divan, ilgili iki devletin kara sularını, ekonomik bölgesini ve kıta sahanlığını bölen tek bir çizgi çizilmesi çağrısında bulunmuştur. Son iki bölge söz konusu olduğunda, Divan, önemsiz kıyı özelliklerinin önemini abarttığından eşit uzaklık yönteminin kullanılmasının tatmin edici olmadığını kaydetmiştir. Daha ziyade, Batı Afrika'nın

<sup>253</sup> *North Sea Continental Shelf* davalarında Mahkeme, bu konu tartışılırken makul derecede orantılılık çağrısı yapmıştır. ICJ Reports, 1969, ss. 3, 52; 41 ILR, ss. 29, 82, *Anglo-French Continental Shelf* davasında Divan hakkaniyet bağlamında bunun orantılılıktan ziyade orantısızlık olduğunu vurgulamıştır, Cmnd 7438, ss. 60-1; 54 ILR, ss. 6, 67. Fakat karşılaştırma için bkz., *Tunisia/Libya Continental Shelf* davası, ICJ Reports, 1982, ss. 18, 75; 67 ILR, ss. 4, 75. Ayrıca bkz., *Libya/Malta Continental Shelf* davası, ICJ Reports, 1985, ss. 48-50; 81 ILR, s. 280.

<sup>254</sup> UAD Statüsünün 38. maddesinde belirtildiği gibi.

<sup>255</sup> Madde 83. Uluslararası Mahkeme, 'uluslararası hukukun ilgili ilke ve kurallarının belirlenmesiyle sınırlı olmakla birlikte, kullanılan dilin niteliğinin özellikle önem taşıdığı' beyan etmiştir. *Gulf of Maine* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 246, 295; 71 ILR, ss. 74, 122. *Jan Mayen Maritime Delimitation (Denmark v. Norway)* davasında mahkeme, madde 74(1)'de yer alan ifadenin ve ilgili sınırlama işleminin adil bir çözüm olması amacı ile ilgili madde 83(1)'deki hükmün, hem kıta sahanlığının hem de münhasır ekonomik bölgelerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak teamül hukukunun gerekliliklerini yinelediğini belirtmiştir. ICJ Reports, 1993, ss. 37, 59; 99 ILR, ss. 395, 427, *Eritrea/Yemen (Phase Two: Maritime Delimitation)* davasında Mahkeme 74 ve 83. maddelere ilişkin olarak, bu hükümlerin konuyla ilgili çok tartışmalı bir konuyu görüşmek üzere toplanan konferansta son dakika girişimi olarak ortaya çıktığını belirtmiş ve bu hükümlerin 'mümkün olduğunca az karar vermek için bilinçli olarak tasarlandıklarını' belirtmiştir, 119 ILR, ss. 417, 454.

<sup>256</sup> Madde 74(3) ve 83(3)'de yer alan yükümlülük ilgili devletlerin anlayış ve işbirliği içerisinde 'uygulanabilir mahiyette geçici anlaşmalar yapmak için her türlü çabayı sarf edeceklerini ve, bu geçiş döneminde, nihai anlaşmaya varmayı tehlikeye düşümecekleri ve ona zarar vermeyeceklerini' öngörmektedir. Örneğin bkz., British Institute of International and Comparative Law, *Report on the Obligations of States under Articles 74(3) and 83(3) of UNCLOS in respect of Undelimited Maritime Areas*, London, 2016.

<sup>257</sup> ICJ Reports, 1984, s. 246; 71 ILR, s. 74.

<sup>258</sup> Mahkeme, tek bir deniz alanı hattı kavramının, anlaşma hukukundan değil devlet uygulamasından doğduğunu vurgulamış, böylece teamül hukukuna dikkat çekmiştir. Bkz. *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 93; *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 440-1; *Barbados v. Trinidad and Tobago*, Award of 11 April 2006, para. 235 ve *Guyana v. Suriname*, Award of 17 September 2007, para. 334.

<sup>259</sup> *Gulf of Maine* davası, ICJ Reports, 1984, s. 326; 71 ILR, s. 153.

<sup>260</sup> ICJ Reports, 1984, s. 278; 71 ILR, s. 105.

<sup>261</sup> 77 ILR, s. 635.

tüm sahil şeridi<sup>262</sup> düşünölmek zorunda kalınmıştır. Divan, ayrıca kıta sahanlığının jeolojik ve jeomorfolojik özellikleriyle ilgili kanıtların tatmin edici olmadığını<sup>263</sup> değerlendirmiş, sürekli değışen verilerin değerlendirilmesine dayandığı için genel ekonomik faktörler, adaletsiz ve hakkaniyetsiz oldukları için reddedilmişlerdir.<sup>264</sup> Tek bir deniz sınırı sorunu, *St Pierre and Miquelon (Kanada/Fransa)* davasında<sup>265</sup> yeniden ortaya çıkmıştır ve bu davada Mahkeme'den taraflar arasında bu deniz bölgelerinde uluslararası hukuka göre egemenlik gösterebilecek hakları ve yetki alanlarını yöneten tek bir sınırlandırma kurması istenmiştir.

Bu gibi davalarda Divan, *Gulf of Maine* kararını takip ederek, tek veya çok amaçlı sınırlandırmalarda kıta sahanlığının sınırlandırılmasını düzenleyen 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin 6. maddesinin, tek bir deniz çizgisinin oluşturulması için zorlayıcı gücünün olmadığı görüşünü benimsemiştir.<sup>266</sup>

Bununla birlikte, taraflar arasında, hem kıta sahanlığına hem de ekonomik bölgeye uygulanabilir tek bir deniz sınırı belirlemesi için Divan'dan talepte bulunulmasına yönelik özel bir anlaşma bulunmadığı hallerde Mahkeme, *Jan Mayen Maritime Delimitation (Danimarka v. Norveç)* davasında<sup>267</sup> ilgili kuralın iki başlığının da ayrı ayrı incelenmesi gerektiğini açıklamıştır. Bu başlıklar 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin 6. maddesinin kıta sahanlığı üzerindeki etkileri ve balıkçılık bölgesine ilişkin uluslararası teamül hukuku kuralları ile ilgilidir.<sup>268</sup>

Daha yakın geçmişteki davalar netlik ve basitlik yönünde daha da yol kat etmişlerdir. *Eritreal/Yemen* (II. Aşama: Deniz Sınırlandırması) davasında Divan, birbirine karşılıklı olan kıyılarda orta veya eşit uzaklık çizgisinin normalde 1982 Sözleşmesi şartlarına uygun adil bir sınır oluşturduğunun genel kabul gören bir görüş olduğunu kaydetmiştir.<sup>269</sup> Aynı zamanda, uygulamada önceki içtihadın orantılılığın sınırlandırmanın bağımsız bir usulü veya ilkesi olmadığı, ve sınırlandırmada adaleti test etmenin başka yollarının mevcut olduğu fikrini tekrar teyit etmiştir.<sup>270</sup> Divan ayrıca, deniz ortasındaki adaların karşılıklı devletler arasındaki sınırlandırmadaki rolünü de göz önüne almış ve bu adaları devreye sokarak yapılan kazandırmanın orantısız bir etki yaratabileceğini belirtmiştir.<sup>271</sup> Aslında, söz konusu adaların bazılarına hiçbir yetki verilmemiştir.<sup>272</sup>

*Qatar v. Bahreyn* davasında Divan, kıta sahanlığı ile ekonomik bölge sınırlandırmaları arasındaki yakın ilişkiyi vurgulamış<sup>273</sup> ve uygun yöntemin ilk önce bir eşit uzaklık

<sup>262</sup> *A.g.e.*, ss. 679–81

<sup>263</sup> *A.g.e.*, ss. 685–7.

<sup>264</sup> *A.g.e.*, ss. 688–9.

<sup>265</sup> 31 ILM, 1992, s. 1145; 95 ILR, s. 645. Ayrıca bkz., M. D. Evans, 'Less Than an Ocean Apart: The St Pierre and Miquelon and Jan Mayen Islands and the Delimitation of Maritime Zones', 43 ICLQ, 1994, s. 678; K. Highet, 'Delimitation of the Maritime Areas Between Canada and France', 87 AJIL, 1993, s. 452, ve H. Ruiz Fabri, 'Sur la Delimitation des Espaces Maritimes entre le Canada et la France', 97 RGDIP, 1993, s. 67.

<sup>266</sup> 31 ILM, 1992, s. 1163; 95 ILR, s. 663.

<sup>267</sup> ICJ Reports, 1993, s. 37; 99 ILR, s. 395. Ayrıca bkz M. D. Evans, 'Case Concerning Maritime Delimitation in the Area Between Greenland and Jan Mayen (*Denmark v. Norway*)', 43 ICLQ, 1994, s. 697.

<sup>268</sup> Fakat Hakim Oda Aynı Görüşü'nde Kıta sahanlığı rejiminin münhasır ekonomik bölge kavramından bağımsız olduğunu ve tek bir deniz sınırı çizme isteğinin yanlış anlaşıldığı görüşünü benimsemiştir, ICJ Reports, 1993, ss. 96–7; 99 ILR, ss. 464–5.

<sup>269</sup> 119 ILR, ss. 417, 457.

<sup>270</sup> *A.g.e.*, s. 465. Ayrıca bkz., *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 52; 41 ILR, s. 29 ve *Anglo-French Continental Shelf* davası, Cmnd 7438; 54 ILR, s. 6.

<sup>271</sup> 119 ILR, s. 454.

<sup>272</sup> *A.g.e.*, s. 461. Mahkeme *Anglo-French Continental Shelf* davasında olduğu gibi bazı adaların yerleşme bölgesi haline getirilmesini reddetmiştir, *a.g.e.*, s. 463.

<sup>273</sup> ICJ Reports, 2001, ss. 40, 110

çizgisinin geçici olarak çizilmesi daha sonra bu çizginin ayarlanması için koşulların var olup olmadığının değerlendirilmesi olduğuna karar vermiştir.<sup>274</sup> Ayrıca, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırılması ile ilgili olarak, kara sularının sınırlandırılması için uygulanabilecek olan “eşit uzaklık/özel koşullar” kuralı ve 1958’den beri içtihat hukukunda ve uygulamada geliştirilen “eşit uzaklık/ilgili koşullar” kuralının “yakından ilişkili” olduğunu kaydetmiştir.<sup>275</sup> Divan, inci üretme bölgelerinin varlığının<sup>276</sup> ve devletlerin kıyı cephelerinin uzunlukları arasındaki farklılığı eşit uzaklık çizgisindeki kaymayı haklı kılmak için bir gerekçe olarak değerlendirmemiştir.<sup>277</sup> Ayrıca, hakkaniyeti sağlamak adına orantısızlığı önlemek için Körfez bölgesinde Bahreyn kıyı şeridinin uzaktan izdüşümü olan, denizin üstünde bulunan ve çoğunlukla yüksek gelgitte suyun altında kalan *Fasht al Jarim’e* herhangi bir yetki tanımamayacağı göz önüne alınmıştır.<sup>278</sup>

Bu yaklaşım, *Cameroon v. Nigeria* davasında, ‘tesadüfi yargı alanının çeşitli bölgelerini kapsayan’ bir çizgiye ilişkin ‘sınırlandırmanın uygulanabilir kriterleri, ilkeleri ve kurallarının’ ‘anılan hakkaniyet ilkeleri/ilgili koşullar yöntemi’ olarak ifade edilebileceği Divan tarafından tekrarlanmıştır. Kara sularının sınırlandırılması ile ilgili olarak “eşitlik/özel koşullar” yöntemine çok benzer olan bu yöntem, hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşabilmek için ‘öncelikle eşit uzaklık çizgisinin çizilmesini daha sonra bu çizginin ayarlanmasını veya değiştirilmesini gerektiren faktörlerin olup olmadığının değerlendirilmesini içermektedir.<sup>279</sup> Böyle bir çizgi, söz konusu devletlerin ilgili kıyı şeritleri temelinde inşa edilmeli ve üçüncü devletlerin kıyı şeridini ve birbirine bakmayan tarafların kıyı şeridini göz önüne alarak harici tutulmalıdır.<sup>280</sup> Dahası, Divan ‘hakkaniyetin bir sınırlandırma yöntemi olmadığını, yalnızca sınırlamayı gerçekleştirirken akılda tutulması gereken bir amaç olduğunu’ vurgulamıştır.<sup>281</sup> Böylece, önceki on yıllarda var olan hakkaniyetli çözüm üzerine sınırlandırma eğilimine son vermiş, hangi faktörlerin dikkate alınacağı ve bunları nasıl sıralanacağı konusunda ise önemli soruların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Söz konusu deniz alanlarının coğrafi şekli bu davada önemli bir unsurdur ve Divan, deniz alanlarının bazı coğrafi özelliklerinin de göz önüne alınabileceğini ve gerektiğinde geçici sınır çizgisinin kaydırılabileceğini belirtmiş, tüm bunların amaç için ilgili koşullar olabileceğini vurgulamıştır. Mevcut davada, Divan kıyı şeridinin şeklini eşit uzaklık çizgisinin değiştirilmesi için uygun bir gerekçe olarak değerlendirmemiştir.<sup>282</sup> Benzer bir şekilde Divan, Kamerun açıklarında bir ada olan, ama üçüncü bir ülkeye (Ekvator Ginesi’ne) ait bulunan Bioko’nun varlığını göz önüne almanın gerekli olduğunu değerlendirmemiş, ilgili kıyı şeritlerine ilişkin ‘ tarafların kendi kıyı şeritlerinin uzunlukları arasında önemli bir farkın’ var olduğunu ve bunun geçici sınır çizgisini ayarlamak için dikkate alınması gereken bir faktör olduğu sonucuna varmamıştır.<sup>283</sup>

11 Nisan 2006 tarihindeki *Barbados v. Trinidad and Tobago* hakemlik kararında, hukuki sürecin sonucunda, istikrara ve kesinlik gereksinimi ışığında hakkaniyete uygun değerlendirmelerin kendi başına belirsiz bir kavram oluşturduğu kaydedilmiş ve sınırlandırma için öngörülebilir, objektif olarak belirlenmiş ölçütler aranmasında, hakkaniyetin rolünün hukukun ötesinde

<sup>274</sup> A.g.e., s. 111.

<sup>275</sup> A.g.e., s. 111.

<sup>276</sup> A.g.e., s. 112.

<sup>277</sup> A.g.e., s. 114. Bu, Bahreyn’in Hawar Adaları üzerinde egemenliğe sahip olduğunu tanıma açısından, ciddi sorunları hafifleten bir faktördü.

<sup>278</sup> A.g.e., s. 115.

<sup>279</sup> ICJ Reports, 2002, ss. 303, 441.

<sup>280</sup> A.g.e., s. 442.

<sup>281</sup> A.g.e., s. 443.

<sup>282</sup> A.g.e., ss. 443–5.

<sup>283</sup> A.g.e., s. 446. Ayrıca tarafların petrol uygulamaları için bkz., a.g.e., ss. 447–8, ve *Eritrea/Yemen (Phase Two: Maritime Delimitation)*, 119 ILR, ss. 417, 443 vd.



değil içerisinde olduğu vurgulanmıştır.<sup>284</sup> Hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşma süreci, hem hakkaniyet hem de istikrar sınırlandırma sürecinin ayrılmaz parçaları olduğundan, hukuki ilkelerle kısıtlanmıştır.<sup>285</sup> Uluslararası Adalet Divanı, *Romania v. Ukraine* davasında ilgili sahillerin rolünün kıta sahanlığının ve münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırılmasına ilişkin yakından ilişkili olarak iki yasal yönünün olabileceğini kaydetmiştir. İlk olarak, ilgili bölgelerde örtüşen iddialar bağlamında bu bölgeleri neyin oluşturduğunu belirlemek için ilgili kıyıların tanımlanması gerekmektedir. İkinci olarak, sınırlandırma sürecinin üçüncü ve son aşamasında her devletin kıyı boyu oranlarında orantısızlığın olup olmadığının kontrol edilmesi için ilgili sahillerin tespit edilmesi gerekmektedir.<sup>286</sup> Orantısızlığın sinanması, sınırlandırmanın bağımsız bir yöntemi değildi. Daha ziyade, diğer yollarla ulaşılan sınırlandırma çizgisinden dolayı veya ilgili kıyıların uzunluklarından dolayı bir tarafa veya diğer tarafa düşen deniz alanları arasındaki oranlarda belirgin bir orantısızlık nedeniyle ayarlamaya ihtiyaç olup olmadığını kontrol etmenin bir aracıdır.<sup>287</sup>

*Peru v. Chile* davasında, Uluslararası Adalet Divanı, 1982 Sözleşmesi'nin 74 (1) ve 83 (1) maddelerinin uluslararası teamül hukukunu yansıttığını belirtmiş ve denizlerin sınırlandırılmasında üç aşamalı bir kriteri yetkin olarak ortaya koymuştur. İlk olarak, bunu önleyen zorlayıcı nedenler olmadıkça geçici bir eşit uzaklık çizgisi oluşturmuştur. İkinci olarak, hakkaniyetli bir sonucun elde edilebilmesi için bu çizginin düzeltilmesini gerektirecek ilgili koşullar olup olmadığı göz önüne alınmalıdır. Üçüncü olarak, Divan düzeltilen bu çizginin etkisinin tarafların söz konusu alandaki payları ve ilgili kıyı uzunlukları arasında önemli ölçüde orantısız olup olmadığını değerlendirmesini yapacaktır.<sup>288</sup> Taraflar aksini kabul etmedikçe sınırlandırma alçak su seviyesinde başlayacaktır.<sup>289</sup>

## Sonuç

Dolayısıyla, ister teamül hukukundan ister antlaşmadan kaynaklansın deniz sınırlandırmaları ile ilgili geçerli ilkelerin önemli bir şekilde benzeşmesi söz konusudur. Her durumda (gerek kara sularının, gerek kıta sahanlığının gerekse ekonomik bölgenin -veya son ikisinin beraber- sınırlandırılmasında) uygulanacak uygun yöntem başlangıç pozisyonu olarak geçici bir eşit uzaklık çizgisi çizmek ve daha sonra, hakkaniyete uygun bir sonuç elde etmek için bu çizgide bir değişikliğin yapılmasını gerektirecek ilgili veya özel koşulların var olup olmadığını izlemektir. Bunu orantısızlık kriterinin uygulanması takip edecektir. Bu çizgiyi destekleyen varsayım, değer ve açıklık ilkesi olarak kabul edilmelidir.

Özel veya ilgili koşulların anlamı veya dikkate alınması gereken kriterler konusunda, içtihat hukuku bir dizi açık gösterge sunmaktadır. Hakkaniyet bir sınırlandırma yöntemi değildir ve doğa tamamen yeniden düzenlenemez, ancak geçici eşit uzaklık çizgisinin bir nebze değiştirilmesi, örneğin, 'gerekçesiz bir muamele farkının ortaya çıkabileceği olası bir özelliğin etkilerini azaltmak' amacıyla haklı kılınabilir.<sup>290</sup> Aşağıdaki ilkeler dikkate alınabilir: Birincisi,

<sup>284</sup> 11 April 2006 tarihli karar, para. 230. Ayrıca bkz., B. Kwiatkowska, 'The 2006 Barbados/Trinidad and Tobago Maritime Delimitation (Jurisdiction and Merits) Award', Ndiaye ve Wolfrum, *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, s. 917.

<sup>285</sup> 11 Nisan 2006 tarihli karar, para. 243 ve 244. Ayrıca bkz., *Bangladesh v India*, Award of 7 July 2014, para. 216. Bu kararın 217. paragrafı şuna dikkat çekmektedir: 'Ne iklim değişikliği beklentisi ne de iklim değişikliğinin muhtemel etkileri dünyadaki belirlenmiş deniz sınırlarının büyük çoğunluğunu tehlikeye atamaz.'

<sup>286</sup> ICJ Reports, 2009, ss. 61, 89.

<sup>287</sup> *A.g.e.*, ss. 99–100. Ayrıca bkz., *Bay of Bengal (Bangladesh v. Myanmar)* davası, International Tribunal for the Law of the Sea, 14 Mart 2012 tarihli karar, para. 225 vd., [www.itlos.org/index.php?id=108&L=0](http://www.itlos.org/index.php?id=108&L=0).

<sup>288</sup> ICJ Reports, 2014, ss. 3, 65. Ayrıca bkz., *Nicaragua v. Colombia*, 2012, ss. 624, 695–6 ve *Barbados v. Trinidad and Tobago*, 11 Nisan 2006 tarihli karar, para. 242 ve 317. Bu yaklaşım şu davada da benimsenmiştir: *Guyana v. Suriname*, 17 September 2007 tarihli karar, para. 340–1. Ayrıca bkz., *Bangladesh v India*, 7 Temmuz 2014 tarihli karar, para. 340 vd.

<sup>289</sup> ICJ Reports, 2014, ss. 3, 66.

<sup>290</sup> *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 50.

sınırlandırma taraflardan birinin diğer tarafın doğal uzantısı veya onun ekonomik bölgeye ilişkin eşdeğeri üzerindeki hak tecavüzüne engel olmalı ve ilgili kıyı şeridinin deniz çıkıntısının kesilmesini mümkün olduğunca önlemelidir.<sup>291</sup> İkincisi, eşit uzaklık çizgisinin çizilmesi, ilgili sınırlandırma alanında komşularınki ile kıyaslandığında kıyıları özellikle içbükey veya dışbükey olan bir devlete gereğinden fazla aşırı derecede zarar ziyan verebilir. Ancak bunun eşiği görece yüksektir.<sup>292</sup> Üçüncüsü, orantısız ve hakkaniyete uygun olmayan sonuçları önlemek için, eşit uzaklık çizgisinin yumuşatılmasında ‘ tarafların kendi kıyı şeritleri uzunlukları arasındaki önemli fark göz önüne alınması gereken muhtemel bir faktördür.’<sup>293</sup> Dördüncüsü, adaların veya diğer benzer deniz coğrafyalarının mevcudiyeti, durumun hakkaniyeti ile ilgili olabilir ve geçici eşit uzaklık çizgisinin değiştirilmesini haklı kılabilir.<sup>294</sup> Beşincisi, güvenlik kaygıları göz önünde bulundurulabilir, ancak bunun kesin etkileri açık değildir. Altıncısı, balık stoklarının dağılımı gibi kaynaklarla ilgili ölçütler dikkatli bir şekilde ele alınmış ancak genel olarak ilgili bir koşul olarak kabul edilmemiştir.<sup>295</sup> Son olarak, tarafların daha önceki uygulamaları alakalı olabilir ve geçici bir sınırın kabul edildiğini göstermek için yeterli uygulamanın var olduğu durumlar bu duruma örnektir. *Tunisia v. Libya* davasında, Divan, kıyıya yakın petrol ve doğal gaz imtiyazlarını verirken hiçbir tarafın geçmediği ve böylece geçici anlaşma (*modus vivendi*) oluşturan bir çizginin oldukça alakalı olduğuna karar vermiştir.<sup>296</sup> *Cameroon v. Nigeria* davasında ise Divan ancak taraflar arasındaki açık veya gizli anlaşmaya dayalı olarak bu imtiyazlar verilmiş ise, sınırlandırma amacıyla dikkate alınabileceklerini vurgulamıştır.<sup>297</sup> Bu görüş kabul edilmiş ve Uluslararası Adalet Divanı’nın, ilgili balıkçılık uygulamaları ve ilgili deniz hukukunu dikkate alarak, bir ‘örtülü anlaşma’ yoluyla bir deniz sınırının oluşabileceğini kabul ettiği *Peru v. Chile* davasında onaylanmıştır.<sup>298</sup> Her durumda amaç, deniz alanlarının eşit dağılımı değil, hakkaniyetli bir sınırlandırma üretmektir.<sup>299</sup> Bununla beraber Sözleşme tarafından gerekli görülen hakça sonuca olan ihtiyaç yanında, süreçte elde edilecek diğer amaçlar ‘sınırlandırma sürecinin şeffaflığı ve öngörülebilirliği’dir.<sup>300</sup>

## DENİZE KIYISI BULUNMAYAN DEVLETLER<sup>301</sup>

1958 Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi’nin 1. maddesi, ‘kıyı devletleri ile eşit koşullarda deniz serbestisinden faydalanmak için denize kıyıları bulunmayan devletlerin denize serbestçe erişimi olması gerektiğini’ belirtmiştir.<sup>302</sup> 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin 125. maddesi aşağıdaki şekilde formüle edilmiştir:

<sup>291</sup> *Barbados v. Trinidad and Tobago*, Award of 11 April 2006, para. 232.

<sup>292</sup> *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 445–6.

<sup>293</sup> Örneğin bkz., *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 446–7 ve *Barbados v. Trinidad and Tobago*, 11 April 2006 tarihli karar, para. 240. Ayrıca bkz., *Peru v. Chile*, ICJ Reports, 2014, ss. 3, 65.

<sup>294</sup> Örneğin bkz., *Anglo-French Continental Shelf* davası, 54 ILR, s. 6 ve *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 114 vd.

<sup>295</sup> *Gulf of Maine*, ICJ Reports, 1984, ss. 246, 342 ve *Barbados v. Trinidad and Tobago*, Award of 11 April 2006, para. 228 ve 241.

<sup>296</sup> ICJ Reports, 1982, ss. 18, 71, 84 ve 80–6.

<sup>297</sup> ICJ Reports, 2002, ss. 303, 447–8. Ayrıca bkz., *Guyana v. Suriname*, Award of 17 September 2007, para. 378 vd.

<sup>298</sup> *Peru v. Chile*, ICJ Reports, ss. 3, 38–9 ve 41–2.

<sup>299</sup> A.g.e., para. 193. Ayrıca bkz., *Romania v. Ukraine*, ICJ Reports, 2009, ss. 61, 100.

<sup>300</sup> *Bangladesh v India*, 7 Temmuz 2014 tarihli karar, para. 339

<sup>301</sup> Örneğin bkz., Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 9; Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 12; S. C. Vasciannie, *Land-Locked and Geographically Disadvantaged States in the International Law of the Sea*, Oxford, 1990; J. Symonides, ‘Geographically Disadvantaged States in the 1982 Convention on the Law of the Sea’, 208 HR, 1988, s. 283; M. I. Glassner, *Bibliography on Land-Locked States*, 4. Baskı, The Hague, 1995 ve Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 18.

<sup>302</sup> Ayrıca bkz., 1965 Denize Kıyısı Olmayan Devletlerle ilgili Transit Ticaret Sözleşmesi (the Convention on Transit Trade of Land-Locked States, 1965)

*“1- Denize kıyısı bulunmayan devletler, açık denizlerin serbestliğine ve insanlığın ortak mirasına ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, işbu Sözleşme ile öngörülen haklarını kullanmak için, denize ulaşma ve denizden ulaşma hakkına sahip olacaklardır. Bu amaçla, transit geçiş devletinin ülkesinden her türlü taşıma araçlarıyla transit geçiş serbestisinden yararlanacaklardır.*

*2- Transit geçiş serbestisinin kullanılmasının şartları ve usulleri, sahili bulunmayan devletler ile ilgili transit geçiş devletleri arasında iki taraflı, alt-bölgesel veya bölgesel anlaşmalar yoluyla belirlenecektir.*

*3- Ülkeleri üzerindeki mutlak egemenliklerini kullanırken, transit geçiş devletlerinin, denize kıyısı bulunmayan devletler lehine işbu kısımda zikredilen hakların ve kolaylıkların kendi yasal çıkarlarını hiçbir şekilde zedelememesini sağlamak üzere gerekli bütün yasal tedbirleri almaya hakları olacaktır.”*

Dolayısıyla, transit için mutlak bir hak bulunmadığı, daha ziyade transitin denize kıyısı bulunmayan devletler ve transit devletler arasında yapılacak düzenlemelere bağlı olduğu görülmektedir. Yine de deniz kıyısına erişim hakkının teyit edilmesi, denize kıyısı bulunmayan devletlere yardım edilmesinde önemli bir adımdır. 1982 Sözleşmesi'nin 127 ve 130. maddeleri transit işlem düzenlemeleri için çeşitli şartlar ortaya koyarken, 131. maddesi ise, denize kıyısı bulunmayan devletlerin bayrağını taşıyan gemilerin deniz limanlarındaki diğer yabancı gemiler ile eşit muamele görmelerini öngörmektedir. Kıyı devletleri veya denize kıyısı bulunmayan her devletin gemisi karasularında zararsız geçiş ve karasularının ötesinde seyrüsefer özgürlüğüne sahiptir.<sup>303</sup>

Aynı zamanda, denize kıyısı bulunmayan devletlerin, hakkaniyet esasları gereği aynı alt bölge ya da bölgede bulunan kıyı devletlerinin ekonomik bölgelerinin canlı kaynakları bakiyesinin uygun bir bölümünün avlanmasına katılma hakkına sahip oldukları dikkate alınmalıdır.<sup>304</sup> Coğrafi olarak dezavantajlı devletler de aynı hakka sahiptirler.<sup>305</sup> Bu tür katılımın şartları ve yöntemleri, ilgili devletler tarafından ikili, alt-bölgesel ya da bölgesel anlaşmalar yoluyla, kıyı devletinin balıkçılık toplulukları ya da balıkçılık endüstrilerine zarar verici etkilerden kaçınma ihtiyacı ve ilgili devletlerin beslenme ihtiyaçları göz önünde bulundurulurken belirlenir.<sup>306</sup>

Uluslararası deniz yatağı rejimine ilişkin hükümlerle ilgili olarak 1982 Sözleşmesi'nin 148. maddesi, gelişmekte olan devletlerin özel çıkarları ve ihtiyaçları göz önünde bulundurulurken ve bunların arasında özellikle denize kıyısı bulunmayan ve coğrafi açıdan dezavantajlı devletlerin dezavantajlı konumlarından doğan zorlukların (alandan uzaklık ve erişim güçlüğü de dahil olmak üzere) üstesinden gelebilmeleri için, Uluslararası Deniz Tabanı Alanı'na etkin katılımlarına (erişimlerine) yönelik hükümler içermektedir.<sup>307</sup>

<sup>303</sup> Örneğin bkz., 1958 Cenevre Karasuları Sözleşmesi'nin 14(1). maddesi, 1958 Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi'nin 2(1). ve 4. maddeleri ve 1982 Sözleşmesi'nin 17., 38(1)., 52(1)., 53(2)., 58(1)., 87. ve 90. maddeleri.

<sup>304</sup> 1982 Sözleşmesi'nin 69(1). maddesi.

<sup>305</sup> Madde 70(1). Coğrafi olarak dezavantajlı devletler 70(2). maddede şu şekilde tanımlanmıştır: 'kapalı veya yarı kapalı bir denize kıyısı bulunan devletler de dahil olmak üzere, coğrafi durumları nüfuslarının bütününe veya bir kısmının besin olarak balık ihtiyacını yeterli şekilde sağlamalarını alt-bölgesel veya bölgesel devletlerin münhasır ekonomik bölgelerindeki canlı kaynakları kullanmalarına bağlı kıyı devletleri ile; kendilerine has bir münhasır ekonomik bölge iddiasında bulunamayan kıyı devletleri'.

<sup>306</sup> Bkz., madde 69(2) ve 70(2). Ayrıca 69(4). ve 70(5). maddelerin denize kıyısı olmayan gelişmiş devletlerin aynı alt bölge veya bölgede gelişmiş kıyı devletlerin münhasır ekonomik bölgelerinde avlanmaya katılma haklarını kısıtladığı kaydedilmelidir. 71. madde uyarınca kıyı devletinin ekonomisinin büyük oranda münhasır ekonomik bölgedeki canlı kaynakların işletilmesine dayanması durumunda 69. ve 70. maddeler uygulanmayacaktır.

<sup>307</sup> Ayrıca bkz., madde 152, 160 ve 161.

## AÇIK DENİZLER<sup>308</sup>

On beşinci ve on altıncı yüzyıllarda İspanya ve Portekiz tarafından ilan edilen, 1493 ve 1506 Papalık Fermanları (Papal Bulls) tarafından desteklenen ve iki güç arasında dünyanın denizlerini bölen kapalı deniz kavramı, 18. yüzyılda yerini açık deniz ve bunun doğal sonucu olan açık denizlerin serbestisi kavramlarına bırakmıştır.

Açık denizlerin serbestisinin özü, hiçbir devletin açık deniz parçaları üzerinde egemenlik elde edememesidir.<sup>309</sup> Genel kural bu olmasına rağmen kıyı devletlerinin kara sularını bağlayan açık denizlerin belirli alanlarında, diğer ulusların kabul ettiği uzun süreli kullanımlarda, tanıma, zimni kabul ve kazandırıcı zamanaşımı gibi doktrinlerin işleyişi devletin egemenliğine tabidir. Bu durum, *Anglo-Norway Fisheries* davasında vurgulanmıştır.<sup>310</sup>

1958 Cenevre Sözleşmesi'nin 1. maddesinde açık denizler, karasularına veya bir devletin iç sularına dahil olmayan deniz alanları olarak tanımlanmıştır. Gelişmelerin bir sonucu olarak, 1982 Sözleşmesi'nin 86. maddesindeki tanımlamanın bir devletin münhasır ekonomik bölgesine, karasularına veya iç sularına ya da takımda sularına dahil olmayan tüm deniz alanlarını içermesine rağmen, 1958 Sözleşmesi tanımı uluslararası teamül hukukunu yansıtmaktadır.

1982 Sözleşmesi'nin 87. maddesi (1958 Açık Deniz Sözleşmesi'nin 2. maddesini geliştirerek), açık denizlerin tüm devletlere açık olduğunu ve açık denizlerin serbestisinin Sözleşme ve diğer uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde yerine getirildiğini ortaya koymaktadır. Buna ek olarak, seyrüsefer serbestisine, üzerinde egemenlik, denizaltı kablolarının ve boru hatlarının döşenmesi,<sup>311</sup> uluslararası hukukta izin verilen yapay adaların ve diğer yapıların inşa edilmesi,<sup>312</sup> balıkçılık ve bilimsel araştırmaların yürütülmesi<sup>313</sup> gibi özgürlükler de dahildir. Bu tür serbestlikler, diğer ülkelerin açık denizlerin serbest kullanımlarındaki çıkarları da dikkate alınarak, Uluslararası Deniz Yatağı Alanı'na ilişkin faaliyetlerle ilgili Sözleşme kapsamındaki hakları dikkate alarak uygulanmalıdır.<sup>314</sup>

UAD nezdindeki Avustralya ve Yeni Zelanda ile ilgili *Nuclear Tests* davasında<sup>315</sup> Pasifik'teki Fransız nükleer denemelerinin, denizlerin serbestisi ilkesini ihlal ettiği iddiasında bulunmuş ancak bu husus Divan tarafından karara bağlanmamıştır. 1963 Nükleer Deneme Yasağı Antlaşması, açık denizlerde ve karada nükleer silahların denenmesini yasaklamıştır. Ancak görünen o ki antlaşmadan bağımsız olarak bütün devletleri bağlayan teamül kuralı oluşturulamamaktadır.<sup>316</sup> Fransa ise antlaşmaya taraf değildir. Bununla birlikte,

<sup>308</sup> Örneğin bkz., Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 7; Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 5; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 11 ve *Oppenheim's International Law*, ss. 710 vd..

<sup>309</sup> Bkz., 1982 Sözleşmesi'nin 89. maddesi. Ayrıca bkz., 1958 Açık Deniz Sözleşmesi'nin 2. maddesi

<sup>310</sup> ICJ Reports, 1951, s. 116; 18 ILR, s. 86.

<sup>311</sup> Sözleşmenin kıtasahanlığına ilişkin VI. Kısımına tabi olarak.

<sup>312</sup> Sözleşmenin kıtasahanlığına ilişkin VI. Kısımına tabi olarak.

<sup>313</sup> Sözleşmenin kıtasahanlığına ilişkin VI. Kısımına ve denizlerde bilimsel araştırmaya ilişkin XIII. Kısımına tabi olarak.

<sup>314</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>315</sup> ICJ Reports, 1974, ss. 253 ve 457; 57 ILR, ss. 350, 605. Ayrıca bkz., Divan'ın, Fransa'nın Güney Pasifik'te gerçekleştirdiği yeraltı nükleer denemesini sürdürmesine ilişkin 1974 tarihli kararın tekrar incelenmesine yönelik Yeni Zelanda talebini reddettiği kararı, the Order of the International Court of Justice of 22 September 1995 içinde *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France)* davası, ICJ Reports, 1995, s. 288.

<sup>316</sup> Bununla birlikte nükleer silahları yasaklayan bölgesel anlaşmaların gelişimi kaydedilmelidir: 1967 tarihli Latin Amerika'da Nükleer Silahları Yasaklayan Tlatelolco Anlaşması aynı zamanda nükleer silah yasağını karasularına, havasahasına ve bir devletin, kendi mevzuatına uygun şekilde üzerinde egemenliği bulunduğu herhangi bir alana genişletmektedir; 1985 Güney Pasifik Nükleer Silahlardan Arındırılmış Bölgeyi kuran Rarotonga Anlaşması; 1996 Nükleer Silahlardan Arındırılmış Afrika Anlaşması ve 1995 Güneydoğu Asya Nükleer Silahlardan Arındırılmış Bölge Anlaşması.

1982 Sözleşmesi'nin 88. maddesi, açık denizlerin barışçıl amaçlar için kullanımını öngörmektedir.

Genellikle 2. madde kapsamında kabul edilen ilkeler, açık denizlerde deniz tatbikatları yapma özgürlüğü ve araştırma çalışmaları yapma özgürlüğünü içerir. Seyrüsefer serbestisi,<sup>317</sup> balıkçılık serbestisi<sup>318</sup> gibi, açık deniz doktrininin geleneksel ve iyi bilinen bir özelliğidir. Bu, İzlanda'nın balıkçılık bölgelerini 12 milden 50 mile tek taraflı olarak genişletmesinin Açık Deniz Sözleşmesi'nin 2. maddesinin ihlali olduğunu belirten *Fisheries Jurisdiction* davaları sonucundaki<sup>319</sup> Divan açıklaması ile güçlendirilmiştir. Zira girişinde da belirtildiği gibi Sözleşme 'uluslararası hukukun yerleşik ilkelerini genel olarak beyan etmektedir'. Açık deniz serbestisi sadece kıyı devletleri için değil, aynı zamanda denize kıyısı bulunmayan devletlere de uygulanır.<sup>320</sup>

Silahlı çatışma dönemlerinde açık denizlerde seyrüsefer serbestisi konusu, İran-İrak Savaşı sırasında gündeme gelmiş, savaşın ilerleyen safhalarında iki savaşan devlet tarafından da sivil gemilere saldırılar yapılmıştır. Deniz savaşı hukukunun klasik ve kısmen güncel olmayan kurallarına dayanmak yerine,<sup>321</sup> özellikle Birleşik Krallık BM Şartı bağlamında konuyu değerlendirmiş ve aşağıdaki açıklamayı yapmıştır:<sup>322</sup>

*"Birleşik Krallık, açık denizlerde seyrüsefer serbestisi ilkesini benimser ve ticaret gemilerine saldırılar da dahil olmak üzere tüm silahlı çatışmalar hukuku ihlallerini kınar.*

*BM Şartının 51. maddesi uyarınca, (İran ve Irak örneğinde olduğu gibi) silahlı çatışmaya aktif bir şekilde dahil olan bir devlet, bir ticaret gemisinin çatışmada kullanmak üzere diğer tarafa silah taşıdığından şüphelenmek için haklı gerekçeleri varsa, doğal hakkı olan meşru müdafaa hakkını kullanabilmek için açık denizlerde yabancı bir ticaret gemisini durdurmak ve aramak hakkına sahiptir. Bu istisnai bir haktır: eğer şüphenin asılsız olduğu kanıtlanırsa ve eğer gemi şüphe uyandıracak fillerde bulunmamış ise, geminin sahipleri gecikmeden kaynaklanan kayıp için tazminat talebinde bulunabilirler. Ancak bu hak, bir deniz ablukasının ya da diğer ekonomik savaş türlerinin uygulanmasına kadar uzanamaz."*

### **Açık Denizlerde Yetki<sup>323</sup>**

Açık denizlerde düzenin korunmasının temeli, geminin uyrukluk kavramına ve gemi üzerindeki bayrak devletinin yargı yetkisine dayanmaktadır. Temel olarak bayrak devleti, yalnızca kendi iç hukukunu değil uluslararası hukuk kurallarını ve düzenlemelerini de yürürlüğe koyacaktır. Bayrağı olmayan bir gemi, açık denizlerin hukuki rejimi uyarınca sağlanan faydalar ve haklardan yoksun bırakılacaktır.

Her devlet, gerekli durumlarda vatandaşlığının gemiye verilmesi, gemilerin kendi topraklarında tescili ve bayrağını dalgalandırma hakkı için gerekli koşulları oluşturmalıdır.<sup>324</sup> Geminin uyruğu, taşıdığı bayrağa bağlı olacaktır, ancak 1982 Sözleşmesi'nin 91. maddesi devlet ile gemi arasında 'gerçek bir bağ' olması şartını

<sup>317</sup> Bkz., *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, 1949, ss. 4, 22; 16 AD, s. 155, ve *Nicaragua v. United States*, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 111-12; 76 ILR, ss. 349, 445.

<sup>318</sup> Bkz., *Anglo-Norwegian Fisheries* davası, ICJ Reports, 1951, ss. 116, 183; 18 ILR, ss. 86, 131.

<sup>319</sup> ICJ Reports, 1974, s. 3.

<sup>320</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>321</sup> Örneğin bkz. Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, ss. 157 vd. ve Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 17.

<sup>322</sup> *Parliamentary Papers*, 1987-8, HC, Paper 179-II, s. 120 ve UKMIL, 59 BYIL, 1988, s. 581.

<sup>323</sup> Örneğin bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 731.

<sup>324</sup> 1958 Açık Deniz Sözleşmesi'nin 5. maddesi ve 1982 Sözleşmesi'nin 91. maddesi

da getirmektedir.<sup>325</sup> ‘Genel uluslararası hukukun köklü bir kuralını’ yansıtan bu hüküm,<sup>326</sup> Liberya ve Panama gibi ülkelerin düşük vergilendirme nedeniyle ve ücret ile sosyal güvenlik anlaşmalarının çoğunun uygulanmamasından dolayı bu devletlerin gemi vatandaşlıklarını talep eden devletlere kolaylıkla bunu sağlamalarını kontrol etmeyi amaçlamaktadır. Bu, gemilerin oldukça düşük maliyetlerle işletilmesini sağlamaktadır. Bununla birlikte, ‘gerçek bir bağ’ tam olarak neyin oluşturduğu ve 5. madde hükümlerinin kötüye kullanılmasının nasıl düzenlenebileceği çözümlenmemiş sorulardır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı ülkeler, ‘gerçek bir bağ’ gerekliliğinin gerçekten yalnızca gemi üzerinde etkili bir şekilde yargılama yetkisine sahip olduğunu ve vatandaşlık verilmesi veya başka bir devletçe bunun kabul edilmesi için bir ön koşul olmadığını iddia etmektedir.<sup>327</sup>

IMCO davasındaki<sup>328</sup> hükümlerin anlamını tartışmak için 1960’da bir fırsat doğmuştur. Uluslararası Adalet Divanı, bir Hükümetlerarası Denizcilik Danışma Örgütü komitesinin kurulması ve ‘en büyük gemiye sahip ulusların’ tanımlanması çağrısında bulunulmuştur. Bu terimin kayıtlı tonaja atıfta bulunduğu kararına varılmış böylece Liberya ve Panama komiteye seçilmişlerdir. Ne yazık ki, bu fırsat bayrakların uygunluğu ya da söz konusu devletlerin gerçek sahipliği ışığında ‘gerçek bir bağ’ın anlamını değerlendirmemiş ve bu nedenle şüpheler ve belirsizlikler devam etmiştir. Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı himayesinde gerçekleştirilen Gemilerin Tescili Hakkında Birleşmiş Milletler Konferansı Temmuz 1984’te toplanmış ve 1986’da bir antlaşma imzalanmıştır. 1985’in başlarında dünyanın ticaret filolarının neredeyse üçte birinin bu bayrakları dalgalandırıldığını göz önüne alan Konferans, bayrakların uygunluğu konusu ile ilgilenmeyi amaçlamıştır. Antlaşma bayrak devletlerinin kendi bayraklarını dalgalandıran gemilerin mülkiyet hakları için yasa ve yönetmeliklerinde hükümlere yer vermeleri gerektiğini ve söz konusu hükümlerin, yurttaşlarının bu tarz gemilerin sahibi olarak katılımları için uygun şartları içermesi gerektiğini belirtmektedir. Bu tür hükümler bayrak devletinin bayrağını taşıyan gemileri kontrol etmesi ve yargı yetkisini kullanması için yeterli olmalıdır.<sup>329</sup>

Hakiki bağ konusu, İran-İrak savaşı ve özellikle İran’ın Kuveyt gemilerine saldırıları bağlamında gündeme gelmiştir. Bu, Kuveyt’in Birleşik Krallık ve ABD’den Kuveytli tankerleri yeniden bayraklandırması talebine yol açmıştır. ABD, 1987 yılının başında, on bir tankeri ABD bayrağı altına alarak onarmak ve Körfez’deki diğer ABD bayraklı gemilere yaptığı gibi korumaya almak için karar vermiştir.<sup>330</sup> Birleşik Krallık da yalnızca Ticaret ve Sanayi Bakanlığı’nın gereksinimlerinin karşılanmasının gerekli olduğunu savunarak bazı Kuveyt tankerlerini yeniden bayraklandırmayı kabul etmiştir.<sup>331</sup> Her iki ülke de hakiki bağ gereksiniminin yerine getirildiğini belirtmişlerdir. Bu gibi durumlarda hakiki bağ tanımına ilişkin olarak devlet uygulamalarındaki belirsizlik göz önüne alındığında, ABD ve Birleşik Krallık’ın hukuka aykırı davrandığını iddia etmek zordur. *M/V Saiga (No: 2)* davasında, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, gemilere vatandaşlığın verilmesi ve geri çekilmesine ilişkin prosedürlerin belirlenmesi ve

<sup>325</sup> 1958 Açık Deniz Sözleşmesi’nin 5. maddesi ‘özellikle devlet, kendi bayrağını taşıyan gemiler üzerinde idari, teknik ve sosyal konularda yetkisini ve kontrolünü etkin bir biçimde kullanmalıdır’ gerekliliğini eklemiştir. Bu gereklilik 1982 Sözleşmesi’nin 94. maddesinde yer almaktadır.

<sup>326</sup> Bkz., Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin 1999 tarihli *M/V Saiga (No. 2)* davası kararı, 120 ILR, ss. 143, 175.

<sup>327</sup> Bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 213 vd.

<sup>328</sup> ICJ Reports, 1960, s. 150; 30 ILR, s. 426.

<sup>329</sup> *Keesing’s Contemporary Archives*, s. 33952.

<sup>330</sup> Bkz., 26 ILM, 1987, ss. 1429–30, 1435–40 ve 1450–2. Ayrıca bkz., 37 ICLQ, 1988, ss. 424–45, ve M. H. Nordquist ve M. G. Wachenfeld, ‘Legal Aspects of Re-flagging Kuwaiti Tankers and Laying of Mines in the Persian Gulf’, 31 *German YIL*, 1988, s. 138.

<sup>331</sup> Örneğin bkz., 119 HC Deb., col. 645, 17 July 1987.

kriterlerin tespiti konularının, bu gibi konulardaki anlaşmazlıklar 1982 Sözleşmesi'nin anlaşmazlıkların çözümü mekanizmasına tabi olsalar da, bayrak devletinin münhasır yargı yetkisi dahilinde olduğunu vurgulamıştır. Bir geminin uyrukluğu sorunu, tarafların ortaya koyduğu kanıtlar temelinde tespit edilmesi gereken bir meseledir.<sup>332</sup> 'Her zaman uyumsuzluk konusu' olan bayrak devletinin uygulaması, bir geminin uyrukluğunu veya tescilini belirlemede önemli bir husustur.<sup>333</sup> Mahkeme, gerçek bir bağa bayrak devletinin yükümlülüklerinin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak için gereksinim duyulduğunu, bir bayrak devletinde gemilerin tescilinin geçerliliğinin diğer devletler tarafından da sorgulanabilmesi için kriter oluşturmak için olmadığını belirtmiştir.<sup>334</sup>

Gemilerin sadece bir devletin bayrağı altında yol alması ve bu devletin münhasır yetkisine (istisnai durumlar saklı kalmak üzere) tabi olmaları gerekmektedir. Bir geminin, birden fazla ülkenin bayrağı altında seyretmesi durumunda bu gemi, vatandaşlık taşımayan bir gemi olarak kabul edilebilir ve ilgili uyrukluklardan hiçbirinde hak iddia edemez.<sup>335</sup> Devletsiz olan ve bayrak taşımayan bir gemiye, açık denizlerde çıkılabilir ve bu gemi zapt edilebilir. Bu husus, Filistin'e göçmen taşıyan vatansız bir geminin İngiliz donanması tarafından ele geçirilmesi ile ilgili olan *Naim Molvan v. Attorney-General for Palestine* davasında,<sup>336</sup> Danışma Meclisi tarafından kabul edilmiştir.

Açık denizlerde yargılama ile ilgili temel ilke, bayrak devletinin tek başına bu haklarını gemi üzerinde kullanabilmesidir.<sup>337</sup> Bu, 'açık denizdeki gemilerin bayrağını taşıdığı devlet dışında hiçbir yetkili makama tabi olmadığı' kararı verilen *Lotus* davasında,<sup>338</sup> detaylı şekilde ele alınmıştır.<sup>339</sup> Bu münhasır olma durumunun, savaş gemileri ve ticari olmayan devlet faaliyetleri amacıyla kullanılan devletlerin sahip olduğu ya da işlettiği gemiler bakımından istisnası yoktur. Sözleşmesi'nin 95. ve 96. maddeleri uyarınca, 'bayrak devleti dışındaki herhangi bir devletin yetkisinden tamamen bağıştıkları'.<sup>340</sup>

### Bayrak Devletinin Yetkisinin İstisnaları

Bununla birlikte, bu temel ilke, diğer gemilere ilişkin istisnalara tabidir ve açık denizlerin serbestisi kavramı, bir dizi istisna bulunması nedeniyle benzer şekilde sınırlandırılmıştır.

### Ziyaret Hakkı<sup>341</sup>

Deniz hukuku, geminin vatandaşlığına büyük ölçüde bağımlı olduğundan, geleneksel uluslararası hukukta savaş gemilerinin bir yaklaşıma hakkının var olduğu kabul edilmiştir. Deniz hukukunun gemilerin uyrukluğuna dayanması nedeniyle, savaş gemilerinin gemilerin uyruğunu belirlemek için yavaşma hakkı uluslararası teamül hukukunun bilinen bir kuralıdır. Ancak geminin uyruğunu belirlemek için yavaşma hakkı gemiye çıkma hakkını ve

<sup>332</sup> 120 ILR, ss. 143, 175-6. Ayrıca bkz., Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin 2001 tarihli *Grand Prince* davası kararı, 2001, para. 81 vd., 125 ILR, ss. 272, 297 vd. Bkz., [www.itlos.org/start2\\_en.html](http://www.itlos.org/start2_en.html).

<sup>333</sup> *M/V Saiga*, 120 ILR, ss. 143, 176 ve *Grand Prince* davası, 2001, para. 89, 125 ILR, ss. 272, 299.

<sup>334</sup> *M/V Saiga*, 120 ILR, ss. 143, 179.

<sup>335</sup> 1958 Sözleşmesi'nin 6. maddesi ve 1982 Sözleşmesi'nin 92. maddesi.

<sup>336</sup> [1948] AC 351; 13 AD, s. 51. Ayrıca örneğin bkz., *US v. Dominguez* 604 F.2d 304 (1979); *US v. Cortes* 588 F.2d 106 (1979); *US v. Monroy* 614 F.2d 61 (1980) ve *US v. Marino-Garcia* 679 F.2d 1373 (1982). İkinci davada Mahkeme vatansız gemileri "uluslararası parya" olarak tanımlamıştır, *a.g.e.*, s. 1383.

<sup>337</sup> Bkz., 1958 Sözleşmesi'nin 6. maddesi ve 1982 Sözleşmesi'nin 92. maddesi.

<sup>338</sup> PCIJ, Series A, No. 10, 1927, s. 25; 4 AD, s. 153. Ayrıca bkz., *Sellers v. Maritime Safety Inspector* [1999] 2 NZLR 44, 46-8; 120 ILR, s. 585.

<sup>339</sup> Bayrak devletinin görevleri 1982 Sözleşmesi'nin 94., 97., 98., 99, 113. ve 115. maddelerinde yer almaktadır.

<sup>340</sup> Bkz., 1958 Açık Deniz Sözleşmesi'nin 8. ve 9. maddeleri.

<sup>341</sup> Örneğin bkz., E. Papastavridis, *The Interception of Vessels on the High Seas*, Oxford, 2013.

gemiye ziyaret etme hakkını içermemektedir. Bu, ancak geminin korsanlık ya da köle ticareti veya yabancı bir bayrak taşıması ya da taşımamasına rağmen gerçekte savaş gemisi ile aynı uyrukluğa sahip olduğu veya vatansız olduğu durumlarda, savaş ya da ticaret gemilerinin bayrak devletleri arasında düşmanlıklar olmaması durumunda ve aksine bir özel anlaşma hükümleri olmadığında yapılabilir. Fakat asılsız olan şüpheler nedeniyle ve üzerine çıkılan gemide bu şüpheleri haklı çıkaracak herhangi bir eylem yapılmadığının anlaşılması durumunda herhangi bir kayıp ya da hasar için tazminat ödemekle yükümlü olunabileceği için, savaş gemisi bu gibi durumlarda dikkatle hareket etmelidir. Bu nedenle uluslararası hukuk, önceden bu hakkı genişletme eğiliminde olmasına rağmen, yukarıdaki hükümler Açık Deniz Sözleşmesi'nin 22. maddesine dahil edilmiştir. 1982 Sözleşmesi'nin 110. maddesi bu listeye, geminin yetkisiz yayın yapması durumu ve savaş gemisinin bayrağını taşıdığı devletin, Sözleşme hükümleri uyarınca suçluyu kovuşturması için ziyaret hakkını eklemiştir.

### Deniz Haydutluğu<sup>342</sup>

İlk evrensel suçlardan biri olan deniz haydutluğu,<sup>343</sup> bayrak devletinin münhasır yargılama yetkisi ve açık denizlerin serbestliği ilkelerine aşılması en zor istisnayı oluşturmaktadır. Deniz haydutluğunun tanımı uluslararası hukukta kesin bir biçimde yapılmış ve 1982 Sözleşmesi'nin 101. maddesinde aşağıdaki eylemlerin deniz haydutluğunu oluşturduğu açıklanmıştır:

- "a) Bir özel geminin veya bir özel uçağın mürettebatı veya yolcuları tarafından:*  
 i) Açık denizde, bir gemiye veya uçağa veya bunlardaki kişi veya mallara karşı;  
 ii) Hiçbir devletin yetkisine tabi olmayan bir yerde, bir gemiye veya uçağa, kişilere veya mallara karşı, kişisel amaçlarla işlenen her türlü yasa dışı şiddet veya alıkoyma veya yağma fiili;  
 b) Gemiye veya uçağa deniz haydudu gemi veya uçak niteliğini veren olaylara ait bilgisi olmak kaydıyla bir geminin veya bir uçağın kullanılmasına isteyerek katılma fiili;  
 c) a) ve b) fıkralarında tanımlanan fiillerin işlenmesini teşvik eden veya bunları kolaylaştırmak üzere işlenen her fil."<sup>344</sup>

Uluslararası hukukta haydutluğun özünde özel amaçlar için yapılması yatmaktadır. Başka bir deyişle, siyasi sebeplerden ötürü kaçırma veya devralma otomatik olarak haydutluk tanımının dışında bırakılmıştır. Benzer şekilde, gemide mürettebat tarafından işlenen ve geminin kendisini veya mülkünü veya gemideki kişileri hedef alan herhangi bir eylem bu kategoriye girmemektedir.

Herhangi ve her bir devlet, devletlerin yetkisi dışındaki herhangi bir yerdeki ya da açık denizlerdeki bir haydut gemisine ya da uçağa el koyabilir ya da buralardaki kişileri tutuklayıp bunlara ait mülklere ele koyabilir. Buna ek olarak, ele koymayı gerçekleştiren devletin mahkemelerinin uluslararası hukukta cezaları uygulama yetkisi bulunmaktadır ve iyi niyetle hareket eden üçüncü tarafların haklarına bağlı olarak, gemi,

<sup>342</sup> Örneğin bkz., Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, ss. 162 vd.; Tanaka, *International Law of the Sea*, ss. 354 vd.; Oppenheim's *International Law*, s. 746; *Modern Piracy: Legal Challenges and Responses* (ed. D. Guilfoyle), Cheltenham, 2013 ve D. Guilfoyle, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge, 2012. Ayrıca bkz., W. M. Reisman ve B. T. Tennis, 'Combating Piracy in East Africa', 35 *Yale Journal of International Law*, 2009, s. 14 ve House of Commons, Foreign Affairs Committee, Tenth Report, Piracy off the Coast of Somalia, January 2012, www. publications. parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmfaff/1318/131802.htm. Ayrıca bkz., UKMIL, 83 BYIL, 2012, ss. 520 vd.

<sup>343</sup> Örneğin bkz., *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, ICJ Reports, 2002, ss. 3, 37 (Başkan Guillaume'ın Ayrı Görüşü) ve 81 (Hakim Higgins, Hakim Kooijmans ve Hakim Buergenthal'ın Ortak Ayrı Görüşü); K. Randall, 'Universal Jurisdiction under International Law', 66 *Texas Law Review*, 1988, ss. 785, 791 ve Mahkemenin bir deniz haydutuna "hostis humani generis" olarak atfı yaptığı *US v. Brig Malek Adhel*, 43 US (2 How.) 210, 232 (1844). Evrensel yargı ile ilgili daha fazla bilgi için bkz., 12. Bölüm.

<sup>344</sup> Ayrıca bkz., 1958 Açık Deniz Sözleşmesi'nin 15. maddesi 1982 Sözleşmesi'nin 105. maddesi haydut gemilere ve uçaklara el koyulması ile ilgiliyen, 106. madde yeterli sebep olmadan el konulması halinde tazminat öngörmektedir. Bkz., *Athens Maritime Enterprises Corporation v. Hellenic Mutual War Risks Association* [1983] 1 All ER 590; 78 ILR, s. 563. Ayrıca bkz., Security Council resolution 2020 (2011) ve *US v. Ali Mohamed Ali*, US Court of Appeals for District of Columbia Circuit, 11 June 2013.



uçak veya mülk ile ilgili hangi önlemlerin alınabileceğine karar verebilir.<sup>345</sup> Gerçekte ülkesel yetkinin var olup olmadığının saptanması iç hukuk sistemlerinin konusudur. Her devletin, uluslararası hukuk gereği, deniz haydutluğu ile suçlanan kişileri tutuklayabilmesi ve yargılayabilmesi durumu bu suçu, her devletin kendi toprakları içerisindeki egemenliğine ve yargı yetkisine büyük önem verildiği uluslararası hukukta oldukça istisnai bir hale getirmektedir. Sözleşme'nin korsanlıkla ilgili hükümlerinin bölgesel olarak uygulanmasına ilişkin ilk çok taraflı anlaşma, 2005 yılında Asya'da kabul edilen Gemilere Karşı Haydutluk ve Silahlı Soygunla Mücadele Hakkında Bölgesel İşbirliği Antlaşması'dır. Bu anlaşma Singapur'da bir bilgi paylaşım merkezi kurulmasını öngörmekte ve korsanlık hadiseleri ile ilgili düzenlemeleri iç sular, karasuları ve takımadaları sularının ötesinde gerçekleşen hadiselerle genişletmektedir.<sup>346</sup> Somali kıyılarındaki haydutluk olaylarının artması önemli bir uluslararası hareketliliğe neden olmuş ve BM Güvenlik Konseyi bu konuda bir dizi kritik karar kabul etmiştir. 1816 (2008) sayılı kararla devletler, bu devletin Geçici Federal Hükümet ile işbirliği içinde, haydutları takip etmek için Somali kara sularına girmeye yetkili kılınmışlardır. 1976 (2011) sayılı kararda devletlere kendi iç hukukları çerçevesinde haydutluğu cezalandırma çağrısı yapılırken, 2020 (2011) sayılı kararda ek olarak, haydutluğa karşı mahkemeler kurmaları yönünde teşvik edilmişlerdir.<sup>347</sup> İkili anlaşmalar uyarınca, Kenya haydutluk şüphelilerini kovuşturma ve bunun için özel bir mahkeme kurma kararı almıştır.<sup>348</sup> Buna ek olarak, 2008 yılında NATO'nun Okyanus Kalkanı Operasyonu<sup>349</sup> ve Avrupa Birliği'nin Atalanta Operasyonu gibi, uluslararası örgütlerin himayesinde çeşitli haydutlukla mücadele operasyonları gerçekleştirilmiştir.<sup>350</sup>

### Köle Ticareti<sup>351</sup>

Her ne kadar korsanlık bütün devletler tarafından önlenebilirse de, açık denizdeki suçların çoğu, uluslararası hukukun bu tür kuralların oluşturulmasını gerektirdiği hallerde bile, yalnızca devletlerin ulusal yasalarınca öngörülen düzenlemeler uyarınca cezalandırılabilir. 1982 Sözleşmesi'nin 99. maddesi her devletin kendi bayrağını çekmeye yetkili gemilerde köle taşınmasını önlemek ve cezalandırmak ve bayrağının bu amaçla kullanılmasını engellemek üzere etkili tedbirler alacağını belirtmektedir. Bayrağı ne olursa olsun, bir gemiye sığınan her köle kendiliğinden (*ipso facto*) hür olacaktır.<sup>352</sup> 110. madde uyarınca, savaş gemileri, köle

<sup>345</sup> Bkz., 1958 Sözleşmesi'nin 19. maddesi ve 1982 Sözleşmesi'nin 105. maddesi. Ayrıca bkz., 1988 Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi ve 1989 Protokolü (the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, 1988 and Protocol 1989), 2009 Gemilere Yapılan Silahlı Soygun ve Korsanlık Suçlarının İncelenmesi için IMO Uygulama Kuralları (the IMO Code of Practice for the Investigation of the Crimes of Piracy and Armed Robbery against Ships, 2009). 18 Nisan 2008 tarihinde bir Fransız mahkemesi, Aden Körfezi'nde ele geçirildiği iddia edilen Fransız yatından alınan rehinelere serbest bırakılmasının ardından altı Somaliliyi korsanlıkla suçlamıştır. Somalililer Fransız kuvvetleri tarafından yakalanmış ve Somali Devlet Başkanı'nun izniyle Fransa'ya gönderilmişlerdir: Bkz., <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-15976883> ve <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/8000447.stm>.

<sup>346</sup> B44 ILM, 2005, s. 829. Ayrıca bkz., Uluslararası Denizcilik Örgütü'nün çalışmaları: 2009 tarihli Batı Hint Okyanusu ve Aden Körfezi'nde deniz haydutluğu ve silahlı soygunla mücadele için Cibuti Kuralları (the Djibouti Code on the Repression of Piracy and Armed Robbery against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden, 2009), <http://www.imo.org/en/OurWork/Security/PiracyArmedRobbery/Pages/Default.aspx>.

<sup>347</sup> Ayrıca bkz., Kasım 2012 tarihli Güvenlik Konseyi Başkanı Açıklaması. [www.un.org/News/Press/docs/2012/sc10820.doc.htm](http://www.un.org/News/Press/docs/2012/sc10820.doc.htm) ve deniz haydutluğuna karşı mahkemeler hakkında S/2012/783 ve S/2012/50 sayılı Genel Sekreterlik Raporları.

<sup>348</sup> Bkz., Tanaka, *International Law of the Sea*, s. 383

<sup>349</sup> [www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_48815.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_48815.htm). 2009 yılında kurulmuştur.

<sup>350</sup> [http://eeas.europa.eu/piracy/containing\\_piracy\\_en.htm](http://eeas.europa.eu/piracy/containing_piracy_en.htm). Ayrıca, Somali Sahili Açıklarında Korsanlıkla Mücadele için Temas Grubu (the Contact Group on Piracy Off the Coast of Somalia) not edilmelidir. <http://www.un.org/undpa/en/africa/piracy-coast-somalia>. 1851 (2008) sayılı Güvenlik Konseyi kararı uyarınca 2009 yılında kurulmuştur.

<sup>351</sup> Örneğin bkz., Brown, *International Law of the Sea*, cilt I, s. 309. Ayrıca bkz., Tanaka, *International Law of the Sea*, s. 166 ve J. S. Martinez, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, Oxford, 2012.

<sup>352</sup> Ayrıca bkz., 1958 Açık Deniz Sözleşmesi'nin 13. maddesi.

ticaretine karıştığına dair makul derecede şüphelenilen yabancı ticari gemilerini durdurup güvertelerine çıkabilir ve suçlular yargılanmak üzere bayrak devletine teslim edilmelidir.<sup>353</sup>

### İzinsiz Yayın<sup>354</sup>

1982 Sözleşmesi'nin 109. maddesi uyarınca tüm devletler, açık denizden izinsiz bir şekilde yapılan yayınlara son vermek üzere işbirliği yapacaklardır. İzinsiz yayın, açık denizlerde, uluslararası kurallara aykırı olarak, kamu kitlesine hitaben radyo ve televizyon yayınlarını bir gemi veya tesisden yaymak şeklinde tanımlanmıştır. Ancak buna, yardım çağrılarının yayını dahil değildir. İzinsiz yayına katılan herhangi bir kişi yayını yapan geminin bayrak devleti, tesisin tescil edildiği devlet, ilgili kişinin vatandaşı olduğu devlet, yayınların alınabildiği herhangi bir devlet veya yayınların yasal radyo iletişimini karıştırdığı herhangi bir devlet mahkemesi tarafından yargılanabilir. Yukarıda yargılama yetkisi bulunan bir devlet, izinsiz yayın yapan kişiyi 110. maddeye uygun olarak tevkif edebilir veya gemiyi durdurabilir ve yayın araç-gerecine el koyabilir.<sup>355</sup>

### Sıcak Takip<sup>356</sup>

Yabancı bir geminin sıcak takip hakkı, bir kıyı devletinin kurallarını ihlal eden geminin, açık denizlerden kaçarak cezadan kurtulmasını engellemek için tasarlanmış bir ilkedir. Gerçekte, belirli şartlar altında, kıyı devletinin kanunlarını ihlal ettiğinden şüphelenilen bir gemiyi takip etmek ve ele geçirmek için kıyı devletinin kendi yetkisini açık denizlere genişletebileceği anlamına gelir. On dokuzuncu yüzyıldan bu yana değişik biçimlerde gelişen bu hak,<sup>357</sup> 1958 Açık Deniz Sözleşmesi'nin 23. maddesine dayanan 1982 Sözleşmesi'nin 111. maddesinde kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır.

Bu madde kıyı devletinin yetkili makamlarının, bu devletin kanunlarına ve kurallarına aykırı hareket ettiğine ilişkin yeterli kanya sahip oldukları takdirde bir yabancı geminin izlenmesine girişebileceklerini kaydetmektedir. Bu izleme, yabancı gemi veya bunun araçlarından birini izleyen devletin iç sularında, takımda sularında, karasularında veya bitişik bölgesinde iken başlamalıdır; ve karasularının veya bitişik bölgenin ötesinde, ancak kesintiye uğramamak şartıyla devam edebilir. Fakat izleme yabancı geminin bitişik bölgede bulunduğu esnada başladıysa izlemeye ancak, bu bitişik bölgenin tesisini gerektiren korunma amaçlarının ihlali halinde girişilebilir. Benzer şekilde takımda sularında da bu hak geçerlidir. Ek olarak kıta sahanlığı üzerindeki tesisleri çevreleyen güvenlik bölgeleri de dahil olmak üzere münhasır ekonomik bölgede veya kıta sahanlığında, kıyı devletinin işbu Sözleşme uyarınca uygulanabilir kanun ve kurallara aykırılık halinde, aykırılığın zikredilen alanlarda meydana gelmiş olması şartı ile, *mutatis mutandis* uygulanır.

<sup>353</sup> Ayrıca bkz., 1958 Açık Deniz Sözleşmesi'nin 22. maddesi. Köle ticaretini önlemek için birçok uluslararası anlaşma bulunmaktadır. Bu anlaşmalardan bazıları açık denizlerde ziyaret ve arama gibi müteakibliyet haklarını içermektedir: Örneğin bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 171–2. 1982 Sözleşmesi'nin 108. maddesi uyarınca tüm devletler uyuşturucu maddelerin gayri meşru naklini önlemek için işbirliği içerisinde olacaklardır.

<sup>354</sup> Örneğin bkz., Tanaka, *International Law of the Sea*, s. 167; Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, s. 175; J. C. Woodliffe, 'The Demise of Unauthorised Broadcasting from Ships in International Waters', 1 *Journal of Estuarine and Coastal Law*, 1986, s. 402, ve Brown, *International Law of the Sea*, cilt I, s. 312.

<sup>355</sup> Ayrıca bkz., 1982 Sözleşmesi'nin 110. maddesi. Ayrıca bkz., Ulusal Sınırlar Dışındaki İstasyonlardan İletilen Yayınların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi (the European Agreement for the Prevention of Broadcasting transmitted from Stations outside National Territories).

<sup>356</sup> Örneğin bkz., Tanaka, *International Law of the Sea*, ss. 168 vd.; Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, s. 448; N. Poulantzas, *The Right of Hot Pursuit in International Law*, 2. Baskı, The Hague, 2002 ve *Oppenheim's International Law*, s. 739. Ayrıca bkz., W. C. Gilmore, 'Hot Pursuit: The Case of *R v. Mills and Others*', 44 *ICLQ*, 1995, s. 949 ve A. G. Oude Elferink, 'The Russian Federation and the Arctic Sunrise Case: Hot Pursuit and Other Issues under the LOSC', 92 *International Law Studies*, US Naval War College, 2016, s. 381.

<sup>357</sup> Örneğin bkz., *I'm Alone* davası, 3 RIAA, s. 1609 (1935); 7 AD, s. 203.

İzleme ancak, izleyen gemi, izlenen geminin veya bunun araçlarından birinin veya ekip halinde çalışıp izlenen gemiyi ana gemi olarak kullanan diğer araçların, karasuları içerisinde veya duruma göre, bitişik bölgede veya münhasır ekonomik bölgede veya kıta sahanlığı üzerinde bulunduğu elindeki kullanılabilir vasıtalarla kanaat getirdiği takdirde, başlamış kabul edilir. Gözle görülür veya kulakla işitilir bir durma işaretinin verilmesinden sonra başlayabilir; bu işaretin yabancı gemiye görebileceği veya işitebileceği bir mesafeden verilmesinden sonra izlemenin başlatılması gerekmektedir. İzleme hakkı, ancak savaş gemileri veya askeri uçaklar veya açık dış işaretlerle bir kamu hizmetine tahsis edilmiş oldukları ve bu konuda yetkili kılındıkları belli olan, diğer gemiler veya uçaklar tarafından kullanılabilir. İzleme hakkı, izlenen geminin kendi devletinin karasularına veya üçüncü bir devletin karasularına girmesi ile sona erer. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, 111. maddede yer alan şartların bir bütün olduğunu ve meşru bir takip için bunların herbirinin yerine getirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>358</sup> Bu koşullar altında bir gemiyi durdurmak ve tutuklamak için, güç kullanılmasından mümkün olduğunca kaçınılmalıdır. Bunun kaçınılmaz olduğu durumlarda, içinde bulunulan şartlar altında, makul ve gerekli olanın ötesine geçmemelidir.<sup>359</sup>

### Çatma

Gemilerin açık denizlerde çarpışmaları durumunda, *Lotus* davasındaki karar<sup>360</sup> bozan Açık Deniz Sözleşmesi'nin 11. maddesi, kaptana veya gemi hizmetindeki diğer herhangi bir kişiye ceza veya disiplin kovuşturmalarının ancak ya geminin bayrağını taşıdığı devletin veya bu kişilerin tabiyetinde buldukları devletin adli veya idari makamları nezdinde açılabilirliğini belirtmektedir. Ayrıca bayrak devleti yetkilileri dışında hiçbir makam tarafından soruşturma amacıyla da olsa, gemiye el konulması veya geminin seferden alıkonulması emredilmeyecektir. Bu 1982 Sözleşmesi'nin 97. maddesi tarafından teyit edilmektedir.

### Anlaşma Hakları ve Sözleşmeler<sup>361</sup>

Birçok durumda devletlerin, anlaşma taraflarının bayraklarını taşıyan gemilerde ve birbirlerine ait savaş gemilerinde belirli ziyaret ve arama yetkilerini kullanmalarına anlaşma tarafından izin verilebilmektedir.<sup>362</sup> Örneğin on dokuzuncu yüzyılda, köle ticaretine son verilmesi ile ilgili anlaşmaların çoğu, anlaşma devletlerine ait savaş gemilerinin, ticarete karıştırdığından şüphelenilen gemileri, bu gemiler anlaşma devletlerinin bayraklarını taşıdıkları sürece arama ve bazen tutuklama yetkisi vermektedir. 1884 yılına ait Denizaltı Kablolarının Korunması Sözleşmesi, taraf devletlerin savaş gemilerine sözleşme hükümlerini ya da silah ticaretinden içki kaçakçılığına kadar çeşitli konulardaki diğer anlaşmaları ihlal ettiğinden şüphelenilen ticaret gemilerini durdurma ve uyrukluğunu tespit etme hakkı vermektedir. Yakın zamana kadar, bu tür faaliyetlerin başlıca odak noktası uyuşturucu kaçakçılığı ile ilgili olmuştur.<sup>363</sup> Bununla birlikte, kitle imha silahlarının (KİS) yayılması sorunu büyük önem

<sup>358</sup> *M/V Saiga*, 120 ILR, ss. 143, 194.

<sup>359</sup> *A.g.e.*, s. 196. Ayrıca bkz., *I'm Alone* davası, 3 RIAA, s. 1609 (1935); 7 AD, s. 203 ve the *Red Crusader* davası, 35 ILR, s. 485. 1995 tarihli Ayrık Balık Stokları Sözleşmesi'nin 22(1). maddesi uyarınca denetim yapan devlet, müfettişlerin güvenliğini sağlamak için, müfettişlerin görevlerini yerine getirirken engellendiği yerlerde, gerekli zaman ve oran dışında kuvvet kullanımından kaçınacaktır. Buna ek olarak, kullanılan kuvvet geçerli şartlar altında makul miktarı aşmamalıdır. Ayrıca bkz., 2005 tarihli Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 9. maddesi.

<sup>360</sup> PCIJ, Series A, No. 10, 1927, s. 25; 4 AD, s. 153.

<sup>361</sup> Örneğin bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 218 vd. ve Tanaka, *International Law of the Sea*, ss. 173 vd.

<sup>362</sup> Bu 110. maddede yer almaktadır: 'müdahalenin bir anlaşma ile tanınan yetkilerden kaynaklanması durumu dışında...'

<sup>363</sup> Bkz., 1981 Uyuşturucu Madde Ticareti Yapan Gemilere İlişkin Birleşik Krallık-ABD Anlaşması (the UK-US Agreement on Vessels Trafficking in Drugs, 1981) ve *US v. Biermann*, 83 AJIL, 1989, s. 99; 84 ILR, s. 206. Ayrıca örneğin bkz., the Vienna Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988 ve the Council of Europe Agreement on Illicit Traffic by Sea, 1995. Ayrık Balık Stokları Sözleşmesi'nin uygulanmasına ilişkin ayrıca aşağıya bakınız.

arz etmektedir.<sup>364</sup> Bu konu, uluslararası anlaşmalar, ikili anlaşmalar, uluslararası işbirliği ve Güvenlik Konseyi eylemleri ile ele alınmıştır. 1992 yılında KİS'nin yayılmasını uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olarak tanımlayan Güvenlik Konseyi açıklaması<sup>365</sup>, üzerine ABD 2003 yılının Mayıs ayında Yayılma Güvenliği Girişimi'ni ilan etmiştir.

Eylül 2003 tarihinde, bu girişime dahil katılımcılar tarafından üzerinde anlaşmaya varılan KİS'lerin, bunların ulaştırma sistemlerinin ve ilgili materyallerin, yayılma kaygısı oluşturan devletlerden ve devlet dışı aktörlerden diğer devletlere ve devlet dışı aktörlere transferinin engellenmesi için etkin önlemlerin alınmasına ilişkin Önleme İlkeleri ilan edilmiştir. Bu tedbirler, katılımcılardan herhangi birinin bayrağını taşıyan herhangi bir gemiye, bu geminin, KİS materyallerini, yayılma kaygısı oluşturan devlet ya da devlet dışı aktörlere gönderdikleri ya da verdiklerinden şüphelenildiği durumlarda iç sularda, karasularında veya bunun ötesinde, rızaları alınarak çıkma ve bu gemilerde arama yapmayı içermektedir.<sup>366</sup> Ayrıca, ABD, gemilere anlaşma ile çıkabilmek için birçok iki taraflı KİS yasağı anlaşmalarını imzalamıştır.<sup>367</sup>

Bir başka gelişme, Güvenlik Konseyi'nin 1540 (2004) sayılı kararıdır. Bu kararda, yasaklamaya doğrudan bir gönderme bulunmamakla birlikte, tüm devletlerin KİS ve ulaştırma sistemlerinin devlet dışı aktörlere transfer edilmesini yasaklamaları ve cezalandırılmaları talep edilmektedir.<sup>368</sup> Buna ek olarak, 2005 yılında kabul edilen Deniz Seyrüseferinin Güvenliğine Karşı Hukuka Aykırı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşmeye Ek Protokol ile açık denizlerdeki bu yasaklamanın uygulanması ve KİS ve ilgili malzemelerin bilinçli olarak deniz yoluyla taşınmasının cezalandırılması öngörülmektedir.<sup>369</sup>

İnsan kaçakçılığını önleme ve göçe ilişkin genel hususlar maksadıyla durdurma, özellikle Akdeniz'de, son yıllarda hem güvenlik hem de insan haklarına ilişkin sonuçları olan bir sorun haline gelmiştir. 2000 tarihli Sınırşırı Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol gereğince devletler mümkün olan en geniş ölçüde uluslararası deniz hukuku uyarınca deniz yoluyla göçmen kaçakçılığını engellemek ve önlemek için işbirliği yapacaklardır ve göçmen kaçakçılığının gerçekleşmekte olduğuna dair makul gerekçelere sahip olan bir devlet, bayrak devletinin yardımını talep edebilir. Bayrak devleti, bu devlete suç işleyen gemiye çıkma ve gemiyi arama yetkisi verebilir ve bayrak devletinin yetkisi uyarınca geminin deniz yoluyla göçmen kaçakçılığı ile iştiğal ettiğine dair kanıt bulunursa gemi ve şahıslar ile yüke ilişkin gereken önlemler alınabilir.<sup>370</sup> Birçok örnekte denizde göçmen kaçakçılığının kontrolü ikili antlaşmalar uyarınca gerçekleştirilmektedir. Örneğin İtalya ile Libya arasındaki 2008 tarihli antlaşma (ve 2009 tarihli ek protokol) uyarınca deniz devriyeleri

<sup>364</sup> Örneğin bkz., M. Byers, 'Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative', 98 AJIL, 2004, s. 526; D. Joyner, 'The Proliferation Security Initiative: Nonproliferation, Counter-proliferation and International Law', 30 Yale JIL, 2005, s. 507; D. Guilfoyle, 'Interdicting Vessels to Enforce the Common Interest: Maritime Counter-measures and the Use of Force', 56 ICLQ, 2007, s. 69, ve Guilfoyle, 'Maritime Interdiction of Weapons of Mass Destruction', 12 Journal of Conflict and Security Law, 2007, s. 1. Ayrıca bkz., 25 Nisan 2006 tarihli Birleşik Krallık Dışişleri Bakanı açıklaması, UKMIL, 77 BYIL, 2006, ss. 773-4.

<sup>365</sup> S/23500, 31 Ocak 1992.

<sup>366</sup> Katılımcılar şu ülkeleri içermektedir: ABD, Birleşik Krallık, Avustralya, Kanada, Fransa, Almanya, İtalya, Japonya, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Polonya, Portekiz, Singapur, İspanya ve Türkiye: Bkz., Guilfoyle, 'Maritime Interdiction', s. 12.

<sup>367</sup> Liberya, Panama, Hırvatistan, Kıbrıs ve Belize dahil olmak üzere. Bkz., Guilfoyle, 'Maritime Interdiction', s. 22.

<sup>368</sup> Bkz., aşağıda 22. Bölüm.

<sup>369</sup> Guilfoyle, 'Maritime Interdiction', ss. 28 vd. 2146 (2014) sayılı Güvenlik Konseyi kararı, 1970 (2011) sayılı karar uyarınca kurulan Komite tarafından hukuka aykırı olarak Libya'dan ve Libya'ya ham petrol kaçırdıklarından şüphelenilen gemileri açık denizde arama ile aramayı gerçekleştirmek ve petrolü Libya'ya geri götürmek için 'durumun gerektirdiği bütün önlemleri alma' yetkisini bütün devletlere vermiştir.

<sup>370</sup> 28 Ocak 2004 tarihinden itibaren yürürlüktedir. 2008 tarihli CARICOM Deniz ve Hava Güvenlik İşbirliği Antlaşması durduran devlete, diğer eylemler yanında, kaçakçılıktan şüphelenilen gemiler bakımından bayrak devletinden gemiye çıkma, araştırma ve alıkoyma için izin talep etme hakkı tanımaktadır.

Libya suları ve uluslararası sularda izleme ve arama faaliyetleri gerçekleştirmişlerdir. İtalya ayrıca 2011'de Tunus ile bir işbirliği ve göçmen kontrol antlaşması imzalamıştır.<sup>371</sup> Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Hirsi Jamaa v. Italy* davasında göçmenlerin Libya'ya geri gönderilmeleri durumunda orada kötü muamele görmeleri riskinden dolayı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.<sup>372</sup>

Güvenlik Konseyi 2240 (2015) sayılı kararında Libya ile alakalı tüm göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti eylemlerini kınamış ve tüm devletleri bu eylemleri önlemek, soruşturmak ve kovuşturmak için bu ülkeye yardıma bulunmaya çağırmıştır. Bu karar, BM Sözleşmesi'nin 7. Bölümü uyarınca alınmıştır ve bu yüzden bağlayıcıdır. Bu karar, ulusal ya da bölgesel örgütler çerçevesinde olarak hareket eden ve göçmen kaçakçılığı ile insan ticaretine karşı mücadeleye giren tüm üye devletleri, uluslararası hukuk tarafından izin verilen şekilde, şişme botlar, sallar ve tekneler dahil olmak üzere Libya'dan göçmen kaçakçılığı ya da insan ticareti için örgütlü suç şebekeleri tarafından kullanıldığına veya muhakkak kullanılacağına inanmak için makul sebepler mevcut olan her türlü bayraksız deniz aracını Libya kıyıları ötesindeki açık denizde aramaya davet etmiştir. İlaveten üye devletleri, Libya'dan göçmen kaçakçılığı ya da insan ticareti için örgütlü suç şebekeleri tarafından kullanıldığına veya muhakkak kullanılacağına inanmak için makul sebepler mevcut olan gemileri (bayrak devletinin rızasını alarak) aramaya çağırmıştır. Karar, bayrak devletinin rızasına dayanan bu hükümlerin ötesine geçmiş ve, kararda belirtilen yetkiyi kullanmadan önce 'bayrak devletinin rızasını almak için iyi niyetli çaba sarf edilmek kaydıyla', bir yıl süreyle devletlere bu amaçlar için kullanıldığından şüphe duyulan gemileri açık denizde arama yetkisi vermiştir.

### Kirlilik<sup>373</sup>

1958 Açık Deniz Sözleşmesi'nin 24. maddesi, petrol veya radyoaktif atıkların boşaltılması yoluyla denizlerin kirletilmesini önleme yönünde düzenlemeler yapılması konusunda devletlere çağrı yaparken, aynı yıl Balıkçılık ve Açık Denizlerdeki Canlı Kaynakların Korunması Sözleşmesi'nin 1. maddesi, tüm devletlerin bu düzenlemeleri kabul etmesini veya düzenlemelerin diğer devletler tarafından benimsenmesi için gerekli önlemleri almaları veya diğer devletlerle işbirliği yapma görevleri olduğunu beyan etmiştir. Bu hükümlerin şartsız bir başarı sağladığı kanıtlanamamış olsa da, denizlerin çevresel korumasını kapsayan bir dizi ek anlaşmayla güçlendirilmişlerdir.

1969'da imzalanan ve Haziran 1975'te yürürlüğe giren Açık Denizde Petrol Kirlenmesi Olaylarına Müdahale Hakkında Uluslararası Sözleşme, Sözleşmeye taraf ülkelerin açık denizlerde şu önlemleri alabilmelerini sağlamaktadır:

*“Deniz kazası veya bu kazayla ilişkili eylemleri takiben, büyük zararlı etkileri beklenen petrol kirlenmesi olaylarında kıyıların ve diğer çıkarlarının petrol kirlenmesi nedeniyle ciddi ve yakın kirlenme tehlikesi veya tehdidi durumunda tehlike veya tehdidin azaltılması, ortadan kaldırılması veya önlenmesi”*

Bu hüküm, 1967'de Cornish kıyısı açıklarında batan Liberya tankerinin, büyük miktarlarda petrol sızdırdığı ve Birleşik Krallığın ve Fransa kıyılarının büyük bölümünde kirliliğe neden olduğu *Torrey Kanyon*u hadisesinin<sup>374</sup> bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Daha fazla kirlenmeyi önlemek için son çare olarak, İngiliz uçakları tankeri bombalamış ve ateşe

<sup>371</sup> Bkz., Papastavridis, *The Interception of Vessels*, s. 283 vd.

<sup>372</sup> 23 Şubat 2012 tarihli karar.

<sup>373</sup> Bkz., Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 8; Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 15; Brown, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 15; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 15 ve O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt II, Bölüm 25. Ayrıca bkz., aşağıda 15. Bölüm.

<sup>374</sup> 6 ILM, 1967, s. 480. Ayrıca bkz., 1978 tarihli *Amoco Cadiz vakası*, örneğin Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, s. 241 ve 1992-3 tarihli *Aegean Sea ve Braer vakaları*, örneğin G. Plant, "Safer Ships, Cleaner Seas": Lord Donaldson's Inquiry, UK Government's Response and International Law', 44 ICLQ, 1995, s. 939.

vermişlerdir. Açık Denizlerde Müdahale Sözleşmesi, devlet kıyılarına yönelik tehditleri sona erdirmek için harekete geçmek için imkan tanırken, 1969'da imzalanmış olan ve Haziran 1975'te yürürlüğe giren Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme petrol kirliliğinden doğan zarara neden olan gemilerin sahiplerinin tazminat ödemekle yükümlü olacağını belirtmektedir.

Bu ikinci sözleşme, Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme ile 1971 yılında desteklenmiştir. Bu sözleşme 1969 Sözleşmesi kapsamına girmeyen koşullarda tazminat ödemeyi ve armatörlere ek mali yükümlülükler getirmeyi amaçlamaktadır.

Bu anlaşmalar, deniz çevresinin korunmasını kapsayan antlaşmaların sadece küçük bir bölümüdür. Diğer örnekler, 1954 tarihli 'Denizlerde Petrol Kirliliğinin Önlenmesine Dair Sözleşme' ve bu Sözleşme'nin zarar verici boşaltımları yasaklamaya yönelik Ekler dizisi; 1972'de Gemilerden ve Uçaklardan Yapılan Boşaltımla Oluşan Deniz Kirliliğini Önlemeye İlişkin Oslo Sözleşmesi ve daha sonra aynı yıl Atıkların Denizde Boşaltımına İlişkin Londra Sözleşmesi; ve 1973 tarihli Gemilerden Kaynaklı Deniz Kirliliğinin Önlenmesine İlişkin Sözleşme ve Kara Kaynaklı Deniz Kirliliğinin Önlenmesine İlişkin Paris Sözleşmesi'ni kapsamaktadır.<sup>375</sup>

1982 Sözleşmesi'nde, deniz çevresinin korunması için yaklaşık elli madde ayrılmıştır. Bayrak devletlerinin, kendi gemileri için yasa koyma yetkisi halen korunsa da, bazı asgari standartlar bu devletlere dayatılmaktadır.<sup>376</sup> Ayrıca, devletlerin deniz çevresinin korunması ve muhafazası ile ilgili uluslararası yükümlülüklerinin yerine getirilmesinden uluslararası hukuka uygun olarak sorumlu oldukları belirtilmektedir. Devletler ayrıca, deniz çevresinin kendi yargı yetkisine tabi kişiler tarafından kirlenmesinden kaynaklanan hasarlarla ilgili derhal ve yeterli tazminat veya diğer kolaylıklar için yasal sistemlerine uygun başvuruya olanak sağlamalıdır.<sup>377</sup>

Devletler, deniz çevresini korumak ve muhafaza etmek temel yükümlülüğü altındadırlar. 1982 Sözleşmesi'nin 194. maddesi ayrıca şunu belirtmektedir<sup>378</sup>:

*"1. Devletler, deniz çevresinin herhangi bir kaynaktan kirlenmesini önlemek, bu gibi bir kirlenmeyi azaltmak veya kontrol etmek için gerekli olan ve bu Sözleşme'ye uygun bütün tedbirleri, ellerindeki en pratik araçları kullanarak ve yeteneklerine uygun şekilde, yerine göre, tek başına veya kolektif şekilde alacaklardır ve bu konudaki politikalarını uyumlu hale getirmek için çaba sarf edeceklerdir.*

*2. Devletler, yetki ve kontrolleri altındaki faaliyetlerin kirlenme yoluyla diğer Devletlere veya çevrelere zarar vermeyecek şekilde yürütülmesini ve yetki kontrolleri altındaki olay veya kazalardan ileri gelen kirlenmenin bu Sözleşme'ye uygun şekilde egemen haklar kullandıkları alanların ötesine yayılmamasını sağlayacak gerekli bütün tedbirleri alacaklardır.*

*3. Bu Kısıma göre alınan tedbirler, deniz çevresi kirliliğinin bütün kaynaklarını hedef alacaktır. Bu tedbirler, diğerleri yanında aşağıdakileri mümkün olan asgari ölçüde azaltacak tedbirleri kapsayacaktır:*

<sup>375</sup> Ayrıca çeşitli bölgesel ve ikili anlaşmalar imzalanmıştır, Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, ss. 263–4.

<sup>376</sup> Bkz., madde 211. Ayrıca genel olarak diğerlerinin yanı sıra küresel ve bölgesel işbirliği, teknik yardım, gözlemsel ve çevresel değerlendirme ve kirliliğin önlenmesine yönelik uluslararası ve yerel yasaların uygulanmasını da kapsayan maddeler 192-237.

<sup>377</sup> Madde 235.

<sup>378</sup> Madde 192. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, 192. maddenin devletlere deniz çevresini koruma ve muhafaza etme yükümlülüğü yüklediğine hükmetmiştir. Bkz., *M/V 'Louisa' (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Provisional Measures, Order of 23 December 2010, para. 76 ve *Maritime Boundary Dispute (Ghana v Côte d'Ivoire)*, Provisional Measures, Order of 25 April 2015, para. 69.

(a) zehirli, zararlı veya tehlikeli maddeler, bilhassa karadan kaynaklanan, atmosferden kaynaklanan veya atmosfer yoluyla veya boşaltma suretiyle deniz çevresine giren kalıcı maddeler;

(b) gemi kaynaklı kirlenme, bilhassa kazaların önlenmesini ve acil durumlarla ilgili denizde hareket güvenliğini sağlayan, kasti ve gayri-kasti boşaltmaları önleyen ve gemilerin dizaynı, yapımı, teçhizatı, işletilmesini ve mürettebatının durumunu düzenleyen tedbirler;

(c) deniz yatağı ve toprak altının doğal kaynaklarını araştırmada ve işletmede kullanılan tesislerden ve cihazlardan kaynaklanan, bilhassa kazaları önleme ve acil durumların gereğini yapma, denizlerdeki faaliyetlerin güvenliğini sağlama ve bu gibi tesislerin veya cihazların dizaynı, yapımı, teçhizi, işletilmesi ve mürettebatla donatılmasını düzenleyen tedbirler.

(d) deniz çevresinde kullanılan diğer tesislerden ve cihazlardan kaynaklanan, bilhassa kazaları önleme ve acil durumların gereğini yapma, denizlerdeki faaliyetlerin güvenliğini sağlama ve bu gibi tesislerin veya cihazların dizaynı, yapımı, teçhizi, işletilmesi ve mürettebatla donatılmasını düzenleyen tedbirler.

4. Deniz çevresinin kirlenmesini önleme, azaltma veya kontrol etme tedbirlerini alırken Devletler, diğer Devletlerin bu Sözleşme'ye uygun şekilde haklarını kullanma ve görevlerini yapma bağlamında yürüttükleri faaliyetlere haksız bir şekilde müdahale etmektен kaçınacaklardır." <sup>379</sup>

### Ayrık Stoklar<sup>380</sup>

Açık denizde balık avlama serbestisi, açık denizlerin temel özgürlüklerinden biridir. Ancak tam veya mutlak değildir.<sup>381</sup> Münhasır ekonomik bölgelerin gelişimi, açık denizlerin önemli ölçüde küçüldüğü, dolayısıyla balık stoklarının büyük kısmının artık kıyı devletlerinin ekonomik bölgelerinde bulunduğu anlamına gelmekteydi. Buna ek olarak, bu kıyı

<sup>379</sup> Bkz., 15 Mart 2015 tarihli *Mauritius v UK* kararı, para. 537 vd. Burada, madde 194(4) uyarınca 'müdahalenin boyutunun, alternatiflerin mevcudiyetinin ve gündemdeki hak ve politikaların öneminin değerlendirilmesi üzerine kurulmuş bir biçimde, rekabet halindeki hakların dengelenmesi' gerekmekte olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca bkz., *Mox* davası, the International Tribunal for the Law of the Sea, Provisional Measures Order of 3 December 2001, [www.itlos.org/start2\\_en.html](http://www.itlos.org/start2_en.html); the OSPAR award of 2 July 2003, bkz., [www.pcacpa.org/upload/files/OSPAR%20Award.pdf](http://www.pcacpa.org/upload/files/OSPAR%20Award.pdf); the arbitral tribunal's suspension of proceedings, Order No. 3 of 24 June 2003 ve Order No. 4 of 14 November 2003, bkz., [www.pcacpa.org/upload/files/MOX%20Order%20no3.pdf](http://www.pcacpa.org/upload/files/MOX%20Order%20no3.pdf) ve [www.pcacpa.org/upload/files/MOX%20Order%20No4.pdf](http://www.pcacpa.org/upload/files/MOX%20Order%20No4.pdf) ve 126 İLR, ss. 257 vd. ve 310 vd. Ayrıca bkz., Mahkemenin Deniz Hukuku Sözleşmesi Uyuşmazlıklarının Çözüm Mekanizması Çerçevesinde Birleşik Krallık aleyhine dava açarak, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 10. ve 292. maddeleri ile Avrupa Atom Enerjisi Anlaşması'nın 192. ve 193. maddelerindeki yükümlülüklerini ihlal ettiğini tespit ettiği 30 Mayıs 2006 tarihli Avrupa Adalet Divanı kararı, Case C-459/03, *Commission v. Ireland*, 45 ILM, 2006, s. 1074.

<sup>380</sup> Örneğin bkz., Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 7 (4); Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 13 (III), özellikle s. 340.; Brown, *International Law of the Sea*, cilt I, s. 226; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, s. 305; F. Orrego Vicuna, *The Changing International Law of High Seas Fisheries*, Cambridge, 1999; W. T. Burke, *The New International Law of Fisheries*, Oxford, 1994; A. Serdy, *The New Entrants Problem in International Fisheries Law*, Cambridge, 2016; R. Rayfuse, *Non Flag-State Enforcement on the High Seas Fisheries*, The Hague, 2013; H. Gherari, 'L'Accord de 4 aout 1995 sur les Stocks Chevauchants et les Stocks de Poisson Grands Migrateurs', 100 RGDIP, 1996, s. 367; B. Kwiatowska, 'Creeping Jurisdiction beyond 200 Miles in the Light of the 1982 Law of the Sea Convention and State Practice', 22 *Ocean Development and International Law*, 1991, s. 167; E. Miles ve W. T. Burke, 'Pressures on the UN Convention on the Law of the Sea 1982 Arising from New Fisheries Conflicts: The Problem of Straddling Stocks', 20 *Ocean Development and International Law*, 1989, s. 352; E. Meltzer, 'Global Overview of Straddling and Highly Migratory Fish Stocks: The Nonsustainable Nature of High Seas Fisheries', 25 *Ocean Development and International Law*, 1994, s. 256; S. G. G. Davies ve C. Redgwell, 'The International Legal Regulation of Straddling Fish Stocks', 67 BYIL, 1996, s. 199; D. H. Anderson, 'The Straddling Stocks Agreement of 1995: An Initial Assessment', 45 ICLQ, 1996, s. 463 ve D. Freestone ve Z. Makuch, 'The New International Environmental Law of Fisheries: The 1995 United Nations Straddling Stocks Agreement', 7 *Yearbook of International Environmental Law*, 1996, s. 3.

<sup>381</sup> Bkz., 1958 Açık Deniz Sözleşmesi'nin 2. maddesi ve 1958 tarihli Balıkçılık ve Açık Denizin Canlı Kaynaklarının Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin 1. ve 6. maddeleri ve 1982 Sözleşmesi'nin 116. maddesi. Özellikle balık avlama özgürlüğü bir devletin antlaşmalarının yükümlülüklerine, kıyı devletlerinin çıkarlarına ve haklarına ve koruma gerekliliklerine tabidir. Genel olarak uluslararası balıkçılık hukuku için bkz., <http://worldoceanreview.com/en/wor-2/fisheries/state-of-fisheries-worldwide/> Bkz., *Fisheries Jurisdiction* davasına ilişkin yukarıya bakınız.

devletlerinin çıkarları, açık denizlerin düzenlenmesine daha net bir etkide bulunmak amacıyla genişletilmiştir.

1982 Sözleşmesi'nin 56(1). maddesi kıyı devletlerinin ekonomik bölgelerinde balık stoklarının araştırılması, işletilmesi, muhafazası ve yönetimi konularında egemen hakları bulunduğunu belirtmektedir. Bu haklara, münhasır ekonomik bölgedeki balık stoklarının aşırı işletme sonucu tehlikeye düşmesini önlemek amacıyla tedbirler alma ve bu stokları muhafaza etme ve azami sabit randıman verecek seviyede tutmaya ilişkin görevler eşlik etmektedir.<sup>382</sup> Aynı türden veya ortak türden balık sürüleri iki veya daha çok devletin münhasır ekonomik bölgeleri içinde bulunursa, bu devletler, işbu kısmın diğer hükümlerine hanel gelmezsiniz, doğrudan doğruya veya ilgili alt-bölgesel veya bölgesel kuruluşlar aracılığı ile, bu sürülerin muhafazasını ve geliştirilmesini düzenlemek ve sağlamak için gerekli tedbirler üzerinde anlaşmak için gayret göstereceklerdir.<sup>383</sup> 1982 Sözleşmesi'nin 116(b) maddesi, açık denizlerde balıkçılık serbestisinin yukarıda detaylandırıldığı gibi kıyı devletlerinin hak ve ödevlerine ve çıkarlarına bağlı olduğunu belirtirken, 1982 Sözleşmesi genel bir yükümlülük ortaya koymuş ve bütün devletlerin, açık denizlerin canlı kaynaklarının muhafazası için gerekli olabilecek ve kendi vatandaşlarına karşı uygulanabilecek tedbirleri alma veya bunların alınması konusunda diğer devletlerle işbirliğinde bulunma yükümlülüğü bulunduğunu belirtmiştir. Sözleşmedeki çeşitli kriterler, kabul edilebilir av hacmini tespit etme ve diğer koruma tedbirlerini tesis etme amacı taşımaktadırlar.<sup>384</sup>

Balık sürülerinin, aynı zamanda hem münhasır ekonomik bölgede hem de açık denizlerde ayrı şekilde var olması ve ikinci durumunun bir biçimde düzenlenmemesi belirli sorunları ortaya çıkarmaktadır. Bu sorun düzenli olarak münhasır ekonomik bölgelerde var olan balık stoklarının, açık denizlerde sınırsız şekilde avlanabilmesinden doğmaktadır. 1982 Sözleşmesi'nin 6(2) maddesi aynı türden veya ortak türden balık sürüleri, aynı zamanda hem münhasır ekonomik bölgede ve hem de bu bölgeye bitişik alanda bulunursa, kıyı devletin ve bu sürüleri bitişik bölgede işleten devletlerin, doğrudan doğruya veya ilgili alt-bölgesel kuruluşlar aracılığı ile bitişik bölgede bu sürülerin muhafazası için gerekli tedbirler üzerinde anlaşmak hususunda gayret göstereceklerini belirtmektedir.

Bununla birlikte, 1982 Sözleşmesi'ndeki hükümler tamamen kapsamlı olarak kabul edilmemiş olduğundan<sup>385</sup> ve ayrı balık stokları ile ilgili sorunlar daha da belirginleştiğinden,<sup>386</sup> 1993 yılında Ayrık Stoklar Konferansı düzenlenmiş ve iki yıl sonra bir anlaşma imzalanmıştır. Anlaşma, ayrı balık stokları ile büyük sürü oluşturan göçmen balık stoklarının korunması ve yönetimine olan ihtiyacı vurgulamakta ve bu konuda özellikle ihtiyatlı yaklaşımın uygulanması için çağrıda bulunmaktadır.<sup>387</sup> Kıyı devletleri ve açık denizlerde balıkçılık

<sup>382</sup> Madde 61. Ayrıca bkz., madde 62.

<sup>383</sup> Madde 63(1). 1982 Sözleşmesi'nin bu Bölümünün diğer hükümlerine hanel getirmeksizinsin.

<sup>384</sup> Bkz., madde 117–20. 1982 Sözleşmesi'ndeki bir dizi hüküm belirli türler için geçerlidir, Örneğin büyük sürü oluşturan göçmenler (ton balığı gibi) hakkında 64. madde; Deniz memelileri ile ilgili 65. madde (Balinalar gibi, Uluslararası Balina Avcılığı Komisyonunun çalışmalarına bkz., [Http://iwc.int](http://iwc.int)); Anadrom türü (somon gibi) hakkında 66. madde; Katodrom türler (örneğin yılanbalığı gibi) ile ilgili madde 67 ve sedanter türler (bir kıyı devletin kuta sahanlığının doğal kaynaklarının bir parçası olarak görülen) 68. madde hakkında: madde 77 (4) 'e bakınız). Balina avcılığı için daha fazla bilgi için bkz., 1946 tarihli Balina Avcılığını Düzenleyen Uluslararası Sözleşme ve *Whaling in the Antarctic (Australia v Japan: New Zealand Intervening)*, ICJ Reports, 2014, s. 226. Ayrıca bkz., M. Fitzmaurice, *Whaling in International Law*, Cambridge, 2015 ve *Whaling in the Antarctic: Significance and Implications of the ICJ Judgment* (ed. M. Fitzmaurice ve D. Tamada), The Hague, 2016.

<sup>385</sup> Örneğin bkz., Burke, *New International Law of Fisheries*, ss. 348 vd., ve B. Kwiatowska, "The High Seas Fisheries Regime: At a Point of No Return?", 8 *International Journal of Marine and Coastal Law*, 1993, s. 327.

<sup>386</sup> Örneğin Newfoundland açıklarındaki Grand Banks, Bering Denizi, Barents Denizi, Okhotsk Denizi ve Patagonia ve Falklands açıklarına ilişkin bkz., Anderson, 'Straddling Stocks Agreement', s. 463.

<sup>387</sup> Bkz., Ayrık Stoklar Anlaşmasının 5. ve 6. maddeleri. Ayrıca bu yaklaşım ile ilgili bkz., aşağıda 14. Bölüm. 11 Aralık 2001 tarihinde yürürlüğe giren anlaşmaya ilişkin genel olarak bkz., [http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/convention\\_overview\\_fish\\_stocks.htm](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_fish_stocks.htm)



yapan devletler, ilgili herhangi bir ülkenin talebi üzerine gecikmeksizin stokların korunması ve yönetimini sağlamak için uygun düzenlemeleri yapmak üzere doğrudan veya uygun alt-bölgesel veya bölgesel örgütler vasıtasıyla, ayrık ve göçmen balık stokları ile ilgili olarak işbirliğine iyi niyetle devam etmelidirler.<sup>388</sup> Alt bölge ve bölgesel organizasyonlara fazlasıyla önem verilmekte ve 10. maddede devletlerin bu gibi örgütler veya düzenlemeler yoluyla işbirliği yapma yükümlülüklerini yerine getirirken, diğer hususların yanı sıra, ayrık ve göçmen balık stoklarının uzun vadeli sürdürülebilirliğini sağlamak için alınacak önlemleri kabul etmeleri ve katılımcı haklarına uygun olarak avlanmasına izin verilen balık stoklarının tahsisini veya avlanma çabalarının düzeyinin tespitini kabul etmeleri vurgulanmaktadır. Özellikle, etkili izleme, kontrol, gözetim ve uygulama için işbirliği mekanizmalarının kurulması, muhafaza ve yönetimi gibi önlemlerinin alınmasını kolaylaştıracak karar alma usullerinin oluşturulması ve uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümlenmesinin teşvik edilmesi çağrısı yapılmaktadır. Uygulama açısından bayrak devleti odak noktasındadır. 18. madde bayrak devletlerinin, kendi gemilerinin alt-bölgesel ve bölgesel koruma ve yönetim önlemlerine uymalarını sağlamak için gerekli olabilecek önlemleri almalarını öngörürken, 19. madde bayrak devletlerinin ihlallerin nerede gerçekleştiği göz önüne alınmaksızın bu tür önlemleri uygulamasını ve ihlal iddialarını süratle incelemesini öngörmektedir. 21. madde özellikle alt-bölgesel ve bölgesel işbirliğinin uygulanması ile ilgili düzenleme yapmaktadır ve böyle bir organizasyon veya düzenlemenin kapsadığı açık denizlerin herhangi bir bölümünde, bu organizasyona veya düzenlemeye üye olan veya katılan bir taraf devletin, Anlaşma'ya taraf diğer devletlerin bayrağını taşıyan balıkçı gemilerine çıkabileceği ve denetleme yapabileceği belirtilmektedir. Bu, söz konusu tarafın böyle bir alt-bölgesel veya bölgesel organizasyona veya düzenlemeye üye veya katılımcı olup olmadığı her durumda geçerlidir. Gemiye çıkma ve ziyaret yetkileri, organizasyon veya düzenleme tarafından oluşturulan koruma ve yönetim önlemlerine uyulmasını sağlamak içindir. Gemiye çıkma ve denetlemeyi takiben, bir geminin ilgili koruma ve yönetim önlemlerine aykırı faaliyetler içerisinde olduğuna dair açık gerekçeler var ise, denetleyen devlet delilleri güvenli şekilde muhafaza etmeli ve derhal bayrak devletine haber vermelidir. Buzak devleti, üç iş günü içinde cevap vermeli ve 19. madde uyarınca soruşturma ve uygulama yükümlülüklerini yerine getirmeli ya da denetleme yapan devlete soruşturma izni vermelidir. İkinci durumda, buuzak devleti icra eylemi gerçekleştirmeli veya denetimi yapan devleti böyle bir işlemi yapmaya yetkilendirmelidir. Geminin ciddi bir ihlal işlediğine ve buuzak devletinin bu duruma tepki göstermediğine ya da gerektiği gibi harekete geçmediğine dair açık gerekçeler mevcut ise, müfettişler gemide kalabilir ve kanıtları güven altına alabilir ve kaptanın gemiyi en yakın ve uygun limana götürmesini isteyebilir.<sup>389</sup> 23. madde, bir liman devletinin, alt-bölgesel, bölgesel ve küresel koruma ve yönetim tedbirlerinin etkinliğini arttırmak için uluslararası hukuka uygun tedbirler alma görevi üstlendiğini öngörmektedir.<sup>390</sup>

Bu alanda var olan en önemli bölgesel örgütlerden biri, 1978 yılında oluşturulan Kuzeybatı Atlantik Balıkçılık Sözleşmesi'ni takiben kurulan Kuzey Atlantik Balıkçılık Örgütü (NAFO) 'dür. Örgüt, bu Sözleşme ile koruma altına alınan alanda, koruma önlemleri için sorumluluk taşıyan bir Balıkçılık Komisyonu kurmuştur. Avrupa Topluluğu, Sözleşmeye taraftır, ancak NAFO'nun toplam avlanma kotaları ve bu kotaların taraf devletler arasında paylaşılması şekline karşı çıkmıştır. Özellikle, 1995 yılında Grönland pisibalığının paylaşımına ilişkin olarak, Avrupa Topluluğu'nun payını azaltan NAFO kararı sonrası anlaşmazlık

<sup>388</sup> Madde 8. Madde 1(3) 'e göre, Sözleşme 'gemileri açık denizlerde balık tutan diğer balıkçılık varlıklarına *mutatis mutandis* olarak uygulanır'. Bu, Tayvan'a gönderme yapılmaktadır: Örneğin bkz., Orrego Vicuna, *High Seas Fisheries*, s. 139, ve Anderson, 'Straddling Stocks Agreement', s. 468.

<sup>389</sup> Ayrıca bkz., madde 22.

<sup>390</sup> Madde 17(3) uyarınca, madde 1(3)'de atıfta bulunulan balıkçılık işletmelerinden, söz konusu organizasyonlar veya düzenlemelerle işbirliği yapılması istenebileceği kaydedilmelidir. Ayrıca bkz., 69/109 sayılı Genel Kurul Kararı.

yaşanmıştır.<sup>391</sup> Avrupa Topluluğu resmi bir şekilde bu karara itiraz etmiş ve NAFO kotasını aşan kendi pisibalığı kotasını oluşturmuştur.

Mayıs 1994'te Kanada, koruma kuralları ile ihtilaflı bir biçimde balıkçılık yapan herhangi bir uyruktan geminin, Kanada eylemleri ile bundan vazgeçmesini sağlamak ve ayrık stoklarının daha fazla zarar görmesini önlemek amacıyla 1985 Sahil Balıkçılık Koruma Yasasını değiştirmiştir. 1995 yılının başlarında, aşırı avlanma ile Kanada'nın 200 mil sınırının dışındaki Grönland pisibalığını korumak için düzenlemeler yapılmıştır. 9 Mart 1995'te Kanadalı yetkililer, Kanada kıyılarından yaklaşık 245 mil uzakta açık denizde bulunan Grand Banks'ta İspanyol avlanma gemisine çıkmışlardır. Geminin kaptanı tutuklanmış ve gemiye el konularak gemi bir Kanada limanına çekilmiştir. İspanya, Uluslararası Adalet Divanı'na başvuruda bulunmuş ancak görevsizlik nedeniyle başvuru başarısız olmuştur.<sup>392</sup> Nisan 1995'te, Avrupa Topluluğu ve Kanada arasında imzalanan bir anlaşma uyarınca, Avrupa Topluluğu, Grönland pisibalığı için arttırılmış bir kota elde etmiş ve Kanada gemiye karşı suçlamalarını ertelemiş ve İspanyol ve Portekiz gemilerinin NAFO tarafından düzenlenmiş alanda balıkçılık yapmalarını engelleyen hükümleri kaldırmayı kabul etmiştir. Ayrıca geliştirilmiş denetim ve uygulama usulleri üzerinde de anlaşmaya varılmıştır.<sup>393</sup> Diğer alanlarda da sorunlar ortaya çıkmıştır. Rusya'nın ve ABD'nin münhasır ekonomik bölgeleri ile çevrili Bering Denizi'nde, açık denizlerin bir parçası olan "Donut Hole"<sup>394</sup> ve Rusya'nın ekonomik bölgesi ile çevrili olan Okhotsk Denizi'ndeki açık denizlerin bir parçası olan "Peanut Hole" buna örnektir. 2001'de Batı ve Orta Pasifik Okyanusu'nda Yüksek Oranda Göç Eden Balık Stoklarının Korunması ve Yönetimi Sözleşmesi imzalanmıştır. Bu anlaşma, diğer hususların yanı sıra, bölge içerisinde toplam izin verilen avlanma miktarını ve balıkçılık faaliyetleri standartlarını belirlemek için bir Komisyon oluşturmaktadır.<sup>395</sup>

## ULUSLARARASI DENİZ YATAĞI<sup>396</sup>

### Giriş

Son yıllarda, açık denizlerin altında bulunan zenginlik giderek daha fazla şekilde belirgin hale gelmiştir. Deniz tabanının yaklaşık yüzde 15'lik kısmına dağılmış olarak, yaklaşık 175 milyar kuru ton işletilebilir manganez maden parçasının bulunduğu tahmin edilmektedir. Bu, karada bulunan söz konusu metal rezervlerini (esasen manganez, nikel, bakır ve kobalt) aşmaktadır.<sup>397</sup> Bu maden zenginliği, bu tür maden parçalarını işletmek için teknik kapasiteye sahip olan veya yakında sahip olacak olan gelişmiş uluslar için potansiyel olarak büyük bir

<sup>391</sup> Örneğin bkz., S. G. G. Davies, 'The EC/Canadian Fisheries Dispute in the Northwest Atlantic', 44 ICLQ, 1995, s. 927.

<sup>392</sup> ICJ Reports, 1998, s. 432.

<sup>393</sup> Bkz., Avrupa Komisyonu Basın Açıklaması, WE/15/95, 20 Nisan 1995.

<sup>394</sup> Bkz., 1994 tarihli Orta Bering Denizinde Mezgit Kaynaklarının Korunması ve Yönetimi Sözleşmesi (the Convention on the Conservation and Management of Pollock Resources in the Central Bering Sea, 1994.)

<sup>395</sup> Ayrıca belirli balık türleri ile ilgili diğer anlaşmaların varlığı da kaydedilmelidir. Örneğin 1966 tarihli Atlantik Orkinosunun Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme (the International Convention for the Conservation of Atlantic Tuna, 1966), 1993 tarihli Güney Orkinosunun Korunması Sözleşmesi (the Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna, 1993) ve 1993 tarihli Hint Okyanusu Ton Balığı Komisyon Anlaşması (the Indian Ocean Tuna Commission Agreement, 1993.)

<sup>396</sup> Örneğin bkz., Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 5 (3). 170 vd.; Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 6; O'Connell, *International Law of the Sea*, cilt I, Bölüm 12; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 12; B. Buzan, *Seabed Politics*, New York, 1976; T. G. Kronmiller, *The Lawfulness of Deep Seabed Mining*, New York, 2 cilt, 1980; E. D. Brown, *Sea-Bed Energy and Mineral Resources and the Law of the Sea*, London, 3 cilt, 1986; A. M. Post, *Deepsea Mining and the Law of the Sea*, The Hague, 1983; A. D. Henchoz, *Règlementations Nationales et Internationales de l'Exploration et de l'Exploitation des Grands Fonds Marins*, Zurich, 1992 ve Oppenheim's *International Law*, s. 812.

<sup>397</sup> Örneğin bkz., *Seabed Mineral Resource Development*, UN Dept. of International Economic and Social Affairs, 1980, ST/ESA/107, ss. 1-2.

önem taşırken, özellikle birkaç maden çeşidinin ihracat kazançlarına bağımlı olan gelişmekte olan devletler için ciddi sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, Demokratik Kongo Cumhuriyeti (eski Zaire) toplam kobalt üretiminin üçte birini gerçekleştirirken, Gabon ve Hindistan toplam manganez üretiminin yaklaşık yüzde 8'ini gerçekleştirmektedir.<sup>398</sup> 1990'lı yılların başında, birçok Amerikalı, Japon, Kanadalı, İngiliz, Belçikalı, Alman, Hollandalı ve Fransız şirketlerinin katılımıyla, altı büyük derin deniz madenciliği konsorsiyumu ortaya çıkmıştır.<sup>399</sup> Madencilik teknolojisi gelişmiş bir aşamada bulunmasına ve bazı temel yatırımların yapılmış olmasına rağmen, gelecek birkaç yıl içinde önemli bir madencilik faaliyeti olması mümkün görünmemektedir.

1969'da BM Genel Kurulu, 2574 (XXIV) sayılı kararı kabul ederek derin deniz yatağı faaliyetleri için bir moratoryum çağrısı yapmıştır. Bundan bir yıl sonra Ulusal Yetki Sınırlarının Ötesindeki Deniz Yatağı, Okyanus Tabanı ve Altındaki Toprakları ("Alan") Düzenleyen İlkeler Bildirgesi kabul edilmiştir. Bu, Alan ve kaynaklarının "insanlığın ortak mirası" olarak kabul edilmesini sağlamış ve bu Alan'ın araştırılması ve işletilmesi için kurulacak bir uluslararası rejime uygun olmadıkça üzerinde herhangi bir hak elde edilemeyeceği belirtilmiştir.

### 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi (Kısım XI)

Sözleşme uyarınca, Alan<sup>400</sup> ve kaynakları, insanlığın ortak mirası olarak kabul edilir ve egemenlik veya diğer haklar tanınmaz. Fakat Alan'dan çıkartılan mineraller devredilebilir.<sup>401</sup> Alan'daki faaliyetler, tüm insanlığın yararı için Sözleşme uyarınca kurulmuş olan Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi (Otorite) tarafından ya da bunun adına gerçekleştirilecektir.<sup>402</sup> Otorite, bu tür menfaatlerin adil bir şekilde paylaşılmasını sağlayacaktır.<sup>403</sup> Alan'daki faaliyetler 153. madde uyarınca, Teşebbüs tarafından (yani, faaliyet kolu olarak kurulan Otoritenin organı) ve taraf devletler ya da devlet teşebbüsleri veya taraf devletlerin vatandaşlığına sahip olan veya kendileri tarafından etkili bir şekilde kontrol edilen kişiler tarafından, Otorite ile birlikte hareket edilerek yürütülecektir. Son durumda "nitelikleri haiz başvuru sahipleri", Hukuki ve Teknik Komisyon tarafından incelendikten sonra Konsey tarafından onaylanacak resmi çalışma planlarını sunacaklardır.<sup>404</sup>

Bu çalışma planı, tahmini olarak eşit ticari değere sahip iki alanı belirtmelidir. Otorite, daha sonra, bu alanlardan biriyle ilgili bir çalışma planını onaylayabilir ve diğerini yalnızca Otorite tarafından Teşebbüs aracılığıyla veya gelişmekte olan devletlerle birlikte işletilebilecek bir "ayrılmış alan" olarak belirleyebilir.<sup>405</sup>

Konferanstaki I. Karar, Otorite ve Uluslararası Deniz Mahkemesi Hakem Kurulu'nun işleyişine ilişkin düzenlemeler yapmak üzere Hazırlık Komisyonu oluşturmuştur.<sup>406</sup>

Konferanstaki II. Karar, dördü Fransa, Japonya, Hindistan ve SSCB'den, dördü Belçika, Kanada, Almanya Federal Cumhuriyeti, İtalya, Japonya, Hollanda, Birleşik Krallık ve ABD'den ve muhtemelen

<sup>398</sup> *A.g.e.*, s. 3.

<sup>399</sup> *A.g.e.*, ss. 10-12.

<sup>400</sup> Sözleşmenin 1. maddesinde 'ulusal yetki sınırları ötesindeki deniz yatakları ve bunların toprak altı' olarak tanımlanmaktadır. Bu, kıta kenarının en dışından başlayacak veya esas çizgilerden en az 200 deniz mili uzaklığında olacaktır.

<sup>401</sup> Madde 136 ve 137.

<sup>402</sup> Bölgedeki belirli faaliyetlerin, Otoritenin iznine ihtiyacı olmadığı kaydedilmelidir, örneğin; boru hattı ve kablo döşeme ve deniz yatağı kaynakları ile ilgili olmayan bilimsel araştırma için bkz., madde 112, 143 ve 256.

<sup>403</sup> Madde 140. Ayrıca bkz., madde 150.

<sup>404</sup> Ayrıca bkz., Ek III, madde 3 ve 4. Teknoloji transferi için son derece tartışmalı gereklilikler de dahil edilmiştir, *a.g.e.*, madde 5.

<sup>405</sup> *A.g.e.*, madde 8 ve 9. Otoritenin üretim politikaları Sözleşmenin 151. maddesinde detaylandırılmıştır.

<sup>406</sup> 21(4) *UN Chronicle*, 1984, ss. 44 vd. Ayrıca bkz., 25 ILM, 1986, s. 1329 ve 26 ILM, 1987, s. 1725.

gelişmekte olan diğer devletlerden olmak üzere sekiz “öncü yatırımcı” için özel bir hüküm getirmiştir. Herbir yatırımcı, deniz yatağı madenciliği hazırlığı için en az 30 milyon dolarlık yatırım yapmalı ve bunların en az yüzde 10’unu belirli bir alanda gerçekleştirilmelidir. Sponsor devletler bunun gerçekleştiğini belgelendirmelidirler.<sup>407</sup> Bu tür öncü yatırımcılar, işletme sözleşmelerinin tahsis edilmesinde diğer başvuranlara (Teşebbüs hariç) öncelik vererek, Sözleşme’nin yürürlüğe girmesi beklenirken araştırma faaliyetlerini yürütebileceklerdir.<sup>408</sup> Hindistan, Fransa, Japonya ve SSCB, çeşitli konsorsiyumlar adına 1987’de öncü yatırımcılar olarak tescil edilmişlerdir.<sup>409</sup> Mart 1991’de Çin, öncü bir yatırımcı olarak kayıtlı iken,<sup>410</sup> çok uluslu Okyanuslar Arası Ortak Metal Örgütü, o yılın Ağustos ayında öncü bir yatırımcı olarak tescil edilmiştir.<sup>411</sup> Otorite için, Kuzeydoğu Ekvatorial Pasifik’teki Clarion-Clipperton sırtında birkaç alan ayrılmıştır.

Fakat derin deniz yatağı rejimine, özellikle ABD tarafından itiraz edilmiş ve sonuç olarak ABD 1982 Sözleşmesi’nin kabulüne karşı oy kullanmıştır. İngiltere de derin deniz yatağı madenciliği için tatmin edici bir rejim oluşturulmadığı sürece Sözleşmeyi imzalamayacağını ilan etmiştir.<sup>412</sup> Özellikle, denizden çıkarılan madenlere erişim güvencesi sağlanması konusundaki başarısızlık, en fazla etkilenen devletlerin karar vermede güçlü bir sese sahip olmamaları ve deniz yatağı kaynaklarının gelişiminde piyasa güçlerinin serbestçe hareket etmelerine izin verilmemesi nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunlar hakkında endişeler dile getirilmiştir.<sup>413</sup>

### Devletlerarası Rejimler

Deniz Hukuku Konferansı’ndaki gelişmelerin bir sonucu olarak birçok devlet kabul edilebilir uluslararası çözüm bekleyen bir konu olan deniz yatağının araştırılması ve işletilmesi amacıyla geçici bir çerçeve oluşturmak için iç mevzuat çıkarmaya başlamıştır. Örneğin, 1981 Birleşik Krallık Derin Deniz Madenciliği (Geçici Hükümler) Yasası, arama ruhsatlarının verilmesi için (1 Temmuz 1981’den önceki bir döneme ilişkin olmayan) ve işletme ruhsatlarının (1 Ocak 1988’den önceki bir döneme ilişkin olmayan) verilmesine imkan vermiştir.<sup>414</sup>

1982 tarihindeki bir Anlaşma,<sup>415</sup> ulusal mevzuat çerçevesinde örtüşen iddiaları önlemek için istişare ve herhangi bir anlaşmazlığın çözülmesi için tahkim çağrısı yapmıştır.<sup>416</sup> Fakat

<sup>407</sup> Bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, s. 230.

<sup>408</sup> Bkz., 21(4) *UN Chronicle*, 1984, ss. 45–7.

<sup>409</sup> Bkz., LOS/PCN/97–99 (1987). Ayrıca bkz., 5 Eylül 1986 tarihli Mutabakat. Bu Mutabakat yapılması gereken 30 milyon dolarlık yatırımın son tarihin uzatılması ve Teknik Uzman Grubunun oluşturulmasına ilişkindir, LOS / PCN / L.41 / Rev. 1. Ayrıca bkz., Brown, *International Law of the Sea*, cilt I, ss. 448–54. 30 Ağustos 1990 tarihli Mutabakat, eğitim maliyetleri, teknoloji transferi, keşif masrafları ve Otorite için bir madencilik alanının araştırılması ve geliştirilmesi ile ilgili iken, *a.g.e.*, ss. 454–5, 22 Şubat 1991 tarihli Mutabakat, bir yandan Çin tarafından, diğer yandan yedi potansiyel öncü yatırımcı devlet (Belçika, Kanada, İtalya, Hollanda, Almanya, İngiltere ve ABD) tarafından imzalanmış olan örtüşen iddiaların önlenmesine ilişkindir, *a.g.e.*, s. 455.

<sup>410</sup> Brown, *International Law of the Sea*, cilt I, s. 455.

<sup>411</sup> *A.g.e.*, s. 456. Bu organizasyon Bulgaristan, Çekoslovakya, Polonya, Rusya Federasyonu ve Küba’dan oluşuyordu. Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi yirmi üç şirketle polimetallik kitlelere, polimetallik sülfatlara ve ferromagnezlere ilişkin olarak on beş yıllık sözleşmeler akdetmiştir. Bkz., <https://www.isa.org/jm/deep-seabed-minerals-contractors/overview>.

<sup>412</sup> Örneğin bkz., *The Times*, 16 February 1984, s. 4, ve 33 HC Deb., col. 404, 2 December 1982.

<sup>413</sup> Örneğin bkz., the US delegate, *UN Chronicle*, June 1982, s. 16.

<sup>414</sup> Kanun, aynı zamanda, Derin Deniz Madencilik Fonu’na bir işletme ruhsatı sahibi tarafından ve lisansların karşılıklı tanınması için ödenecek bir Derin Deniz Madencilik Vergisi öngörmektedir. Birçok ülke benzer, tek taraflı yasaları kabul etmiştir. Örneğin ABD 1980 yılında, 19 ILM, 1980, s. 1003; 20 ILM, 1981, s. 1228 ve 21 ILM, 1982, s. 867; Batı Almanya, 20 ILM, 1981, s. 393 ve 21 ILM, 1982, s. 832; SSCB, 21 ILM, 1982, s. 551; Fransa, 21 ILM, 1982, s. 808, ve Japonya, 22 ILM, 1983, s. 102. Bkz., Brown, *International Law of the Sea*, cilt I, ss. 456 vd. 400 Bkz., *Law of the Sea Bulletin*, No. 6, Ekim 1985, s. 85. Fakat bkz., 1987 tarihli Tatbiki Problemlerin Çözümüne İlişkin Antlaşma, 26 ILM, 1987, s. 1502. Bu, ilgili devletlerin, örtüşen iddiaları önleme girişimidir.

<sup>415</sup> Derin Denizyatağındaki Polimetallik Kitlelerle İlgili Geçici Düzenlemelere İlişkin 1982 Anlaşması (Fransa, Almanya Federal Cumhuriyeti, İngiltere, ABD), 21 ILM, 1982, s. 950.

<sup>416</sup> Ayrıca bkz., Derin Deniz Madenciliğe İlişkin Geçici Mutabakat (Belçika, Fransa, Federal Almanya Cumhuriyeti, İtalya, Japonya, Hollanda, İngiltere, ABD), 23 ILM, 1984, s. 1354.

Hazırlık Komisyonu 1985 yılında, 1982 Sözleşmesi ve ilgili kararlarıyla bağdaşmayan Komisyon dışında gerçekleştirilen, Alan ve kaynakları ile ilgili herhangi bir iddia, anlaşma veya eylemin 'tanınmayacağı' belirten bir beyan kabul etmiştir.<sup>417</sup>

### Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin Deniz Yatağı Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin

#### 1994 Anlaşması<sup>418</sup>

1982 Sözleşmesi sisteminin evrenselliğini sağlamaya çalışmak ve böylece çelişkili derin deniz yatağı rejimlerinin gelişimini engelleme girişimleri, 1990 yılında BM Genel Sekreteri himayesindeki istişarelerde başlamış ve bu süreçte devletler tarafından daha fazla esneklik gösterilmiştir.<sup>419</sup> Sonunda, 1994 Anlaşması ortaya çıkmıştır. Taraf Devletler 1. maddede, Anlaşma uyarınca 1982 Sözleşmesi'nin XI. Kısmı'nı uygulamayı taahhüt etmişlerdir. 2. madde ile Anlaşma ve XI. Kısım, tek bir belge olarak birlikte yorumlanacak ve uygulanacaktır. Uyumsuzluk durumunda, önceki belgedeki hükümler geçerli olacaktır. Devletler, Sözleşme ile bağlı olduklarını aynı anda ya da daha önce kabul ettikleri takdirde, Anlaşma ile bağlanma rızalarını açıklayabilirler. Bu nedenle, deniz yatağıyla ilgili çelişen sistemlerin işleme imkansız hale gelmiştir. Anlaşma, 16 Kasım 1994'te (Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarih) Sözleşme'nin yürürlüğe girmemiş olması durumu için 7. madde ile geçici uygulama getirmektedir.<sup>420</sup> Anlaşma, depozitöre (BM Genel Sekreteri) yazılı olarak bildirimde bulunmadıkları sürece, Anlaşma'nın Genel Kurul'da kabul edilmesine rıza göstermiş devletler; Anlaşmayı imzalamış devletler ve kuruluşlar tarafından; depozitöre yazılı olarak Anlaşmanın geçici biçimde uygulanmasına rıza gösteren devlet ve kuruluşlar tarafından; ve Anlaşmaya taraf olmamış devletler tarafından geçici olarak uygulanabilir.

Anlaşma Ekinde, gelişmiş ülkeler tarafından gündeme getirilen bir dizi sorun ele alınmaktadır. Özellikle, Sözleşme uyarınca kurulan tüm organ ve kuruluşların ve Anlaşma'nın maliyet etkinliğinin olması ve bu tür organların veya kuruluşların işlevsel ihtiyaçlarının dikkate alınarak evrimsel bir yaklaşım benimsenmesinin gereği; Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesinin çalışmaları ile ilgili kurumsal ayrıntılar (bölüm 1); Teşebbüsün çalışmalarının ilk olarak Otorite Sekreterliği tarafından yürütülmesi ve Teşebbüsün ilk derin deniz yolu madencilik faaliyetlerini, sağlam ticari ilkelere uygun olarak ortak girişimler vasıtasıyla yürütmesi gereği (bölüm 2); Mecliste ve Otorite Konseyinde karar alırken uyulacak özel kurallar<sup>421</sup> (bölüm 3); Konsey önerisi üzerine Meclisin, Sözleşme'nin 155(1). maddesinde anılan konularda, bu maddenin bir bütün olarak hükümlerine bakılmaksızın, herhangi bir zamanda gözden geçirme yapabilmesi (bölüm 4); ve Teşebbüse ve gelişmekte olan ülkelere aktarılan teknolojinin, açık piyasada veya ortak girişim yoluyla adil ve makul ticari düzenlemeler ile yapılması (bölüm 5).<sup>422</sup>

<sup>417</sup> Bkz., *Law of the Sea Bulletin*, No. 6, Ekim 1985, s. 85. Fakat bkz., 1987 tarihli Siyasi Problemlerin Çözümüne İlişkin Anlaşma, 26 ILM, 1987, s. 1502. Bu, ilgili devletlerin, örtüşen iddiaları önleme girişimidir.

<sup>418</sup> 33 ILM, 1994, s. 1309. Ayrıca bkz., B. H. Oxman, 'The 1994 Agreement and the Convention', 88 AJIL, 1994, s. 687; L. B. Sohn, 'International Law Implications of the 1994 Agreement', *a.g.e.*, s. 696; J. I. Charney, 'US Provisional Application of the 1994 Deep Seabed Agreement', *a.g.e.*, s. 705; D. H. Anderson, 'Further Efforts to Ensure Universal Participation in the United Nations Convention on the Law of the Sea', 43 ICLQ, 1994, s. 886, ve Report of the UN Secretary-General, A/50/713, 1 Kasım 1995.

<sup>419</sup> Örneğin bkz., D. H. Anderson, 'Efforts to Ensure Universal Participation in the United Nations Convention on the Law of the Sea', 42 ICLQ, 1993, s. 654, ve Brown, *International Law of the Sea*, cilt I, s. 462.

<sup>420</sup> Anlaşma, 4. ve 5. maddelerde de ayrıntılı olarak belirtilen prosedürler çerçevesinde kırk devletin Anlaşma ile bağlanma rızası gösterdikleri tarihten otuz gün sonra, 28 Temmuz 1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>421</sup> Genel politik konularla ilgili olarak özellikle Konsey'in Meclis ile karşılaştırıldığında artan rolü kaydedilmelidir. Sözleşmenin ayrıca, 'Sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihte gayri safi yurtiçi hasıla açısından en büyük ekonomiye sahip olan, ülkeye, örneğin ABD'ye Konsey'de bir koltuk garantisi verdiği (Bölüm 3, para. 15a) ve Konsey'de belirli çıkarları olan devlet grupları oluşturduğu (Bölüm 3, paragraf 10 ve 15) belirtilmelidir.

<sup>422</sup> Bu nedenle, Sözleşmede zorunlu teknoloji transferi ile ilgili hükümler uygulanmaz (Bölüm 5, para. 2). Ayrıca, üretim tavanları ve sınırlamaları, emtia sözleşmelerine katılma vb. ile ilgili Sözleşmedeki hükümlerin uygulanmayacağı kaydedilmelidir (Bölüm 6, para. 7).

### Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi<sup>423</sup>

Otorite, 1982 Sözleşmesi'ne taraf devletlerin, özellikle kaynaklarını idare etmek amacıyla, Alan'daki faaliyetlerini organize etmeye ve kontrol etmek üzere oluşturulmasına karar verdikleri özerk bir kuruluştur.<sup>424</sup> Otorite Haziran 1996'da tamamen faaliyete geçmiştir. Otoritenin temel organları Meclis, Konsey ve Sekreteryadır. Ayrıca, Hukuk ve Teknik Komisyon ve Finans Komitesi de bulunmaktadır. Meclis, Otoritenin tüm üyelerinden, yani Sözleşme'nin tüm taraflarından oluşmaktadır ve Ağustos 2016 tarihi itibarıyla 168 üyesi bulunmaktadır.<sup>425</sup> Meclis, diğer yetkileri yanında Otoritenin, Konsey, Genel Sekreter ve Teşebbüsün Yöneticiler Üyelerini seçme yetkisine de sahip olan, alt organları kuran ve üyelerce yapılan mali katkıyı değerlendiren en üst organdır. Otoritenin genel politikasını belirleme yetkisine sahiptir.<sup>426</sup> Konsey, belirli kriterlere göre Meclis tarafından seçilen otuz altı üyeden oluşmaktadır.<sup>427</sup> Kurul, Otoritenin icra organıdır ve Otorite tarafından izlenecek özel politikaları belirleme yetkisine sahiptir.<sup>428</sup> Konseyin iki organı bulunmaktadır: Ekonomik Planlama Komisyonu ile Hukuki ve Teknik Komisyon.<sup>429</sup> Bölgede fiilen faaliyette bulunan Otorite organı Teşebbüs'tür.<sup>430</sup>

<sup>423</sup> Bkz., J-P Lévy, *International Seabed Authority: 20 Years/ Les vingt ans de l'Autorité internationale des fonds marins*, Kingston, 2014. Otoriteye ilişkin detaylar için bkz., <http://www.isa.org/jm/en/home>

<sup>424</sup> Madde 157.

<sup>425</sup> Bkz., [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en). Ayrıca bkz., madde 159(1).

<sup>426</sup> Madde 160. Bununla birlikte, Uygulamaya İlişkin 1994 Sözleşmesi'nin etkisi, Konsey'in yetkisinin bulunduğu alanlarda Meclis gücünü Konsey lehine azaltmaktır. Ekte yer alan 3. Bölümde Konsey'in aynı zamanda yetki sahibi olduğu alanlarda veya herhangi bir idari, bütçe veya mali konularda Meclis kararları Konsey'in tavsiyelerine dayandığı ve eğer bu tavsiyeler kabul edilmiyorsa maddenin Konsey'e iade edileceği belirtilmektedir. Dahası, bu bölüm ayrıca, genel bir kural olarak, Otorite organlarında kararların oybirliğiyle verilmesini öngörmektedir.

<sup>427</sup> Madde 161 (1) aşağıdaki sıraya göre üyelerin seçilmesini önermektedir: (a) İstatistiklerin mevcut olduğu son beş yıl boyunca ya toplam dünya tüketiminin yüzde ikiden fazlasını tüketmiş ya da Alan'dan çıkartılan maden kategorilerinden üretilen emtiaların toplam dünya ithalatının yüzde 2'sinden fazlasına sahip olan bu ülkeler arasında yer alan dört üye ve her durumda Doğu Avrupa (Sosyalist) bölgesinden bir devlet ve en büyük tüketici; (b) Doğu Avrupa (Sosyalist) bölgesinden en az bir devlet dahil olmak üzere doğrudan veya vatandaşları aracılığıyla, Alan'daki faaliyetlere hazırlık ve faaliyette bulunmak için en büyük yatırımlarına sahip sekiz devlet tarafı arasından dört üye; (c) Kendi yetkileri altındaki alanlardaki üretim temelinde olmak üzere, Alan'dan çıkartılan mineral kategorilerinin ana ihracatçısı durumunda olan ve bunlardan en az ikisinin ekonomilerinin bu gibi minerallerin ihracatına bağlı olduğu dört taraf devlet; (d) Özel çıkarları temsil eden gelişmekte olan ülkeler arasında altı üye. Temsil edilecek özel çıkarlar şunları kapsmalıdır: büyük nüfusa sahip olan devletler, denize kıyısı bulunmayan ve coğrafi olarak dezavantajlı durumda olan devletler, Alan'dan çıkartılan mineral kategorilerinin önemli ithalatçıları olan devletler, bu minerallerin potansiyel üreticileri olan devletler ve en az gelişmiş devletler; (e) Her coğrafi bölgenin bu alt-paragrafta seçilmiş en az bir üyesi olması şartıyla, Konsey'deki sandalyelerin adil coğrafi dağılımını sağlamayı esas alan ilkeye göre seçilmiş on sekiz üye. Bu amaçla, coğrafi bölgeler Afrika, Asya, Doğu Avrupa (Sosyalist), Latin Amerika ve Batı Avrupa ve Diğerleri olacaktır.

<sup>428</sup> Madde 162. Bazı durumlarda, Konsey kararları konsensus ile ve diğerlerinde ise üçte iki çoğunluk oyuyla kabul edilmelidir: Bkz., madde 161.

<sup>429</sup> Madde 163-5. Sekreteryaya için bkz., madde 166-9 ve <https://www.isa.org/jm/secretariat>.

<sup>430</sup> Bkz., madde 170 ve Ek IV. Örneğin bkz., Clarion Clipperton Zone'da rezerve edilmiş sekiz alandaki blokları işletme amacıyla Kanadalı Nautilus Minerals şirketine Girişim ile ortak iş yapması için müzakerelere başlaması hususunda 2013 yılında yapılan teklif. <https://www.isa.org/jm/news/nautilus-minerals-propose-joint-venture-enterprise>. Ayrıca bkz., Sekreter tarafından hazırlanan rapor, Doc No. ISBA/19/C/6 (4 Nisan 2013) ve M. W. Lodge, 'The Deep Seabed', *Oxford Handbook on the Law of the Sea* (ed. D. R. Rothwell, A. G. Oude Elferink, K. N. Scott ve T. Stephens), Oxford, 2015, ss. 226, 238.

## UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ<sup>431</sup>

1982 Sözleşmesi, deniz hukuku uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin ayrıntılı ve karmaşık hükümler içermektedir. Kısım XV, bölüm 1 genel hükümleri ortaya koymaktadır. 279. madde, BM Şartının 2(3). maddesi uyarınca uyuşmazlıkların barışçıl yollardan çözülmesi ve 33. maddesinde belirtilen araçların kullanılmasına ilişkin temel yükümlülüğü belirtmekle birlikte,<sup>432</sup> taraflar Sözleşme’de belirtilen yöntemlerin dışında kalan yöntemleri de seçebilmektedir.<sup>433</sup> Örneğin, Avrupa Birliği devletleri, Avrupa Topluluğu Antlaşması uyarınca üye devletler arasındaki balıkçılık uyuşmazlıklarını Avrupa Adalet Divanı’na taşımayı kabul etmişlerdir.

Sözleşme’nin 283. maddesi bir anlaşmazlığın ortaya çıktığı hallerde, tarafların ‘müzakereler ya da diğer barışçıl yollarla uzlaşmaya ilişkin görüş alışverişine hızla devam etmeleri’ gerektiğini belirtmektedir. 284. madde uyarınca, tarafların uzlaştırma usulü isteği uyarınca, raporu bağlayıcı olmayacak bir uzlaşma komisyonu kurulabilir.<sup>434</sup> Taraflarca serbestçe seçilen yollarla herhangi bir çözüm bulunamaması durumunda, Kısım XV, bölüm 2’de belirtilen zorunlu usul yürürlüğe girer.<sup>435</sup> Bir Devlet, Sözleşmeyi imzalaması, onaylaması veya katılmasını takiben veya sonrasında herhangi bir zamanda, aşağıdaki uyuşmazlık çözüm yollarından birini seçebilir: Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi,<sup>436</sup> Uluslararası Adalet Divanı,<sup>437</sup> Ek VII’te yer alan tahkim mahkemesi<sup>438</sup> veya özel uyuşmazlıklar için Ek VIII’de yer alan özel tahkim mahkemesi.<sup>439</sup>

Tarafların serbestçe seçebildikleri çözüm sürecinin yokluğunda, uyuşmazlığı bu mekanizmalardan birine götürme yükümlülüğünde bazı istisnalar bulunmaktadır. Madde

<sup>431</sup> Örneğin bkz., Tanaka, *International Law of the Sea*, Bölüm 13; Rothwell ve Stephens, *International Law of the Sea*, Bölüm 18; N. Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*, Cambridge, 2005; J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 5. Baskı, Cambridge, 2011, Bölüm 8; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 19; J. Collier ve A. V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford, 1999, Bölüm 5; A. E. Boyle, ‘Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction’, 46 ICLQ, 1997, s. 37; R. Ranjeva, ‘Le Reglement des Differends’, *Traite du Nouveau Droit de la Mer* (ed. R. J. Dupuy ve D. Vignes), Paris, 1985, s. 1105; J. S. Queneudec, ‘Le Choix des Procdures de Reglement des Differends selon la Convention des NU sur le Droit de la Mer’ in *Melanges Virally*, Paris, 1991, s. 383 ve A. O. Adede, *The System for the Settlement of Disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea*, Dordrecht, 1987. Ayrıca bkz., B.H. Oxman, ‘Courts and Tribunals: The ICJ, ITLOS and Arbitral Tribunals’, *Oxford Handbook on the Law of the Sea*, s. 394.

<sup>432</sup> Bkz., aşağıda 18. Bölüm.

<sup>433</sup> Madde 280.

<sup>434</sup> Bkz., Ek V, Bölüm 1.

<sup>435</sup> Bkz., madde 286 ve 287.

<sup>436</sup> Ek VI.

<sup>437</sup> Bkz., aşağıda 19. Bölüm.

<sup>438</sup> Bu prosedür hem devletler hem de Avrupa Birliği gibi uluslararası kuruluşlarla ilgili olan uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Beş kişilik hakem mahkemesi her taraf devletin aday olarak gösterdiği dörder kişilik heyet arasından seçilir. Ek VII kapsamında gerçekleştirilen hakemlikler arasında şu davalar yer almaktadır: *Australia and New Zealand v. Japan (Southern Bluefin Tuna)*, Award of 4 August 2000, 119 ILR, s. 508; *Ireland v. UK (Mox)* 126 ILR, ss. 257 vd. ve 310 vd.; *Barbados v. Trinidad and Tobago*, Award of 11 April 2006 ve *Guyana v. Suriname*, Award of 17 September 2007. Ek VII hakemliklerinin yakın zamandaki örnekleri şunları içermektedir: *Bangladesh v India*, (Award of 7 July 2014); *Mauritius v UK*, (Award of 18 March 2015); *Netherlands v Russia (Arctic Sunrise)*, (Award of 14 August 2015) ve *Philippines v China*, (Award of 12 July 2016). Bu kararlar Daimi Tahkim Mahkemesi’nin sitesinde bulunabilir. Bkz., [www.pca-cpa.org](http://www.pca-cpa.org). Ek VII uyarınca 16 Eylül 2016 tarihinde Ukrayna tarafından Rusya’ya karşı tahkim işlemlerinin başlatılması için bkz., <http://mfa.gov.ua/en/press-center/comments/6313-statement-of-the-ministry-of-foreign-affairs-of-ukraine-on-the-initiation-of-arbitration-against-the-russian-federation-under-the-united-nations-convention-on-the-law-of-the-sea>

<sup>439</sup> Diğer bir deyişle, gemilerden kaynaklanan kirlilik ve boşaltım da dahil olmak üzere, balıkçılık, deniz çevresinin korunması ve muhafaza edilmesi, bilimsel deniz araştırmaları veya seyrüsefer. Bkz., Ek VIII. Atama süreci Ek VII’de belirtilen durumlardan kısmen farklıdır.

297 (1), bir kıyı devletinin egemen hakları veya münhasır ekonomik bölgedeki yargı yetkileri kullanması ile ilgili uyuşmazlıkların, yalnızca belirli durumlarda zorunlu olan uzlaştırma prosedürüne tabi olduğunu belirtmektedir.<sup>440</sup> 297 (2). madde denizlerdeki bilimsel araştırmalar ile ilgili uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 2. bölümüne uygun olarak çözülmesini öngörürken, kıyı devletinin kıyı bölgelerindeki haklarını uygulamasından ya da ekonomik bölgede veya kıta sahanlığında deniz ile ilgili bilimsel araştırmalarını düzenleme, yetkilendirme ve yürütme hakkını kullanmasından veya böyle bir araştırmanın durdurulması kararından kaynaklanan herhangi bir anlaşmazlığı, bu zorunlu çözüm mekanizmasına götürmek zorunda değildir.<sup>441</sup> 297(3). madde benzer bir biçimde balıkçılık ile ilgili genel uyuşmazlıkların 2. bölüm uyarınca çözülmesi gerektiğini belirtmekte, ancak kıyı devletinin münhasır ekonomik bölgedeki canlı kaynaklara ilişkin egemen haklarına veya avlanabilecek miktar için takdir yetkisi, kendisinin avlanma kapasitesi, fazlalıkların diğer devletlere tahsis edilmesi ve koruma ve yönetim kuralları ve düzenlemelerinde belirlenen şartlar ve koşullar da dahil olmak üzere, bu hakların uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkları, bu tür çözüme götürmek zorunda olmadığı vurgulanmaktadır.<sup>442</sup> Hangi devletlerin zorunlu uzlaşma usullerinden vazgeçebileceği konusunda üç durum bulunmaktadır.<sup>443</sup>

Sözleşme, aynı zamanda, 187. madde uyarınca Derin Deniz Yatağı ve Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi ilgili konularda yetkiye sahip olacak bir Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Deniz Yatağı Uyuşmazlığı Dairesi<sup>444</sup> öngörmektedir. 188. maddeye göre, uluslararası deniz yatağının işletilmesine ilişkin devletler arasındaki anlaşmazlıklar yalnızca Deniz Yatağı Uyuşmazlığı Dairesi'ne sunulacaktır.

Ortaya çıkan bir sorun, 1982 tarihli Deniz Hukuku Sözleşmesi de dahil olmak üzere bir veya daha fazla antlaşmaya ilişkin bir uyuşmazlığın ortaya çıkması ve uyuşmazlığın çözümü üzerine bunun bir etkisi olmasıdır. Bir tarafta Avustralya ve Yeni Zelanda, diğer tarafta Japonya'nın yer aldığı *Güney Orkinos* davasında,<sup>445</sup> tahkim mahkemesi, bağlayıcı güce sahip bir çözüm için uyuşmazlığın tüm taraflarının rızasını gerektiren 1993 Güney Orkinosunun Korunması Sözleşmesi'nin etkisini incelemek zorunda kalmıştır. Bununla birlikte, bu devletler aynı zamanda yüksek oranda göçmen balık stoklarına (güney orkinosu dahil) ilişkin zorunlu tahkime işaret eden hükümler içeren 1982 Sözleşmesi'nin taraflarıydı.<sup>446</sup> Taraflar, 1993 Sözleşmesi ile kurulan Komisyon içerisinde anlaşmaya varamamışlar ve başvuranlar, 1982 Sözleşmesi'nin zorunlu tahkim hükümlerini işletmişlerdir. Uluslararası

<sup>440</sup> Yani, bir kıyı devletinin, seyrüsefer, uçuş, denizaltı kablolarının ve petrol boruları döşenmesi serbestisi ile ilgili veya 58. maddede belirtilen denizin diğer hukuki kullanımı konusunda Sözleşme hükümlerine aykırı hareket ettiği; veya diğer uluslararası geçerliliği olan kullanımlarla ilgili olduğu iddiasıyla ilgili olarak; veya bir devletin bu özgürlükleri ve hakları kullanırken Sözleşme'ye veya Sözleşme ve Sözleşmeye aykırı olmayan diğer uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak kıyı devleti tarafından kabul edilen kanun ve kurallara aykırı davrandığı iddia edildiğinde; veya bir kıyı devletinin kendisi için geçerli olan ve Sözleşme veya bir yetkili uluslararası kuruluş edildiğinde veya Sözleşmeye uygun diplomatik konferans vasıtasıyla kurulan veya deniz çevresinin korunması ve korunması için belirtilen uluslararası kural ve standartlara aykırı hareket ettiği iddia edildiğinde.

<sup>441</sup> Böyle bir durumda, uzlaşma komisyonu kıyı devletinin 246. maddenin 6. fıkrasında bahsi geçen belirli alanları belirlemek üzere takdir yetkisini veya 246. maddenin 5. fıkrası uyarınca rızasına ilişkin takdir yetkisini saklı tutmasına gölge düşürmemek kaydıyla, uyuşmazlık, Ek V, Bölüm 2 uyarınca zorunlu uzlaşma hükümlerine sunulacaktır.

<sup>442</sup> Böyle bir durumda, belirli durumlarda uyuşmazlık, Ek V, Bölüm 2 uyarınca zorunlu uzlaştırma hükümlerine sunulacaktır: Daha fazlası için bkz., madde 297(3)(b).

<sup>443</sup> Tarihi suların sınırlandırılması ve bu sulara ilişkin taleplerle ilgili uyuşmazlıklar; askeri ve kanun uygulama faaliyetleri ile ilgili uyuşmazlıklar ve Güvenlik Konseyi'nin görevlerini yerine getirmesi konusundaki uyuşmazlıklar: Bkz madde 298(1).

<sup>444</sup> Bkz., Ek VI, Bölüm 4.

<sup>445</sup> 119 ILR, s. 508.

<sup>446</sup> Bkz., Kısım XV ve Ek VII.



Deniz Hukuku Mahkemesi geçici tedbirleri işaret etmiş<sup>447</sup> ve konu hakemliğe intikal etmiştir. Japonya, uyuşmazlığın 1993 Sözleşmesi'ne tabi olduğunu ve uzlaşma usullerinin uygulanabileceğini,<sup>448</sup> 1982 Sözleşmesi uyarınca zorunlu usullerin uygulanmaması gerektiğini savunmuştur. Mahkeme, uyuşmazlığın her iki Sözleşme'de de ortak olduğunu ve yalnızca bir anlaşmazlık olduğunu belirtmiştir. 1982 Sözleşmesi'nin 281(1). maddesi, taraflarca kabul edilen usullerin öncelikli olarak esas alınmasını öngörmektedir, bu sayede 1982 Sözleşmesi'nin hükümleri, ancak taraflarca kararlaştırılan diğer yollarla çözümün sağlanamaması durumunda uygulanır ve taraflar arasında yapılan anlaşma ilave usulleri dışlamaz. 1993 Sözleşmesi'nin 16. maddesi, taraflarca üzerinde anlaşmaya varılan usuller kapsamına girdiğinden ve dolayısıyla 281(1). madde kapsamında yer aldığından, 16. maddenin amacı ve dolayısıyla sonucu, bu hüküm altındaki işlemleri 1982 Sözleşmesi'nin zorunlu usullerinden erişiminden uzaklaştırmaktır.<sup>449</sup> Buna göre, 1982 Sözleşmesi'nin zorunlu usullerinin ne derece uygulandığı, koşullara ve özellikle taraflar arasındaki barışçıl uzlaşma ile ilgili diğer anlaşmaların varlığına ve niteliğine bağlıdır.<sup>450</sup>

1982 Sözleşmesi'nin dışında kalan devletler, uyuşmazlıkları çözmek için müzakereler, soruşturma,<sup>451</sup> uzlaşma<sup>452</sup> ve tahkim<sup>453</sup> yollarını kabul edebilirken, konuyu Uluslararası Adalet Divanı'na<sup>454</sup> da götürebilirler.

#### Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi<sup>455</sup>

Mahkeme, Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin XV. Kısmı uyarınca uyuşmazlıkların çözüm mekanizmalarından biri olarak kurulmuştur. Mahkeme Statüsü,<sup>456</sup> mahkemenin adalet ve dürüstlük konusunda itibar sahibi ve deniz hukuku alanında tanınmış yeterliliklere sahip yirmi bir bağımsız üyeden oluşmasını belirtmekte ve dünyanın başlıca hukuk sistemlerinin temsil edilmesini ve adil coğrafi dağılımın sağlanmasını öngörmektedir.<sup>457</sup> Hakimler, Sözleşme'ye taraf devletlerce dokuz yıllığına seçilirler.<sup>458</sup> Statü ayrıca *ad hoc* hakim atanmasına

<sup>447</sup> 117 ILR, s. 148. Uluslararası Mahkeme hakemlik çağrısında bulunmuş ve sonraki mahkemenin *prima facie* yargı yetkisine sahip olacağını belirtmiştir.

<sup>448</sup> Bkz., Sözleşmenin 136. maddesi.

<sup>449</sup> Bkz., 119 ILR, ss. 549–52.

<sup>450</sup> Ayrıca bkz., B. Oxman, 'Complementary Agreements and Compulsory Jurisdiction', 95 AJIL, 2001, s. 277. İrlanda ile İngiltere arasında Mox davasında Sözleşme'nin VII. Ekinde uyarınca kurulan Tahkim Mahkemesi, Sözleşmenin ilgili hükümlerinin Avrupa Topluluğu veya üye devletlerin yetkisinde olup olmadığına dair belirsizlik nedeniyle 13 Haziran 2003'te duruşmaları ertelemiştir, bkz., Order No. 3 of 24 June 2003 ve Order No. 4 of 14 November 2003, 126 ILR, ss. 257 vd. ve 310 vd. Ayrıca bkz., Avrupa Adalet Divanının 30 Mayıs 2006 tarihli kararı, Case C-459/03, *Commission v. Ireland*.

<sup>451</sup> Örneğin *Red Crusader* vakası, 35 ILR, s. 485. Bu mekanizmalarla ilgili daha fazla bilgi için bkz., aşağıda Bölüm 17 ve 18.

<sup>452</sup> Örneğin *Jan Mayen Island Continental Shelf* uyuşmazlığı, 20 ILM, 1981, s. 797; 62 ILR, s. 108.

<sup>453</sup> Örneğin *Anglo-French Continental Shelf* davası, Cmnd 7438; 54 ILR, s. 6.

<sup>454</sup> Örneğin the *Anglo-Norwegian Fisheries* davası, ICJ Reports, 1951, s. 116; 18 ILR, s. 84; the *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, s. 16; 41 ILR, s. 29 ve bu bölümde diğerlerine atıf yapılmıştır.

<sup>455</sup> Örneğin bkz., M.G. García-Revilla, *The Contentious and Advisory Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea*, The Hague, 2015; P. C. Rao ve R. Khan, *The International Tribunal for the Law of the Sea: Law and Practice*, The Hague, 2001; S. C. Rao ve S. Gautier, *Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea: A Commentary*, The Hague, 2006; M. M. Marsit, *Le Tribunal du Droit de la Mer*, Paris, 1999; A. E. Boyle, 'The International Tribunal for the Law of the Sea and the Settlement of Disputes' in *The Changing World of International Law in the 21<sup>st</sup> Century* (ed. J. Norton, M. Andenas ve M. Footer), The Hague, 1998; D. Anderson, 'The International Tribunal for the Law of the Sea', in *Remedies in International Law* (ed. M. D. Evans ve S. V. Konstantidis), Oxford, 1998, s. 71; J. Collier ve V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford, 1999, Bölüm 5; Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, Bölüm 19; Merrills, *International Dispute Settlement*, Bölüm 8 ve G. Eiriksson, *The International Tribunal for the Law of the Sea*, The Hague, 2000. Ayrıca bkz., www.itlos.org.

<sup>456</sup> Sözleşmenin VI nolu Eki.

<sup>457</sup> Statünün 2. Maddesi. Mahkemenin teşkili için seçilmiş 11 üyeye ihtiyaç vardır, madde 13.

<sup>458</sup> Madde 5.

izin verir. 17. madde uyarınca uyuşmazlığın taraflarından birinin vatandaşının Mahkemede bulunması durumunda, uyuşmazlığa taraf diğer devletin Mahkeme üyesi olarak birini seçebileceğini öngörmektedir. Bir uyuşmazlıkta tarafların hiçbirinin Mahkemede kendi vatandaşının yer almaması durumunda taraflar Mahkeme üyesi olarak yer alacak bir kişi seçebilirler.<sup>459</sup> Mahkeme ayrıca, bir tarafın talebi üzerine veya kendi isteğiyle, ikiden az olmamak kaydıyla ve oy kullanma hakları olmaksızın bilimsel veya teknik konularda uzmanlar seçmeye karar verebilir.<sup>460</sup>

Hamburg'da bulunan Mahkeme, Uluslararası Deniz Yatağı Alanı ile ilgili olarak, Sözleşme'nin taraflarına<sup>461</sup> ve Sözleşme'nin XI. bölümüne uygun olarak taraflar dışındaki birimlerine; Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi, devlet teşebbüsleri ve belirli koşullar altındaki özel ve tüzel kişilere<sup>462</sup> açıktır. Bu nedenle, davanın taraflarınca kabul edilmiş ve Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıyan herhangi bir anlaşmaya istinaden sunulan davalar Mahkeme tarafından görülebilir.<sup>463</sup> Mahkeme'nin yargı yetkisi, Sözleşme'ye uygun olarak sunulan tüm uyuşmazlıkları ve tüm başvuruları ve Mahkeme'ye yargı yetkisi veren diğer tüm anlaşmalarda öngörülen tüm konuları kapsar.<sup>464</sup> Sözleşme'nin hükümleri ve Uluslararası Sözleşmeye aykırı olmayan diğer kurallar, Mahkemenin yürürlükteki yasalarını oluşturmaktadır.<sup>465</sup> Ayrıca Mahkeme'ye, 2009 tarihli Mahkeme Kuralları'nın 138. maddesi uyarınca, 'Sözleşme'nin amaçları ile alakalı bir uluslararası antlaşma' tarafından öngörülmesi halinde, hukuki bir soruna ilişkin istişari görüş verme yetkisi tanınmıştır. Mahkeme'nin ilk istişari görüşü, bir Batı Afrika bölgesel balıkçılık örgütü olan Bölge Altı Balıkçılık Komisyonu'nun talebi üzerine, bayrak devletlerinin hukuka aykırı, kayıtlı olmayan ve düzenlenmemiş balıkçılık faaliyetlerinin üçüncü taraf devletlerin münhasır ekonomik bölgelerinde gerçekleşmesine ilişkin olarak 2 Nisan 2015 tarihinde verilmiştir.<sup>466</sup> Statü'nün 15(1). maddesi uyarınca Mahkeme, belirli türdeki uyuşmazlık kategorilerini değerlendirmek için gerekli görmesi halinde, üç veya daha fazla seçilmiş üyesinden oluşan özel daireler kurabilir. 15(2). madde uyarınca, tarafların talebi halinde, Mahkeme belirli bir uyuşmazlıkla ilgilenmek üzere bu tür bir daire oluşturmalıdır ve dairenin kompozisyonu tarafların uygun görmesi üzerine Mahkeme tarafından belirlenir.<sup>467</sup>

Sözleşme'nin XI. Kısmı, 5. Bölümü'ne ve Statü'nün 14. maddesine uygun olarak, uluslararası deniz yatağı alanındaki faaliyetlerle ilgili uyuşmazlıkları görüşmek üzere, Mahkemenin Deniz Yatağı Uyuşmazlığı Dairesi kurulmuştur. Daire, eşit coğrafi dağılımla dünyanın

<sup>459</sup> Ayrıca bkz., Mahkeme Mevzuatının 8., 9. ve 18-22 maddeleri. (2001 Mart ve Eylül Değişikliği). Mevzuatın 22. maddesi uyarınca, devlet dışı bir kurum belirli koşullarda *ad hoc* hakim seçebilir.

<sup>460</sup> Sözleşme'nin 289. maddesi ve Mevzuatın 15. maddesi.

<sup>461</sup> Sözleşme'nin 292(1). maddesi ve Statü'nün 20(1). maddesi. Bu Avrupa Birliğini de kapsayabilir: Bkz., Sözleşme'nin 1(2). maddesi.

<sup>462</sup> Ayrıca özellikle bkz., Sözleşmenin 153 ve 187 maddeleri. Ayrıca bkz., A. Serdy, 'Bringing Taiwan into the International Fisheries Fold: The Legal Personality of a Fishing Entity', 75 BYIL, 2004, s. 183.

<sup>463</sup> Statü'nün 20(2) maddesi. *M/V Louisa (Saint Vincent ve the Grenadines v Spain)* davasında, Mahkeme, Taraf Devletlerin Sözleşme'nin 287. maddesi uyarınca farklı kapsamda beyanlarda bulunmaları halinde, iki tarafın uyuşmazlığa neden olan bildirimlerin içeriğinin aynı olduğu ölçüde yargı yetkisine sahip olduğunu beyan etmiştir. 28 Mayıs 2013 tarihli karar, para. 81-2, the Tribunal [www.itlos.org/index.php?id=148](http://www.itlos.org/index.php?id=148).

<sup>464</sup> Madde 21. Denize ilişkin kuralları kapsayan ve yürürlükte olan bir anlaşmaya taraf devletler, bu anlaşmanın yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklarını fikir birliğine sahip olmaları halinde Mahkemeye taşıyabilirler, madde 22.

<sup>465</sup> Sözleşme'nin 293. maddesi ve Statü'nün 23. maddesi

<sup>466</sup> Bkz., 2012 tarihli Convention on the Determination of the Minimal Conditions for Access and Exploitation of Marine Resources within the Maritime Areas under Jurisdiction of the Member States of the Sub-Regional Fisheries Commission. Ayrıca bkz., [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.21/advosry\\_opinion/C21\\_AdvOp\\_02.04.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.21/advosry_opinion/C21_AdvOp_02.04.pdf).

<sup>467</sup> Örneğin bkz., *Maritime Delimitation (Ghana v Côte D'Ivoire)*, Provisional Measures Order of 25 April 2015. Bu davada tarafların talebi üzerine böyle bir daire tesis edilmiştir.

başlıca hukuk sistemlerini temsil eden on bir hakimden oluşmaktadır.<sup>468</sup> Uyuşmazlığın bir tarafı talep ettiği takdirde, üç jüri üyesinden oluşan geçici daireler kurulabilir. Geçici dairenin bileşimi anlaşmazlık taraflarının onayı ile Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi tarafından belirlenir.<sup>469</sup> Daire, Sözleşmeyi ve Sözleşmeye aykırı olmayan diğer uluslararası hukuk kurallarını<sup>470</sup> uygular. Bunlarla birlikte ayrıca Sözleşmeye uygun olarak kabul edilen Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi kurallarını, düzenlemelerini ve usullerini ve Uluslararası Deniz Yatağı Alanı ile ilgili faaliyetlere ilişkin sözleşme hükümlerini uygular.<sup>471</sup> Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi, Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi Meclisi ya da Konseyi tarafından talep edilmesi halinde ilgili faaliyetler çerçevesinde ortaya çıkan hukuki sorunlara ilişkin istişari görüş verme yetkisine sahiptir ve bu görüşler ivedilikle verilmelidir.<sup>472</sup> Buna ek olarak, Mahkeme gerekli gördüğü hallerde üç veya daha fazla kişiden oluşan daireler<sup>473</sup> ve beş kişilik bir Özet (Yazım) Usulü Dairesi oluşturabilir.<sup>474</sup>

Mahkeme<sup>475</sup> ve Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi, Sözleşme'nin 290. maddesi uyarınca geçici tedbirler belirleme yetkisine sahiptir.<sup>476</sup> 290. madde, diğer hususların yanı sıra, bir anlaşmazlığın Mahkeme'ye uygun şekilde sunulması halinde, tarafların uyuşmazlığa ilişkin haklarını korumak veya deniz çevresinin nihai karar beklenirken ciddi zarar görmesini önlemek için öncelikle, Mahkemenin yargı yetkisine sahip olduğunu değerlendirir ve belirli şartlar altında uygun görülen geçici tedbirlerin uygulanmasını öngörür.<sup>477</sup> 'Uyuşmazlığın taraflarına telafisi imkansız zarara yol açılabileceğine dair gerçek ve muhakkak bir risk' mevcut olmadıkça' bu tür geçici önlemlere karar verilemez.<sup>478</sup> Bu önlemler onları haklı kılan şartlar değiştiğinde veya varlıkları sona erdiğinde değiştirilebilir veya iptal edilebilir. Dahası, Mahkeme veya Uluslararası Deniz Yatağı Alanındaki faaliyetlerle ilgili olarak, Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi, kurulacak olan mahkemenin öncelikle yargı yetkisine sahip olacağını değerlendirirse ve durumun aciliyet arz

<sup>468</sup> Bkz., madde 35. Daire taraf devletlere Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesine ve Sözleşme'nin XI. Kısım 5. Bölümünde belirtilen diğer kurumlara açık olacaktır. *Ad hoc* hakimler seçilebilecektir: Bkz., Mevzuatın madde 23-5.

<sup>469</sup> Sözleşmenin 187. ve 188. maddeleri ve Statünün 36. maddesi. Ayrıca bkz., Mevzuatın 27. Maddesi.

<sup>470</sup> Sözleşmenin 293. maddesi.

<sup>471</sup> Statünün 38. Maddesi. Deniz Yatağı Dairesi kararları, topraklarında uygulama talep edilen taraf devletlerin en yüksek mahkemesinin kararları veya emirleri ile aynı şekilde, taraf devletlerin topraklarında uygulanabilir olacaktır, madde 39. Dairenin önündeki çekişmeli davalardaki prosedürel konulara ilişkin Mevzuatın 115-23. Maddeleri.

<sup>472</sup> Bkz., madde 159(10) ve 191. Ayrıca bkz., Mevzuatın 130-7 maddeleri. Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi, Uluslararası Deniz Yatağı Sahası'ndaki faaliyetlerin desteklenmesi bakımından taraf devletlerin hukuki sorumlulukları ve yükümlülüklerine ilişkin olarak Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi Meclisi'nin talebi üzerine ilk istişari görüşünü 1 Şubat 2011 tarihinde vermiştir. Bkz., ITLOS Reports 2011, s. 10. Ayrıca bkz., D. Free-stone, 'Advisory Opinion of the Sea-bed Disputes Chamber of International Tribunal for the Law of the Sea on "Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area"', 105 AJIL, 2011, s. 755.

<sup>473</sup> Bkz., madde 15(1). Bu hüküm uyarınca Balıkçılık Uyuşmazlıkları Dairesi (1997), Deniz Çevresi Uyuşmazlıkları Dairesi (1997) ve Deniz Alanı Sınırlandırılması Uyuşmazlıkları Dairesi (2007) kurulmuştur. Madde 15(2) uyarınca tarafların arzu etmesi halinde Mahkeme, belirli bir anlaşmazlık ile ilgilenilmesi için bir daire oluşturabilir. Şili ile Avrupa Topluluğu arasındaki *Swordfish* Stocks uyuşmazlığı ile ilgilenebilmek için Aralık 2000 tarihinde bir daire oluşturulmuştur. Ayrıca bkz., Mevzuatın 29. ve 30. Maddeleri.

<sup>474</sup> Madde 15(3). Bunlar Mahkeme tam sayı ile toplantı gerçekleştirmediğinde hızlandırılmış prosedür ve geçici tedbir uygulamalarına dayanarak dava görebilirler.

<sup>475</sup> Ayrıca bkz., İç Hukuk Uygulamasına İlişkin Karar, 31 October 1997, ve Mevzuatın 40-2 maddeleri.

<sup>476</sup> Statünün 25(1). Maddesi. Ayrıca bkz., Mevzuatın 89-95. Maddeleri. Örneğin bkz., S. Rosenne, *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, The Hague, 2004.

<sup>477</sup> Örneğin bkz., *Arctic Sunrise (Netherlands v. Russia)* davası, Order of 22 November 2013. Burada kefalet ödenmesi durumunda gemi ve gemi içindeki şahısların salıverilmesi yönünde bir çağrı yapılmıştır. [www.itlos.org/index.php?id=264](http://www.itlos.org/index.php?id=264)

<sup>478</sup> Bkz., *M/V 'Louisa' (Saint Vincent and the Grenadines v Spain)*, *Provisional Measures*, Order of 23 December 2010, para. 72 ve *Maritime Delimitation (Ghana v Côte D'Ivoire)*, *Provisional Measures* Order of 25 April 2015, para. 41.

ettiğine kanaat getirir ise, geçici tedbirler önerebilir, bunları değiştirebilir veya iptal edebilir. Bir kez kurulduktan sonra, uyuşmazlığın götürüldüğü mahkeme, bu geçici tedbirleri değiştirebilir, iptal edebilir veya kabul edebilir. Sözleşme ayrıca geçici tedbirlerin bağlayıcı olduğunu ve 290. madde uyarınca, emredilen geçici önlemlerinin uyuşmazlık taraflarınca derhal yerine getirmesinin şart koşulduğunu açıkça ortaya koymaktadır.<sup>479</sup> *Southern Bluefin Tuna* davası<sup>480</sup> uyuşmazlığın sunulduğu tahkim mahkemesinin kurulması beklenirken geçici tedbir alınmasına ilişkin olan Uluslararası Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 290(5). maddesinin uygulandığı ilk davadır. Mahkeme, dolayısıyla, öncelikle tahkim mahkemesinin yetkiye sahip olduğuna kanaat getirmelidir.<sup>481</sup> Böylece Mahkeme, söz konusu olan yıllık balık avlanması sınırlandırılmasının ölçülmesini de içeren tedbirleri almıştır.<sup>482</sup> Konu daha sonra tahkime gitmiştir.<sup>483</sup>

Bir tarafın Mahkemeye çıkmaması halinde, diğer taraf, Mahkemenin duruşmaları devam ettirmesini ve bir karara varmasını talep edebilir.<sup>484</sup> Bunu yapmadan önce, Mahkeme kendisinin yalnızca yargı yetkisine sahip olduğundan değil, aynı zamanda iddianın fiilen ve hukuken haklı nedenlere dayandığından emin olmalıdır.<sup>485</sup> Bir taraf, karşı tarafın iddia konusuyla doğrudan ilgili olması ve Mahkeme'nin yargı yetkisi dahilinde olması koşuluyla, cevap dilekçesi dahilinde bir karşı dava açabilir.<sup>486</sup> Statü, bir tarafın herhangi bir uyuşmazlık kararından etkilenebilecek hukuki bir menfaate sahip olduğuna karar vermesi durumunda üçüncü bir tarafın davaya katılabilmesini öngörmektedir. Bu talep üzerine, karar Mahkeme tarafından verilir ve eğer böyle bir hak verilirse, Mahkemenin uyuşmazlık ile ilgili vereceği karar, davaya katılan üçüncü taraf devletin bu istekte bulunmasına neden olan konulara ilişkin hususlarda bu devlet üzerinde bağlayıcı olacaktır.<sup>487</sup> Bu, Uluslararası Adalet Divanı'nın muadil hükmünden farklıdır ve bu nedenle taraf olmayanların müdahil olabilmeleri uygun görülmemektedir.<sup>488</sup> Bununla birlikte, Sözleşme'nin yorumlanması veya uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda müdahale etme hakkı bulunmaktadır.<sup>489</sup> Mahkeme kararları nihaidir ve uyuşmazlığın tarafları için bağlayıcıdır.<sup>490</sup>

Mahkeme, 1997'deki ilk davasından bu yana bir dizi davaya bakmıştır. Bu davaların çoğu, Sözleşme'nin 292. maddesi ile ilgilidir. 292. maddeye göre, taraf devletlerden birisi başka bir taraf devletin bayrağını taşıyan bir gemiye el koyarsa ve bu devletin Sözleşme'nin makul bir tazminat ya da diğer mali güvence karşılığında geminin derhal serbest bırakılmasına ilişkin hükümlerine uymadığı ileri sürülürse, serbest bırakılma sorunu Mahkeme'ye götürülebilir.<sup>491</sup>

<sup>479</sup> Bkz., Sözleşmenin 290(6). maddesi. Mevzuatın 95(1). maddesi herbir tarafın öngörülen geçici önlemlere uyma konusundaki rapor ve bilgiyi Mahkemeye sunması gerektiğini belirtmektedir.,

<sup>480</sup> Case Nos. 3 ve 4, Order of 27 August 1999. Bkz., 117 ILR, s. 148.

<sup>481</sup> Bkz., the Order, para. 40 vd.; 117 ILR, ss. 148, 160.

<sup>482</sup> Örnek olarak bkz., R. Churchill, 'The Southern Bluefin Tuna Cases', 49 ICLQ, 2000, s. 979, ve B. Kwiatkowska, 'The Southern Bluefin Tuna Cases', 15 *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2000, s. 1 ve 94 AJIL, 2000, s. 150.

<sup>483</sup> 119 ILR, s. 508. Örneğin bkz., A. E. Boyle, 'The Southern Bluefin Tuna Arbitration', 50 ICLQ, 2001, s. 447.

<sup>484</sup> Genel olarak, Mahkeme usulüne ilişkin Mevzuatın III. Bölümü'üne bakınız. Ön soruşturmalar ve ön itirazlar konusunda bkz., Sözleşmenin 294. maddesi ve Mevzuatın 96. ve 97. maddeleri.

<sup>485</sup> Madde 28. Örneğin bkz., *Arctic Sunrise (Netherlands v. Russia)* davası, Rusya'nın mahkemeye çıkmaması üzerine, Order of 22 November 2013, www.itlos.org/index.php?id=264

<sup>486</sup> Bkz., Mevzuatın 98. maddesi.

<sup>487</sup> Madde 31. Ayrıca bkz., Mevzuatın 99-104 maddeleri

<sup>488</sup> Bkz., aşağıda 18. Bölüm

<sup>489</sup> Madde 32.

<sup>490</sup> Madde 33. Kararın anlamı veya kapsamı ile ilgili bir anlaşmazlık olması durumunda, Mahkeme herhangi bir tarafın talebi üzerine yorumlayacaktır. Ayrıca bkz., Mevzuatın 126-9 maddeleri.

<sup>491</sup> Örneğin bkz., Y. Tanaka, 'Prompt Release in the United Nations Convention on the Law of the Sea: Some Reflections on the Itlos Jurisprudence', 51 NILR, 2004, s. 237 ve D. R. Rothwell ve T. Stephens, 'Illegal Southern Ocean Fishing and Prompt Release: Balancing Coastal and Flag State Rights and Interests', 53 ICLQ, 2004, s. 171. Ayrıca örneğin bkz., *Arctic Sunrise (Netherlands v. Russia)* davası, Order of 22 November 2013, www.itlos.org/index.php?id=264.

Örneğin *Camouco* davasında,<sup>492</sup> Mahkeme maddenin kapsamını tartışmış ve iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğine farklı bir yorum getirmenin mantıklı olmayacağı kararına varmıştır. 292. madde, bağımsız bir iç hukuk öngörmektedir ve bu maddenin konusu ve amacını engelleyecek şekilde bir yorum getirilerek bu madde sınırlandırılmamalıdır.<sup>493</sup>

Mahkeme, *Volga* davasında 292. maddenin ihlal edildiğine karar vermiş ve söz konusu geminin serbest bırakılmasına ilişkin tazminatın, mali durum açısından makul olmakla birlikte, gemi izleme sistemi taşıyan gemi (VMS) ve geminin sahibi hakkında bilgi sunulması konusunda davalı tarafından belirlenen mali olmayan koşullar, Sözleşme'nin 292. maddesi uyarınca tazminat veya diğer mali güvence unsurları olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca, gemiye el konulmasıyla ilgili koşulların, 292. maddenin ihlal edildiği düşüncesiyle ilişkili olmadığı değerlendirilirken, avla ilgili işlemlerin tazminat meselesi ile ilgisi olmadığına karar verilmiştir.<sup>494</sup> *Hoshinmaru (Japonya v. Rusya)* davasında Mahkeme, bu koşullar altında ne gemi sahibine ya da kaptana uygulanabilecek azami cezalar temelinde, ne de geminin haczi temelinde de tazminat bedelinin belirlenmesinin makul olacağına karar vermiştir. Geminin salıverilmesi için makul tazminatın belirlenmesi ile ilgili Mahkeme, tazminat miktarının itham edilen suçların büyüklüğü ile orantılı olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>495</sup>

*Mox* davasında<sup>496</sup>, taraflar (İrlanda ve Birleşik Krallık) 290(5). madde çerçevesindeki geçici tedbir aşamasında Mahkeme huzuruna çıkmışlar, daha sonra esasa müteallik hakemlik mahkemesine geçmişlerdir. Mahkeme geçici önlem kararı almış ve bu çerçevede taraflara, Mox nükleer tesisinin kurulmasının İrlanda Denizi'ndeki olası etkileri hakkında bilgi alışverişinde bulunmak, tesisin çalışmasında kaynaklı etki ve riskleri gözlemlemek ve uygun durumlarda, tesisinin faaliyetleri sonucu ortaya çıkabilecek deniz çevresinin kirlenmesini önlemek için tedbir alma yükümlülüğü getirmiştir. Bu şekilde davranarak Mahkeme, Birleşik Krallık tarafından diğerlerinin yanı sıra radyoaktif materyallerin ulaştırılması konusunda yapılan açıklamaları özellikle vurgulamış ve Mahkeme bu açıklamaları 'kayıtlara geçen' bir 'teminat' olarak değerlendirmiştir.<sup>497</sup>

*Saiga (No.2) (Saint Vincent ve Grenadines v. Gine)* davasında,<sup>498</sup> Mahkeme o tarihe kadar aldığı en önemli kararı almıştır.<sup>499</sup> Gümrük yetkilerinin münhasır ekonomik bölgeye genişletilmesinin kabul edilebilirliği, Uluslararası Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 11. maddesine uygun olarak sıcak takip hakkının destekleyen kurallar, kuvvet kullanımının ve geminin tescil edilmesinin ve 'hakiki bağ' ihtiyacı konularının kabul edilebilirliği<sup>500</sup> kararda değinilen konular arasındadır.

Mahkemenin, *Grand Prince* davasında<sup>501</sup> hemen salıvermenin uygulanmasına ilişkin kararı, yetkiye ve özellikle Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 91. maddesi uyarınca gemilerin uyrukluklarına ilişkin gerekliliklerin yerine getirilip getirilmediğine odaklanmaktadır.<sup>502</sup> Mahkeme, UAD gibi, davayı ele alma yetkisine sahip olduğunu ve bu nedenle, taraflarca açık bir şekilde ortaya atılmış olsun olmasın, davayı yargı yetkisinin tüm yönleriyle ele

<sup>492</sup> Case No. 5, judgment of 7 February 2000. Bkz., 125 ILR, s. 164.

<sup>493</sup> *A.g.e.*, para. 57 ve 58.

<sup>494</sup> 126 ILR, s. 433. Derhal salıverilme konusu ile ilgili ayrıca bkz., *Juno Trader* 128 ILR, s. 267.

<sup>495</sup> 6 Ağustos 2007 tarihli karar.

<sup>496</sup> Case No. 10, Order of 3 December 2001. Bkz., 126 ILR, ss. 257 vd. ve 310 vd.

<sup>497</sup> *A.g.e.*, para. 78–80.

<sup>498</sup> Case No. 2, Judgment of 1 Temmuz 1999. Bkz., 120 ILR, s. 143.

<sup>499</sup> Örneğin bkz., B. H. Oxman ve V. Bantz, 'The *M/V "Saiga" (No. 2) (St Vincent and the Grenadines v. Guinea)*', 94 AJIL, 2000, s. 40 ve L. de la Fayette, 'The *M/V Saiga (No. 2) Case*', 49 ICLQ, 2000, s. 467.

<sup>500</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>501</sup> Case No. 8, Judgment of 20 April 2001. Bkz., 125 ILR, s. 272.

<sup>502</sup> *A.g.e.*, para. 62 vd.

alma hakkına sahip olduğuna kanaat getirmesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>503</sup> Mahkeme, başvuran tarafından sunulan yazılı delilin, başvurunun yapıldığı sırada geminin bayrak devleti olduğunu kanıtlayamadığı ve böylece Mahkeme'nin davayı görmek için yargı yetkisine sahip olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>504</sup>

Mahkeme, deniz sınırlandırması konusunda bugüne kadar tek bir asli davaya, *Bay of Bengal (Bangladesh v. Myanmar)* davası, bakmıştır ve bu karmaşık ve geniş kapsamlı davada, Mahkeme esas olarak UAD'nin sınırlandırmaya ilişkin yaklaşımını benimsemiştir.<sup>505</sup> Ayrıca belirli konulara değinmiş, karasularının münhasır ekonomik bölgeye hakim olacağını<sup>506</sup> ve bir devletin, diğer devlet tarafından hakların kullanılmasını engellemeyen bir örtüşen alanda, haklarını kullanabileceğini belirtmiştir.<sup>507</sup> Dahası Mahkeme, 200 deniz milini aşan kıta sahanlığı için uygulanacak sınırlandırma yönteminin, 200 deniz mili içerisindeki sınırlama yönteminden farklı olmaması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bu bağlamda, kara ülkesi üzerinde egemenliğin, kıyı devletinin hem münhasır ekonomik bölgeye ilişkin egemenlik haklarının hem de yargı yetkisinin temelini oluşturması sebebiyle, kıta sahanlığının 200 deniz mili sınırını aştığı durumlarda orta çizgi/ilgili şartlar yönteminin sınırlandırma için uygulanmaya devam edeceğini belirtmiştir.<sup>508</sup>

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

*D. R. Rothwell ve T. Stephens, The International Law of the Sea, 2. Baskı, Oxford, 2016*

*Y. Tanaka, The International Law of the Sea, 2. Baskı, Cambridge, 2015*

*D. Anderson, Modern Law of the Sea: Selected Essays, The Hague, 2014*

*R. Churchill ve A. V. Lowe, The Law of the Sea, 3. Baskı, Manchester, 1999*

*The Oxford Handbook on the Law of the Sea (ed. D. R. Rothwell, A. G. Oude Elferink, K. N. Scott ve T. Stephens), Oxford, 2015*

<sup>503</sup> *A.g.e.*, para. 79.

<sup>504</sup> *A.g.e.*, para. 93

<sup>505</sup> 14 Mart 2012 tarihli dava. Bkz. [www.itlos.org/index.php?id=108&L=0](http://www.itlos.org/index.php?id=108&L=0).

<sup>506</sup> *A.g.e.*, para. 169.

<sup>507</sup> *A.g.e.*, para. 471 vd.

<sup>508</sup> *A.g.e.*, para. 455.



## BÖLÜM 11

### YETKİ

Yetki kavramı bir devletin kişiler, mallar ve durumları uluslararası hukuka göre düzenleme veya bunlara farklı bir şekilde etkide bulunma gücü ile alakalı olup, devlet egemenliği, devletlerin eşitliği ve iç işlerine müdahale edilmemesi gibi ana prensipleri yansıtır.<sup>1</sup> Yetki mevcut hukuki ilişkileri ve yükümlülükleri değiştirme veya sona erdirmeye yönelik bir güç kullanma biçimi olduğundan, devlet egemenliğinin temel bir özelliğidir. Yetki kullanımı yasamanın, yürütmenin veya yargının faaliyetleri yoluyla gerçekleştirilebilir. Herbir durumda, ilgili devletin hukuk sistemi tarafından tayin edilmiş olan devletin tanınmış otoriteleri, etraflarındaki hayatı farklı yollardan etkileyen, kendilerine tanınmış bazı fonksiyonları icra ederler. Birleşik Krallık'ta örnek olarak Parlamento bağlayıcı kanunlar çıkarmakta, mahkemeler bağlayıcı kararlar vermekte ve hükümetin idari mekanizması da hukuk kurallarını uygulama gücü ve yetkisini (veya hukuki otoritesini) kullanmaktadır. Bu açıdan yasama, icra veya yargı faaliyeti yoluyla gerçekleştirilebilen hukuk yapma kapasitesi (teşrii yetki veya kural koyma yetkisi) ile yürütme faaliyeti veya mahkemeler yoluyla gerçekleştirilebilen bu hukuka uyulmasının sağlanması kapasitesi (icrai yetki veya icra etme yetkisi) arasında ayırım yapmak özellikle gereklidir. Yetki, vatandaşlık gibi diğer temellere de dayandırılabilirse de, öncelikli olarak ülkesel olup, özellikle icra yetkisi ülkesel faktörlerle sınırlıdır.

Mesela bir kişi İngiltere'de başka birisini öldürür ve ardından Hollanda'ya kaçmayı başarırsa, İngiliz mahkemelerinin onu yargılama yetkisi vardır, fakat bunu Hollanda'ya o kişiyi tutuklamak üzere polis göndererek icra edemez. Bu durumda Hollanda yetkililerine onun tutuklanması ve İngiltere'ye iadesi için başvurulması gereklidir. Ancak katil İngiltere'de kalır ise, onun bir Alman vatandaşı olduğu ortaya çıksa bile, burada tutuklanabilir ve yargılanabilir. Bu cihetle kural koyma yetkisi (veya hukuk yapma yetkisi) failerin vatandaş olup olmadığına bakılmaksızın, ülkesel sınırlar içinde meydana gelen olaylar bakımından icra edilebilir. Ancak yurt dışında cinayet işlediğinden şüphelenilen bir İngiliz vatandaşının (kişi Birleşik Krallık'ta bulunuyorsa) o suçtan Birleşik Krallık'ta yargılanabilmesi halinde olduğu gibi, vatandaşlığa dayandırılabilen icra yetkisi ise tamamen başka bir husustur ve şüpheli vatandaşın ülkesel sınırlar içinde mevcut olması şartına bağlıdır.<sup>2</sup> Bir cinayet şüphelisini tutuklamanın mümkün olabileceği, fakat yetki temelinin eksik olduğu

<sup>1</sup> Örneğin bkz., C. E. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, The Hague, 2003; *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law* (ed. S. Macedo), Philadelphia, 2004; C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2015; L. Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, 2002; *La Saisine des Jurisdictions Internationales* (ed. H. Ruiz Fabri ve J.-M. Sorel), Paris, 2006; Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2003; Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford, 2007; A. Mills, 'Rethinking Jurisdiction in International Law', 84 BYIL, 2014, s. 187; M. Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford, 2003; M. Akehurst, 'Jurisdiction in International Law', 46 BYIL, 1972-3, s. 145; F. A. Mann, 'The Doctrine of Jurisdiction in International Law', 111 HR, 1964, s. 1, ve Mann, 'The Doctrine of Jurisdiction in International Law Revisited After Twenty Years', 186 HR, 1984, s. 9; D. W. Bowett, 'Jurisdiction: Changing Problems of Authority over Activities and Resources', 53 BYIL, 1982, s. 1; R. Y. Jennings, *Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws*, 33 BYIL, 1957, s. 146; *Oppenheim's International Law* (ed. R. Y. Jennings ve A. D. Watts), 9. Baskı, London, 1992, ss. 456 vd.; *Brownlie's Principles of Public International Law* (ed. J. Crawford), 8. Baskı, Oxford, 2012, Bölüm 21; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991, Bölüm 12, ve R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, Bölüm 4. Ayrıca bkz., *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, 1987, cilt I, kısım IV.

<sup>2</sup> Kişilerin veya şeylerin bir devletin mahkeme sistemine tabi tutulduğu yargılama yetkisine yapılan bir atf için: Bkz., *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, s. 232.



bazı durumlar olabilir. Mesela Almanya'da cinayet işlemiş bir Fransız vatandaşı, İngiltere'de bulunsa bile o suçtan burada yargılanamaz. Ancak tabii olarak hem Fransa hem de Almanya onun İngiltere'den sınırışı edilmesi ve kendi ülkelerine iadesi için başvurabilir.

Bununla beraber yetki ülke ile yakından bağlantılı olsa da münhasıran bağımlı değildir. Birçok devletin kendi ülkeleri dışında işlenmiş olan suçları yargılama yetkisi bulunmaktadır ve buna ek olarak bazı kişiler, mallar ve durumlar orada bulunmaları veya meydana gelmiş olmalarına rağmen ülkesel yetkiden muafır. Mesela diplomatların çalıştıkları devletin kanunlarından çok geniş muafiyetleri vardır<sup>3</sup> ve devletlerin muhtelif egemen faaliyetleri de bir yabancı devletin mahkemelerince sorgulanamaz veya geçersiz sayılmaz.<sup>4</sup>

Yetki meselesi özellikle anayasal sorunlar ve kanunlar ihtilafı kurallarının da konuyla ilgisi nedeniyle oldukça karmaşıktır. Kanunlar ihtilafı hukuku (veya uluslararası özel hukuk) yabancılik unsuru taşıyan bir davada, bir yandan ilgili devletin meseleye karar verme yetkisi olup olmadığı ve öte yandan şayet yetkisi varsa ihtilafın çözümünde hangi devletin kurallarının uygulanacağı hususlarını düzenlemeye çalışırken, uluslararası hukuk ise bir devletin yürütme fonksiyonlarının icrasının sınırlarına ilişkin kuralları koymakla uğraşmaktadır. Uluslararası hukukun belli bir davada yetkinin icrasına izin vermesi yalnızca ilk aşamadır. Söz konusu devletin ayrıca ilgili durumda yetkisini gerçekten kullanabilmesi için gereken iç hukuk düzenlemelerini de yapmış olması gereklidir.

Yetkinin icrasının dayanakları uluslararası hukuk ve kanunlar ihtilafı kuralları açısından birbirinin aynı değildir. Kanunlar ihtilafı açısından belli konular oturma yeri veya ikamete göre (mesela yabancı evlilik veya boşanmaların tanınması bakımlarından) düzenlenebilirken, bu tür dayanaklar uluslararası hukuk meseleleri söz konusu olduğunda yetkiye esas olamayabilecektir.<sup>5</sup> Bu bakımdan her ne kadar uluslararası hukuk ve kanunlar ihtilafına ilişkin hukuk kategorilerini birbirinden ayırmak her durumda imkansız ya da zor olmasa da, söz konusu alanlarda sıkça farklılaşan yetki tanımları kafa karıştıran bir faktördür.

Ayrıca anayasal meseleler alanındaki yetki tartışmalarının da farkında olunmalıdır. Bu tür problemler özellikle ABD'de olduğu gibi federal mahkemeli yapılarda, belli mahkemelerin yetkisinin kapsamına dair ihtilafalarda ortaya çıkmaktadır.

Bir devletin yasama, yürütme ve yargı organları tarafından söz konusu yetkilerin göreceli şekilde icrası o ülkenin hukuki ve siyasi sistemini ilgilendiren bir husus iken, yetkinin sınırötesi uygulanması uluslararası hukuk kurallarına bağılıdır. Bu bölümde bu kuralların önemlilerini kısaca inceleyeceğiz.

## İÇ YETKİ PRENSİBİ<sup>6</sup>

Devletlerin egemenliğinin doğası gereği bir devlet dahili olarak, yani kendi ülke sınırları içinde, en üstün olsa da, bir diğer devletin içişlerine müdahale edemez. Devletlerin iç yetki alanlarına müdahaleden kaçınma yükümlülüğü, bazı devlet faaliyetlerinin uluslararası hukuk düzenlemelerine karşı korunmasını sağlar. Uluslararası hukukun kontrolü dışında

<sup>3</sup> Bkz., aşağıda 12. Bölüm.

<sup>4</sup> A.g.e.

<sup>5</sup> Genel olarak bkz., G. C. Cheshire, P. M. North ve J. Fawcett, *Private International Law* (ed. J. Fawcett ve J. Caruthers), 14. Bölüm, Oxford, 2008. Uluslararası kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ilişki için ayrıca bkz. A. Mills, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, 2009. Yurt dışı yetkilendirme için aranan şartlara ilişkin sorunlar da ortaya çıkabilir: örneğin bkz., *Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others* 100 ILR, s. 465.

<sup>6</sup> Örneğin bkz., M. S. Rajan, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, 2. Baskı, London, 1961; P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, 2009, s. 483 ve daha ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda 4. Bölüm.

ve devletin iç idaresinin münhasır alanında kaldığı kabul edilen bazı devlet fonksiyonları arasında, vatandaşlığa kabul şartlarını ve yabancıların ülkeye girebilmesi koşullarını belirleme gibi konular yer almaktadır.

Ancak uluslararası hukukun giderek artan etkisi bu güne kadar devletin münhasır yetkisine tabi sayılan alanlarda da kendisini hissettirmeye başlamıştır. Mesela bir devletin kendi vatandaşlarına muamelesi şu anda uluslararası insan hakları düzenlemeleri bağlamında, her ne kadar bunların uygulamadaki etkisi sıklıkla hayal kırıcı olsa da, ele alınmaktadır.<sup>7</sup>

İç yetki göreceli bir kavram olduğundan, uluslararası hukukun değişmekte olan prensipleri bu yetkiyi sınırlayıcı ve kapsamını azaltıcı bir etkide bulunmuş<sup>8</sup> ve dahilinde düzenlenen ancak uluslararası etkiye sahip konular uluslararası hukukun sahası içinde yer almaya başlamıştır. Bu durum Uluslararası Adalet Divanı tarafından *Anglo-Norwegian Fisheries* davasında<sup>9</sup> şöyle vurgulanmıştır:

*“Her ne kadar [karasularının] sınırlandırılması işlemi, bunu yapmaya yalnızca kıyı devleti yetkili olduğundan, zorunlu olarak tek taraflı bir işlem olsa da, sınırlandırmanın diğer devletler bakımından geçerliliği uluslararası hukuka bağlıdır.”<sup>10</sup>*

Bu duruma *Nottebohm* davasında<sup>11</sup> da dikkat çekilmiş olup, Divan burada bir devletin kendi vatandaşlığının kazanılması bakımından ilgili kuralları dilediği gibi formüle edebileceğini, ancak vatandaşlık temelinde diplomatik himayenin kullanılmasının uluslararası hukukun kapsamı içinde olduğunu ifade etmiştir. Bütün bunların yanı sıra hiçbir devlet bir uluslararası hukuk yükümlülüğünün ihlaline gerekçe olarak kendi iç hukukunu ileri süremeyecektir.<sup>12</sup>

Bununla beraber tam olarak iç yetki içindeki hususlar ile uluslararası hukuki düzenlemeye açık hususları birbirinden ayıran hat da, ilk bakışta sanıldığı kadar katı değildir. Örnek olarak BM Antlaşması Madde 2(7)'ye göre:

*“İş bu Antlaşma'nın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletlere, herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi, üyeleri de bu türden konuları işbu Antlaşma uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamaz.”*

İç yetkiye pratikte vurgu yapmayı ve güçlendirmeyi amaçlayan bu fıkra, ilk ifade edilişinden itibaren geçen onlarca yıl zarfında sürekli yeniden yorumlanmıştır. Nitekim bu madde Birleşmiş Milletler'i üye devletlerin iç politikalarına ilişkin kararları tartışmaktan veya bu tür kararları kabul etmekten kesinlikle alıkoymamış ve bu konuda elli yılı aşan uygulama iç yetkinin daha fazla sınırlanması ve aşınması şeklinde tezahür etmiştir.

1940 ve 50'lerin sonlarında, Avrupalı kolonyal güçler, Birleşmiş Milletler'in, kendilerine ait kolonilerin self-determinasyonu ve bağımsızlığı hususlarına dair kararları tartışması ve kabul etmesine karşı, kaybetmeye mahkum bir mücadele vermiştir. Birleşmiş Milletler'in insan hakları konularına dahil olması süreci de sürekli derinleşerek ilerlemiş ve bu bağlamda özellikle Güney Afrika devleti ırkçı iç politikaları ortadan kalkana kadar devamlı surette eleştirilmiş ve suçlanmıştır. Birleşmiş Milletler'in sürekli genişleyen ilgi alanları iç yetki

<sup>7</sup> Bkz., yukarıda 6. Bölüm.

<sup>8</sup> Bir meselenin devletin iç hukuk yetkisi içinde olup olmadığı meselesinin kendisi bir uluslararası hukuk konusudur. Bkz., *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* davası, PCIJ, Series B, No. 4, 1923, ss. 7, 23-4; 2 AD, ss. 349, 352.

<sup>9</sup> ICJ Reports, 1951, s. 116; 18 ILR, s. 86.

<sup>10</sup> ICJ Reports, 1951, s. 132; 18 ILR, s. 95.

<sup>11</sup> ICJ Reports, 1955, ss. 4, 20-1; 22 ILR, ss. 349, 357.

<sup>12</sup> Bkz., yukarıda 4. Bölüm.

doktrininin kapsamının daha fazla sınırlanmasını sağlamıştır.<sup>13</sup> Buna karşın ülkesel sınırlar içindeki devlet egemenliği, kendi evrimleri açısından uluslararası hukuk ve dünya siyasi sisteminin inkar edilemeyecek nitelikte temelini oluşturması gerçeği yüzünden, bir kavram olarak geçerliliğini halen sürdürmektedir.<sup>14</sup>

## YASAMA, YÜRÜTME VE YARGILAMA YETKİSİ

Yasama yetkisi<sup>15</sup> bir devletin anayasal bakımdan tanınmış organlarının kendi ülkelerinde bağlayıcı hukuk yapma üstünlüğü demektir. Bu yasama işlemleri bazı durumlarda sınırların ötesine de genişleyebilmektedir.<sup>16</sup> Devletin birçok alanda münhasır yasama yetkisi vardır. Mesela bir devlet, mahkemeler gibi farklı organlarının benimsemesi gereken prosedürel teknikler oluşturabilir, ancak hiçbir şekilde yabancı mahkemelerin işleyiş biçimlerini değiştirmeyi amaçlayamaz. Bu duruma örnek olarak bir İngiliz mahkemesinin bir yabancı mahkeme tarafından verilmiş bir hükmü açık bir tarafgirlik bulunduğu gerekçesiyle tanımaktan kaçınabildiği haller verilebilir. Ancak bu gibi hallerde ilgili yabancı mahkemenin işleyişine dair usuli koşulları değiştirmeyi amaçlayan bir İngiliz kanunu çıkartılamaz.

Yine uluslararası hukuk bir devletin kendi ülkesi içinde bulunmayan kişileri vergilendirmesini, yalnızca bu devletle söz konusu vergi mükellefi arasında bir çeşit hakiki bağ (bu vatandaşlık veya ikamet olabilir) bulunduğu sürece kabul eder.<sup>17</sup> Keza bir devlet kendi sınırları içindeki yabancılara ait bir mülkü millileştirebilir,<sup>18</sup> ancak yabancıların sahip olduğu yurt dışında bulunan bir mülkü ele geçirmeye teşebbüs edemez. Ayrıca açıktır ki icrai yetki açısından böyle bir düzenleme, yurt dışında da icra edilemeyecektir.

Bir ulusal mahkemenin bir yabancı yasayı ne ölçüde icra edeceği sorusu esas olarak kanunlar ihtilafı alanı içinde olan karmaşık bir husustur, ancak uygulamada bir devletin bir başka devletin ceza veya vergi kanunlarını icra etmesine çok nadir rastlanır.<sup>19</sup>

Bir devletin kendi ülkesi içindeki yasal üstünlüğü inkar edilemezse de buna itiraz edilebilir. Mesela ülkedeki yabancılara veya yabancılara ait mal varlığına dair uluslararası hukuk kurallarına aykırı kanunlar kabul eden bir devlet, kendisini uluslararası alanda uluslararası hukuku ihlalden sorumlu duruma düşürecek ve hiç şüphesiz ilgili yabancı devletin protesto ve diğer eylemleriyle karşılaşacaktır. Ayrıca yurt dışındaki vatandaşları hakkında yasa çıkarma yetkisini suistimal eden bir devletin uluslararası hukuku ihlalden sorumlu tutulması da mümkündür.<sup>20</sup>

<sup>13</sup> Örneğin bkz., R. Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963. Ayrıca bkz., 27 Ocak 1993 tarihli İngiliz Dışişleri Bakanı'nun 'insancıl kaygılar herbir devletin kendi iç işlerini ve tebaasını yönetme veya kötü yönetme hakkına saygı duymaya üstün geldiği için' madde 2(7)'nin giderek aşındığına dair görüşü, UKMIL, 64 BYIL, 1993, s. 599.

<sup>14</sup> Ayrıca iç hukuk yollarının tüketilmesi doktrininin önemi için: bkz., yukarıda 6. Bölüm.

<sup>15</sup> Örneğin bkz., Akehurst, 'Jurisdiction', ss. 179 vd.

<sup>16</sup> Ayrıca bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>17</sup> Akehurst, 'Jurisdiction', ss. 179–80.

<sup>18</sup> Bkz., aşağıda 13. Bölüm.

<sup>19</sup> Örneğin bkz., Cheshire, North ve Fawcett, *Private International Law*, Bölüm 8. İngiliz mahkemeleri genel olarak yabancı devletlerin ceza kanunlarını uygulamamaktadır. Neyin yabancı ceza kuralı olduğuna ilgili mahkeme karar verecektir. Ayrıca bkz., *Huntington v. Attrill* [1893] AC 150, ve Marshall CJ, *The Antelope* 10 Wheat 123 (1825). Vergi hukuku bakımından, bkz., *Government of India v. Taylor* [1955] AC 491; 22 ILR, s. 286. Ek olarak bkz., *Attorney-General of New Zealand v. Ortiz* [1982] 3 All ER 432; 78 ILR, s. 608, özellikle Lord Denning, ve a.g.e. [1983] 3 All ER 93 (House of Lords); 78 ILR, s. 631. Ayrıca bkz., *Williams & Humbert v. W & H Trade Marks* [1985] 2 All ER 619 ve [1986] 1 All ER 129 (House of Lords); 75 ILR, s. 269, ve *Re State of Norway's Application* [1986] 3 WLR 452 ve [1989] 1 All ER 745, 760–2 (House of Lords). Ayrıca bkz., yukarıdaki kısım.

<sup>20</sup> Bkz., Mann, 'Doctrine of Jurisdiction', ss. 36–62.

Yürütme yetkisi bir devletin başka bir devletin sınırları içinde eylemde bulunma kapasitesiyle alakalıdır.<sup>21</sup> Devletler birbirlerinden bağımsız olduklarından ve ülkesel egemenliğe sahip olduklarından,<sup>22</sup> devlet yetkilileri genelde kendi yetkilerini yabancı topraklarda (ev sahibi devletin açık rızası olmaksızın) icra edemez<sup>23</sup> ve kendi devletlerinin kanunlarını yabancı bir ülkede uygulayamaz. Devlet yetkililerinin sınırların ötesindeki kişileri veya malları devlet adına ele geçirmeleri de uluslararası hukuka aykırıdır.<sup>24</sup> Aynı şekilde bir devletin silahlı güçlerinin bir başka devlete izinsiz girmesi de uluslararası hukukta açık bir suçtur.

Yargılama yetkisi<sup>25</sup> belli bir devletin mahkemelerinin yabancılık unsuru içeren davaları yargılama gücüyle alakalıdır. Bir devletin mahkemelerinin böyle bir yetkiyi icra etme iddiasının çok sayıda esası bulunabilmektedir. Cezai konularda bunlar ülkesel prensipten başlayarak evrensel prensibe ve hukuki konularda davalının sadece ülkede bulunuyor olmasından, vatandaşlığa ve ikamet prensibine doğru sıralanmaktadır. Bununla beraber yetkinin en fazla tartışmalı boyutunu yargı yetkisi oluşturmakta ve bunun en önemli tezahürü de cezai sorunlarda yaşanmaktadır.

## HUKUKİ YETKİ<sup>26</sup>

Her ne kadar hukuki meseleler de nihai olarak ceza hukuku müeyyidelerinin uygulanması ile icra edilebilseler de bu bağlamda medeni ve cezai konular arasında birçok fark bulunmaktadır.

Genel olarak hukuki yetkinin devletler tarafından, cezai konulara ilişkin davalara kıyasla, çok daha geniş gerekçelerle ileri sürülmüş olduğunu ve diğer devletlerin bunlara karşı tepkisinin çok daha yumuşak olduğunu söylemek mümkündür.<sup>27</sup> Bu kısmen bir kişinin cezai suçlardan yurt dışında yargılanmasının, kişinin hukuki bir davaya karışmasına kıyasla, kamu oyunu çok daha kolay harekete geçirmesinden kaynaklanmaktadır.

ABD ve İngiltere gibi teamül hukukunu benimseyen devletlerde, hukuk davalarındaki yetkinin olağan temeli, davalının ülkede bulunması tamamen geçici ve tesadüfi olsa da, mahkeme emrinin ülkedeki davalıya tebliğ edilmesidir.<sup>28</sup> Kıta Avrupası devletlerinde ise olağan yetki temeli davalının belli bir devlette daimi ikametgaha sahip veya mukim olmasıdır.<sup>29</sup>

Birçok devlet, örnek olarak Hollanda, Danimarka ve İsveç, herhangi bir davada davalının o devlette mal varlığına sahip olması halinde mahkemelerinin yetki kullanmasına müsaade

<sup>21</sup> Bkz., Akehurst, 'Jurisdiction', s. 147.

<sup>22</sup> Örneğin bkz., *Lotus* davası, PCIJ, Series A, No. 10, 1927, s. 18; 4 AD, s. 153, ve *Island of Palmas* davası, 2 RIAA, ss. 829, 838 (1928); 4 AD, s. 103.

<sup>23</sup> Elbette bu çok geniş anlaşılmalıdır. Bir devlet yetkilisi, örnek olarak, bulunduğu ülkede bir sözleşme imzalamaya hakkına sahip olabilecektir. Bkz., Akehurst, 'Jurisdiction', s. 147.

<sup>24</sup> *Eichmann* davası bakımından aşağıya bakınız.

<sup>25</sup> Örneğin bkz., Akehurst, 'Jurisdiction', ss. 152 vd.

<sup>26</sup> *A.g.e.*, ss. 170 ve devamı.; Mann, 'Doctrine of Jurisdiction', ss. 49–51, ve *Brownlie's Principles*, s. 471. Ayrıca bkz., Bowett, 'Jurisdiction', ss. 1–4.

<sup>27</sup> Örneğin bkz., Akehurst, 'Jurisdiction', ss. 152 vd.

<sup>28</sup> Örneğin bkz., *Maharanees of Baroda v. Wildenstein* [1972] 2 All ER 689. Ayrıca bkz., the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982. Bazı durumlarda mahkemenin yetki alanı dışında da tebligat yapılabilir, örneğin bkz., *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex* [1987] AC 460 ve ayrıca bkz., R. Fentiman, *International Commercial Litigation*, Oxford, 2010, 8, 9 ve 12. bölümler.

<sup>29</sup> Örneğin bkz., EC Regulation 44/201, Madde 12 ve Fentiman, *International Commercial Litigation*, 8 ve 9. bölümler.

ederken, evlilik ile ilgili davalarda ise yetkinin kullanılması için ortaklaşa kabul edilen temel davayı açan tarafın ikametgaha sahip veya mukim olması gerekir.<sup>30</sup>

Diplomatik protestoların nadirliği ve devlet tartışmalarının göreceli azlığı doğrultusunda, bazı yazarlar uluslararası teamül hukukunun özel hukuk meselelerinde mahkemelerin yetkisinin sınırlandırılması bakımından herhangi belli bir düzenleme öngörmediği sonucuna varmıştır.<sup>31</sup>

## CEZAİ YETKİ<sup>32</sup>

Uluslararası hukuk devletlere işlevlerini (kanun çıkarma, yargısal faaliyet veya yürütme yoluyla) yerine getirirken belli esaslara göre yetki kullanma izni vermektedir.<sup>33</sup> Bu esasların tamamı veya özellikle birine göre yetki kullanma yükümlülüğü yoktur. Bu ülkenin sistemine bırakılmış bir husustur. Bu yetki prensiplerinin önemi uluslararası toplum tarafından uluslararası hukuka uygun olduklarının kabul edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Aksi halde bir başka esasa dayalı yetki kullanma girişimi diğer devletçe kabul edilmeme riski ile karşılaşacaktır.

### Ülkesellik Prensibi

Ülkesel esasa göre yetki kullanımı bir devletin kendi ülkesinde egemenliğini kullanmasının bir yönüdür ve devletin sahip olduğu hukuki yetkilerin uygulanmasının vazgeçilmez temelini oluşturur.<sup>34</sup> Bir devletin kendi ülkesindeki faaliyetler hakkında yasa yapabilmesi ve kendi topraklarında işlenen suçları cezalandırabilmesi bağımsız devletlerden oluşan dünya düzeninin mantıksal bir sonucu olup tamamen anlaşılabilir bir durumdur. Zira bir devletin yetkilileri o devlette hukukun idaresi ve düzenin sağlanmasından sorumludur. Bu aynı zamanda oldukça uygun bir yöntemdir; zira pratikte çoğu zaman suçun tanıkları ve sanık da o ülkede bulunuyor olacaktır.<sup>35</sup>

Böylelikle bir devletin ülkesel yetkisi içinde işlendiği iddia edilen bütün suçlar ulusal mahkemelerin önüne gelecek ve sanık suçlu bulunması halinde mahkum edillip, cezalandırılacaktır. Bu durum sanığın yabancı ülke vatandaşı olması halinde de geçerlidir.<sup>36</sup> Ülkesel yetki prensibinin bir sonucu bir devletin mahkemelerinin genel bir

<sup>30</sup> Örneğin bkz., 1970 Boşanmaların ve Hukuki Ayrılıkların Tanınmasına Dair Lahey Sözleşmesi.

<sup>31</sup> Örneğin bkz., Akehurst, 'Jurisdiction', s. 177. Karş., Mann, 'Doctrine of Jurisdiction', ss. 49–51, ve bkz., Bowett, 'Jurisdiction', ss. 3–4. US Alien Tort Statute açısından aşağıya bakınız.

<sup>32</sup> Örneğin bkz., Akehurst, 'Jurisdiction', ss. 152 vd.; Mann, 'Doctrine of Jurisdiction', ss. 82 vd., ve D. P. O'Connell, *International Law*, 2. Baskı, London, 1970, cilt II, ss. 823–31. Ayrıca bkz., B. H. Oxman, 'Jurisdiction of States', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007.

<sup>33</sup> *Wood Pulp* davasında bu hususa 'devletin yetkisinin tartışılmaz iki temeli ülkesellik ve vatandaşlıktır' denilerek dikkat çekilmiştir, [1998] 4 CMLR 901, 920'de; 96 ILR, s. 148.

<sup>34</sup> Bkz., Ryngaert, *Jurisdiction*, Bölüm 3. Ayrıca bkz., Lord Macmillan, *Compania Naviera Vascongado v. Cristina SS* [1938] AC 485, 496–7; 9 AD, ss. 250, 259. Bowett'ın 'bu prensibin geçtiğimiz yıllardaki dinamizmi ve intibakı dikkate şayandır' şeklindeki görüşü için bkz. 'Jurisdiction', s. 5, ve 'devletin kendi ülkesindeki yetkisi zorunlu olarak münhasır ve mutlak' görüşü için bkz., Marshall CJ, *The Schooner Exchange v. McFaddon* 7 Cranch 116, 136 (1812). Donaldson LJ de yetkinin ülkeselliği lehine genel bir kanaatin bulunduğu işaret etmiştir, *R v. West Yorkshire Coroner, ex parte Smith* [1983] QB 335, 358; 78 ILR, s. 550. Yetki kavramının esasen ve en başta ülkesel olduğu görüşü için ayrıca bkz., *Construction of a Wall*, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 179; *Bankov' c v. Belgium*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12 Aralık 2001 Kararı, 63, 67 ve 71. paragraflar; 123 ILR, ss. 110, 111 ve 113, ve *Al-Skeini v. UK*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 7 Temmuz 2011 Kararı, 130. paragraf vd. Bu meselenin ele alındığı bir başka karar için bkz., House of Lords, *Al-Skeini v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26, 109. Lord Brown; 133 ILR, s. 736.

<sup>35</sup> Örneğin bkz., Hakim Guillaume'un Ayrı Görüşü, *Congo v. Belgium*, ICJ Reports, 2002, ss. 3, 36; 128 ILR, ss. 60, 92.

<sup>36</sup> Örneğin bkz., *Holmes v. Bangladesh Binani Corporation* [1989] 1 AC 1112, 1137; 87 ILR, ss. 365, 380–1, Lord Grifiths ve Lord Browne-Wilkinson, *Ex parte Pinochet (No. 3)* [2000] 1 AC 147, 188; 119 ILR, s. 139.

prensip olarak bir başka devletin ülkesinde olmuş veya olmakta olan olaylar bakımından yetkili olmamasıdır.<sup>37</sup> Bu açıdan yasaların ilgili devletin ülkesinde geçerli olup ülke dışında uygulanmayacağı karinesi vardır.<sup>38</sup> Bir devlet diğerinin rızası olmadan ne onun adına cezai kurallar koyabilir, ne de onun ülkesinde kendi ceza yasalarını uygulayabilir.<sup>39</sup>

Dolayısıyla cezai yetki kullanmanın tek başına olmasa da başlıca esası ülkeseliktir.<sup>40</sup> Bu bakımdan vatandaşlık gibi diğer esasların mevcut olmasına rağmen cezai yargılamaların büyük birçoğunluğu suçun işlendiği ülkede yapılmaktadır. Bunun yanında ülkesellik kavramı ilk görüşte zannedildiğinden daha geniş bir kavramdır; zira yalnızca tamamıyla bir devletin ülkesinde işlenen suçları değil aynı zamanda suçun bir kısmının başka bir devlette meydana geldiği suçları da kapsamaktadır: Örnek olarak bir kişinin sınırda ateş açması sonucu komşu devlette birini öldürmesi gibi. Bu halde hem silahın ateşlendiği hem de yaralamanın meydana geldiği devletin faili yargılama yetkisi olup ilkinin ülkesel yetkisi subjektif ülkesel yetki prensibine, ikincisinin ise objektif ülkesel yetki prensibe tabi olacaktır. Elbette böyle bir meselede hangi devletin yetkisini kullanacağı failin bulunduğu yere bağlıdır, ancak hem suçun başladığı hem de tamamlandığı yer devleti faili hukuken yargılayabilecektir.<sup>41</sup> Örnek olarak İskoç Genel Savcısı İskoçya'nın Lockerbie şehri üzerinde patlayan uçağa bomba koyduğu iddia edilenler hakkında suç yeri esasına göre İskoçya mahkemelerinin yetkili olduğunu açıkça ifade etmiştir.<sup>42</sup> Böyle bir durum devletin göçmen kurallarına aykırı suçlarda ve eylemlerin iki veya daha fazla devlette meydana geldiği

<sup>37</sup> Örneğin bkz., *Kaunda v. President of South Africa* (CCT 23/04) [2004] ZACC 5 (4 Ağustos 2004) ve *R v. Cooke* [1998] 2 SCR 597.

<sup>38</sup> İngiltere açısından bkz., örneğin F. Bennion, *Statutory Interpretation*, 4. Baskı, London, 2002, s. 282; *Clark (Inspector of Taxes) v. Oceanic Contractors Inc.* [1983] 2 AC 130, 145, Lord Scarman; *Al Sabah v. Grupo Torras SA* [2005] UKPC 1, [2005] 2 AC 333, paragraf 13, Lord Walker of Gestingthorpe, the Privy Council; *Lawson v. Serco Limited* [2006] UKHL 3, [2006] ICR 250, paragraf 6, Lord Hoffmann; *Agassi v. Robinson (Inspector of Taxes)* [2006] UKHL 23, [2006] 1 WLR 1380, 16 ve 20. paragraflar, Lord Scott of Foscote ve Lord Walker of Gestingthorpe, ve *Al-Skeini v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26, paragraf 11 vd., Lord Bingham. Ancak, *Masri v. Consolidated Contractors* davasında [2008] EWCA Civ 30, paragraf 31, 'günümüzde bu karine oldukça az etkiye sahiptir ve sadece bir yorum meselesidir' denmiştir. Ayrıca bkz., *Societe Eram Shipping Co. Ltd v. Cie Internationale de Navigation* [2004] 1AC 260, paragraf 54 (Lord Hoffmann) ve *Office of Fair Trading v. Lloyds TSB Bank plc* [2007] UKHL 48. Ancak bu karine *Perry v. SOCA* davasında yeniden tasdik edilmiştir, [2012] UKSC 35, paragraf 15 vd. ve 94. Ayrıca bkz., *Morrison v National Australia Bank*, 561 US 247 (2010); *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 US (2013) resmi karar, ss. 4 vd. ve *RJR Nabisco v European Community*, 579 U. S. (2016). Ayrıca bkz., *Ryngaert, Jurisdiction*, ss. 68 vd.

<sup>39</sup> Örneğin bkz., Hakim Guillaume'un Ayrı Görüşü, *Congo v. Belgium*, ICJ Reports, 2002, ss. 3, 36; 128 ILR, ss. 60, 92. Ancak bir savaş sonucu işgal durumunda, işgalci güç yerel nüfus bakımından bazı cezai yetkilerini kullanabilir. Bkz., Sivil Kişilerin Korunmasına Dair Dördüncü Cenevre Sözleşmesi, 64-78 maddeler.

<sup>40</sup> Bkz., İçişleri Bakanı'nın 'genel bir kural olarak mahkemelerimiz yalnızca ülkemizde işlenen suçları yargılama yetkisine sahiptir. Bunun böyle olmasının nedeni genel olarak Hükümetin yabancı yetki alanlarında işlenmiş suçların burada etkin biçimde yargılanabilmesi için gereken delillerin elde edilmesine ilişkin son derece önemli zorlukların olması yüzünden yargılamaların suçun ortaya çıktığı yerde en iyi şekilde görüleceğine inanmasıdır. Hükümetin bu genel kuraldan ayrılmak gibi bir düşüncesi yoktur' şeklindeki açıklaması, HC Deb., cilt 445 col. 1419, Yazılı Cevap, 2 Mayıs 2006, UKMIL, 77 BYIL, 2006, s. 756.

<sup>41</sup> Örneğin bkz., *Lotus* davası, PCIJ, Series A, No. 10, 1927, ss. 23, 30; 4 AD, ss. 153, 159, ve Hakim Moore, *a.g.e.*, s. 73; Suçlar Bakımından Yetkiye dair Harvard Research Taslak Sözleşmesi, 29 AJIL, 1935, Supp., s. 480 (madde 3), ve Akehurst, 'Jurisdiction', ss. 152-3. Bkz., Lord Wilberforce, *DPP v. Doot* [1973] AC 807, 817; 57 ILR, ss. 117, 119 ve *R v. Berry* [1984] 3 All ER 1008. Ayrıca bkz., *Strassheim v. Dailey* 221 US 280 (1911); *US v. Columba-Colella* 604 F.2d 356 ve *US v. Perez-Herrera* 610 F.2d 289.

<sup>42</sup> *Lockerbie* davasında geçici tedbirler aşamasında Uluslararası Divan önündeki müdafaalar, CR 92/3, ss. 11-12, UKMIL, 63 BYIL, 1992, s. 722. Söz konusu iki sarığın yargılanması Hollanda'da, ancak İskoç hakimler ve avukatlar ile İskoç hukukuna göre işleyen bir İskoç mahkemesi olarak kabul edilen bir tesiste gerçekleşmiştir: Örneğin bkz., A. Aust, 'Lockerbie: The Other Case', 49 ICLQ, 2000, s. 278, ve mahkemenin hükmü için, bkz., 94 AJIL, 2000, s. 405.

korsanlık durumlarında da söz konusu olabilecektir.<sup>43</sup> Bu bakımdan mahkemelerin söz konusu suçun esaslı veya önemli kısmının hangi yetki alanında işlendiğine karar vermek üzere bütün ilgili şartlara bakması yerinde olur.<sup>44</sup>

Suç eylemlerine ilişkin ülkesel yetkinin niteliği *Lotus* davasında ele alınmıştır.<sup>45</sup> Bu dava ile ilgili olaylar şu şekilde özetlenebilir. Fransız posta gemisi olan *Lotus* açık denizde bir Türk kömür taşıma gemisi olan *Bozkurt* ile çarpışmıştır. *Bozkurt* gemisinin batması sonucunda toplam sekiz gemici ve yolcu boğulmuştur. Bunun üzerine Türk yetkililer *Lotus*'un Türk limanına ulaşmasının ardından (çatma sırasında) güvertede görev yapmış olan Fransız subayını tutuklamıştır. Fransız subayının cinayetle suçlanması üzerine, Fransa bu eylemi şiddetle protesto ederek Türkiye'nin bu suçu yargılama yetkisi olmadığını iddia etmiştir. Mesele Uluslararası Daimi Adalet Divanı önüne gelmiş ve Divan'dan Türkiye'nin yetki kullanmasını yasaklayan bir uluslararası kuralın bulunup bulunmadığına karar vermesi istenmiştir.

Uluslararası hukukun temeli egemen devletlerin mevcudiyetine dayandığından Divan bu devletlerin bağımsızlığı üzerindeki sınırlamaların aksiyomatik olarak kendiliğinden varsayılmayacağını kabul etmiştir.<sup>46</sup> Bununla beraber bir devlet, yetkilerini kendi sınırları dışında uluslararası hukukun buna izin veren bir kuralına dayanmadan kullanamayacaktır. Ancak Divan'a göre bu ilke "uluslararası hukukun bir devlete, sınırları dışında olmuş eylemlerle ilgili herhangi bir vaka bakımından kendi ülkesinde yetki kullanmayı yasakladığı ve uluslararası hukukun da buna izin veren bazı kurallarına dayanamayacağı" anlamına gelmemektedir. Bu bakımdan devletlerin geniş bir takdir hakkı vardır ve bu hak yalnızca bazı durumlar açısından yasaklayıcı kurallar tarafından sınırlandırılmıştır.<sup>47</sup> Bu konuda devletler kendi yetkilerini ülkesel sınırların ötesine genişleten birçok farklı kural kabul etmiş olduğundan "ceza hukukunun ülkeselliği uluslararası hukukun mutlak bir prensibi değildir ve hiçbir suretle ülkesel egemenlik ile tam olarak çakışmaz".<sup>48</sup> Divan ayrıca açık denizde bayrak devletinin münhasır yetkisi bulunduğu dair Fransız iddiasını, bu yönde bir kuralın uluslararası hukukta henüz ortaya çıkmadığını ifade ederek reddetmiş ve Türk gemisine verilen zararı Türk ülkesine ilişkin bir zarara denk tutarak, bu durumun bu devlete objektif yetki prensibine göre, bunu yasaklayan herhangi bir uluslararası hukuk kuralıyla sınırlanmaksızın, yetki kullanma imkanı verdiğini belirtmiştir.<sup>49</sup>

Divan'ın Fransız iddialarının reddine yol açan bu genel beyanları ve özellikle devletlerin yalnızca söz konusu eylemi yasaklayan bir uluslararası hukuk kuralının kanıtlanması halinde sınırlanabilecek çok geniş yetkilere sahip olduklarına yönelik felsefi yaklaşımı

<sup>43</sup> Örneğin bkz., *Board of Trade v. Owen* [1957] AC 602, 634 ve *DPP v. Stonehouse* [1977] 2 All ER 909, 916; 73 ILR, s. 252. *R v. Abu Hamza*, *The Times*, 30 Kasım 2006, Temyiz Mahkemesi (Ceza Dairesi) bir kişinin İngiltere ve Gallerdeki bir yabancıyı yurt dışında suç işlemeye tahrik etmesinin suç olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca bkz., İçişleri Bakanı'nın 14 Nisan 1993 tarihinde Ceza Yargılaması Tasarısı hakkındaki konuşması ve bu tasarıya göre şayet bir dolandırıcılık suçunun İngiltere ile ciddi bir bağı varsa İngiliz mahkemelerinin, suçun son unsuru bu ülkede gerçekleşmiş olsun ya da olmasın, yetkili olmasının sağlandığına dikkat çekmesi, UKMIL, 64 BYIL, 1993, ss. 646-7. Bkz., G. Gilbert, 'Crimes Sans Frontieres: Jurisdictional Problems in English Law', 63 BYIL, 1992, ss. 415, 430 vd. Ancak doktrinin uygulamasını yetkinin yalnızca ilk etkinin hissedildiği devlet tarafından kullanılmasına izin verecek kadar sınırlayan görüş için, Akehurst, 'Jurisdiction', s. 154.

<sup>44</sup> Örneğin bkz., *La Forest J, Libman v. The Queen* (1985) 21 CCC (3d) 206 ve Lord Griffiths, *Somchai Liangsiriprasert v. The United States* [1991] 1 AC 225; 85 ILR, s. 109.

<sup>45</sup> PCIJ, Series A, No. 10, 1927; 4 AD, s. 153. Örneğin bkz., Ryngaert, *Jurisdiction*, ss. 30 vd.; Mann, 'Doctrine of Jurisdiction', ss. 33-6, 39, 92-3; J. W. Verzijl, *The Jurisprudence of the World Court*, Leiden, cilt I, 1965, ss. 73-98, ve Schachter, 'International Law', s. 250. Ayrıca bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 478 ve A. Hertogen, 'Letting *Lotus* Bloom', 26 EJIL, 2015, s. 901.

<sup>46</sup> PCIJ, Series A, No. 10, 1927, ss. 18-19; 4 AD, s. 155. Bu yeniden tasdik edilmiştir, *R v. Gul* [2013] UKSC 64, paragraf 57.

<sup>47</sup> PCIJ, Series A, No. 10, 1927, s. 19; 4 AD, s. 156.

<sup>48</sup> PCIJ, Series A, No. 10, 1927, s. 20.

<sup>49</sup> *A.g.e.*, s. 24; 4 AD, s. 158.

yazarlar tarafından uzun yıllar eleştirilmiştir.<sup>50</sup> Bu gün için devletlerin yetkilerinin genişliğine yönelik bu vurgunun özellikle uluslararası insan hakları hukukunun gelişmesi nedeniyle aksi yönde gittiği ileri sürülmektedir.<sup>51</sup> Ayrıca *Lotus* prensibinin denizdeki çatmalar bakımından açık denizde meydana gelen olaylarda ilgili denizciler üzerinde yalnızca bayrak devletinin ya da itham olunan failin vatandaşı olduğu devletin yetkili olacağını ifade eden 1958 Açık Denizler Konvansiyonu, Madde 11(1) tarafından reddedilmiş olduğu da dikkate alınmalıdır. Bununla beraber ülkesellik prensibi devletin yalnızca kara ülkesinde işlenen suçları değil, ayrıca karasuları ve bazı hallerde bitişik bölge ve diğer deniz alanları ve açık denizde bir devletin bayrağını taşıyan gemide işlenen suçları da kapsamaktadır.<sup>52</sup>

Modern ulaşım yollarının gelişmesinin ardından devletler ortaya çıkan yeni problemlerle ilgilenmek üzere yeni metotlar geliştirmiştir. Örnek olarak İngiltere ve Fransa arasında bir kara bağlantısı sağlayan Manş Tüneli çerçevesinde söz konusu devletler birbirlerine diğerinin ülkesinde yetki kullanma izni veren bir antlaşma yapmıştır. Bu açıdan 25 Kasım 1991 tarihinde Kanal Bağlantısında Sınır Kontrolleri ve Polis, Ceza Yargılaması, Kamu Güvenliği ve Karşılıklı Yardımlaşmada İşbirliğine Dair Protokol imzalanmıştır.<sup>53</sup> Bu Protokol'e göre Fransız ve İngiliz sınır kontrol memurları bir diğerinin ülkesinin belli alanlarında çalışmak üzere yetkilendirilmiştir. "Kontrol bölgesi" adı verilen bu alanlar Cheriton ve Coquelles arasında işleyen trenlerin içinde ve uluslararası tren istasyonlarında bulunmaktadır. Böylece bir devletin sınır kontrol kuralları ve düzenlemeleri diğerinde uygulanmakta ve icra edilebilmektedir. Özellikle komşu devletin memurlarına diğer devletin kontrol bölgesinde milli yetkilerini kullanarak kendi devletin sınır kontrol kuralları ve düzenlemeleri uyarınca kişileri yakalama ve tutuklama izni verilmektedir. Protokol'ün 38 (2). maddesinde Kanal Bağlantısında (Tünel) her iki devletin de yetkili olduğu ve bir suçun nerede işlendiği kesin olarak saptanamıyorsa veya bir devletin ülkesinde işlenen suç diğer devletin ülkesinde işlenen suçla bağlantılıysa veya bir suç kendi ülkesinde başlamış ya da burada devam etmiş ise kendi kanunlarını uygulayabilecekleri ifade edilmektedir.<sup>54</sup> Ancak böyle bir suçu işlediğinden şüphelenilen kişiyi ilk yakalayanın yetki kullanmada öncelikli olduğu da ayrıca belirtilmiştir.

Bu tür devletlerarası ülkesel yetki düzenlemelerine bir başka örnek 1994 İsrail-Ürdün Barış Antlaşması'nda yer almaktadır. Naharayim/Baqura Alanı ve Zofar/Al-Ghamr Alanı'na ilişkin Antlaşma'nın Ek I (b) ve (c)'sinde geçici olarak özel bir rejim oluşturulmuştur. Her ne kadar söz konusu herbir alanın, İsraililere ait özel toprak mülkiyeti hakları ve diğer mülklere ilişkin haklarla birlikte, Ürdün'ün egemenliğinde olduğu tanınsa da, Ürdün bu maliklerin ve bunların davet ettikleri kişilerin veya çalışanların bu alanlara engelsiz giriş, çıkış, toprak kullanımı ve hareket serbestiyetine

<sup>50</sup> Örneğin bkz., G. Fitzmaurice, 'The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law', 92 HR, 1957, ss. 1, 56-7, ve H. Lauterpacht, *International Law: Collected Papers*, Cambridge, 1970, cilt I, ss. 488-9.

<sup>51</sup> Örneğin bkz., *Anglo-Norwegian Fisheries* davası, ICJ Reports, 1951, s. 116; 18 ILR, s. 86 ve *Nottebohm* davası, ICJ Reports, 1955, s. 4; 22 ILR, s. 349.

<sup>52</sup> Bkz., yukarıda 10. Bölüm.

<sup>53</sup> Protokol İngiltere'de yürürlüğe 1993 Channel Tunnel (International Arrangements) Order ile girmiştir: bkz., örneğin UKMIL, 64 BYIL, 1993, s. 647. Ayrıca bkz., 29 Mayıs 2000 tarihli Protokol, UKMIL, 71 BYIL, 2000, s. 589, ve *Eurotunnel* davası, 30 Ocak 2007 tarihli Kısmi Tazminat Kararı, 132 ILR, s. 1. Özellikle 2003 tarihli Manş Denizi ve Kuzey Denizin'deki Limanlarda Sınır Kontrollerinin Uygulanmasına Dair Antlaşma ("Le Touquet Antlaşması") ve akabinde 2011 yılında 2003 tarihli antlaşmanın uygulanması kapsamında Fransa topraklarında Birleşik Krallık Sınır Yönetimi görevlilerinin silah taşımaya imkan veren antlaşma hükümlerine dikkat ediniz. 20 Ağustos 2015 tarihinde bir Ortak Bakanlık Deklerasyonu ile Birleşik Krallık'ın göçmen krizinin hafifletilmesine yardımcı olmak amacıyla Calais'de (Fransa) kontrol merkezi oluşturmasına izin verilmiştir. [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/455162/joint\\_declaration\\_20\\_August\\_2015.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/455162/joint_declaration_20_August_2015.pdf)

<sup>54</sup> Bu yetki devletlerin deniz altındaki Tünel'e kadar kendi ülkelerinin sınırları içindeki normal ülkesel yetkisine eklenmektedir, Madde 38(1).



izin vermeyi ve bu kişilere kendi gümrük ve göç yasalarını uygulamamayı taahhüt etmiştir. Ayrıca Ürdün özellikle üniformalı İsraili polislerin sadece malikleri, bunların davet ettikleri kişileri veya çalışanları ilgilendiren suçları soruşturmak veya diğer olaylarla ilgilenmek amacıyla alanlara girişlerine minimum formalite ile izin vermeyi üstlenmektedir. Ürdün kendi ceza hukukunu buralarda yalnızca İsrail vatandaşlarını ilgilendiren faaliyetlere uygulamaktan kaçınacak ve İsraililerin sınır ötesi eylemlerine uygulanan İsrail hukuku bu alanlardaki İsraililere ve buradaki faaliyetlerine uygulanabilecektir. İsrail, ilgili kuralların söz konusu alanlarda uygulanmasını sağlamak üzere tedbirler alabilecektir.<sup>55</sup>

Sonuç olarak her ne kadar devletin yetkisi öncelikle ve ağırlıklı olarak ülkesel olsa da kaçınılmaz ve münhasıran böyle değildir ve dolayısıyla devletler ülke dışında yetki kullanılmasına veya ülke içinde diğer devletler tarafından yetki kullanılmasını sağlayan düzenlemelere rıza gösterip göstermemekte özgürdür.<sup>56</sup>

Biraz daha sıra dışı bir durum 1903 ve 1934'de yapılmış antlaşmalar uyarınca ABD'ye kiralanmış olan Küba adasının bir parçasında yer alan ve ABD tarafından tutuklanan kişilerin bulunduğu Guantanamo Körfezi Deniz Üssü bakımından ortaya çıkmıştır. 2001 Afganistan Savaşı'nı takiben bazı kişilerin Guantanamo'ya götürülmesi ve burada tutulması hakkında ABD başlangıçta buranın ABD kontrolünde olsa da egemenliğinde olmamasından ötürü federal yetkinin dışında kaldığını iddia etmiştir.<sup>57</sup> Ancak Yüksek Mahkeme'nin *Rasul v. Bush* kararında, yurt dışında bir silahlı çatışma nedeniyle tutuklanmış olan ve Guantanamo'da bulunan yabancı devlet vatandaşlarının yaptığı tutuklamanın hukukiliğine itiraz dilekçelerine bakmaya ABD Bölge Mahkemeleri'nin yetkili olduklarına hükmetmiştir.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Örnek olarak ayrıca bkz., Panama Kanal Bölgesi üzerindeki yetkisel haklara dair ABD ve Panama arasındaki 1903 ve 1977 antlaşmaları ve diğer NATO devletlerinde bulunan NATO güçlerinin yetki kullanımını düzenleyen 1951 NATO Güçlerin Statüsü Antlaşması. *Eritrea/Ethiopia* davasında Sınır Komisyonu devletlerin bir komşu devletin ülkesinde bir kontrol noktası veya gümrük merkezi kurmasının alışılmadık bir durum olmadığına işaret etmiştir, 13 Nisan 2002 Kararı, 130 İLR, ss. 1, 112. Benzer şekilde *Malaysia/Singapore* davasında, ICJ Reports, 2008, ss. 12, 66, Uluslararası Divan bir devletin bir diğer devletin ülkesinde onun rızası ile bir fener kurup işletebileceği hususuna dikkat çekmiştir.

<sup>56</sup> Yetki ve o yetkinin kullanılması sırasında yapılan eylemlerden kaynaklanan uluslararası sorumluluk yurt dışında işlenen resmi eylemler ve belli durumlarda ilgili ülkenin söz konusu eylem bakımından gerçek kontrole sahip olması nedeniyle de ortaya çıkabilecektir. Örneğin bkz., *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 310, 1995, s. 20; 103 İLR, s. 621 ve *Chiragov v. Armenia*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 16 Haziran 2015, para 168. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için, bkz., yukarıda 6. Bölüm ve uluslararası sorumluluk için, bkz., aşağıda 13. Bölüm.

<sup>57</sup> ABD bu konuda *Johnson v. Eisentrager* 339 US 763 (1950) davasına dayanmıştır.

<sup>58</sup> 542 US 466 (2004). Kongre bunun üzerine Guantanamo Bay'deki yabancı tutukluların *habeas corpus* başvurusuna ilişkin yetkiyi kaldıran 2005 Detainee Treatment Act'i kabul etmiştir. *Hamdan v. Rumsfeld* davasında, 548 US 557, 576-7, Mahkeme yeni hükmün devam etmekte olan davalara uygulanamayacağına karar vermiştir. Bunun ardından 2006 Military Commissions Act ile yeni Kanun'un kabulü zamanında süren başvurular açısından 11 Eylül 2001'den itibaren düşman savaşçı olduğuna karar verilmiş yabancı tutukluların başvurularına ilişkin yetkinin kaldırılması öngörülmüştür. Ancak *Boumediene v. Bush* davasında, 553 US - (2008), US Supreme Court, 12 Haziran 2008, Slip Opinion, *habeas corpus* doktrininin yine de uygulanması gerektiğine, dolayısıyla düşman savaşçıların kendi tutukluluk hallerine karşı federal mahkemelerde dava başvurusu yapmalarına izin verileceğine karar verilmiştir. Çoğunluk adına kararı yazan Hakim Kennedy 'terör eylemlerini önlemek üzere uygulanan tutukluluk halleri için kullanılan hem usuli hem de esasa dair standartları değerlendirirken, siyasi makamlara gereken saygının gösterilmesi gerektiğine' dikkat çekmiş, ancak 'Kanunların ve Anayasa'nın olağanüstü hallerde de ayakta kalmak ve yürürlüğünü devam ettirmek üzere tasarlandığını' ifade etmiştir. *A.g.e.*, ss. 67 ve 70.

### Vatandaşlık Prensibi<sup>59</sup>

Her devlet egemenliğe ve yetki gücüne sahip olduğundan ve her devlet tek tek insanların toplamından oluştuğundan bu ikisi arasında bir bağlantının hukuken kurulması elzemdir. Devlet ve kendi ülkesi içinde bulunan insanları birbirine bağlayan bu bağlantı vatandaşlık kavramı tarafından sağlanır.<sup>60</sup> Vatandaşlığa istinaden bir kişi yurt dışına seyahat etmeyi sağlayan geçerli bir pasaport sahibi olmaktan, oy kullanabilmeye kadar uzanan bir dizi hakka sahip olur. Buna ek olarak vatandaşlar kendileri gibi vatandaş olmayanlara yasaklanmış olabilen birtakım işlere (örnek olarak diplomatik hizmetler) girebilirler. Vatandaşlar yine kendi devletlerinin korumasına ve uluslararası hukukun bu açıdan öngördüğü farklı imtiyazlara hak kazanırlar. Öte yandan devletler diğer devletlerin vatandaşlarına kötü muamelede bulunamayacakları gibi onları normal hallerde kendi ordularında askere alamaz veya devletin ülkesi dışında işlenmiş suçlardan yargılayamazlar.

Vatandaşlık kavramı kişilerin ne gibi haklara sahip olduğunu ve hangi yükümlülükleri yerine getirmek zorunda olduklarını belirlediğinden önemlidir. Problem şudur ki, uluslararası hukukta vatandaşlığın tutarlı, kabul edilmiş bir tanımı yoktur ve devletlerin milli kanunlarında birbiriyle uyuşmayan tanımlar mevcuttur. Bunun yanında vatandaşlıkla bağlantılı haklar ve yükümlülükler de devletten devlete değişmektedir.

Genelde uluslararası hukuk vatandaşlık verilmesine ilişkin şartları devletlerin kendi milli yetkisine bırakır.<sup>61</sup>

Vatandaşlık verilmesi konusu *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* davasında ana meseleyi teşkil etmiştir.<sup>62</sup> Bu dava bazı İngiliz vatandaşlarının çocuklarına Fransız vatandaşlığı verme sonucu doğuran Fransız vatandaşlık kararlarına dair İngiltere ve Fransa arasındaki bir ihtilafla ilgilidir. Bu konuda Milletler Cemiyeti Konseyi tarafından kendisinden bir istişari görüş istenmiş olan Daimi Adalet Divanı şöyle hükmetmiştir:

*“Bir meselenin yalnızca bir devletin yetkisinde olup olmadığı esas olarak göreceli bir konu olup uluslararası ilişkilerin gelişmesine bağlıdır. Dolayısıyla mahkemenin görüşüne göre uluslararası hukukun mevcut durumu açısından vatandaşlık meseleleri prensip olarak devletlerin özel tasarruf alanı içindedir.”*<sup>63</sup>

Ancak her ne kadar devletler vatandaşlık vermek için gereken şartları belirleyebilirlerse de, özellikle diğer devletlerle alakalı bir durum varsa uluslararası hukuk işin içine girer. 1930 Vatandaşlık Kanunlarının Çatışmasına dair Lahey Konvansiyonu'nun 1. maddesinde vurgulandığı üzere:

<sup>59</sup> *The Changing Role of Nationality under International Law* (ed. S. Forlati ve A. Annoni), London, 2013; Ryngaert, *Jurisdiction*, s. 104 vd.; Akehurst, 'Jurisdiction', ss. 156-7; Suçlar Bakımından Yetkiye dair Harvard Research Taslak Sözleşmesi, 29 AJIL, 1935, Supp., ss. 519 vd.; M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, DC, 1967, cilt VIII, ss. 1-22, 64-101, 105-13, 119-87; R. Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, 2. Baskı, New York, 1995; D. Campbell ve J. Fisher, *International Immigration and Nationality Law*, The Hague, 1993; M. J. Verwilghen, 'Conflits de Nationalite, Plurinationalite et Apatridie', 277 HR, 1999, s. 9; J. F. Rezek, 'Le Droit International dela Nationalite', 198 HR, 1986 III, s. 333; H. Silving, 'Nationality in Comparative Law', 5 *American Journal of Comparative Law*, 1956, s. 410, ve P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, ss. 546 vd., ve aşağıda 13. Bölüm.

<sup>60</sup> Pek çok uluslararası belgede bir vatandaşlık hakkı öngörülmektedir. Örneğin bkz., 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi; 1966 Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi; 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi ve 1997 Vatandaşlık Hakkında Avrupa Sözleşmesi. Ayrıca bkz., A. Grossman, 'Nationality and the Unrecognised State', 50 ICLQ, 2001, s. 849.

<sup>61</sup> Vatandaşlığın bir yetki temeli olarak ikamet gibi ilişkili prensipler veya bir vatandaşlık iddiasının ileri sürülmesi vasıtasıyla desteklenebileceğine dikkat edilmelidir. Örneğin bkz., UK Terrorism Act 2000, UK International Criminal Court Act 2001, s. 51 ve bkz., *Joyce v. DPP* [1946] AC 347; 15 AD, s. 91.

<sup>62</sup> PCIJ, Series B, No. 4, 1923; 2 AD, s. 349.

<sup>63</sup> PCIJ, Series B, No. 4, 1923, s. 24.

*“kimin vatandaş olduğuna kendi hukukuna göre karar vermek her bir devlete bırakılmıştır. Bu hukuk uluslararası sözleşmeler, uluslararası teamül ve vatandaşlığa dair genel olarak tanınmış hukuk prensipleri ile uyumlu olduğu sürece diğer devletler tarafından kabul edilecektir.”*

Uluslararası Adalet Divanı ise *Nottebohm* davasında<sup>64</sup> devlet uygulamaları ışığında vatandaşlığı şu şekilde tanımlamıştır:

*“Karşılıklı haklar ve yükümlülüklerin mevcudiyeti ile birlikte, temelinde bağlılık sosyal olgusu, yaşayış, menfaatler ve duygular arasında sahici bir ilişkinin olduğu hukuki bir bağ.”*

Buna göre vatandaşlık kişi ile vatandaşlığı veren devlet arasındaki bağın hukuki bir görünümü olup, kişinin diğer bir devlet yerine o devletle daha yakından bağlı olduğunun tanınmasıdır.<sup>65</sup> Vatandaşlık kavramı ayrıca birey ile uluslararası hukukun tanıdığı menfaatler arasındaki bağlantıyı sağladığından kavramla alakalı, özellikle kazanımına dair, bazı temel fikirlere işaret etmek faydalı olur.<sup>66</sup>

Genel olarak devletlerde vatandaşlığın üzerine kurulduğu en önemli iki prensipten ilki kişinin vatandaş olan ebeveynlerinin soyundan gelmesi (*jus sanguinis*) ve ikincisi de bir devletin ülkesi içinde doğmuş olmasıdır (*jus soli*).

Belli bir devletin vatandaşlarından doğan çocuğun soy nedeniyle o devletin vatandaşlığına alınması genellikle kabul edilen bir prensiptir. Bu fikir özellikle kara Avrupası ülkelerinde kullanılmakta olup, örnek olarak Fransa, Almanya ve İsviçre’de bir çocuk babasının vatandaşlığını almaktadır, ancak birçok ülke sisteminde gayri meşru bir çocuğun annesinin vatandaşlığını alabileceği de belirtilmiştir. Öte yandan İngiltere ve ABD gibi teamül hukuku ülkelerinde *jus sanguinis* doktrini daha sınırlı olup soy itibarıyla vatandaş olan babanın durumu tek başına bir çocuğu vatandaş yapmaya her zaman yeterli olmamaktadır.

*Common law* devletleri genellikle devletin ülke sınırları içinde doğan her çocuğun otomatik olarak vatandaş olacağını öngören *jus soli* kuralını benimsemeyi tercih etmektedir.<sup>67</sup> Örnek olarak 1948 İngiliz Vatandaşlık Kanunu ‘Birleşik Krallık ve Kolonilerde doğan her kişi... doğum itibarıyla Birleşik Krallık ve Koloniler vatandaşı olacaktır’ demektedir.<sup>68</sup> Ancak bunun *jus soli* kuralını uygulayan hemen her ülkede uygulanan bir istisnası vardır ki o da devletin yetkisinden muafiyete hak kazanan kişilerle alakalıdır. Diğer bir deyişle ülkede bulunan diplomatik personelin bu ülkede doğmuş çocukları vatandaşlığı otomatik olarak kazanmazlar.<sup>69</sup> Bu istisnanın kapsamına girenlerin tam olarak kimler olduğu devletten devlete değişmektedir. Bazı devletler bu istisnanın düşman işgalindeki yerlerde düşman yabancı babalardan<sup>70</sup> doğan çocuklara da uygulanmasını şart koşmaktadır.<sup>71</sup>

<sup>64</sup> ICJ Reports, 1955, ss. 4, 23; 22 ILR, ss. 349, 360.

<sup>65</sup> Çifte vatandaşlık ve zararlardan devletin sorumluluğu için bkz., aşağıda 13. Bölüm.

<sup>66</sup> Örneğin bkz., *Nationality and Statelessness under International Law* (ed. A. Edwards ve L. Van Waas), Cambridge, 2014; P. Weiss, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2. Baskı, Germantown, 1979, ve H. F. Van Panhuys, *The Role of Nationality in International Law*, Leiden, 1959. Ayrıca bkz., *Pham v Secretary of State for the Home Department* [2015] UKSC 19.

<sup>67</sup> Örneğin bkz., *United States v. Wong Kim Ark* 169 US 649 (1898).

<sup>68</sup> Ancak şu anda bkz., British Nationality Act of 1981.

<sup>69</sup> Örneğin bkz., *In re Thenault* 47 F.Supp. 952 (1942) ve 1930 Vatandaşlık Hukukunun Çatışmasına Dair Sözleşme, madde 12. Ayrıca bkz., 1961 Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Seçimlik Protokol (UN Conference on Diplomatic Law), madde II.

<sup>70</sup> Ancak bkz., *Ingles v. Sailor’s Snug Harbour* 3 Peters 99 (1830), US Supreme Court.

<sup>71</sup> *Jus soli* kuralının genişletilmesi olasılığı ile bağlantılı değişik problemler, örneğin gemilerde doğum, için bkz., *Lam Mow v. Nagle* 24 F.2d 316 (1928); 4 AD, ss. 295, 296.

Vatandaşlık evlenme yoluyla da kazanılabilir, ancak burada da durum devletten devlete değişmektedir. Bazı devletler kocanın vatandaşlığının otomatik olarak kazanılmasını öngörürken, diğerleri vatandaşlığın koşullu olarak kazanılacağını ve diğer bazıları ise sadece evliliğin vatandaşlık bakımından hiçbir sonuç doğurmayacağını belirtmektedir. Geçmişte bazı devletlerin bir yabancı ile evlenen bir kadının kendi vatandaşlığını kaybedeceğini öngörmüş olması da bazı problemlere neden olmuştur.

1957 Evli Kadının Vatandaşlığına Dair Konvansiyon ile taraf devletler kendi vatandaşlarından bir kadının yabancı ile evlenmesinin kadının vatandaşlığını otomatik olarak etkilemeyeceğini kabul etmiştir; ancak evlenen kadın isterse özel usullerle kocasının vatandaşlığını kazanabilecektir.

1979 Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Konvansiyonu'nun 9. maddesi ile taraf devletlerin kadınlara kendi vatandaşlıklarını kazanma, değiştirme veya muhafaza etmede erkeklerle eşit haklar vereceklerini ve özellikle ne bir yabancı ile evlenmenin ne de evlilik sırasında kocanın vatandaşlığına geçmenin kadının vatandaşlığını otomatik olarak değiştirmeyeceğini, onu vatansız yapmayacağını veya onu kocanın vatandaşlığına zorlamayacağını kabul ettikleri de not edilmelidir. Burada ayrıca kadınların çocuklarının vatandaşlığı bakımından erkeklerle eşit haklara sahip olacakları da belirtilmektedir. Çocuklar açısından 1966 Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, madde 24(3) ile her çocuğun bir vatandaşlık kazanmaya hakkı olduğu öngörülmüş olup bu husus 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi, madde 7 ile tekrar teyid edilmiştir.

Vatandaşlık yabancı bir kişi tarafından genellikle bir minimum ikamet süresi içeren vatandaşlığa kabul usulü yoluyla da kazanılabilmektedir; ancak bunun gerçekleşme şartları ülkeden ülkeye oldukça farklılaşmaktadır.<sup>72</sup>

Birçok devlette özellikle kişisel statüye dair hukuki yetki ilgili tarafların vatandaşlığına bağlıdır. Örnek olarak bir Fransız için herhangi bir yerde evlilik hukuku ile ilgili her türlü uyumsuzlukta uygun hukuk Fransız hukuku olacaktır. Ancak teamül hukuku devletleri bu tür durumlarda hukuk tercihini ilgili kişinin daimi ikametinin (*domicile*) bulunduğu devletin hukuku esasından yana yapmaktadır.

Özellikle kıta Avrupası modeline dayalı hukuk sistemlerine sahip birçok devlet, suç başka bir devletin ülkesinde meydana gelmiş olsa da kendi vatandaşları tarafından işlenmiş suçlarda yetki iddiasında bulunmaktadır.<sup>73</sup> Buna karşın teamül hukuku devletleri yurt dışındaki vatandaşları üzerinde yetki kullanacakları suçları çok ciddi olanlarla sınırlandırmayı tercih etmektedir.<sup>74</sup> İngiltere'de bu genellikle yurt dışındaki İngiliz vatandaşlarınca işlenen vatana

<sup>72</sup> Örneğin bkz., Weiss, *Nationality*, s. 101.

<sup>73</sup> Örneğin bkz., Gilbert, 'Crimes', s. 417. Ayrıca bkz., *Re Gutierrez* 24 ILR, s. 265, *Public Prosecutor v. Antoni* 32 ILR, s. 140 ve *Serre et Regnier*, *Recueil Dalloz Sirey (jurisprudence)*, 1991, s. 395.

<sup>74</sup> Bkz., İç İşleri Bakanı'nun 'Ancak biz cinayet gibi ülkemizde yargılama yetkisi lehine faktörlerin aksi seçeneklere göre ağır bastığı bazı ciddi suçlar hariç ülke dışı yetkiyi istisnai olarak kabul etmekteyiz' şeklindeki açıklaması, HC Deb., cilt 445, col. 1419, *Written Answer*, 2 May 2006, UKMIL, 77 BYIL, 2006, s. 756. Ancak Lord Rodger'in 'prensip olarak Parlamento'nun İngiltere dışındaki İngiliz vatandaşları hakkında yasa yapmasına, söz konusu yasa diğer devletlerin egemenliğini zedelemedikçe, her hangi bir itirazda bulunulamaz' şeklindeki yorumu için, bkz., *Al-Skeini v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26, para. 46; 133 ILR, s. 716.

ihamet, cinayet ve çok eşlilik gibi suçlarla sınırlı tutulmuştur.<sup>75</sup> 1994 Antarktika Kanunu'nun 21. Bölümü uyarınca bir İngiliz vatandaşı İngiltere'de işlemiş olsaydı suç teşkil edecek olan bir şeyi Antarktika'da yapmış veya yapmayı ihmal etmişse, bu durumda o kişi İngiltere'de bir suç işlemiş sayılacak ve yargılanıp hüküm giymesi halinde ceza alacaktır. Buna ek olarak 1991 Savaş Suçları Kanunu, 8 Mart 1990 ve sonrasında İngiliz vatandaşı olan veya İngiltere'de ikamet eden kişiler bakımından yetki öngörmektedir. İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya'nın parçası olan veya Alman işgalinde bulunan bir yerde işlenmiş ve savaş hukukunun ve adetlerinin ihlali sayılan bir suç halinde, iddia edilen suç zamanında kişinin vatandaşlığı ne olursa olsun, o kişi hakkında İngiltere'de cinayet veya adam öldürmekten dava açılabilir.<sup>76</sup> Buna karşılık teamül hukuku devletleri ceza meselelerinde diğer devletlerin yetki bakımından vatandaşlık prensibini geniş kullanmalarına karşı hiçbir zaman protestoda bulunmamıştır.

Son olarak 1982 Deniz Hukuku Konvansiyonu, madde 91 uyarınca gemilerin bayrağını taşımayı hak ettikleri devletin vatandaşlığına sahip oldukları not edilmelidir. Herbir devletin kendi vatandaşlığını gemilere verme, bir gemiyi kendi ülkesindeki sicile kaydetme ve kendi bayrağını taşıması için gereken şartları belirleme gibi hakları vardır. Ancak devlet ile gemi arasında hakiki bir bağlantının bulunması gereklidir.<sup>77</sup> Yine 1944 Şikago Uluslararası Sivil Havacılık Konvansiyonu, madde 17 uyarınca uçaklar da sicile kayıtlı oldukları devletin vatandaşlığına sahiptir, ancak kayıt şartları devletlerin kendi hukuklarına bırakılmıştır.<sup>78</sup>

### Pasif Kişilik Prensibi<sup>79</sup>

Bu prensibe göre bir devlet kendi vatandaşlarını etkilemiş veya etkilemekte olan yurt dışında işlenmiş suçları yargılamak üzere yetki iddiasında bulunabilir.

Bu prensibe dair öncü davalardan biri bir Amerikan vatandaşı tarafından bir Meksikalıyı küçük düşüren bir beyanın Texas'da yayınlanmasına ilişkin 1886 tarihli *Cutting* davasıdır.<sup>80</sup> Meksika pasif kişilik prensibine dayanarak yetkili olduğunu ileri sürerek *Cutting* adlı kişiyi Meksika'da bulunduğu sırada tutuklamış ve bu suçtan (Meksika hukukuna göre) mahkum

<sup>75</sup> Örneğin bkz., the Official Secrets Acts 1911 (s. 10), 1970 (s. 8) ve 1989 (s. 15); the Offences Against the Person Act 1861 ss. 9 ve 57; the Merchant Shipping Act 1894 s. 686(1) ve *R v. Kelly* [1982] AC 665; 77 ILR, s. 284 ve the Suppression of Terrorism Act 1978 s. 4. Bkz., P. Arnell, 'The Case for Nationality-Based Jurisdiction', 50 ICLQ, 2001, s. 955. Şu anda bu yetki yurt dışında işlenen çeşitli cinsel suçları: Bkz. the Sexual Offences (Conspiracy and Incitement) Act 1996; the Sex Offenders Act 1997 ve the Sexual Offences Act 2003 s. 72, ve İngiliz şirketleri veya vatandaşları tarafından yurt dışında işlenen bazı rüşvet ve yolsuzluk suçları: Bkz., the Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001, Kısım 12 ve futbol hooliganizmini kapsayacak şekilde genişletilmiştir, Football Spectators Act 1988, s. 22. *Skiriotos v. Florida* davasında, Hughes CJ'in 'Diğer devletlerin veya bunların vatandaşlarının hakları ihlal edilmedikçe, ABD'yi kendi vatandaşlarının açık denizlerde ve hatta yabancı ülkelerdeki davranışlarını düzenlemekten alıkoymayan herhangi bir uluslararası hukuk kuralı yoktur' şeklindeki açıklaması için, bkz., 313 US 69, 73 (1941); 10 AD, ss. 258, 260. ABD vatandaşlarını ABD dışında, özellikle Antarktika bakımından, işledikleri suçlar için ABD bölge mahkemelerinin yetkisine tabi kılan yasa için, bkz., DUSPIL, 1976, ss. 449-57.

<sup>76</sup> International Criminal Court Act 2001, s. 51, uyarınca İngiliz mahkemeleri ülke dışında işlenmiş soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar bakımından vatandaşlar, ikamet edenler ve İngiliz gizli servisinin yetkisine tabi kişiler üzerinde yetkiye sahiptir. Ayrıca bkz., gemi ve uçakların tabiyeti için yukarıda 10. Bölüm, ve şirketlerin tabiyeti için aşağıda 13. Bölüm. Diplomatik himaye talepleri için bkz., aşağıda 13 Bölüm.

<sup>77</sup> Ayrıca bkz., 1958 Açık Denizlere Dair Cenevre Konvansiyonu'nun 5. maddesi.

<sup>78</sup> Bkz., madde 19.

<sup>79</sup> Örneğin bkz., Ryngaert, *Jurisdiction*, ss. 110 vd.; Akehurst, 'Jurisdiction', ss. 162-6; Mann, 'Doctrine of Jurisdiction', ss. 40-1; E. Beckett, 'The Exercise of Criminal Jurisdiction over Foreigners', 6 BYIL, 1925, s. 44 ve Beckett, 'Criminal Jurisdiction over Foreigners', 8 BYIL, 1927, s. 108; W. W. Bishop, 'General Course of Public International Law, 1965', 115 HR, 1965, ss. 151, 324, ve Higgins, *Problems and Process*, s. 65. Ayrıca bkz., *Eichmann* davası, 36 ILR, ss. 5, 49-57, 304.

<sup>80</sup> J. B. Moore, *Digest of International Law*, Washington, 1906, cilt II, s. 228.

etmiştir. ABD bu durumu sert bir şekilde protesto etmiş, ancak mağdurun şikayetini geri çekmesi üzerine mesele bir neticeye bağlanmadan sona ermiştir.<sup>81</sup>

Bu prensibe karşı güçlü bir muhalefet *Lotus* davasındaki Muhalefet Şerhi'ni yazan Hakim Moore tarafından yapılmıştır;<sup>82</sup> zira Türk Ceza Kanunu bir Türk vatandaşının ülke dışında zarar görmesi halinde yetki öngörmekteydi. Ancak Divan meseleyi tahlil etmemiş ve daha ziyade objektif ülkesel yetki prensibi üzerinde odaklanmıştır.<sup>83</sup>

Pasif kişilik prensibine ilişkin genel kanaat uluslararası hukuka göre bir yetki iddiasında bulunmak için oldukça şüpheli bir temel oluşturduğu yönünde olup, ABD<sup>84</sup> ve İngiltere tarafından bu prensibe güçlü bir şekilde karşı çıkılmaktadır. Ancak birçok devlet tarafından da uygulanmakta olan bir prensiptir.

Bunun yanında 1979 Rehine Alınmasına Karşı Uluslararası Sözleşme'nin 9. maddesi, bu suça dair yetki esaslarının oluşturulmasını detaylandırırken, 'devletin uygun bulması halinde' bir rehinenin vatandaşı olduğu devleti de yetkili saymıştır.<sup>85</sup> ABD söz konusu yetkiyi kullanma imkanını bu Sözleşme'yi uygulamaya sokan 1984 tarihli Çok Amaçlı Suç Kontrol Kanunu<sup>86</sup> ile ABD'nin özel deniz ve ülke yetkisini 'ABD'nin bir vatandaşı tarafından veya ona karşı işlenen bir suç bakımından herhangi bir devletin yetkisi dışında kalan her yeri' içerecek şekilde genişleten bir ceza kanunu hükmüyle benimsemiştir.<sup>87</sup> ABD, *Achille Lauro* olayını takiben,<sup>88</sup> 1986 tarihli Kapsamlı Diplomatik Güvenlik ve Anti-Terörizm Kanunu'nu<sup>89</sup> çıkartmış ve ayrıca ceza kanununun içine bir vatandaşının mağdur olduğu ülke dışında işlenen bir cinayet ve fiziksel şiddet durumunda mahkemelerine yetki tanıyan yeni bir madde eklemiştir. Ancak bu maddede yer alan yetki görüldüğünden daha az kapsamlıdır; zira ABD tarafından bir yargılamanın başlatılabilmesi için Baş Savcı tarafından ilgili suçun bir hükümete veya sivil halka baskı yapmak, korkutmak veya misilleme yapmak amacına yönelik olduğunu gösteren yazılı bir onay verilmesi gereklidir. Bir Lübnan vatandaşının ABD ajanları tarafından uluslararası sularda yakalanması ve bir Ürdün uçağını kaçırma eylemine karışma iddiasıyla ABD'de yargılanması ile ilgili *US v. Yunis (No. 2)*<sup>90</sup> davasında, uçağın kaçırılması ile ABD arasındaki tek bağlantı birkaç Amerikalının o uçuşta bulunmasıydı. Bununla beraber mahkeme hem evrensellik prensibinin<sup>91</sup> hem de pasif kişilik prensibinin dava için uygun bir yetki esası sağladığını kabul etmiştir. Bu açıdan her ne kadar

<sup>81</sup> Bkz., *US Foreign Relations*, 1886, s. viii; 1887, s. 757; ve 1888, cilt II, s. 1114.

<sup>82</sup> PCIJ, Series A, No. 10, 1927, s. 92; 4 AD, s. 153.

<sup>83</sup> PCIJ, Series A, No. 10, 1927, ss. 22-3. Ayrıca bkz., O'Connell, *International Law*, cilt II, ss. 901-2, ve Higgins, *Problems and Processes*, ss. 65-6.

<sup>84</sup> Örneğin ABD'de bulunan Yunan Konsolosu'nun burada meydana gelmiş olan ve Yunan vatandaşlarının uğradığı bir kazaya karışan Amerikan vatandaşlarına gönderdiği mahkeme celbinden ötürü ABD'nin Yunanistan'a gönderdiği protestolar için, bkz., DUSPIL, 1973, ss. 197-8 ve DUSPIL, 1975, ss. 339-40.

<sup>85</sup> Bkz., *Rees v. Secretary of State for the Home Department* [1986] 2 All ER 321. Genel olarak bkz., J. J. Lambert, *Terrorism and Hostages in International Law*, Cambridge, 1990. Ayrıca bkz., 1973 Uluslararası Korunmaya Sahip Kişilere Karşı Suçların Cezalandırılması Sözleşmesi, madde 3(1)c ve 1984 İşkenceye Karşı Sözleşme, madde 5(1)c.

<sup>86</sup> Bkz., section 1203 of the Criminal Code, 18 USC para. 1203, Pub. L. No. 98-473, ch. 19, para. 2002(a), 98 Stat. 1976, 2186.

<sup>87</sup> Pub. L. No. 98-473, para. 1210, 98 Stat. at 2164. Ayrıca bkz., 1975 French Code of Criminal Procedure, article 689(1).

<sup>88</sup> Bkz. bu bölümde aşağıda.

<sup>89</sup> Pub. L. No. 99-399, tit. XII, para. 1202(a), 100 Stat. 853, 896. Örneğin bkz., C. Blakesley, 'Jurisdictional Issues and Conflicts of Jurisdiction', *Legal Responses to International Terrorism* (ed. M. C. Bassiouni), Charlottesville, 1988. Ayrıca bkz., 1975 French Code of Criminal Procedure 1975, article 689(1).

<sup>90</sup> 681 F.Supp. 896 (1988); 82 ILR, s. 344. Ayrıca bkz., *US v. Yunis (No. 3)* 924 F.2d 1086, 1091; 88 ILR, ss. 176, 181.

<sup>91</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

ikinci prensibin uluslararası hukukun en tartışmalı yetki prensiplerinden biri olsa da 'uluslararası toplumun bunun meşruiyetini tanımakta olduğu' ifade edilmiştir.<sup>92</sup> Ayrıca ABD'nin tarihsel olarak pasif kişilik prensibine muhalefet etmiş olmasına rağmen, ABD ve uluslararası toplumun yakın zamanda terörizm ve uluslararası alanda kınanan diğer suçlar bakımından bu prensibi kabul etmiş olduğuna işaret edilmiştir.<sup>93</sup> *Congo v. Belgium (Arrest Warrant)* davasında, Hakim Higgins, Koojmans ve Buergenthal'ın Ortak Ayrı Görüş'ünde de bu gibi özel konularda pasif kişilik prensibinin 'günümüzde göreceli olarak çok az muhalefetle karşılaştığı'na dikkat çekilmiştir.<sup>94</sup>

### Koruma Prensibi<sup>95</sup>

Bu prensip devletlerin kendi güvenliklerine zarar verdiği düşünülen bir eylemi yurt dışında işlemiş olan yabancılar hakkında yargılama yapabileceklerini öngörmektedir. Oldukça yerleşmiş bir kavram olmakla birlikte uygulamada ne kadar genişletileceği ve özellikle hangi eylemlerin kapsam içine alınacağı bakımından belirsizlikler vardır.<sup>96</sup>

Bu prensip bir devletin yaşamsal menfaatlerinin korunması açısından meşrudur; zira bir yabancı ikamet ettiği ülkenin hukukuna göre bir suç işlemiş olmayabilir ve suçlunun iadesi talebi de siyasi suçlar gerekçesiyle reddedilebilir. Bunun kolayca suistimal edilebilen bir prensip olduğu da açıktır; zira önemli devlet fonksiyonlarını korumaktan ziyade yabancı hükümetleri devirmek üzere kolayca manipüle edilebilir. Yine de yabancı devletlerin güvenliği ve bütünlüğüne karşı işlenen suçlar bakımından ulusal hukukların çoğunun yetersizliği yüzünden varlığını halen sürdürmektedir.<sup>97</sup>

Bu prensip kötü şöhretli Nazi yanlısı propagandacı 'Lord Haw-Haw' ile ilgili *Joyce v. Director of Public Prosecutions* adlı İngiliz davasında<sup>98</sup> uygulanmıştır. Aslen Amerika'da doğmuş olan Joyce, İrlanda'da doğmuş olduğunu beyan ederek, 1933 yılında hile yoluyla bir İngiliz pasaportu elde etmiştir. 1939'da İngiltere'den ayrılmış ve Alman radyosu için çalışmaya başlamıştır. Ertesi yıl da Alman vatandaşlığına geçtiğini iddia etmiştir. Dava İngiliz mahkemesinin kendisini savaştan sonra vatana ihanet suçundan yargılama yetkisi olup olmadığı yönündedir. Lordlar Kamarası bu davada yargılama yetkisinin bulunduğu karar vermiştir; zira Joyce kendisini bir İngiliz vatandaşı gibi göstermiş ve İngiliz pasaportunun korumasından (hileli de olsa) yararlanmış. Dolayısıyla Krallığa sadakat borcu olduğu kabul edilmeli ve bu yükümlülüğün ihlalinden sorumlu tutulmalıdır. İhanet suçunun İngiltere ülkesinin dışında işlenmiş olmasının önemi yoktur; zira devletler ülkeleri dışında kendileri aleyhine işlenmiş bir ihanet suçunu görmezden

<sup>92</sup> 681 F.Supp. 896, 901; 82 ILR, s. 349.

<sup>93</sup> 681 F.Supp. 896, 902; 82 ILR, s. 350. Bkz., *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, cilt I, s. 240. Burada 402. paragrafa eklenmiş bir yorumda pasif kişilik prensibinin 'bir devletin vatandaşlarına yönelik terör ve diğer organize saldırılara karşı bunların vatandaşlığına binaen veya bir devletin diplomatik temsilcisi veya diğer yetkililerinin suikaste uğraması hallerinde giderek artan oranda kabul gördüğü' ifade edilmektedir. Ayrıca bkz., *US v. Benítez* 741 F.2d 1312, 1316 (1984), cert. denied, 471 US 1137, 105 S. Ct. 2679 (1985).

<sup>94</sup> ICJ Reports, 2002, ss. 3, 63, 76-7; 128 ILR, ss. 60, 118, 132.

<sup>95</sup> Örneğin bkz., Ryngaert, *Jurisdiction*, ss. 114 vd.; Akehurst, 'Jurisdiction', ss. 157-9; Harvard Research, ss. 543-63, ve M. Sahovic ve W. W. Bishop, 'The Authority of the State: Its Range with Respect to Persons and Places', *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, ss. 311, 362-5. Ayrıca bkz., M. S. McDougal, H. Lasswell ve V. Vlasic, *Law and Public Order in Space*, New Haven, 1963, ss. 699-701.

<sup>96</sup> Örneğin bkz., *In re Urios* 1 AD, s. 107 ve Fransız Ceza Usul Kanunu, madde 694(1).

<sup>97</sup> Örneğin bkz., *Rocha v. US* 288 F.2d 545 (1961); 32 ILR, s. 112; *US v. Pizzarusso* 388 F. 2d 8 (1968), ve *US v. Rodriguez* 182 F.Supp. 479 (1960). Ayrıca bkz., *Italian South Tyrol Terrorism* davası, 71 ILR, s. 242.

<sup>98</sup> [1946] AC 347; 15 AD, s. 91.

gelmek zorunda değildir. Sonuçta Joyce mahkum edilmiş ve eylemlerinden ötürü ceza almıştır.<sup>99</sup> Koruma prensibi belli suçlar bakımından çoklu yetki esasları öngören antlaşmalarda da sıklıkla kullanılmaktadır.<sup>100</sup>

### Evrensellik Prensibi<sup>101</sup>

Bu prensibe göre her devletin belli suçları yargılama yetkisi bulunmaktadır. Bunun nedeni söz konusu suçların uluslararası toplumun bütünü tarafından özellikle mütecaviz kabul edilmesidir. Suçun işlendiği yere bakılmaksızın ve aktif veya pasif vatandaşlık veya uluslararası hukukça tanınmış diğer yetki temelleriyle her hangi bir bağ aranmaksızın, devletin sanıkları yargılama ve mahkum olmaları halinde cezalandırma yetkisi şeklinde tanımlanmış olan evrensel yetkiye açıkça tabi olan iki kategori vardır.<sup>102</sup> Bunlar deniz haydutluğu<sup>103</sup> ve savaş suçlarıdır. Ancak uluslararası antlaşmalar yoluyla sözleşmeciler tarafların yetkisine tabi hale gelen ve evrensel yetki kavramına çok yakın olan ancak kavramsal olarak ayrı bir kategori oluşturan ve sayıları gittikçe artan diğer suçlar da bulunmaktadır.

### Savaş Suçları, Barışa Karşı Suçlar ve İnsanlığa Karşı Suçlar

Günümüzde deniz haydutluğunun yanı sıra savaş suçlarının da evrensel yetkiye tabi olduğu otoritelerin çoğu tarafından kabul edilmektedir; ancak tabiatı itibarıyla söz konusu mesele aşırı derecede hassas ve fazlasıyla siyasi bir haldedir.<sup>104</sup> Her ne kadar İkinci Dünya

<sup>99</sup> ABD uygulaması hakkında bkz., *Rocha v. US* 288 F.2d 545 (1961); *US v. Pizzarusso* 388 F.2d 8 (1968) ve *US v. Layton* 509 F.Supp. 212 (1981). Ayrıca bkz., *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, cilt I, ss. 237 vd. ve 1986 Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act. ABD ayrıca açık denizlerdeki yabancılar üzerinde koruma prensibine dayanarak yetki iddiasında bulunmuştur. Bkz., *the Maritime Drug Law Enforcement Act* 1986 ve *US v. Gonzalez* 776 F.2d 931 (1985) ve ayrıca bkz., S. Murphy, 'Extraterritorial Application of US Laws to Crimes on Foreign Vessels', 97 *AJIL*, 2003, s. 183.

<sup>100</sup> Örneğin bkz., 1979 Rehinelere Sözleşmesi; Uçak Kaçırma Sözleşmeleri ve 1994 Birleşmiş Milletler ve Yardımcı Personelinin Güvenliği Sözleşmesi.

<sup>101</sup> Örneğin bkz., Ryngaert, *Jurisdiction*, s. 120 vd.; Akehurst, 'Jurisdiction', ss. 160-6; Bowett, 'Jurisdiction', ss. 11-14; Harvard Research, ss. 563-92; Jennings, 'Extraterritorial Jurisdiction', s. 156; Gilbert, 'Crimes', s. 423; *Universal Jurisdiction* (ed. S. Macedo), Pennsylvania, 2004; K. C. Randall, 'Universal Jurisdiction under International Law', 66 *Texas Law Review*, 1988, s. 785; M. C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, 1992; L. Reydams, *Universal Jurisdiction*, Oxford, 2003; European Centre for Constitutional and Human Rights, *Universal Jurisdiction Annual Review*, 2015; Redress Report on Legal Redress for Victims of International Crimes, March 2004; M. Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Antwerp, 2005; R. O'Keefe, 'Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept', 2 *Journal of International Criminal Justice*, 2004, s. 735; A. H. Butler, 'The Doctrine of Universal Jurisdiction: A Review of the Literature', 11 *Criminal Law Forum*, 2001, s. 353; M. Henzelin, *Le Principe de l'Universalite en Droit Penal International*, Brussels, 2000, ve L. Benvenides, 'The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope', 1 *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2001, s. 58. Ayrıca bkz., *Congo v. Belgium* davasında hakimlerin görüşleri, ICJ Reports, 2002, ss. 3, 37 (Judge Guillaume) ve 65 (Judges Higgins, Kooijmans ve Buergenthal); the *Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton, 2001, Ağır İnsan Hakları İhlalleri Bakımından Evrensel Yetkiye Dair Kahire Arusha Prensipleri, Inazumi, *Universal Jurisdiction*, s. 5. ve H. Kissinger, 'The Pitfalls of Universal Jurisdiction', *Foreign Affairs*, Temmuz/Ağustos 2001. BM Genel Kurulu Altıncı Komitesi evrensel yetki ilkesinin kapsam ve uygulanması konusunu 2009 yılından beri çalışmaktadır. Örneğin bkz., 64/452 (2009); 68/117 (2013), 69/124 (2014) ve 70/119 (2015) sayılı kararlar. Özellikle bkz. the Report of the UN Secretary General on The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction, A/69/174, 2014.

<sup>102</sup> Bkz., Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından kabul edilen karar, 26 Ağustos 2005, 1. paragraf.

<sup>103</sup> Korsanlık için bkz., yukarıda 7. Bölüm ve 11. Bölüm.

<sup>104</sup> Örneğin bkz., Akehurst, 'Jurisdiction', s. 160; A. Cowles, 'Universality of Jurisdiction over War Crimes', 33 *California Law Review*, 1945, s. 177; *Brownlie's Principles*, ss. 467 vd.; Bowett, 'Jurisdiction', s. 12; Higgins, *Problems and Process*, s. 56; Mann, 'Doctrine of Jurisdiction', s. 93, ve Bassiouni, *Crimes against Humanity*, s. 510. Ayrıca bkz., *Eichmann* davası, 36 *ILR*, ss. 5 ve 277 ve UN War Crimes Commission, 15 *Law Reports of Trials of War Criminals*, 1949, s. 26. Ancak, karşılaştırma için bkz., Hakim Guillaume'un (evrensel yetkiyi korsanlıkla sınırlayan) Ayrı Görüşü, *Congo v. Belgium*, ICJ Reports, 2002, ss. 3, 42; 128 *ILR*, s. 98 ve Ortak Ayrı Görüş, *a.g.e.*, ss. 3, 78; 128 *ILR*, s. 134 (evrensel yetki muhtemelen savaş suçlarına dair 1949 Cenevre Sözleşmeleri bakımından da mevcut olabilir, vs). Ayrıca bkz., yukarıda 7. Bölüm.



Savaş'ından sonra ortaya çıkmış olan savaş suçları ile ilgili kararların meşruiyeti ve içerdikleri prensipler hakkında çok az şüphe bulunsa da, Vietnam savaşı ile bağlantılı Amerikalı personel,<sup>105</sup> 1971 Bangladeş Savaşı'na iştirak etmiş Pakistanlı askerler<sup>106</sup> ve daha sonraki çatışmalarla bağlantılı kişiler hakkındaki savaş suçları iddiaları üzerinde oldukça büyük bir tartışma mevcuttur.

1945 Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı'nın 6. maddesinde, barışa karşı suçlar, savaş hukuku ile adetlerinin ihlalleri ve insanlığa karşı suçlara Mahkeme'nin yetkisi içinde olan suçlar olarak yer verilmiş ve bunlar hakkında bireysel sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir.<sup>107</sup> Bu madde artık uluslararası hukukun bir parçası sayılmaktadır. 1946'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun oybirliği ile kabul edilen bir kararı ile Nürnberg Mahkemesi Şartı'nda yer alan uluslararası hukuk prensipleri ve bu Mahkeme'nin verdiği kararlar açıkça tasdik edilmiştir.<sup>108</sup> 1968 yılında Genel Kurul'un Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar Bakımından Kanuni Sınırlamaların Uygulanmayacağına Dair Sözleşmeyi kabul etmesiyle savaş suçlarının uluslararası hukuka göre, evrensel yetkiye tabi, farklı bir kategori olduğuna ilişkin genel kanı pekiştirilmiştir.<sup>109</sup> Ayrıca 1949 tarihli dört adet Cenevre "Kızıl Haç" Konvansiyonu ile ağır ihlaller bakımından evrensel yetkiyi içeren hükümler getirilmiştir.<sup>110</sup> Söz konusu ağır ihlaller koruma altındaki kişilerin kasden öldürülmesi, bunlara işkence edilmesi veya gayri insani muamele edilmesi, hukuksuz sınırdışı ve rehine alınması gibi suçları içermektedir. Bu liste 1949 Konvansiyonlarına ek 1977 tarihli I. Protokol ile, örnek olarak, sivil nüfusa saldırı gibi durumları da içerecek şekilde genişletilmiştir.<sup>111</sup>

Nürnberg uygulamasında barışa karşı suçların bir devletin yetkilileri tarafından saldırı eylemleri talimatının verilmesini de ihtiva ettiği görülmektedir. Teorik olarak bu konu tartışmalı değilse de uygulamada evrensel yetki çerçevesinde ciddi problemlerin çıkması muhtemeldir.<sup>112</sup> Bunun yanında bu kategorinin uluslararası terörizme desteği içerecek şekilde genişletilip genişletilemeyeceği de tartışmaya açıktır. İnsanlığa karşı suçlar ise açıkça soykırım ve bağlantılı faaliyetleri içermektedir. Bunlar bir uluslararası silahlı çatışma bağlamının dışında da uygulanabildikleri için savaş suçlarından farklı olsalar da, esas olarak aynı maddi suçları içermektedirler.<sup>113</sup> Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması'na

<sup>105</sup> Örneğin bkz., *Calley v. Calloway* 382 F.Supp. 650 (1974), yeniden inceleme 519 F.2d 184 (1975), reddetme 425 US 911 (1976).

<sup>106</sup> Mart 2010'da, Bangladeş 1971 Bağımsızlık Savaşı sırasında "uluslararası suç" (soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar dahil) işlediği iddia edilen kişileri yargılamak üzere 1973 ve 2009 yasaları uyarınca bir Uluslararası Ceza Mahkemesi kurmuştur, bkz., House of Commons Library, 'Bangladesh: The International Crimes Tribunal', 2012, [www.parliament.uk/briefing-papers/SN06318.pdf](http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN06318.pdf). Sanıklardan biri Aralık 2013'de idam edilmiştir, [www.bbc.co.uk/news/world-asia-25356034](http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-25356034).

<sup>107</sup> Ayrıca bkz., 1919 Versailles Antlaşması'nın 228. maddesi.

<sup>108</sup> 95 (I) sayılı karar. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1950, cilt II, s. 195; 253 HL Deb., col. 831, 2 December 1963; *British Manual of Military Law*, Kısım III, 1958, 637. paragraf; *Brownlie's Principles*, ss. 672 vd., ve P. Weiss, 'Time Limits for the Prosecution of Crimes against International Law', 53 BYIL, 1982, ss. 163, 188 vd.

<sup>109</sup> Örneğin bkz., Weiss, 'Time Limits'.

<sup>110</sup> Bkz., Birinci Cenevre Sözleşmesi'nin 49. maddesi; İkinci Cenevre Sözleşmesi'nin 50. maddesi; Üçüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 129. maddesi ve Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 146. maddesi. Ayrıca bkz., G. I. A. D. Draper, *The Red Cross Conventions*, London, 1958, s. 105. Krş., Bowett, 'Jurisdiction', s. 12.

<sup>111</sup> Ayrıca bkz., yukarıda 7. Bölüm ve aşağıda 20. Bölüm.

<sup>112</sup> Örneğin bkz., *R v. Jones* [2006] UKHL 16; 132 ILR, s. 668, ve bkz., yukarıda 4. Bölüm.

<sup>113</sup> Örneğin bkz., L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 3. Baskı, Manchester, 2008, Bölüm 18; E. Schwelb, 'Crimes Against Humanity', 23 BYIL, 1946, s. 178. Ayrıca bkz., kavrama özel bir anlam atfeden Uluslararası Ceza Mahkemesi Taslak Statüsü'nün 20. maddesine ekli Yorum, Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu, A/49/10, 1994, s. 75. Temmuz 2014'te BM Uluslararası Hukuk Komisyonu, İnsanlığa Karşı Suçlar konusunu 66. Çalışma dönemi programına dahil etmiş ve bir Özel Raportör tayin etmiştir. Bkz. Raportör'ün ikinci raporu A/CN.4/690, 21 Ocak 2016.

dair BM Genel Sekreteri Raporu'nun<sup>114</sup> bu Mahkeme'nin Statüsü<sup>115</sup> haline gelmiş olan 5. maddesine dair yorumda 'insanlığa karşı suçlar herhangi bir sivil halka yönelik suçlardır ve uluslararası veya iç nitelikte bir silahlı çatışmada işlenmiş olup olmadıklarına bakılmaksızın yasaklanmıştır' ve 'insanlığa karşı suçlar herhangi bir sivil halka karşı milli, siyasi, etnik, ırki veya dinsel sebeplerle, yaygın veya sistematik saldırıların bir parçası olarak işlenmiş, kasden öldürme, işkence veya tecavüz gibi çok ciddi mahiyette gayri insani eylemlerle ilişkilidir' denmektedir.<sup>116</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran 1998 Roma Statüsü, bu Mahkeme'nin yetkisinin soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu gibi 'uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçlarla' sınırlı olduğunu<sup>117</sup> ve Mahkeme'nin yetkisi içinde olan bir suçu işleyen kişinin Statü uyarınca 'bireysel olarak sorumlu tutulacağı ve cezalandırılacağı' öngörmektedir.<sup>118</sup>

Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 1966 yılında Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlar Taslak Kodu kabul edilmiştir.<sup>119</sup> Kod'un 8. maddesinde yer alan suçlar üzerinde her taraf devletin kendi yetkisini kurmak üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacağı öngörülürken, madde 9'da ülkesinde barışa ve insanlığın güvenliğine karşı suç işlediği iddia edilen bir kişi bulunan devletin bu kişiyi ya yargılanmak üzere iade edeceği ya da kendisinin yargılayacağı öngörülmüştür. Bu son maddenin yorumunda taraf devletlerin milli mahkemelerinin, bu suçlar üzerinde 'evrensel yetki prensibine göre mümkün olan en geniş yetkiyi' kullanma hakkına sahip olacakları belirtilmiştir.<sup>120</sup> Bireysel sorumluluğa tabi Barışa ve İnsanlığa Karşı Suçlar kategorisinin içine saldırı (madde 16);<sup>121</sup> soykırım (madde 17); insanlığa karşı suçlar (madde 18); BM ve bağlı personele karşı suçlar (madde 19); ve savaş suçları (madde 20) girmektedir.<sup>122</sup>

Belli bir eylemin uluslararası suç olarak görülmesi kendiliğinden evrensel yetkinin doğmasına yol açmamakta ve devletlerin uygulaması da böyle bir yetkinin kullanılması bakımından savaş suçları, barışa karşı suçlar ve insanlığa karşı suçların ötesine geçmemektedir. Örnek olarak, 1991 Taslağı'nda yer alan apartheid, paralı askerler ve çevre suçlarına, 1996'da kabul edilen Taslak Kod'da yer verilmemiş olduğundan bunlar *de lege ferenda* olarak kabul edilmektedir.

Evrensel yetkinin ulusal mahkemelerde ortaya konuluşuna gelince; bu konuda başlangıç noktası 1961'de Kudüs Bölge Mahkemesi ve İsrail Yüksek Mahkemesi tarafından karara bağlanmış olan *Eichmann* davasıdır.<sup>123</sup> Eichmann 1951 tarihinde geçerli olan İsrail hukukuna göre savaş suçları, Yahudi halkına karşı suçlar ve insanlığa karşı suçlardan yargılanmış ve mahkum edilmiştir. Bu konuda Bölge Mahkemesi uluslararası hukukun, bu tür suçlar

<sup>114</sup> S/25704, 1993, 47-8. paragraflar.

<sup>115</sup> Security Council resolution 827 (1993).

<sup>116</sup> Bkz., 1994 Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 3. maddesi, Güvenlik Konseyi kararı 955 (1994). Ayrıca bkz., *Barbie* davası, 100 ILR, s. 330 ve *Touvier* davası, *a.g.e.*, s. 337.

<sup>117</sup> Madde 5.

<sup>118</sup> Madde 25.

<sup>119</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu, A/51/10, 1996, s. 9. Bu konu 1982'den beri görüşülmekteydi. Bkz., Genel Kurul kararı 36/106, 10 Aralık 1981. Komisyon tarafından 1954 yılında bir Taslak Kod formüle edilmiş ve BM Genel Kurulu'na sunulmuştur. Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1954, cilt II, s. 150. Genel Kurul bu konunun görüşülmesini saldırının bir tanımı yapılabileceği kadar ertelemiştir, karar 897 (IX). Bu iş 1974 yılında başarılmıştır. Bkz., karar 3314 (XXIX). 1991 yılında Taslak Kod geçici olarak kabul edilmiştir. Bkz., A/46/10 ve 30 ILM, 1991, s. 1584.

<sup>120</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu, A/51/10, 1996, s. 51. Bu saldırı suçuna uygulanmamaktadır.

<sup>121</sup> 8. madde bireylere ilişkin yetkinin bir uluslararası ceza mahkemesine ait olacağını öngörmektedir.

<sup>122</sup> 1991 taslağında yer alan diğer suçlar arasında paralı askerleri göreve alma, kullanma, finanse etme ve eğitime; uluslararası terörizm; uyuşturucu madde kaçakçılığı ve çevreye kasden ve ciddi zarar verme de bulunmaktadır.

<sup>123</sup> 36 ILR, ss. 5 ve 277. Ayrıca bkz. *Barbie* davaları, 78 ILR, ss. 78, 125, 136 ve *Demjanjuk v. Petrovsky* 776 F.2d 571 (1985); 79 ILR, s. 534. İsrail'deki *Demjanjuk* davası bakımından bkz., *Keesing's Record of World Events*, s. 36189.

bakımından devletlerin yetkisini sınırlamak şöyle dursun, gerçekte her devletin yasama ve yargı organlarına bu suçların yasaklanması ve suçluların mahkemeye götürülmesi vazifesi verdiğini açıklamıştır. Bu suçların İsrail devleti kurulmadan önce işlenmiş olması mahkemenin yetkisinin uluslararası hukuka göre evrensel yetki uyarınca haklı biçimde uygulanmasına mani sayılmamıştır. Bu açıdan İsrail iç hukukunun uluslararası hukuka göre zaten mevcut olan suçları yansıttığı kabul edilmiştir.

Bir ulusal mahkemenin yetki kullanması için sanığın hazır bulunmasının gerekip gerekmediği iç hukuka bırakılan bir husustur. Burada farklı devletler farklı yaklaşımlar benimsemektedir. Belçika Temyiz Mahkemesi 12 Şubat 2003 tarihli *HSA et al. v. SA et al.* kararında sanığın hazır bulunmasının gerekli olmadığı görüşünü benimsemiştir.<sup>124</sup> Ancak bu görüş soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları bakımından geniş yetkiler tanıyan (1999'da değiştirilmiş) 1993 Belçika Kanunu bağlamında söz konusu olmuştur. Bu Kanun 23 Nisan 2003'de tekrar değiştirildikten sonra söz konusu uluslararası hukuk kurallarının ciddi ihlaline ilişkin bir iddianın, eylemlerin işlendiği sırada Belçika vatandaşı olan veya Belçika'da en az üç yıldır yasal olarak ikamet eden bir kişiye karşı işlenmiş olması ve hazırlık soruşturması aşaması dahil her türlü yargılamanın ancak Federal Savcı'nun talebi üzerine başlatılabilmesi gibi şartlar getirilmiştir. Buna ek olarak Federal Savcı adaletin uygun şekilde idaresi ve Belçika'nın uluslararası yükümlülüklerine uyması için davanın bir uluslararası mahkeme veya eylemlerin işlendiği yer mahkemeleri veya sanığın vatandaşı olduğu devlet mahkemeleri veya bu kişinin bulunabileceği yer mahkemeleri önüne götürülmesinin daha iyi olacağını düşünmesi halinde davaya devam etmeme kararı verebilecektir.<sup>125</sup> Bu Kanun 5 Ağustos 2003'de bir kez daha değiştirilerek bir dava açmak isteyen yabancıların minimum üç yıldır Belçika'da ikamet ediyor olması şartı getirilmiştir.<sup>126</sup> Bu açıdan sonuç olarak Belçika'nın sanığın yokluğunda evrensel yetki modeli uyarınca yargılamalara izin vermeyi bıraktığı söylenebilir.<sup>127</sup> Bu durum 'evrensel yargı yetkisinin kullanılması sanığın yargılamanın yapıldığı devletin ülkesinde veya bayrağını taşıyan bir gemide veya hukuku uyarınca kayıtlı bir uçakta bulunmasını veya sanık üzerinde diğer hukuki kontrol biçimlerinin bulunmasını gerektirir' diyen Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün yaklaşımı ile örtüşmektedir.<sup>128</sup>

İspanya Yüksek Mahkemesi 25 Şubat 2003 tarihli *Guatemalan Genocide* davasında evrensel yetkinin sadece İspanyol vatandaşlarının kurban olduğu soykırım eylemleri için geçerli olduğuna karar vermiştir.<sup>129</sup> Ancak bu karar 26 Eylül 2005 tarihinde, insanlığa karşı suçlara ilişkin iç yetki hükümlerinin yalnızca soykırım kurbanı olan İspanyol vatandaşları ile sınırlı olmadığına ve bir davanın başlatılması için İspanya ile bir bağa ihtiyaç olmadığına karar veren Anayasa Mahkemesi tarafından bozulmuştur.<sup>130</sup>

<sup>124</sup> 1982'de, Lübnan'daki Shabra ve Shatilla kamplarındaki olaylara ilişkin olarak Ariel Sharon, Amos Yaron ve diğerlerine yönelik ithamlar için, bkz., No. P. 02.1139. F/1.

<sup>125</sup> Bkz., madde 16(2), 42 ILM, 2003, ss. 1258 vd.

<sup>126</sup> *Moniteur Belge*, 7 Ağustos 2003, ss. 40506–15.

<sup>127</sup> Örneğin bkz., Inazumi, *Universal Jurisdiction*, s. 97. Ayrıca bkz., 'Belgium's War Crimes Statute: A Postmortem', 97 AJIL, 2003, s. 888.

<sup>128</sup> 26 Ağustos 2005 tarihli Karar, paragraf 3(b).

<sup>129</sup> 327/2003 sayılı karar. Ayrıca aynı mahkemenin birkaç ay sonra *Peruvian Genocide* davasında, İspanyol mahkemelerinin Perulu yetkililer tarafından 1986 yılından itibaren işlemiş oldukları soykırım ve diğer ciddi suçlara ilişkin talepler hakkında evrensel yetki kullanamayacaklarına hükmettiği karar için bkz., Judgment No. 712/2003.

<sup>130</sup> Judgment No. 237/2005. Örneğin bkz., N. Roht-Arriaza, 'Guatemala Genocide Case: Judgment no. STC 237/2005', 100 AJIL, 2006, s. 207. İspanya 2009 yılında kabul etmiş olduğu bir kanunla evrensel yetkinin gelecekte kullanılmasını kurbanın İspanyol olduğu; sanıkların İspanya'da bulunduğu; veya İspanyol menfaatleri ile diğer açık bir bağın bulunduğu davalarla sınırlamıştır. İngiltere'de savaş suçları, deniz haydutluğu ve terör suçlarının özel kovuşturulması durumunda yakalama emri çıkarılmadan önce Kamu Savcılığı Başkanı'nun izninin gerektiğini not ediniz. Bkz., madde 13, 2011 tarihli Polis Reformu ve Sosyal Sorumluluk Kanunu.

### Yetki Veren Antlaşmalar

Deniz haydutlarını ve savaş suçlularını yakalamak ve yargılamak için kabul edilmiş olan evrensel yetkinin yanında, uluslararası toplum tarafından ayrıca su altı kablolarını tahrip etmekten, uyuşturucu kaçakçılığına ve köleliğe kadar uzanan farklı faaliyetlerin kontrol altına alınması amacıyla yapılmış çok sayıda antlaşma bulunmaktadır.<sup>131</sup> Bu antlaşmalar ilgili devletin yetkisini kullanmasını öngörmekte fakat evrensel yetki vermemektedir. Bazı antlaşmalar ise taraf devletlere milli hukukta yetki kullanma yükümlülüğü yükleyerek mümkün olan en geniş devletler grubunca farklı esaslara göre yetki kullanmasını öngören evrensel-benzeri yetki denebilecek bir yetki oluşturmaktadır. Bazı durumlarda ilgili suçun yasaklanması bir *jus cogens* teşkil edebilecektir. Bir *jus cogens* normun mevcut olduğu hallerde, özellikle suçun çok ciddi sayılması durumunda, bir evrensel yetkinin kurulabileceği görüşü de ileri sürülmektedir.<sup>132</sup> Bu bakımdan daha doğru olan, bu tür durumlarda milli hukuk düzenlerinin sanıklar üzerinde geçerli biçimde yetki kurma ve kullanabilmesinin uluslararası hukukça tanınmış olduğu şeklindeki yaklaşımdır. Bunun için sanığın ilgili devlette hazır bulunması gerekecek ve bu suretle, örnek olarak bir deniz haydutunun açık denizde yakalanması ve ardından devlette yargılanmasında olduğu gibi, asıl evrensel yetkiden ayrılacaktır. Bu nedenle bu tür durumlarda söz konusu olan yetki tipi gerçek evrensel yetki olarak tanımlanmamakta, fakat daha ziyade evrensel-benzeri sayılmaktadır.<sup>133</sup> Hakim Higgins, Koojmans ve Buergethal'ın *Congo v. Belgium* davasındaki Ortak Ayrı Görüşlerinde bu durum gerçek evrensel yetki olmaktan daha ziyade 'kişiler üzerinde zorunlu ülkesel yetki' veya 'sınır ötesi olaylar için kişiler üstünde bir ülkesel yetki kurma yetkisi' sayılmıştır.<sup>134</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu antlaşmaların birçoğunun sadece bir devletin ilgili yetkiyi kullanabileceğini öngörmesi değil, ancak taraf devletin bu yetkiyi kullanmasını gerekli kılmasıdır. Örneğin, birçok antlaşma suç işlediği iddia edilen kişiyi ya yargılamayı yada yargılayacak devlete iade etmeyi öngörmektedir.<sup>135</sup>

Evrensel-benzeri modeli takip eden, yani bazı tanımlanmış suçların taraf devletlerin iç hukuk düzenlerinde cezai suç sayılmasını; devletin ülkesinde bulunan sanıkların tutuklanmasına yönelik bir yükümlülüğün kabul edilmesini ve ardından bu kişilerin ülkesellikten, vatandaşlığa ve pasifik kişilik esasına kadar uzanan birçok muayyen yetki temeline göre yargılanmasını öngören çok sayıda antlaşma mevcuttur. Bu tür antlaşmalar ayrıca karşılıklı adli yardımlaşmayı ve taraf devletler arasında yapılan herbir suçluların iadesi antlaşmasında söz konusu suçların iadeye tabi suç addedilerek antlaşmaya dahil edilmesini öngörmektedir. Söz konusu antlaşmalara örnek olarak 1984 BM İşkenceyi Önleme Sözleşmesi'nin<sup>136</sup> yanı sıra rehine alınması, sahte para basılması, uçak kaçırma ve uyuşturucu ticaretine dair bir takım antlaşmalar verilebilir. Bu tür antlaşmalar kabul edilmelerinin ardından iç hukuklarda uygulamaya sokulmaktadır.<sup>137</sup>

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırlamış olduğu Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü Taslağı'nda mahkemenin bazı durumlarda bir dizi 'antlaşma suçları' bakımından<sup>138</sup>

<sup>131</sup> Örneğin bkz., Akehurst, 'Jurisdiction', ss. 160-1 ve Ryngaert, *Jurisdiction*, ss. 100 vd.

<sup>132</sup> Örneğin bkz., Millett LJ, *Ex parte Pinochet* (No. 3) [2000] 1 AC 147, 275; 119 ILR, s. 229. Ayrıca bkz., R. Van Alebeek, 'The Pinochet Case: International Human Rights Law on Trial', 71 BYIL, 2000, s. 29.

<sup>133</sup> Ayrıca 'şartlı evrensel yetki' ifadesi de önerilmiştir: bkz., A. Cassese, 'When may Senior State Officials be Tried for International Crimes?', 13 EJIL, 2002, ss. 853, 856.

<sup>134</sup> ICJ Reports, 2002, ss. 3, 74-5; 128 ILR, ss. 60, 130-1. Ayrıca devletin ülkesinde yakalanmış ve iade edilmemiş suçluların yargılanmasını öngören söz konusu uluslararası antlaşmalar için "tamamlayıcı evrensel yetki" terimini kullanan Hakim Guillaume'un Ayrı Görüşü için bkz.: *a.g.e.*, s. 40; 128 ILR, s. 96.

<sup>135</sup> Örneğin bkz., Mills, 'Rethinking Jurisdiction', ss. 209 vd.

<sup>136</sup> Ayrıca bkz., yukarıda 6. Bölüm.

<sup>137</sup> Örneğin bkz., Birleşik Krallık Rehine Alma Kanunu 1982.

<sup>138</sup> Yani 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve I. Protokol; 1970 Lahey Sözleşmesi; 1971 Montreal Sözleşmesi; 1973 Apartheid Sözleşmesi; 1973 Uluslararası Korumaya Sahip Kişiler Sözleşmesi, 1979 Rehinelere Sözleşmesi; 1984 İşkence Sözleşmesi; 1988 Deniz Ulaştırmasının Güvenliği Sözleşmesi ve 1988 Protokolü ve 1988 Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Sözleşme. Bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu, A/49/10, 1994, ss. 141 vd.

yetkili olabileceğini önermiş olması dikkatle not edilmelidir. Ancak bu öneri daha sonraki tartışmalarda kabul edilebilir bulunmamış ve 1998 Roma Statüsü'nde yer almamıştır. Bu tür antlaşmalardan bazılarında yakından bakmak faydalı olabilir. 1984 İşkenceye Karşı Sözleşme'de, her taraf devletin bütün işkence eylemlerinin kendi ceza kanunlarına göre suç sayılmasını sağlayacakları<sup>139</sup> ve kendi yetkileri altındaki ülkelerde veya bu devletlere kayıtlı bir gemi ya da uçakta işlenmiş veya sanığın vatandaş olduğu veya devletin uygun görmesi halinde mağdurun vatandaş olduğu durumlarda işkence suçları üzerinde kendi yetkilerini kurmak üzere gerekli tedbirleri alacakları öngörülmektedir.<sup>140</sup> Dahası her taraf devlet bu suçun taraf devletler arasında yapılmış suçlarının iadesi antlaşmaları çerçevesinde iadeye tabi bir suç teşkil ettiğini ve<sup>141</sup> sanıkları ya iade etmeyi ya da yargılamayı kabul etmektedir.<sup>142</sup> Bu Sözleşme *Ex parte Pinochet (No. 3)* davasında mülahaza konusu olmuş ve Lordlar Kamarası'nın çoğunluğu İşkenceye karşı Sözleşme'nin hükümleri, 1988 Ceza Adaleti Kanunu bölüm 134 tarafından uygulamaya sokulana kadar geçen sürede, İngiltere dışında işlenmiş bir işkencenin İngiliz hukukunda cezalandırılabilir bir suç olmadığına hükmetmiştir.<sup>143</sup> Ancak Lord Millett işkencenin uluslararası teamül hukukuna göre de evrensel yetkiye tabi bir suç olduğunu ve uluslararası teamül hukuku İngiliz içtihat hukukunun bir parçası olduğundan,<sup>144</sup> İngiliz mahkemelerinin 'uluslararası teamül hukukuna göre evrensel yetki bakımından sınıraşıcı cezai yetkilerinin bulunduğu ve her zaman da bulunmuş olduğu' görüşünü benimsemiştir.<sup>145</sup> Diplomatik Ajanlar da Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1973'de kabul edilmiş ve 1977 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme taraf devletlerin söz konusu kişilere, bu kişilerin oturdukları binalar ve taşıma araçlarına saldırı gibi eylemleri kendi hukuklarında suç kabul etmelerini şart koşmaktadır.<sup>146</sup> Bu yükümlülük mevcut ceza yasalarında ya hiç ya da çok az bir değişiklik gerektirmektedir. Her devlet bu suçlardan birinin kendi ülkesinde veya bu devlette kayıtlı gemi ya da uçaklarda işlendiği ya da sanığın kendi vatandaşı olduğu veya suçun o devlet adına faaliyet gösteren uluslararası koruma altındaki bir kişiye karşı işlendiği hallerde kendi yetkisini kuracaktır.<sup>147</sup> Sözleşme'ye göre bir kişi şayet bir devlet veya hükümet başkanı veya dış işleri bakanı veya bir devlet temsilcisi ya da bir uluslararası örgüt memuru ise uluslararası koruma altında sayılmaktadır.<sup>148</sup>

1979 tarihli Rehine Alınmasına Karşı Uluslararası Sözleşme, 1983 yılında yürürlüğe girmiş olup, Uluslararası Korunan Kişiler Sözleşmesi gibi taraf devletlerden bu suçun milli

<sup>139</sup> Madde 4.

<sup>140</sup> Madde 5.

<sup>141</sup> Madde 8.

<sup>142</sup> Madde 7.

<sup>143</sup> [2000] 1 AC 147, 148, 159–60, 188–90, 202, 218–19 ve 233; 119 ILR, s. 135. Bölüm 134 uyarınca milliyeti ne olursa olsun bir resmi görevli yada resmi sıfatla hareket eden eden kişi, resmi görevinin ifası sebebiyle kasdi olarak bir başka kişiye Birleşik Krallık'ta *veya başka bir yerde* çok ağır acı çektirirse işkence suçu işlemiş olur. (vurgu eklenmiştir) Bu hüküm uyarınca tek başarılı yargılama *Zardad* davası olmuştur. Bu davada 2005 yılında Afganistanlı bir savaş ağası hüküm giymiştir. Bkz., UN Committee against Torture, 19. madde uyarınca taraf devletlerin sunduğu raporların görüşülmesi, taraf devletlerin beşinci periyodik raporları 2008 yılına kadar sunulacaktır, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 21 Mayıs 2012, CAT/C/GBR/5, ss.44 et seq. Ayrıca bkz., K. Grady, 'International Crimes in the Courts of England and Wales', *Criminal Law Review*, 2014, s. 693. Ayrıca bu hüküm uyarınca Albay Kumar Lama'nın kovuşturulmasının başarısız olduğunu not ediniz. Albay Lama işkence suçundan beraat etmiş ve ikinci suç isnadı delil yetersizliğinden dolayı geri çekilmiştir. Örneğin bkz., <http://www.bbc.co.uk/news/uk-england-sussex-37290487>

<sup>144</sup> Bkz., yukarıda 4. Bölüm.

<sup>145</sup> [2000] 1 AC 147, 276; 119 ILR, s. 135. Ayrıca bkz., R. O'Keefe, 'Customary International Crimes in English Courts', 72 BYIL, 2001, s. 293.

<sup>146</sup> Madde 2. Örneğin bkz., UK Internationally Protected Persons Act 1978.

<sup>147</sup> Madde 3.

<sup>148</sup> Madde 1.

hukuklarında cezalandırılabilir hale getirmelerini,<sup>149</sup> kendi ülkelerinde bulunan sanıkları ya iade etmeleri ya da yargılamalarını ve rehine alma suçunu mevcut ve gelecekteki iade antlaşmalarına dahil etmelerini istemektedir. Bir taraf devletin yetki kullanabilmesinin esaslarını düzenleyen 5. madde, bir devletin kendi ülkesinde veya bu devlette kayıtlı bir gemi veya uçakta; kendi vatandaşlarından birisi tarafından veya bu devletin uygun bulması halinde ülkesinde mutad ikametgahı bulunan vatansız kişiler tarafından; devleti herhangi bir eylemi yapmaya veya yapmamaya zorlamak için; veya uygun görmesi kaydıyla kendi vatandaşı rehin alınmış olan bir devlete karşı işlenmiş suçları kapsamaktadır.

1994 Birleşmiş Milletler ve Bağlı Personelinin Güvenliğine Dair Konvansiyon, BM veya bağlı personel veya mallarına yapılan saldırıların taraf devletlerin iç hukuklarında bir suç sayılmasını<sup>150</sup> ve bu suçun devletin ülkesinde veya bu devlette kayıtlı bir gemi veya uçakta işlenmesi veya sanığın bu devletin bir vatandaşı olması halinde bu suçlar bakımından yetkinin kurulmasını öngörmektedir. Taraf devletler aynı zamanda bu suçların ilgili devlette mutad ikametgahı bulunan vatansız bir kişi veya bu devletin vatandaşına karşı ve bu devleti herhangi bir eylemi yapmaya veya yapmamaya zorlamak için işlenmesi halinde bunlar üzerinde kendi yetkilerini kurabileceklerdir.<sup>151</sup> Buna ek olarak sanığın ülkesinde bulunduğu devlet bu kişiyi ya yargılamak ya da iade etmek zorundadır.<sup>152</sup>

Uçaklar ile ilgili kaçırma ve diğer hukuka aykırı eylemlere gelince, bu konuyla ilgili antlaşmalar 1963 Uçaklarda İşlenen Suçlar ve Diğer Bazı Eylemlere İlişkin Tokyo Sözleşmesi, 1970 Uçakların Kanun Dışı Yollarla Ele Geçirilmesine Dair Lahey Sözleşmesi ve 1971 Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Montreal Sözleşmesi'dir. Son iki antlaşma 1960'ların sonlarında sivil uçaklar üzerinde meydana gelmiş olan kaçırma ve saldırı dalgasının sonucunda ortaya çıkmıştır ve bu eylemleri yapanların nasıl yakalanacağı ve cezalandırılacağı problemini düzenlemeye çalışmaktadır.

Tokyo Sözleşmesi hem genel nitelikteki suçlara ve hem de, suç olsun veya olmasın, uçağın veya orada bulunan kişilerin veya malların güvenliğini tehlikeye atan ya da güvertedeki düzen ve disiplini bozan eylemlere uygulanmaktadır. Sözleşme, uçak uçuş halinde veya açık denizler üzerinde veya devletlerin ülkesi dışında başka bir yerde iken, uçağın kayıtlı olduğu sözleşmecî devletin yetkisini öngörmektedir. Sözleşmecî devletlerden böyle durumlarda bu uçak üzerinde kendi hukukları uyarınca yetki kullanmak üzere gereken tedbirleri almaları istenmiştir. Buna ek olarak Sözleşme bazı özel durumlarda uçağın kayıtlı olduğu devlet olmayan diğer sözleşmecî devletler tarafından uçağın içinde işlenen bir suç üzerinde cezai yetki kullanmak için uçuş halindeki bir uçağa müdahale edilmesine de izin vermektedir. Bu özel durumlar şunlardır: suçun neticelerinin bu devletin ülkesinde hasıl olması; suçun bu devletin vatandaşı veya bu devlette daimi ikametgahı bulunan bir kişi tarafından veya ona karşı işlenmesi; bu devletin güvenliğine karşı işlenmesi; bu devlette yürürlükte olup uçakların uçuşu veya manevrasına müteallik kural veya nizamların bir ihlali mahiyetinde ise ya da çok taraflı bir uluslararası antlaşma gereği bu devlete düşen bir yükümlülüğü yerine getirmek için bu yetkinin kullanılmasının gerekli olması.<sup>153</sup> Sözleşme'de herhangi bir iade yükümlülüğü öngörülmemiştir.

Lahey Sözleşmesi uçuş halindeki bir uçağın güvertesinde bu uçağın hukuka aykırı ele geçirilmesine karışan bir kişinin, sözleşmecî devletlerin ciddi cezalarla cezalandırmayı üstlendikleri bir suç işlediğini varsaymaktadır. Her sözleşmecî devlet, bu suç ilgili taraf

<sup>149</sup> Örneğin bkz., UK Taking of Hostages Act 1982.

<sup>150</sup> Madde 9.

<sup>151</sup> Madde 10.

<sup>152</sup> Madde 14.

<sup>153</sup> Madde 4. Bkz., S. Shuber, *Jurisdiction over Crimes on Board Aircraft*, The Hague, 1973; N. D. Joyner, *Aerial Hijacking as an International Crime*, Dobbs Ferry, 1974, ve E. McWhinney, *Aerial Piracy and International Terrorism*, 2. Baskı, Dordrecht, 1987. Ayrıca bkz., US Anti-Hijacking Act of 1974.

devlette kayıtlı bir uçağın içinde işlenmiş ise, söz konusu uçak sanık halen içinde iken kendi ülkesine indiğinde, veya bu suç şirket iş merkezi veya böyle bir iş yeri bulunmaması halinde daimi ikametgahı ilgili taraf devlette olan bir kiracıya uçuş ekibi olmadan kiralanmış bir uçağın güvertesinde işlenmiş ise, söz konusu suç veya bağlantılı şiddet eylemleri üzerinde yetki kullanmak üzere gerekli tedbirleri alacaktır. Sözleşme ayrıca ülkesinde sanığın bulunduğu sözleşmeciler devletlerin bu kişiyi ya iade etmelerini veya yargulamalarını öngörmektedir. Bu Sözleşme'ye 2010 yılında eklenen Protokol Lahey Sözleşmesi'nin kapsamını uçak kaçırmanın değişik biçimlerini, modern teknolojik yöntemler dahil, içerecek şekilde genişletmektedir.

Montreal Sözleşmesi yetki ve iade bakımından Lahey Sözleşmesi'ne benzer kuralları içermekte fakat uçak kaçırma doğrudan ele almaktan ziyade uçuş halindeki ve yerdeki sivil uçaklara karşı saldırı ve sabotajları kontrol ve cezalandırmayı amaçlamaktadır.<sup>154</sup> Montreal Sözleşmesi'ne 1988'de bir Protokol eklenmiştir. Protokol uluslararası sivil havacılığa hizmet veren havaalanlarına ciddi zarar veren veya vermesi muhtemel hukuka aykırı şiddet eylemlerini ve uluslararası sivil havacılığa hizmet veren bir havaalanındaki tesisleri veya orada bulunan servis dışı bir uçağı tahrip eden veya ciddi zarar veren ya da havaalanındaki hizmetleri aksatan saldırı eylemlerini bastırmayı öngörmektedir.<sup>155</sup> 2010 yılında Pekin Sözleşmesi, Montreal Sözleşmesi ve Protokol'ü güncellemiştir. Bu sözleşme ile sivil uçağın ölüme, ciddi bedensel yaralanmaya veya ciddi tahribata sebebiyet vermek amacıyla kullanımı; ölüme, ciddi bedensel yaralanmaya veya ciddi tahribata sebebiyet vermek amacıyla sivil uçağın biyolojik, kimyasal, nükleer veya benzeri maddeleri salmak veya boşaltmak üzere kullanımı; ile bu tür bir silahın uçakta veya sivil bir uçağı karşı kullanımı fiilleri yasaklanmaktadır. Hava ulaşım imkanlarına karşı siber saldırılar bu Sözleşme uyarınca suç teşkil etmektedir. Sözleşme ayrıca önceki belgelerdeki yargılama yetkisinin kapsamını genişletmektedir. Buna göre taraf devletler söz konusu suç kendi vatandaşları tarafından işlendiğinde yada suçun mağduru kendi vatandaşı olduğunda yargılamada bulunacaklardır.<sup>156</sup>

Bu antlaşmalarda çeşitli geniş yetki esasları dikkat çekmektedir; ancak evrensel yetkinin kendisi dahil edilmemiştir. Bununla beraber artık yaygın olarak kınanmakta olan uçak kaçırma olayları uygulamada fiilen evrensel yetkiye tabi uluslararası bir suç haline gelmiştir.<sup>157</sup> Bu açıdan uluslararası terörizmin de zamanla evrensel yetkiye tabi bir suç olarak kabul edilmesi mümkündür.<sup>158</sup>

<sup>154</sup> Tokyo ve Lahey Sözleşmeleri'nin askeri, gümrük veya polis hizmetlerinde kullanılan uçaklara uygulanmadığına dikkat ediniz. Bkz., sırasıyla madde 1(4) ve 3(2).

<sup>155</sup> 1986 yılında Suriye istihbaratının desteği ile Londra'daki bir İsrail uçağına bomba yerleştirme girişiminin İngiltere'de görülmekte olan bir dava sırasında ortaya çıkması üzerine Avrupa Topluluğu'nun Suriye'ye yaptırım kararı almış olduğu Hindawi olayı için bkz., *Keesing's Contemporary Archives*, ss. 34771-2 ve 34883-4.

<sup>156</sup> Ağustos 2016 itibarıyla bu Sözleşme ve Protokol henüz yürürlükte değildir. Bkz. <http://www.icao.int/secretariat/legal/lists/current%20lists%20of%20parties/allitems.aspx>

<sup>157</sup> Bkz., *US v. Yunis* (No. 2) 681 F.Supp. 896, 900-1 (1988); 82 ILR, ss. 344, 348. Ayrıca bkz., *US v. Yunis* (No. 3) 924 F.2d 1086, 1091 (1991); 88 ILR, ss. 176, 181.

<sup>158</sup> *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, davasında, ABD Bölge Mahkemesi'nin 'uluslararası terörizm evrensel yetkiye tabidir' şeklindeki açıklaması, 999 F.Supp. 1, 14 (1998); 121 ILR, s. 618. Ayrıca bkz., 2006 Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunması Sözleşmesi'nde bütün taraf devletlerden zorla kaybedilmeleri bir suç haline getirmesini istemekte ve ayrıca yaygın ve sistematik zorla kaybedilme uygulamasını insanlığa karşı bir suç olarak tanımlamaktadır. Taraf devletler yargı yetkisini ülkesellik, vatandaşlık veya uygun görürlerse pasif kişilik prensibi temelinde kurmak üzere gerekli tedbirleri almak ve bunun ardından ya yargılama yapmak ya da iade etmek zorundadırlar. Zorla kaybedilme suçu Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önce taraf devletler arasında mevcut iade antlaşmalarında iadeye tabi bir suç olarak dahil edilmiş sayılmakta ve taraf devletler bu suçu iadeye tabi bir suç olarak gelecekteki antlaşmalara dahil etmeyi üstlenmektedirler, ayrıca bu suçun bir siyasi suç veya bir siyasi suçla bağlantılı bir suç veya siyasi kaygılarla işlenmiş bir suç sayılmayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla böyle bir suça ilişkin bir iade talebi yalnızca bu gerekçelerle reddedilemeyecektir. Ayrıca hiçbir kişi, zorla kaybedilmeye tabi tutulacağından şüphelenmek için esaslı gerekçelerin bulunduğu bir devlete gönderilemeyecektir.

Elbette devletlerin söz konusu Sözleşmelerdeki yükümlülüklerine saygı göstermemeleri veya bunlara taraf olmaları halinde devlet uygulamasının uçak kaçırma'yı artık hukuka aykırı bir eylem olarak tanıdığı varsayımına dayalı bir teamül hukukuna saygı göstermemeleri halinde uygulamada sorunlar ortaya çıkması mümkündür.<sup>159</sup> Bu gibi hallerde Birleşmiş Milletler ve ilgili uluslararası havacılık örgütlerine başvurmaya ek olarak birkaç olasılık mevcuttur.<sup>160</sup> Bu açıdan aynı görüşteki devletler, ihlal eden devletlere yaptırım uygulama yoluna gidebilir. Örnek olarak 1978 Bonn Deklarasyonu'nda, 'bir uçağı kaçırmış ve/veya bu uçağı geri getirmemiş kişileri iade etmeyi veya yargılamayı reddeden bir devlet' karşısında bu ülkeden ve buradaki havayollarından gelen bütün uçuşların durdurulması için tedbirlerin alınabileceğine karar verilmiştir.<sup>161</sup> Uçağı kaçırmanın iadesini veya yargılanmasını öngören ikili düzenlemeler de yapılabilecektir.<sup>162</sup> Ayrıca devletler kendi ülkelerinde bulunan sanıkların yargılanmalarını sağlayacak<sup>163</sup> veya daha genel olarak terörizm ile mücadeleyi amaçlayan kanunlar da çıkarabilir. Örnek olarak 1984 ABD Uluslararası Terörizmle Mücadele Kanunu'nda öncelikle (ancak münhasıran değil) bu devletin ülkesel yetkisi içinde yapılan çok çeşitli terörizm eylemlerine dair bilgi verenler için ödül verilmesi öngörülmektedir.<sup>164</sup>

Bu konuda devletler diğer genel nitelikte kendi kendine yardım yollarına da başvurabilmektedir. Örnek olarak 1973'de İsrail savaş uçakları, daha önce kaçırılmış bir uçakta bulunan sivilleri öldürmekten sorumlu tutulan bir gerilla liderini tutuklamak üzere, Lübnan hava sahasındaki bir sivil uçağı başarısız bir müdahalede bulunmuştur.<sup>165</sup> Ancak bu eylemden ötürü İsrail, BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü tarafından kınanmıştır.<sup>166</sup>

İtalyan turist gemisi Achille Lauro'yu kaçırarak taşıyan bir Mısır sivil uçağına 10-11 Ekim 1985 gecesi Akdeniz üzerinde ABD savaş uçakları müdahalede bulunmuş ve Sicilya'ya inmeye zorlamıştır. ABD bu eylemini genel olarak uluslararası terörle mücadeleye dayanarak meşrulaştırmaya çalışırken, İngiliz Dışişleri Bakanı bu durumun insan kaçırma ve rehine almaya dair uluslararası antlaşmalarla alakalı olduğuna dikkat çekmiştir.<sup>167</sup> Ancak bu Sözleşmelerdeki hiçbir hükmün sivil bir uçağı açık denizde veya müdahale eden devletin ülkesi dışında başka herhangi bir yer üzerinde ve belirtilen nedenlerle müdahale edilmesini meşru kılamayacağı itirazı yapılmıştır. Şu halde teröristlerin yakalanması teşvik edilmeli, fakat buna yönelik yöntemler de meşru olmalıdır. Son bir örnek olarak, 4 Şubat 1986'da İsrail Hava Kuvvetleri'nin Libya'dan Suriye'ye gitmekte olan bir Libya sivil uçağına, söz konusu uçağın bir terörizm operasyonunun parçası olduğunu iddia ederek, müdahalede bulunmuş olması gösterilebilir.<sup>168</sup>

Bunların dışında bir devletin düşmanca uçak kaçırma veya terörist operasyonlar karşısında aldığı bir tedbirin meşru-müdafa bağılamında meşru olabileceği durumlar da bulunabilir.<sup>169</sup>

<sup>159</sup> Örneğin bkz., Genel Kurul kararı 2645 (XXV) ve Güvenlik Konseyi kararı 286 (1970).

<sup>160</sup> Bkz., yukarıda 9. Bölüm.

<sup>161</sup> Bkz., UKMIL, 49 BYIL, 1978, s. 423. Deklarasyonu yapan devletler İngiltere, Fransa, ABD, Kanada, Batı Almanya, İtalya ve Japonya'dır.

<sup>162</sup> Örneğin bkz., 1973 ABD-Küba Uçak ve Vasıtaların Kaçırılması ve Diğer Suçlara Dair Mutabakat Belgesi.

<sup>163</sup> Örneğin bkz., US Anti-Hijacking Act of 1974 ve UK Civil Aviation Act 1982 s. 92 ve Aviation Security Act 1982.

<sup>164</sup> Uluslararası terörizm açısından ayrıca bkz., yukarıda 19. Bölüm.

<sup>165</sup> Karar 337 (1973).

<sup>166</sup> ICAO Doc. 9050-LC/169-1, s. 196 (1973).

<sup>167</sup> Bkz., *Keesing's Contemporary Archives*, s. 34078 ve *The Times*, 6 Şubat 1986, s. 4. Bu bağlamda Haziran 1985'de bir TWA uçağının kaçırılması, bir yolcunun öldürülmesi ve geri kalan yolcu ve mürettebatın Lübnan'da uzun süre bekletilmesi olayı da hatırlanmalıdır. Bkz., *Keesing's Contemporary Archives*, s. 34130. Ayrıca bkz., A. Cassese, *Violence and Law in the Modern Age*, Cambridge, 1988, Bölüm 4.

<sup>168</sup> Bkz., *The Times*, 5 Şubat 1986, s. 1.

<sup>169</sup> 1976 Entebbe hadisesi için bkz., aşağıda 19. Bölüm.



**Şüphelilerin Hukuka Aykırı Yakalanması ve Yetki Kullanma<sup>170</sup>**

Bir şüphelinin devlet ajanları tarafından bir başka devletin ülkesinde hukuka aykırı şekilde yakalanmasının o devletin yargı yetkisinin kullanılmasının önünde bir engel oluşturmadığı görülmektedir. Ancak böyle bir yakalama, meşru-müdafaa hakkının ileri sürülebilmesine uygun şartlar bulunmadıkça,<sup>171</sup> tabiatıyla uluslararası hukukun ve devletin sorumluluğunu gerektiren müdahale yasağı normunun bir ihlalini oluşturacaktır.<sup>172</sup> Uluslararası hukukun bir ihlali sayılan bu yakalamaya rağmen kaçırın devletin yargı yetkisinin kullanılmasına izin verilmesi halinde ihlalin daha da ağırlaşacağı iddia edilebilir;<sup>173</sup> ancak uluslararası uygulama genel olarak bunun aksini göstermektedir.<sup>174</sup> Birçok durumda yakalama ve yargılama yetkisi arasında kesin bir ayırım yapılmaktadır. Ayrıca yakalamanın açık denizde veya üstündeki hava sahasında gerçekleştiği durumlar ile bir başka devletin ülkesinde ve onun rızası olmadan meydana gelmiş olanlar birbirinden ayrılmaktadır. Bu açıdan yapılan bir başka ayırım yakalayan devletle yakalamanın gerçekleştiği devlet arasında suçluların iki devlet arasında intikaline ilişkin koşulları düzenleyen bir iade antlaşmasının yapılmış olduğu durumlara ilişkindir. Son bir ayırım da sanığın suçlandığı suç tipine göre açılan davalar açısından yapılmakta olup, sıradan uluslararası suçların bulunduğu yargulamalara ilişkin bir yakalama daha az önemli görülebilmektedir.<sup>175</sup> Elbette böyle bir yakalama ilgili kişinin insan haklarının da bir ihlalini teşkil edecektir; fakat bunun kendiliğinden yargı yetkisinin kullanılmasına etki edip etmeyeceği ayrıca çözülmesi gereken bir meseledir.

Devletler arasında bu konuya ilişkin yaklaşım farkları çok belirgindir. ABD Temyiz Mahkemesi *US v. Toscanino* davasında<sup>176</sup> yargı yetkisinin hukuka aykırı bir yakalamadan etkilenmeyeceği kuralının,<sup>177</sup> şayet sanığın mahkemede hazır bulunması güç kullanma veya hile ile sağlanmıyorsa, uygulanmaması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak bu yaklaşımın sonraki davalarda büyük ölçüde aşınmış olduğu görülmektedir. Nitekim *US ex rel. Lujan v. Gengler* davasında,<sup>178</sup> Toscanino kuralının 'işkence ve benzer zalimane muamele' durumları ile sınırlı olduğuna karar verilmiştir.<sup>179</sup> Bu mesele ABD Yüksek Mahkemesi'nin önüne, tartışmanın esas olarak Meksika ve ABD arasındaki ilgili iade antlaşmasının yorumuna odaklanmış olduğu, *Sosa v. Alvarez-Machain* davasında<sup>180</sup> gelmiştir. Yüksek Mahkeme ilgili devletler arasında geçerli

<sup>170</sup> Örneğin bkz., F. Morgenstern, 'Jurisdiction in Seizures Effected in Violation of International Law', 29 BYIL, 1952, s. 256; P. O'Higgins, 'Unlawful Seizure and Irregular Extradition', 36 BYIL, 1960, s. 279; A. Lowenfeld, 'US Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law', 83 AJIL, 1989, s. 880; Lowenfeld, 'US Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law, Continued', 84 AJIL, 1990, s. 444; Lowenfeld, 'Kidnapping by Government Order: A Follow-Up', 84 AJIL, 1990, s. 712, ve Lowenfeld, 'Still More on Kidnapping', 85 AJIL, 1991, s. 655. Ayrıca bkz., F. A. Mann, 'Reflections on the Prosecution of Persons Abducted in Breach of International Law', *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1989, s. 407, ve Higgins, *Problems and Process*, s. 69.

<sup>171</sup> Özellikle ABD Dışişleri Bakanlığı Hukuk Danışmanı'nın 'her ne kadar uluslararası hukuk geçerli bir meşru müdafa durumunda ülke dışı "yakalamalara" izin verse de, bir ülke dışı yakalama kararı ABD personeli, ABD ve diğer devletlerle ilişkilerimiz açısından ağır potansiyel sonuçlar doğurur' şeklindeki görüşü için, bkz., 84 AJIL, 1990, ss. 725, 727.

<sup>172</sup> Örneğin bkz., Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2(4) maddesi ve *Nicaragua v. US*, ICJ Reports, 1986, s. 110; 76 ILR, s. 349. Ayrıca bkz., aşağıda 20. Bölüm.

<sup>173</sup> Bkz., Mann, 'Jurisdiction', s. 415.

<sup>174</sup> Örneğin bkz., *Eichmann* davası, 36 ILR, ss. 5 ve 277.

<sup>175</sup> Bkz., Higgins, *Problems and Process*, s. 69.

<sup>176</sup> 500 F.2d 267 (1974); 61 ILR, s. 190.

<sup>177</sup> Özellikle bkz., *Ker v. Illinois* 119 US 436 (1886) ve *Frisbie v. Collins* 342 US 519 (1952). Bu davalar *Ker-Frisbie* doktrininin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

<sup>178</sup> 510 F.2d 62 (1975); 61 ILR, s. 206. Ayrıca bkz., *US v. Lira* 515 F.2d 68 (1975); Lowenfeld, 'Kidnapping', s. 712; *Afouneh v. Attorney-General* 10 AD, s. 327, ve *Re Argoud* 45 ILR, s. 90.

<sup>179</sup> Bu yaklaşım *US v. Yunis* davasında, hem Bölge Mahkemesi, 681 F.Supp. 909, 918-21 (1988) hem de Temyiz Mahkemesi tarafından tasdik olunmuştur, 30 ILM, 1991, ss. 403, 408-9.

<sup>180</sup> 119 L Ed 2d 441 (1992); 95 ILR, s. 355. Ayrıca bkz., M. Halberstam, 'In Defence of the Supreme Court Decision in *Alvarez-Machain*', 86 AJIL, 1992, s. 736, ve M. J. Glennon, 'State-Sponsored Abduction: A Comment on *United States v. Alvarez-Machain*', *a.g.e.*, s. 746.

olan bir iade antlaşmasının hükümleri kaçırmayı yasaklamış ise yargı yetkisinin bu halde kullanılamayacağına karar vermiştir. Aksi takdirde davalar arasında bazı farklar bulunsa bile *Ker* davasındaki kural uygulanacak ve yargılama devam edecektir. Ancak *Ker*'deki durumun aksine, bu davada ABD hükümetinin kaçırma eylemine karışmış olduğu ve ülkesinde yakalamanın gerçekleştiği devletin de bu durumu protesto etmiş olduğu not edilmelidir.<sup>181</sup>

İngiliz hukukunda bu meseleye yaklaşım bir miktar değişiklik göstermektedir. *R v. Plymouth Justices, ex parte Driver* davasında,<sup>182</sup> bir kişi mahkemenin yetki alanı içinde hukuka uygun olarak gözaltındaysa, mahkemenin onun yargı yetkisi içine getirilişine ilişkin şartları araştırma yetkisinin olmadığına hükmedilmiştir. Ancak *R v. Horseferry Road Magistrates' Court, ex parte Bennett* davasında,<sup>183</sup> Lordlar Kamarası, ilgili devletle sanığın geri verilebileceği bir iade antlaşmasının mevcut olması halinde, 'bu kişi yetkimiz içine bu usullere riayet etmeyen bir şekilde polisimizin, savcılığın veya diğer icra makamlarının bilgisi dahilinde olan bir süreç içinde zorla getirilmişse mahkemelerimiz onu yargılamayı reddedecektir' hükmüne varmıştır.<sup>184</sup> Bu yaklaşım *R v. Latif* davasında sanığa tuzak kurmayı kapsayacak şekilde genişletilmiştir.<sup>185</sup> Ancak sanığın bir iade isteği davasına devam edilmesi kararını bozmak üzere dava açmış olması halinde, onun mahkemenin yetkisi içine bir şekilde getirilmiş olması, yargılamaya hanel gelmesi için yeterli değildir; zira bu halde İç İşleri Bakanı'nın takdir hakkı ve iade edileceği devletin hukuku açısından adil yargılamaya ilişkin teminatlar mevcuttur.<sup>186</sup> Bunun yanı sıra *Ex parte Westfallen* davasında Yüksek Mahkeme, bir hukuka aykırılığın, yetki suistimalinin, uluslararası hukukun ya da ilgili yabancı devletin iç hukukunun ihlal edilmediği durumlarda, ne itiraz edilen kararların bozulabileceği ne de devam eden cezai kovuşturmayaya hanel geleceği görüşünü benimsemiştir.<sup>187</sup>

#### ABD Yabancı Haksız Fiil Kanunu<sup>188</sup>

Bu Kanun uyarınca Kongre bir yabancı'nın 'devletler hukuku veya ABD'nin bir antlaşmasının ihlali suretiyle işlenmiş' bir haksız fiil nedeniyle açtığı davalarda, yargı yetkisine ilişkin bütün esaslar bakımından bölge mahkemelerine ilk yargı yetkisi tanımıştır.<sup>189</sup> ABD Temyiz

<sup>181</sup> 119 L Ed 2d 451; 95 ILR, s. 363. Ayrıca, kaçırmanın fiiliyatta hem uluslararası hukuku hem de iade antlaşmasını ihlal ettiği görüşü için bkz., *Ayrı Görüş*, 119 L Ed 2d 456-79; 95 ILR, ss. 369-79. Sanık dava sonunda beraat etmiş ve Meksika'ya dönmüştür. Bkz., *Alvarez-Machain v. United States* 107 F.3d 696, 699 (9th Cir. 1996). Sanık ayrıca bir tazminat davası da açmıştır. Bu davada ABD Temyiz Mahkemesi Dokuzuncu Dairesi, bu kişinin kaçırılmasının devletler hukukunun ve uluslararası insan hakları hukukunun ihlali olduğunu ifade etmiştir. Bkz., *Alvarez-Machain v. United States* 41 ILM, 2002, ss. 130, 133.

<sup>182</sup> [1986] 1 QB 95; 77 ILR, s. 351. Ayrıca bkz., *Ex parte Susannah Scott* (1829) 9 B & C 446; *Sinclair v. HM Advocate* (1890) 17 R (J) 38 ve *R v. Officer Commanding Depot Battalion RASC Colchester, ex parte Elliott* [1949] 1 All ER 373. Karş. *R v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackerson* (1981) 75 Cr App R 24.

<sup>183</sup> [1993] 3 WLR 90; 95 ILR, s. 380.

<sup>184</sup> [1993] 3 WLR 105; 95 ILR, s. 393, Lord Griffiths. Ayrıca bkz., Lord Bridge, [1993] 3 WLR 110; 95 ILR, s. 399 ve Lord Slynn, [1993] 3 WLR 125; 95 ILR, s. 416. Lordlar Kamarası bu açıdan Güney Afrika Yüksek Mahkemesi'nin *State v. Ebrahim*, davasındaki kararından da etkilenmiştir, 95 ILR, s. 417. Bu kararda bir Güney Afrika mahkemesinin bir kişi hakkındaki mahkumiyet kararı bu kişinin devlet görevlileri tarafından Swaziland'dan hukuka aykırı şekilde kaçırıldığı gerekçesiyle bozulmuştur. Bu gerekçe hem Roma-Hollanda hukukuna, hem Güney Afrika ortak hukukuna hem de uluslararası hukuka dayandırılmıştır.

<sup>185</sup> [1996] 1 WLR 104, bkz., Lord Steyn, ss. 112-13. Ayrıca bkz., *R v. Mullen* [1999] 2 Cr App R 143.

<sup>186</sup> Bkz., *In re Schmidt* [1995] 1 AC 339; 111 ILR, s. 548 (House of Lords).

<sup>187</sup> [1998] 1 WLR 652, 665-7. Ayrıca bkz., C. Warbrick, 'Judicial Jurisdiction and Abuse of Process', 49 ICLQ, 2000, s. 489.

<sup>188</sup> 28 USC, paragraf 1350 (1982). Ayrıca bkz., 28 USC, paragraf 1331, ve yukarıda 4. Bölüm. Bkz., C. A. Bradley, *International Law in the US Legal System*, 2. Bölüm, Oxford, 2015, Bölüm 7; Ryngaert, *Jurisdiction*, ss. 135 vd. ve E.A. Young, 'Universal Jurisdiction, The Alien Tort Statute and Transnational Public Law Litigation After *Kio-bel*', 64 *Duke Law Journal*, 2015, s. 1023. Ayrıca bkz., S. Breyer, *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*, New York, 2015, Bölüm 6.

<sup>189</sup> Cassese bu Kanun uyarınca getirilen geniş sivil yetkiye diğer devletler tarafından karşı çıkmadığına dikkat çekmektedir, 'When may Senior State Officials', s. 859.

Mahkemesi İkinci Dairesi *Filartiga v. Pena-Irala* davasında,<sup>190</sup> bir Paraguay vatandaşının bu devlette işlenmiş işkence eylemleri nedeniyle Paraguaylı bir polis memuruna karşı açtığı haksız fiil davasında, bir devlet memurunun yaptığı işkencenin uluslararası hukukun bir ihlalini oluşturduğu gerekçesiyle, bu Kanun hükmünü söz konusu dava bakımından yetkiye izin verdiği şeklinde yorumlamıştır. Bu yorum, her ne kadar böyle bir yargı yetkisine izin veren bir iç kanuna dayalı olsa da, uluslararası insan hakları alanında yetki kullanılması yönündeki çabalar açısından önemli bir hamle sayılmıştır. Ancak elbette bu tür davalarda yetki meselesi belli bir davadaki 'devletler hukuku' (*law of nations* tabirinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Ç.N.) tanımına da bağlı olacaktır.<sup>191</sup>

Bu yüzden *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic* davasında<sup>192</sup> Mahkeme 1971'de bir İsrail otobüsüne yapılan silahlı saldırıda hayatta kalanlar ve öldürülenlerin yakınları tarafından aynı kanuna göre açılmış bir davayı konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle reddetmiştir. Ancak Mahkeme'deki üç hakimin gerekçeleri birbirinden farklılaşmıştır. Hakim Edwards kararında devletler hukukunun FKÖ (PLO) gibi devlet-dışı varlıklara sorumluluk yüklediğine karar vermiştir. Hakim Bork, *Filartiga* prensiplerinden ayrılarak, 'özel bir kişinin federal bir mahkemede uluslararası hukuk prensiplerini uygulatmasına müsaade etmeden önce, o kişiye bir dava hakkının açıkça tanınmış olması gerektiğini' ifade etmiştir.<sup>193</sup> Hakim Robb ise davanın hükümet tasarrufu doktrini yüzünden yargılanabilir olmadığına karar vermiştir.

*Filartiga* doktrinine başka ilave sınırlamalar da ortaya çıkmıştır. Örnek olarak, Yabancı Haksız Fiil Kanunu'nun egemen bağımsızlık prensibine bir istisna teşkil etmemesinden ötürü yabancı bir devlete dava açılmayacağına<sup>194</sup> ve ABD vatandaşlarının bu Kanun uyarınca devletler hukuku ihlallerinden ötürü dava açamayacaklarına karar verilmiştir.<sup>195</sup>

*Sanchez-Espinoza v. Reagan* davası<sup>196</sup> ABD'nin Nikaragua hükümetine karşı savaşan "Kontra" gerillalarına desteği nedeniyle ulusal ve uluslararası hukukun ihlal edildiği gerekçesiyle ABD'nin halihazırdaki ve eski çeşitli hükümet görevlilerine karşı açılmıştır. Davada Yabancı Haksız Fiil Kanunu'na atıf yapılmış, fakat Temyiz Mahkemesi bu kanunun muhtemelen yalnızca bir antlaşmayı veya uluslararası örf ve adeti ihlal eden kişisel, hükümet-dışı eylemleri içerdiğine ve ayrıca *Tel-Oren* kararına dayanarak, uluslararası teamül hukukunun 'bu türden' kişisel davranışları düzenlemediğine işaret etmiştir.<sup>197</sup> Bu yüzden bir tazminat talebi yalnızca davalının resmi sıfatla hareket etmiş olduğu ölçüde kabul edilebilecek, fakat Yabancı Haksız Fiil Kanunu resmi devlet eylemlerine uygulansa bile egemen bağımsızlığı doktrini böyle bir talebi engelleyecektir. *Kadic v. Karadzic* davasında<sup>198</sup> ABD Temyiz Mahkemesi 'özel kişilerin uluslararası teamül hukukunun bazı ihlallerinden sorumluluğu ile Yabancı Haksız Fiil Kanunu'nun bu tür ihlallere çözüm getirmek açısından elverişliliğine' vurgu yapmıştır.<sup>199</sup> Özellikle soykırım yasağı, savaş suçları ve uluslararası insancıl hukukunun diğer ihlalleri hem devlet hem de devlet-dışı aktörlere uygulanabilse de, işkence ve yargısız infaz suçunun (soykırım veya savaş suçları esnasında işlenmemişse) yalnızca devlet görevlileri tarafından veya hukuki gerekçelerle işlenmesi halinde uluslararası hukuk tarafından yasaklandığı

<sup>190</sup> 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980); 77 ILR, s. 169. Ayrıca bkz., 577 F.Supp. 860 (1984); 77 ILR, s. 185, cezai tazminat öngörmektedir.

<sup>191</sup> "Devletler hukuku" nun içeriğini belirlerken, mahkemeler uluslararası hukuku bugün mevcut olduğu haliyle yorumlamalıdır. 630 F.2d 876, 881 (1980); 77 ILR, ss. 169, 175.

<sup>192</sup> 726 F.2d 774 (1984); 77 ILR, s. 204. Davaya ilişkin tartışma için ayrıca bkz., 'Agora', 79 AJIL, 1985, ss. 92 vd.

<sup>193</sup> 726 F.2d 801; 77 ILR, s. 230.

<sup>194</sup> *Siderman v. Republic of Argentina* 965 F.2d 699 (1992).

<sup>195</sup> *Handel v. Artukovic* 601 F.Supp. 1421 (1985); 79 ILR, s. 397.

<sup>196</sup> 770 F.2d 202 (1985); 80 ILR, s. 586.

<sup>197</sup> 770 F.2d 206-7; 80 ILR, ss. 590-1.

<sup>198</sup> 34 ILM, 1995, s. 1592.

<sup>199</sup> *A.g.e.*, s. 1600.

not edilmiştir.<sup>200</sup> Bu durumda bile bakılması gereken şey uluslararası hukukun biçimsel kriterlerine göre devlet olma durumunun ortaya koyulmasından ziyade ‘resmi otorite görüntüsü’nün bulunması olacaktır.<sup>201</sup> Mahkeme ayrıca bir kişinin ‘yabancı bir devletin gerçek veya görünüşte otoritesi uyarınca veya hukuki gerekçelerle’ yapmış olduğu işkence ve yargısız infazlar için dava hakkı veren 1992 İşkence Kurbanı Koruma Kanunu’nun kendisinin bir yetki kanunu olmadığına ve yetkinin ya Yabancı Haksız Fiil Kanunu veya bölüm 1331’in genel federal yetki kuralı uyarınca kurulmasına bağlı olduğuna hükmetmiştir.<sup>202</sup>

Yabancı Haksız Fiil Kanunu’na Falkland Savaşı sırasında Arjantin’in uluslararası sularda bir gemiyi bombalamasına ilişkin *Amerada Hess* davasında tekrar başvurulmuş ve federal mahkemelerin bu Kanun uyarınca yetkili oldukları iddia edilmiştir. Bu hususta oybirliğine varamasa da Temyiz Mahkemesi<sup>203</sup> Kanun’un yabancılar tarafından yabancı hükümetlere karşı uluslararası hukuk ihlalleri nedeniyle açılan haksız fiil davalarında konu bakımından federal yetkiyi öngördüğüne ve Yabancı Egemen Bağışıklıklar Kanunu’nun<sup>204</sup> bu yetkiyi engellemediğine hükmetmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme bu kararı oybirliği ile reddetmiştir.<sup>205</sup> Bu açıdan Kanun’un yabancı devletlere karşı açılan davalarda açıkça yetki vermediğine ve Yabancı Egemen Bağışıklıklar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, 1789 Kanunu’nun hiçbir şekilde yabancı bir devlete karşı açılan bir dava bakımından yetki esas sağlamamış olduğuna dikkat çekilmiştir.<sup>206</sup> Kongre egemen bağışıklığını Yabancı Egemen Bağışıklıklar Kanunu’nda kapsamlı bir şekilde ele almış olduğundan, yabancı devletler üzerinde federal yetkinin temelini yalnızca bu Kanun’un sağladığı sonucu ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla bu gerekçe münhasırdır. Bununla beraber Mahkeme devletler dışındaki davalılar bakımından, Yabancı Haksız Fiil Kanunu’nun Yabancı Egemen Bağışıklıklar Kanunu’ndan etkilenmediğini de kayd etmiştir.<sup>207</sup> *Alvarez-Machain v. United States* davasında, sanık yukarıda bahsolunan davada<sup>208</sup> beraat etmesinin ardından bu Kanun uyarınca bir tazminat davası başlatmıştır. Temyiz Mahkemesi Dokuzuncu Dairesi kararında bu Kanun uyarınca ihlal edilmiş olan uluslararası hukuk prensibinin ayrıca bir *jus cogens* norm oluşturması gerektiği görüşünü reddetmiştir. Mahkeme ayrıca davacının kaçırılması dolayısıyla Meksika egemenliğinin ihlal edilmesinden ötürü dava açabileceği iddiasını da reddetmiştir. Ancak davacının gözaltına alınması Meksika’nın izninin olmaması yüzünden keyfi olduğu için, (‘devletler hukukunun’ bir parçası olan) serbest dolaşım, kendi ülkesinde kalma ve kişi güvenliği gibi hakların ihlal edilmiş olduğunu teyid etmiştir. Bu açıdan Kanun uyarınca tazminat talep edilebileceğine hükmetmiştir.<sup>209</sup>

Yabancı Haksız Fiil Kanunu Yüksek Mahkeme tarafından *Sosa v. Alvarez-Machain* davasında daha ayrıntılı tartışılmış ve Yabancı Haksız Fiil Kanunu’nun yeni dava hakkı gerekçesi oluşturmayan bir yetki kanunu olduğuna ve büyükelçilere karşı suçlar, geçiş izni ihlalleri ve deniz haydutluğu gibi zamanında kişisel sorumluluk içerdiği düşünülen sınırlı sayıdaki

<sup>200</sup> *Ag.e.*, ss. 1602–6.

<sup>201</sup> *A.g.e.*, s. 1607.

<sup>202</sup> *A.g.e.*, ss. 1607–8. Ancak Yabancı Egemen Bağışıklıklar Kanunu’nu değiştiren 1996 Antiterörizm ve Etkin Ölüm Cezası Kanunu ile, Dışişleri Bakanlığı tarafından, bir ABD vatandaşının ölümüne veya yaralanmasına yol açan bir terör eylemi işlemiş olması veya böyle bir eylemi işlemiş bir kişi veya yapıya maddi destek ve kaynak sağlaması nedeniyle, terörist devlet olarak tayin edilen devletler bakımından bağışıklıklara bir istisna getirilmiştir. Bkz., *Mohamad v. Palestinian Authority*, 566 U. S. (2012), ss. 2-11. Bu karar bu Kanun’da “birey” kavramının sadece doğal şahısları içerecek şekilde kullanıldığına ve dolayısıyla kuruluşlara herhangi bir sorumluluk yüklenemeyeceğine hükmetmiştir.

<sup>203</sup> *Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic* 830 F.2d 421 (1987); 79 ILR, s. 8.

<sup>204</sup> Bkz., aşağıda 12. Bölüm.

<sup>205</sup> *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.* 109 S. Ct. 683 (1989); 81 ILR, s. 658.

<sup>206</sup> 109 S. Ct. 689; 81 ILR, ss. 664–5.

<sup>207</sup> 109 S. Ct. 690. Ayrıca bkz., *Smith v. Libya* 101 F.3d 239 (1996); 113 ILR, s. 534.

<sup>208</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>209</sup> 41 ILM, 2002, s. 130. Ayrıca bkz., 3 Haziran 2003 tarihli karar.

uluslararası hukuk ihlalleri için teamül hukukunun bir dava hakkı sağlayabileceği anlayışı ile yürürlüğe koyulduğuna hükmedilmiştir.<sup>210</sup> Bu meseleyi Yüksek Mahkeme, ABD dışında bir yabancı devlet tarafından işlenmiş, ABD vatandaşı olmayanları ilgilendiren insan hakları ihlallerine karıştığı iddia edilen ABD'li olmayan çok uluslu şirketlerin sorumluluğu iddiasının öne sürüldüğü, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* davasında<sup>211</sup> tekrar ele almıştır. Bununla beraber Mahkeme bu konuyu bir yana bırakmış ve *Morrison v. National Australia Bank Ltd* kararına dayanarak,<sup>212</sup> sınıraşıcı yetki karşıtı karinenin altında yatan prensiplerin ulusal mahkemelerin Yabancı Haksız Fiil Kanunu uyarınca yetki kullandıklarını sınırladığı<sup>213</sup> ve bu karinenin yalnızca taleplerin 'ABD ülkesi ile ilişkili ve ilgili...[ve] ...bu durumun yeterince güçlü olduğu' hallerde ortadan kalkabileceği sonucuna varmıştır. Bir şirketin salt ABD'deki mevcudiyeti yetki açısından yeterli sayılmayacaktır.<sup>214</sup> Buna göre, öyle görünmektedir ki, Mahkeme ABD dışında işlenen insan hakları ihlallerinde suça iştirak gerekçesiyle ABD'li olmayan şirketlerin dava edilip, dava edilemeyeceğini karara bağlamamıştır. *In Re Arab Bank* davasındaki<sup>215</sup> ilk kararında (ki bu karar Yüksek Mahkeme'ye temyize götürülmüştür), ABD İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi Yüksek Mahkeme'nin ülke dışında uygulamaya karşı bir karene üzerine kurulan *Kiobel* kararındaki<sup>216</sup> hükmünü devam ettiren böyle bir sorumluluk bulunmadığına karar vermiştir.<sup>217</sup> *Arab Bank* davasında, bankanın terörist faaliyetleri finanse ettiği ve bunlara yardım ettiği iddia edilmiştir. ABD'li davacılar Terörle Mücadele Kanunu<sup>218</sup> ve yabancı davacılar Yabancı Haksız Fiil Kanunu uyarınca dava açmışlardır. Temyiz Mahkemesi, Bölge Mahkemesi'nin *Kiobel* üzerine tesis edilen kararını onamış ve Yabancı Haksız Fiil Kanunu'nun (*Arab Bank* gibi) tüzel kişiler aleyhine talepte bulunmaya müsaade etmediğine hükmetmiştir. Davanın büyük daire önünde (*en banc*) yeniden görülmesine ilişkin talep bölünmüş bir kararla reddedilmiştir. Ancak büyük ihtimalle konu Yüksek Mahkeme önüne gelecektir.<sup>219</sup> 2012 yılında Kanada 1985 tarihli Devlet Bağışıklığı Kanunu'nu değiştiren Terörizm Mağdurlarına Adalet Kanunu'nu kabul etmiştir. Bu kanun, terörizmin mağdurlarına suçlulara karşı, Kanada Hükümeti tarafından terörizmin destekçileri olarak listelenen yabancı devletler dahil, Kanada mahkemelerinde dava açma hakkı tanımıştır. Eylemin Kanada ile 'gerçek ve önemli' bir bağının bulunması halinde yada davacının Kanada vatandaşı yada sürekli mukimi olması durumunda, herhangi bir yerde vuku bulan terör eylemi dolayısıyla dava açmaya imkan tanıyarak Kanun yeni bir dava açma sebebi tesis etmiştir.

<sup>210</sup> 542 US 692, 714 vd. (2004) ve bkz., yukarıda 4. Bölüm. *Rasul v. Bush* davasında, Yüksek Mahkeme, Yabancı Haksız Fiil Kanunu'na dayanan davacıların bu sırada Guantanamo Bay'de askeri gözaltında tutulmalarının davayı etkilemeyeceğine hükmetmiştir, 542 US 466 (2004).

<sup>211</sup> 569 US\_(2013), slip opinion.

<sup>212</sup> 561 US\_(2010).

<sup>213</sup> 569 US\_(2013), slip opinion, ss. 6 ve 13.

<sup>214</sup> *A.g.e.*, s. 14. Ayrıca bkz., *Daimler AG v Bauman*, 571 US (2013). Bu kararda ABD Yüksek Mahkemesi, şirketin tescil edildiği ve ana işletme merkezinin bulunduğu yerin, şirket üzerinde her amaçla genel yetkili olduğuna hükmetmiştir. Bu davada yabancı şirkete ilişkin olarak, Delaware eyaletinde tescil edilmiş bulunan ve ana işletme merkezi New Jersey eyaletinde bulunan Daimler şirketinin bir alt kuruluşu olan MBUSA'nın Kaliforniya eyaletindeki bağlantıları gerekçesiyle kişisel yetki talep edilmişti. Mahkeme, tamamen ABD dışında gerçekleşen MB Arjantin şirketinin faaliyetleri dolayısıyla oluştuğu iddia olunan zarardan Daimler'in Kaliforniya'da dava edilmesinin hukuken mümkün olmadığı kararına vardı. Ayrıca kararda, Yabancı Haksız Fiil Kanunu ve İşkence Mağdurlarını Koruma Kanunu'na atıf yapılarak şu ifade edildi: 'Dokuzuncu Daire, bundan başka, genel yetkinin genişletici yorumunun yabancı devletlerin yargı yetkisi riskine yeterince ehemmiyet vermemiştir. Başka devletler, Temyiz Mahkemesi'nin bu davada ileri sürdüğü kişisel yetki yaklaşımını paylaşmamaktadır.' *A.g.e.*, s. 23. Mahkeme ayrıca *Kiobel* ve *Mohamad v. Palestinian Authority* davalarının bu kanunlar uyarınca davacının taleplerini "malul" kılmış olduğuna işaret etmiştir. *A.g.e.*, s. 22.

<sup>215</sup> 808 F.3d 144 (2d Cir. 2015). Ayrıca bkz., *Linde v Arab Bank, PLC*, 04-CV-2799 (2010); *Linde v. Arab Bank, PLC*, 384 F. Supp. 2d 571 (2005) ve *Almog v. Arab Bank, PLC*, 471 F. Supp. 2d 257 (2007).

<sup>216</sup> 642 F.3d 379 (2011).

<sup>217</sup> 621 F.3d at 148.

<sup>218</sup> 18 U.S.C. § 2333(a). sadece ABD vatandaşlarına dava hakkı tanımaktadır.

<sup>219</sup> Örneğin bkz. <http://www.leagle.com/decision/In%20FCO%2020160509060/IN%20RE%20ARAB%20BANK,%20PLC%20ALIEN%20TORT%20STATUTE%20LITIGATION>

### Suçluların İadesi<sup>220</sup>

Suçluların iadesi uygulaması bir devlete bir başka devletin ülkesinden kaçarak gelmiş olan şüphelileri veya mahkum suçluları o devlete teslim imkanı verir. Uygulama iki taraflı antlaşmalar hukukuna dayanır ve teamül hukuku açısından devletler üzerinde bir yükümlülük oluşturmaz.<sup>221</sup> Konuyla ilgili mevcut antlaşmalardan bu konuya ilişkin, örnek olarak çifte suçluluk, yani ilgili suçun her iki devlette de bir suç olması,<sup>222</sup> ve hususiyet, yani teslim edilen kişinin yalnızca iadenin istendiği ve verildiği suçtan ötürü yargılanması ve cezalandırılması,<sup>223</sup> gibi bazı genel prensipler çıkarmak mümkündür. Genel olarak siyasi karakterli suçlar iade uygulamasından hariç tutulur;<sup>224</sup> fakat bu istisna terörist faaliyetleri içermemektedir.<sup>225</sup> Yukarıda not edildiği üzere yetkinin kullanılması için çoklu esaslar getiren pek çok antlaşmada sanığın ülkesinde bulunduğu taraf devletlerden, bu kişinin ya yargılanmasının ya da iade edilmesinin istendiği yaygın olarak görülür.<sup>226</sup> Buna ek olarak birçok antlaşma kendisine taraf olan devletler arasındaki mevcut ikili iade antlaşmalarının içine bu antlaşmadaki suçların otomatik olarak dahil edilmesini öngörebilmektedir.<sup>227</sup> Pek çok devlet kendi vatandaşının diğer bir devlete iadesine izin vermemektedir;<sup>228</sup> fakat bu durum çoğunlukla ilgili devletin kendi vatandaşlarının yurt dışında işlediği suçları yargılama bakımından geniş yetkilere sahip bulunduğu hallerde söz konusu olur. İlave olarak insan hakları hukukunun iade süreciyle alakası da dikkate alınmalıdır. Şöyle ki ilgili kişiye işkence yapacak veya gayri insani muamele edecek bir devlete bu kişinin iadesi, örnek olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ihlal edecektir.<sup>229</sup>

<sup>220</sup> Örneğin bkz., I. A. Shearer, *Extradition in International Law*, Leiden, 1971; M. C. Bassiouni, *International Extradition: US Law and Practice*, 6. Baskı., Oxford, 2014; C. Nicholls, C. Montgomery, J. B. Knowles, A. Doobay, M. Summers, *The Law of Extradition and Mutual Assistance*, 3. Baskı, Oxford, 2013; E. Grange ve R. Niblock, *Extradition Law: A Practitioner's Guide*, 2. Bölüm, London, 2015; A. Jones ve A. Doobay, *Jones and Doobay on Extradition and Mutual Assistance*, London, 2004; G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, Dordrecht, 1991, ve Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law: Extradition and Other Mechanisms*, The Hague, 1998; ve *Oppenheim's International Law*, s. 958. Ayrıca bkz., Devletlerin İki Taraflı Antlaşmalara Halefiyetine dair Sekreteryaya Çalışması, *Yearbook of the ILC*, 1970, cilt II, ss. 102, 105.

<sup>221</sup> Örneğin bkz., Hakim Evensen, Tarassov, Guillaume ve Aguilar Maudsley'in Ortak Ayrı Görüşü, *Lockerbie* davası, ICJ Reports, 1992, ss. 3, 24; 94 ILR, ss. 478, 507 ve Hakim Bedjaoui'nin Karşı Görüşü, ICJ Reports, 1992, s. 38; 94 ILR, s. 521.

<sup>222</sup> Ancak bkz., Lordlar Kamarası'nın *Government of Denmark v. Nielsen* kararı, [1984] 2 All ER 81; 74 ILR, s. 458 ve *United States Government v. McCaffery* [1984] 2 All ER 570.

<sup>223</sup> Örneğin bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 961.

<sup>224</sup> *A.g.e.*, s. 962.

<sup>225</sup> Örneğin bkz., 1977 Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi, 1. maddesi siyasi suç olarak kabul edilmeyecek bir suçlar listesi öngörmekte olup aynı yaklaşım 1997 Terörist Bombalamaların Önlenmesi Sözleşmesi'nin 11. maddesi tarafından da benimsenmiştir. Ayrıca bkz., *McMullen* davası, 74 AJIL, 1980, s. 434; *Eain* davası, *a.g.e.*, s. 435; *Re Piperno, a.g.e.*, s. 683 ve *US v. Mackin* 668 F.2d 122 (1981); 79 ILR, s. 459. 1981'de uluslararası iadelere ilişkin tadil edilmiş bir direktif ABD Dışişleri Bakanlığı tarafından yayınlanmıştır. Bkz., 76 AJIL, 1982, ss. 154-9. Ayrıca İngiliz İçişleri Bakanı'nun şiddet içeren suçlara uygulandığı şekilde siyasi suçlara yönelik 'yasal boşluğun', 'temel adalet prensiplerine aynı yüksek saygıyı paylaşan ve benzer bağımsız yargı sistemlerine göre çalışan' demokratik ülkeler arasındaki iade düzenlemelerine uygun olmadığına ilişkin görüşü için bkz., *The Times*, 25 Haziran 1985, s. 1. İadelere ilişkin İngiliz hukuku 1989 Extradition Act ile konsolide edilmiştir. Buna ek olarak 2003 Extradition Act ile, Avrupa Birliği ile ilişkilerde diğerlerinin yanı sıra hızlandırılmış iade usulleri getirilmiş, bu usuller 2003 Extradition Act (Designation of Part 2 Territories) Order ile, 2003 ABD-İngiltere İade Antlaşması'ndaki asimetrik düzenlemelere rağmen, ABD'ye de teşmil edilmiştir. Örneğin bkz., *Norris v. Secretary of State for the Home Department* [2006] UWHC 280 (Admin) ve *Norris v. USA* [2008] UKHL 16. Ayrıca bkz., *Government of Belgium v. Postlethwaite* [1987] 2 All ER 985 ve *R v. Chief Metropolitan Magistrate, ex parte Secretary of State for the Home Department* [1988] 1 WLR 1204 ve Scott Baker ve diğerleri, 'A Review of the United Kingdom's Extradition Arrangements', London, 2011, <https://www.gov.uk/government/publications/independent-review-of-the-united-kingdoms-extradition-arrangements>

<sup>226</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>227</sup> Örneğin bkz., 1970 Lahey Uçak Kaçırmanın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 8. maddesi, 1971 Montreal Sivil Havaçılığın Güvenliğine karşı Hukuka Aykırı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 8. maddesi, 1973 Uluslararası Korumaya Sahip Kişiler Sözleşmesi'nin 8. maddesi ve 1977 Terörizmin Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi'nin 4. maddesi.

<sup>228</sup> Örneğin bkz., 1927 French Extradition Law, madde 3(1), ve Basic Law of the Federal Republic of Germany, madde 16.

<sup>229</sup> Örneğin bkz., *Soering* davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1989, Series A, No. 161; 98 ILR, s. 270 ve *Saadi v. Italy*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 28 Şubat 2008 tarihli karar.

SINIRAŞICI YETKİ<sup>230</sup>

Ekonomik meseleler bağlamında bazı devletlerin, özellikle ABD'nin, kendi yasalarını ülke sınırlarının dışında,<sup>231</sup> diğer devletlerle uyumsuzluğa zemin hazırlayacak bir şekilde, uygulamayı amaçlayan talepleri ortaya çıkmıştır.<sup>232</sup> Bu taleplerin yetkinin ülkeselliği ve vatandaşlık esasına dayandırılabilmesi halinde genellikle bir problem ortaya çıkmamaktadır, ancak "etkiler" doktrini adı verilen esasa dayandırılan talepler oldukça geniş tartışmalara yol açmıştır. Bu doktrin objektif ülkesel prensibin ötesine geçerek bir tarafın davranışının başka bir devletin kendi ülkesinde "etkilere" neden olması gerekçesiyle o devletin yetkiyi üstlenmek istediği bir durumla alakalıdır. Bu yetki şikayet olunan davranışın tamamı bir başka devletin ülkesinde gerçekleşmiş olmasına rağmen kullanılmak istenen bir yetkidir.<sup>233</sup> Etkiler doktrini özellikle ABD tarafından kendi antitröst düzenlemeleri alanında güçlü bir biçimde sürdürülmüştür.<sup>234</sup> Bu Amerikan doktrininin klasik açıklaması *US v. Aluminium Co. of America* davasında,<sup>235</sup> ilgili Mahkeme tarafından şu şekilde yapılmıştır:

"Her devlet kendi sınırları içinde kusurlu bulunduğu sonuçlara yol açan sınırları dışındaki davranışlar için kendisine tabi olmayan kişilere bile sorumluluklar yükleyebilir".<sup>236</sup>

<sup>230</sup> Örneğin bkz., Ryngaert, *Jurisdiction*, Bölüm 4; *Extraterritorial Jurisdiction* (ed. A. V. Lowe), London, 1983; A.J. Colangelo, 'What is Extraterritorial Jurisdiction?', 99 *Cornell Law Review*, 2014, s. 1303; D. Rosenthal ve W. Knighton, *National Laws and International Commerce*, London, 1982; K. M. Meessen, 'Antitrust Jurisdiction under Customary International Law', 78 *AJIL*, 1984, s. 783; A. V. Lowe, 'Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act 1980', 75 *AJIL*, 1981, s. 257; Akehurst, 'Jurisdiction', ss. 190 vd.; O'Keefe, 'Universal Jurisdiction', s. 739; *Extraterritorial Application of Law and Responses Thereto* (ed. C. Olmstead), Oxford, 1984; B. Stern, 'L'Extraterritorialite "Revisitee": O`u Il est Question des Affaires Alvarez-Machain, P`ate de Bois et de Quelques Autres', *AFDI*, 1992, s. 239; Higgins, *Problems and Process*, s. 73, ve *Oppenheim's International Law*, s. 466. Ayrıca bkz., P. Torremans, 'Extraterritorial Application of EC and US Competition Law', 21 *European Law Review*, 1996, s. 280.

<sup>231</sup> Yasaların sınırların ötesinde uygulanmasına karşı genel bir karine bulunduğu dikkat edilmelidir. Örneğin bkz., Lordlar Kamarası'nın *Holmes v. Bangladesh Biman Corporation* davasındaki kararı [1989] 1 AC 1112, 1126; 87 ILR, ss. 365, 369, Lord Bridge; *Air India v. Wiggins* [1980] 1 WLR 815, 819; 77 ILR, ss. 276, 279, Lord Bridge, ve *Perry v. SOCA* [2012] UKSC 35, paragraf 15 vd. ve 94. Ayrıca bkz., ABD Yüksek Mahkemesi'nin *EEOC v. Arabian American Oil Company and Aramco Services* davasındaki kararı, 113 L Ed 2d 274, 282 (1991); 90 ILR, ss. 617, 622 ; *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U. S. 247, 255; *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 569 US\_(2013), slip opinion, ss. 6 ve 13; ve *RJR Nabisco v European Community*, 579 U. S. (2016), Son karar, ülke dışı yetki kullanmaya karşı olan karineyi teyid ederek Kongre'nin aksine iradesini gösteren net bir açıklama bulunmadıkça federal kanunların ancak ulusal etki doğuracak şekilde yorumlanabileceğini belirtmektedir. Ayrıca bkz. Ryngaert, *Jurisdiction*, ss. 68 vd.

<sup>232</sup> İngiliz hükümeti diğer devletlerin İngiliz vatandaşları ve/ya şirketleri üzerindeki bütün sınıraşıcı yetki iddialarına karşı olduğunu açıklamıştır. Bkz., Ministerial Statement, HL Deb., cilt 673, cWA277-8, 21 Temmuz 2005, UKMIL, 76 BYIL, 2006, s. 850.

<sup>233</sup> Gerçek "etkiler" doktrini yaklaşımı suçun bir kısmının yetki alanı içinde gerçekleştiği objektif ülkesellik prensibi gibi diğer yetki başlıklarından ayrılmalıdır. Örneğin bkz., *US v. Noriega* 808 F.Supp. 791 (1992); 99 ILR, s. 143. Pek çok davada tartışma vatandaşlık meselesi üzerinde yoğunlaşmıştır, ABD kendi şirketlerinin yurt dışındaki şubelerini bu şirketler yurt dışında kurulmuş olsalar da ABD tabiyetinde sayarken, şirketin kurulduğu devlet bunları kendi tabiyetinde ve dolayısıyla Amerikan değil kendi hukukuna tabi saymaktadır. Örneğin bkz., Higgins, *Problems and Process*, s. 73.

<sup>234</sup> Örneğin bkz., US Sherman Antitrust Act 1896, 15 USC, paragraflar 1 vd. Ayrıca bkz., 1979 yılında ABD'nin İran malvarlığını dondurması ve 1981 ve 1982 yılında Export Administration Act ile Sibiry gaz boru hattında kullanılacak ekipmana uygulanan ambargo sırasında ortaya çıkan tartışmalar, R. Edwards, 'Extraterritorial Application of the US Iranian Assets Control Regulations', 75 *AJIL*, 1981, s. 870; J. Bridge, 'The Law and Politics of United States Foreign Policy Export Controls', 4 *Legal Studies*, 1984, s. 2, ve A. V. Lowe, 'Public International Law and the Conflict of Laws', 33 *ICLQ*, 1984, s. 575.

<sup>235</sup> 148 F.2d 416 (1945).

<sup>236</sup> *A.g.e.*, s. 443. Bu yaklaşım daha sonraki bir dizi davada tasdik edilmiştir. Örneğin bkz., *US v. Timken Roller Bearing Co.* 83 F.Supp. 284 (1949), affirmed 341 US 593 (1951); *US v. The Watch-makers of Switzerland Information Center, Inc.* davaları, 133 F.Supp. 40 ve 134 F.Supp. 710 (1963); 22 ILR, s. 168, ve *US v. General Electric Co.* 82 F.Supp. 753 (1949) ve 115 F.Supp. 835 (1953). Ayrıca bkz., *Hazeltine Research Inc. v. Zenith Radio Corporation* 239 F.Supp. 51(1965), onama kararı 395 US 100 (1969).

Bu doktrin kasd unsuru ve etkinin esaslı olması gerektiği görüşü çerçevesinde belli bir ölçüde sınırlandırılmış olsa da kavramın geniş kapsamlı niteliği, dava öncesi bulgu elde etmeye ilişkin geniş tutulmuş hükümler uyarınca yurt dışında delil toplamaya yönelik Amerikan girişimleri<sup>237</sup> ve tazminat miktarlarını üç katına çıkarma ihtimaliyle birlikte,<sup>238</sup> ABD dışındaki devletlerde oldukça büyük bir muhalefete yol açmıştır. ABD mahkemeleri, *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*<sup>239</sup> ve *Mannington Mills v. Congoleum Corporations*<sup>240</sup> davalarında, muhtemelen yabancı devletlerin artan muhalefeti nedeniyle, önceki yaklaşımlarını değiştirmişlerdir. Bu açıdan önceki davalardaki etkiler testine ek olarak, davaya bakan mahkemelerin diğer devletlerin menfaatlerini ve ilgili eylemler ile ABD arasındaki ilişkilerin bütününe değerlendirmesini amaçlayan bir dengeleyici test olan, “yargısal makuliyet”in, dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>241</sup> Dengeleme sürecinde dikkate alınması gereken faktörlerin içeriği sonraki bir başka davada ortaya konulmuştur.<sup>242</sup> ABD Üçüncü Dış İlişkiler Hukuku Şerhi’nde de,<sup>243</sup> mevcut veya amaçlanan etkinin esaslı olması ve yetkinin kullanılmasının makul görülmesi halinde, bir devletin yabancı ülkedeki eylemin kendisine etkileri gerekçesiyle yetki kullanabileceği görüşünün benimsenmiş olduğu da kaydedilmelidir. Yargısal makuliyet prensibinin diğer devletlerin, özellikle eylemin gerçekleştiği devletin, yetkisi ile çatışmayı minimize etmek üzere yetkinin kullanılmasını sınırlandırmayı amaçladığına dikkat edilmelidir.<sup>244</sup> Ancak bu açıdan mahkemelerin yabancı devletlerin menfaatlerini tartmak ve değerlendirmek gibi temelde diplomatik bir işlevi üstlenmeleri eleştirilere neden olmuştur.<sup>245</sup>

ABD mahkemelerinin bu konudaki yaklaşımları tekrar değişmiştir. *Laker Airways v. Sabena* davasında,<sup>246</sup> ilgili mahkeme Amerikan antitröst hukukunun bir davada uygulanabilir olduğu bir kez deklare edildikten sonra, uygulamanın nezaket gereği bir şarta bağlanamayacağına veya göz ardı edilemeyeceğine hükmetmiştir. Buna göre Atlantığın her iki yanındaki mahkemeler kendi hükümetlerinin talimatlarını izlemek zorunda olduğundan, *Timberlane* emsal kararı uyarınca gereken yargısal menfaat dengelemesine girişilmesi gerekmemektedir. Dolayısıyla bu konudaki çatışan menfaatlerin uzlaştırılması yalnızca diplomatik görüşmeler yoluyla gerçekleştirilecektir. Etkiler doktrini üzerinde

<sup>237</sup> Örneğin bkz., İngiltere Baş Savcısı'nın 'Birleşik Devletler'in antitrust yasaları uyarınca ülkesi dışında ABD vatandaşı olmayan kişiler üzerindeki geniş soruşturma prosedürleri İngiltere'nin kendine ait yetki ve egemenliğinin “sınır aşıcı” bir ihlalini teşkil etmektedir” şeklindeki açıklaması, *Rio Tinto Zinc v. Westinghouse Electric Corporation* [1978] 2 WLR 81; 73 ILR, s. 296. Ayrıca bkz., Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction*, ss. 159–60 ve 165–71. Ancak bkz., *Soci'et'e Internationale v. Rogers* 357 US 197 (1958); 26 ILR, s. 123; *US v. First National City Bank* 396 F.2d 897 (1968); 38 ILR, s. 112; *In re Westinghouse Electric Corporation* 563 F.2d 992 (1977) ve *In re Uranium Antitrust Litigation* 480 F.Supp. 1138 (1979).

<sup>238</sup> Örneğin bkz., Meessen, 'Antitrust Jurisdiction', s. 794.

<sup>239</sup> 549 F.2d 597 (1976); 66 ILR, s. 270.

<sup>240</sup> 595 F.2d 1287 (1979); 66 ILR, s. 487.

<sup>241</sup> Özellikle bkz., K. Brewster, *Antitrust and American Business Abroad*, New York, 1958.

<sup>242</sup> 595 F.2d 1287, 1297 (1979); 66 ILR, ss. 487, 496. Ayrıca bkz., *Timberlane* davası, 549 F.2d 597, 614 (1976); 66 ILR, ss. 270, 285. Dışişleri Bakanlığı tarafından etkiler doktrininin uygulanmasında nezaket gereği yargısal açıdan ihtiyatlı olunması ihtiyacı vurgulanmıştır. Bkz., 74 AJIL, 1980, ss. 179–83. Ayrıca bkz., 1982 US Foreign Trade Antitrust Improvements Act, burada yetkinin 'doğrudan, esaslı ve makul olarak öngörülebilir etkiye' bağlı olacağı söylenmiştir.

<sup>243</sup> Paragraf 402, s. 239 ve paragraf 403, s. 250.

<sup>244</sup> Ayrıca bkz., ABD Adalet Bakanlığı, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, 1988, ss. 31–2. Ancak bkz., Yüksek Mahkeme'nin *Hartford Fire Insurance Co. v. California* kararı, 113 S. Ct. 2891 (1993), bu karar aşağıda tartışılmaktadır.

<sup>245</sup> Örneğin bkz., H. Maier, 'Interest Balancing and Extraterritorial Jurisdiction', 31 *American Journal of Comparative Law*, 1983, s. 579, ve Maier, 'Resolving Extraterritorial Conflicts or There and Back Again', 25 *Va. JIL*, 1984, s. 7; W. Fugate, 'Antitrust Aspect of the Revised Restatement of Foreign Relations Law', *a.g.e.*, s. 49, ve Bowett, 'Jurisdiction', ss. 21–2. Ayrıca bkz., Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction*, ss. 58–62.

<sup>246</sup> 731 F.2d 909 (1984). Ancak, karşılaştırma için bkz., İlk *Timberlane* davasındaki yaklaşımı tasdik eden, *Timberlane* davasının devamı, 749 F.2d 1378 (1984).



böylesine temel ve esaslı görüş farklılıklarının tam olarak nasıl giderilebileceği cevaplandırılmaya muhtaç bir konu olup, bu hususta en uygun yol olarak uluslararası forumlar önerilmektedir.<sup>247</sup>

ABD Yüksek Mahkemesi önündeki *Hartford Fire Insurance Co. v. California* davasında<sup>248</sup> çoğunluk adına kararı yazan Hakim Souter, ilgili ABD yasasının (Sherman Act) 'ABD'de bazı esaslı etkiler doğurmayı amaçlamış ve gerçekten de doğurmuş olan bir yabancı eyleme uygulanmasının' iyice yerleşmiş bir kural olduğunu ifade etmiştir.<sup>249</sup> Bu davadaki her iki devletin (Londra sigorta pazarı bakımından İngiltere ve ABD) düzenlemelerine tabi bir kişinin her iki hukuka da uyması gerektiği ve uluslararası nezakete dair diğer değerlendirmelere değinmenin gerekli olmadığı ifade edilmiştir.<sup>250</sup> Bu davada Muhalefet Görüşü böyle bir sınıraşıcı yetki kullanımının makuliyet testine tabi olduğu görüşünü benimsemişse de<sup>251</sup> çoğunluk bu görüşü kabul etmemiştir.

Yabancı devletler söz konusu etkiler doktrinine 1970'lerin sonları ve 1980'lerin başlarında önleyici yasalar çıkartmak suretiyle tepki vermeye başlamıştır. Örnek olarak 1980 İngiltere Ticari Menfaatleri Koruma Kanunu'na göre ilgili devlet bakanı bir devletin sınıraşıcı işlemleri ile karşılaştığında bu devletin mahkemeleri veya yetkililerine belge veya bilgi verilmesini yasaklayabilir. Buna ek olarak bir İngiliz vatandaşı veya ikametgah sahibi bir yabancı mahkeme kararı uyarınca ödenmiş çeşitli tazminatları geri almak için bir İngiliz mahkemesinde dava açabilecektir.<sup>252</sup>

*Laker Airways* davası bağlamında, Ticari Menfaatleri Koruma Kanunu, Laker Airways şirketinin tasfiye memurunun farklı büyük havayollarını, Midland Bankası'nı ve McDonnell Douglas'ı ABD antitröst hukukunu ihlale gizli teşebbüsten ABD'de dava etmesi üzerine kullanılmıştır. Havayollarından ikisi, British Airways ve British Caledonian, tasfiye memurunu engellemek üzere İngiltere'de bir dava açarak, ABD'deki bu davayı sınırlamak istemiştir. Ancak ABD'de gerçekleştiği iddia edilen gizli anlaşma faaliyetleri çerçevesinde ABD antitröst hukukunun uygulanması hususuna odaklanan bu davada, etkiler doktrini gerçekte tartışılmamıştır. Transatlantik havayolu faaliyetlerini düzenleyen Bermuda II antlaşmasının<sup>253</sup> İngiliz havayollarına karşı açılacak antitröst davalarını yasakladığı görüşünde olan İngiliz hükümeti, 1980 Kanunu'na dayanarak, bilgi vermek de dahil, ABD antitröst tedbirleri gereği empoze edilen her türlü talebe uyulmasını yasaklayan talimatlar çıkarmıştır.<sup>254</sup> Temyiz Mahkemesi söz konusu emir ve talimatların esas olarak mahkemeden

<sup>247</sup> Örneğin bkz., Bowett, 'Jurisdiction', ss. 24-6 ve Meessen, 'Antitrust Jurisdiction', ss. 808-10. Ayrıca bkz., Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction*, kısım 3.

<sup>248</sup> 113 S. Ct. 2891 (1993). Örneğin bkz., A. F. Lowenfeld, 'Conflict, Balancing of Interest, and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections of the *Insurance Antitrust Case*', 89 AJIL, 1995, s. 42; P. R. Trimble, 'The Supreme Court and International Law: The Demise of *Restatement Section 403*', *a.g.e.*, s. 53, ve L. Kramer, 'Extraterritorial Application of American Law after the *Insurance Antitrust Case*: A Reply to Professors Lowenfeld and Trimble', *a.g.e.*, s. 750.

<sup>249</sup> 113 S. Ct. 2891, s. 2909.

<sup>250</sup> *A.g.e.*, 2911'de.

<sup>251</sup> *A.g.e.*, 2921'de.

<sup>252</sup> Bkz., Lowe, 'Conflict of Law', ss. 257-82; 50 BYIL, 1979, ss. 357-62 ve 21 ILM, 1982, ss. 840-50. Ayrıca bkz., 1976 Australian Foreign Proceedings (Prohibition of Certain Evidence) Act, 1967 tarihli Danimarkalı gemi sahiplerinin bazı bilgileri yabancı devletlere vermelerini sınırlayan Danimarka düzenlemesi ve 1968 tarihli gemi sahibi tarafından bazı belgelerin sunulmasını yasaklayan Finlandiya kanunu. Bazı davalarda mahkemeler aynı amaca ulaşmak için milli hukukun bazı yönlerini uygulama yoluna gitmiştir. Örneğin bkz., *Fruehauf* davası, 5 ILM, 1966, s. 476. Pek çok devlet sınıraşıcı yetki iddialarını diplomatik yoldan protesto etmiştir. Örneğin bkz., *Uluslararası Hukuk Derneği'nin 51. Toplantı Raporu*, 1964, ss. 565 vd.

<sup>253</sup> Bkz., *The Use of Airspace and Outer Space* (ed. Chia-Jui Cheng), The Hague, 1993, ss. 25 vd.

<sup>254</sup> The Protection of Trading Interests (US Anti-trust Measures) Order 1983. İki de talimatname çıkarılmıştır.

ABD'deki *Laker* davasına müdahale etmesini istediği kanaatindeyken,<sup>255</sup> Lordlar Kamarası bu görüşe katılmamıştır.<sup>256</sup> Bu açıdan emir ve talimatların temyiz edenin ABD'deki davasına devam etme hakkını etkilemediğine; zira 1980 Kanunu'nun yabancı bir mahkemece empoze edilmiş "talepler" ve "yasaklar" ile ilgili olduğuna,<sup>257</sup> bu yüzden davalıların ABD'de kendileri aleyhine verilmiş bir "mahkeme kararı" nedeniyle tazminat ödemekten talimatla men edilemeyeceğine hükmedilmiştir.<sup>258</sup> Sonuçta Mahkeme ABD davasına yönelik bir sınırlamayı reddetmiştir.

Mahkeme bu emir ve talimatların yargısal olarak gözden geçirilmesi talebini de reddetmiştir; zira temyiz eden, uluslararası ilişkilere dair bakanlık kararları için gerekli bir test olan, hiçbir makul bakanın böyle emir ve talimatlar vermiş olamayacağı koşulunun gerçekleştiğini ispat edememiştir.<sup>259</sup> Bu davada 1980 Kanunu aslında tam olarak ele alınmamışsa da söz konusu meselenin ilk defa mahkemeler önüne gelmesini sağlamıştır.<sup>260</sup>

İran varlıklarının dondurulması ve Sibiryaya boru hattı vakasından beri ABD ve diğer devletler arasında sınıraşıcı etki üzerine daha birçok uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Komünist bloğa teknolojik ihracatın COCOM vasıtasıyla Batılı denetime tabi tutulması operasyonu da, bu sistemin hala mevcut olduğu sırada, bundan etkilenmiştir; zira ABD üçüncü devletlerden komünist devletlere yapılan ihracat bakımından yetki kullanmak istemiştir.<sup>261</sup> ABD tarafından Küba, İran ve Libya'ya yaptırımlar getiren kanunların kabul edilmesi de bu düzenlemelerin sınıraşıcı etkisi bakımından muhalefete neden olmuştur. Örnek olarak 1992 Küba Demokrasi Kanunu ile Küba'ya karşı yaptırımlar genişletilerek, İngiltere'de bulunan Amerikan mülkiyeti veya kontrolündeki firmaların bazı işlemleri için ABD Küba Varlıkları Kontrol Düzenlemeleri uyarınca lisans verilmesi yasaklanmış ve buna karşı İngiliz hükümeti tarafından 1980 Ticari Menfaatleri Koruma Kanunu uyarınca bir talimat kabul edilmiştir.<sup>262</sup> 1992 Kanunu'nu değiştirerek Küba'ya karşı yaptırımları daha da sıkılaştıran, Mart 1996 Helms-Burton Kanunu'nun kabulü ile, diğerlerinin yanı sıra, Küba tarafından el koyulan Amerikan vatandaşlarının mallarının "ticaret"ini yaptığı kabul edilen yabancı kişiler veya şirketlere karşı ABD mahkemeleri önünde yasal işlemler başlatılması sağlanmıştır.<sup>263</sup> Buna ek olarak bu yasa ile ABD'ye Amerikan Dış İşleri Bakanlığı'na bu 'ticareti' yaptığı kabul edilen şirketlerin üst düzey yöneticilerinin (ve eşleri ile çocuklarının) ülkeye girişini reddetme imkanı verilmektedir. Bu yasa, 1996 ortalarında kabul edilen D'Amato Kanunu ile

<sup>255</sup> *British Airways Board v. Laker Airways Ltd* [1983] 3 All ER 375; 74 ILR, s. 36.

<sup>256</sup> [1984] 3 All ER 39; 74 ILR, s. 65. Ancak ayrıca bkz., *Midland Bank plc v. Laker Airways Ltd* [1986] 2 WLR 707; 118 ILR, s. 540.

<sup>257</sup> S. 1(3).

<sup>258</sup> [1984] 3 All ER 39, 55-6; 74 ILR, s. 84.

<sup>259</sup> [1984] 3 All ER 39, 54-5; 74 ILR, s. 83. Ayrıca bkz., *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corp.* [1947] 2 All ER 680.

<sup>260</sup> Ayrıca bkz., Ticari Menfaatlerin Korunması Kanunu uyarınca çıkarılmış hukuki belgelerin, emirlerin ve talimatların listesini veren Ticaret ve Sanayi Bakanlığı açıklaması, 220 HC Deb., cols. 768-70, Written Answers, 12 Mart 1993; UKMIL, 64 BYIL, 1993, ss. 644-6.

<sup>261</sup> Bkz., ABD ihracat kontrollerinin İngiltere'deki kişi veya işyerlerine uygulanması bakımından problemlerin ortaya çıkması veya İngiltere'nin bu tür kontrollere ilişkin Ticari Menfaatlerin Korunması Kanunu'na başvurmayı düşünmesi halinde karşılıklı danışma yapılmasına dair 1984 ABD ve İngiltere Antlaşması, 68 HC Deb., col. 332, Written Answer, 23 Kasım 1984, ve 88 HC Deb., col. 373, Written Answer, 6 Aralık 1985. Ayrıca bkz., Current Legal Developments, 36 ICLQ, 1987, s. 398.

<sup>262</sup> Bkz., UKMIL, 64 BYIL, 1993, s. 643. Küba kanununun kabulüne ilişkin teklif İngiltere'nin protestosuna yol açmıştır. Bkz., UKMIL, 63 BYIL, 1992, ss. 726 vd.

<sup>263</sup> Kanunun bu kısmı Başkan tarafından Temmuz 1996'dan itibaren altı aylığına askıya alınmıştır. Kanun hakkında bkz., 35 ILM, 1996, s. 357.

birlikte,<sup>264</sup> İngiltere ve Kanada dahil birçok devletin protestolarına yol açmıştır.<sup>265</sup> Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ) Genel Kurulu tarafından Helms-Burton Kanunu'nun 'uluslararası hukuka göre geçerliliğini incelemek ve karara bağlamak' üzere 'görevlendirilen'<sup>266</sup> Amerikan Devletleri Örgütü Amerika Kıtası Hukuk Komitesi oybirliği ile şu sonuca varmıştır:

*"El konulmuş malların ticareti' eylemleri üzerinde bu tür bir yetki kullanılması uluslararası hukukun yetkinin kullanılmasına ilişkin yerleşik normlarına şu hususlarda uymamaktadır:*  
 a) Yerine gelmiş olduğu gözükmeyen belli şartlar gerçekleşmedikçe, nizam koyan bir devletin yabancılar tarafından yurt dışındaki "ticari" eylemleri üzerinde yetki kullanma hakkı yoktur.  
 b) Ne bir yabancıнын ne de söz konusu davranışın kendi ülkesi ile herhangi bir bağlantısının olmadığı ve bu eylemler ile kendi esaslı egemen menfaatlerinin korunması arasında hiçbir görünür bağlantının olmadığı durumlarda, nizam koyan devletin yabancılar tarafından yurt dışındaki 'ticari' eylemleri üzerinde yetki kullanma hakkı yoktur.<sup>267</sup>

ABD'nin bu yaklaşımına karşı özellikle Avrupa Topluluğu güçlü bir duruş sergilemiştir. Mart 1984'de Amerikan İhracat Kontrol Kanunu'nda yapılan değişiklikler bakımından Kongre Komitesi'ne gönderilen bir mektupta şöyle denmiştir:

*"Amerikan şirketlerinin Avrupalı bağlı kuruluşları ile Amerika dışında bulunan Amerikan orijinli mal ve teknoloji üzerindeki Amerika'nın yetki talepleri uluslararası hukukun prensiplerine aykırıdır ve hem siyasi hem de hukuki nitelikte uyumsuzluklara yol açabilir. Bu bağlı kuruluşlar, mallar ve teknoloji buldukları devletin hukukuna tabi olmalıdır."<sup>268</sup>*

Avrupa Komisyonu tarafından ABD ile 23 Eylül 1991'de imzalanan Rekabet Hukuklarının Uygulanmasına Dair Antlaşma'da bu tür sınıraşıcılık uyumsuzluklarını çözmeye yönelik bir girişimde bulunulmuştur.<sup>269</sup> Burada, nezaket kuralının uygulanmasına yapılan vurgu ile birlikte, diğerlerinin yanı sıra bu tür faaliyetler için bir bildirimde bulunma ve işbirliği çağrısı yapılmıştır. Ancak Avrupa Adalet Divanı, Komisyon'un söz konusu antlaşmayı yaparken kendi yetkisini aştığına hükmetmiştir.<sup>270</sup> Antlaşma, bu yargı kararı sonucunda ortaya çıkan bazı yetki problemlerini gideren 10 Nisan 1995 tarihli Konsey ve Komisyon Kararı ile yeniden yürürlüğe sokulmuştur.<sup>271</sup> Bununla beraber antlaşma özellikle ABD'deki özel hukuk davaları sorunu yüzünden belirsiz bir değer taşımaktadır. Zira sorunun kökenindeki problemler hiçbir şekilde ortadan kalkmamıştır.

1992'de Küba Varlıkları Kontrol Rejimini değiştiren bir ABD kanununun kabulü, Avrupa Topluluğu'nun Amerikan hukukunun sınıraşıcı uygulanmasına karşı protestosunu

<sup>264</sup> İran ve Libya'nın petrol kaynaklarının geliştirilmesine katılan kişi veya kurumlara yaptırım uygulamayı amaçlamıştır. İran ve Libya'ya ilişkin yasa hakkında, bkz., 35 ILM, 1996, s. 1273.

<sup>265</sup> Kanada'da kendi şirketlerinin ABD Kanunu karşısında korunmasına yardımcı olmak üzere 1985 Foreign Extraterritorial Measures Act uyarınca yasa çıkartabileceğini açıklamıştır. Bkz., Kanada Dışişleri Bakanlığı Basın Açıklaması No. 115, 17 Haziran 1996. BM Genel Kurulu, 50/10 (1995) kararı ile, ABD'ye Küba'ya uyguladığı ambargoya son vermesi çağrısı yapmıştır. Ayrıca bkz., A. F. Lowenfeld, 'Congress and Cuba: The Helms-Burton Act', 90 AJIL, 1996, s. 419; B. M. Clagett, 'Title III of the Helms-Burton Act is Consistent with International Law', a.g.e., s. 434; S. K. Alexander, 'Trafficking in Confiscated Cuban Property', 16 Dickinson Journal of International Law, 1998, s. 523, ve A. V. Lowe, 'US Extraterritorial Jurisdiction: The Helms-Burton and D'Amato Acts', 46 ICLQ, 1997, s. 378.

<sup>266</sup> OAS Doc. OEA/SER.P AG/doc.3375/96, 4 Haziran 1996.

<sup>267</sup> CJI/SO/II/doc.67/96 rev. 5, paragraf 9, 23 Ağustos 1996; 35 ILM, 1996, ss. 1329, 1334. OAS Şartı'nın 98. maddesi uyarınca Komite'nin Görüşlerinin bağlayıcı olmadığı not edilmelidir.

<sup>268</sup> Current Legal Developments'da bahs olunmuştur, 36 ICLQ, 1987, s. 399. Ayrıca bkz., UKMIL, 56 BYIL, 1985, ss. 480-1.

<sup>269</sup> Bkz., 30 ILM, 1991, s. 1487. Ayrıca bkz., Torremans, 'Extraterritorial', ss. 289 vd.

<sup>270</sup> Case C-327/91, French Republic v. Commission of the European Communities [1994] ECR I-3641.

<sup>271</sup> [1995] OJ L 95/45.

içeren diplomatik bir girişimi tetiklemiş<sup>272</sup> ve aynı tepki 1996 Helms-Burton Kanunu'nun kabulünün ardından tekrarlanmıştır.<sup>273</sup> Ancak 1997 AB-ABD Mutabakat Belgesi ile AB'nin Küba'da demokrasiyi teşvik çabalarına devam ettiği sürece, Kanun'un III. Bölüm'ünün ABD tarafından askıya alınmasına devam edileceği öngörülmüştür.<sup>274</sup>

Bununla birlikte Avrupa Topluluğu'nun kendisi de rekabet hukuku alanında Topluluk'ta kurulu olmayan şirketler üzerinde yetki kullanma sorunu ile uğraşmıştır.<sup>275</sup> *ICI v. Commission* davasında<sup>276</sup> Avrupa Adalet Divanı boya fiyatını sabitleyen bir dizi sınırlandırıcı antlaşmalar bakımından davalı işletmelerin bağlı şirketlerinin üzerinde Topluluk içinde kurulmuş olmaları sebebiyle yetki tesis etmiş ve Hukuk Sözcüsü'nün yetkinin doğrudan ve yakın, makulen öngörülebilir ve esaslı etki üzerine kurulması gerektiği önerisini<sup>277</sup> benimsemekten imtina etmiştir.

*Wood Pulp* davası<sup>278</sup> bir fiyat-sabitleme antlaşması yapmış oldukları iddia olunan AT'de kurulu olmayan birkaç şirket ile bir ABD'li şirketler topluluğu ile ilgilidir. Avrupa Komisyonu fiyat anlaşmaları ve uygulamalarının etkilerinin doğrudan, esaslı ve AT içine yönelik olmasından kaynaklanan yetki temeline dayalı para cezası vermiştir.<sup>279</sup> Bunun üzerine AET Antlaşması madde 173 uyarınca, Komisyon'un kararının iptali için Avrupa Adalet Divanı önünde bir dava açılmıştır. Hukuk Sözcüsü Darmon uluslararası hukukun bir devlete (ve dolayısıyla AT'ye), ilgili devlette yabancılar tarafından doğrudan, esaslı ve öngörülebilir etkileri gerçekleşmiş bulunan eylemlere, kendi rekabet hukuklarını uygulama izni verdiğini iddia etmiştir.<sup>280</sup>

Buna karşın Divan ilgili şirketlerin AT içinde eylemde bulunmuş oldukları ve dolayısıyla Topluluk hukukuna tabi oldukları görüşünü benimsemiştir. Üçüncü devletlerdeki üreticilerin doğrudan Topluluk içindeki alıcılara satış yapmaları ve bu müşterilerden siparişleri alabilmek amacıyla fiyat rekabetine girişmeleri halinde bunun Topluluk içinde rekabet oluşturduğu ve bu üreticilerin gerçekte koordine edilmiş fiyatlardan satış yapmaları halinde bunun AET Antlaşması madde 85 anlamında Topluluk içindeki rekabeti sınırlandırdığı kaydedilmiştir. Fiyat-sabitleyici anlaşmaların nerede formüle edildiklerinin değil, bu anlaşmaların gerçekte nerede uygulandığının belirleyici faktör olduğu vurgulanmıştır.<sup>281</sup> Diğer deyişle Divan yetkisini, biraz fazla geniş tuttuğu, ülkesellik prensibinin bir yorumuna göre tesis etmiştir. Dolayısıyla Hukuk Sözcüsü'nün etkiler prensibini kabul eden görüşü tarafından kendisine sunulmuş olan yetki fırsatını ele almamıştır. Yine de bu karar, Topluluk içinde bir etki doğurmayı amaçlayan ve burada uygulanan fiyat-sabitleme sözleşmelerinin, ilgili

<sup>272</sup> Bkz., UKMIL, 63 BYIL, 1992, s. 725.

<sup>273</sup> Örneğin bkz., Avrupa Komisyonu Basın Açıklaması WE 27/96, 18 Temmuz 1996 ve 35 ILM, 1996, s. 397. Ayrıca bkz., Council Regulation No. 2271/96, 36 ILM, 1997, s. 127, ve 1996 Canadian Foreign Extraterritorial Measures Act 1996 (Helms-Burton Kanunu'na karşı), *a.g.e.*, s. 111.

<sup>274</sup> 36 ILM, 1997, s. 529. 18 Mayıs 1998'de, ABD tarafından AB'nin Helms-Burton Kanun'un sınıraşıcı unsurlarından tamamen hariç tutulması karşılığında AB'nin Helms-Burton'ın sınıraşıcı yönlerine karşı Dünya Ticaret Örgütü'nde açtığı davayı askıya aldığı Yatırımların Korunmasının Güçlendirilmesi İçin Disiplinlere İlişkin Mutabakat kabul edilmiştir. Bkz., UKMIL, 76 BYIL, 2006, ss. 850-1.

<sup>275</sup> Ancak İngiltere hariç: Örneğin bkz., *Attorney General's Reference (No. 1 of 1982)* [1983] 3 WLR 72. Burada Temyiz Mahkemesi yerel yetkiyi etkiler prensibi uyarınca yabancı işlemleri de kapsayacak şekilde genişletmeyi reddetmiştir.

<sup>276</sup> [1972] ECR 619; 48 ILR, s. 106.

<sup>277</sup> [1972] ECR 619, 693-4.

<sup>278</sup> *A. Ahlstrom Oy v. Commission* [1988] 4 CMLR 901.

<sup>279</sup> *A.g.e.*, s. 916.

<sup>280</sup> *A.g.e.*, s. 932.

<sup>281</sup> *A.g.e.*, ss. 940-1. Divan ABD şirketler birliğinin (KEA), uyumsuzluk konusu düzenlemelerin Topluluk içindeki uygulanmasında ayrı bir rol oynamadıkları için, Topluluk yetkisine tabi tutulamayacağına hükmetmiştir, *a.g.e.*, ss. 942-3.

şirketlerin vatandaşlığına ve antlaşmanın yapıldığı yere bakmaksızın, Topluluğun yetkisine tabi olacağı imasını barındırmaktadır.<sup>282</sup>

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, 2. baskı, Oxford, 2015

Y. Shany, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford, 2007

M. Akehurst, 'Jurisdiction in International Law', 46 BYIL, 1972–3, p. 145

F. A. Mann, 'The Doctrine of Jurisdiction in International Law Revisited After Twenty Years', 186 HR, 1984, p. 9

L. Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, 2002

---

<sup>282</sup> Örneğin bkz., D. Lange ve J. B. Sandage, 'The Wood Pulp Decision and its Implications for the Scope of EC Competition Law', 26 *Common Market Law Review*, 1989, s. 137, ve L. Collins, *European Community Law in the United Kingdom*, 4. Baskı, London, 1990, s. 7. Ayrıca bkz., S. Weatherill ve P. Beaumont, *EU Law*, 3. Baskı, London, 1999, Bölüm 22 ve D. Chalmers, G. Davies ve G. Monti, *European Union Law*, 3. Bölüm, Cambridge, 2014, s. 1013. Avrupa Emisyon Ticaret Sistemi içine, ABD, Hindistan, Rusya ve Çin dahil çok ciddi sayıda devletin muhalefetine neden olan yabancı havacılık şirketlerinin salınımlarını da dahil etmeye dair AB kararı hakkındaki tartışmayı not ediniz. Örneğin bkz. Uluslararası Sivil Havacılık Teşkilatı'na 26 devlet tarafından verilen belge C-WP/13790 (2011). 21 Aralık 2011 tarihli *Air Transport Association of America et al v Secretary of State for Energy and Climate Control* davasındaki (Case C366/10), ön karar prosedürüne atfen verilen, kararında Avrupa Adalet Divanı, kararın AB'nin antlaşma yükümlülüklerini ihlal ettiği ve izin verilemeyecek şekilde ülke dışında kullanılan yasama yetkisi boyutuna ulaştığı iddiasını reddetmiş ve uluslararası hukukun ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Kasım 2012'de Avrupa Komisyonu, seragazlarının azaltılmasına ilişkin küresel bir anlaşmaya varılabileceği beklentisiyle bu planın AB ötesi uçuşlara teşmil edilmesini ötelemeye karar verdi. aynı tarihte ABD, 2011 tarihli Avrupa Birliği Emisyon Ticaret Planı Yasaklama Kanunu'nu çıkararak ABD şirketlerinin AB emisyon ticareti sisteminde yer almasını yasakladı. Ocak 2013'ten itibaren plan AB içi uçuşlarda uygulanmaktadır. 421/2014 sayılı AB Tüzüğü 2003/87/EC sayılı Direktifi tadil etmekte ve, 2020 yılına kadar uluslararası havacılık emisyonlarına piyasa bazlı tek bir küresel önlemi uygulayacak olan bir anlaşmanın gerçekleştirilmesi ümidiyle, Topluluk içinde seragazi gazları emisyon tahsisatı planı tesis etmektedir. Örneğin bkz. Ryngaert, *Jurisdiction*, ss. 94 vd. ve genel olarak [http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/documentation\\_en.htm](http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/documentation_en.htm)

## BÖLÜM 12

### YETKİDEN MUAFİYET

Önceki bölümde bir devletin hukuk ve cezai meselelerinde yetkisini kullanmak istediği durumları ele almıştık. Bu bölümde bu fenomenin karşısı olan durum, yani normalde yetkili olabilecek iken özel sebepler nedeniyle yetkinin kullanılmayacağı durumlar incelenecektir. Diğer bir deyişle konumuzun odak noktası yetkiden muafiyet ve bir devletin hukuki yetkilerinin olağan olarak uygulanmasına karşı açık istisnaların bulunduğu durumlardır.

Yetki kavramı devletin egemenliği, eşitliği ve iç işlerine karışmama prensipleri ile ilgili bir kavramdır. İç yetki ise bir kavram olarak hükümetin ve idari organların eylemlerinin uluslararası hukuki prensiplerden ve dış müdahaleden bağımsız ve üstün olduğu bir alanı tanımlar. Yetki esaslarının bir çoğu uluslararası hukuka göre diğer devletlerin ülkesel bütünlük ve siyasi bağımsızlığına saygı koşulu ile yakından ilişkilidir.

İster bir devletin kendisi bakımından veya isterse onun diplomatik temsilcileri bakımından olsun, yetkiden muafiyet, saygı koşuluna dayanmaktadır. Her ne kadar ev sahibi devletin yetkisinden bir istisna teşkil etse de - örnek olarak İngiltere'nin kendi ülkesindeki yabancı büyükelçiler üzerinde yetki kullanamaması gibi - bu durum hem bütün devletlerin hukuki eşitliğinin bir vechesi, hem de yabancı devletlerin egemenliğini tanımanın esaslı bir unsuru olarak yorumlanmalıdır.

### EGEMEN MUAFİYETİ<sup>1</sup>

Göreceli olarak yakın zamanlara kadar egemenlik bir devletin mevcudiyeti ve gücünün soyut bir görünümü olarak değil de, bir devleti yöneten belli bir kişiyle ilgili sayılmıştır.<sup>2</sup> Buna göre egemen olan kendisine sadakat borcu bulunan tanımlanabilir bir kişiydi. Bu sihrin bütünlüğü bir parçası olarak bir egemen kendi ülkesinin yargısal süreçlerine de

<sup>1</sup> Genel olarak örneğin bkz., H. Fox ve P. Webb, *The Law of State Immunity*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Oxford, 2015; X. Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge, 2012; A. Dickinson, R. Lindsay ve J. P. Loonam, *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford, 2004; M.T. Naini, *Immunité juridictionnelle des Etats*, Paris, 2016; I. Pingel-Lenuzza, *Les Immunités des Etats en Droit International*, Brussels, 1998; J. Br öhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague, 1997; G. M. Badr, *State Immunity*, The Hague, 1984; S. Sucharitkul, *State Immunities and Trading Activities in International Law*, Leiden, 1959, ve Sucharitkul, 'Immunities of Foreign States before National Authorities', 149 HR, 1976, s. 87; I. Sinclair, 'The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments', 167 HR, 1980, s. 113; A. Aust, 'The Law of State Immunity', 53 ICLQ, 2004, s. 255; UN Legislative Series, *Materials on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, New York, 1982; 10 Netherlands YIL, 1979; J. Candrian, *L'Immunité des Etats face aux Droits de l'Homme et à la Protection des Biens Culturels*, Zurich, 2005; *Droit des Immunités et Exigences du Procès Equitable* (ed. I. Pingel), Paris, 2004; H. Lauterpacht, 'The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States', 28 BYIL, 1951, s. 220; R. Higgins, 'Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity', 29 NILR, 1982, s. 265 ve Higgins, 'Equality of States and Immunity from Suit', 43 NYIL, 2013, s. 129; J. Crawford, 'International Law of Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions', 54 BYIL, 1983, s. 75; C. J. Lewis, *State and Diplomatic Immunity*, 3. Baskı, London, 1990; C. H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, 1988; P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 497, ve *Oppenheim's International Law* (ed. R. Y. Jennings ve A. D. Watts), 9. Baskı, London, 1992, s. 341. Ayrıca bkz., egemen muafiyetler hakkında ILR'da toplanmış davalar, cilt 63-5; ILA, Altmışıncı Konferans Raporu, 1982, s. 325 ve Altmışaltıncı Konferans Raporu, 1994, s. 452; *Annuaire de l'Institut de Droit International*, cilt 64 I, 1991, s. 84, ve Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu, 1991, A/46/10, s. 8.

<sup>2</sup> Bkz., A. Watts, 'The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Governments and Foreign Ministers', 247 HR 1994 III, s. 13.

tabi tutulamazdı. Aynı şekilde kendisine yabancı mahkemelerde dava açılması da uygun düşmezdi. Zira mahkemelerin yabancı egemenler üzerinde yetki kullanabilmesi kişisel egemen fikrini zayıflatmış olurdu. Bu kişiselleştirilmiş egemenliğin yerini zamanla soyut devlet egemenliği kavramı almış; fakat işin temelindeki sihir kalıcı olmuştur. Buna ek olarak devletlerin bağımsızlığı ve eşitliği fikrinin kabulü de bir devletin ulusal mahkemelerinin yabancı egemen devletler üzerinde, bunların rızası olmaksızın, kendi yetkilerini ortaya koymalarına izin verilmesini hem felsefi hem de pratik olarak zorlaştırmıştır.<sup>3</sup> Yakın zamana değin egemen (veya devlet) muafiyetine dair uluslararası hukuk neredeyse münhasıran ulusal içtihat hukukuna ve ardından da ilgili kanunlara dayanmaktaydı. Bu konuda 1972 Devletin Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ilk belirgin istisnadır. BM'nin 2004'de, Devletlerin ve Devlet Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sözleşme'yi kabul etmesi ile bu durum değişmiştir.<sup>4</sup>

Ülkesel yetki ve egemen muafiyetler arasındaki ilişkiyi anlatan klasik dava, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından karara bağlanmış olan *The Schooner Exchange v. McFaddon* davasıdır.<sup>5</sup> Bu davada Baş Hakim Marshall bir devletin kendi ülkesi içindeki yetkisinin münhasır ve mutlak olduğunu ancak bunun yabancı egemenleri kapsamadığını ifade etmiştir. Hakim ayrıca şu hususa dikkat çekmiştir:

*"Egemenlerin tam eşitliği ve mutlak bağımsızlığı...bütün devletlerin bir özelliği sayılan tam münhasır ülkesel yetkinin bir parçasını kullanmaktan her egemenin feragat ettiği anlaşılacak bir vakalar grubunu ortaya çıkarmıştır."*<sup>6</sup>

*Ex parte Pinochet* (No. 3) davasında Lord Browne-Wilkinson bunu şöyle ifade etmiştir:

*"Bir egemen devletin (forum devleti) bir yabancı devletin davranışlarını yargılamaması uluslararası hukukun temel bir prensibidir. Yabancı devletin forum devletinin yargısal süreçlerinden prosedürel muafiyete hakkı vardır. Bu muafiyet hem cezai hem de hukuki sorumluluğu kapsar."*<sup>7</sup>

*Holland v. Lampen-Wolfe* davasında ise Lord Millet meseleyi şöyle ortaya koymuştur:

*"Devletin muafiyeti...uluslararası örf ve adet hukukunun bir eseridir ve devletlerin egemen eşitliğinden kaynaklanır. Kendi mahkemelerinin yetkisi üzerinde İngiltere'nin benimsemeyi seçtiği gönüllü bir sınırlama değildir. İngiltere'nin egemenliği üzerine dışarıdan empoze edilen bir kısıtlamadır."*<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Ayrıca bkz., *Ex parte Pinochet* (No. 3) [2000] 1 AC 147, 201 (Lord Browne-Wilkinson) ve 268–9 (Lord Millet); 119 ILR, ss. 152, 221–3.

<sup>4</sup> Örneğin bkz., *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (ed. R. O'Keefe ve C. Tams), Oxford, 2013; Fox ve Webb, *State Immunity*, Bölüm 9; E. Denza, 'The 2005 UN Convention on State Immunity in Perspective', 55 ICLQ, 2006, s. 395; R. Gardiner, 'UN Convention on State Immunity: Form and Function', 55 ICLQ, 2006, s. 407; G. Hafner ve L. Lange, 'La Convention des Nations Unies sur les Immunités Jurisdictionnelles des Etats et de Leurs Biens', 50 AFDI, 2004, s. 45, ve H. Fox, 'In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important', 55 ICLQ, 2006, s. 399. Bu Konvansiyon yazım tarihinde henüz yürürlükte değildi. Ancak hükümlerinin uluslararası örf ve adet prensiplerini yansıttığı giderek artan biçimde kabul görmektedir. Örneğin bkz., *Jones v. Saudi Arabia* [2007] 1 AC 270, 280, 289 ve 293.

<sup>5</sup> 7 Cranch 116 (1812).

<sup>6</sup> *A.g.e.*, s. 137. Dolayısıyla 'kendilerini kabul etmeye hazır bir dost gücün limanlarına giren devlet savaş gemilerinin o gücün rızasıyla yetkiden muaf olacağı kabul edilmelidir'. Ancak bu kurallar yurt dışında yabancı yetkiye tabi özel gemilere uygulanamayacaktır. Ayrıca bkz., *Republic of the Philippines v. Pimentel* 553 US (2008), US Supreme Court, 12 Haziran 2008, Slip Opinion, ss. 11–12.

<sup>7</sup> [2000] 1 AC 147, 201; 119 ILR, s. 152.

<sup>8</sup> [2000] 1 WLR 1573, 1588; 119 ILR, s. 367.

Egemen muafiyeti kavramı diğer iki hukuk doktrini ile de yakından ilgili olup, bunlar dava edilemezlik ve devlet tasarrufu (eylemi) doktrinleridir. Daha önce de farklı prensipler arasındaki ilişkiye değinilmişti,<sup>9</sup> fakat dava-edilemezlik ve devlet eylemi doktrinlerinin yetkilerini kullanmada ulusal mahkemelerin yetkilerinin tamamen ötesinde kalan, örnek olarak mahkemelerin yabancı egemen devletlerin faaliyetlerini yargılayamadıkları devletlerin uluslararası faaliyet alanlarıyla ilişkili olduklarını burada not etmekte fayda vardır.<sup>10</sup> Bu açıdan dava edilemezlik prensibi bir mahkemenin sahip olduğu bir yetkiyi kullanmaktan alıkonulduğu belli durumlarda ortaya çıkar. Bu yüzden yargı yetkisinden muafiyet söz konusu ülke devletinin hukuk sisteminden muaf olmak anlamına gelmez. Dolayısıyla bu iki kavram birbirinden farklıdır. *International Association of Machinists & Aerospace Workers v. OPEC* davasında<sup>11</sup> bu iki kavramın yabancı devletlerin egemenliğine saygı ihtiyacını yansıttıklarından birbirine benzediği, ancak ilk kavram (egemen muafiyeti) mahkemenin yetkisi ile ilgili bir uluslararası hukuk prensibiyken, ikincinin (dava edilemezlik) ulusal anayasal kökleri olan ihtiyari bir iç hukuk doktrini teşkil etmesi nedeniyle ilkinden farklı olduğu ifade edilmiştir. Aynı şekilde egemen muafiyeti sorunu usule ilişkin olup, mantıksal olarak bir devlet eylemi konusuna ilişkin dava edilemezlik tartışmasından önce,<sup>12</sup> bir ön mesele olarak ele alınmalıdır.<sup>13</sup>

Ancak uygulamada söz konusu ayırım her zaman bu kadar açık değildir ve mahkemenin önüne genellikle hem dava-edilemezlik hem de egemen muafiyete dayalı argümanların sunulması beklenmelidir. Uluslararası hukukta mutlak muafiyet yaklaşımının terk edilmesinin dava-edilemezliğe ne derecede etki ettiği değerlendirilmeli de ayrıca tartışmalı bir husustur.

Özellikle bu bağlamda devlet eylemi doktrininin mahkemeler tarafından uygulanmasının bazı durumlarda mutlak egemen muafiyeti teorisini geri getirme etkisi yapabileceğine yönelik bazı endişeler dile getirilmiştir. Örnek olarak *Letelier v. Republic of Chile* davasında<sup>14</sup> Şili hükümeti kendi yetkililerinin Letelier'in ABD'de öldürülmesini emretmiş olsalar da, bu emirler Şili'de verildiği için bu tür eylemlerin ABD mahkemelerinde tartışma konusu olamayacağını ileri sürmüştür. Ancak bu iddia Mahkeme tarafından kabul edilmemiştir; zira aksi durum bir devletin 'devlet eylemi doktrini kılıfı altında' mutlak muafiyet yaklaşımını geri getirmesine izin vermek suretiyle Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu'nun budanması anlamına gelecektir.<sup>15</sup> Bir miktar farklı koşullar içeren, *Maclaine Watson v. The International*

<sup>9</sup> Bkz., yukarıda 4. Bölüm.

<sup>10</sup> Örneğin bkz., *Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer (No. 3)* [1982] AC 888; 64 ILR, s. 332; *Buck v. Attorney-General* [1965] 1 Ch. 745; 42 ILR, s. 11 ve Goff J, *Iº Congreso del Partido* [1978] 1 QB 500, 527-8; 64 ILR, ss. 154, 178-9. Ayrıca bkz., Sinclair, 'Sovereign Immunity', s. 198. Ayrıca 'bir devlet muafiyeti iddiasının esas olarak kamusal bir iddia olduğu ve açık bir duruşma gerektirdiği' hususu için bkz., *Harb v. King Fahd* [2005] EWCA Civ 632, paragraf 28, Thorpe LJ.

<sup>11</sup> 649 F.2d 1354, 1359; 66 ILR, ss. 413, 418. Yeniden tasdiki için bkz., *Asociacion de Reclamantes v. The United Mexican States* 22 ILM, 1983, ss. 625, 641-2. Ayrıca bkz., *Ramirez v. Weinberger* 23 ILM, 1984, p. 1274; *Goldwater v. Carter* 444 US 996 (1979) ve *Empresa Exportadora de Azucar v. Industria Azucarera Nacional SA* [1983] 2 LL. R 171; 64 ILR, s. 368. *High Commissioner of Pakistan v Jah* kararında egemen muafiyetinin, bunu öne sürebilecek tarafın feragatle bulunabileceği dava önünde usuli bir engel oluşturduğu, ancak hükümet tasarrufunun mahkemenin esasa ilişkin hüküm tesis etme yetkisi ile alakalı olduğu ve feragat edilemeyeceği vurgulanmıştır. [2016] EWHC 1465 (Ch), para. 89.

<sup>12</sup> Örneğin bkz., *Siderman v. Republic of Argentina* 965 F.2d 699 (1992); 103 ILR, s. 454.

<sup>13</sup> Bu husus Uluslararası Adalet Divanı tarafından, *Difference Relating to Immunity from Legal Process* davasındaki İstişari Görüşü ile tasdik olunmuştur, ICJ Reports, 1999, ss. 62, 88; 121 ILR, ss. 405, 432-3. Temyiz Mahkemesi'nin *Jones v. Saudi Arabia* kararında, hakim Mance LJ 'devlet muafiyeti iddialarının davanın erken bir aşamasında çözülmesi gerektiğini' ifade etmiştir, [2004] EWCA Civ 1394, paragraf 10; 129 ILR, s. 653. Ayrıca bkz., *Al-Atiyah v Al-Thuni* [2016] EWHC 212 (QB), para. 22 ve *Republic of the Philippines v. Pimentel* 553 US-(2008), US Supreme Court, 12 Haziran 2008, Slip Opinion, s. 11. Burada mahkeme egemen muafiyetinin ileri sürüldüğü bir davada esasa girmenin bizatihi egemen muafiyeti ihlal edeceğine hükmetmiştir.

<sup>14</sup> 488 F.Supp. 665 (1980); 63 ILR, s. 378. ABD Temyiz Mahkemesi'nin 1976 Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu'nun devlet eylemi doktrinini ilga etmediği kararı için bkz., *Helen Liu v. Republic of China* 29 ILM, 1990, s. 192.

<sup>15</sup> 488 F.Supp. 665, 674.



*Tin Council* davasında<sup>16</sup> hakim Kerr LJ, dava-edilemezlik doktrininin bir devletin ticari faaliyetleri yüzünden sahip olamayacağı egemen muafiyete ilişkin eksikliği gidermek üzere kullanılabileceğine dair endişelerini ifade etmiştir.

Bir mahkeme, ilgili egemen muafiyeti yasasının kendisine davaya bakma izni verdiği karar verdikten sonra bir devlet eylemi argümanı ile karşılaşabilir. Bu açıdan sınırlı muafiyet yaklaşımını uygulamaya sokan böyle bir yasa, devlet eylemi veya yargı edilemezlik doktrininin kendiliğinden ortadan kaldırmaz.<sup>17</sup> Ancak söz konusu durumun egemen muafiyetin uygulanmadığı bir hale ilişkin olduğunun kabul edilmesi halinde dava-edilemezlik itirazının kapsamı da şüphesiz fazlasıyla azalacaktır.<sup>18</sup>

Her ne kadar devlet/egemen muafiyeti sorunları en sık ulusal mahkemelerde ortaya çıksalar da, bu muafiyet kuralının kendisi bir uluslararası örf ve adet kuralıdır ve devletlerin egemen eşitliği prensibinden doğmuş olduğundan uluslararası hukuk ve uluslararası ilişkilerde de gerçekten önemli bir yer işgal eder.<sup>19</sup>

### Mutlak Muafiyet Yaklaşımı

Onsekizinci ve ondokuzuncu yüzyıllarda bir egemenin ve onun hükümetinin henüz karmaşık hale gelmemiş olan rolü, mantıksal olarak mutlak muafiyet kavramına yol açmış ve bu sayede bir egemen şartlar ne olursa olsun bütün davalarda yabancı yetkiden tamamen muaf tutulmuştur. Ancak özellikle ticari meseleler bakımından devletlerin faaliyetlerinin ölçüsüz büyümesi muafiyet açısından problemlere ve bir çok devlette söz konusu kuralın değişmesine neden olmuştur. Bazı hükümet ve kamu kurumları, millileştirilmiş endüstriler ve diğer benzeri devlet organlarındaki artış mutlak muafiyet kavramına karşı, bunun özel şirketlere kıyasla devlet girişimlerine bir avantaj sağlayacağı gerekçesiyle, bir tepki doğmasına yol açmıştır. Bu yüzden bir çok devlet, hükümet faaliyetleri bakımından mevcut olan fakat bir devletin ticari faaliyete girişmesi halinde mevcut olmayan, sınırlı muafiyet doktrininin benimsemeye başlamıştır. Bu açıdan mutlak muafiyetin tanınacağı hükümet faaliyetlerine *jure imperii* adı verilirken, özel veya ticari faaliyetlere ilişkin olanlarına *jure gestionis* adı verilmektedir.

Mutlak muafiyet yaklaşımını ilk uygulayanlardan İngiltere’de bu yaklaşım bir çok önemli dava ile yerleşmiştir.<sup>20</sup>

*Parlement Belge* davasında<sup>21</sup> Temyiz Mahkemesi’nin vurguladığı üzere önceki bütün ilgili davalardan çıkartılan bir prensibe göre her devlet;

*“bir egemenin kendisi veya diğer bir devletin büyükelçisi veya bir devletin kamusal kullanıma yönelik kamu malları üzerinde...bu egemen kişi, büyükelçi veya mal kendi yetki alanı içinde bulunsa dahi, mahkemeleri vasıtasıyla ülkesel yetkisini kullanmaktan kaçınacaktır.”*<sup>22</sup>

<sup>16</sup> [1988] 3 WLR 1169, 1188; 80 ILR, ss. 191, 209.

<sup>17</sup> Bkz., *International Association of Machinists & Aerospace Workers v. OPEC* 649 F.2d 1354, 1359–60; 66 ILR, ss. 413, 418. Ayrıca bkz., *Liu v. Republic of China* 29 ILM, 1990, ss. 192, 205.

<sup>18</sup> Bkz., Hakim Evans J’in yargı-edilemezlik ile muafiyet arasındaki ilişki hakkındaki ilginç tartışması, *Australia and New Zealand Banking Group v. Commonwealth of Australia*, 1989, transcript, ss. 59–60.

<sup>19</sup> *Germany v. Italy*, ICJ Reports, 2012, ss. 99, 123. Ayrıca bkz., *Jones v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, 14 Ocak 2014 tarihli karar, s. 49.

<sup>20</sup> Ancak geniş bir mutlak muafiyetin kabulünün yeterince açık olmadığı bir dizi erken dava için bkz., *The Prins Frederik* (1820) 2 Dod. 451; *Duke of Brunswick v. King of Hanover* (1848) 2 HLC 1 ve *De Haber v. Queen of Portugal* (1851) 17 QB 171. Ayrıca bkz., Phillimore J, *The Charkieh* (1873) LR 4A ve E 59. Ayrıca bkz., Fox ve Webb, *State Immunity*, s. 26.

<sup>21</sup> (1880) 5 PD 197.

<sup>22</sup> Brett LJ, *a.g.e.*, ss. 214–15. Elbette bu prensibin özel olmayıp kamusal kullanım için ayrılmış kamu malları ile ilişkili olduğu dikkate alınmalıdır.

Bu davada ifade edilmiş olan prensibin genişliği İngiliz mahkemelerinin yetkisinden muaf tutulabilme açısından yabancı egemenin mallarda ne çeşit bir menfaati olması gerektiği sorusuna yol açmıştır.

Mutlak muafiyet doktrininin herkesin kabul ettiği üzere en uç ifadesi *Porto Alexandre* davasıdır.<sup>23</sup> Bu dava Liverpool limanı yakınında römorkörler tarafından verilmiş hizmet bedelinin ödenmemesi yüzünden bir İngiliz mahkemesince Portekiz'in satın aldığı bir gemi aleyhine mahkeme emri çıkarılması talebiyle ilgilidir. Mahkeme münhasıran özel ticari operasyonlarda kullanılmakta olan gemi açısından kendisini *Parlement Belge* prensibinin hükümleri ile bağlı sayarak davada Portekiz hükümetinin menfaatleri bulunduğu gerekçesiyle talebi reddetmiştir.

Muafiyet kuralının uygulanması bakımından ilk düşünce farklılıkları Lordlar Kamarası'nda görülen *Cristina* davasında ortaya serilmiştir.<sup>24</sup> Bu dava *Cristina* adlı geminin açık denizde bulunduğu sırada Bilbao'da kayıtlı gemilere el koyan bir İspanyol Cumhuriyetçi Hükümet kararı ile ilgilidir. Geminin Cardiff'e varışının ardından Cumhuriyetçi Hükümet yetkililerinin gemiye el koyması üzerine, gemi sahipleri mülkiyet iddiası ile buna yönelik bir mahkeme emri verilmesini talep etmiştir. Bu talep Cumhuriyetçi Hükümet tarafından ileri sürülen egemen muafiyet açısından davanın reddedilmesi gerektiği itirazı ile karşılaşmıştır. Lordlar Kamarası'nın çoğunluğu hükümetin gemiyi devralan el koyma kararından ötürü bu itirazın kabul edilmesine karar vermiştir.

Ancak Lordlardan ikisi *Porto Alexandre* kararını eleştirmiş ve muafiyetin bir devletin ticari gemilerini kapsayıp kapsamadığından şüphe duyduklarını açıklamıştır.<sup>25</sup> Buna karşın Lord Atkin ise daha radikal bir mutlak yaklaşım benimsemiştir.<sup>26</sup>

*Krajina v. Tass Agency* davasında<sup>27</sup> Temyiz Mahkemesi ilgili Ajans'ın Sovyetler Birliği'nin bir devlet organı olduğuna ve bu yüzden ulusal yetkiden muafiyet hakkı olduğuna hükmetmiştir. Bu yaklaşım *Baccus SRL v. Servicio Nacional del Trigo* davasında<sup>28</sup> da izlenmiş ve Mahkeme davalıların, her ne kadar İspanyol hukukuna göre ayrı bir hukuk kişisi olsalar da, gerçekte İspanyol hükümetinin bir devlet kurumu olduklarını kabul etmiştir. Bu kurumun aslında nasıl kurulduğu bir iç mesele sayılmış ve dolayısıyla muafiyete hakkı olduğuna hükmedilmiştir. Bu davada çoğunluktan farklı bir görüş takınmış olan Lord Hakim Singleton, Karşı Oy Görüşü'nde, egemen muafiyeti doktrininin hukuken devletten ayrı olan kurumlara genişletilmesi olarak saydığı bu kararı kınamıştır.<sup>29</sup>

Mutlak muafiyet kuralının da bazı sınırları olup, bir İngiliz mahkemesinin muafiyeti tanınması için bir yabancı egemenin dava konusu malda menfaati olduğuna ilişkin iddianın temellendirilmesi gerekmektedir. Bu durum bir yabancı egemenin yerel yetkiye bir ölçüde tabi olmasını gerektirdiğinden bu muafiyet sınırsız şekilde mutlak değildir. Mahkeme egemenin iddiasının esasen asılsız veya hukuken açıkça geçersiz olmadığına kanaat getirmesi halinde davayı reddedecektir. Buna ilişkin bir durum *Juan Ysmael v. Republic of Indonesia* davasında<sup>30</sup> ortaya çıkmış olup, Endonezya hükümetinin bir gemiye ilişkin menfaat iddiası

<sup>23</sup> [1920] P. 30; 1 AD, s. 146. Örneğin bkz., Sinclair, 'Sovereign Immunity', s. 126. Ayrıca bkz., *The Jupiter* [1924] P. 236, 3 AD, s. 136.

<sup>24</sup> [1938] AC 485; 9 AD, s. 250.

<sup>25</sup> Örneğin bkz., Lord Macmillan, [1938] AC 485, 498; 9 AD, s. 260.

<sup>26</sup> [1938] AC 485, p. 490. Ayrıca bkz., *Berizzi Bros. C. v. SS Pesaro* 271 US 562 (1926); 3 AD, s. 186 ve *The Navemar* 303 US 68 (1938); 9 AD, s. 176.

<sup>27</sup> [1949] 2 All ER 274; 16 AD, p. 129. Ayrıca bkz., Cohen LJ, [1949] 2 All ER 274, 281.

<sup>28</sup> [1957] 1 QB 438; 23 ILR, s. 160.

<sup>29</sup> [1957] 1 QB 438, 461; 23 ILR, s. 169.

<sup>30</sup> [1955] AC 72; 21 ILR, s. 95. Ayrıca bkz., *USA and France v. Dollfus Mieg et Compagnie* [1952] AC 582; 19 ILR, s. 163.

açıkça geçersiz sayılarak davanın egemen muafiyeti esası gerekçesiyle reddedilemeyeceğine karar verilmiştir.<sup>31</sup>

Buna karşın Amerikan davalarında, bir yandan maliklik diğer yandan zilyetlik ve kontrolü birbirinden ayıran, daha farklı bir yaklaşım sergilenmiştir. Özellikle iki davada muafiyet reddedilmiş olup ilgili gemiler, her ne kadar muafiyeti iddia eden devletlerce sahip olunsalar da, davayla alakalı zamanda bu devletlerin zilyetliği veya kontrolünde bulunmadıklarından, mahkemenin yetkisine tabi tutulmuştur.<sup>32</sup>

Mahkemeler, yabancı devletin davalı olduğu bir davada yargılama yapamayacaklarından, her bir davada yabancı devletten ne anlaşıldığına karar vermek gerekmektedir. Yabancı bir kurumun statüsü hususunda ve ulusal mahkemenin amaçları açısından devlet sayılıp sayılmayacağı konusunda bir şüphe duyulması halinde, İngiltere hükümeti tarafından sunulan bir idari sertifika (belge) belirleyici olmaktadır.

*Duff Development Company v. Kelantan* davası<sup>33</sup> buna iyi bir örnektir. Kelantan İngiliz korumasında bir Malezya toprağıydı. Hem iç hem de dış politikaları açısından İngiliz yönetimine tabi olup, hiç bir şekilde politik olarak bağımsız sayılmamaktaydı. Ancak İngiliz hükümetince yayınlanmış sertifikaya göre Kelantan bağımsız bir devletti ve Hükümet onun üzerinde ne bir egemenlik hakkı veya yetkisi iddia etmiş, ne de böyle bir yetkiyi icra etmekteydi. Davanın geldiği Lordlar Kamarası, bir yabancı yönetimin Hükümet tarafından egemen olarak tanınmış olması halinde bunun mahkemeler için bağlayıcı olduğunu ve bu açıdan başka hiç bir delile ihtiyaç olmadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla Kelantan devleti İngiliz mahkemelerinin yetkisi bakımından egemen muafiyete sahip sayılmıştır.

### Sınırlayıcı Yaklaşım

Aslında bir çok devlet göreceli olarak erken bir dönemde, egemen-olmayan eylemler üzerinde yetki kullanılmasına izin veren, muafiyeti sınırlayıcı bir yaklaşımı benimsemeye başlamıştır.<sup>34</sup> 1950'de Avusturya Yüksek Mahkemesi devletlerin uygulamalarını kapsamlı bir şekilde gözden geçirdikten sonra devletlerin ticari alanda artan faaliyetleri yüzünden klasik mutlak muafiyet doktrininin anlamını kaybettiği ve artık bir uluslararası hukuk kuralı olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>35</sup> ABD Dışişleri 1952'deki Tate mektubunda, hükümetlerin ticari faaliyetlere girişmesinin yabancı devletlerin mutlak muafiyete bakışını değiştirmesi nedeniyle artık bir değişimin gerekli olduğunu ve bundan sonra 'Bakanlığın sınırlayıcı egemen muafiyet teorisini uygulayacağını' açıklamıştır.<sup>36</sup> Bu yaklaşım Amerikan mahkemeleri tarafından da,

<sup>31</sup> Bkz., Higgins, 'Unresolved Aspects', s. 273, Higgins sınırlayıcı muafiyet çağında asılsız ve açıkça geçersizlik testinin yeterli olup olmayacağı sorusunu ortaya atmaktadır. Ayrıca bkz., R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, Bölüm 5.

<sup>32</sup> *The Navemar* 303 US 68 (1938); 9 AD, s. 176 ve *Republic of Mexico v. Hoffman* 324 US 30 (1945); 12 AD, s. 143.

<sup>33</sup> [1924] AC 797; 2 AD, s. 124. 1978 Devlet Muafiyeti Kanunu, s. 21 uyarınca, bu bağlamda örneğin devlet olma veya devlet başkanı olma açısından bir idari sertifika belirleyici olacaktır, bkz., *Sultan of Pahang v. Secretary of State for the Home Department* [2011] EWCA Civ 616. Berlin'deki İngiliz Güçleri Komutanlığı'nın statüsü bakımından Bölüm 21 uyarınca yayınlanmış bir sertifika için, ayrıca bkz., *Trawnik v. Gordon Lennox* [1985] 2 All ER 368.

<sup>34</sup> Örneğin bkz., Belçika ve İtalya, Lauterpacht, 'Problem'; Badr, *State Immunity*, Bölüm 2; Sinclair, 'Sovereign Immunity' ve Fox ve Webb, *State Immunity*, s. 32. Ayrıca bkz., 1926 Devletin Sahipliğindeki Gemilerin Muafiyetine Dair Brüksel Sözleşmesi, bu sözleşme ticaretle uğraşan bu tür gemilerin durumunu yetkiye tabi olma bakımından özel gemilerle aynı konuma indirmiştir, ve Karasuları ve Açık Denizler Hakkındaki 1958 Sözleşmeleri. Günümüzde geçerli olan kurallar için bkz., 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 31, 32, 95 ve 96. maddeleri.

<sup>35</sup> *Dralle v. Republic of Czechoslovakia* 17 ILR, s. 155. Bu karar Batı Almanya Yüksek Anayasa Mahkemesi tarafından *The Empire of Iran* davasında onaylanarak alıntılanmıştır, 45 ILR, s. 57 ve ABD Temyiz Mahkemesi, *Victory Transport Inc. v. Comisaria General de Abastecimientos y Transportes* 35 ILR, s. 110.

<sup>36</sup> 26 *Department of State Bulletin*, 984 (1952). Ayrıca bkz., C. A. Bradley, *International Law in the US Legal System*, 2. Baskı, Oxford, 2015, Bölüm 8.

örnek olarak *Victory Transport Inc. v. Comisaria General de Abastecimientos y Transportes* davasında,<sup>37</sup> benimsenmiştir. Bu davada Mahkeme bir geminin buğday taşımak üzere kiralanmasının tam anlamıyla bir politik veya kamusal eylem olmaması nedeniyle İspanyol Ticaret Bakanlığı'nın bir şubesi olan davalı kurumların muafiyeti bakımından, Amerikan Dışişleri Bakanlığı'nın aksine bir 'tavsiye'sinin bulunmaması halinde, yetkili olduğuna karar vermiştir. Söz konusu sınırlayıcı teori yaklaşımı dört Yüksek Mahkeme hakimi tarafından *Alfred Dunhill of London Inc. v. Republic of Cuba* davasında tekrar tasdik edilmiştir.<sup>38</sup>

İngiltere açısından, sınırlayıcı yaklaşımın benimsenmesi daha geç gerçekleşmiştir.<sup>39</sup> *Philippine Admiral* davasında,<sup>40</sup> Filipinler hükümetince malik olunan bir gemi aleyhine iki gemicilik şirketi tarafından Hong Kong'da bir mahkeme emri çıkartılmıştır. Hong Kong Yüksek Mahkemesi'nin verdiği kararın temyiz edilmesi üzerine davayı ele alan Kraliyet Danışma Meclisi, egemen muafiyete dair önceki kararları gözden geçirdikten sonra, artık *Porto Alexandre* davasındaki<sup>41</sup> kararın izlenilemeyeceğine karar vermiştir. Lord Cross önceki kararın izlenmeme gerekçesi için dört neden sunmuştur. Birincisi önceki davada Temyiz Mahkemesi'nin hatalı olarak *Parlement Belge* kararı<sup>42</sup> ile bağlı olduğunu hissetmiş olmasıdır. İkincisi *The Cristina* davasında<sup>43</sup> Lordlar Kamarası'nın devletin sahip olduğu ticaretle uğraşan gemilerin muafiyeti konusunda bölünmüş olmasıdır. Üçüncüsü hukuki düşünsel eğilimin mutlak muafiyet doktrinine karşı olmasıdır; ve dördüncüsü bu doktrinin uygulanmasının aslen 'yanlış' olmasıdır; zira Batı dünyasında devletler ticari işlemlerden ötürü kendi mahkemeleri önünde dava edilebilmektedir ve yabancı devletlerin de aynı şekilde dava edilememesi için hiçbir neden yoktur.<sup>44</sup> Bu suretle Kraliyet Danışma Meclisi, sıradan ticaretle uğraşan ve devletin sahip olduğu bir ticaret gemisinin mahkeme emrine muhatap olduğu durumlarda, o geminin egemen muafiyete sahip olamayacağına ve davanın devam edeceğine hükmetmiştir.

*Thai-Europe Tapioca Service Ltd v. Government of Pakistan* davasında<sup>45</sup> Polonya'dan Pakistan'a mal taşımak üzere kiralanmış Alman mülkiyetindeki bir gemi, 1971 Savaşı sırasında Hindistan uçakları tarafından Karaçi'de bombalanmıştır. İlgili antlaşma uyuşmazlıkların tahkim yoluyla İngiltere'de çözülmesini öngördüğünden mesele en sonunda İngiliz mahkemeleri önüne gelmiştir. Kargo, bir Pakistan şirketine gönderilmiş olup, bu şirket Pakistan hükümeti tarafından devralınmıştır. Gemi sahibi bombalamanın neden olduğu altmış yedi gün gecikmiş boşaltmadan ötürü hükümeti dava etmiştir. Hükümet egemen muafiyeti ileri sürmüş ve davanın reddini istemiştir.

Temyiz Mahkemesi, davada bütün ilgili olaylar mahkemenin yetkisi dışında gerçekleşmiş olduğundan ve söz konusu dava gemiye karşı değil yabancı hükümete karşı *in personam* açılmış olduğundan, genel egemen muafiyeti prensibinin geçerli olduğuna karar vermiştir.

<sup>37</sup> 35 ILR, s. 110. Ayrıca bkz., örneğin *National City Bank of New York v. Republic of China* 22 ILR, s. 210 ve *Rich v. Naviera Vacuba* 32 ILR, s. 127.

<sup>38</sup> 15 ILM, 1976, ss. 735, 744, 746-7; 66 ILR, ss. 212, 221, 224.

<sup>39</sup> Bazı erken değerlendirmeler için bkz., Lord Denning, *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad* [1958] AC 379, 422; 24 ILR, ss. 175, 190.

<sup>40</sup> [1976] 2 WLR 214; 64 ILR, s. 90. Sinclair, bu kararı 'tarihi bir dönüm noktası' şeklinde tanımlamaktadır, 'Sovereign Immunity', s. 154. Ayrıca bkz., R. Higgins, 'Recent Developments in the Law of Sovereign Immunity in the United Kingdom', 71 AJIL, 1977, ss. 423, 424.

<sup>41</sup> [1920] P. 30; 1 AD, s. 146.

<sup>42</sup> (1880) 5 PD 197.

<sup>43</sup> [1938] AC 485; 9 AD, s. 250.

<sup>44</sup> [1976] 2 WLR 214, 232; 64 ILR, ss. 90, 108. Lord Cross'un mutlak teorisinin *in personam* davalar bakımından halen geçerli olduğuna inandığına dikkat edilmelidir, [1976] 2 WLR 214, 233.

<sup>45</sup> [1975] 1 WLR 1485; 64 ILR, s. 81.

Ancak bu davada Lord Denning egemen muafiyeti doktrinine ilişkin bazı istisnalardan bahsetmiştir. Bu açıdan İngiltere’de bulunan bir arazi veya İngiltere’de yatırılmış bir vakıf fonu veya İngiltere’deki bir gayrimenkule verilmiş hizmetler bakımından mahkemenin yetkisi dahilinde üstlenilmiş borçlarla ilgili bir davada egemen muafiyetin uygulanmamakta olduğu, ayrıca tacir ile İngiltere’de bir ticari işlem yapıldığında ve ‘tamamıyla bizim mahkemelerimizin ülkesel yetkisi içinde bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa’ herhangi bir muafiyetin bulunmayacağı ifade edilmiştir.<sup>46</sup>

Bununla beraber *in personam* davalar için mutlak muafiyet ve *in rem* davalar için sınırlayıcı muafiyet şeklindeki söz konusu yaklaşım uzun süre devam etmemiştir. *Trendtex Trading Corporation Ltd v. Central Bank of Nigeria* davasında<sup>47</sup> Temyiz Mahkemesi’nin her üç hakimi de sınırlayıcı yaklaşımın geçerliliğinin adalet, nezaket ve uluslararası uygulama ile uyumlu olduğuna dikkat çekmiştir.<sup>48</sup> Emsal karar problemi bu davadaki iki hakim tarafından *stare decisis* doktrininin uluslararası hukukta bulunmadığı gerekçesiyle çözülmüştür.<sup>49</sup> *Trendtex*’de açıkça kabul edilen sınırlayıcı muafiyet teorisi sonraki davalarda,<sup>50</sup> özellikle Lordlar Kamarası tarafından *I Congreso del Partido*<sup>51</sup> ve *Alcom Ltd v. Republic of Colombia* davasında,<sup>52</sup> tekrar tasdik edilmiştir.

Devletlerin çoğunluğu artık sınırlayıcı muafiyet doktrininini kabul etme eğilimindedir<sup>53</sup> ve bu durum devletlerin yasalarına da yansımaktadır.<sup>54</sup> Özellikle 1976 ABD Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu<sup>55</sup> Bölüm 1605’de bir devletin mahkemelerin yetkisine tabi tutulabileceği esaslar (yabancı bir devletin yetki açısından muafiyetine genel istisnalar olarak) öngörülmekte olup, aynı şekilde 1978 İngiliz Muafiyet Kanunu da<sup>56</sup> mahkemelerin yetkisi açısından

<sup>46</sup> [1975] 1 WLR 1485, 1490–1; 64 ILR, s. 84.

<sup>47</sup> [1977] 2 WLR 356; 64 ILR, s. 122.

<sup>48</sup> [1977] 2 WLR 356, 366–7 (Denning MR), 380 (Stephenson LJ) ve 385–6 (Shaw LJ).

<sup>49</sup> *A.g.e.*, ss. 365–6 ve 380. Ancak karşı., Stephenson LJ, *a.g.e.*, s. 381.

<sup>50</sup> Örnek olarak bkz., *Hispano Americana Mercantil SA v. Central Bank of Nigeria* [1979] 2 LL. R 277; 64 ILR, s. 221.

<sup>51</sup> [1981] 2 All ER 1064; 64 ILR, s. 307, bu dava 1978 Kanunu öncesi geçerli teamül hukuku ile ilgilidir. Ayrıca bkz., *Planmount Ltd v. Republic of Zaire* [1981] 1 All ER 1110; 64 ILR, s. 268.

<sup>52</sup> [1984] 2 All ER 6; 74 ILR, s. 179. Ayrıca bkz., *Jones v. Saudi Arabia* [2006] UKHL 26, paragraf 8 (Lord Bingham); 129 ILR, ss. 716.

<sup>53</sup> Örneğin bkz., *Administration des Chemins de Fer du Gouvernement Iranien* davası, 52 ILR, s. 315 ve *Empire of Iran* davası, 45 ILR, s. 57; ayrıca bkz., Sinclair, ‘Sovereign Immunity’; Badr, *State Immunity*; ve UN, *Materials*. Ayrıca bkz., İspanyol Anayasa Mahkemesi’nin *Abbott v. Republic of South Africa* davası kararı, 86 ILR, s. 512; *Manauta v. Embassy of Russian Federation* 113 ILR, s. 429 (Arjantin Yüksek Mahkemesi); *US v. Friedland* 182 DLR (4th) 614; 120 ILR, s. 417 ve *CGM Industrial v. KPMG* 1998 (3) SA 738; 121 ILR, s. 472. Ayrıca bkz. *Germany v Italy* davasında atıf yapılan (ICJ Reports, 2012, s. 99) İsrail’in 2008 tarihli Yabancı Devletler Muafiyet Kanunu ve *United States of America v. Andria Bachbat*, 8 Ocak 2016, <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/israel-court-recognizes-u-s-foreign-state-immunity-in-employment-suit/>

<sup>54</sup> Örneğin bkz., Singapur devlet Muafiyeti Kanunu 1979; Pakistan Devlet Muafiyeti Tüzüğü 1981; Güney Afrika Yabancı Devlet Muafiyetleri Kanunu 1981; Kanada Devlet Muafiyeti Kanunu 1982 ve Avusturalya Yabancı Devlet Muafiyetleri Kanunu 1985. Ayrıca bkz., 2004 BM Devletler ve Devlet Mallarının Yargısal Muafiyetine Dair Sözleşme’nin 5. maddesi. Yazım tarihinde yürürlükte olmayan bu Sözleşme’nin ceza davalarına uygulanmayacağına dikkat ediniz.

<sup>55</sup> Örneğin bkz., Fox ve Webb, *State Immunity*, Bölüm 8; G. Delaume, ‘Public Debt and Sovereign Immunity: The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976’, 71 AJIL, 1977, s. 399; Sinclair, ‘Sovereign Immunity’, ss. 243 vd., ve D. Weber, ‘The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976’, 3 *Yale Studies in World Public Order*, 1976, s. 1. *Republic of Austria v. Altmann* davasında, ABD Yüksek Mahkemesi Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu’nun hükümlerinin yasanın yürürlüğe girmesinden ve hatta ABD’nin 1952 yılında sınırlı muafiyet yaklaşımını benimsemesinden önceki eylemlere de uygulanacağına hükmetmiştir, 541 US 677 (2004). Ayrıca bkz., *Republic of Argentina v NML Capital*, 573 U. S. (2014), ss. 5 vd.

<sup>56</sup> Örneğin bkz., Fox ve Webb, *State Immunity*, Bölüm 7; D. W. Bowett, ‘The State Immunity Act 1978’, 37 *Cambridge Law Journal*, 1978, s. 193; R. C. A. White, ‘The State Immunity Act 1978’, 42 *MLR*, 1979, s. 72; Sinclair, ‘Sovereign Immunity’, ss. 257 vd., ve M. N. Shaw, ‘The State Immunity Act 1978’, *New Law Journal*, 23 Kasım 1978, s. 1136.

kanunda sayılan bir dizi istisna dışında genel bir muafiyet kuralı getirmektedir.<sup>57</sup>

Eski Sovyetler Birliği ve diğer bazı ülkeler genel olarak mutlak muafiyet teorisine bağlı kalmışlarsa da uygulamada bu devletler, diğer bir devlet ülkesinde ticari bir sözleşmenin imzalanmış olması halinde, yetki kullanılmasına izin veren bir çok ikili antlaşma yapmıştır.<sup>58</sup>

Sınırlayıcı yaklaşımın artık uluslararası hukuk ve uygulamada hakim bir yaklaşım olduğu *Germany v. Italy* davasında Uluslararası Divan tarafından da tanınmıştır.<sup>59</sup> Ancak devletlerin tamamının mutlak yaklaşımı terk etmeye istekli olduğu henüz söylenemez.<sup>60</sup>

Egemen ve egemen-olmayan faaliyetler

Sınırlayıcı teorinin kabulü ile muafiyetten faydalanacak eylemler ile faydalanamayacak olanlar arasındaki ayrımın analizi çok önemli hale gelmiştir. *Victory Transport* davasında<sup>61</sup> Mahkeme, söz konusu faaliyet tam olarak politik veya kamusal işlemler kategorilerinden birisi içinde yer almadıkça; yani iç idari işlemler, yasama işlemleri, askeri güçlere ilişkin işlemler veya diplomatik faaliyet ve kamusal borçlar, (Dışişleri Bakanlığı'nın bu açıdan aksine bir önerisi olmadıkça)<sup>62</sup> muafiyetin tanınmasının reddedileceğini açıklamıştır.

Bununla beraber yakın zamanda çıkarılan yasalarda<sup>63</sup> benimsenen temel yaklaşım bir muafiyet kuralı koyup ardından istisnaları saymak şeklinde olup, bu sayede ispat külfeti diğer tarafa bırakılmaktadır.<sup>64</sup> Sınırlayıcı yaklaşımı yansıtan 2004 BM Devletler ve Devlet Mallarının Yargısal Muafiyetine Dair Sözleşme'nin 5. maddesi şöyledir:<sup>65</sup>

*“Bir devlet kendisi ve malları bakımından mevcut Sözleşme hükümleri uyarınca diğer devletin mahkemelerinin yargı yetkisinden muaf tutulacaktır.”*

<sup>57</sup> Ayrıca bkz., 1972 Devlet Muafiyetine Dair Avrupa Sözleşmesi. 22 Mayıs 1985'de yürürlüğe giren Sözleşme'ye ek protokol uyarınca bu sözleşme çerçevesindeki uyumsuzlukları karara bağlayacak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile aynı üyelere müteşekkil, bir Devlet Muafiyeti Konularına Dair Avrupa Mahkemesi kurulması öngörülmüştür: Bkz., Council of Europe Press Release, C(85)39. Genel olarak bkz., UN, *Materials*, Kısım I 'National Legislation', ve Badr, *State Immunity*, Bölüm 3. Ayrıca bkz., Devletlerin Yargısal Muafiyetlerine Dair Amerika Kıtası Taslak Sözleşmesi, 22 ILM, 1983, s. 292. 1979 İran Rehinelere Krizi ve ABD'nin İran varlıklarını dondurmasının ardından ortaya çıkan çok sayıda dava sınırlayıcı teori temelinde ele alınmıştır. Örneğin bkz., R. Edwards, 'Extraterritorial Application of the US Iranian Assets Control Regulations', 75 AJIL, 1981, s. 870. Ayrıca bkz., *Dames and Moore v. Regan* 101 S. Ct. 1972 (1981); 72 ILR, s. 270.

<sup>58</sup> Bu konuda çok sayıda örnek için, bkz., UN, *Materials*, ss. 134-50. Ayrıca bkz., M. M. Boguslavsky, 'Foreign State Immunity: Soviet Doctrine and Practice', 10 *Netherlands YIL*, 1979, s. 167. Filipinler uygulaması için, bkz., *US v. Ruiz and De Guzman* 102 ILR, s. 122; *US v. Guinto, Valencia and Others, a.g.e.*, s. 132 ve *The Holy See v. Starbright Sales Enterprises, a.g.e.*, s. 163.

<sup>59</sup> ICJ Reports, 2012, ss. 99, 124-5.

<sup>60</sup> Örnek olarak Çin ve Brezilya, ayrıca bkz., *Democratic Republic of Congo v. FG Hemisphere Associates*, 147 ILR, s. 376.

<sup>61</sup> 336 F.2d 354 (1964); 35 ILR, s. 110. Ayrıca bkz., P. Lalive, 'L'Immunité de Jurisdiction des Etats et des Organisations Internationales', 84 HR, 1953, s. 205, ve Lauterpacht, 'Problem', ss. 237-9.

<sup>62</sup> 1976 Yabancı Egemen Muafiyetleri Kanunu'ndan beri böyle bir statü belirlemenin idari değil yargısal bir işlem olduğuna dikkat edilmelidir.

<sup>63</sup> Örneğin bkz., 1978 Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 1; 1976 ABD Yabancı Egemen Muafiyetleri Kanunu, Bölüm 1604; 1985 Kanad Devlet Muafiyeti Kanunu Bölüm 3(1) ve 1985 Avustralya Yabancı Devlet Muafiyetleri Kanunu, Bölüm 9. Ayrıca bkz., *Saudi Arabia v. Nelson* 123 L Ed 2d 47 (1993); 100 ILR, s. 544.

<sup>64</sup> Ayrıca bkz., 1972 Devlet Muafiyetine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 15. maddesi. 1994 yılında Uluslararası Hukuk Derneği tarafından kabul edilmiş olan Devletin Muafiyetine Dair Sözleşme İçin Gözden Geçirilmiş Taslak Maddeler'in II. Maddesi, 1994 Altmış altıncı Konferans Raporu, s. 22, bu maddede 'prensipten ziyade, bir yabancı devletin kendi egemen yetkisini kullanırken gerçekleştirildiği eylemler, yani *jure imperii*, için forum devletinin yargısal yetkisinden muaf olacaktır. III. Madde'de öngörülen hallerde muafiyet olmayacaktır' denilmektedir.

<sup>65</sup> Muafiyetin ülkesel egemenlikten, her bir özel durumda gerekçelendirilmesi gereken, bir istisna olarak mı yoksa her bir vakada temellendirilmesi gerekmeyen bir uluslararası hukuk kuralı olarak mı görüleceğine ilişkin geniş kapsamlı devlet uygulaması bulunmaktadır. Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1980, cilt II, kısım 2, ss. 142 vd.

Bu tür durumlarda egemen muafiyetinin amaçları açısından ‘devlet’in tanımlanış biçimi önemli hale gelmektedir. Sözleşme’nin 2(1)b maddesinde açıklanmış olduğu üzere ‘devlet’ tabiri ile şunlar anlaşılır: (i) devletin ve hükümetin değişik organları; (ii) bir federal devletin kurucu birimleri veya egemen yetkinin kullanılması sırasında eylemlerde bulunma hakkı olan ve bu kapasite ile hareket eden devletin politik alt birimleri; (iii) devletin egemen yetkisinin kullanılması bakımından eylemlerde bulunmaya hakları olduğu ve gerçekten de buldukları ölçüde devlet veya diğer ilgili oluşumların ajan veya yetkilileri; ve (iv) devleti temsil kapasitesi ile hareket eden temsilciler.<sup>66</sup>

Sınırlayıcı muafiyet teorisinin kabulü ile söz konusu eylemin başlı başına egemen (*jure imperii*) veya egemen-olmayan (*jure gestionis*) olup olmadığına bakacak bir testin uygulanması mümkün hale gelmiştir. Hakim olan yaklaşıma göre buna karar verilirken faaliyetin amacından ziyade niteliğine odaklanılacaktır.

Ancak şurası da not edilmelidir ki Sözleşme’nin 2(2) maddesine göre:<sup>67</sup>

*“Bir sözleşme veya faaliyetin ‘ticari faaliyet’ olup olmadığına karar verilirken ... ilk önce sözleşme veya faaliyetin niteliğine bakılmalıdır, fakat sözleşme veya faaliyetin tarafları bunu kararlaştırmışlar ise ya da forum devletin uygulamasına göre sözleşme veya faaliyetin ticari-olmayan niteliğine karar vermede uygulanabilir ise amaç faktörü de dikkate alınmalıdır.”*

“Sözleşme” veya faaliyetin “niteliği” testinin bu şekilde değiştirilmesinin nedeni gelişmekte olan devletlere, özellikle millî ekonomik kalkınma çabaları sırasında, yeterli önlem ve korumayı sağlamaktır. Uluslararası Hukuk Komisyonu Şerhinde ise birbiri ardından uygulanacak iki aşamalı bir yaklaşım önerilmektedir. Birinci aşamada ilk olarak sözleşme veya faaliyetin niteliğine bakılacak ve bunların ticari-olmayan veya resmi nitelikte olduğu ortaya çıkarsa, daha fazla araştırmaya ihtiyaç kalmayacaktır. Ancak sözleşme veya faaliyetin ticari görünmesi halinde, sözleşme veya faaliyetin gerçekten egemen nitelikte olup olmadığına karar vermek üzere bunların amacına bakılması gerekecektir. Ayrıca devletlere kendi uygulamalarında belli bir sözleşme veya faaliyetin amacının, açıkça kamusal ve devlet menfaati gereği, ticari-olmayan şekilde kabul edilebildiğini ileri sürme fırsatı da verilmelidir. Bu konuda örnek olarak yayılan bir salgını önlemek üzere ilaç alınması veya gıda alımı verilebilir.<sup>68</sup> Daha önceki antlaşma taslaklarına göre bir değişim içeren<sup>69</sup> bu yaklaşım tartışmasız değildir ve uygulamada bir miktar dikkat gerektirmektedir. Örneğin amaç kriteri, sınırlayıcı muafiyet yaklaşımının ciddi biçimde gerilemesine neden olacak biçimde uygulanırsa, faydalı olmayacaktır. Ancak bu uyarı söz konusu faaliyetin amacı hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmayacağı anlamına da gelmemektedir.

<sup>66</sup> Ancak (iv). sıradaki hüküm Sözleşme’nin diplomatik ve konsolosluk misyonlarının, özel misyonların ve uluslararası örgütlere gönderilen misyonların imtiyaz ve muafiyetleri ile devlet başkanlarına tanınan muafiyetlere halel getirmeyeceğini öngören 3. maddesi ışığında biraz kafa karıştırıcıdır.

<sup>67</sup> Örneğin bkz., 1976 ABD Yabancı Egemen Muafiyetleri Kanunu, s. 1603(d). Kanun’un bölüm bölüm analizinde ‘bir sözleşme ile satın alınan mal ve hizmetlerin bir kamusal amaç için kullanılacak olması önemli değildir: Önemli olan bir faaliyet veya işlemin başlangıçtaki ticari karakteridir’ vurgusu yapılmaktadır, UN, *Materials*, ss. 103, 107. Ayrıca bkz., *Empire of Iran* davası, 45 ILR, ss. 57, 80–1; *Trendtex Trading Corporation Ltd v. Central Bank of Nigeria* [1977] 2 WLR 356; 64 ILR, s. 122; *Non-resident Petitioner v. Central Bank of Nigeria* 16 ILM, 1977, s. 501 (bir Alman davası); *Planmount Ltd v. Republic of Zaire* [1981] 1 All ER 1110; 64 ILR, s. 268 ve *Saudi Arabia v. Nelson* 123 L Ed 2d 47 (1993); 100 ILR, s. 544 (ABD Yüksek Mahkemesi). Ayrıca bkz., 1994 yılında Uluslararası Hukuk Derneği tarafından kabul edilen Devletin Muafiyetine Dair Sözleşme İçin Gözden Geçirilmiş Taslak Maddelerin I. Maddesi, Altmış altıncı Konferans Raporu, s. 23.

<sup>68</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu, 1991, ss. 29–30.

<sup>69</sup> *Yearbook of the ILC*, 1983, cilt II, kısım 2.

*I° Congreso del Partido* davasında<sup>70</sup> muafiyetin tanınıp tanınmaması değerlendirilirken Lord Wilberforce talebin temelini oluşturan ‘ilgili eylemi’ teşhis etmek üzere talebin yapıldığı bütün bağlamın dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Burada özellikle bu bir *jure gestionis* eylemi mi, veya diğer bir ifadeyle ‘bir özel kişinin girişmiş olabileceği nitelikte bir özel hukuk eylemi’ mi vardır, buna bakılacaktır.<sup>71</sup> Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin aşına olduğu özel hukuk/kamu hukuku ikiliğinin bu davada kullanılmış olması özellikle dikkat çekici olsa da muhtelif devletler söz konusu ayrımı farklı şekillerde çizebilmektedir.<sup>72</sup> Ayrıca bu ayrımın İngiliz hukuk sistemlerinde daha az bilindiği de dikkate alınmalıdır. Bunun yanı sıra özel alandan ayrı olarak hükümete ait alana atfolunan konular, ilgili devlet tarafından ilan edilmiş hususi politik ideolojiye dayanmakta olduğundan söz konusu ayrımın çizilmesine dair açık ve kapsamlı bir uluslararası konsensus da olası değildir.<sup>73</sup> Aynı şekilde bir eylemin *jure gestionis* veya *jure imperii* olarak karakterize edilmesi de eldeki olayın mahkemeler tarafından algılanışına bağlı olacaktır. Bununla beraber Lord Wilberforce belli bir olayda hükümete ait bir amaç veya motifin bulunmasının, aksi takdirde bir *jure gestionis* eylemi veya özel hukuk eylemi olacak bir şeyi, *jure imperii* hale dönüştüremese de,<sup>74</sup> güdülen amacın da yapılmış olan şeyin niteliğini bir miktar aydınlatmada faydalı olabileceğini not etmiştir.<sup>75</sup>

En azından araştırmanın başlangıç noktası olarak bağlamsal yaklaşımın önemi *United States of America v. The Public Service Alliance of Canada and Others (Re Canada Labour Code)* davasında Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından da vurgulanmıştır.<sup>76</sup> Bu açıdan bağlamsal yaklaşımın sınırlayıcı muafiyet doktrininin uygulanması için tek mantıklı temel olduğu; zira alternatifinin imkansız bir çaba olup, bunun ‘ilgili faaliyetin, kendi amacından tamamen bağımsız, “kati olarak” karakterize edilmesine yönelik antiseptik bir damıtma’ işlemi olduğu not edilmiştir.<sup>77</sup> Bu meseleyi *Reid v. Republic of Nauru* davasında<sup>78</sup> ele alan Avustralya Yüksek Mahkemesi ise bazı durumlarda eylem, motif ve amacın birbirinden ayrılmasının mümkün olamayabileceğini ifade etmiştir. Bazı durumlarda belli bir davranışın altında yatan motif veya amaç eylemin kendi tanımının bir parçasını oluştururken, diğer bazı durumlarda da yapılan eylemin doğası veya niteliği gerçekleştiği ortama müracaat etmeden anlaşılamayabilecektir. Mahkeme ayrıca her bir ülkede egemenliğin kendisinin niteliklerine dair algının veya kabul edilen politikanın meseleyle ilgili bir faktör olduğuna da dikkat çekmiştir.<sup>79</sup> *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua and Others* davasında ABD Temyiz Mahkemesi ‘eylemlerin amacını araştırmadıkça, bunların doğasına karar veremeyeceği’ hususunu tekrar vurgulamıştır.<sup>80</sup>

*Congreso* davasında gündeme gelmiş olan bir başka husus, başlangıçtaki faaliyet açıkça ticari iken ilgili sözleşmenin ihlal nedeninin bir egemen yetki kullanımı olarak ortaya çıkması halinde muafiyetin tanınıp tanınmayacağıdır. Bu olayda Küba devletinin sahip olduğu bir kuruluş tarafından işletilen ve bir Şili şirketine şeker götüren iki gemiye Küba hükümeti, Allende rejiminin devrilmesi üzerine Şili’den uzak durmasını emretmiştir. Küba hükümeti ilgili sözleşmenin ihlalinin bir dış politika kararı sonucunda ortaya çıkmış olması nedeniyle

<sup>70</sup> [1983] AC 244, 267; 64 ILR, ss. 307, 318.

<sup>71</sup> [1983] AC 244, 262; 64 ILR, s. 314.

<sup>72</sup> Örneğin bkz., Sinclair, ‘Sovereign Immunity’, ss. 210–13, ve *Empire of Iran* davası, 45 ILR, ss. 57, 80. Ayrıca bkz., 1972 Devlet Muafiyetine Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 7. maddesi.

<sup>73</sup> Örneğin bkz., Crawford, ‘International Law’, s. 88, ve Lauterpacht, ‘Problem’, ss. 220, 224–6.

<sup>74</sup> [1983] AC 244, 267; 64 ILR, s. 318.

<sup>75</sup> [1983] AC 244, 272; 64 ILR, s. 323.

<sup>76</sup> (1992) 91 DLR (4th) 449; 94 ILR, s. 264.

<sup>77</sup> [1992] 91 DLR (4th) 463; 94 ILR, s. 278.

<sup>78</sup> [1993] 1 VR 251; 101 ILR, s. 193.

<sup>79</sup> [1993] 1 VR 253; 101 ILR, ss. 195–6.

<sup>80</sup> 770 F.2d 1385, 1393 (1985); 88 ILR, ss. 75, 85.



egemen muafiyet savunmasında bulunmuştur. Ancak Lordlar Kamarası bu itirazı kabul etmemiş ve bir devletin ticari alana bir kez girdikten sonra o konuda muafiyetin tanınmasını gerektiren bir egemen eylem iddiası için yüksek ispat standardı aranacağını ifade etmiştir. Lord Wilberforce bu açıdan şu hususa vurgu yapmıştır:

*“Bir devletin eylemini jure gestionis eylemler alanından çıkartabilmesi için o devletin açıkça jure imperii yapılmış bir eylemi gösterebilmesi gerekir.”<sup>81</sup>*

Ve buna uygun olan kriteri şu şekilde tarif etmiştir:

*“Eylemin amaç ve motifinin devletin amacına hizmet etmesi yeterli değildir; eylemin kendisi de bir özel vatandaşın icra edebileceği nitelikte bir eylem olmayıp hükümete ait bir eylem olmalıdır.”<sup>82</sup>*

Davanın şartları içinde bu testten geçilemediği kanaatine varılmıştır. İki gemiden biri olan, *Playa Larga*, bütün ilgili zaman süresince Küba hükümetinin mülkiyetindedir. İkinci gemi olan, *Marble Island*, ise muafiyete sahip olmayan bir ticari işletmeye aittir. Bu ikinci gemiye açık denizde iken Küba hükümeti tarafından elkonulmuş ve Kuzey Vietnam’a gitmesi emredilip kargosu da neticede bu devletin halkına bağışlanmıştır. Mahkeme *Playa Larga* bakımından muafiyet iddiasını oybirliği ile reddetse de ikinci gemi konusunda ikiye bölünmüştür.

Lordlar Kamarası’nın iki üyesi, Lord Wilberforce ve Lord Edmund-Davies’e göre, hükümetin hükümete bir yetkiye göre değil gemi sahibi olarak müdahale ettiği *Playa Larga*’dan farklı olarak, *Marble Island* bakımından anahtar unsur Küba Cumhuriyeti’nin kargonun Kuzey Vietnam’a boşaltılmasını emretmiş olmasıdır. Bu, gemiyi kiralayan devlet tarafından yapılmış bir ticari düzenlemenin parçası sayılamaz ve dolayısıyla işlenmiş olan haksız fiilden sorumlu tutulamaz.<sup>83</sup>

Ancak çoğunluk Küba hükümetinin kargonun Kuzey Vietnam’da dağıtılmasını emrederken bir özel maliklik bağlamında eylemde bulunduğu ve kendisini bu açıdan egemen bir yetkiyi kullanma eylemi içinde saymamış olduğuna karar vermiştir. Buna göre her şey özel hukuk kurallarına dayanarak yapılmıştır. Şöyle ki, gemiyi kiraya veren özel şirket içindeki kargoyu Küba devletinin bir başka şirketine olağan özel satış hukukuna göre ve satışa izin veren söz konusu olaydaki taşıma senedine dayanarak satmıştır.<sup>84</sup>

Bununla beraber bir çok bakımdan azınlık görüşü daha kabul edilebilirdir. Zira aslında Küba hükümetinin ikinci gemiyi kontrolüne alması ve onu ve kargosunu yönlendirmesi bu olayda belirleyici olmuş ve bu kasıtlı bir devlet politikası olarak yapılmıştır. Bunun doğrudan hükümet kararname yerine özel hukuk yoluyla yapılmış olması meselede nihai olarak belirleyici değildir. Bununla beraber bu davanın gösterdiği asıl konu kamusal olanı özel eylemlerden ayırmanın gerçekte ne kadar zor olduğudur.<sup>85</sup>

Temyiz Mahkemesi’nde görülmüş olan ve bir Amerikan askerinin İngiltere’deki bir Amerikan üssünde tıbbi tedavisi ile ilgili *Littrell v. United States of America (No. 2)*

<sup>81</sup> [1981] 2 All ER 1064, 1075; 64 ILR, s. 320.

<sup>82</sup> *A.g.e.*, ilk derece mahkemesindeki yargıca atif yaparak, [1978] 1 All ER 1169, 1192; 64 ILR, s. 179.

<sup>83</sup> [1981] 2 All ER 1064, 1077 ve 1081; 64 ILR, ss. 321, 327.

<sup>84</sup> [1981] 2 All ER 1079–80, 1082 ve 1083; 64 ILR, ss. 325, 328, 329.

<sup>85</sup> Şayet bu dava konusu olay 1978 Devlet Muafiyetleri Kanunu yürürlükte iken gerçekleşmiş olsaydı, muafiyet iddiası muhtemelen tamamen karşılıksız kalacaktı: Bkz., s. 10. Ayrıca bkz., *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co.* [1995] 1 WLR 1147. Bu davada Lordlar Kamarası bir dizi olayı birbirinden ayırmış ve başlangıçtaki egemen eylemin durumu bir bütün olarak tanımlayamayacağına hükmetmiştir.

davasında<sup>86</sup> Hakim Hoffman LJ, genel askeri bağlamı kendi başına belirleyici saymanın yüzeysel kalacağını vurgulamıştır. Egemen ya da egemen-olmayan bir faaliyetin söz konusu olup olmadığına karar verirken bütün ilgili şartların dikkatle incelenmesi gerekecektir. Bu açıdan değerlendirilecek en önemli faktörler arasında faaliyetin gerçekte nerede meydana geldiği, kiminle ilgili olduğu ve ilgili eylemin kendisinin ne tür bir eylem olduğu yer almaktadır.<sup>87</sup> *Holland v. Lampen-Wolfe* davasında ise Lordlar Kamarası davalı<sup>88</sup> tarafından yazılmış bir yazının kendisine hakaret içerdiğini iddia eden İngiltere’de bulunan bir ABD askeri üssünde eğitim veren bir Amerikan vatandaşı ile ilgili meseleyi ele almıştır. Hakim Hoffman LJ’in yukarıdaki yaklaşımını dikkate alan Lordlar Kamarası ilgili eylemin meydana geldiği bağlamın, yani bir askeri üste eğitim vermenin ‘Amerikan askeri yetkililerinin ihtiyaçlarını karşılamak üzere ABD personeli tarafından sağlanan, üsteki askeri gücün ve bağlı personelin idamesi sürecinin bir parçası’ niteliğinde askeri bir faaliyet olduğuna vurgu yapmıştır.<sup>89</sup> Dolayısıyla davalının muafiyete sahip olduğu sonucuna varmıştır.

Yabancı üsler bakımından egemen muafiyeti meselesi, Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından *United States of America v. The Public Service Alliance of Canada (Re Canada Labour Code)* davasında<sup>90</sup> ele alınmıştır. Mahkeme üsteki istihdamın çok boyutlu bir faaliyet olduğunu ve kendi başına bir egemen veya ticari nitelikte olduğunun söylenemeyeceğini vurgulamıştır. Önce eldeki davanın faaliyetin hangi boyutlarıyla alakalı olduğuna karar verilmeli ve ondan sonra bu boyutların bütünüdür davaya etkisi değerlendirilmelidir.<sup>91</sup> Söz konusu faaliyet, örnek olarak sınır ötesi bir askeri üssün idaresi ve işletilmesinde olduğu gibi, tartışmasız nitelikte egemen eylemlere yaklaştıkça muafiyetin tanınması da daha kolay olabilecektir. *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co.* davasında,<sup>92</sup> Lord Goff kendi kararında Lordlar Kamarası’nın daha önceki yol gösterici kararlarını anarak<sup>93</sup> ve Lord Wilberforce’un *Congreso*’da ifade etmiş olduğu prensibi kabul ederek, ‘neyin bir *jure imperii* eylem teşkil ettiğine yönelik nihai test, söz konusu eylemin bir özel kişinin yapabileceği bir eylem olmayıp, kendi niteliği itibarıyla hükümete ait bir eylem olup olmadığıdır’ ifadesini kullanmıştır. Bu hususta ayrıca Mahkeme’nin başlangıçtaki eylemin bir *jure imperii* eylem olmasının kendi başına müteakip eylemlerin karakterize edilmesinde tayin edici olamayacağına hükmetmiş bulunduğu dikkat çekilmiştir.<sup>94</sup>

Sonuç olarak *Benkharbouche v. Embassy of the Republic of Sudan*<sup>95</sup> davasında ‘egemen faaliyetler ve egemen olmayan faaliyetler arasındaki ayırım, ifade edilmesi kolay ancak

<sup>86</sup> [1995] 1 WLR 82, 95; 100 ILR, s. 438. Dava’nın İngiltere’deki yabancı askeri güçleri ilgilendirdiği kadarıyla 1978 Devlet Muafiyetleri Kanunu’nun dışında kaldığına ve teamül hukuku uyarınca ele alındığına dikkat ediniz.

<sup>87</sup> Ayrıca bkz., *Hicks v. US* 120 ILR, s. 606, bu davada İş Temyiz Mahkemesi bir hava üssündeki tedavi tesislerinin ilk amacının bu üsteki temel askeri faaliyetin etkinliğini arttırmak olduğuna ve bunun da açıkça egemen bir faaliyet olduğuna karar vermiştir.

<sup>88</sup> Aynı şekilde bir ABD vatandaşı ve sivil.

<sup>89</sup> [2000] 1 WLR 1573, 1577 (Lord Hope, ‘bağlamın çok önemli olduğunu’ ifade etmiştir, *a.g.e.*).

<sup>90</sup> (1992) 91 DLR (4th) 449; 94 ILR, s. 264.

<sup>91</sup> (1992) 91 DLR (4th) 466; 94 ILR, s. 281.

<sup>92</sup> [1995] 1 WLR 1147, 1160; 103 ILR, s. 340. Bu davanın daha ileriki aşamaları için, bkz., 116 ILR, s. 534 (Yüksek Mahkeme); [2000] 2 All ER (Comm.) 360; [2001] 2 WLR 1117 (Temyiz Mahkemesi) ve [2002] UKHL 19 (Lordlar Kamarası).

<sup>93</sup> *Sengupta v. Republic of India* davasında, 65 ILR, ss. 325, 360, muafiyetin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilirken, sözleşmenin bir bireyin yapacağı türde bir sözleşme olup olmadığına, her iki tarafın da devletin kamusal işlevlerine katılıp katılmadığına, iddia olunan ihlalin doğasına ve davanın araştırılmasının yabancı devletin kamusal veya egemen eylemlerinin araştırılmasını gerektirip gerektirmediğine bakılması gerektiği vurgulanmıştır.

<sup>94</sup> [1995] 1 WLR 1147, 1162–3.

<sup>95</sup> [2015] EWCA Civ. 33, para. 21.

pratikte uygulanabilmesi malum olduğu üzere zordur' diyen Lord Dyson MR ile hem fikir olunabilir. Bu, kısmen uluslararası hukukun gelişimi ve kısmen de iç hukukun toplumda ortaya çıkan korunmuş egemen faaliyet alanlarına ilişkin, hem içeride ve hem de yabancı devletlere dair, değişiklikler bağlamındaki gelişim sebebiyledir.<sup>96</sup>

### Devlet Muafiyeti ve İnsan Hakları İhlalleri<sup>97</sup>

Uluslararası insan hakları hukuku ile iç hukuk sistemleri arasındaki ilişkiye gösterilen giderek artan dikkat sayesinde, insan hakları hukuku ihlalleri için yabancı devletlere karşı açılan hukuk davalarında egemen muafiyeti uygulamasının bundan etkilenip etkilenmeyeceği sorusu ortaya çıkmıştır. Bu güne kadarki devlet uygulaması bu soruya verilen cevabın olumsuz olduğu izlenimini vermektedir. *Saudi Arabia v. Nelson* davasında ABD Yüksek Mahkemesi yabancı bir devlet üzerindeki yargı yetkisinin yegane temelinin 1976 Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu olduğuna ve bir mesele kanundaki istisnalardan birinin içinde yer almadıkça, muafiyet iddiasının kabul edileceğine dikkat çekmiştir.<sup>98</sup> Her ne kadar Nelson isimli şahsın Suudi hükümeti tarafından hukuka aykırı biçimde yakalanması, tutuklanması ve işkence görmesi bu devletin polis yetkisinin suistimali halini almış olsa da, 'bir yabancı devletin kendi polisiye yetkisini kullanmasının sınırlayıcı teorisinin amaçları açısından özellikle egemen bir faaliyet olduğu şeklinde uzun zamandır süregelen bir kabul mevcuttur'.<sup>99</sup> Ancak Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu'nu değiştiren 1996 Antiterörizm ve Etkin Ölüm Cezası Kanunu ile rehine alma dahil bir terörist eylemde bulunmuş veya bir Amerikan vatandaşının ölümü ya da kişisel yaralanması ile sonuçlanmış bir terör eylemi işlemiş kişiye veya oluşuma maddi destek ve kaynak sağlamış ve Dışişleri Bakanlığı tarafından da terörist devlet olarak saptanmış devletler bakımından muafiyete bir istisna getirilmiştir.<sup>100</sup> *Simpson v. Libya* davasında ABD Temyiz Mahkemesi, muafiyete getirilmiş olan rehine alma istisnasının, üç koşulun bulunması halinde uygulanacağına hükmetmiştir: söz konusu devletin 'terörizmin sponsoru devlet' olarak tayin edilmiş olması; iddiaya ilişkin itirazını dava konusu etmek üzere makul bir fırsatın o devlete

<sup>96</sup> Timor Leste'nin hukuk danışmanlarıyla haberleşmesinin gizliliği hakkı dahil olmak üzere belgelerin ve bilgilerin dokunulmazlığı ve bağımsızlığı konusu *Timor Leste v Australia* davasında gündeme geldi. Bkz. Request for Provisional Measure, 3 Mart 2014, ICJ Reports, 2014, ss. 147, 152-3. Divan, Avustralya tarafından reddedilen iddiaların esasına ilişkin bu aşamada değerlendirme yapmamış ancak şunu ifade etmiştir: 'Hukuk danışmanları ile haberleşmesinde gizlilik ve müdahale edilmeme hakkı dahil Avustralya ile tahkim yargılamasını ya da müzakereleri gerçekleştirme hakkı gibi Timor-Leste'nin korunmasını talep ettiği haklardan en azından bazıları makuldur' a.g.e., s. 153. Bu haklar devletlerin egemen eşitliği ilkesinden kaynaklanır. A.g.e., Divan, *inter alia*, Avustralya'nın 'el konulan belgeleri, elektronik verileri ve bunların kopyalarını Divan'ın başka bir kararına kadar mühürlü bir şekilde tutmak' ve 'Timor Leste ile Avustralya arasındaki 20 Mayıs 2002 tarihli Timor Denizi Antlaşması uyarınca görülmekte olan Tahkim, deniz alanlarının sınırlandırılmasına dair gelecekteki ikili müzakereler veya Divan önündeki mevcut dava dahil iki devlet arasındaki ilgili başka işlemler bağlamında, Timor Leste ile hukuk danışmanları arasındaki haberleşmeye hiçbir şekilde müdahalede bulunmamak zorunda olduğuna' da hükmetmiştir. A.g.e., s. 161.

<sup>97</sup> Örneğin bkz., L. McGregor, 'State Immunity and Human Rights: Is There a Future After *Germany v Italy*?', 11 *Journal of International Criminal Justice*, 2013, s. 125; R. Pavoni, 'How Broad is the Principle Upheld by the Italian Constitutional Court in Judgment No. 238?', 14 *Journal of International Criminal Justice*, 2016, s. 573; A. Sanger, 'State Immunity and the Right of Access to a Court under the EU Charter of Fundamental Rights', 65 *ICLQ*, 2016, s. 213; R. O'Keefe, 'State Immunity and Human Rights: Heads and Walls, Hearts and Minds', 44 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, s. 999; Bröhmer, *State Immunity*; S. Marks, 'Torture and the Jurisdictional Immunity of Foreign States', 1997 *CLJ*, s. 8; R. van Alebeek, 'The Pinochet Case', 71 *BYIL*, 2000, ss. 49 vd., ve van Alebeek, *Immunities of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford, 2008; K. Reece Thomas ve J. Small, 'Human Rights and State Immunity: Is There Immunity From Civil Liability for Torture?', 50 *NILR*, 2003, s. 1; K. Parlett, 'Immunity in Civil Proceedings for Torture: The Emerging Exception', 2 *European Human Rights Law Review*, 2006, s. 49; H. Fox, 'State Immunity and the International Crime of Torture', 2 *European Human Rights Law Review*, 2006, s. 142; Redress, *Immunity v. Accountability*, London, 2005, ve L. Caplan, 'State Immunity, Human Rights and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory', 97 *AJIL*, 2003, s. 741.

<sup>98</sup> 123 L Ed 2d 47, 61 (1993); 100 ILR, ss. 544, 553.

<sup>99</sup> 123 L Ed 2d 47, 57. Ayrıca bkz., *Controllor and Auditor General v. Sir Ronald Davidson* [1996] 2 NZLR 278 ve *Princz v. Federal Republic of Germany* 26 F.3d 1166 (DC Cir. 1994).

<sup>100</sup> Bu hüküm geriye etkilidir. Bkz., *Flatow v. Islamic Republic of Iran* 999 F.Supp. 1 (1998); 121 ILR, s. 618 ve *Alejandre v. Republic of Cuba* 996 F.Supp. 1239 (1997); 121 ILR, s. 603. Ayrıca bkz., also Bradley, *International Law in the US Legal System*, s. 250 ve *Bank Markazi v Peterson*, 578 U. S. (2016).

sağlanmış olması; davacı veya kurbanın bir Amerikan vatandaşı olması. Bunun yanı sıra Mahkeme rehine alanın açık amacını üçüncü tarafa ileten bir talep yayınlanmış olduğunun davacı tarafından ispatlanmasının gerekli olmadığına karar vermiştir, zira rehine alma tanımı gereği bizzat rehine alanın kendisinin zihin durumuna odaklanmaktadır. Dolayısıyla rehine alanın kasdinin üçüncü bir tarafça da biliniyor olunması aranan bir unsur değildir.<sup>101</sup>

Muafiyete getirilen bu terörizm istisnası tartışmalıdır. *Germany v. Italy*<sup>102</sup> davasında Uluslararası Divan şu görüşü ifade etmiştir: ‘Bu değişikliğin diğer devletlerin mevzuatında bir muadili bulunmamaktadır. Devlet muafiyetine ilişkin mevzuat çıkarmış bulunan devletlerden hiçbiri, iddia olunan eylemlerin ağırlığı dolayısıyla muafiyetin sınırlandırılmasına dair düzenleme yapmamıştır’. Kanada da benzer bir mevzuat kabul etmiştir;<sup>103</sup> ancak bu tür bir uygulama çok seyrek. İtalyan Yargıtay’ı *Flatow v. Iran*<sup>104</sup> davasında, muafiyete dair bu istisnanın hukuka uygun olduğunu kabul etmiştir. Kanada Yüksek Mahkemesi *Kazemi v. Iran*<sup>105</sup> davasında, terörizm istisnasının işkence, soykırım ve uluslararası hukukun diğer ağır suçlarına dair öne sürülen (ancak reddedilen) muafiyet istisnasından ayrıştırılması gerektiğini belirtmiştir.

*Bouzari v. Iran* davasında Kanada Yüksek Mahkemesi, 1982 Kanada Devletlerin Muafiyeti Kanunu ışığında, ‘nihai amacına bakılmaksızın, devletin polis gücünün kullanılmasının ve kolluk ve güvenlik yetkilerinin bizzat tabiatları gereği bir hükümet yetkisi ve egemenlik kullanımı’ olduğunu dikkate almış<sup>106</sup> ve forum devletinin dışında işlenmiş işkence eylemleri bakımından devletlere muafiyet sağlayan ve halen yürürlükte olan bir uluslararası örf ve adetin mevcut olduğu sonucuna varmıştır.<sup>107</sup> İngiliz Temyiz Mahkemesi de, *Al-Adsani v. Government of Kuwait* davasında,<sup>108</sup> Devlet Muafiyeti Kanunu’nda, özel olarak sayılan açık istisnalar dışında, devletler açısından muafiyetin öngörüldüğüne ve bir *jus cogens* normun (işkence yasağı gibi) ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda bile genel kurala yönelik zımni istisnalara yer olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca kanundaki “muafiyet” teriminin uluslararası hukuka uygun egemen eylemlerden muafiyet anlamına geldiği ve bu nedenle herhangi bir muafiyetin talep edilemeyeceği işkence halinin genel muafiyet kuralının dışında tutulduğu iddiasını da reddetmiştir.

Egemen muafiyeti ile mahkemelere erişim dahil hukuk güvenliği ve adil yargılanmayı öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi arasındaki ilişki özel bir konu oluşturmaktadır. *Holand v. Lampen-Wolfe* davasında da Lordlar Kamarası, egemen muafiyetin tanınmasının 6. maddenin bir ihlali sayılmayacağına hükmetmiştir. Zira bu madde çerçevesinde üstlenilen

<sup>101</sup> 470 F.3d 356 (2006).

<sup>102</sup> ICJ Reports, 2012, ss. 138.

<sup>103</sup> 2012 tarihli Kanada Terörizm Mağdurları İçin Adalet Kanunu, bir takım şartlar karşılanmak kaydıyla, herhangi bir yerde gerçekleşen bir terör eylemi dolayısıyla ortaya çıkan hasar ve kayıp dolayısıyla Kanada’da dava açılabilmesi için zemin oluşturmuştur. Davacı, bir Kanada vatandaşı ya da daimi mukimi ise başkaca bir ülkesel bağ aranmayacaktır. Davacı bu şartı yerine getiremez ise de, Kanada ile ‘gerçek ve önemli bağ’ mevcutsa yine yargılama yetkisi söz konusu olabilir. Bkz., Kanada Yüksek Mahkemesi, *Libman v. The Queen*, [1985] 2 SCR 178. Bu kanun ayrıca, Konsey İdarecisi tarafından terörizmin destekçisi olarak listelenen yabancı devletlerin muafiyetinin kaldırılmasına imkan verecek şekilde Kanada Devlet Muafiyeti Kanunu’nu tadil etmiştir. Bkz., 1985 tarihli Devlet Muafiyeti Kanunu yeni Bölüm 6(1). Şimdiye kadar İran ve Suriye bu şekilde listeye alınmıştır. Bkz., SOR/2012-170.

<sup>104</sup> Corte-di-Cassazione-sez.-Unite-Civillii-28-ottobre-2015-n.-21946.pdf

<sup>105</sup> [2014] 3 SCR 176, 208, para. 44.

<sup>106</sup> 124 ILR, ss. 427, 435. Ancak bkz., 2012 Terörizm Mağdurları İçin Adalet Kanunu.

<sup>107</sup> A.g.e., s. 443. Mahkeme İşkenceye karşı Sözleşme’nin veya Uluslararası Sivil ve Politik Haklar Sözleşmesi’nin yurt dışında işlenmiş işkence eylemleri bakımından devletlere bir dava hakkı tanıma yükümlülüğü yüklediğine veya böyle bir yükümlülüğün bir *jus cogens* kuralı olarak bulunduğu ilişkin iddiaları da reddetmiştir: bkz., ss. 441 ve 443.

<sup>108</sup> (1996) 1 LL. R 104; 107 ILR, s. 536. Ancak bkz., Hakim Evans LJ, *Al-Adsani v. Government of Kuwait* davası, 100 ILR, s. 465, Kuveyt hükümetine mahkeme celbi gönderilmesi iznine ilişkin bu davada Devlet Muafiyeti Kanunu uyarınca bir devletin işkence eylemleri iddiası bakımından muafiyete sahip olmayacağı kabul edilebilir olduğuna hükmedilmiştir.

yükümlülükler İngiltere tarafından serbestçe kabul edilmiş bir antlaşmadan kaynaklanmakta iken, muafiyet kuralı uluslararası örf ve adetten kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla 'Birleşik Krallık, kendi Sözleşme'yi kabul eylemine dayanarak ve ABD'nin rızası olmadan, uluslararası örf ve adet hukukunun kendisine yasak ettiği bir yargılama yetkisini ABD'ye karşı kullanamaz.'<sup>109</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *Al-Adsani v. UK* davasında aynı konuyu, yani Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi bağlamında işkence ile ilgili hukuk davalarında devlet muafiyetinin bulunup bulunmadığı sorusunu analiz etmiştir.<sup>110</sup> Mahkeme bir devlete hukuk davalarında egemen muafiyetinin tanınmasının amacının bir diğer devletin egemenliğine saygı duyulması suretiyle devletler arasındaki nezaket ve iyi ilişkileri teşvik etmeyi amaçlayan uluslararası hukuka uyulmasını sağlamak olduğunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, devlet muafiyetinin tanınmasına dair olanı dahil, uluslararası hukukun diğer kuralları ile uyulacak şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>111</sup> Mahkeme kendisine sunulmuş olan ilgili hukuki materyaller ışığında 'bir devletin mahkemelerinde görülen ve işkence eylemlerinin iddia edildiği hukuk davalarında diğer bir devletin, uluslararası hukuk gereği, artık muafiyete hakkı olmadığını gösteren sağlam bir esas' göremediği sonucuna varmış<sup>112</sup> ve dolayısıyla bu tür davalarda muafiyetin hala uygulanabileceğine hükmetmiştir.<sup>113</sup> Avrupa Mahkemesi aynı analizi *Jones v. UK* davasında tekrar tasdik etmiştir.<sup>114</sup>

*Jones v. Saudi Arabia* davasında, Suudi Arabistan'da resmi olarak gözaltında tutuldukları sırada kişilere sistematik olarak işkence yapılmış olduğu iddiası ile karşılaşan Lordlar Kamarası, 1978 Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm I uyarınca ve uluslararası hukukta (özellikle BM Yargısal Muafiyetler Sözleşmesi'nde) kabul edilen kuralları yansıtan bir yaklaşım doğrultusunda söz konusu yasadaki öngörülen istisnalardan biri bulunmadıkça bir yabancı devletin davadan muaf tutulacağına hükmetmiştir. Bu açıdan bakıldığında istisnalardan hiçbiri yurt dışındaki işkenceden kaynaklanan zararlardan bahsetmemektedir.<sup>115</sup> Dahası işkencenin uluslararası hukukta bir *jus cogens* kuralınca yasaklanmış olması, ne uluslararası hukukun bir devlete tanıdığı muafiyeti ortadan kaldırmakta ne de yetkisini kullanması istenen devletten başka bir yerde işlenmiş bir işkence bakımından bu devlete hukuki dava taleplerine bakma yetkisi vermektedir.<sup>116</sup> Yine bu davada esasa ilişkin bir hukuk kuralı olarak işkence yasağı ile yetkinin kullanılmasına usuli bir engel oluşturan ve yasakla çelişmeyen muafiyet kuralı arasındaki ayrıma özel bir vurgu yapılmıştır.<sup>117</sup> Lord Hoffmann, uluslararası uygulamaya bakıldığında, işkencenin iddia edildiği davalarda devletlere diğer devletler üzerinde yargı yetkisi kullanmalarını sağlayan hiç bir uluslararası usuli hukuk kuralının bulunmadığını altını çizmiştir.<sup>118</sup>

<sup>109</sup> [2000] 1 WLR 1573, 1588 (Lord Millett); 119 ILR, s. 384.

<sup>110</sup> 21 Kasım 2001 tarihli karar; 123 ILR, s. 24.

<sup>111</sup> *A.g.e.*, paragraf 54 ve 55.

<sup>112</sup> *A.g.e.*, paragraf 61.

<sup>113</sup> *A.g.e.*, paragraf 66. Bu görüş daha sonra *Kalogeropoulou v. Greece and Germany* davasında da tasdik edilmiştir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12 Aralık 2002 tarihli karar; 129 ILR, s. 537.

<sup>114</sup> 14 Ocak 2014 tarihli Karar, paragraf 188 vd.

<sup>115</sup> [2006] UKHL 26, paragraf 9 (Lord Bingham); 129 ILR, s. 717.

<sup>116</sup> *A.g.e.*, paragraflar 24–8; 129 ILR, ss. 726–8.

<sup>117</sup> Örneğin bkz., paragraf 24 (Lord Bingham) ve paragraf 44 (Lord Hoffmann), 129 ILR, ss. 726 ve 732, her iki hakim de bu hususta Fox, *State Immunity*, s. 525'e referans göstermiş olup, bu eserde bir muafiyetin mevcut olması halinde bunun yalnızca işkence yasağına yönelik bir ihlal iddiasını 'farklı bir çözüm yoluna' yöneltme sonucu doğuracağına dikkat çekilmiştir.

<sup>118</sup> *A.g.e.*, paragraflar 45 vd.; 129 ILR, ss. 732 vd. Ancak İtalyan Yargıtayı önündeki tartışmalı *Ferrini v. Federal Republic of Germany* davası aksi yönde sonuçlanmıştır, (2004) Cass sez un 5044/04: Bkz., P. De Sena ve F. De Vittor, 'State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini* Case', 16 EJIL, 2005, s. 89; Fox, 'State Immunity and the Crime of Torture', Lords Bingham ve Hoffmann, *Jones v. Saudi Arabia*, sırasıyla paragraf 22 ve 63. Mevcut durum için bkz., *Jones v. United Kingdom*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 14 Ocak 2014 tarihli karar. Ayrıca bkz., *Stiftung Mothers of Srebrenica v. The Netherlands*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 11 Haziran 2013 tarihli karar, paragraf 158 ve 164. *Oleynikov v. Russia* davasında, 14 Mart 2013 tarihli kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uluslararası hukukun gerektirdiğinden daha fazla bir muafiyetin tanınmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 (1) maddesinde öngörülen bir mahkemeye erişim hakkının ihlali sayılabileceğine hükmetmiştir.

Bu konu *Benkharbouche v. Embassy of the Republic of Sudan*<sup>119</sup> davasında yeniden ele alınmıştır. Burada Temyiz Mahkemesi, *Holland v Lampen-Wolfe*<sup>120</sup> davasında Lord Millett'in ortaya koyduğu, uluslararası hukuk uyarınca muafiyet tanınması gereken bir durumda (hukuk güvencesi ve adil yargılanma haklarına ilişkin olan)<sup>121</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin dikkate alınamayacağı savını kabul etmiştir. Bu davada, davacı bir büyükelçilikte aşçıydı ve bu yüzden 4. maddesinde iş akitleri durumunda diplomatik misyonun mensuplarının muafiyet istisnasının dışında tutulacağını öngören Devlet Muafiyeti Kanunu'nun madde 16 (1) (a) kapsamına girmektedir. Başka bir deyişle, bu durumda mahkemenin yargı yetkisinden muafiyet söz konusuydu. *Benkharbouche* davasında Lord Dyson MR, Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinin bir devlete başka şekilde sahip olmadığı bir hakkı veremeyeceğini vurgulayarak, burada konunun uluslararası hukukun gerçekten madde 16 (1) (a)'daki kadar geniş muafiyet tanıyıp tanımadığına dayandığını belirtmiştir.<sup>122</sup> Uluslararası ve devlet uygulamalarının ayrıntılı bir incelemesinden sonra, bir misyonun hizmet personeli mensuplarının iş akitlerine dair talepleri bakımından muafiyet tanımayı gerektiren bir uluslararası hukuk kuralının mevcut olmadığına hükmedildi. Bu, talebin işe alma, iş akitlerinin yenilenmesi ya da bir kişinin işe iadesine ilişkin olduğu veya yargılamanın devletin güvenlik menfaatlerine müdahale oluşturacağı gibi hallere dair özel bir düzenlemenin bulunmaması durumunda geçerlidir.<sup>123</sup> Böylelikle madde 16 (1) (a)'nın söz konusu vaka bağlamında Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile uyumlu olmadığına hükmedilmiştir.<sup>124</sup>

Kişilere ilişkin cezai bir takibat halinde durum oldukça farklıdır. Bu açıdan Devlet Muafiyeti Kanunu Bölüm I (esasa ilişkin bölüm) cezai takibata uygulanmamakta olup, Bölüm III (bazı yasal meselelere dair kısım) uygulanmaktadır. *Ex parte Pinochet (No. 3)* davasında<sup>125</sup> Lordlar Kamarası ilgili devletlerin (Şili, İspanya ve İngiltere) İşkenceye Karşı Sözleşme'ye taraf olmalarından sonra meydana geldiği iddia olunan işkence ve işkenceye teşebbüs suçlamaları bakımından açtıkları suçluların iadesine ilişkin bir davada General Pinochet'nin muafiyete sahip olmadığına hükmetmiştir. Bununla beraber ilgili kararda daha çok bir devlet başkanının muafiyeti ve Sözleşme'nin ilgili hükümlerine odaklanılmıştır.<sup>126</sup> *Jus cogens* kuralların yargısal muafiyetleri hükümsüz kılamayacağına yönelik görüş Uluslararası Divan tarafından *Germany v. Italy* davasında tekrar vurgulanmıştır.<sup>127</sup> Divan özellikle devletlerin muafiyetine dair kuralların usuli ve yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin olduğuna ve ilgili faaliyetin hukuka aykırı olup olmadığı sorusunu etkilemediğine ayrıca dikkat çekmiştir.<sup>128</sup>

<sup>119</sup> [2015] EWCA Civ. 33, para. 16. Lord Dyson MR özellikle şunu ifade etmiştir: 'Uluslararası hukukun Sözleşmeciler Devlete davaya bakma yetkisi tanımadığı bir durumda madde 6'nın nasıl uygulanacağını görebilmek çok zordur. Uluslararası hukuk uyarınca yargılama yapmaya yetkili bir mahkemenin mevcut olmadığı bir durumda, devleti sorumlu tutabilecek adil yargılanmanın yapılmaması durumu söz konusu olamaz'. *A.g.e.*. Ayrıca bkz. *Reyes v Al-Malki* [2015] EWCA Civ 32.

<sup>120</sup> [2000] 1 WLR 1573, 1588.

<sup>121</sup> Madde 6 ile aynı anlama gelen AB Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesi için bkz., *Benkharbouche*, para. 69 vd.

<sup>122</sup> *A.g.e.*, para. 31 vd.

<sup>123</sup> *A.g.e.*, para. 46.

<sup>124</sup> *A.g.e.*, para. 53. Bu yüzden 1998 tarihli İnsan Hakları Kanununun 4(2) maddesi uyarınca uygun olmadığına dair bir bildirim önerildi. *A.g.e.*, para. 86(4). Bir işlem gerekip gerekmediği hususunda takdir Parlamento'ya aittir. Cf. *Ogelebanwei v President of Nigeria* [2016] EWHC 8 (QB).

<sup>125</sup> [2000] 1 AC 147; 119 ILR, s. 135.

<sup>126</sup> Lord Hope, Millett ve Phillips yaygın ve sistematik resmi işkence eylemleri için muafiyet olamayacağına hükmetmiştir, [2000] 1 AC 147, 246–8, 275–7, 288–92; 119 ILR, ss. 198–201, 228–31, 242–7.

<sup>127</sup> ICJ Reports, 2012, ss. 99, 140–2.

<sup>128</sup> *A.g.e.*, s. 140.

**Ticari Faaliyetler**

Muafiyetin artık tanınmadığı devlet faaliyetleri arasında<sup>129</sup> ticari faaliyetler başlıca örnek olup, bu tür faaliyetlerin tanımlanması büyük önem taşımaktadır.<sup>130</sup>

1978 Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 3(3)'de 'ticari faaliyet' terimi şu şekilde tanımlanmaktadır:

“(a) mal ve hizmetlerin tedariğine yönelik bir sözleşme  
(b) finans sağlanması için bir kredi veya diğer bir işlem ve böyle bir işlem veya diğer finansal yükümlülükler bakımından bir teminat veya kefalet; ve  
(c) bir devletin egemen yetkisini kullanmasından farklı bir şekilde giriştiği veya meşgul olduğu diğer bir (ticari, endüstriyel, finansal, mesleki veya diğer benzeri nitelikte) işlem veya faaliyet.”

Böylece faaliyetlerin geniş bir kısmı kapsanmakta olup<sup>131</sup> Lord Diplock'un da işaret ettiği gibi,<sup>132</sup> 1978 Kanunu'nunda *jure imperii* ve *jure gestionis* eylemler arasında açık bir ikili ayırım benimsenmemiştir. Bölüm 3 kapsamına giren bütün sözleşmeler yargı yetkisinin kullanılmasına tabi olacak ve “egemen yetki” teriminin kullanımı bakımından egemen olan ve egemen olmayan eylemler arasında yapılan ayırım, Bölüm 3(3)c içinde kalan faaliyetler hariç, bu bağlamda dikkate alınmayacaktır. Kanun kamu/özel hukuk ayırımına da hiç bir gönderme yapmamaktadır. Ancak *Congreso* davasındaki karar (Kanun öncesi hukuk açısından) “egemen yetki kullanımı”nın içeriğine karar vermek amacıyla yabancı hukuklardan örnekler alınmasına izin verir gibi gözükmektedir.

Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 3(1) bir devletin şu davalar bakımından muafiyete sahip olamayacağını öngörmektedir:

“(a) devlet tarafından girilmiş bir ticari işlem; veya  
(b) bir sözleşme gereği (bir ticari işlem olsun ya da olmasın) bir devletin tamamen veya kısmen İngiltere'de yerine getirmesi gereken bir mükellefiyeti.”<sup>133</sup>

Bölüm 3(1)a'nın kapsamı, Mahkeme tarafından *Australia and New Zealand Banking Group v. Commonwealth of Australia* davasında tartışılmıştır.<sup>134</sup> Bu dava 1985 yılında Uluslararası Teneke Konseyi'nin çökmesinden kaynaklanmıştır. Ardından başlayan davalarda farklı yollardan (ayrı bir hukuk kişiliğine sahip bir uluslararası teşkilat olan) Konsey'in üyesi devletlerin kendilerinin, teşkilatın borçlarından sorumlu tutulup tutulamayacaklarının belirlenmesine çalışılmıştır ve bu ihtimale üye devletler güçlü biçimde karşı çıkmıştır. Söz konusu dava alacaklı komisyoncu ve bankaların Konsey'in üyesi devletleri gerçeğe aykırı beyanat ve hileli ticaretten kaynaklanan kayıplar için haksız fiilden sorumlu tutma girişimi ile alakalıdır.

<sup>129</sup> Elbette, Çin gibi halen mutlak muafiyet yaklaşımına bağlı kalan devletler hariç, örnek olarak bkz., *Democratic Republic of Congo v. FG Hemisphere Associates*, 147 ILR, s. 376, Hong Kong Temyiz Mahkemesi'nin 2011 tarihli bir kararı.

<sup>130</sup> *Alcom v. Republic of Colombia* [1984] 2 All ER 6, 9; 74 ILR, ss. 180, 181. Bu davada sınırlı egemenlik veya devlet muafiyeti teorisinin gelişimini ele alan Lord Diplock bu bakımdan en önemli ayırımın bir devletin egemen yetkisini kullanarak yaptıkları ile ticari faaliyetler sırasında yaptıkları arasında olduğuna dikkat çekmiştir. Birincisi muafiyete sahip iken ikincisi için muafiyet yoktur. Ayrıca bkz., Fox ve Webb, *State Immunity*, Bölüm 12 ve 13, ve Schreuer, *State Immunity*, Bölüm 2.

<sup>131</sup> Bu yüzden, örnek olarak, bir büyükelçinin evinin tamirine ilişkin bir sözleşme hakkındaki bir davada egemen muafiyet savunması yapılamayacaktır, *Planmount Ltd v. Republic of Zaire* [1981] 1 All ER 1110; 64 ILR, s. 268.

<sup>132</sup> *Alcom v. Republic of Colombia* [1984] 2 All ER 6, 10; 74 ILR, s. 183.

<sup>133</sup> Bölüm 3(3), Bölüm 3(1) gereği bu hüküm bir devlet ile bir kişi arasındaki iş akdine uygulanmayacaktır.

<sup>134</sup> 1989, transcript, ss. 52 vd.

Davalılar tarafından Bölüm 3(1) açısından ilgili faaliyetin Kanun'un tanımına göre sadece ticari olmasının yanı sıra ayrıca 'egemen yetkinin kullanılmasının dışında' üstlenilmiş olduğunun ispatlanması gerektiği iddia edilmiştir. Hakim Ewans J. uygulamada bu iki kavram arasında bu bağlamda çok az fark gördüğünü ifade etmiştir.<sup>135</sup> Davalılar ayrıca 'faaliyet' teriminin tek bir eylem veya eylemler serisinden daha fazla bir şey demek olduğunu iddia etmiştir. Evans J. bunu da kabul etmemiş, ve söz konusu faaliyetin kendi bağlamı içinde incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Sonuçta davada tartışılan ticaret ve kredi sözleşmelerinin hem ticari olduğu hem de Konsey'in üyesi devletlerin bunları onayladığı ispatlanabilirse de bu onaylamanın Bölüm 3 uyarınca bir ticari faaliyeti anlamına geleceğine hükmedilmiştir.<sup>136</sup> Ancak uygulamada bir devlet tarafından üstlenilmiş olan ticari faaliyetler ile egemen yetki gerekçesiyle üstlenilmiş faaliyetler arasındaki ayrımı çizmek zor olabilir. Nitekim yabancı bir mahkeme kararının tanınması ile ilgili *AIC Ltd. v. Nigeria* davasında, Yüksek Mahkeme söz konusu yabancı karar ticari bir işleme ilişkin bir davayla alakalı olsa bile tanıma davasının bir ticari işlem vakası olmadığına, bu yüzden muafiyete getirilen istisnaların uygulanmayacağına karar vermiştir.<sup>137</sup> Geçtiğimiz yıllarda yaşanan uluslararası borç krizi sırasında bazı devletlerin borç ödemekten kaçınma gerekçesi olarak, kimi yatırımcıların devlet senetlerini ucuza alıp ardından ilgili devleti dava etmek suretiyle tam bedeli almak istemelerini göstermeleri fenomeni yaşanmıştır. Bu durum yine egemen muafiyetler meselesine yol açmıştır. *NML Capital v. Republic of Argentina* davasında<sup>138</sup> İngiliz Yüksek Mahkemesi bir yabancı mahkeme kararının (devlet borç senetlerini alanlar lehine verilmiş) tenfizi davasının, yabancı kararlar için bir istisna içermeyen Bölüm 3(1) kapsamında olmadığına hükmetmiştir. Bu doğrultuda davada Devlet Muafiyeti Kanunu çerçevesinde genel muafiyet prensibi uygulanmıştır. Ancak yabancı bir mahkeme tarafından diğer bir devlet aleyhine verilmiş bir kararın İngiltere'de uygulanmasına izin veren 1982 Medeni Yetki ve Hükümler Kanunu, Bölüm 31 hükümlerinin, bir yabancı mahkemenin Muafiyet Kanunu'na tekabül eden muafiyet kurallarını uygulamış olması halinde ilgili meselede yetkiye sahip olabileceğini öngören Devlet Muafiyeti Kanunu rejimine bir alternatif oluşturabileceğine dikkat çekilmiştir.

*KJInternational v. MVOscar Jupiter* davasında Güney Afrika Yüksek Mahkemesi bir ticari işlemin zorunlu olarak ticari amacı olan bir faaliyet olmadığına ve Romanya hükümeti tarafından bir şirkete devredilen geminin daha sonra bu şirket tarafından bir başkasına devredilmesi durumunda ikinci şirketin faaliyetlerinin hükümetin ticari faaliyeti olarak görülemeyeceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla bu gerekçeyle muafiyet kaybı ortaya çıkmayacaktır. Ancak Romanya hükümeti tarafından Moldova hükümetine kar amacıyla işletmesi için bir gemi devretmesinin ticari bir faaliyet teşkil ettiği ve bu halde muafiyetin kaybedileceğine karar verilmiştir.<sup>139</sup> *Svenska Petroleum v. Lithuania* davasında Temyiz Mahkemesi ilgili konuda mevcut uluslararası görüşü yansıttığı kabul edilen<sup>140</sup> BM Yargı Muafiyetleri Sözleşmesi madde 2(1)c ile tamamen aynı olan Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 3'de sınırları çizilmiş olan bir ticari faaliyet ile bir devletin egemen yetkisini kullanarak giriştiği bir faaliyet arasındaki ayrımı karar verilmesinin kolay bir husus olmadığını vurgulamıştır.<sup>141</sup> Bu açıdan Bölüm 3'ün mahkemelerin yargılama yetkisi ile ilgili bazı hükümlerden biri olduğuna ve bu yüzden buradaki ifadeyi bu bağlamda, davaya neden olan hukuki ilişkilerin kaynağından ziyade davanın kendi konusuna yönelik olduğu şeklinde yorumlamanın daha doğru

<sup>135</sup> *A.g.e.*, s. 54.

<sup>136</sup> *A.g.e.*, ss. 56-7.

<sup>137</sup> [2003] EWHC 1357; 129 ILR, s. 571. Bu görüş Temyiz Mahkemesi tarafından *Svenska Petroleum v. Lithuania* davasında tasdik olunmuştur, [2006] EWCA Civ 1529, paragraf 137.

<sup>138</sup> [2011] 2 AC 495. Ayrıca bkz., *L.R. Avionics v Nigeria* [2016] EWHC 1761 (Comm).

<sup>139</sup> 131 ILR, s. 529.

<sup>140</sup> Lord Bingham'ın *Jones v. Saudi Arabia* davasındaki kararına atıfla, [2006] UKHL 26, paragraf 8.

<sup>141</sup> [2006] EWCA Civ 1529, paragraflar 132-3.



olacağına hükmedilmiştir.<sup>142</sup> Bu çerçevede Litvanya hükümeti bir ticari tahkim kararının tenfizi davasında muafiyete sahip bulunmamıştır.

Bölüm 3(1)b'nin kapsamı, Temyiz Mahkemesi tarafından alacaklı kreditorler ve bankaların Teneke Konseyi'nin üyesi devletlere karşı akdi temelde teşkilatın borçlarından sorumlulukları bakımından açtığı bir dava olan *Maclain Watson v. Department of Trade and Industry* davasında tartışılmıştır.<sup>143</sup> Davada bahis konusu olan 'sözleşme'ye devlet tarafından bu kapsamda bizzat girilmiş olması gerekmediğine hükmedilmiştir. Bu yönde bir ifade Bölüm 3(1)b'de bulunmamaktadır. Dolayısıyla üye devletler davacıların diğerlerinin yanı sıra davalarını dayandırdıkları garanti kaynaklı bir ikincil sorumluluk türü açısından muafiyetten bu bağlamda faydalanamayacaklardır.<sup>144</sup> Bunun aksi bir görüş ise, üye devletlere bir haksız fiil yükümlülüğünün yüklendiği daha zor bir bağlam içeren başka bir davada,<sup>145</sup> söz konusu kreditorleri ilgili taraf (Konsey) ile bir sözleşme yapmaya ikna etmek amacıyla yalan bir beyana izin verildiği veya neden olduğu gerekçesiyle,<sup>146</sup> üye devletlere karşı açılmış olan haksız fiil davasında kabul edilmiştir.

'Ticari faaliyet' terimi 1976 ABD Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu, Bölüm 1603(d) uyarınca 'düzenli bir ticari davranış biçimi veya belli bir ticari işlem veya eylem' şeklinde tanımlanmaktadır. Ayrıca bir faaliyetin ticari niteliğine faaliyetin amacından ziyade doğasına göre karar verilmesi gerektiğine dikkat çekilmektedir. Bu çerçevede mahkemeler gıda alımı,<sup>147</sup> çimento alımı,<sup>148</sup> bir hükümetin bakanlığı tarafından ABD'de müzik icra etmeleri için sanatçıların gönderilmesi<sup>149</sup> ve devlet havayollarının faaliyetleri<sup>150</sup> gibi faaliyetlerin ticari faaliyetler olduğuna hükmetmiştir.

Yabancı hükümetlerce hazine bonolarının çıkartılmasının da bir ticari faaliyet teşkil ettiği, fakat bunların zamanın geçmesi ile geçerli bir hak düşürücü süreye uğramaları halinde geri kazanılmayan veya değiştirilemeyen nitelikte oldukları kabul edilmiştir.<sup>151</sup>

Bir Meksika bankasının mevduat sertifikasını paraya çevirmeyi reddetmesiyle ilgili *Callejo v. Bancomer* davasında<sup>152</sup> Bölge Mahkemesi davayı ilgili bankanın Meksika hükümetinin bir

<sup>142</sup> *A.g.e.*, paragraf 137.

<sup>143</sup> [1988] 3 WLR 1033; 80 ILR, s. 49.

<sup>144</sup> [1988] 3 WLR 1104-5 (Kerr LJ) ve 1130 (Nourse LJ); 80 ILR, ss. 119, 148.

<sup>145</sup> *Australia and New Zealand Banking Group v. Commonwealth of Australia*, 1989, transcript, ss. 57-9.

<sup>146</sup> Hakim Evans J'in bu husustaki kararını oldukça çekinerek ve isteksizlikle verdiği dikkate alınmalıdır, *a.g.e.*, s. 59.

<sup>147</sup> Örneğin bkz., *Gemini Shipping v. Foreign Trade Organisation for Chemicals and Foodstuffs* 63 ILR, s. 569 ve *ADM Milling Co. v. Republic of Bolivia* 63 ILR, s. 56.

<sup>148</sup> *NAC v. Federal Republic of Nigeria* 63 ILR, s. 137.

<sup>149</sup> *United Euram Co. v. USSR* 63 ILR, s. 228.

<sup>150</sup> *Argentine Airlines v. Ross* 63 ILR, s. 195.

<sup>151</sup> *Schmidt v. Polish People's Republic* 742 F.2d 67 (1984). Ayrıca bkz., *Jackson v. People's Republic of China* 596 F.Supp. 386 (1984); *Amoco Overseas Oil Co. v. Compagnie Nationale Algerienne* 605 F.2d 648 (1979); 63 ILR, s. 252 ve *Corporacion Venezolana de Fomento v. Vintero Sales* 629 F.2d 786 (1980); 63 ILR, s. 477.

<sup>152</sup> 764 F.2d 1101 (1985). Ayrıca bkz., *Chisholm v. Bank of Jamaica* 643 F.Supp. 1393 (1986); 121 ILR, s. 487. *Dole Food Co. v. Patrickson*, davasında, ABD Yüksek Mahkemesi, 22 Nisan 2003 tarihli kararında belirttiği üzere, Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu uyarınca bir yabancı devletin organı sayılması için, ilgili yabancı devletin kendisinin bir şirketin paylarının çoğunluğuna sahip olması gereklidir. Dolaylı şubeler muafiyetten yararlanamazlar; zira bu tür şirketler bir kuruma organ statüsü kazandıran 'paylarının çoğunluğu veya diğer maliklik hakları bir yabancı devletin veya onun politik alt birimine ait olan' şeklindeki kanuni tanıma uymamaktadırlar. Bkz., s. 1603(b)(2). Yalnızca doğrudan maliklik kanuni şartları karşılamaktadır. 'Payların' mülkiyetine yapılan kanuni atf Kongre'nin kapsamındaki amacının formel şirket mülkiyetine bakmak olduğunu ve bir şirket ile onun pay sahiplerinin farklı varlıklar olduğunu göstermektedir. Ayrıca, organlık statüsü davanın işleme konulduğu zamandaki durumuna göre saptanmalıdır: Bkz., Case No. 01-593, ss. 4-8.

organı olması ve bu yüzden egemen muafiyete sahip olması gerekçesiyle reddetmiştir. Ancak Temyiz Mahkemesi meseleyi devlet eylemi doktrininin uygulanması esasına göre karara bağlamayı tercih etmiştir; zira aksi halde tamamıyla yabancı bir hükümetin ülkesinde icra edilmiş bir egemen işlemin araştırılması gerekeceğini ifade etmiştir. Amerikan mahkemeleri diğer bazı davalarda Meksika kambiyo kontrol düzenlemelerine göre işlem yapan Meksika bankalarının eylemlerini de egemen muafiyete göre ele almıştır.<sup>153</sup> Ancak *Republic of Argentina v. Weltover Inc.* davasında,<sup>154</sup> Yüksek Mahkeme devlet tahvili çıkartılmasının ticari bir faaliyet olduğuna ve bu tahvillerin ödenmesinin tek taraflı olarak ertelenmesinin de bir ticari faaliyet olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, “ticari” teriminin yasalarda büyük ölçüde tanımlanmamış olduğuna dikkat çekerek, kendi kullandığı tanımın sınırlayıcı egemen muafiyet teorisine göre verilmiş ve özellikle *Alfred Dunhill v. Republic of Cuba* davasında<sup>155</sup> tartışılmış haliyle uyumlu olduğu görüşünü benimsemiştir. Bu tanıma göre ‘Bir yabancı hükümet pazarın düzenleyicisi olarak değil de pazarın içindeki bir oyuncu gibi davrandığında, yabancı egemenin eylemleri FISA’nın anlamı dahilinde “ticari”dir...Yani mesele yabancı devletin icra ettiği belli eylemlerin (bunların arkasındaki neden ne olursa olsun) bir özel kişi tarafından yapılabilecek “alım satım, iş, ticaret” eylemleri *tipinde* olup olmadığıdır’. Bu açıdan dava konusu tahviller özel kişiler tarafından alınabilecek borç enstümanlarıdır ve ciro edilebilir ve uluslararası pazarda alıp satılabilir niteliktedir.<sup>156</sup> Aynı yaklaşım Temyiz Mahkemesi Onbirinci Dairesi tarafından *Guevera v. Peru* davasında da takip edilmiş olup yabancı bir devletin bir kaçak hakkında bilgi karşılığında ödül teklif etmesinin muafiyete istisna getiren “ticari faaliyet” içinde bulunduğuna hükmedilmiştir.<sup>157</sup>

Buna karşı Haiti tarafından ordusunda kullanılmak üzere askeri ekipman alımı<sup>158</sup> ve yabancı askerin bir askeri eğitim antlaşması ile ABD’ye gelmesinin ticari faaliyetlerden olmadığına hükmedilmiştir.<sup>159</sup> Aynı şekilde Somali’nin Uluslararası Kalkınma Ajansı’nın bir programına katılmasının kamusal veya hükümete ait bir eylem olduğuna karar verilirken,<sup>160</sup> ABD’de dağıtılmakta olan Sovyet hükümetinin resmi görüşünü yansıtan bir gazetede asılsız bir haberin yayınlanması ticari faaliyet sayılmamıştır.<sup>161</sup> Ancak Bölüm 1604(a)4 uyarınca ‘ABD’de bulunan taşınmazlara ilişkin hakların söz konusu olması’ halinde muafiyete bir istisna öngörülmekte olup, Yüksek Mahkeme *Permanent Mission of India to the US v. City of New York* davasında Hindistan ve Moğolistan hükümetleri tarafından sahip olunan bir gayrimenkule vergi alacağı koydurmak üzere New York Şehri tarafından açılan davada yukarıdaki istisnanın mahkemeye yargı yetkisi tanındığına hükmetmiştir.<sup>162</sup>

Bu gibi konularda ABD mahkemeleri önüne gelen pek çok davada bir yabancı devlet tarafından Amerika’da yapılmış bir ticari faaliyetten kaynaklanan bir eylem hakkındaki; ya da bir yabancı devletin başka bir yerdeki ticari faaliyeti ile bağlantılı Amerika’da icra edilmiş bir eylem hakkındaki; veya, şayet söz konusu eylem Amerika’da doğrudan bir

<sup>153</sup> Örneğin bkz., *Braka v. Nacional Financiera*, No. 83-4161 (SDNY 9 Temmuz 1984) ve *Frankel v. Banco Nacional de Mexico*, No. 82-6457 (SDNY 31 Mayıs 1983), 80 AJIL, 1986, s. 172, not 5.

<sup>154</sup> 119 L Ed 2d 394 (1992); 100 ILR, s. 509.

<sup>155</sup> 425 US 682 (1976); 66 ILR, s. 212. Burada çoğunluk ticari faaliyetlerde bulunan bir devletin yalnızca özel kişiler tarafından kullanılan yetkileri kullanmış sayılacağını ifade etmiştir, 425 US 704.

<sup>156</sup> 119 L Ed 2d 394, 405; 100 ILR, s. 515. *Saudi Arabia v. Nelson* davasında tasdik olunmuştur, 123 L Ed 2d 47, 61 (1993); 100 ILR, ss. 545, 553.

<sup>157</sup> DC Docket No. 04-23223-CV-MGC, 1 Kasım 2006.

<sup>158</sup> *Aerotrade Inc. v. Republic of Haiti* 63 ILR, s. 41.

<sup>159</sup> *Castro v. Saudi Arabia* 63 ILR, s. 419.

<sup>160</sup> *Transamerican Steamship Corp. v. Somali Democratic Republic* 590 F.Supp. 968 (1984) ve 767 F.2d 998. Bu karar 1976 Kanunu’nun hazırlanış aşamasındaki geçmişine dayandırılmıştır. Bkz., the HR Rep. No. 1487, 94th Cong., 2d Sess. 16 (1976).

<sup>161</sup> *Yessenin-Volpin v. Novosti Press Agency* 443 F.Supp. 849 (1978); 63 ILR, s. 127. Ayrıca bkz., Schreuer, *State Immunity*, ss. 42-3. Burada ticari faaliyetlerin tespitine ilişkin bir kriterler listesi verilmektedir.

<sup>162</sup> 127 S. Ct. 2352 (2007).

etkiye neden olmuşsa, bir yabancı devletin Amerika ülkesi dışında başka bir yerdeki ticari faaliyeti ile bağlantılı bir eylemi hakkındaki bir davada yabancı devletin muafiyete sahip olamayacağını ifade eden Bölüm 1605(a)'nın öngördüğü yargı yetkisinin şartları üzerinde yoğunlaşmıştır.<sup>163</sup>

Örnek olarak *Zedan v. Kingdom of Saudi Arabia* davasında<sup>164</sup> ABD Temyiz Mahkemesi Bölüm 1605 (a)(2)'nin kapsamını tartışırken Amerika'da yapılmış olan ticari faaliyetin esaslı olması gerektiğini vurgulamış ve Amerika'da bir telefon görüşmesi ile başlayan ve davacının Suudi Arabistan'da çalışmasıyla sonuçlanan olaylar serisinin bu bakımdan yeterli olmadığını vurgulamıştır. Buna ek olarak bir yabancı devletin başka bir yerdeki ticari faaliyeti ile bağlantılı Amerika'da bir eylemin icra edilmesi halinde bu eylemin kendisi bir dava hakkının oluşması için yeterli olsa da<sup>165</sup> bir yabancı devletin yurt dışındaki ticari faaliyeti ile bağlantılı bir eyleminin Amerikan hukukuna doğrudan etki yapması için yüksek bir eşige tabi olacağı belirtilmiştir. Mahkemenin dikkat çektiği üzere,<sup>166</sup> bu bölümün şartlarının sağlanmış olduğunun kabul edildiği davalarda, 'hukuken önem taşıyan bir şey ABD'de gerçekleşmiştir'.<sup>167</sup> Ancak *Republic of Argentina v. Weltover Inc.* davasında<sup>168</sup> Mahkeme, Bölüm 1605(a)(2)'nin önemliliğe veya öngörülebilirliğe dair açıklanmamış bir şart içerdiği iddiasını reddetmiş ve Temyiz Mahkemesi'nin açıklamış olduğu, bir etki şayet davalının faaliyetinin yakın sonucu olarak ortaya çıkmışsa doğrudan bir etkidir, şeklindeki görüşünü desteklemiştir.<sup>169</sup> Bu davada davalıların New York'daki banka hesaplarını ödeme yeri olarak tayin etmiş olmaları ve Arjantin'in ödemeleri erteleme kararı öncesinde bu hesaplara bir miktar faiz ödemesi yapmış olması yetki açısından yeterli sayılmıştır.

BM Yargı Muafiyetleri Sözleşmesi, Madde 10'da bir devletin yabancı bir gerçek veya tüzel kişi ile (ancak bir başka devletle değil) giriştiği bir 'ticari faaliyet' ile ilgili bir davanın, ticari faaliyetin tarafları açıkça aksini kararlaştırmadıkça, uluslararası özel hukuk kuralları uyarınca yabancı bir devletin mahkemeleri önüne gelmesi halinde muafiyetin olmayacağı öngörülmektedir. Ancak bir devlet girişiminin veya bir devlet tarafından kurulmuş olup bağımsız hukuk kişiliğine sahip ve dava etme veya edilme kapasitesi olan ve, devletin üzerinde işletme veya idare etme yetkisi verdiği mallar dahil, mallar üzerinde sahiplik, zilyetlik ve tasarruf yetkisi olan bir başka oluşumun dahil olduğu bir ticari faaliyet ile ilgili bir davada devletin muafiyeti bundan etkilenmeyecektir.

Sözleşme, Madde 2(1)c'de "ticari faaliyet" teriminin şu anlama geldiğini ifade etmektedir:

"(i) mal satımı veya hizmet sunumu hakkında bir ticari sözleşme veya faaliyet;  
(ii) bir kredi veya finansal faaliyet bakımından bir teminat veya kefalet yükümlülüğü dahil, birkredi sözleşmesi veya finansal tabiatlı diğer bir faaliyet;

<sup>163</sup> Örneğin bkz., *International Shoe Co. v. Washington* 326 US 310 (1945); *McGee v. International Life Insurance Co.* 355 US 220 (1957); *Libyan-American Oil Co. v. Libya* 482 F.Supp. 1175 (1980); 62 ILR, s. 220; *Perez et al. v. The Bahamas* 482 F.Supp. 1208 (1980); 63 ILR, s. 350 ve *Thos. P. Gonzalez Corp v. Consejo Nacional de Produccion de Costa Rica* 614 F.2d 1247 (1980); 63 ILR, s. 370, aff'd 652 F.2d 186 (1982).

<sup>164</sup> 849 F.2d 1511 (1988).

<sup>165</sup> *A.g.e. Saudi Arabia v. Nelson* davasında (123 L Ed 2d 47, 58-9; 100 ILR, ss. 545, 550-1) Yüksek Mahkeme, bu bölümde bahsolunan 'bağlantılı' ifadesi ile 'bir davanın, ispatlanması halinde, bir davacıya kendisi için dava hakkı kazandıracak unsurlarının' kasdolanduğuna dikkat çekmiştir.

<sup>166</sup> 849 F.2d 1515.

<sup>167</sup> Kararda şu davalara atf yapılmıştır: *Transamerican Steamship Corp. v. Somali Democratic Republic* 767 F.2d 998, 1004 (bu davada Somali hükümetinin bir aracı kurumu tarafından ABD'de ödeme yapılmasına ilişkin talebi ve gerçekleşmiş banka transferleri yeterli görülmüştür), ve *Texas Trading & Milling Corp. v. Federal Republic of Nigeria* 647 F.2d 300, 312; 63 ILR, ss. 552, 563, (bu davada bir ABD bankası tarafından verilmiş olan ve finansal olarak zarar gören davacılar ABD'de ödenmesi gereken bir kredi mektubuna yapılmış ödeme itirazı yeterli görülmüştür).

<sup>168</sup> 119 L Ed 2d 394 (1992); 100 ILR, s. 509.

<sup>169</sup> 119 L Ed 2d 407; 100 ILR, s. 517, atf verilen karar için, 941 F.2d at 152.

(iii) kişilerin yaptığı iş sözleşmesi hariç, ticari, endüstriyel, alım satım veya mesleki tabiatlı diğer bir sözleşme veya faaliyet.”<sup>170</sup>

### İş Akitleri

BM Yargı Muafiyetleri Sözleşmesi, Madde 11’de yabancı bir devlet ile bir çalışan arasında söz konusu çalışanın hükümete ait fonksiyonlar icra etmekte olduğu bir iş akdine ilişkin uyuşmazlık durumunda devletlerin muafiyet iddiasında bulunabilecekleri öngörülmektedir. Ancak 1978 Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 4(1) bir devlet ile bir birey arasında İngiltere’de yapılmış veya işin tamamen veya kısmen bu ülkede icra edileceği bir iş akdine dair davalar bakımından devletin muafiyete sahip olmadığını vazetmektedir.<sup>171</sup> Şayet birey dava sırasında ilgili devletin vatandaşı ise<sup>172</sup> veya sözleşmenin yapıldığı sırada bu birey ne İngiliz vatandaşı ne de daimi mukimi ise ya da sözleşme tarafları aksini yazılı olarak kararlaştırmışlarsa bu hüküm uygulanmayacaktır. Ancak Kanun’un Bölüm 16 (1) (a)’sı uyarınca bu hükümlerin bir diplomatik misyon veya konsoloslüğün mensupları bakımından uygulanmaması,<sup>173</sup> Bölüm 4(1)’in etkinliğinin azalması sonucunu doğurmaktadır.<sup>174</sup> Bu açıdan özellikle yabancı elçiliklere verilen hizmetler bakımından muafiyet ve iş akitlerine ilişkin bir çok dava ortaya çıkmıştır. Örnek olarak 1978 Kanunu öncesi dönemde oldukça dikkat çekmiş bir karar olan *Sengupta v. Republic of India* davasında, İş Temyiz Mahkemesi ilgili elçiliğin çalışması bir egemen faaliyet biçimi olduğundan örf ve adet hukuku gereği bir iş akdine dair uyuşmazlık bakımından muafiyete sahip olduğuna hükmetmiştir.<sup>175</sup> Konu, bununla beraber, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi ve AB Temel Haklar Şartı’nın 47. maddesi tarafından öngörülen hukuk güvenliği ve adil yargılanma hakkı bağlamında, Temyiz Mahkemesi tarafından *Benkharbouche v Embassy of the Republic of Sudan*<sup>176</sup> davasında yeniden ele alınmıştır. Yukarıda belirtildiği üzere<sup>177</sup> mahkeme madde 16(1)(a)’da yer alan mutlak istisnanın uluslararası hukuka göre gerekli olanın ötesine geçtiğini ve bu yüzden bu maddenin söz konusu davaya ilişkin olarak Avrupa Sözleşmesi’nin 6. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir.<sup>178</sup>

Bu konuda diğer ülkelerde verilen kararlarda da değişiklikler görülmektedir. Örnek olarak *United States of America v. The Public Service Alliance of Canada (Re Canada Labour Code)* davasında bir yabancı askeri üsteki iş ilişkilerinin idaresi ticari bir faaliyet sayılmadığından iş mahkemesi önündeki bu davada ABD’nin egemen muafiyete sahip olduğuna karar verilmiş iken,<sup>179</sup> *Norwegian Embassy v. Quattri* davasında İtalyan Yargıtayı tarafından iş akitlerine ilişkin uluslararası muafiyeti sınırlayıcı bir yönelime vurgu yapılmıştır. Bu hususta Mahkeme uluslararası örf ve adet hukukuna göre mevcut olan muafiyetin yabancı

<sup>170</sup> Bu hükmün daha önceki taslakları için bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu, 1991, ss. 13 ve 69, ve *Yearbook of the ILC*, 1986, cilt II, kısım 2, s. 8.

<sup>171</sup> Örneğin bkz., Fox ve Webb, *State Immunity*, Bölüm 14; H. Fox, ‘Employment Contracts as an Exception to State Immunity: Is All Public Service Immune?’, 66 BYIL, 1995, s. 97, ve R. Garnett, ‘State Immunity in Employment Matters’, 46 ICLQ, 1997, s. 81.

<sup>172</sup> Örneğin bkz., *Arab Republic of Egypt v. Gamal Eldin* [1996] 2 All ER 237

<sup>173</sup> Bölüm 16(1)a.

<sup>174</sup> Örneğin bkz., *Saudi Arabia v. Ahmed* [1996] 2 All ER 248; 104 ILR, s. 629

<sup>175</sup> 65 ILR, s. 325. Ayrıca bkz., *Military Affairs Office of the Embassy of the State of Kuwait v. Caramba-Coker*, EAT 1054/02/RN, Employment Appeals Tribunal (2003) ve *Aziz v. Republic of Yemen* [2005] EWCA Civ 745.

<sup>176</sup> [2015] EWCA Civ. 33, para. 16. Lord Dyson MR özellikle şunu ifade etmiştir: ‘Uluslararası hukukun Sözleşmeciler Devlete davaya bakma yetkisi tanımadığı bir durumda madde 6’nın nasıl uygulanacağını görebilmek çok zordur. Uluslararası hukuk uyarınca yargılama yapmaya yetkili bir mahkemenin mevcut olmadığı bir durumda, devleti sorumlu tutabilecek adil yargılanmanın yapılmaması durumu söz konusu olamaz’ . *A.g.e.* Ayrıca bkz. *Reyes v Al-Malki* [2015] EWCA Civ 32.

<sup>177</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>178</sup> *A.g.e.*, 46 ve 53. paragraflar. Ayrıca bkz., R. Garnett, ‘State and Diplomatic Immunity and Employment Rights: European Law to the Rescue’, 64 ICLQ, 2015, s. 783.

<sup>179</sup> (1992) 91 DLR (4th) 449; 94 ILR, s. 264.

devletin kamu hukuku fonksiyonlarını kullanırken icra ettiği eylemlerle sınırlı olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla bir yabancı devletin kabul eden devletin iç hukukuna göre bir özel kişi marifetiyle gerçekleştireceği eylemler bakımından muafiyet mevcut olmayacaktır. Bunun örneği bir çalışanın kamusal vazifelerinin sadece tali nitelikte olduğu ve yabancı kamu hukuku kişisine özgü olmadığı iş hukuku uyuşmazlıklarıdır.<sup>180</sup> *Barrandon v. USA* davasında Fransız Yargıtayı (1992) ve ardından Versay Temyiz Mahkemesi (1995) muafiyetin Fransa'nın taraf olduğu bir uluslararası antlaşma tarafından garanti edilmemiş bir imtiyaz olduğuna ve sadece buna dayanma hakkı olan bir devlet tarafından ileri sürülebileceğine hükmetmiştir. Yargı yetkisinden muafiyet egemen güç (*puissance publique*) eylemleri veya kamu hizmeti yararına icra edilen eylemler ile sınırlı sayılmıştır. Amerikan elçiliğinde bir hemşire ve tıbbi sekreter olarak çalışan davacı açıkça davalı devletin bir kamusal hizmeti yararına fonksiyonlar icra etmiş olduğundan bu davada muafiyetin uygulanmasına müsaade edilmiştir.<sup>181</sup> Ancak temyiz üzerine Fransız Yargıtayı (1998) bu kararı bozmuş ve bu kişinin vazifelerinin kendisine elçiliğin kamusal hizmetlerinin icrası için özel bir sorumluluk vermediğine ve işten çıkarılması sıradan bir idari eylem olduğundan muafiyetin uygulanmayacağına karar vermiştir.<sup>182</sup> Bu konudaki uygulama da tutarlılıktan uzaktır. Bir kısım devlette mahkemeler bu tür devlet muafiyeti/iş akdi durumlarında muafiyet iddialarını kabul etmişken,<sup>183</sup> diğerlerinde bu gibi iddialar reddedilmiştir.<sup>184</sup> *The United States of America v. Bachbach*<sup>185</sup> davasında İsrail Ulusal İş Mahkemesi, Kudüs Konsolosluğu'ndaki bir çalışanın iş akdinin fesh edilmesi sebebiyle mahkemeye yapılan bir müracaat karşısında ABD'nin yabancı devlet muafiyetine hakkının bulunduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, eski çalışanın doğrudan ve karmaşık bir biçimde ABD devlet yetkisinin kullanımına ilişkin görevler yerine getirdiğinden muafiyetin tanınması gerektiğini belirtmiştir. ABD'ye karşı ileri sürülen taleplerin niteliğinin, mahkemenin ulusal güvenlik sebebiyle eski çalışanın işten çıkarılmasını değerlendirmesini gerektirecek olmasını mahkeme gerekçe göstermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca mahkemeye erişim hakkının önemini ve muafiyetin hükümet fonksiyonlarının kullanılmasına bağlı olduğunu dikkate alarak, tedbirli bir yaklaşım benimsemiştir. Örnek olarak, Litvanya Vilnius'daki Polonya elçiliğinde çalışan bir santral operatörü<sup>186</sup> ve Paris'deki Kuveyt elçiliğinde çalışan bir muhasebecinin<sup>187</sup> ulusal mahkemelerde tazminat talep etmesinin muafiyet gerekçesiyle engellenemeyeceğine karar verilmiştir.<sup>188</sup>

<sup>180</sup> 114 ILR, s. 525. Ayrıca bkz., *Canada v. Cargnello* 114 ILR, p. 559. Ayrıca yabancı devletlerin egemen faaliyetlerinin çekirdek alanının bir parçasını oluşturan memuriyet hizmetlerinin, aksi halde olmaması gereken, muafiyeti gerektireceğini kabul eden bir kaç Alman davası için bkz., *X v. Argentina* 114 ILR, s. 502; *French Consulate Disabled Employee* davası, 114 ILR, s. 508 ve *Muller v. USA* 114 ILR, s. 513.

<sup>181</sup> 113 ILR, s. 464.

<sup>182</sup> 116 ILR, s. 622. Bu dava karar için Temyiz Mahkemesi'ne gönderilmiştir.

<sup>183</sup> Örneğin bkz., *the Brazilian Embassy Employee* davası, 116 ILR, s. 625 (Portekiz Yüksek Mahkemesi) ve *Ramos v. USA* 116 ILR, s. 634 (Lizbon Yüksek Mahkemesi)

<sup>184</sup> Örneğin bkz., *Landano v. USA* 116 ILR, s. 636 (Cenevre İş Mahkemesi); *Nicoud v. USA* 116 ILR, s. 650 (Cenevre İş Mahkemesi); *M v. Arab Republic of Egypt* 116 ILR, s. 656 (İsviçre Federal Mahkemesi); *R v. Republic of Iraq* 116 ILR, s. 664 (İsviçre Federal Mahkemesi); *Francois v. State of Canada* 115 ILR, s. 418 (Brüksel İş Mahkemesi); *Kingdom of Morocco v. DR* 115 ILR, s. 421 (Brüksel İş Mahkemesi); *De Queiroz v. State of Portugal* 115 ILR, s. 430 (Brüksel İş Mahkemesi); *Zambian Embassy v. Sendanayake* 114 ILR, s. 532 (İtalyan Yargıtayı), ve *Carbonar v. Magurno* 114 ILR, s. 534 (İtalyan Yargıtayı).

<sup>185</sup> NLC 1127-10-14, Judgment, 8 Ocak 2016.

<sup>186</sup> *Cudak v. Lithuania*, 23 Mart 2010 tarihli karar.

<sup>187</sup> *Sabih El Leil v. France*, 29 Haziran 2011 tarihli karar.

<sup>188</sup> Bir diplomatın görevinden ayrılmasının ardından Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi'nin 39(2) maddesi uyarınca bir misyon üyesi olarak yetkilerini kullanması sırasında yaptığı eylemlere ilişkin bakiye muafiyet, iç hizmetleri yerine getiren çalışanlar tarafından açılan davalarda ileri sürülemeyecektir, bkz., *Wokuri v. Kassam* [2012] EWHC 105 (Ch), paragraf 22 vd. Ayrıca bkz., *Tabion v. Mufti* 73 F.3d 535 (1996), *Baanan v. Baja* 627 F. Supp.2d 155 (2009) ve *Swarna v. Al-Awadi* 622 F.3d 123 (2010).

### **Diğer Muafiyet Dışı Alanlar**

Ulusal hukuklar ve uluslararası belgeler haksız fiil eylemleri bakımından egemen muafiyeti yasaklamaktadır.<sup>189</sup> Örnek olarak 1972 Avrupa Devlet Muafiyetine Dair Sözleşme'nin 11. maddesi 'şayet zarara veya hasara neden olan olaylar forum devletinin ülkesinde meydana gelmiş ve zarar veya hasarın müsebbibi bu olayların olduğu sırada bu ülkede bulunuyor idiyse kişiye verilen zararın veya maddi malların uğradığı hasarın tazmini' gereğinden bahsetmektedir.<sup>190</sup>

İngiliz Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 5'de bir devletin İngiltere'deki bir eylem veya ihmalinin neden olduğu ölüm veya kişisel zarar veya maddi mallara verilen hasar veya kayıplarla ilgili davalar bakımından muaf olmayacağı öngörülmekte iken,<sup>191</sup> temelde benzerlik taşıyan 1976 Amerikan Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu, Bölüm 1605(a)(5) bir devletin ihtiyari fonksiyonlarını kullanması ve kötü niyetli kovuşturma, dava hakkının suistimali, hakaret, iftira, yalan beyan, aldatma veya sözleşme haklarına karışmasından kaynaklanan talepler bakımından istisnalar içermektedir. *Letelier v. Chile* davasında<sup>192</sup> Mahkeme bu yasadaki haksız filler istisnasının sadece özel hukuk eylemlerine yönelik olduğu iddiasını reddetmiş ve bu hükmün politik suikastlere de uygulanabileceğine hükmetmiştir.<sup>193</sup> *Natoniewski v. Germany* davasında<sup>194</sup> Polonya Yüksek Mahkemesi muafiyete getirilmiş olan ülkesel haksız fiil istisnasının bir uluslararası örf ve adet hukuku prensibi teşkil ettiği görüşünü ifade etmiştir.

İngiliz Kanunu'nda, Bölüm 6-11 arasında geri kalan geniş kapsamlı muafiyet dışı alanlar detaylandırılmakta ve, bir devletin diplomatik misyon amaçları için kullandığı yerlere ilişkin mülkiyet veya zilyetlik hakkına ilişkin davalar hariç,<sup>195</sup> taşınmaz mallara dair davalar (Bölüm 6)<sup>196</sup>; patentler, ticari markalar, tasarımlar, bitki ıslahçısı hakları veya telif hakları davaları (Bölüm 7); bir devletin İngiliz hukukuna göre tüzel kişilik kazanmış veya burada kurulmuş veya İngiltere'den kontrol edilen ya da şirket iş merkezinin bulunduğu bir tüzel kişiye, tüzel kişilik kazanmamış bir yapı veya ortaklığa devletler dışındaki üyelerle birlikte üyeliğine ilişkin davalar (Bölüm 8); bir devletin yazılı olarak tahkimi kabul ettiği ve bu tahkime dair İngiliz mahkemelerindeki davalar (Bölüm 9);<sup>197</sup> ticari amaçlar için kullanılan veya kullanılmak istenen devlet mülkiyetindeki gemilere ilişkin deniz hukuku

<sup>189</sup> Örneğin bkz., Fox ve Webb, *State Immunity*, Bölüm 15 ve Schreuer, *State Immunity*, Bölüm 3.

<sup>190</sup> Ayrıca bkz., BM Yargısal Muafiyetler Sözleşmesi'nin 12. maddesi.

<sup>191</sup> Ayrıca bkz., 1982 Kanada Devlet Muafiyeti Kanunu Bölüm 6; 1981 Güney Afrika Yabancı Egemen Muafiyetleri Kanunu Bölüm 6; 1979 Singapur Devlet Muafiyeti Kanunu Bölüm 7; ve 1985 Avustralya Yabancı Devlet Muafiyetleri Kanunu Bölüm 13. Ayrıca bkz., BM Yargısal Muafiyetler Sözleşmesi'nin 12. maddesi.

<sup>192</sup> 488 F.Supp. 665 (1980); 63 ILR, s. 378.

<sup>193</sup> *Margellos v. Federal Republic of Germany* davasında Yunan Özel Yüksek Mahkemesi uluslararası örf ve adet hukukunda bir yabancı devletin kendi silahlı güçlerinin iştirak etmiş olduğu bir başka devlette işlenmiş bir haksız fiil bakımından muafiyete sahip olduğuna karar vermiştir, 129 ILR, s. 526. Ayrıca bkz., Devlet Muafiyetine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 31. maddesi. Ayrıca bkz., *Distomo Massacre* davası, 129 ILR, s. 556. İsrail Yüksek Mahkemesi *The United States of America v. Shochat* davasındaki 3 Ağustos 2013 tarihli kararında (CPA 7484/05), 2008 tarihli Yabancı Devlet Muafiyeti Kanunu henüz yürürlüğe girmemiş olduğundan uluslararası teamül hukukuna göre karar vermiş ve egemen muafiyetinin ticari nitlikte olmayan haksız fiil istisnasının bedensel yaralanmaya ilişkin haksız fiillere de uygulanacağına hükmetmiştir. İlaveten mahkeme, egemen muafiyetinin ticari istisnasının haksız fiil davalarında uygulanacağına da hükmetmiştir. Bunun olabilmesi için haksız fiil davasının ticari faaliyet ile ciddi bir bağlantısı bulunmalıdır ve devlet fonksiyonlarının icrasından kaynaklanmamalıdır.

<sup>194</sup> *Polish Yearbook of International Law*, 2010, s. 299.

<sup>195</sup> Bölüm 16(1)b.

<sup>196</sup> Bir devletin doğrudan davalı olmadığı tasfiye davasında bir şirket muafiyete sahip olamaz: bkz., Bölüm 6(3) ve *Re Rafidain* [1992] BCLC 301; 101 ILR, s. 332.

<sup>197</sup> *Gold Reserve Inc v Venezuela* davasında mahkeme yazılı olarak tahkimi kabul ettiği için Venezuela'nın Bölüm 9 uyarınca devlet muafiyetini gerekçe gösterme hakkını kaybettiğine ve yazılı anlaşmanın, iki taraflı bir yatırım antlaşmasında bulunan devletin tek taraflı tahkim önerisinin yatırımcı tarafından bu devlete karşı tahkim işlemleri başlatılarak kabul edilmiş olduğu zaman oluşturulduğuna hükmetmiştir. ([2016] EWHC 153 (Comm))

davaları (Bölüm 10); ve KDV gibi çeşitli vergi sorumluluklarına dair davalar (Bölüm 11) bu istisnaların kapsamına alınmaktadır. Diğer devletlerin yasalarında yer alan genellikle benzer nitelikteki hükümler<sup>198</sup> ile birlikte bu hükümler, her ne kadar tanımsal problemler devam etse de, egemen muafiyetler bağlamında egemen eylemler kavramının uygulamada artık ne kadar sınırlanmakta olduğunun bir göstergesidir.

### Kişilik Meselesi - Devletin Aygıtları ve Unsurları<sup>199</sup>

İster mutlak ister sınırlayıcı teori uygulansın en önemli faktör muafiyete sahip olan varlığı tespit etmektir. Şayet bu varlık en genel ifadeyle devlet aygıtının bir parçası değilse hiç bir muafiyet ortaya çıkmayacaktır. *Trendtex Trading Corporation Ltd. v. Central Bank of Nigeria* davasında<sup>200</sup> Hakim Shaw LJ özellikle hükümete ait fonksiyonların artışı ışığında muafiyetin kolaylıkla atfına karşı uyarıda bulunmuştur; zira bir davada muafiyetin kabulü diğer tarafı ciddi bir dezavantajla karşı karşıya bırakmaktadır.

Devletin bir departmanı, devletin kendi hukukuna göre ayrı bir tüzel kişiliği bulunuyor olsa da, muafiyete sahip olabilecektir.<sup>201</sup> Bu mesele *Trendtex* davasında detaylı biçimde tartışılmıştır. Bu davada meseleyle ilgili bütün şartların dikkate alınması gereğine vurgu yapılmıştır. Bu açıdan ilk derece mahkemesinde hem Hakim Donaldson hem de Hakim Denning, *Baccus SRL v. Servicio Nacional del Trigo* davasında<sup>202</sup> dikkat çekilmiş olan, ayrı bir hukuki şahsiyet olarak tüzel kişilik kazanma olgusunu vurgulamışlardır.<sup>203</sup> Bu konuda bir yapının tüzel kişi olup olmadığı ve gerçekte hükümetin bir kolu olup olmadığını analiz ederken hangi hukukun dikkate alınacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Her devletin tüzel kişileri düzenleyen ve yine benzer şekilde hükümet departmanlarına ilişkin kendi kuralları bulunmaktadır. İngiliz hukuku bu açıdan yabancı hukuk hükümlerini doğrudan kabul etmeli midir? *Baccus* davasında Mahkeme'nin çoğunluğu tüzel kişiliğe ve bu tüzelliğin muafiyetin tanınması ile uyumlu olup olmadığına ilişkin sorular açısından yabancı hukukun belirleyiciliği görüşünü benimsemiş olup, bu yaklaşım belli bir ölçüde *Trendtex* davasında da kabul edilmiştir. Hakim Shaw 'bir Nijerya tüzel kişinin kuruluş ve yetkilerinin Nijerya'nın iç hukuku ışığında incelenmesi gerektiğini' ifade etmiştir.<sup>204</sup> Bununla beraber söz konusu varlığın uluslararası alandaki statüsüne ilişkin sorununun bu varlığın statüsüne dair meselenin ileri sürüldüğü devletin hukuku tarafından karara bağlanması gerektiğine hükmedilmiştir. Dolayısıyla Mahkeme Nijerya Bankası'nın İngiliz hukukunda anlaşıldığı şekliyle bir hükümet departmanı teşkil edip etmediğine karar vermek durumunda kalmıştır.<sup>205</sup> Bu açıdan İngiliz hukuku ve yabancı hukuk arasında esaslı bir farkın mevcut olması halinde bunun hesabı katılabileceğine dikkat çekilmişse de, Mahkeme *Trendtex* davasında böyle bir durumun bulunmadığına kanaat getirmiştir.

Mahkemeye göre İngiliz hukukunun üstün gelmesi, İngiliz mahkemelerinin iç hukukta tanınmış muafiyetlere ilişkin kararlarının uygulanacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Bu muafiyetler en iyi ihtimalle yalnızca her bir davanın şartlarına bağlı olarak kullanılacak taslak rehberlerdir. Bu çerçevede yabancı hukuk tarafından benimsenmiş bir görüş tayin edici olmadığı gibi, yabancı hükümet tarafından kabul edilmiş bir tavrın da bu nitelikte olmadığı

<sup>198</sup> Örneğin bkz., 1976 US Foreign Sovereign Immunities Act, s. 1605 ve 1985 Australian Foreign States Immunities Act, ss. 10-21. Özellikle ABD yasasında uluslararası hukuka aykırı olarak alınmış mülkiyet hakları bakımından muafiyete getirilen bir istisnaya dikkat ediniz, s. 1605(a)(3), bu husus diğer yasalarda mevcut değildir.

<sup>199</sup> Örneğin bkz., Fox ve Webb, *State Immunity*, Bölüm 10 ve Schreuer, *State Immunity*, Bölüm 5.

<sup>200</sup> [1977] 2 WLR 356, 383; 64 ILR, ss. 122, 147.

<sup>201</sup> *Baccus SRL v. Servicio Nacional del Trigo* [1957]

<sup>202</sup> [1957] 1 QB 438, 467.

<sup>203</sup> [1977] 2 WLR 356, 370; 64 ILR, s. 133.

<sup>204</sup> [1977] 2 WLR 356, 385; 64 ILR, s. 149.

<sup>205</sup> [1977] 2 WLR 356, 385; 64 ILR, s. 175.

kabul edilmiştir. Bu gibi durumlar değerlendirilmesi gereken bir faktördür, fakat bundan fazla bir değer taşımamaktadır. Bu açıdan Mahkeme *Krajina v. Tass Agency* kararını takip etmiştir.<sup>206</sup> Buradan hareketle bankanın bir devlet organı olduğuna yönelik Yüksek Komiser dahil Nijerya resmi görevlileri tarafından sağlanmış olan kanıtların belirleyici olmadığına işaret edilmiştir. Zira, yabancı resmi görevliler diğer ülkenin mahkemeleri açısından kesin belirleyici sayılamayacak bir hükümet kontrolü testini uyguluyor olabilecektir.<sup>207</sup>

Mahkemeye göre bu konuda daha önemli olan husus, hükümetin bir tüzel kişiyi kurarken ve düzenlerken taşıdığı kanun koyucu niyeti ve bu varlık üzerindeki kontrol derecesidir. Hatta Hakim Stephenson kararını bu esaslara dayandırmıştır. Kuruluş kanununda bankanın devletin bir birimi olduğuna yönelik açık bir hükmün bulunması gerekli değildir; fakat bankanın Nijerya devletinin bir organı haline getirilmesine ilişkin niyetin 1958 Nijerya Merkez Bankası Kanunu ve müteakip kararnamelerden nazari olarak anlaşılabilceğinin banka tarafından ispatlanması istenmiştir. Bu konuda banka başarısız olmuş ve bundan ötürü Hakim Stephenson temyizi onamıştır.<sup>208</sup> Mahkemenin özellikle hukuki kişilik testi yerine fonksiyonel testi uygulama yönündeki genel yaklaşımına karşı, hakimlerin bu hususa çok fazla önem verdiği iddia edilebilir. Hakim Stephenson söz konusu Banka'nın niteliklerine de nispeten farklı bir perspektiften bakmıştır. Bu kuruluşun yetki ve vazifelerini de ayrıca inceledikten sonra bu konuda muafiyeti reddetmiştir; zira hükümetin bankayı kendisinin bir kolu olarak kurma niyeti bu bakımdan da açıkça gösterilememiştir. Bu açıdan diğer hakimler de kendiliğinden hükümete ait olma statüsü verecek olan bankanın fonksiyonları üzerinde durmuşlardır.

Mahkeme egemen muafiyete karar verirken fonksiyonel testi açıkça en önemli rehber olarak kabul etmiştir. Bu konuda muafiyeti iddia edilen kurumun kişiliği yerine faaliyet konusunun niteliği vurgusuna geçişi hızlandıran modern yaklaşım izlenmiştir. Söz konusu fonksiyonel test uyarınca kurumun kendi kuruluş belgesi ve faaliyetleri çerçevesinde yetkileri, vazifeleri ve kontrol edilme durumuna bakılacaktır.

Bu tür zor ve kesin olmayan kararlarda Hakim Shaw tarafından ileri sürülen bir öneri memnuniyetle karşılanmalıdır. Shaw LJ'in dikkat çektiği üzere:

*“statü meselesi hassas bir çizgide titreşim halinde olduğunda, söz konusu oluşumu egemen statüye ve buna eşlik eden imtiyazlara sahip kılma niyetine yönelik bir pozitif bulgunun yokluğu onun bu statüye sahip olduğu ve bu imtiyazlara hakkı olduğu görüşüne ister istemez engel olmalıdır.”*<sup>209</sup>

*Czarnikow Ltd v. Rolimpex* davasında<sup>210</sup> Lordlar Kamarası, tahkim hakemlerinin Rolimpex şirketi Polonya hükümeti tarafından kurulmuş ve kontrol ediliyor olsa da hükümetin bir organı veya departmanı olacak kadar hükümetle çok yakından bağlantılı değildir şeklindeki tespitinin doğru olduğunu kabul etmiştir. Rolimpex ayrı bir hukuki kişiliğe ve günlük ticari faaliyetlerinde oldukça fazla serbestliğe sahip bulunmuştur.

1978 Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 14(1) uyarınca bir devletin, bir hükümdarı veya kamusal vazifesi sırasında bir devlet başkanını,<sup>211</sup> bir hükümet ve bu hükümetin herhangi bir departmanını içerdiği varsayılmakta, ancak 'devletin hükümetinin icra organlarından ayrı ve dava etme veya edilme kapasitesi olan' oluşumlar bundan hariç tutulmaktadır. Bu

<sup>206</sup> [1949] 2 All ER 274.

<sup>207</sup> [1977] 2 WLR 356, 370 ve 374; 64 ILR, s. 137, 139.

<sup>208</sup> [1977] 2 WLR 356, 374–6. Ayrıca bkz., Shaw LJ, *a.g.e.*, s. 384; 64 ILR, s. 149.

<sup>209</sup> *A.g.e.*

<sup>210</sup> [1979] AC 351, 364 (Lord Wilberforce) ve 367 (Viscount Dilhorne).

<sup>211</sup> Daha fazlası için bkz., bu bölümde aşağıda.



hüküm *Baccus ve Trendtex* yaklaşımlarını bir ölçüde değiştirmektedir. Buna göre bu tür ayrı bir varlık ancak ilgili dava 'egemen yetkinin kullanılması sırasında' yapılmış eylemlere ilişkin ise ve şartlar devletin muaf tutulabileceği yönündeyse muafiyete sahip olacaktır.<sup>212</sup> Dolayısıyla böyle bir durumda karar verirken bütün ilgili şartlar dikkate alınacaktır.<sup>213</sup> *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Co.* davasında, Irak Havayolları Şirketi'nin (IAC) durumunu görüşen Lordlar Kamarası, ilgili işlemleri bir bütün olarak analiz ettikten sonra farklılaşan unsurları ayırt etmeyi ve bunları ayrı ayrı ele almayı tercih etmiştir. Kısaca özetlersek, davacının Kuveyt Havayolları Şirketi (KAC) uçağına Irak'ın 1990 yılında Kuveyt'i işgalinin ardından ve Irak hükümetinin emirleri doğrultusunda IAC tarafından el konulmuştur. Devrimci Kumanda Konseyi'nin<sup>214</sup> müteakip 369 sayılı kararı ile, ayrıca, KAC'nin feshi ve bütün mal varlıklarının IAC'ye transferi amaçlanmıştır. Bu aşamadan sonra IAC söz konusu uçağı kendi filosunun bir parçası saymıştır. Mesele başlangıçtaki el koymanın bir hükümet tasarrufu ile olmasının IAC'ye bir muafiyet itirazı imkanı vermeye devam edip edemeyeceğidir. Lordlar Kamarası bunun olamayacağına hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre 369 sayılı karar bir kez yürürlüğe girdikten sonra durum değişmiştir ve muafiyet artık uygulanabilir değildir; zira uçağın elde tutulması ve kullanılması egemen yetkinin kullanılması çerçevesinde yapılmış eylemler değildir. Mala el koymanın bir egemen eylem olarak karakterize edilmesi, müteakip elde tutma ve kullanma eyleminin karakterize edilmesi açısından belirleyici olamayacaktır.<sup>215</sup>

1976 Amerikan Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu, Bölüm 1603'de, "yabancı devlet" teriminin bir devletin politik altbölümleri ile daire ve temsilciliklerini içerdiği öngörülmektedir. Bu terim ayrı bir hukuki kişiliği olan ve yabancı bir devletin veya bunun politik altbölümünün bir organı olan veya hisseleri ya da diğer sermaye paylarının çoğunluğuna yabancı bir devletin sahip olduğu ve Amerikan vatandaşlığına sahip olmayıp üçüncü bir devlet hukukuna göre kurulmuş olan her türlü varlığı ifade edecek şekilde tanımlanmaktadır.<sup>216</sup> Kişilik meselesi uygulamada problemlere ve bazı karmaşık kararlara yol açmıştır.<sup>217</sup>

Örnek olarak *First National City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba (Bancec)* davasında,<sup>218</sup> Yüksek Mahkeme devlet kurumları için birbirlerinden ayrıklık varsayımında bulunmuş olup buna göre, uygulanabilir hakkaniyet prensipleri aksini gerektirmedikçe veya ana kurumun tali olanı tamamen domine etmesi bu kurumu ana kurumun bir uzantısı haline getirmedikçe, kurumların ayrı hukuki kişiliği tanınacaktır.<sup>219</sup>

Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 14(1)'de belirlediği şekliyle "hükümet" (devlet) teriminin anlamı *Propend Finance v. Sing* davasında tartışılmıştır. Temyiz Mahkemesi bu terime geniş bir anlam verilmesi ve özellikle egemen yetki kavramı ışığında yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir. Dolayısıyla "hükümet" terimi İngiliz hukukunun diğer bağlamları açısından sadece Birleşik Krallık hükümetini ifade etmekten daha fazlasını ifade edecektir. Bu çerçevede özellikle hükümet faaliyetlerinin bir parçası olarak polis fonksiyonlarının ifasını

<sup>212</sup> S. 14(2).

<sup>213</sup> Örneğin bkz., *Holland v. Lampen-Wolfe* [2000] 1 WLR 1573.

<sup>214</sup> Esas olarak Irak hükümeti.

<sup>215</sup> [1995] 1 WLR 1147, 1163 (Lord Goff). Karş. Bağlamın muafiyetin devam edebilmesi için bir bütün olarak alınması gerektiğini iddia eden, Lord Mustill, 1174. Ayrıca bkz., *Tsaoliris v. Grain Board of Iraq*, 2008, ICLC, s. 592.

<sup>216</sup> Örneğin bkz., *Gittler v. German Information Centre* 408 NYS 2d 600 (1978); 63 ILR, s. 170; *Carey v. National Oil Co.* 453 F.Supp. 1097 (1978); 63 ILR, s. 164 ve *Yessenin-Volpin v. Novosti Press Agency* 443 F.Supp. 849 (1978); 63 ILR, s. 127. Ayrıca bkz., Sinclair, 'Sovereign Immunity', ss. 248-9 ve 258-9. Ek olarak bkz., 1972 Devlet Muafiyetine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 6 ve 7. maddeleri.

<sup>217</sup> Ayrıca bkz., 'devlet' kavramını örnek olarak 'temsilci sıfatıyla hareket eden devlet görevleri'ni de kapsayacak şekilde geniş olarak tanımlayan BM Yargısal Muafiyetler Sözleşmesi'nin 2(1)b maddesi.

<sup>218</sup> 462 US 611 (1983); 80 ILR, s. 566.

<sup>219</sup> Ayrıca bkz., *Foremost-McKesson Inc. v. Islamic Republic of Iran* 905 F.2d 438 (1990).

da içerecektir. Ayrıca bir yabancı devletin münferit çalışanları veya memurları da devletin kendisini kuşatan korumanın aynısına sahiptir. Böylece Mahkeme davanın sanıkları olan Avustralya Federal Polis başkomiseri ve komiserinin devlet muafiyeti kapsamında olduğu sonucuna varmıştır.<sup>220</sup> Bir yabancı devlet ajanının egemen veya hükümetnel nitelikte eylemleri bakımından muafiyete sahip olabileceği görüşü *Re P (No.2)* davasında tekrar teyid edilmiştir. Mahkeme bir diplomatın İngiltere’de bulunan ailesinin görevin sonunda ülkeden çıkarılarak Amerika’ya geri gönderilmelerinin diplomatın kendi hükümetinin doğrudan bir emri uyarınca olduğunu kabul etmiş ve bunun hükümetnel tabiatlı bir eylem teşkil ettiğine ve bu yüzden devlet muafiyetine tabi olduğunu hükmetmiştir.<sup>221</sup> *Jones v. Saudi Arabia* davasında Lordlar Kamarası, bu esasa aykırı olan Temyiz Mahkemesi kararını bozarak, ‘yabancı devletin kendi memurları için kendisi dava edilmiş olsaydı yapabileceği gibi muafiyet talep etmeye hakkı olduğunu ... gösteren bir çok gerekçe’ bulunduğuna karar vermiştir. Bir yabancı devletin muafiyet hakkı onun memur veya ajanlarını dava etmek suretiyle savuşturulamaz.<sup>222</sup> Muafiyet bir yabancı devletin dolaylı olarak dava edilmesi halinde aynen mevcut olacaktır. Bu tür bir dava edilme durumu yabancı devletin ya kendisini savunmaya ve muafiyetten vazgeçmeye mecbur kalacağı bir pozisyon benimsemesini veya kendisine karşı bir hükmün verilip bu hükümle bağlı olmasını gerektiren bir talep halinde ortaya çıkacaktır.<sup>223</sup> Veyahut da basit bir şekilde devletin ‘yargılamada taraf olarak gösterilmesi’ ve ‘kendi mülkiyetinde, zilyetliğinde ya da kontrolünde olan bir mülke ilişkin bir dava açılması’ durumunda devleti dolaylı olarak davalı olmaya razı olduğunda muafiyetten vazgeçmiş olur.<sup>224</sup>

Geçmişte tartışmalara neden olmuş bir özel durum federal devletlerin bileşen birimlerinin statüsüyle ilgilidir.<sup>225</sup> Bu tür durumlarda muafiyeti ortaya koyan<sup>226</sup> veya muafiyeti inkar eden<sup>227</sup> kararlar ortaya çıkmıştır. *Mellenger v. New Brunswick Development Corporation* davasında<sup>228</sup> Lord Denning’in vurguladığı üzere Kanada Anayasası’na göre

“Her bir eyalet hükümeti, kendi alanı içinde, Kraliyet altında doğrudan bağımsızlık ve otonomilerini muhafaza ettiklerinden...New Brunswick Eyaleti kendi içinde egemen bir devlettir ve istemesi halinde egemen muafiyet talebine hakkı vardır.”

Ancak 1972 Devlet Muafiyetine Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 28. maddesi bir federal devletin bileşen devletlerinin muafiyete sahip olmadığını öngörmektedir, bununla birlikte bu genel prensip federal devletin bildirim yoluyla kendi bileşen devletlerinin Sözleşme haklarını ileri sürme ve yükümlülüklerini yerine getirebilmelerini deklare edebilecekleri hükmüne tabidir.<sup>229</sup>

Devlet Muafiyeti Kanunu da bu örneği izlemekte olup buna göre bir federasyonun bileşen birimleri muafiyete sahip değildir. Ancak Bölüm 14(5) bu Kanun’un ‘Kraliyet Konseyi’nin

<sup>220</sup> 111 ILR, ss. 611, 667–71.

<sup>221</sup> [1998] 1 FLR 1027, 1034–5; 114 ILR, s. 485. Ayrıca bkz., J. C. Barker, ‘State Immunity, Diplomatic Immunity and Act of State: A Triple Protection Against Legal Action?’, 47 ICLQ, 1998, s. 950.

<sup>222</sup> [2006] UKHL 26, paragraf 10 (Lord Bingham); 129 ILR, s. 717. Bu hüküm devlet görevlileri veya yetkilileri, memurları veya temsilcileri gibi kişilere yapılmış eylemlere uygulanır, a.g.e. Ayrıca bkz., Douglas, ‘State Immunity for the Acts of State Officials’.

<sup>223</sup> Bkz., *Belhaj v. Straw* [2013] EWHC 4111 (QB).

<sup>224</sup> A.g.e., para. 35. Ayrıca bkz. *Al Attiya v Al Thani* [2016] EWHC 212 (QB), para. 12 vd.

<sup>225</sup> Örneğin bkz., I. Bernier, *International Legal Aspects of Federalism*, London, 1973, ss. 121 vd. ve Sucharitkul, *State Immunities*, s. 106.

<sup>226</sup> Örneğin bkz., *Feldman c. Etat de Bahia, Pasicrisie Belge*, 208, II, 55; *Etat de Ceara c. Dorr et autres* 4 AD, s. 39; *Etat de Ceara c. D’Archer de Montgascon*, 6 AD, s. 162 ve *Dumont c. Etat d’Amazonas* 15 AD, s. 140. Ayrıca bkz., ‘*Etat de Hesse c. Jean Neger* 74 Revue Generale de Droit International Public, 1970, s. 1108.

<sup>227</sup> Örneğin bkz., *Sullivan v. State of Sao Paulo* 122 F.2d 355 (1941); 10 AD, s. 178

<sup>228</sup> [1971] 2 All ER 593, 595; 52 ILR, ss. 322, 324. Ayrıca bkz., *Swiss-Israel Trade Bank v. Salta* 55 ILR, s. 411.

<sup>229</sup> Örneğin bkz., I. Sinclair, ‘The European Convention on State Immunity’, 22 ICLQ, 1973, ss. 254, 279–80.

özel Kararı ile bir federal devletin bileşen ülkelerinde' uygulanabilir hale gelebileceğini öngörmektedir.<sup>230</sup> Böyle bir kararın verilmemesi halinde bu tür bir 'bileşen ülke' yalnızca Bölüm 14(2)'ye uygun olarak egemen yetkinin kullanımı çerçevesinde ve devletin muaf olacağı şartlarda eylemde bulunan ayrı bir varlık olarak muafiyete sahip olabilecektir.<sup>231</sup> Bu mesele Kanun belli durumlara uygulandıkça karara bağlanacak bir husus olup, Bölüm 16(4)'de bu Kanun'un I. Kısmı'nın ceza davalarına uygulanmayacağı ifade edilmektedir. *Alamieyeseigha v. CPS* davasında Mahkeme Nijerya Federasyonu'nun bir bileşen birimi olan Bayelsa devletinin ve onun Valisinin ceza davası bakımından, *Mellenger* temelinde ileri sürülmüş bir talep olan, devlet muafiyetine sahip olduklarını kabul etmemiştir.<sup>232</sup> Kararda anahtar önemdeki husus Bayelsa devletinin kendi adına dış ilişkileri yürütmek üzere hiçbir hukuki yetkisinin olmaması ve dış ilişkilerin Nijerya Anayasası uyarınca münhasıran federal hükümete bırakılmış olmasıdır. Daha başka ve belirleyici bir delil olarak Mahkeme, İngiliz Dışişleri Bakanlığı'nın Bayelsa'nın Nijerya Federal Cumhuriyeti'nin bir bileşen ülkesi olduğuna yönelik sertifikasına dayanmıştır.<sup>233</sup> *Pearl Petroleum Co. Ltd. v. The Kurdistan Regional Government of Iraq*<sup>234</sup> davasında, Yüksek Mahkeme davalının Kanun uyarınca bir "ayrı birim" olarak kabul edilmesi talebi karşısında, davanın şartları gereğince ve Irak Anayasası ışığında, Kanun'un 9. bölümü uyarınca yetkiyi kabul etmek (tahkim anlaşması yapmak) suretiyle muafiyet kaybedilmiş olmasına rağmen, davalının 'egemenlik yetkileri kullanması' hususunda anlaşmaya varıldığı sonucuna varmıştır.

BM Yargı Muafiyetleri Sözleşmesi Madde 2(1)b'nin devlet tanımı içinde 'bir federal devletin bileşen birimleri'ni içerdiği not edilmelidir.<sup>235</sup> Avrupa Topluluğu'nun statüsü meselesi de bu bağlamda *ITC* davası sırasında ileri sürülmüştür, zira ITC'nin kurulmasını sağlayan altıncı 1982 Uluslararası Teneke Antlaşması'na, AET de devletlerle beraber taraf olmuştur. *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry* davasında<sup>236</sup> Temyiz Mahkemesi AET'nin egemen muafiyet iddiasını savunulmaz bulmuştur. AET'nin bir devlet olmadığı ve bu yüzden 1978 Devlet Muafiyeti Kanunu'na dayanamayacağı kabul edilmiş, fakat Topluluğun teamül hukuku kuralları uyarınca egemen muafiyete benzer bir muafiyete sahip olduğu iddia edilmiştir. Ancak bu yaklaşım Hakim Kerr LJ tarafından 'tamamıyla bir yanlış anlama' sayılmıştır.<sup>237</sup> Her ne kadar AET uluslararası hukukta kişiliğe sahip ve egemen devletlerinkine benzer yetki ve fonksiyonlar icra edebilse de bu kendiliğinden muafiyete götürmemektedir. Bunun nedeni egemen muafiyetin 'mahkemeler tarafından yetkinin normal kullanımına bir istisna teşkil edip yalnızca belli durumlarda tanınması gerektiği'<sup>238</sup> iken, kavramın kendisi de devletlerin eşitliğine dayanmaktadır. 1957 AET Antlaşması ve 1965 Birleşme Antlaşması kendi içlerinde genel muafiyet için hiçbir iddiada bulunmamaktadır ve böyle bir iddianın temellendirilebileceği başka bir esas da mevcut değildir.<sup>239</sup>

<sup>230</sup> Avusturya'nın bileşen toprakları bakımından bir Konsey Kararı alınmıştır, SI 1979 no. 457, ve Almanya, SI 1993 no. 2809. Kanun ayrıca bağlı topraklara da teşmil edilebilir: Örneğin bkz., State Immunity (Overseas Territories) Order 1979, SI 1979 no. 458 ve State Immunity (Jersey) Order 1985, SI 1985 no. 1642.

<sup>231</sup> Örneğin bkz., *BCCI v. Price Waterhouse* [1997] 4 All ER 108; 111 ILR, s. 604.

<sup>232</sup> [2005] EWHC 2704.

<sup>233</sup> *A.g.e.*, paragraf 38 vd.

<sup>234</sup> [2015] EWHC 3361 (Comm), para. 36 vd.

<sup>235</sup> Ayrıca bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu, 1991, s. 13. Uluslararası Hukuk Derneği tarafından 1994 yılında kabul edilen Devlet Muafiyetine Dair Gözden Geçirilmiş Taslak Maddeler'in I. Maddesinde "yabancı devlet" terimi devletin hükümetini, diğer devlet organları ve temsilcilerini ve devletten ayrı hukuki kişiliğe sahip olmayan diğer devlet yetkili kurumlarını kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır. Federal devlet birimlerine özel bir atıf yapılmamaktadır.

<sup>236</sup> [1988] 3 WLR 1033; 80 ILR, s. 49.

<sup>237</sup> [1988] 3 WLR 1107; 80 ILR, s. 122.

<sup>238</sup> *Victory Transport v. Comisaria General de Abastecimientos y Transportes* 336 F.2d 354 (1964), bu kararı tasvip eden Hakim Ackner LJ'in kararı için bkz., *Empresa Exportadora de Azucar v. Industria Azucarera Nacional* [1983] 2 LL. R 171, 193 ve Lord Edmund-Davies, *I Congreso del Partido* [1983] 1 AC 244, 276.

<sup>239</sup> [1988] 3 WLR 1033, 1108–12; 80 ILR, ss. 49, 123. Bu hususta Hakim Nourse ve Ralph Gibson LLJ, Hakim Kerr LJ ile tamamen aynı kanattedir, *a.g.e.*, ss. 1131 ve 1158; 80 ILR, ss. 150, 180.

### Kişilik Meselesi - Üst Düzey Devlet Görevlilerinin Muafiyeti<sup>240</sup>

Kişi bakımından muafiyet sorusu özellikle ve en güçlü şekilde devlet başkanları durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu tür muafiyet meseleleri ya uluslararası mahkemeler ya da iç hukuk düzenleri bakımından söz konusu olabilmektedir. İlkinin ele alırsak, görevdeki devlet başkanları ve diğer hükümet görevlileri, elbette bu tür mahkemelerin kurucu belgelerinin hükümlerine bağlı olarak, uluslararası mahkemelerin yargı yetkisine tabi hale getirilebilir. Örnek olarak 1919 Versay Antlaşması (madde 227); 1945 Nüremberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Şartı (madde 7); Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri Statüleri (sırasıyla madde 7 ve 6); 1998 Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (madde 27) ve 2002 Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü'nün (madde 6(2)) hükümlerinin hepsinde, devlet başkanlığı dahil, herhangi bir resmi statüye bakılmaksızın bireysel cezai sorumluluğun mevcut olduğu açıkça ifade edilmektedir. Bu durum Sierra Leone Özel Mahkemesi'nin Charles Taylor tarafından yapılmış muafiyet talebine dair kararında tekrar teyid edilmiştir.<sup>241</sup>

Ulusal mahkemelerin önündeki muafiyet durumu daha karmaşıktır.<sup>242</sup> İlk olarak, ulusal mahkemeler önünde devlet başkanı statüsüne karar verme sorusu öncelikle ilgili bireyin ulusal düzeninin bir meselesidir. Örnek olarak *Republic of the Phillippines v. Marcos (No. 1)* davasında<sup>243</sup> ABD Temyiz Mahkemesi İkinci Dairesi, görevden alınmış Filipinler lideri ve karısı Markos'ların egemen muafiyet talebi hakları olmadığına hükmetmiştir. Diğer bir kararda Temyiz Mahkemesi Dördüncü Dairesi, *In re Grand Jury Proceedings, Doe No. 770* davasında,<sup>244</sup> devlet başkanının muafiyetinin bireysel bir hak değil öncelikle devlet egemenliğinin bir özelliği olduğuna ve dolayısıyla Filipinler hükümeti tarafından Markos'ların muafiyetinin kaldırılması kararına tam etki tanınması gerektiğine hükmedilmiştir.<sup>245</sup> İlgili bir başka husus davanın açıldığı devletin hükümetinin takınacağı tavır olabilecektir. *US v. Noriega* davasında<sup>246</sup> Bölge Mahkemesi devlet başkanının muafiyetinin uluslararası örf ve adet hukukuna dayandığına, fakat bu muafiyetin ileri sürülebilmesi için bir devlet görevlisinin

<sup>240</sup> Örneğin bkz., J. Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford, 2014; Fox ve Webb, *State Immunity*, Bölüm 18; J. Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford, 2014; Douglas, 'State Immunity for the Acts of State Officials'; A. Sanger, 'Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of a Foreign State', 62 ICLQ, 2013, s. 193; R. Pedereti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, The Hague, 2015; S.D. Murphy, 'Immunity Ratione Personae of Foreign Government Officials and Other Topics' The Sixty-Fifth Session of the International Law Commission', 108 AJIL, 2014, s. 41; D. Akande ve S. Shah, 'Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts', 21 EJIL, 2011, s. 815; A. Orakhelashvili, 'Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts', 22 EJIL, 2011, s. 849; Y. Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, Aldershot, 2004, ve A. Borghi, *L'Immunité des Dirigeants Politiques en Droit International*, Geneva, 2003. Ayrıca bkz., *Institut de Droit International* tarafından 2009 tarihli Napoli toplantısında kabul edilen muafiyet kararı. Bu kararda uluslararası hukuka göre uluslararası suçlar bakımından kişisel muafiyetin dışında hiç bir yargısal muafiyet uygulanamaz ve bu tür kişilerin görevleri veya pozisyonları sona erdikten sonra, söz konusu kişisel muafiyet de sona erer denmektedir, [www.idi-iil.org/idiE/navig\\_chon2009.html](http://www.idi-iil.org/idiE/navig_chon2009.html)

<sup>241</sup> Case No. SCSL-2003-01-I, Decision on Immunity from Jurisdiction, 31 Mayıs 2004, 128 ILR, s. 239. Ancak bu yaklaşım büyük olasılıkla Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Sudan ve Kenya devlet başkanları için soruşturma ve yasal takibat başlatması nedeniyle özellikle Afrika'da tartışmalı hale gelmiştir. Afrika Birliği Genel Kurulu aldığı bir kararla ICC Statüsü'nün uluslararası hukuk tarafından devlet görevlilerine tanınmış bir muafiyeti kaldıramayacağını ve evrensel yetkinin muafiyetleri dikkate alması gerektiğini açıklamıştır. Örneğin bkz., Assembly/AU/Dec.243(XIII) Rev.1; Assembly/AU/Dec.292(XV); Assembly/AU/ /Dec.335(XVI); Assembly/AU/Dec. 397 (XVIII), 2012. Ayrıca bkz., [www.bbc.co.uk/news/world-africa-24506006](http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-24506006) ve Assembly/AU/Dec.547 (XXIV). Ayrıca bkz. Progress Report of the Commission on the Implementation of the Decisions of the Assembly of the African Union on the International Criminal Court, EX.CL/952(XXVIII), 2016.

<sup>242</sup> Örneğin bkz., Libya Başkanı Kaddafi'nin Fransa'daki ceza ve hukuk davalarının muafiyetine ilişkin *Association SOS Attentats v. France* davası hakkında, İngiliz hükümeti tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne sunulan görüşler, UKMIL, 77 BYIL, 2006, ss. 735 vd. Ayrıca bkz., *Samantar v. Yousef*.

<sup>243</sup> 806 F.2d 344 (1986); 81 ILR, s. 581. Ayrıca bkz., *Re Honecker* 80 ILR, s. 365.

<sup>244</sup> 817 F.2d 1108 (1987); 81 ILR, s. 599.

<sup>245</sup> Ayrıca bkz., *Doe v. United States of America* 860 F.2d 40 (1988); 121 ILR, s. 567.

<sup>246</sup> 746 F.Supp. 1506, 1519 (1990); 99 ILR, ss. 143, 161.

devlet başkanı olarak tanınması gerektiğine ve General Noriega bakımından bunun gerçekleşmemiş olduğuna dikkat çekmiştir.<sup>247</sup> Bu hüküm Temyiz Mahkemesi Onbirinci Dairesi tarafından yabancı egemenler ve bunların temsilcileri üzerinde yetkiye ilişkin meselelerde yargının, hükümetin kararına uyacağına ve Noriega vakasında hükümetin görüşünün bu kişiye devlet başkanı statüsü tanınmaması yönünde olduğuna dikkat çekilmiştir. Buna ek olarak bu kişi hiçbir zaman Panama'nın anayasal başkanı olarak görev ifa etmemiş ve bu devlet bu kişi için muafiyet talep etmemiştir; dahası suçlamalar bu kişinin kendisinin kişisel zenginleşmesi ile ilgilidir.<sup>248</sup> *First American Corporation v. Al-Nahyan* davasında ise Bölge Mahkemesi, Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu'nun Amerikan hükümeti tarafından bir devlet başkanı hakkında muafiyet ileri süren bir Muafiyet Önerisi belgesi verme hakkını etkilemediğine ve bunun mahkemeler için bağlayıcı olabileceğine dikkat çekmiştir.<sup>249</sup> *Samantar v. Yousef* davasında<sup>250</sup> ABD Yüksek Mahkemesi, Amerikan Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu'nun yabancı hükümet görevlisi kişilere karşı ileri sürülmüş iddiaları kapsamadığı gerekçesiyle, Somali eski başbakanı ve savunma bakanının görevi sırasında onayladığı iddia olunan korkunç (tecavüz, işkence ve yargısız infazları içeren) eylemler için açılan hukuk davaları bakımından muafiyet iddiasına hak kazanmadıklarına hükmetmiştir. Bu tür kişiler 'daire veya temsilcilikler'den sayılamayacaktır. Bununla beraber bu durum, örnek olarak, uluslararası örf ve adet hukukunu iç hukuka aktaran bir teamül hukuku gereği, özellikle Dışişleri Bakanlığı'nın muafiyet önerisi ile desteklenmesi halinde, bir Amerikan mahkemesini böyle bir muafiyet tespiti yapmaktan alıkoymayacaktır. İlgili bir başka faktör de şikayet olunan faaliyetlerin tam anlamıyla olağan hükümet fonksiyonları içinde olduklarının iddia edilip edilemeyeceğidir.

Birleşik Krallık'ta Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 14 (1), devlet kavramının egemeni veya kamu görevi sebebiyle başka devlet başkanını içerdiğini belirtmektedir. Bölüm 20 (1) ise, açıklıktan biraz mahrum olarak, bu kişinin muafiyetinin niteliği ve ölçüsünün 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne eklenmiş bulunan, 1964 tarihli Diplomatik İmtiyazlar Kanunu uyarınca diplomatik misyon şeflerine uygulanan muafiyete benzediğini belirtmektedir. Bu kanuna göre, muafiyet hakkı bulunan kişilerin (misyon şefi dahil) muafiyeti, normal olarak ülkeyi terk ettiklerinde, görevlerinin ifası dolayısıyla terk hariç olmak üzere, sona ermektedir.<sup>251</sup> *Prince Abdul Aziz v Harb*<sup>252</sup> davasında Temyiz Mahkemesi eski devlet başkanının şahsi faaliyetler bakımından muafiyeti olmadığını teyid etmiş ve bu kuralın hem hayatta iken devlet başkanlığının sona ermesi halinde ve hem de ölüm üzerine bu makamı boşaltması durumunda uygulanacağına hükmetmiştir.

İkinci olarak, uluslararası hukuk geleneksel olarak devlet başkanlarının resmi ve özel eylemleri arasında bir ayırım yapmaktadır.<sup>253</sup> Hukuk davaları açısından, şayet mesele kamusal yetkinin kullanılması veya görünüşte kullanılması sırasında üstlenilmiş eylemlerden farklı olarak tamamen özel eylemlerle ilişkili ise, bir devlet başkanı yargı yetkisine tabi olabilir denilmektedir.<sup>254</sup>

<sup>247</sup> Ayrıca bkz., Watts, 'Legal Position', ss. 52 vd. Ayrıca bkz., H. Fox, 'The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government', 51 ICLQ, 2002, s. 119.

<sup>248</sup> 117 F.3d 1206 (1997); 121 ILR, s. 591. Ayrıca bkz., *Flatow v. Islamic Republic of Iran* 999 F.Supp. 1 (1998); 121 ILR, s. 618.

<sup>249</sup> 948 F.Supp. 1107 (1996); 121 ILR, s. 577.

<sup>250</sup> 130 S.Ct. 2278 (2010). Ayrıca bkz., Z. Douglas, 'State Immunity for the Acts of State Officials', 82 BYIL, 2011, s. 281.

<sup>251</sup> Article 39(2).

<sup>252</sup> [2015] EWCA Civ 481, para. 39.

<sup>253</sup> Örneğin bkz., Yargısal Muafiyetlere Dair Taslak Maddeler ve Şerhi, ILC Report, 1991, A/46/10, ss. 12, 15, 18 ve 22.

<sup>254</sup> Örneğin bkz., *Republic of the Philippines v. Marcos (No. 1)*, 806 F.2d 344 (1986); 81 ILR, s. 581; *Jimenez v. Aristeguieta* 33 ILR, s. 353; *Lafontant v. Aristide* 103 ILR, ss. 581, 585 ve *Mobutu and Republic of Zaire v. Soci ete Logrine* 113 ILR, s. 481. Ayrıca bkz., Watts, 'Legal Position', ss. 54 vd.

Üçüncü olarak, görevdeki bir devlet başkanı bir yabancı ulusal mahkemenin yetkisinden tamamen muaf olacaktır (kişi bakımından yetki muafiyeti).<sup>255</sup> Bu husus *Ex parte Pinochet* (No. 3) davasında tekrar teyid edilmiştir. Örnek olarak Lord Browne-Wilkinson 'Görevdeki bir devlet başkanı ve vazifedeki bir büyükelçi tarafından yararlanan bu muafiyet devlet başkanı veya büyükelçi olan kişiye bağlı tam bir muafiyet olup bu kişiyi bütün davalar veya kovuşturmalardan, bunlar devletin menfaati için yapılmış konularla ilgili olsun ya da olmasın, muaf hale getirir' demiştir.<sup>256</sup> Lord Hope ise 'görevdeki devlet başkanının kişisel olarak sahip olduğu muafiyetin *jus cogens* karakterine' dikkat çekmiştir.<sup>257</sup> Görevdeki devlet başkanının muafiyetini kabul eden bu yaklaşım *Ghaddafi* davasında Fransız Yargıtayı tarafından da tasdik edilmiştir.<sup>258</sup> *Tachiona v. USA* davasında Temyiz Mahkemesi İkinci Dairesi, her ne kadar Zimbabwe Başkanı Mugabe'nin muafiyeti meselesini diplomatik muafiyet temelinde çözmüşse de, Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu'nun, daha önceki davalarda da kabul edildiği üzere,<sup>259</sup> devlet başkanının muafiyetine dair teamül hukukunu değiştirmeyi amaçladığından açıkça emin olamadığını ifade etmiştir.<sup>260</sup>

Dördüncüsü eski devlet başkanının muafiyeti konusu değişiklik göstermekte olup (kişisel olarak) muafiyet statüsünden (konu bakımından) fonksiyonel muafiyete doğru yöneldiği görülmektedir, şöyle ki burada muafiyet yalnızca görev sırasında yapılmış resmi eylemler için mevcut olacaktır. Resmi eylemlerin tanımı bir nebze belirsiz olsa da bunun uluslararası hukuku açıkça ihlal ederek yapılmış eylemleri hariç tuttuğu ileri sürülmektedir. En azından *Ex Parte Pinochet* (No. 3) davasındaki hükümden söz konusu suçun uluslararası hukuka göre antlaşma ile saptanmış bir suç olarak mevcut olmasının, evrensel veya sınır ötesi uygulama mekanizması ihtimali ile birlikte, ilgili antlaşmaya taraf olan devletler bakımından kişisel açıdan muafiyet itirazını dışlayacağı sonucu çıkartılabilir.<sup>261</sup> Bu hassas bir yorum olup bu alandaki hukuk muhtemelen daha fazla gelişmeye açıktır.

<sup>255</sup> Örneğin bkz., Watts, 'Legal Position', s. 54. Ayrıca bkz., *Djibouti v. France*, ICJ Reports, 2008, ss. 177, 236 vd. UHK Tasarı Komitesi'nin 2013 yılında geçici olarak kabul ettiği Devlet Görevlilerinin Yabancı Ceza Yetkisinden Muafiyetine Dair Taslak Maddeler'in 3. ve 4. maddelerinde devlet başkanları, hükümet başkanları ve dış işleri bakanlarının yabancı cezai yetkiden *ratione personae* muaf oldukları ve bu tür bir muafiyetin yalnızca görevde kaldıkları sırada geçerli olacağı ve göreve başladıkları ve görevde oldukları zamanda özel veya resmi sıfatla yaptıkları bütün eylemleri kapsayacağı ifade edilmektedir, A/CN.4/L.814. Ayrıca bkz. *Al Saud v Apex Global Management* [2013] EWCA Civ 642, para. 15 atfen *Aziz v Aziz* (*Brunei Sultanı müdahil olmuştur*) [2007] EWCA Civ 712, para. 56. Bu karar şu kararı takip etmekte ve onu uygulamaktadır: *Mighell v Sultan of Johore* [1894] 1 QB 149,159. Bu muafiyetin hane halkını içerecek şekilde genişletilmesi 'tamamen devlet başkanının görevlerini mükellef bir şekilde ifa edebilmesinin korunması içindir'. *Al Saud v Apex Global Management* [2013] EWCA Civ 642, para. 18 vd.

<sup>256</sup> [2000] 1 AC 147, 201-2; 119 ILR, s. 135.

<sup>257</sup> [2000] 1 AC 244. Ayrıca bkz., Lord Goff, 210; Lord Saville, 265 ve Lord Millett, 269, *Harb v. King Fahd Abdul Aziz* [2005] EWCA Civ 632 ve *Mariam Aziz v. Aziz* ve *the Sultan of Brunei* [2007] EWCA Civ 712. Ayrıca bkz., Belçika Yargıtayı'nın İsrail Başbakanı Şaron'un muafiyetini tasdik eden 12 Şubat 2003 tarihli kararı, *HSA et al. v. SA et al.*, No. P. 02.1139. F/1.

<sup>258</sup> *Arr'et no. 1414*, 14 Mart 2001, Cass. Crim. 1. Örneğin bkz., S. Zappal'a, 'Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation', 12 EJIL, 2001, s. 595. Ayrıca bkz., *Tatchell v. Mugabe*, Bow Street Magistrates' Mahkemesi'nin Zimbabwe Devlet Başkanı Mugabe'nin mutlak muafiyetini onayan yayınlanmamış kararı, 14 Ocak 2004.

<sup>259</sup> Bkz., *Wei Ye v. Jiang Zemin* 383 F.3d 620 (2004), Dış İşleri Bakanlığı'nun muafiyete ilişkin önerisi yeterli sayılmıştır.

<sup>260</sup> 386 F.3d 205 (2004).

<sup>261</sup> 1 [2000] 1 AC 147, 204-5 (Lord Browne-Wilkinson); 246 (Lord Hope); 262 (Lord Hutton); 266-7 (Lord Saville); 277 (Lord Millett); 290 (Lord Phillips); 119 ILR, s. 135. 1961 Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi'ni iç hukuka aktaran 1964 Diplomatik İmtiyazlar Kanunu'na gönderme yapan Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 20 uyarınca bir devlet başkanının muafiyeti bir diplomatik misyon başkanınunkilere benzetilmiştir. Viyana Sözleşmesi'nin 39(2) maddesinde bir diplomatın görevlerinin sona ermesinden sonra, muafiyetin yalnızca 'görevlerinin ifası sırasında' yapılmış eylemler bakımından mevcut olacağı öngörülmektedir.

Kişi bakımından muafiyetlerin diğer devlet görevlilerine uygulanıp uygulanmayacağı sorusu tartışmalıdır.<sup>262</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu, örnek olarak, Yargı Yetkisinden Muafiyetlere Dair Taslak Maddeler'e (BM Yargı Yetkisinden Muafiyetler Sözleşmesi'ne öncülük etmiştir) ilişkin yorumunda şahıs egemenin kişisel açıdan muafiyeti bakımından özel durumu ile diplomatlar ve yalnızca konu açısından muafiyeti olabilecek diğer hükümet temsilcileri arasında bir ayırım yapmıştır.<sup>263</sup> Ancak Uluslararası Adalet Divanı, *Congo v. Belgium* davası kararında, 'devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı gibi bazı üst düzey memuriyet mensuplarının diğer devletlerde, hem hukuk hem ceza açısından, yargı yetkisinden muafiyete sahip olduklarının ... uluslararası hukukta iyice yerleşmiş' olduğunu ifade etmiştir.<sup>264</sup> Divan görevdeki Dışişleri Bakanlarının kişi bakımından muafiyetten yararlanabileceği görüşünü bu tür muafiyetlerin kendi devletleri adına görevlerini etkin biçimde icrasını sağlamak için gerekli olduğu esasına dayandırarak benimsemiştir.<sup>265</sup> Bu muafiyetlerin kapsamı icra edilen görevlere bağlı olacaktır, fakat söz konusu eylemlerin resmi veya kendi hesabına yapılmış olmasına bakılmaksızın,<sup>266</sup> 'bu kişi memuriyet süresi boyunca yurt dışında cezai yetkiden tam olarak muafiyete ve dokunulmazlığa sahip' olacaktır.<sup>267</sup> Yabancı mahkemelerin yetkisinden tam muafiyet savaş suçları veya insanlığa karşı suçlar bakımından da uygulanacaktır.<sup>268</sup> Uluslararası örf ve adet hukukundan çıkan bu muafiyetler, taraf devletlerden cezai yetkilerini söz konusu suçları kapsamak üzere genişletmelerini isteyen uluslararası antlaşmalar uyarınca yetki kullanan ulusal mahkemelere karşı da ileri sürülebilecektir.<sup>269</sup> Son olarak Divan diğer ülkelerin mahkemelerinin, bir kişinin Dışişleri Bakanlığı görevinin sona ermesinden sonra memuriyetten önce veya sonra işlenmiş eylemler bakımından ve ayrıca 'memuriyet süresince kendi hesabına yapılmış eylemler bakımından' yargılama yapabileceğine dikkat çekerek kararını neticelendirmiştir.<sup>270</sup> Ancak bu hüküm uluslararası hukuku ihlal eden (örneğin işkence gibi) eylemler açısından, bunların özel eylem kategorisine girdiği varsayılmadıkça, yargılama yapılması sorusunu cevapsız bırakıyor gözükmektedir.

Ayrıca Divan tarafından kullanılmış olan "bir devletteki üst düzey memuriyet mensupları" teriminin kapsamının ne kadar genişleyeceği ve nasıl uygulanacağı da belirsiz ve muğlaktır.<sup>271</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu devlet görevlilerinin cezai yetkiden muafiyeti konusunu

<sup>262</sup> İngiliz hukuku açısından Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 20(1) hükümleri uygulanmayacağından diplomatik görevlilere yapılan benzetme geçersizdir: bkz., önceki dipnot. Ancak bkz., Bölüm 20 (1), 1964 Diplomatik İmtiyazlar Kanunu'nun uygulamasını genişleterek, devlet başkanının aile üyelerine ve özel hizmetçilerine de benzer muafiyetler tanımaktadır, bkz., *Al Saud v. Apex Global Management* [2013] EWCA Civ 642.

<sup>263</sup> Bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu, 1991, ss. 24-7. Ayrıca bkz., benzer bir pozisyon takınan Watts, 'Legal Position', ss. 53 ve 102. Lord Millett, *Ex parte Pinochet (No. 3)* davasında, *ratione personae* muafiyetin 'yalnızca sınırlı şekilde mevcut olduğu' görüşünü benimsemiştir. Bu muafiyet görevdeki devlet başkanları ve diplomatik misyon başkanları ile aileleri ve hizmetçileri ile sınırlı olup, hükümet başkanı iken aynı zamanda devlet başkanı da olmayanlar için geçerli değildir, [2000] 1 AC 147 at 268; 119 ILR, s. 135.

<sup>264</sup> ICJ Reports, 2002, ss. 3, 20; 128 ILR, s. 76. Ayrıca bkz., A. Cassese, 'When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes?', 13 EJIL, 2002, s. 853. Ayrıca bkz., *Djibouti v. France*, ICJ Reports, 2008, ss. 177, 240 vd.

<sup>265</sup> ICJ Reports, 2002, ss. 3, 21-2.

<sup>266</sup> A.g.e., s. 22.

<sup>267</sup> A.g.e.

<sup>268</sup> A.g.e., s. 24.

<sup>269</sup> A.g.e., ss. 24-5. Ayrıca bkz., 9 Aralık 2002'de Kongo Cumhuriyeti Hükümeti tarafından Fransa'ya karşı açılan ve Fransa'nın kabul ettiği dava. Bu dava daha sonra Kongo tarafından geri çekilmiştir, ICJ Press Release 201/36, 17 Kasım 2010. 18 Nisan 2007'de Ruanda hükümeti de Fransa devleti yetkililerince 20 Kasım 2006'da üç Ruanda yetkilisi için çıkartılan uluslararası tutuklama emri ve Ruanda Başkanı Paul Kagame'nin Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (ICTR) önüne getirilmesi için Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne yollanan bir teklif hakkında Fransa'ya karşı bir dava başlatmıştır. Fransa henüz bu başvuruya rıza göstermemiş olup, mahkemenin yetkisi için başka bir temel de bulunmamaktadır.

<sup>270</sup> ICJ Reports, 2002, ss. 25-6. Ancak bkz., Hakim Al-Khasawneh'in Karşı Görüşü.

<sup>271</sup> Ayrıca bkz., Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz, Bow Street Magistrates Mahkemesi kararı, 12 Şubat 2004, bu kararda bir başka devletin görevdeki Savunma Bakanı'nun İngiliz mahkemeleri önüne muafiyetten faydalanacağına hükmedilmiştir, 128 ILR, s. 709.

2007 yılından beri çalışmaktadır ve Komisyon halihazırda beş maddeyi kabul etmiştir.<sup>272</sup> Taslak madde 3, devlet başkanlarının, hükümet başkanlarının ve dış işleri bakanlarının yabancı ceza yetkisinin uygulanmasında kişi bakımından muafiyete sahip olduklarını öngörmektedir. Taslak madde 4, bu kişilerin bu muafiyete sadece görevleri boyunca sahip olduklarını ve bu muafiyetin görev öncesinde veya görev esnasında hem şahsi hem de resmi mahiyette yerine getirilen edilen tüm faaliyetleri kapsadığını belirtmektedir.

Kişi bakımından yargı yetkisinden muafiyetin sona ermesi, uluslararası hukukun konu bakımından yargı yetkisine dair muafiyete ilişkin kurallarının uygulanmasına halel getirmeyecektir.<sup>273</sup> Taslak madde 5, görevlerini yerine getiren devlet görevlilerinin, cezai yargı yetkisinin uygulanmasında konu bakımından muafiyete sahip olduklarını ifade etmektedir. Taslak madde 2 (e) “devlet görevlisi” tabirinin “devleti temsil eden ya da devlet yetkisi kullanan tüm kişiler” anlamına geldiğini belirtmektedir.<sup>274</sup> Devlet muafiyeti ile, resmi faaliyetlere ilişkin olarak devlet görevlilerinin muafiyeti arasındaki ilişki bağlamında, yakın dönemdeki içtihat hukuku bu ikisinin birbirine yaklaştığını göstermektedir. *Jones v. Saudi Arabia*<sup>275</sup> davasında Lord Bingham ‘Devlet ancak memurları ve görevlileri aracılığıyla faaliyette bulunabilir; devletin resmi görevlilerinin faaliyetleri devletin faaliyetidir; ve bunlara ilişkin olarak devletin muaf tutulması devlet muafiyeti ilkesinin temelidir’ demiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şunu ifade etmiştir:<sup>276</sup> ‘Bir faaliyet devletin kendisi tarafından değil ancak onun namına hareket eden kişiler tarafından yerine getirilebileceğinden, devlet tarafından muafiyetin öne sürülmesi durumunda hareket noktası muafiyetin ... devlet görevlilerinin faaliyetlerine uygulanması olmalıdır. Başka türlü olsaydı, görevli kişilerin dava edilmeyle her zaman devlet muafiyetinden kaçınılabilirdi’. Mahkeme ayrıca şuna hükmetmiştir: ‘Uluslararası ve ulusal düzeydeki mahkeme hükümlerinin ağırlığı, prensip olarak devlet muafiyetinin, devletin kendisine sağladığı korumanın ayrısını devlet namına yerine getirdikleri faaliyetlere ilişkin olarak yabancı devletin çalışanlarına ve yetkililerine de sağladığı şeklindeki önermeyi destekler görünmektedir’. Bu önerme, devletin gerekli vasıtaları olarak kamu görevlilerinin, resmi görevleri dahilinde faaliyette bulduklarında, Devlet Muafiyeti Kanunu’nda kullanıldığı biçimde “devlet” kavramının içinde yer aldığına hükmeden Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından *Kazemi v. Iran*<sup>277</sup> davasında kabul edilmiştir.

### Muafiyetten Feragat

Bir devletin, yabancı mahkemelerin yargı yetkisi muafiyetinden feragat etmesi mümkündür. Ancak devletin yetkili temsilcisi tarafından yapılmış olması gereken<sup>278</sup> bu tür bir yargı yetkisi muafiyetinden açıkça feragat edilmesi kararı, kendiliğinden kararın infazından muafiyetten de feragat etme anlamına gelmemektedir.<sup>279</sup> Şayet bir devlet muafiyetten feragat

<sup>272</sup> Örnek olarak bkz. A/62/10, para. 376; A/CN.4/596 ve Corr. 1; A/65/10; A/CN.4/601; A/CN.4/646; A/CN.4/654; A/CN.4/661; A/CN.4/L.814; A/CN.4/686 ve A/CN.4/673.

<sup>273</sup> Bkz. A/68/10, para. 48.

<sup>274</sup> A/69/10, s. 230.

<sup>275</sup> [2007] 1 AC 270, 290. Ayrıca bkz. *Belhaj v Straw* [2014] EWCA Civ 1394, para. 36.

<sup>276</sup> *Jones v UK*, 14 Ocak 2014 tarihli karar, 202 ve 204. paragraflar.

<sup>277</sup> [2014] 3 SCR 176, 87 ve 90. paragraflar. Mahkeme *Samantar* davasını ayrı tutmuştur. ABD mevzuatının lafzına dayanarak, ABD Yüksek Mahkemesi Yabancı Egemen Muafiyeti Kanunu uyarınca “yabancı devlet” tanımı içerisine yetkililerin dahil edilemeyeceğine hükmetmiştir. *A.g.e.*, para. 92.

<sup>278</sup> Örneğin bkz., *R v. Madan* [1961] QB 1, 7. Her ne kadar bu dava 1961 Diplomatik İlişkilere Dair Viyana Sözleşmesi’ni iç hukuka aktaran 1964 Diplomatik İmtiyazlar Kanunu öncesi diplomatik muafiyetler üzerine olsa da Temyiz Mahkemesi, *Aziz v. Republic of Yemen* davasında [2005] EWCA Civ 745, paragraf 48, bu açıklamanın, 1978 Kanunu uyarınca devletin muafiyetinden vazgeçilmesi değerlendirmesini de içeren, genel bir uygulama olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca bkz., *Fox ve Webb, State Immunity*, Bölüm 11.

<sup>279</sup> Örneğin bkz., *BM Yargısal Muafiyetlere Dair BM Sözleşmesi*’nin 20. maddesi. Ancak meselenin feragat teriminin yorumu sorunu haline geleceğine dikkat edilmelidir. Bkz., *A Company v. Republic of X* [1990] 2 LL. R 520; 87 ILR, s. 412. Ancak yargılamadan muafiyetten feragat edilmesinin kendiliğinden mahkemeler tarafından tazmin emri verilmesi muafiyetinden de bir vazgeçme oluşturmayacağı prensibinin bir karine niteliğinde olup, aksine ispat yükünü özel tarafa yüklediği ve gereken ispat standardına etkiye bulunduğu iddia edilmektedir. Ayrıca bkz., *Sabah Shipyard v. Pakistan* [2002] EWCA Civ. 1643, paragraf 18 vd.



ederse bu durumda kendisini diğer herhangi bir kişi ile hukuken eşit koşullara koymuş olur. Muafiyetten feragat, diğer bir davalı açısından da yargı yetkisi vermeyecektir. Ancak devlet muafiyeti yargı yetkisinin önündeki tek engelse, bir muafiyetten feragat kararı yargı yetkisine tabi olma anlamını taşıyacaktır.<sup>280</sup> Zımni feragat durumunda bu açıdan bir miktar dikkat göstermek gerekmektedir. Devlet Muafiyeti Kanunu Bölüm 2, ya önceden yapılmış yazılı bir anlaşma ile<sup>281</sup> veya belli bir uyuşmazlık çıktıktan sonra yargı yetkisine tabi olmak suretiyle muafiyet kaybını öngörmektedir. Buna göre devlet bir dava açmış veya bir davaya müdahil olmuş ya da esasa ilişkin her hangi bir adım atmışsa yargı yetkisine tabi olmuş sayılacaktır.<sup>282</sup> BM Yargı Yetkisinden Muafiyetlere İlişkin Sözleşme'nin 8. maddesi de esas olarak aynı sonuca yöneliktir.<sup>283</sup>

Şayet devlet bir davaya dahil olursa aynı hukuki ilişki ya da iddia ile aynı olaylardan kaynaklanan bir karşı iddiaya da tabi olmuş sayılacaktır.<sup>284</sup> Bir anlaşmada hukuki sorunların İngiliz hukukuna tabi olacağı yönünde bir hüküm bulunması yabancı devletin mahkemeye tabi olacağı anlamına gelmemektedir. Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 9 uyarınca bir uyuşmazlığı tahkime sunmayı yazılı olarak kabul etmiş bir devlet, tahkim mahkemelerinin kararlarının infazına ilişkin davalarda muafiyete sahip olmayacaktır.<sup>285</sup> *Svenska Petroleum v. Lithuania* davasında Temyiz Mahkemesi, yargı yetkisi tanınmaksızın verilmiş bir tahkim kararına itiraz edilmemesinin kendiliğinden Litvanya tarafından uyuşmazlığı tahkime sunmaya yönelik yazılı bir antlaşma sayılamayacağına hükmetmiştir.<sup>286</sup> Ancak Mahkeme, Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 9'un hükümlerinin (özellikle hükmün infazına ilişkin Bölüm 13'ün hükümleri bağlamında incelendiğinde) yabancı bir tahkim kararının infazına ilişkin davaları hariç tutacak şekilde yorumlanması için hiçbir gerekçe bulunmadığına dikkat çekmiştir. Bu açıdan tahkimin rızaya dayalı bir usul olduğuna ve Bölüm 9'un altında yatan prensip gereği bir devlet tahkime tabi olmayı kabul etmişse, kendisini tahkimi etkin kılmak için gerekli olabilecek böyle bir usule de açık hale getirmiş sayılacağına vurgu yapılmıştır.<sup>287</sup> Mahkemenin yargı yetkisinin tanınması suretiyle muafiyetten feragat etmek geri alınmaz olmalıdır ve muafiyet, mahkemenin son yargılama kararı ve bunun temyizi

<sup>280</sup> *NML Capital v. Republic of Argentina* [2011] 2 AC 495, 518.

<sup>281</sup> *Kahan v. Pakistan Federation* davası kararını geçersiz kılmıştır, [1951] 2 KB 1003; 18 ILR, s. 210. Yetkiye bir sözleşmedeki bir hüküm vasıtasıyla tabi olma açıkça ve anlaşılır bir dille yapılmış olmalıdır. Sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukukunun seçilmesi böyle bir tabiyet anlamına gelmez: Bkz., *Mills v. USA* 120 ILR, s. 612.

<sup>282</sup> Ancak müdahale veya atılan adımın yalnızca muafiyet talebi amacıyla yapıldığı veya adım atan devletin, kendisine muafiyet tanıyan ilgili hususlar makulen kestirilemeyecek olduğundan, bunlardan habersiz olduğu ve muafiyetin mümkün olan en makul sürede talep edildiği haller hariç, s. 2(5). Ayrıca bkz., 1972 Devlet Muafiyetine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 1. maddesi.

<sup>283</sup> 8. madde şöyledir: '1. Bir devlet başka bir devletin mahkemesi önündeki bir davada şu hallerde yargı yetkisinden muafiyete başvuramaz: (a) davayı kendisi açmışsa; veya (b) davaya müdahil olmuş ya da esasa ilişkin başka bir adım atmışsa. Ancak şayet devlet mahkemeyi bir muafiyet talebinin dayandırılabilceği hususlardan böyle bir adım atana kadar haberdar olamayacağına ikna ederse, mümkün olan en erken zamanda yapması şartıyla bunlara dayanarak muafiyet talep edebilir. 2. Bir devlet bir başka devletin bir mahkemesi tarafından yetki kullanılmasına şu hallerde rıza göstermiş sayılmayacaktır, şayet bir davaya müdahil olması veya diğer bir adım atmasının tek amacı (a) muafiyet talep etmek; veya (b) davaya konu malda bir hak veya menfaat iddia etmekse. 3. Bir devletin temsilcisinin bir başka devletin mahkemesinin önünde şahitlik yapması önceki devlet tarafından mahkemenin yetki kullanılmasına rıza olarak yorumlanamayacaktır. 4. Bir devletin bir başka devletin mahkemesi önündeki bir davada duruşmaya gelmemesi önceki devlet tarafından mahkemenin yetki kullanılmasına rıza olarak yorumlanamayacaktır'.

<sup>284</sup> Ayrıca bkz., 1972 Devlet Muafiyetine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 1. maddesi ve Yargısal Muafiyetlere Dair BM Sözleşmesi'nin 9. maddesi.

<sup>285</sup> Ayrıca bkz., 1972 Devlet Muafiyetine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 12. maddesi ve Yargısal Muafiyetlere Dair BM Sözleşmesi'nin 17. maddesi. Ayrıca bkz. *Gold Reserve Inc v Venezuela* [2016] EWHC 153 (Comm).

<sup>286</sup> [2006] EWCA Civ 1529, paragraf 113. Ayrıca bkz., *Donegal v. Zambia* [2007] EWHC 197 (Comm), bir tahkimname antlaşması bakımından yargıya yazılı müracaat muafiyetten vazgeçme sayılmıştır.

<sup>287</sup> [2006] EWCA Civ 1529, paragraf 117 ve 123. Ayrıca bkz., *The Akademik Fyodorov* 131 ILR, s. 460 ve *NML Capital v. Republic of Argentina* [2011] 2 AC 495.

gibi, ilgili yargılama faaliyetlerinde mahkeme tarafından alınan usuli tedbirleri ve verilen geçici mahiyetteki kararları da kapsamaktadır.<sup>288</sup>

Feragat meselesi bir çok Amerikan davasında da anahtar faktör olmuştur. 1976 Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu, Bölüm 1605(a)(1) bir yabancı devlet açıkça veya zımnen muafiyetten feragat etmişse, feragatta bulunmanın şartları ile uygun olmadıkça feragati geri çekmeyi istemesine rağmen, muaf olamayacağını öngörmektedir.<sup>289</sup> Ancak Temyiz Mahkemesi zımnî feragat hükmünün bir *jus cogens* ihlali oluşturan davranışlar nedeniyle açılan davaları kapsamadığına hükmetmiştir.<sup>290</sup>

### İhtiyati Tedbir<sup>291</sup>

1976 Amerikan Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu Bölüm 1610(d) yabancı devlet yargı hükmü öncesi hacizden muafiyetinden açıkça vazgeçmiş ve haczin amacı yabancı devlete karşı verilmiş veya verilebilecek bir hükmün karşılanmasını sağlamak olmadıkça bir yabancı devletin mallarına hüküm öncesi haciz konmasını yasaklamaktadır. ABD’de bu konuda antlaşmalar içindeki genel vazgeçme hükümlerinin, davalının varlıklarını mahkemenin yetkisinden kaçırmamasını önlemek üzere, ihtiyati hacize izin verecek şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağına ilişkin davalar ortaya çıkmıştır. Mahkemeler genellikle ihtiyati hacizden vazgeçme niyetinin açık delilini arasalar da tam olarak bu ifadenin kullanılmış olması gerekli değildir.<sup>292</sup>

1978 Devlet Muafiyeti Kanunu’na göre bir devletin yazılı rızası olmadan mahkeme emri veya aynen ifa kararı ile bir arazi veya malın istirdatı yoluyla bir devlete karşı telafi imkanı sağlanamaz.<sup>293</sup> Bu çerçevede dava sonuçlanmadan önce varlıkların mahkemenin yargı yetkisinde kalmasını emreden *Mareva* emrinin,<sup>294</sup> özellikle bu tip bir emir geçici olup ilansız (*ex parte*) alınabildiği için, talep edilip edilemeyeceği sorusu ortaya çıkmıştır. Davanın şartları uyarınca muafiyetin uygulanmayabileceği hallerde ilan yapılmadan alınan bir *Mareva* emri talebinin yapılabileceği ileri sürülmüştür. Bir davacı, böyle bir emir için başvururken tam ve samimi bir bildirim yükümlülüğü altındadır ve ispat standardı ‘uygun ve geçerli bir dava’ ile aynı olup, örnek olarak, muafiyetin uygulanmayacağına neden

<sup>288</sup> *High Commissioner for Pakistan v National Westminster Bank* [2015] EWHC 55 (Ch), para. 74.

<sup>289</sup> Örneğin bkz., *Siderman v. Republic of Argentina* 965 F.2d 699 (1992); 103 ILR, s. 454. Esaslı sayıda iki taraflı antlaşmada yargıdan muafiyetten açıkça vazgeçildiği dikkate alınmalıdır. Bu durum özellikle mutlak muafiyet yaklaşımını sürdüren devletler açısından böyledir. Örneğin bkz., UN, *Materials*, kısım III. Ayrıca bkz., *USA v. Friedland* (1998) 40 OR (3d) 747; 120 ILR, s. 418. Ayrıca bkz., Bradley, *International Law in the US Legal System*, s. 243.

<sup>290</sup> *Smith v. Libya* 101 F.3d 239 (1996); 113 ILR, s. 534. Ayrıca bkz., *Hirsch v. State of Israel* 962 F.Supp. 377 (1997); 113 ILR, s. 543.

<sup>291</sup> Örneğin bkz., J. Crawford, ‘Execution of Judgments and Foreign Sovereign Immunity’, 75 *AJIL*, 1981, ss. 820, 867 vd., ve Schreuer, *State Immunity*, s. 162. Ayrıca bkz., Fox ve Webb, *State Immunity*, ss. 499 vd.

<sup>292</sup> Örneğin bkz., *Behring International Inc. v. Imperial Iranian Air Force* 475 F.Supp. 383 (1979); 63 ILR, s. 261; *Reading & Bates Corp. v. National Iranian Oil Company* 478 F.Supp. 724 (1979); 63 ILR, s. 305; *New England Merchants National Bank v. Iran Power Generation and Transmission Company* 19 ILM, 1980, s. 1298; 63 ILR, s. 408; *Security Pacific National Bank v. Government of Iran* 513 F.Supp. 864 (1981); *Libra Bank Ltd v. Banco Nacional de Costa Rica* 676 F.2d 47 (1982); 72 ILR, s. 119; *S & S Machinery Co. v. Masinexportimport* 706 F.2d 411 (1981); 107 ILR, s. 239, ve *O’Connell Machinery v. MV Americana* 734 F.2d 115 (1984); 81 ILR, s. 539. Ayrıca bkz., böyle bir hareketi yasaklayan Devlet Muafiyetine Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 23. maddesi. Yargısal Muafiyetlere Dair BM Sözleşmesi’nin 18. maddesi şunu öngörmektedir ‘bir devletin mallarına bir başka devletin bir mahkemesi önündeki bir dava ile bağlantılı ihtiyati haciz veya müsadere gibi yargılama öncesi sınırlama tedbirleri şu haller dışında ve ölçüsünde alınmaz: (a) devletin böyle tedbirlerin alınmasına şu gösterilen şekillerde açıkça rıza vermiş olması: (i) uluslararası antlaşma ile; (ii) bir tahkim antlaşması veya yazılı sözleşme ile; veya (iii) mahkeme önünde bir açıklama yaparak veya taraflar arasında bir uyuşmazlığın çıkmasından sonra bir yazılı beyan ile; veya (b) devletin malları dava konusu talebin karşılanması için ayırmış veya bloke etmiş olması’.

<sup>293</sup> S. 13(2).

<sup>294</sup> Bkz., *Mareva Compania Naviera v. International Bulkcarriers* [1975] 2 LL. R 509. Ayrıca bkz., S. Gee, *Mareva Injunctions & Anton Piller Relief*, 2. Baskı, London, 1990, özellikle s. 22.

ileri sürüldüğünü açıklamalıdır. Bunun üzerine davalı bu kriterlerin karşılanmadığını iddia ederek emrin bozulmasını isteyebilecektir. Mahkemenin böyle bir durumu nasıl ele alması gerektiği meselesi *A Company v. Republic of X* davasında<sup>295</sup> tartışılmıştır. Hakim Saville J muafiyet meselesinin davanın başında nihai olarak çözümlenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Şöyle ki bir devlet muafiyet gerekçesiyle bir *Mareva* emrinin bozulmasını istediğinde, mahkeme davacının muafiyetin mevcut bulunduğuna ilişkin bir uygun ve geçerli davası olduğu temelinde emrin devam etmesine müsaade edemez; zira muafiyet var ise 'o halde mahkemenin emri devam ettirmek için hiçbir yetkisi olamaz'. Dolayısıyla emrin *ex parte* verilmesi ile meselenin mahkeme tarafından nihai olarak kararlaştırılması arasında muhtemelen bir gecikme yaşanması kaçınılmazdır.<sup>296</sup> Bu duruma ilişkin uygulama diğer ülkelerde de genel olarak aynıdır.<sup>297</sup>

### Kararın İnfazından Muafiyet<sup>298</sup>

Kararın infazından muafiyet, özellikle yabancı bir devlete ait varlıklara fiilen el konulması hususunu içerdiğinden, yargı yetkisinden muafiyetten ayrılmalıdır. Bu itibarla devletler arasındaki ilişkilerde ciddi bir zorluk oluşturmakta ve dolayısıyla devletler yargı yetkisinden muafiyete dair durumun aksine hükmün infazından muafiyeti sınırlandırmakta isteksiz davranmaktadır. Dolayısıyla yargılama yetkisinin kullanılmasına rıza gösterilmesi, verilmiş bir hükmün icra veya infazına da rıza anlamına gelmemektedir.<sup>299</sup>

1972 Devlet Muafiyetine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 23. maddesi belli bir davada yazılı bir rızanın yokluğunda taraf devletlerin mal varlığına karşı bir tenfiz tedbiri veya önleyici tedbirlerin alınmasını yasaklamaktadır. Ancak Avrupa Sözleşmesi kendi hükümlerine göre verilmiş nihai kararların karşılıklı infazı için özel bir sistem öngörmekte<sup>300</sup> ve bu konuda bir Ek Protokol ile esas olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin üyelerinden oluşan Avrupa Devlet Muafiyeti Mahkemesi önünde görülecek davalara yer verilmektedir. BM Yargı Yetkisinden Muafiyetlere Dair Sözleşme'nin 19. maddesi başka bir devletin mahkemesi önündeki bir dava çerçevesinde bir devletin mal varlığına karşı hüküm sonrası, haciz, el koyma veya icra gibi sınırlayıcı tedbirlerin şu haller haricinde ve ölçüsünde alınmayacağını öngörmektedir: Bir uluslararası antlaşma; bir tahkim anlaşması veya bir yazılı sözleşme; veya taraflar arasındaki uyuşmazlığın çıkmasından sonra mahkeme önünde bir sözlü veya yazılı açıklama ile devletin bu tür tedbirlerin alınmasına açıkça rıza vermiş olması; veya devletin dava konusu talebin karşılanması için malvarlığını tahsis etmiş veya ayırmış olması; veya malın devlet tarafından özel olarak hükümetin ticari olmayan amaçlarından başka bir amaç için kullanıldığının veya kullanılmasının öngörüldüğünün kanıtlanmış olması ve forum devletinin ülkesinde bulunuyor olması.<sup>301</sup> Ancak hüküm sonrası sınırlayıcı tedbirler davanın kendisine karşı açıldığı devlet kurumu ile bağlantılı malvarlığı için verilebilir.

İngiliz Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 13(2)b'de, örnek olarak, 'bir devletin malları, bir *in rem* davasında, bir yargı veya tahkim kararının infazı amacıyla el koyma, alıkoyma veya satışa

<sup>295</sup> [1990] 2 LL. R 520; 87 ILR, s. 412.

<sup>296</sup> [1990] 2 LL. R 525; 87 ILR, s. 417, şu davaya atıf yaparak: *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry* [1988] 3 WLR 1033, 1103-4 ve 1157-8.

<sup>297</sup> Ancak bkz. 1992 yılında İtalyan Anayasa Mahkemesi önündeki *Condor and Filvem v. Minister of Justice* davası, 101 ILR, s. 394.

<sup>298</sup> Örneğin bkz., Fox ve Webb, *State Immunity*, Bölüm 16; Schreuer, *State Immunity*, Bölüm 6; Sinclair, 'Sovereign Immunity', Bölüm 4; Crawford, 'Execution of Judgments'; A. Reinisch, 'European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures', 17 EJIL, 2006, s. 803; H. Fox, 'Enforcement Jurisdiction, Foreign State Property and Diplomatic Immunity', 34 ICLQ, 1985, s. 115, ve 10 Netherlands YIL, 1979'daki çeşitli makaleler.

<sup>299</sup> Örneğin bkz., Yargısal Muafiyetlere Dair BM Sözleşmesi'nin 20. maddesi.

<sup>300</sup> Devlet Muafiyetine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 20. maddesi.

<sup>301</sup> Madde 21 büyükelçilik banka hesapları, merkez bankası malları ve askeri mallar gibi bazı mal kategorilerini bu tanımın özellikle dışında tutmaktadır.

yönelik usullere tabi olmayacaktır' denilmektedir. Bu muafiyetten, yalnızca mahkemenin yetkisine rıza göstermekle olmasa da, yazılı bir rıza ile feragatta bulunulabilecektir.<sup>302</sup> Bölüm 13 (4) mevcut şartlara göre ticari amaçlar için kullanılan veya kullanılması düşünülen mallar bakımından tenfizden muafiyet bulunmadığını belirtmektedir.<sup>303</sup> *SerVaas v. Rafidain Bank* davasında<sup>304</sup> İngiliz Yüksek Mahkemesi 'ticari amaçlarla kullanılan' kelimelerinin yorumunda, yalnızca bir ticari işlemle alakalı olmanın ötesine geçerek, bağlamını dikkate alarak alışılmış ve doğal anlamın verilmesi gerektiğine, bu itibarla örnek olarak söz konusu özel banka hesabının devlet tarafından münferiden ticari işlemler sırasında üstlenilen borçların karşılanmasında kullanılmak üzere tahsis edilmiş olduğunun gösterilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.<sup>305</sup> *LR Avionics v Nigeria*<sup>306</sup> davasında bu konu gündeme gelmiştir. Bu davada davacılar, bir tahkim kararı ile Nijerya mahkemesi kararını tenfiz etmeye çalışmışlar ve Nijerya tarafından sahip olunan ancak vize ve pasaport hizmetleri sağlamak amacıyla bir şirkete kiralanmış bulunan mülke ilişkin ihtiyati haciz kararı talep etmişlerdir. Nijerya, tahkimi kabul ettiğinden, Kanun'un 9. Bölümü uyarınca mahkeme tahkim kararının tanınma ve tenfiz için kaydedilebileceğine hükmetmiştir. Nijerya mahkemesinin kararı da, veriliş gayesi tahkim kararını uygulamak olduğu için, kaydedilmiştir. Bölüm 13 (4)'ü yorumlama bağlamında mahkeme Yüksek Mahkeme'nin *SerVaas v Rafidain Bank*<sup>307</sup> davasındaki yaklaşımını teyid etmiştir. Bu davada sözkonusu mülkün kullanımının önemli olduğu belirtilmiştir. Diğer bir deyişle 'dikkate alınması gereken en önemli şey ilgili faaliyetin niteliği ve karakteri olmalıdır; bu vakada söz konusu mülkle alakalı ne yapılmakta olduğudur'. Nijerya Yüksek Komiserliği'nin sözkonusu mülkün 'konsolosluk hizmetleri için kullanılmakta olduğuna' dair sunmuş bulunduğu belge özellikle dikkate alınmıştır. Bu, davacının aksini gösteren delil sunması gerektiği manasına gelmekteydi. Şirketle yapılan işlemin ticari mahiyette olduğu saptanmış olsa da, amaç konsolosluk hizmetleri sunmak - ve dolayısıyla Bölüm 13 (4) uyarınca - ticari değildi. Bunun üzerine, tenfizden muafiyet teyid edilmiştir. Başka bir deyişle, faaliyette bir takım ticari nitelikler mevcut olsa da, aleyhine dava açılan kişinin mülkünün hangi amaçla kullanıldığı belirleyici faktördür.

Bu son durumun bir devletin merkez bankası veya diğer parasal otoritelerinin mallarına uygulanmayacağına özellikle dikkat edilmelidir.<sup>308</sup> Bu yüzden *Trendtex* tipi bir durum aynı şekilde yeniden ortaya çıkmayacaktır. *AIC Ltd. v. Federal Government of Nigeria* davasında bir yabancı devletin merkez bankasının mallarına tanınan bu mutlak muafiyetin, hesaptaki fonların kaynağı veya hesabın tutuluş amacına bakılmaksızın uygulanacağı vurgulanmışken,<sup>309</sup> *AIG Capital Partners Inc. v. Republic of Kazakhstan* davasında, Kanun'daki "mallar" terimine geniş bir anlam verilmesi gerektiğine ve bu terimin kanuna, hakkaniyete veya sözleşmeye dayalı olduğuna bakılmaksızın, bir hak veya menfaat dahil, bütün gerçek ve kişisel malları içerdiğine dikkat çekilmiştir. Söz konusu mal, bankanın elinde tutma yetkisi veya amacına bakılmaksızın, şayet kendi adına tutuluyorsa merkez bankasına aittir.<sup>310</sup>

<sup>302</sup> Bölüm 13(3). Ayrıca bkz., 1981 Güney Afrika Yabancı Egemen Muafiyetleri Kanunu Bölüm 14; 1981 Pakistan Devlet Muafiyeti Tüzüğü Bölüm 14; 1979 Singapur Devlet Muafiyeti Kanunu Bölüm 15 ve 1985 Avustralya Yabancı Devlet Muafiyetleri Kanunu Bölüm 31.

<sup>303</sup> Bölüm 13(4).

<sup>304</sup> [2012] UKSC 40.

<sup>305</sup> *A.g.e.*, paragraf 16, 17 ve 19.

<sup>306</sup> [2016] EWHC 1761 (Comm), paras. 30, 38 ve 40.

<sup>307</sup> [2012] UKSC 40, para. 15.

<sup>308</sup> Bölüm 14(4), şunu öngörmektedir, 'Bir devletin merkez bankası veya diğer para otoritesinin malları Bölüm 13, alt seksiyon (4)'ün amaçları bakımından ticari amaçlar için kullanılan veya kullanılması amaçlanan nitelikte sayılmayacaktır; ve böyle bir banka veya otoritenin ayrı bir varlık olması halinde, bir devlete yapılan atf banka veya otoriteye yapılmış gibi, bu bölümün alt seksiyonlarının (1)'den (3)'e kadar olan kısmı ona uygulanacaktır'. Bkz., *Koo Golden East v. Bank of Nova Scotia* [2008] QB 717. Ayrıca bkz., *Fox, State Immunity*, s. 393, ve *W. Blair, 'The Legal Status of Central Bank Investments under English Law'* [1998] CLJ, ss. 374, 380-1.

<sup>309</sup> [2003] EWHC 1357, paragraf 46 vd.; 129 ILR, s. 571.

<sup>310</sup> [2005] EWHC 2239 (Comm), paragraf 33 vd.; 129 ILR, s. 589.

1976 Amerikan Yabancı Egemen Muafiyetler Kanunu'nun infazdan muafiyete dair hükümlerinin daha sınırlayıcı olması da ayrıca ilgi çekicidir.<sup>311</sup> Yargı yetkisinden muafiyetin mevcut olmasının otomatik olarak infazdan muafiyete de yol açmayacağına ilişkin prensip mahkemelerin dava-hukukunda bir çok sefer tasdik olunmuştur.<sup>312</sup>

1977'de Batı Alman Federal Anayasa Mahkemesi *Philippine Embassy* davasında<sup>313</sup> şu hususu ifade etmiştir:

*"Bir yabancı devletin forum devleti ülkesinde mevcut veya kaim malları bakımından, şayet bu mallar yabancı devletin egemen amaçlarına hizmet ediyorsa,... verilmiş bir icra emri gereği bir yargı kararının zorla icrası yabancı devletin rızası olmadan forum devleti tarafından kabul edilemez."*

Özellikle şuna dikkat çekilmiştir:

*"Bir yabancı devletin elçiliğinin forum devletinde bulunan ve amacı elçiliğin borçlarını ve harcamalarını karşılamak olan bir genel cari banka hesabına yönelik talepler forum devleti tarafından zorla icraya tabi değildir."*<sup>314</sup>

Bu tespite Lord Diplock, bir diplomatik misyonun banka hesabına haciz konulmasını içeren benzer bir dava olan, *Alcom Ltd. v. Republic of Colombia* davasında<sup>315</sup> olumlayarak atıf yapmıştır. Lordlar Kamarası da oybirliği ile buna ilişkin uluslararası hukuk genel kuralının Devlet Muafiyeti Kanunu ile bozulmadığını kabul etmiştir. 'Olağanüstü nitelikte uluslararası öneme sahip' bir hukuk meselesi içerdiği ifade edilen<sup>316</sup> *Alcom* davasında, hesaba haciz koydurmak isteyen kişi tarafından 'banka hesabının yabancı devletçe yalnızca...ticari işlemler nedeniyle üstlenilmiş mali sorumlulukları karşılamak için çekilmek üzere tahsis edilmiş olduğu' gösterilmedikçe, böyle bir banka hesabının ticari amaçlara ilişkin Bölüm 13(4) istisnasına girmeyeceğine karar verilmiştir.<sup>317</sup> Bu konuda ispat yükümü davacıya aittir. Bölüm 13(5) uyarınca, aksi ispatlanmadıkça, misyon şefinin malın ticari amaçlarla kullanılmadığına yönelik bir sertifikası bu yönde yeterli delil oluşturmaktadır.<sup>318</sup> Ticari amaçlar için kullanılan mallara karar verme sorusu önemli ve karmaşık bir soru olup, forum devletinin hukuku

<sup>311</sup> S. 1610. Bu bakımdan, örneğin, uluslararası hukuka aykırı olarak alınmış mallar bakımından muafiyet bulunmamaktadır. Ayrıca bkz., *First National City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba* 462 US 611 (1983); 80 ILR, s. 566; *Letelier v. Republic of Chile* 748 F.2d 790 (1984) ve *Foxworth v. Permanent Mission of the Republic of Uganda to the United Nations* 796 F.Supp. 761 (1992); 99 ILR, s. 138. Ayrıca bkz., G. R. Delaume, 'The Foreign Sovereign Immunities Act and Public Debt Litigation: Some Fifteen Years Later', 88 AJIL, 1994, ss. 257, 266. 1988 yılında bu kanunun değiştirilerek bir tahkim kararının tasdikinin ardından icra tedbirleri bakımından kararın borçlusunun bütün ticari mallarının icraya açık olduğuna ilişkin bir hüküm eklendiğine dikkat ediniz: Yeni Bölüm 1610(a)(6), *a.g.e.*

<sup>312</sup> Örneğin bkz., *Abbott v. South Africa* 113 ILR, s. 411 (İspanyol Anayasa Mahkemesi); *Centre for Industrial Development v. Naidu* 115 ILR, s. 424 ve *Flatow v. Islamic Republic of Iran* 999 F.Supp. 1 (1998); 121 ILR, s. 618. Ayrıca bkz., *The Akademik Fyodorov*, 131 ILR, ss. 460, 485–6. Devletin tahkimi kabul etmesi durumunda da tenfizden muafiyete dair benzer bir istisna söz konusudur. Bkz. *Diag Human Se v Czech Republic*, US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 14-7142, (2016).

<sup>313</sup> Bkz., UN, *Materials*, s. 297; 65 ILR, ss. 146, 150.

<sup>314</sup> UN, *Materials*, ss. 300–1; 65 ILR, s. 164.

<sup>315</sup> [1984] 2 All ER 6; 74 ILR, s. 180. Bu karar Temyiz Mahkemesi'nin şu kararını değiştirmiştir, [1984] 1 All ER 1; 74 ILR, s. 170. Ayrıca bkz., C. Ryngaert, 'Embassy Bank Accounts and State Immunity from Execution', 26 LJIL, 2013, s. 73.

<sup>316</sup> [1984] 2 All ER 14; 74 ILR, s. 189. Ayrıca bkz., *SerVaas v Rafidain* [2012] UKSC 40, para. 18 vd.

<sup>317</sup> [1984] 2 All ER 13; 74 ILR, s. 187. Ancak karşı. *Birch Shipping Corporation v. Embassy of the United Republic of Tanzania* 507 F.Supp. 311 (1980); 63 ILR, s. 524. Ancak bkz., İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1990 yılında verdiği bir yabancı devletin diplomatik hizmetleri için ayrılmış hesaplarını ihtiyati hacizden muaf tutan kararı, *Z v. Geneva Supervisory Authority for the Enforcement of Debts and Bankruptcy*, 102 ILR, s. 205.

<sup>318</sup> Böyle bir sertifika Kolombiya Büyükelçisi tarafından hazırlanmıştır.

çerçevesinde görüldüğü şekliyle,<sup>319</sup> örnek olarak fonların ve bunların mevcut ve gelecek kullanımı gibi,<sup>320</sup> farklı faktörlerin analizine kaçınılmaz olarak bağlı olacaktır.

*Banamar v. Embassy of the Democratic and Popular Republic of Algeria* davasında<sup>321</sup> İtalyan Yüksek Mahkemesi, uluslararası örf ve adet hukukunun yetki kullanmak isteyen devletin ülkesinde bulunan ve egemen amaçlar için kullanılan yabancı devlet mallarına karşı icra tedbirlerini yasakladığı kuralını tasdik etmiş ve bir yabancı devlete karşı devletin elçiliği adına açılmış banka hesapları üzerinde icra emri veren bir kararın infazına yetkili olmadığına hükmetmiştir. Ancak bu yaklaşımın 1992 yılında İtalyan Anayasa Mahkemesi önündeki *Condor and Filvem v. Minister of Justice* davasında<sup>322</sup> değiştirildiği görülmektedir. Mahkeme kararında yabancı devletlerin mallarına karşı zorlayıcı tedbirleri tamamen yasaklayan bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının mevcut olduğunun artık söylenemeyeceğini ifade etmiştir. Bununla beraber infaza karşı muafiyetin uygulanmaması için yalnızca ilgili faaliyet veya işlemin *jure gestionis* olduğunun gösterilmesi yeterli olmayıp, infaz talebinin yöneltildiği malların da yabancı devletin kamusal fonksiyonlarını (*jure imperii*) gerçekleştirmek üzere tahsis edilmemiş olduklarının gösterilmesi gerekmektedir.<sup>323</sup>

Ayrıca İspanyol Anayasa Mahkemesi *Abbott v. South Africa* davasında yabancı devletler tarafından sıradan diplomatik veya konsolosluk faaliyetleri amaçlarıyla kullanılmak üzere tutulan banka hesaplarının, buradaki fonlar ayrıca ticari amaçlarla kullanılmış olsalar dahi, hacizden veya infazdan muaf olduklarına hükmetmiş,<sup>324</sup> ve Avusturya Yüksek Mahkemesi de *Leasing West GmbH v. Algeria* davasında, bir yabancı elçiliğin kısmen ancak münhasıran olmayacak şekilde diplomatik amaçlar için tahsis ettiği bir genel banka hesabının ilgili devletin rızası yoksa infaz davasından muaf olduğuna karar vermiştir. Buna karşın hesabın münhasıran özel amaçlar için kullanıldığı gösterilebilirse haciz yapılabilecektir.<sup>325</sup>

### İspat Yükü ve Standardı

Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm I, müteakip bölümlerde vazedilenler hariç, bir yabancı devletin İngiliz mahkemelerinin yetkisinden muaf olduğunu öngördüğünden muafiyete ilişkin bir istisnanın uygulanacağını ortaya koymaya yönelik ispat yükünün davacıya düştüğü açıktır.<sup>326</sup> Buna karşın mahkemeler 1978 Devlet Muafiyeti Kanunu tarafından bahsedilmiş muafiyete, gerekirse re'sen, etki tanınmasının sağlanması yükümlülüğü altındadır.<sup>327</sup>

İspat standardına gelince Temyiz Mahkemesi *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry* davasında<sup>328</sup> bir muafiyet talebinin yapılması halinde mahkemenin bununla bir ön sorun olarak ve normal olasılıklar dengesi testi uyarınca ilgilenmesi gerektiğine

<sup>319</sup> Bkz., Batı Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin *National Iranian Oil Co.* davasındaki kararı, 22 ILM, 1983, s. 1279.

<sup>320</sup> Örneğin bkz., *Eurodif Corporation v. Islamic Republic of Iran* 23 ILM, 1984, s. 1062.

<sup>321</sup> 84 AJIL, 1990, p. 573; 87 ILR, s. 56. Ayrıca bkz., *Libya v. Rosseton SRL*, 87 ILR, s. 63.

<sup>322</sup> 101 ILR, s. 394.

<sup>323</sup> *A.g.e.*, ss. 401–2.

<sup>324</sup> 113 ILR, ss. 411, 423–4.

<sup>325</sup> 116 ILR, s. 526.

<sup>326</sup> Ayrıca bkz., Staughton J, *Rayner v. Department of Trade and Industry* [1987] BCLC 667; *Donegal v. Zambia* [2007] EWHC 197 (Comm), paragraf 428, ve *LR Avionics v Nigeria* [2016] EWHC 1761 (Comm). Ayrıca bkz. Fox ve Webb, *State Immunity*, s. 238.

<sup>327</sup> Hakim Mummery J'in ifadesiyle 'Mahkemenin en başta gelen görevi kendi inisiyatifi ile 1978 Devlet Muafiyeti Kanunu uyarınca tanınmış muafiyetin uygulandığından emin olmaktır. Bu görev yalnızca ilk davaya bakan mahkemeyi değil bütün mahkemeleri bağlar. Şayet ilk davaya bakan mahkeme Kanun tarafından tanınmış muafiyeti uygulamamışsa, bu halde temyiz mahkemesinin görevi bu hatayı düzeltmektir': Bkz., *United Arab Emirates v. Abdelghafar* [1995] ICR 65, 73–4; 104 ILR, ss. 647, 654–5. Ayrıca bkz., *Military Affairs Office of the Embassy of Kuwait v. Caramba-Coker*, Appeal No. EAT/1054/02/RN, Employment Appeal Tribunal (2003).

<sup>328</sup> [1988] 3 WLR 1033, 1103 ve 1157; 80 ILR, ss. 49, 118, 179.

hükmetmiştir.<sup>329</sup> Bir Emir 11<sup>330</sup> davasında tebliğ izni bakımından yaygın olan “uygun ve geçerli dava” testinin uygulanması yeterli olmayacaktır.<sup>331</sup> Aksi durum devletin muafiyet talebinin, uygulamada sadece yeminli ifade delili ile kararlaştırılan, daha izlenimci “uygun ve geçerli dava” temelinde kaybedebilmesi anlamına gelecek ve hatta devletin bu talebini daha ileri bir aşamada ileri sürmesi de engellenebilecektir; zira bu Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 2(3) uyarınca yargı yetkisinin kabulü şeklinde de yorumlanabilecektir.

Bir yabancı devlete yapılacak dava tebliği sorunu *Westminster City Council v. Government of the Islamic Republic of Iran* davasında<sup>332</sup> ortaya çıkmış olup, Hakim Peter Gibson mahkemenin, İran hükümetine önceden bir tebliğ yapılmadan, İran elçiliğine meşhur 1980 kuşatması sırasında saldırılmasından sonra buranın güvenli hale getirilmesi için Westminster Şehir Konseyi'nin yapmış olduğu harcamaları İran hükümetinden istemesi girişimi ile alakalı mesele ile ilgilenemeyeceğine hükmetmiştir. Ancak o sırada İngiltere ve İran arasında diplomatik ilişkilerin bulunmaması ve İran'ın rızasının olmaması nedeniyle, Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 12'de yazılı 'bir devlete karşı dava açılması için gereken bir davetiye veya başka bir belge Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla o devletin Dışişleri Bakanlığı'na iletmek üzere tebliğ edilecektir' şartının hiçbir biçimde karşılanamayacağı ortaya çıkmıştır. Bu sorunla *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways* davasında da karşılaşmıştır.<sup>333</sup> Zira söz konusu zamanda Bağdat'da hiçbir İngiliz diplomatik temsilciliği bulunmadığından, gerekli belgeler Kural 7, Emir 11 uyarınca Genel Merkez'e arz edilmiş ve buradan Dışişleri Bakanlığı'na ve oradan da Bağdat'a iletilmesi istemi ile Londra'daki Irak Elçiliği'ne gönderilmiştir. Bu açıdan Lordlar Kamarası, tebligatname Bağdat'taki Irak Dışişleri Bakanlığı'na henüz iletilmediğinden tebligatın 1978 Kanunu, Bölüm 12(1) uyarınca gereken şekilde tebliğ edilmediğine hükmetmiştir.<sup>334</sup>

## DİPLOMASİ HUKUKU<sup>335</sup>

Diplomatik ilişkilerin farklı yönlerini düzenleyen kurallar uluslararası hukukun en eski örneklerinden birini oluşturmaktadır. Tarih boyunca bağımsız devletlerin birarada bulunan

<sup>329</sup> Bu inceleme 1991 Yüksek Mahkeme Kuralları, Kural 8, Emir 12 uyarınca usuli olarak yapılabilir. Ayrıca bkz., *A Company v. Republic of X* 87 ILR, ss. 412, 417.

<sup>330</sup> 1991 Yüksek Mahkeme Kuralları.

<sup>331</sup> Örneğin bkz., *Vitkovice Horni v. Korner* [1951] AC 869.

<sup>332</sup> [1986] 3 All ER 284; 108 ILR, s. 557. Ayrıca bkz. Fox ve Webb, *State Immunity*, s. 233 vd.

<sup>333</sup> [1995] 1 WLR 1147; 103 ILR, s. 340.

<sup>334</sup> [1995] 1 WLR 1156 (Lord Goff). Ayrıca bkz., *AN International Bank Plc v. Zambia* 118 ILR, s. 602.

<sup>335</sup> Örneğin bkz., E. Denza, *Diplomatic Law*, 4. Baskı, Oxford, 2016; P. Behrens, *Modern Diplomatic Interference and the Law*, Oxford, 2016; I. Aigbovbioven, *Role of Diplomatic and Consular Law in Transnational Economic Cooperation*, Lambert, 2016; M. Hardy, *Modern Diplomatic Law*, Manchester, 1968; Do Naslimento e Silva, *Diplomacy in International Law*, Leiden, 1973; L. S. Frey ve M. L. Frey, *The History of Diplomatic Immunity*, Ohio, 1999; *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy* (ed. A. Cooper, J. Heine ve R. Thakur), Oxford, 2013; *Satow's Guide to Diplomatic Practice* (ed. I. Roberts), 6. Baskı, Oxford, 2009; B. Sen, *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*, 3. Baskı, The Hague, 1988; J. Brown, 'Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations', 37 ICLQ, 1988, s. 53; Societe Francais de Droit International, *Aspects Recents du Droit des Relations Diplomatiques*, Paris, 1989; G. V. McClanahan, *Diplomatic Immunity*, London, 1989; B. S. Murty, *The International Law of Diplomacy*, Dordrecht, 1989; L. Dembinski, *The Modern Law of Diplomacy*, Dordrecht, 1990; J. Salmon, *Manuel de Droit Diplomatique*, Brussels, 1994, ve Salmon, 'Immunities et Actes de la Fonction', AFDI, 1992, s. 313; J. C. Barker, *The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities*, Aldershot, 1996, ve Barker, *The Protection of Diplomatic Personnel*, Aldershot, 2006; C. E. Wilson, *Diplomatic Privileges and Immunities*, Tucson, 1967; M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1970, cilt VII; *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, St Paul, 1987, ss. 455 vd.; House of Commons Foreign Affairs Committee, *The Abuse of Diplomatic Immunities and Privileges*, 1984 ve the UK Government Response to the Report, Cmnd 9497, ve *Memorandum on Diplomatic Privileges and Immunities in the United Kingdom*, UKMIL, 63 BYIL, 1992, s. 688. Ayrıca bkz., R. Higgins, 'The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience', 79 AJIL, 1985, s. 641, ve Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, s. 86; A. James, 'Diplomatic Relations and Contacts', 62 BYIL, 1991, s. 347; Daillier, Forteau ve Pellet, *Droit International Public*, s. 821, ve *Oppenheim's International Law*, Bölüm 10 ve 11.

bir toplum oluşturduğu her yerde, büyükelçiler ve diğer özel temsilcilere nasıl davranılması gerektiğine ilişkin özel adetler gelişmiştir.<sup>336</sup>

Karşılıklı tanınmış temsilciler arasındaki görüşmeler de dahil değişik taraflar arasında bir iletişim metodu olarak diplomasi çok eski bir kurumdur ve bunun tezahürlerini düzenleyen uluslararası hukuk hükümleri yüzlerce yıllık devlet uygulamasının bir neticesidir. Farklı türlerde diplomatik personele ilişkin özel imtiyaz ve muafiyetler kısmen egemen muafiyet ve devletlerin eşitliği ve kısmen de uluslararası sistemin asli gereksinimlerinin bir sonucu olarak gelişmiştir. Devletler birbirleri ile ve uluslararası örgütler ile görüşmek ve istişareler yapmak zorundadır ve bunu yapmak için diplomatik kadrolara ihtiyaç duyarlar. Bu kişiler değişik biçimlerde kendi devletlerini temsil ettiklerinden devlet egemenliğine ilişkin hukuki prensipten yararlanırlar. Bu aynı zamanda bir pratik kolaylık meselesidir.

Diplomatik ilişkiler geleneksel olarak büyükelçiler<sup>337</sup> ve büyükelçilik personeli aracılığıyla idare edilmiş, fakat ticaret ve ticari temasların büyümesi ile konsolosluk makamı kurulmuş ve genişletilmiştir. Hızlı iletişim araçlarının gelişmesi belli amaçlar için belli yerlere, genellikle görevdeki devlet veya hükümet başkanı ile birlikte gönderilmek üzere tayin edilmiş özel misyonların oluşturulmasını da teşvik etmiştir. Ancak diğer yandan telefon, telgraf, teleks ve faks hizmetlerinin kurulması da merkezileşme sürecini güçlendirerek geleneksel diplomatik personelin önemini azaltmıştır. Bununla beraber diplomatlar ve konsoloslar bilgi toplama ve dostça ilişkilerin sürdürülmesinin yanı sıra yabancı devletlerle olan ticari ve ekonomik faaliyetler için gereken devamlı bir mevcudiyeti sağlama gibi bazı yararlı fonksiyonları halen sürdürmektedir.<sup>338</sup>

Diplomatik muafiyetler uluslararası hukuk konularının en çok benimsenmiş ve tartışmasız alanlarından biridir; zira diplomatik ilişkilerin akışının sağlanması sonuçta bütün devletlerin menfaatindedir. Ancak her devlet her zaman buna uygun davranmamaktadır. *US Diplomatic and Consular Staff in Tehran* davasında<sup>339</sup> Uluslararası Divan'ın işaret ettiği üzere:

*“Diplomasi hukuku kuralları, kısaca, bir müstakil rejim oluşturmakta olup, bir taraftan kabul eden devletin diplomatik misyonlara sağlayacağı kolaylıklar, imtiyazlar ve muafiyetlere ilişkin yükümlülüklerini ortaya koymakta ve diğer taraftan misyon üyelerinin bunları olası suistimallerini öngörmekte ve bu tür suistimallere karşı koymak üzere kabul eden devletin tasarrufundaki yolları belirtmektedir.”<sup>340</sup>*

### 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi

1964 yılında yürürlüğe giren bu antlaşma<sup>341</sup> uluslararası ilişkilerin etkin biçimde idaresi için diplomatik imtiyaz ve muafiyetlerin fonksiyonel gerekliliğine vurgu yapmanın<sup>342</sup> yanı sıra bir diplomatik misyonun kendi devletinin temsilcisi olma karakterine de işaret

<sup>336</sup> Örneğin bkz., G. Mattingley, *Renaissance Diplomacy*, London, 1955, ve D. Elgavish, 'Did Diplomatic Immunity Exist in the Ancient Near East?', 2 *Journal of the History of International Law*, 2000, s. 73. Ayrıca bkz., Watts, 'Legal Position'.

<sup>337</sup> Büyükelçilerin yetkileri için bkz., *First Fidelity Bank NA v. Government of Antigua and Barbuda Permanent Mission* 877 F.2d 189 (1989); 99 ILR, s. 125.

<sup>338</sup> Genel olarak bkz., *Satow's Guide*, Bölüm 1.

<sup>339</sup> ICJ Reports, 1980, s. 3; 61 ILR, s. 504.

<sup>340</sup> ICJ Reports, 1980, s. 40; 61 ILR, s. 566. Alman Anayasa Mahkemesi'nin diplomatik hukuk kurallarının müstakil bir rejim teşkil ettiğini onaylayan 10 Haziran 1997 tarihli kararı için bkz., *Former Syrian Ambassador to the German Democratic Republic* 115 ILR, s. 597.

<sup>341</sup> Sözleşme'nin önemi *Iranian Hostages* davasında özellikle vurgulanmıştır, ICJ Reports, 1980, ss. 330-430; 61 ILR, s. 556. Sözleşme'nin bir çok hükmü 1964 Diplomatik İmtiyazlar Kanunu ile İngiliz hukukuna aktarılmıştır.

<sup>342</sup> Ayrıca bkz., 767 *Third Avenue Associates v. Permanent Mission of the Republic of Zaire to the United Nations* 988 F.2d 295 (1993); 99 ILR, s. 194 ve *Reyes v Al-Malki* [2015] EWCA Civ 32, 73-4. paragraflar. Son kaynak, devlet ve diplomatik muafiyeti karşılaştırmakta ve diplomatik muafiyetin fonksiyonel niteliğinin altını çizmektedir.



etmektedir.<sup>343</sup> Sözleşme hem bu alandaki mevcut hukuku kodifiye etmiş hem de yeni kurallar oluşturmuştur.<sup>344</sup> Sözleşme tarafından açıkça düzenlenmemiş meseleler uluslararası örf ve adet hukuku kuralları tarafından idare edilmeye devam etmektedir.<sup>345</sup> Uluslararası Divan yakın zamandaki bir kararında ilgili devletler arasında bir silahlı çatışma durumunun mevcut olmasına rağmen bu Sözleşme'nin uygulanmaya devam edeceğini vurgulamıştır.<sup>346</sup>

Uluslararası hukuk uyarınca aslında diplomatik ilişkilere yönelik bir hak yoktur ve bunlar devletlerin karşılıklı rızası sonucu ortaya çıkar.<sup>347</sup> Şayet bir devlet diplomatik ilişkilere girmek istemiyorsa hukuken bunu yapmaya zorlanamaz. Dolayısıyla Sözleşme'nin 4. maddesi gönderen devletin teklif ettiği bir misyon başkanı için kabul eden devletin rızasının (veya *agreman*) alınması gerektiğini belirtmektedir; ancak böyle bu teklifin reddi için bir gerekçe gösterilmesine gerek yoktur.<sup>348</sup> Aynı şekilde 9. madde uyarınca kabul eden devlet herhangi bir zamanda kararının gerekçesini açıklamak zorunda olmaksızın diplomatik misyonun bir üyesini *persona non grata* ilan edebilir ve bu kişinin geri gönderilmesini sağlayabilir.<sup>349</sup> Ancak diplomatik ilişkilerin temelindeki rıza prensibi uluslararası hukukun diğer kurallarından etkilenebilecektir. Örnek olarak Güvenlik Konseyi, Libya'ya yaptırımlar yükleyen, 748 (1992) sayılı kararında 'bütün devletler: (a) Libyalı diplomatik misyonların ve konsolosluk makamlarının personel sayısı ve seviyesini ciddi olarak azaltacak ve geride kalan bütün personelin kendi ülkelerindeki hareketini sınırlandıracak veya kontrol edecektir...' şeklinde bir yükümlülük öngörmüştür.

Bir diplomatik misyonun ana fonksiyonları 3. maddede belirtilmiştir. Bunlar gönderen devletin menfaatlerinin ve vatandaşlarının temsili ve korunmasının yanı sıra bilgilendirme ve dostça ilişkiler etrafında şekillenmektedir. Ayrıca madde 41(1)'de imtiyaz ve muafiyetlerden yararlanan bütün kişilerin kabul eden devletin hukuk ve düzenlemelerine saygı duymaları yükümlülüğüne ve bu devletin iç işlerine karışmamaları yükümlülüğüne vurgu yapılmaktadır.

Madde 13 bir misyon şefinin itimatnamesini sunduğu anda kabul eden devlette göreve başlamış sayılacağını öngörmektedir. Misyon şefleri 14. maddede üç sınıfa ayrılmakta olup bunlar: devlet başkanları nezdinde akredite büyükelçi veya nonslar ve muadil rütbedeki diğer misyon şefleri; devlet başkanları nezdinde akredite murahhaslar, elçiler ve enternonlar ve dışişleri bakanları nezdinde akredite maslahatgüzarlardır.<sup>350</sup> İsmi bildirilen bir kişinin diplomatik misyonda göreve başlaması adettir. 1979'da Libya, 'Halkın Bürosu' adını verdiği elçiliklerinin devrimci komiteler tarafından idare edileceğini açıklayınca, İngiltere misyon şefi olarak ismi belli olan bir kişiye ısrarcı olmuş ve bu şekilde tayin edilmesini sağlamıştır.<sup>351</sup>

<sup>343</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1958, cilt II, ss. 94–5. Misyon binalarının içini gönderen devletin ülkesinin bir devamı sayan diplomatik hukukun ülkedışılık teorisi artık eskide kalmış olup, uygulaması bulunmamaktadır, *a.g.e.* Ayrıca bkz., *Radwan v. Radwan* [1973] Fam. 24; 55 ILR, s. 579 ve *McKeel v. Islamic Republic of Iran* 722 F.2d 582 (1983); 81 ILR, s. 543. *US v. Kostadinov* davasında, 734 F.2d 906, 908 (1984); 99 ILR, ss. 103,107, Sözleşme'deki 'misyon' terimi diplomatların kaldığı yerler olarak değil, bir devletin diğer bir devlete gönderdiği bir grup insan şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>344</sup> Örneğin bkz., *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1980, ss. 3, 24; 61 ILR, s. 550.

<sup>345</sup> Sözleşme'nin Başlangıç kısmı.

<sup>346</sup> *Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 274. Ayrıca bkz., *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1980, ss. 3, 40 ve Eritre-Etyopya Talepler Komisyonu'nun 19 Aralık 2005 tarihli kararları, Partial Award, Diplomatic Claim, Ethiopia's Claim 8, paragraf 24 ve Partial Award, Diplomatic Claim, Eritrea's Claim 20, paragraf 20.

<sup>347</sup> Madde 2.

<sup>348</sup> Birleşik Krallık hiçbir gerekçe göstermeden Zimbabwe'nin önerdiği büyükelçiyi reddetmiştir. *The Times*, 7 Temmuz 2016, s. 5 Reddetmenin bu kişinin bir araziye el koyma hadisesinde dahil olduğu gerekçesiyle yapıldığına dair bir haber yapılmıştır.

<sup>349</sup> Örneğin bkz., Etyopya'nın Eritre'den iki devlet arasında savaşın başlamasıyla diplomatlarının sayısını azaltmasını istemesi: Bkz., Eritre-Etyopya Talepler Komisyonu, 19 Aralık 2005 tarihli karar, Partial Award, Eritrea's Claim 20, paragraf 40 vd.

<sup>350</sup> Misyon şeflerine dair kurallar 1815'de Avrupalı güçler tarafından koyulmuş kuralların modern bir versiyonudur. Bkz., Denza, *Diplomatic Law*, s. 91.

<sup>351</sup> Sir Antony Acland'ın Şerhi, Minutes of Evidence Taken Before the Foreign Affairs Committee, *Report*, s. 20. Ayrıca bkz., DUSPIL, 1979, ss. 571–3.

### Misyon Binalarının Dokunulmazlığı

Normal diplomatik faaliyetlerin işlemlerini kolaylaştırmak üzere Sözleşme'nin 22. maddesi özellikle misyon binalarının dokunulmaz olduğunu ve kabul eden devletin yetkililerinin misyon şefinin rızası olmadan buralara giremeyeceğini beyan etmektedir. Bu mutlak bir kural gibi görünmektedir.<sup>352</sup> 1986'daki Sun Yat Sen hadisesinde Mahkeme, Londra'daki Çin sefarethanesinde kendi isteği dışında tutulan bir Çinli mülteci hakkında bir ihzar müzekkeresi çıkartmayı reddetmiştir.<sup>353</sup> Örnek olarak bir yangını söndürme amacıyla veya bu alandaki kişilerin tehlikede olması gibi nedenlerle açık bir rıza olmadan buralara girilmesi durumunda hukuki pozisyonun tam olarak ne olacağı örf ve adet hukukunda oldukça belirsizdir; ancak Sözleşme'ye göre zımni rızaya binaen ileri sürülebilecek bir mazeret de en azından oldukça tartışmalı addedilebilecektir.<sup>354</sup> Kabul eden devlet misyon binalarını tecavüz, zarar veya 'huzurunun bozulması'na karşı korumaya yönelik özel bir yüküm altındadır.<sup>355</sup> Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Boos v. Barry* davasında, Viyana Sözleşmesi'nin 22. maddesine özel bir atıf yaparak, şu hususu vurgulamıştır: 'diplomatları koruma ihtiyacı bizim devletimizin uluslararası ilişkilerdeki önemli bir menfaatine dayanmaktadır... Diplomatik personel bu devletin menfaati için elzem olan uluslararası işlerin idaresinde vazgeçilmezdir.'<sup>356</sup> Bu açıdan ABD'deki yabancı diplomatların korunmasının yurt dışındaki Amerikalı diplomatlara verilecek benzer korumayı garanti edeceğine de ayrıca dikkat çekilmiştir.<sup>357</sup> Yüksek Mahkeme diplomatik binaların 150 metre yakınında toplanılmasını ve polis tarafından emredilmesine rağmen dağılmanın reddini hukuka aykırı hale getiren bir Columbia Bölgesi kanununa dayanarak, bu açıdan "yasaklanmış taciz ölçüsünün normal elçilik faaliyetlerinin kesintiye uğramış veya uğramak üzere olup olmadığı"na göre belirleneceği hükmüne varmıştır.<sup>358</sup> Aynı şekilde bir misyon binasının da misyonun fonksiyonları ile bağdaşmayacak bir şekilde kullanılmaması gerekmektedir.<sup>359</sup>

1979'da Tahran'daki ABD Büyükelçiliği bir kaç yüz gösterici tarafından ele geçirilmiştir. Bu kişiler arşiv ve belgelere el koymuş ve konsolosluk personelini rehin almıştır. Bu konuda 1980 yılındaki kararında Uluslararası Divan, 1961 Sözleşmesi (ve 1963 Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi) uyarınca şunu ifade etmiştir:

<sup>352</sup> Örneğin bkz., 767 *Third Avenue Associates v. Permanent Mission of the Republic of Zaire to the United Nations* 988 F.2d 295 (1993); 99 ILR, s. 194. Ayrıca bkz. Denza, *Diplomatic Law*, ss. 110 vd.

<sup>353</sup> A. D. McNair, *International Law Opinions*, Oxford, 1956, cilt I, s. 85. Mesele diplomatik yollardan çözülmüştür.

<sup>354</sup> Maddenin orijinal taslağı böyle bir acil duruma izin verecek şekilde yazılmış, ancak bu reddedilmiştir: bkz., Denza, *Diplomatic Law*, ss. 118 vd. 1973 yılında Pakistan'daki Irak elçiliğinde silah araması yapılmış ve oldukça yüklü miktarda silah bulunmuştur. Bunun üzerine Irak büyükelçisi ve bir ataşe *personae non grata* ilan edilmiştir, a.g.e., s. 122. Bu konuda daha fazla örnek için bkz., a.g.e., s. 122. 1989 yılında Panama'daki Nikaragua elçisinin ikametgahının ABD askerleri tarafından aranması Güvenlik Konseyi'nin büyük bir çoğunlukla aldığı bir taslak kararda kınanmış, ancak bu kararı ABD veto etmiştir, a.g.e. Bununla beraber Denza 'Son çare olarak, gönderen devletin rızası olmaksızın yapılan bir girişin insan hayatını korumak amacını taşıması halinde uluslararası hukuk tarafından meşru görülebileceği ihtimali dışlanamaz' demektedir, a.g.e., s. 123.

<sup>355</sup> Örneğin bkz., Moskova'daki ABD Elçiliğine karşı bir dizi gösterinin ardından ABD Başkanı Johnson'ın beyanattı, 1964-5, 4 ILM, 1965, s. 698. Denza, binaların içinde de kapısının önünde de gerçekleşse işlemlerde bulunmanın bu hüküm uyarınca yasaklandığını belirtmiştir. *Diplomatic Law*, s. 123. *Reyes v Al-Malki* davasında 22. madde uyarınca misyondaki kişilere ilişkin işlem yapma yasaklanmış olsa da 'ilgili mahkemenin kuralları saklı kalmak kaydıyla, belgelerin misyona yada diplomatik görevlinin şahsi ikametgahına postalanması suretiyle yetki dahilindeki işlem etkilenebilir' denilmiştir. [2015] EWCA Civ 32, 84 ve 94. paragraflar.

<sup>356</sup> 99 L.Ed.2d 333, 345-6 (1988); 121 ILR, s. 551.

<sup>357</sup> A.g.e.

<sup>358</sup> 99 L.Ed.2d 351. Ayrıca bkz., *Minister for Foreign Affairs and Trade v. Magno* 112 ALR 529 (1992-3); 101 ILR, s. 202.

<sup>359</sup> Viyana Sözleşmesi, Madde 41(3). *Canada v. Edelson* davasında, İsrail Yüksek Mahkemesi, Kanada Büyükelçisi tarafından temsil edilen ve Kanada'ya kiraya verilmiş bir binaya ilişkin uyumsuzluğun diplomatik muafiyetlerden ziyade devlet muafiyetine dair meseleleri ortaya çıkardığına hükmetmiştir. Ancak Büyükelçinin özel ikameti için kiralanmış binalar bakımından bu kiralama işlemi bir özel hukuk işlemi olduğundan devlet muafiyetinin bulunmadığına hükmedilmiştir, 131 ILR, s. 279.

*“İran, bir kabul eden devlet olarak, Amerikan Elçiliği ve Konsolosluklarının, bunların personelinin, arşivlerinin, iletişim araçlarının ve hizmetlilerinin serbest dolaşımının korunmasını sağlamak üzere uygun tedbirleri almaya ilişkin çok kesin yükümler altındadır.”<sup>360</sup>*

Bunlar ayrıca genel uluslararası hukuk yükümlülükleridir.<sup>361</sup> Divan özellikle İran’ın bu davranışının ciddiliğine ve İran’ın kendi hareketleri ile ‘diplomatik ve konsolosluk hukukunu içeren bütün uluslararası kurallar külliyatı, Divan’ın bugün yeniden güçlü biçimde tasdik ettiği temel karakterdeki kurallar’ uyarınca üstlenmiş olduğu yükümlülükler arasındaki çatışmaya vurgu yapmıştır.<sup>362</sup> *Congo v. Uganda* davasında Uluslararası Divan, Kongo’nun başşehri Kinşasa’daki Uganda Elçiliği’ne yapılan saldırıların ve binadaki kişilere Kongo silahlı güçlerinin yaptıkları saldırıların bir 22. madde ihlali oluşturduğuna hükmetmiştir.<sup>363</sup> Buna ek olarak Divan, Viyana Sözleşmesi’nin bir misyonun dokunulmazlığının yalnızca kabul eden devletin kendisi tarafından bozulmasını yasaklamakla kalmayıp, kabul eden devlete ayrıca, silahlı milis gruplar gibi, başkaları tarafından da bunun yapılmasını önleme yükümlülüğü yüklediğini vurgulamıştır.<sup>364</sup>

Kosova Savaşı sırasında, 8 Mayıs 1999 günü, Belgrad’daki Çin Büyükelçiliği, ABD tarafından bombalanmıştır. ABD bunun bir hata sonucu olduğunu açıklamış ve özür dilemiştir. Aralık 1999’da ABD ve Çin arasında bir Antlaşma imzalanmış ve Çin’e 28 milyon dolar tazminat ödenmesi sağlanmıştır. Aynı zamanda Çin Hükümeti de Çengdu ve Guangzu’daki isyanlardan kaynaklanan Amerikan konsolosluklarına yapılan saldırılara ilişkin talepleri karşılamak üzere ABD’nin Pekin’deki Büyükelçiliği’ne 2.8 milyon dolar ödemeyi kabul etmiştir.<sup>365</sup>

17 Nisan 1984 günü Londra’daki Libya Elçiliği önünde barışçıl gösterilerin yapılması sırasında elçilikten açılan ateş sonucu bir kadın polis ölmüştür. Binanın kuşatılmasının ardından içerdeki Libyalılar buradan ayrılmış ve bina Suudi Arabistanlı bir diplomat eşliğinde aranmıştır. Aramada silahlar ve diğer ilgili adli kanıtlar bulunmuştur.<sup>366</sup> Burada ortaya çıkan mesele diplomatik ilişkilerin kesilmesinin ardından ‘kabul eden devlet...misyon binalarına saygı göstermek ve korumak zorundadır’ diyen, madde 45(a) ışığında böyle bir arama yapılmasına izin verilip verilemeyeceğidir. İngiltere madde 45(a)’nın binanın dokunulmazlığının devam ettiği anlamına gelmediği görüşündedir<sup>367</sup> ve bu yorum açıkça doğru gibi gözükmektedir. Madde 22 uyarınca getirilen dokunulmazlık ile madde 45(a) uyarınca öngörülen saygı ve koruma arasında bir ayırım bulunmaktadır.

<sup>360</sup> *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1980, ss. 3, 30–1; 61 ILR, s. 556. İranlıların yerine getirmediği yükümlülük budur, ICJ Reports, 1980, ss. 31–2. Divan bir diplomatik misyonun üyelerinin ve binalarının, mallarının ve misyon arşivlerinin dokunulmazlığına dair bu tür kuralların diplomatik çatışma veya diplomatik ilişkilerin bozulduğu durumlarda bile devam ettiğini vurgulamıştır, *a.g.e.*, s. 40. Ayrıca bkz., DUSPIL, 1979, ss. 577 vd.; K. Gryzbowski, ‘The Regime of Diplomacy and the Tehran Hostages’, 30 ICLQ, 1981, s. 42, ve L. Gross, ‘The Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran: Phase of Provisional Measures’, 74 AJIL, 1980, s. 395.

<sup>361</sup> Örneğin bkz., *Belgium v. Nicod and Another* 82 ILR, s. 124.

<sup>362</sup> *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1980, s. 42; 61 ILR, s. 568. Divan özellikle madde 22, 25, 26 ve 27 ile 1963 Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi’nin benzer hükümlerini örnek göstermiştir, *a.g.e.*

<sup>363</sup> ICJ Reports, 2005, paragraflar 337–8 ve 340.

<sup>364</sup> *A.g.e.*, paragraf 342, *Iranian Hostages* davasına atıf yapılmıştır, ICJ Reports, 1980, ss. 30–2. Ayrıca bkz. Eritre Elçiliği binası ile vasıta ve diğer mallarının, Eritre’nin rızası olmadan, Etyopya güvenlik güçleri tarafından aranması ve el koyulmasının Eritre–Etyopya Talepler Komisyonu tarafından kınanması, Partial Award, Diplomatic Claim, Eritrea’s Claim 20, paragraf 46.

<sup>365</sup> Bkz., DUSPIL, 2000, ss. 421–8. Buna ek olarak, Elçiliğin bombalanması sırasında yaralanan kişilere ve ölenlerin ailelerine ABD tarafından pek çok sayıda *ex gratia* ödeme yapılmıştır, *a.g.e.*, s. 428. Ayrıca bkz., Denza, *Diplomatic Law*, s. 137. Büyükelçiliklere karşı girişilen saldırı örneklerine dair bkz. Denza, *Diplomatic Law*, ss. 134 vd.

<sup>366</sup> Bkz., Foreign Affairs Committee, Report, s. xxvi

<sup>367</sup> Dışişleri Bakanlığı Memorandumu, Foreign Affairs Committee, Report, s. 5

Bu bağlamda meşru müdaafa hakkının uygulanabileceği iddiası da ayrıca ileri sürülmüştür. Bu iddia Libya Elçiliği'nden ayrılan personelin aranmasını meşru göstermek için kullanılmış<sup>368</sup> ve bazı sınırlı koşullarda bir elçiliğe girmeyi meşru göstermek üzere kullanılabilceğine de dikkat çekilmiştir.<sup>369</sup>

Daha farklı bir mesele misyon binalarının terk edilmiş olması halinde ortaya çıkmaktadır. İngiltere'nin 1987 yılında yürürlüğe koyduğu Diplomatik ve Konsolosluk Binaları Kanunu bir gayrimenkulü diplomatik veya konsolosluk binası için kullanmak isteyen devletin Dışişleri Bakanı'ndan izin alması gerektiğini öngörmektedir. Bu iznin alınmasından sonra (bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce bu statüyü kazanmış gayrimenkul durumunda izin gerekli değildir), buna ilişkin izin daha sonra geri çekilebilecektir.<sup>370</sup> Dışişleri Bakanı böyle bir gayrimenkulün boş veya diplomatik personelsiz kalması ve ihmal edilmesi nedeniyle yayaalara ve komşu binalara zarar verebilecek durumda olması hallerinde, bunun uluslararası hukuk uyarınca uygun olduğuna da kanaat getirirse, söz konusu gayrimenkule ilişkin hakların kendi üzerine devrini isteme yetkisini haizdir (bölüm 2). Kanun'un 3. Bölümü uyarınca Dışişleri Bakanı bu binayı satın, bazı zorunlu harcamaları düştükten sonra kalan haklarından mahrum bırakılan kişiye verebilecektir.

Böyle bir durum, Pol Pot'un 1975'de Kamboçya hükümetini ele geçirmesinin ardından, Londra'daki Kamboçya Elçiliği personelinin binayı kapatıp anahtarları Dışişleri Bakanlığı'na teslim etmeleri üzerine ortaya çıkmıştır.<sup>371</sup> 1979'da Vietnam işgalinin ardından İngiltere Kamboçya hükümeti açısından tanımamasını geri çekmiş ve bu tarihten itibaren bu ülkenin hükümeti olarak hiç otorite ile ilişkiye girmemiştir. Kısa bir süre sonra civardaki evsizler binaya taşınmıştır. Bunun üzerine burası 1988 yılında Diplomatik ve Konsolosluk Binaları Kanunu, Bölüm 2'ye tabi kılınmış<sup>372</sup> ve Dışişleri Bakanı gayrimenkulü kendi üzerine almıştır. Bu duruma karşı binada yaşayan evsizler bir dava açmıştır. *R v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Samuel* davasında<sup>373</sup> Hakim Henry, Dışişleri Bakanı'nın Viyana Sözleşmesi, madde 45'e göre yüklenilen yükümlülüğe uygun şekilde ve doğru davrandığına karar vermiştir. Temyiz Mahkemesi de kanunun ilgili bölümünün yalnızca Dışişleri Bakanı'nın uluslararası hukukun böyle bir eyleme izin verdiğine kanaat getirmesi şartını getirdiğini hatırlatarak<sup>374</sup> temyizi reddetmiştir.<sup>375</sup>

*Westminster City Council v. Government of the Islamic Republic of Iran* davasında konu,<sup>376</sup> 1980'de zarar görmüş ve boşaltılmış olan Londra'daki İran Büyükelçiliği'nin tamiratından

<sup>368</sup> *A.g.e.*, s. 9. Böyle bir araştırma polislerin korunması için çok önemli sayılmıştır, a.g.e. Hem ulusal hem de uluslararası hukuktaki meşru müdafaya atf yapılmıştır, *a.g.e.*

<sup>369</sup> Bkz., Dışişleri Hukuk Danışmanı'nın görüşleri, Minutes of Evidence, Foreign Affairs Committee, Report, s. 28. Elbette, 1980 yılında İran'ın Londra'daki elçiliğini ele geçiren militanları çıkarmasını İngiltere'den istemesi örneğinde olduğu gibi bu tür bir binaya giriş kabul eden devletin rızası ile yapılabilir.

<sup>370</sup> Bölüm 1(3) uyarınca bir devlet söz konusu gayrimenkulü kendi misyonunun veya münhasıran bir konsolosluk noktasının amaçları için kullanmayı bırakırsa ya da, Dışişleri Bakanı, Bölüm 1(4) uyarınca uluslararası hukukun buna cevaz verdiğine ikna olması şartıyla, gayrimenkule ilişkin kabulünü veya rızasını geri çekerse, söz konusu gayrimenkul diplomatik veya konsolosluk binası olma niteliğini yitirir: Bkz. Assange vakası.

<sup>371</sup> Bkz., C. Warbrick, 'Current Developments', 38 ICLQ, 1989, s. 965.

<sup>372</sup> Bkz., s. 2 of the Diplomatic and Consular Premises (Cambodia) Order, SI 1988 no. 30.

<sup>373</sup> The Times, 10 Eylül 1988.

<sup>374</sup> The Times, Ağustos 1989; 83 ILR, s. 232. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs v. Tomlin* davasında, The Times, 4 Aralık 1990; [1990] 1 All ER 920, Temyiz Mahkemesi bu durumda 1980 Zamanasımı Kanunu Bölüm 15(1) ve Şema 1 uyarınca otuz yıllık uzatılmış zamanasımı süresinin uygulanacağına ve gecekonducuların on iki yıllık zilyetlik kuralına dayanamayacaklarına hükmetmiştir.

<sup>375</sup> ABD hukukuna göre de bozulan ilişkiler nedeniyle geçici olarak boşaltılan elçiliklere el konulabilir ve ilişkiler tekrar başlayana kadar başka amaçlar için kullanılabilir. Buna ilişkin durumlar Yabancı Elçilikler Ofisi'nin emanetinde olan İran, Kamboçya ve Vietnam malları bakımından yaşanmıştır. Bkz., McClanahan, *Diplomatic Immunity*, ss. 53 ve 110. Ayrıca bkz., 1982 US Foreign Missions Act.

<sup>376</sup> [1986] 3 All ER 284; 108 ILR, s. 557.

kaynaklanan harcamaların ödenmesi ile ilgilidir. Belediye alacakları için bir gayrimenkul mükellefiyeti tescil ettirmeye çalışmış, ancak Viyana Sözleşmesi'nin 22. maddesi uyarınca bu binanın muafiyeti konusu ortaya çıkmıştır. Her ne kadar Mahkeme davaya usulen devam edemeyeceğini ifade etmişse de,<sup>377</sup> esas meseleye de atıf yapılmış ve binaların mevcut şartlara göre diplomatik bina olmaktan çıktığına ve binaların artık madde 22 gereği misyon amaçları için 'kullanım'da olmadıklarına - zira bu ifade şimdiki zamanı işaret etmektedir - dikkat çekmiştir. Ayrıca diplomatik binaların dokunulmazlığı ülkedışılık durumu ile de karıştırılmamalıdır. Zira bu binalar gönderen devletin ülkesinin parçası sayılmamaktadır.<sup>378</sup>

Genel uluslararası hukukta bir diplomatik sığınma hakkının olup olmadığı şüphelidir<sup>379</sup> ve prensip olarak aksine bir antlaşma veya özel örf ve adet kuralı olmadıkça, elçiliğe giren sığınmacılar kabul eden devletin yetkililerine geri verilmelidir. Uluslararası Divan Kolombiya ve Peru arasındaki *Asylum* davasında<sup>380</sup> bir sığınma hakkı tanıma kararının kabul eden devletin egemenliğinde bir eksiltme ve 'münhasıran bu devletin yetkisi içindeki alanlara bir müdahale oluşturduğunu' vurgulamıştır. Ülkesel egemenliğe yönelik böyle bir istisna bunun hukuki temeli her bir vakada özel olarak tespit edilmedikçe tanınmaz. Sığınma hakkının tanınmasına ilişkin antlaşmaların mevcut olması halinde, gönderen ve kabul eden devletin veya sığınma tanıyan devlet ile ülke devletinin kendi yetkileri açısından sorun çıkacaktır. Gönderen devletin diplomatları bir sığınmacıya uygulanacak antlaşma uyarınca sığınmanın tanınması için konulmuş koşulları karşılıklı karşılama yapılmadığına geçici olarak karar verebilse de, bu karar kabul eden devleti bağlamayacaktır. Zira 'uluslararası hukuk prensipleri sığınma hakkı tanıyan devlet tarafından tek taraflı ve kesin bir vasıflandırma kuralını kabul etmemektedir'.<sup>381</sup> Bu açıdan hukuken 'acil ve inandırıcı insani nedenler' yüzünden bir sığınma hakkı ortaya çıkabilirse de,<sup>382</sup> bunun mahiyet ve kapsamı belirsizdir.

### Diplomatik Çanta

Madde 27 kabul eden devletin misyonunun her türlü resmi amaç için serbestçe haberleşmesine izin vereceğini ve koruyacağını öngörmektedir. Madde 27(2) misyonun resmi yazışmalarının dokunulmazlığa sahip olacağını ifade etmekte olup, resmi yazışma misyona ve görevlerine ilişkin her türlü yazışma demektir. Buna diplomatik kurye ile kodlu veya şifreli mesajların kullanılması dahil olsa da telsiz vericisi için kabul eden devletin rızası gereklidir.<sup>383</sup>

<sup>377</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>378</sup> Örneğin bkz., *Persinger v. Islamic Republic of Iran* 729 F.2d 835 (1984). Ayrıca bkz., *Swiss Federal Prosecutor v. Kruszyk* 102 ILR, s. 176. Ayrıca bkz., Haziran 2012'de Wikileaks kurucusu Julian Assange'ın Londra'daki Ekvator Elçiliği'ne sığınması ve İngiliz hükümetinin 1987 tarihli Kanunu kullanabileceğini açıklaması, [www.thesundaytimes.co.uk/sto/news/uk\\_news/National/article1112899.ece](http://www.thesundaytimes.co.uk/sto/news/uk_news/National/article1112899.ece); [www.gov.uk/government/news/foreign-secretary-statement-on-ecuadorian-government-s-decision-to-offer-political-asylum-to-julian-assange](http://www.gov.uk/government/news/foreign-secretary-statement-on-ecuadorian-government-s-decision-to-offer-political-asylum-to-julian-assange) ve <https://www.gov.uk/government/news/extradition-proceedings-against-julian-assange>. Ayrıca bkz., Denza, *Diplomatic Law*, ss. 115-6. Bu kitabın yazımı sırasında vaka henüz çözülmemiş bulunmaktadır. Bkz. Keyfi Gözaltılara Dair Çalışma Grubu'nun 22 Ocak tarihli raporu (A/HRC/WGAD/2015) ve Dış İşleri Bakanlığı'nun 3 Mart 2016 tarihli cevabı [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/511129/FOI\\_0158-16\\_Submissions\\_to\\_UN\\_WGAD.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/511129/FOI_0158-16_Submissions_to_UN_WGAD.pdf).

<sup>379</sup> Örnek olarak, 16 Ağustos 2012'de İngiliz Dışişleri Bakanlığı İngiltere'nin diplomatik sığınma prensibini kabul etmediğini açıklamıştır, [www.gov.uk/government/news/foreign-secretary-statement-on-ecuadorian-government-s-decision-to-offer-political-asylum-to-julian-assange](http://www.gov.uk/government/news/foreign-secretary-statement-on-ecuadorian-government-s-decision-to-offer-political-asylum-to-julian-assange)

<sup>380</sup> ICJ Reports, 1950, ss. 266, 274-5.

<sup>381</sup> *A.g.e.*, s. 274.

<sup>382</sup> Oppenheim's *International Law*, s. 1084.

<sup>383</sup> Viyana Konferansı'nda bu konuda gelişmiş ve gelişmekte olan devletler arasında bir görüş ayrılığı bulunmaktaydı. Gelişmekte olan devletler telsiz yerleştirme ve kullanma hakkının rıza gerektirmediği kanaatindeydi; bkz., Denza, *Diplomatic Law*, ss. 180 vd.

Madde 27(3) ve (4) diplomatik çanta ile ilgilidir.<sup>384</sup> Bu çantanın açılmayacağı veya alıkonulamayacağı öngörülmektedir<sup>385</sup> ve diplomatik çanta teşkil eden paketlerin 'bu niteliğini gösterir harici işaretler taşıması gerekir ve bunlar ancak diplomatik evrakı veya resmi maksatlar için kullanılan materyalleri ihtiva edebilir' denilmektedir.<sup>386</sup> Bu konuda bir dengeleme ihtiyacı aşıkardır. Bir yandan misyonlar gizli bir haberleşme aracına ihtiyaç duyarken, diğer yandan bunun suistimaline karşı önlem alma ihtiyacı da açıktır. Ancak 27. madde de daha çok önceki hususa vurgu yapılmaktadır.<sup>387</sup> Ancak bu durum madde 27(4)'e uyulması şartına bağlıdır. Örnek olarak 5 Temmuz 1984 tarihli Dikko hadisesinde, eski bir Nijeryalı bakan Londra'da kaçırılmış ve Nijerya'ya uçakla gönderilmek üzere bir kasaya konulmuştur. Bu kasa<sup>388</sup> eşlik eden kişinin diplomatik statü iddiasına rağmen Stansted Havaalanı'nda açılmıştır. Kasa resmi bir mühür taşımaması nedeniyle bir diplomatik çanta sayılmamıştır.<sup>389</sup> Buna karşın Mart 2000'de Harare'deki İngiliz Yüksek Komisyonu'na gönderilen diplomatik çantanın Zimbabwe yetkilileri tarafından alıkonulması ve açılmasını, İngiliz hükümeti sertçe protesto etmiş ve Yüksek Komiseri'ni danışma için geri çektiğini açıklamıştır.<sup>390</sup>

Suistimal şüphesinden ötürü, bir açma veya alıkoyma olmadan, diplomatik çantanın elektronik olarak taranmasının meşru olup olmadığı sorusu ortaya atılmıştır. İngiltere'nin bu tür bir elektronik taramanın kabul edilebilir olduğu görüşünde olduğu - gerçi bu tür faaliyetleri yapmadığını iddia etmektedir - söylenebilir. Fakat diğer devletler bu görüşü kabul etmemektedir.<sup>391</sup> Nisan 1984'de Libya Elçiliğinin kuşatılmasından sonra binadan çıkartılan diplomatik çantaların aranmadığı da not edilmelidir.<sup>392</sup> Buna karşın Libya, Viyana Sözleşmesi'ne bir çekince koyarak bir diplomatik çantayı ilgili diplomatik misyonun resmi bir temsilcisi huzurunda açma hakkını saklı tutmuştur. Bu halde gönderen devletin yetkililerinin izin vermemesi halinde diplomatik çanta geldiği yere geri gönderilecektir. Kuveyt ve Suudi Arabistan da benzer çekinceler koymuş ve bunlara itiraz edilmemiştir.<sup>393</sup> Ancak durum bazı koşullarda diplomatik çantaların açılmasına izin verilmesine yönelik madde 27(3)'e yapılan bir Bahreyn çekincesi ile karşılaştırılmalıdır.<sup>394</sup> Ayrıca İngiltere söz konusu olayda Libya'nın çekincesini gerekçe olarak ileri sürebilirdi.

<sup>384</sup> 1989 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilen Diplomatik Kurye ve Diplomatik Çanta Hakkındaki Taslak Maddeler, madde 3(2)'de diplomatik çanta 'diplomatik mektupları ve diplomatik kurye tarafından eşlik edilsin veya edilmesin, 1. maddede yer verilen resmi haberleşme için kullanılan ve özelliklerini gösteren görünür dış işaretler taşıyan, resmi kullanım amacına yönelik resmi doküman veya eşyaları içeren paketler' şeklinde tanımlanmıştır. Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1989, cilt II, kısım 2, s. 15.

<sup>385</sup> Madde 27(3). Bkz. Denza, *Diplomatic Law*, ss. 191 vd.

<sup>386</sup> Madde 27(4).

<sup>387</sup> Bu önceki uygulamadan büyük bir sapmadır. Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1989, cilt II, kısım 2, s. 15.

<sup>388</sup> Kasayı taşıyanlar iddia olunan kaçırma olayındaki kişilerin bir kısmını içermektedir.

<sup>389</sup> Bkz., Foreign Affairs Committee, Report, ss. xxxiii-xxxiv. 1964 yılında Roma Havaalanı'nda içinde bağlanmış ve uyuşturulmuş bir İsrailinin bulunduğu kasa 'diplomatik posta' işareti taşımaktaydı. Bunun sonucunda İtalyanlar Mısır Elçiliğindeki bir görevliyi *persona non grata* ilan etmiş ve diğer ikisini de sınır dışı etmiştir, Keating's Contemporary Archives, s. 20580. 1980'de, Londra'daki Fas Elçiliğine gönderilmiş bir kasanın Harwich'te kendiliğinden açılmasının ardından 500,000 dolar değerinde uyuşturucu ortaya çıkmıştır, The Times, 13 Haziran 1980. Temmuz 1984'de, Sovyetlere ait bir tır Batı Almanya yetkilileri tarafından, tırın kendisi bir diplomatik çanta sayılmayacağı gerekçesiyle durdurulmuş, ancak tırın içindeki kasa diplomatik çanta kabul edilerek açılmamıştır, Foreign Affairs Committee, Report, s. xiii, not 48.

<sup>390</sup> Bkz., UKMIL, 71 BYIL, 2000, ss. 586-7.

<sup>391</sup> Bkz., Dışişleri Hukuk Müşaviri, Foreign Affairs Committee, Report, s. 23. Ayrıca bkz., 985 HC Deb., col. 1219, 2 Haziran 1980, ve Cmnd 9497. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1988, cilt II, kısım 1, s. 157, ve Denza, *Diplomatic Law*, ss. 238 vd.

<sup>392</sup> Foreign Affairs Committee, Report, s. xxx.

<sup>393</sup> Bkz., Denza, *Diplomatic Law*, ss. 193 vd. Birleşik Krallık itiraz etmemiş ve hatta çekincelerin Sözleşme'den önceki örf ve adet hukukunu yansıttığını kabul etmiştir, Dışişleri Memorandumu, Foreign Affairs Committee, Report, s. 4.

<sup>394</sup> Buna itiraz edilmiştir, Foreign Affairs Committee, Report, s. 4, ve bkz., Denza, *Diplomatic Law*, ss. 193 vd.

Dikko hadisesinden sonra İngiliz Dışişleri Bakanı'nın ilgili kasaların içinde insan bulunduğu şüphesi nedeniyle açıldığını açıklaması da ayrıca ilgi çekicidir. Kasaların diplomatik çanta teşkil edip etmediği bir arama hakkı açısından ilgili bir husus teşkil etmiştir, fakat:

*“verilen karar ve kasa bir diplomatik çanta teşkil etseydi verilmiş olacak olan karar tamamen insan hayatını muhafaza etme ve korumaya dair bir üst yükümlülüğü dikkate almıştır.”<sup>395</sup>*

Dolayısıyla bu kararın madde 27(3)'e insanlık yararına getirilen zımni bir istisnaya işaret ettiği görülmektedir. Bu durumda sadece ve sıkı biçimde bu şartlar içinde uygulanması şartıyla hoşgörülmesi gerekir.

Diplomatik çanta meselesi Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından madde 27 çerçevesinde ve 1963 Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi, 1969 Özel Misyonlar Sözleşmesi ve 1975 Devletlerin Uluslararası Örgütler ile İlişkilerinde Temsili Sözleşmesi'nin bu maddeye paralel hükümleri bağlamında incelenmiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 1989'da nihai olarak kabul edilmiş olan Diplomatik Kurye ve Diplomatik Çanta Hakkındaki Taslak Maddeler'in 28. maddesinde diplomatik çantanın nerede olursa olsun dokunulmaz olacağı öngörülmektedir. Bunun açılmaması veya alıkonulmaması gerekir ve ayrıca 'doğrudan veya elektronik ya da diğer teknik araçlarla incelemeden muaf tutulacaktır.' Ancak konsolosluk çantası durumunda şayet kabul eden veya transit devletin yetkili otoriteleri, çantanın diplomatik evrak ve belgeler veya münhasıran resmi maksatlar için kullanılan maddelerin dışında birşeyi ihtiva ettiğine inanacak ciddi gerekçelere sahipse çantanın gönderen devletin yetkili bir temsilcisinin huzurunda açılmasını isteyebileceklerdir. Şayet bu istek gönderen devletin otoriteleri tarafından reddedilirse çantanın geldiği yere geri gönderilmesi gerekir.<sup>396</sup> Bu hükmün mevcut hukuku yansıttığı düşünülmüştür. Konsolosluk çantası açısından Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nin 35(3) maddesi hükümlerinin tekrarlandığı doğrudur. Ancak diplomatik çantanın elektronik ve diğer teknik incelemeden muafiyeti koşulu Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi'nde yer almamaktadır ve Komisyon'un bu hükümle yalnızca mevcut durumun açıklığa kavuşturulmuş olduğu görüşü<sup>397</sup> tartışmalıdır.<sup>398</sup>

Diplomatik kurye, yani bir diplomatik çantaya eşlik eden kişi açısından Taslak Maddeler'de diplomatlara uygulananlara benzer bir imtiyazlar, muafiyetler ve dokunulmazlık rejimi öngörülmektedir. Bu şahıs kişisel dokunulmazlığa sahip olacak ve her türlü tutuklama veya gözaltına alınmadan muaf tutulacak (taslak madde 10), geçici ikametgahı dokunulmaz olacak (taslak madde 17) ve görevlerini icrası sırasında gerçekleştirdiği her eylem bakımından kabul eden veya transit devletin cezai ve hukuki yargısından muafiyetten yararlanacaktır (taslak madde 18). Genel olarak bu imtiyaz ve muafiyetler kabul eden veya transit devletin ülkesine girildiği andan itibaren başlayıp, bu devletten ayrıldığı ana kadar devam edecektir (taslak madde 21).<sup>399</sup>

### Diplomatik Muafiyetler - Mallar

Viyana Sözleşmesi, madde 22 uyarınca misyon binaları dokunulmazdır<sup>400</sup> ve, oradaki mobilyalar ve diğer eşyalar ile ulaşım araçları arama, elkoyma, haciz ve cebri icradan

<sup>395</sup> Bkz., Foreign Affairs Committee, Report, s. 50.

<sup>396</sup> Taslak madde 28(2). Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1989, cilt II, kısım 2, ss. 42-3. Ayrıca bkz., S. McCaffrey, 'The Forty-First Session of the International Law Commission', 83 AJIL, 1989, s. 937.

<sup>397</sup> *Yearbook of the ILC*, 1989, cilt II, kısım 2, s. 43.

<sup>398</sup> Örneğin bkz., *Yearbook of the ILC*, 1980, cilt II, ss. 231 vd.; *a.g.e.*, 1981, cilt II, ss. 151 vd. ve *a.g.e.*, 1985, cilt II, kısım 2, ss. 30 vd. Ayrıca bkz., A/38/10 (1983) ve bu konuya ilişkin 1984 toplantısında UHK üyesi Sir Ian Sinclair'in Memorandumunu, Foreign Affairs Committee, Report, ss. 79 vd.

<sup>399</sup> Örneğin bkz., McClanahan, *Diplomatic Immunity*, s. 64, ve *Yearbook of the ILC*, 1985, cilt II, kısım 2, ss. 36 vd.

<sup>400</sup> Sözleşme'nin 30(1). maddesi uyarınca, bir diplomatik yetkilinin özel konutu da misyon binaları ile aynı dokunulmazlık ve korumadan faydalanacaktır.

muafittir. Madde 23 uyarınca misyon binaları bakımından genel bir vergi istisnası getirilmiştir. *Phillippine Embassy* davasında Mahkeme, örf ve adet ile antlaşmalar hukuku ışığında, 'gönderen devlet tarafından diplomatik görevlerin icrası için kullanılan malların, madde 22'nin maddi veya mekansal kapsamına girmese bile, herhalükarda muafiyete sahip olduğunu' açıklamıştır.<sup>401</sup> Lordlar Kamarası'nın *Alcom Ltd. v. Republic of Colombia* davasında<sup>402</sup> 1978 Devlet Muafiyeti Kanunu uyarınca bir diplomatik misyon namına ticari bir bankada bulunan mevduat hesabının, davacı bunun yabancı devlet tarafından münferiden ticari işlemler yüzünden yüklenilen borçların ödenmesi için tahsis edildiğini göstermedikçe, muafiyete sahip olduğuna hükmetmiştir. Bu nedenle bir diplomatik misyonun günlük çalışma harcamalarında kullanılan hesap muafiyete sahip olacaktır.<sup>403</sup> Bu yaklaşım ayrıca, kabul eden devlet 'misyonun görevlerinin icrası için tam kolaylık sağlayacaktır' diyen, Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 25. maddesinin kapsamı içindeki yükümlülüğe dayanmaktadır. Lordlar Kamarası bu prensibin negatif şekilde formüle edilmesinin kabul eden devletin hükümetinin ne yürütme ne de yargı organının, misyonun kendi görevlerini yerine getirmesini engelleyici bir biçimde hareket etmemesi gerektiği anlamına geldiğine dikkat çekmiştir.<sup>404</sup>

Ancak Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 16(1)b, İngiltere'deki taşınmaz mallara ilişkin davalara dair madde 6'da yer alan muafiyet dışı bırakılmanın, 'bir devletin diplomatik misyon amaçları için kullanılan mallar üzerindeki mülkiyet veya zilyetliği'ne ilişkin davaları kapsamadığını öngörmektedir. *Intpro Properties (UK) Ltd v. Sauvel* davasında<sup>405</sup> Temyiz Mahkemesi bir diplomatik yetkilinin özel ikametinin, zaman zaman elçiliğin sosyal işleri için kullanılsa bile, bir diplomatik misyon amaçları için kullanım teşkil etmediğine ve ayrıca dava Fransız hükümetinin binadaki mülkiyet veya zilyetliğine ilişkin olmayıp yalnızca bir kiralama sözleşmesinin ihlalinden kaynaklanan tazminata yönelik olduğundan, Bölüm 16 uyarınca bir muafiyetin bulunmadığına karar vermiştir.

Viyana Sözleşmesi, madde 24 uyarınca bir misyonun arşivleri ve evrakının her zaman ve nerede bulunursa bulunsun dokunulmazlığa sahip olduğuna dikkat çekilmektedir.<sup>406</sup> Her ne kadar "arşivler ve evrak" terimi Sözleşme'de tanımlanmasa da, Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nin, madde 1(1)k hükmü "konsolosluk arşivleri" teriminin 'tüm evrak, belgeler, yazışmalar, kitaplar, filmler, ses bantları, kayıt defterleri ve şifre malzemesi ile bunların korunması ve saklanmasına yarayan kartoteks ve mobilyayı' kapsayacağını öngörmektedir. Dolayısıyla Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi'nde kullanılan terim de bundan daha az olamaz.<sup>407</sup>

Madde 24'ün kapsamı konusu Lordlar Kamarası tarafından, Uluslararası Teneke Konseyi davasına kanıt olarak sunulmak istenen bazı evrakın kabul edilemez olduğu gerekçesiyle yapılan itiraza ilişkin, *Shearson Lehman v. Maclaine Watson (No. 2)* davasında<sup>408</sup> tartışılmıştır. Bu iddia ITC'nin 'bir diplomatik misyonun resmi arşivleri bakımından sağlandığı gibi... resmi arşivlerin dokunulmazlığının benzerine' sahip olacağını öngören 1972 Uluslararası Teneke Konseyi (Muafiyetler ve İmtiyazlar) Talimatnamesi'nin 7. maddesi bağlamında öne

<sup>401</sup> Bkz., UN, Materials, ss. 297, 317; 65 ILR, ss. 146, 187.

<sup>402</sup> [1984] 2 All ER 6; 74 ILR, s. 180.

<sup>403</sup> Ayrıca bkz., *SerVaas v. Rafidain Bank* [2012] UKSC 40, paragraf 19.

<sup>404</sup> [1984] 2 All ER 9; 74 ILR, s. 182. Ayrıca bkz., Denza, *Diplomatic Law*, ss. 128 ve 170.

<sup>405</sup> [1983] 2 All ER 495; 64 ILR, s. 384.

<sup>406</sup> Bu antlaşma öncesi örf ve adet hukukunun ötesine geçen bir düzenlemedir. Örneğin bkz., *Rose v. R* [1947] 3 DLR 618. Ayrıca bkz., *Renhard v. Humphreys & Harding Inc.* 381 F.Supp. 382 (1974); *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1980, ss. 3, 36 ve Denza, *Diplomatic Law*, ss. 156 vd.

<sup>407</sup> Örneğin bkz., Denza, *Diplomatic Law*, s. 160 ve *Bancoult v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2013] EWHC 1502 (Admin), paragraf 43. Bu kararda 'haberleşme' teriminin modern elektronik haberleşme biçimlerini de kapsayacağına dikkat çekilmiştir.

<sup>408</sup> [1988] 1 WLR 16; 77 ILR, s. 145.



sürülmüştür. Lord Bridge, 24. maddedeki “bir misyonun arşivleri ve evrakı” terimini ‘misyona ait olan veya elinde bulunan’ arşivler ve evraka işaret edildiği şeklinde yorumlamıştır.<sup>409</sup> Böyle bir koruma, ev sahibi devletin yürütme ve yargı eylemleri ile sınırlı olmayıp, örnek olarak hırsızlık veya diğer uygunsuz yollarla dolaşıma sokulmuş evrakla ilgili durumları da içerecektir.<sup>410</sup> Bununla beraber, Temyiz Mahkemesi Londra’daki ABD büyükelçiliğinde bir konuşmanın kaydedilmesine ve bilahare Wikileaks’e sızdırılmasına dair bir belge ile alakalı olan *Bancoult v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*<sup>411</sup> davasında daha farklı ve sınırlayıcı bir tutum benimsemiştir. Mahkeme ilgili belgenin ‘üçüncü taraflara, dokunulmazlığın ihlalinin sonucu olarak bile, ulaşması halinde, delil olarak prima facie kabul edilebilir olduğuna’ ve ‘dokunulmazlığın, diğer diplomatik muafiyetler gibi, devlet gücünün uygulanması önünde bir engel oluşturmaktan daha öte bir şey olmasına’ hükmetmiştir. Lord Bridge’in yorumunun bağlayıcı olmadığı ve vakanın olguları bağlamında anlaşılması gerektiği değerlendirilmiştir.<sup>412</sup>

### Diplomatik Muafiyetler - Kişiler

Viyana Sözleşmesi, madde 29 uyarınca bir diplomatik personelin<sup>413</sup> şahsi dokunulmazlığı vardır ve dolayısıyla bu kişi tutuklanamaz veya gözaltına alınamaz.<sup>414</sup> Bu prensip diploması hukukunun en temel ve en yerleşik kuralıdır.<sup>415</sup> Örnek olarak BM Genel Kurulu Ocak 1999 tarihli 53/97 kararı ile diplomatik ve konsolosluk misyonları ve temsilcilerine karşı saldırı eylemlerini güçlü bir şekilde kınamıştır.<sup>416</sup> Aynı şekilde Güvenlik Konseyi de bir başkanlık açıklamasıyla Afganistan’da dokuz İranlı diplomatın öldürülmesini kınamıştır.<sup>417</sup> Devletler diplomatların korunmasının işlevsel gereksinimler ve mütekabiliyete dayalı bir karşılıklı menfaat olduğunu kabul etmektedir.<sup>418</sup> Kabul eden devlet bir diplomatik personelin şahsına, özgürlüğüne veya onuruna yönelik herhangi bir saldırıyı önlemek için “uygun tüm önlemleri alma” yükümlülüğü altındadır.<sup>419</sup>

<sup>409</sup> [1988] 1 WLR 24; 77 ILR, s. 150.

<sup>410</sup> [1988] 1 WLR 27; 77 ILR, s. 154. Ayrıca bkz., *Fayed v. Al-Tajir* [1987] 2 All ER 396; 86 ILR, s. 131.

<sup>411</sup> [2014] EWCA Civ 708, para. 58 ve bkz. yorumlar Denza, *Diplomatic Law*, s. 165 vd. Bu karar Bölge Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Bölge Mahkemesi, Lord Bridge’nin *Shearson Lehman* kararındaki konuşmasıyla madde 24 ve 27 (2)’nin kapsamının ‘nihai olarak belirlendiğine’ ve misyonun resmi haberleşmesinin gizliliğinin üçüncü taraflar bakımından da geçerli olduğuna karar vermiştir. Böylelikle, sözkonusu vakada ABD elçiliğinin resmi haberleşmesi mahkemede delil olarak kabul edilmeme bakımından gizlilikten istifade edebilir. *Bancoult v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2013] EWHC 1502 (Admin), 40, 44 ve 51. paragraflar.

<sup>412</sup> [2014] EWCA Civ 708, para. 37. Mahkeme, dokunulmazlığın muhakkak kabul edilemezlik anlamına gelmediği, dokunulmazlığın ev sahibi devletin ülkesi ile sınırlı olduğu ve devlet gücüne karşı zorlama uygulanmasına çalışılmadığı bir durumda alakalı bir şey olmadığı yönünde tavsiyede bulunmuştur. *A.g.e.*, para. 58.

<sup>413</sup> Madde 1(e)’de bu kişi misyon şefi veya misyonun diplomatik ekibinin bir üyesi olarak tanımlanmıştır. Ayrıca bkz., *US v. Noriega* 746 F.Supp. 1506, 1523–5; 99 ILR, ss. 145, 165–7.

<sup>414</sup> Madde 26 uyarınca kabul eden devlet, yasak bölgeler veya milli güvenlik nedeniyle sınırlanan bölgelere dair kural ve düzenlemelere uyulması şartıyla, misyonun bütün mensuplarının hareket etme ve kendi ülkesinde seyahat etme özgürlüğünü sağlamak zorundadır.

<sup>415</sup> Bkz., Denza, *Diplomatic Law*, ss. 213 vd.

<sup>416</sup> Ayrıca bkz., 42/154 sayılı karar ve Genel Sekreter’in Raporları A/INF/52/6 ve Add.1 ve A/53/276 ve Corr.1.

<sup>417</sup> SC/6573 (15 Eylül 1998). Ayrıca bkz., BM Genel Sekreteri’nin açıklaması, SG/SM/6704 (14 Eylül 1998).

<sup>418</sup> Örneğin bkz., ABD Yüksek Mahkemesi, *Boos v. Barry* 99 L Ed 2d 333, 346 (1988); 121 ILR, ss. 499, 556.

<sup>419</sup> *Harb v. King Fahd* davasında, [2005] EWCA Civ 632, paragraf 40, Temyiz Mahkemesi bir devlet başkanının nafaka davasına itirazının kapalı duruşmada ele alınmasının istendiği davada, egemen muafiyete ilişkin meseleyi açık duruşma yaparak inceleyen mahkemenin 29. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir. *Mariam Aziz v. Aziz ve Sultan of Brunei* davalarında, [2007] EWCA Civ 712, paragraf 88 vd. Temyiz Mahkemesi uluslararası hukuka göre bir devlet kendi yetki alanındaki yabancı bir devlet başkanına yönelik fiziki saldırıları veya fiziki müdahaleleri önlemek üzere tedbir almak zorunda olsa da, bu yükümlülüğün yurt dışındaki bir devlet başkanına sadece hakaret veya sövme içeren bireysel davranışlara genişletilmesinin şüpheli olduğuna karar vermiştir.

Diplomatların kaçırılması olaylarının yaşandığı bir sürecin ardından 1973 yılında BM Diplomatik Ajanlar Dahil Uluslararası Alanda Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi kabul edilmiştir. Sözleşme taraf devletlerin bu kişilere yapılan saldırıları iç hukukta uygun yaptırımlar içeren bir suç haline getirmeleri ve bu suçlar hakkında yargı yetkisi kurmak üzere gerekli tedbirleri almaları gerektiğini öngörmektedir. Taraf devletler bu suçları işleyenleri ya iade etmek ya da cezalandırmak yükümlülüğünü yüklenmektedir.<sup>420</sup> Diplomatları koruma yükümlülüğünün ihlalinin en açık örneği Amerikalı diplomatların 1979-80 arası İran'da rehin olarak tutulması olup, Uluslararası Divan, Amerikalı diplomatik ve konsolosluk personelinin giderek uzayan bir süreçte alıkonulmasına rağmen İran hükümetinin hareketsiz kalmasının, madde 29'un 'açık ve ciddi bir ihlali' olduğuna hükmetmiştir.<sup>421</sup> *Congo v. Uganda* davasında Uluslararası Divan, Uganda Elçiliği'ndeki kişilere Kongo güçleri tarafından kötü davranılmasının, bu kişiler diplomat oldukları için, madde 29'un bir ihlalini oluşturduğuna ve aynı şekilde Ugandalı diplomatlara havaalanında kötü davranılmasının da madde 29'da yer alan yükümlülüğü ihlal ettiğine hükmetmiştir.<sup>422</sup>

Ancak istisnai durumlarda bir diplomat, meşru müdafa veya insan hayatını koruma gerekçesiyle tutuklanabilir ya da gözaltına alınabilir.<sup>423</sup>

Madde 30(1) bir diplomatik personelin özel ikametgahının<sup>424</sup> dokunulmazlığını öngörmekteyken, madde 30(2) bir personelin evrakı, haberleşmesi ve mallarının<sup>425</sup> da dokunulmaz olduğunu ifade etmektedir. Viyana Sözleşmesi'nin birçok hükmünü iç hukuka taşıyan 1964 Diplomatik İmtiyazlar Kanunu, Bölüm 4 uyarınca bir kişinin Kanun'da yer alan imtiyaz veya muafiyetlere sahip olup olmadığına ilişkin bir sorunun ortaya çıkması halinde, Dışişleri Bakanı tarafından veya onun yetkisi çerçevesinde verilen ve bu durumu açıklığa kavuşturan bir sertifikanın bu konuda kesin delil olacağı belirtilmiştir.<sup>426</sup>

Cezai yetki bakımından diplomatik personel kabul eden devletin hukuk sisteminden tam olarak muafiyete sahip olsalar da,<sup>427</sup> gönderen devletin yetkisinden herhangi bir muafiyet söz konusu değildir.<sup>428</sup> Madde 31(1)'de yer alan bu prensip örf ve adet hukuku açısından da kabul edilen durumu yansıtmaktadır. Bir diplomat tarafından işlendiği iddia edilen suçlar karşısında ev sahibi devletin sahip olduğu tek çare bu kişiyi madde 9 uyarınca *persona non*

<sup>420</sup> Bkz., madde 2, 3, 6 ve 7. Madde 8 uyarınca bu tür suçlar taraf devletler arasındaki bir iade antlaşmasında iadeye tabi suç sayılacaktır. Bkz., *Duff v. R* [1979] 28 ALR 663; 73 ILR, s. 678.

<sup>421</sup> ICJ Reports, 1980, ss. 3, 32, 35-7; 61 ILR, s. 530.

<sup>422</sup> ICJ Reports, 2005, paragraf 338-40. Ayrıca bkz., Eritre-Etyopya Talepler Komisyonu'nun 19 Aralık 2005 tarihli kararı, Partial Award, Diplomatic Claim, Ethiopia's Claim 8. Bu kararda Eylül 1998 ve Ekim 1999'da diplomatik muafiyetine bakmaksızın Etiyopyalı ateşeyi tutuklayan ve kısa süreli alıkoyan Eritre, 29. maddeyi ihlalden sorumlu bulunmuştur.

<sup>423</sup> ICJ Reports, 1980, s. 40. Ayrıca bkz., Denza, *Diplomatic Law*, s. 223. Madde 29 uyarınca diplomatik personelin şahsına davaya ilişkin tebligat yapılamaz. Örneğin bkz., *Reyes v Al-Malki* [2015] EWCA Civ 32, para. 84. Ayrıca bkz., *Hellenic Lines Ltd v Moore* 345 F.2d 978 (D.C. Cir. 1965).

<sup>424</sup> Misyon binalarından ayrı olarak. Böyle bir ikametgah yalnızca geçici olarak özel olarak kiralanmış veya gönderen devlet tarafından bu amaçla kiralanmış olabilmektedir. Buranın geçici olarak boş kalması muafiyetin kaybına yol açmaz, ancak daimi olarak boş kalması halinde muafiyet kaybolabilir: örneğin bkz., *Agbor v. Metropolitan Police Commissioner* [1969] 2 All ER 707 ve Denza, *Diplomatic Law*, ss. 225 vd. 1977 Ceza Hukuku Kanunu Bölüm 9 uyarınca bir diplomatik yetkilinin özel ikametgahu olan yerlere kasden izinsiz giriş bir suç teşkil eder.

<sup>425</sup> Bunun madde 31(3) uyarınca sınırlandırılması durumu hariç. Malın yalnızca hukuka uygun olarak zilyetliğinin bulunması dokunulmazlığın kazanılması için yeterli gözükmektedir. Bkz., Denza, *Diplomatic Law*, s. 230.

<sup>426</sup> Bkz. *Al Attiya v Al Thani* [2016] EWHC 212 (QB), para. 40 vd.

<sup>427</sup> Örneğin bkz., *Dickinson v. Del Solar* [1930] 1 KB 376; 5 AD, s. 299; *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1980, ss. 3, 37; 61 ILR, s. 530 ve *Skeen v. Federative Republic of Brazil* 566 F.Supp. 1414 (1983); 121 ILR, s. 481. Ayrıca bkz., Denza, *Diplomatic Law*, ss. 232 vd.

<sup>428</sup> Madde 31(4).

*grata* ilan etmektir.<sup>429</sup> Özellikle motorlu araçlarla ilgili kabahatler bakımından bu konuda problemler yaşanmaktadır.<sup>430</sup>

Madde 31(1) ayrıca diplomatların<sup>431</sup> kabul eden devletin özel hukuk ve idari yargısından da muaf olduklarını belirtmekte ancak bu açıdan üç istisna getirmektedir.<sup>432</sup> Birincisi kabul eden devletin ülkesinde bulunan taşınmazlarla ilgili bir aynı hak davasıdır (misyon amaçları için kullanılmadıkça);<sup>433</sup> ikincisi diplomatın bir özel kişi olarak ilgilendiği mirasa ilişkin bir davadır (örnek olarak mirasçı veya mirasın idarecisi gibi); ve son olarak personelin yaptığı resmi olmayan mesleki veya ticari faaliyetlerdir.<sup>434</sup> 1987 tarihli *İngiltere'de Diplomatik İmtiyaz ve Muafiyetler Memorandumu* adı verilen bir Dışişleri Bakanlığı belgesinde,<sup>435</sup> özel hukuk alanında yargıya tabi bir hukuki yükümlülüğün kaçınmak üzere diplomatik muafiyete dayanılmasına ciddi yaklaşılması gerektiği ve böyle bir davranışın belli bir diplomatın İngiltere'deki kabul edilebilirlik statüsünün devamının sorgulanmasına neden olacağı not edilmiştir.<sup>436</sup> Ayrıca madde 31(2) uyarınca bir diplomatın tanıklık yapma zorunluluğu bulunmamakta iken, madde 31(3) uyarınca, madde 31(1)a, b ve c bentlerinde sayılan haller dışında, böyle bir kişiye karşı hiçbir icra işlemi yapılamayacak ve yapıldığı takdirde dahi, şahsının ve konutunun dokunulmazlığı ihlal edilemeyecektir. Diplomatik personel genel olarak kabul eden devlette yürürlükte olan sosyal güvenlik hükümlerinden,<sup>437</sup> vasıtalı vergiler

<sup>429</sup> Örneğin bkz., 1999 yılında Washington DC'de, bir Rus Elçiliği ataşesinin Dışişleri Bakanlığı'na dinleme cihazı yerleştirdiği şüphesiyle *persona non grata* ilan edilmesi olayı, 94 AJIL, 2000, s. 534.

<sup>430</sup> ABD ödenmeyen park cezaları problemini 1994 Yabancı Operasyonlar, İhracat Finansmanı ve İlgili Program Ödenekleri Kanunu'na, s. 574'ü ekleyerek çözmüştür. Buna göre ödenmemiş park cezalarının yüzde 114'ü o devletin aldığı yabancı yardımlardan kesilecektir. Buna ek olarak, Aralık 1993'de Dışişleri Bakanlığı bir yıldan fazla ödenmeyen park cezaları bulunan araçların kayıt yenilemelerinin yapılmayacağını açıklamış, böylece bu araçların kullanılmasını kanuna aykırı hale getirmiştir. Bkz., 'Contemporary Practice of the United States Relating to International Law', 88 AJIL, 1994, s. 312. 1978 ABD Diplomatik İlişkiler Kanunu uyarınca diplomatik misyonların, mensuplarının ve ailelerinin sorumluluk sigortası yaptırmaları gerekmekte ve bu sayede sigortalılara karşı hukuk davası açılabilmektedir. İngiltere park etme düzenlemelerine uymayı ve sabit park cezalarını ödemeyi devamlı olarak ihmal eden diplomatların 'Londra'daki diplomatik misyonların mensupları olarak kabul edilebilirliklerinin devamını sorunlu hale getireceğini' açıklamıştır, UKMIL, 63 BYIL, 1992, s. 700. Ayrıca bkz., Denza, *Diplomatic Law*, ss. 238-9 ve UKMIL, 77 BYIL, 2006, ss. 741 vd. Ayrıca Dış İşleri Bakanı'nın bu bağlamda işlendiği iddia olunan suçlara dair raporuna bkz. Bu rapora göre, 2015 yılında diplomatik dokunulmazlığa sahip olan kişiler tarafından 11 ciddi ve önemli suçun işlendiği öne sürülmüştür. Yazılı Açıklama - HLWS106, <https://www.parliament.uk/business/publications/written-questions-answers-statements/written-statement/Lords/2016-07-21/HLWS106/>

<sup>431</sup> Kabul eden devletin vatandaşı veya daimi mukimi olan bir diplomatın yalnızca yargı yetkisinden muafiyete ve görevinin icrası sırasında gerçekleştirdiği resmi eylemler bakımından dokunulmazlığa sahip olduğuna dikkat edilmelidir. madde 38. Bkz., *Al-Juffali v Estrada* [2016] EWCA Civ 176, 58. vd. paragraflar. Ayrıca bkz. *Jimenez v IRC* [2004] STC 371 ve Denza, *Diplomatic Law*, ss. 337 vd.

<sup>432</sup> Madde 31(1)a, b ve c. Gönderen devletin yargı yetkisinden muafiyetin olmadığına dikkat ediniz, madde 31(4).

<sup>433</sup> Bkz., *Intpro Properties (UK) Ltd v. Sauvel* [1983] 2 All ER 495; 64 ILR, s. 384. *Deputy Registrar* davasında, 94 ILR, ss. 308, 311, madde 31(1)a'nın uluslararası örf ve adet hukukunu yansıttığına hükmedilmiştir. *Hildebrand v. Champagne* davasında, 82 ILR, s. 121, bu hükmün bir kiralama kaynaklı ödemeler için açılmış bir dava gibi durumları kapsamadığına karar verilmiştir. Ayrıca bkz., *Largueche v. Tancredi Feni* 101 ILR, p. 377 ve *De Andrade v. De Andrade* 118 ILR, ss. 299, 306-7. BM Yargısal Muafiyetler Sözleşmesi'nin 13. maddesinde bir devletin forum devletinde bulunan taşınmaz malları bakımından herhangi bir hakkı, menfaati, zilyetliği veya kullanımına ilişkin ya da menfaati, zilyetliği veya kullanımından kaynaklanan başka herhangi bir yükümlüne ilişkin davalarda devletin muafiyetine bir istisna öngörülmektedir.

<sup>434</sup> Bkz., *Portugal v. Goncalves* 82 ILR, s. 115. Bu istisna bir hizmet sözleşmesi gibi kabul eden devletteki yaşamla bağlantılı sıradan sözleşmeleri içermemektedir. Bkz., *Tabion v. Mufti* 73 F.3d 535 ve Denza, *Diplomatic Law*, ss. 301 vd. Ayrıca bkz., *De Andrade v. De Andrade* 118 ILR, ss. 299, 306-7, bu davada bir diplomat tarafından yatırım amacıyla bir ev alınmasının bu hükmün anlamı çerçevesinde bir ticari faaliyet olmadığına karar verilmiştir.

<sup>435</sup> Bkz., UKMIL, 58 BYIL, 1987, s. 549.

<sup>436</sup> Annex F, Şubat 1985 tarihli önceki memorandumunu yenilemektedir, *a.g.e.*, s. 558. Bkz., 1992 Memorandumu, Annex F, UKMIL, 63 BYIL, 1992, s. 698.

<sup>437</sup> Madde 33.

hariç, şahsi veya aynı, bölgeler veya belediyelere dair her türlü vergi ve harçtan,<sup>438</sup> şahsi ve kamusal hizmet yükümlülüklerinden<sup>439</sup> ve gümrük vergileri ve muayenesinden muaftır.<sup>440</sup> Bir diplomatın kişisel bagajı, madde 36(1)'de sayılan muafiyetler kapsamında olmayan eşyaları ihtiva ettiğinin varsayılmasını gerektirecek ciddi sebepler bulunmadıkça, aranmayacaktır. Arama yapılacaksa bu ancak diplomatın ya da yetkili temsilcisinin huzurunda yapılabilir.<sup>441</sup>

Madde 37 bir diplomatik personelin beraberinde oturan aile üyelerinin,<sup>442</sup> kabul eden devletin vatandaşı değilse, madde 29 ila 36'da belirtilen imtiyaz ve muafiyetlerden yararlanacağını öngörmektedir.<sup>443</sup> İngiltere uygulamasında aile üyeleri şunlardır: Eşler ve reşit olmayan çocuklar (onsekiz yaş altı); onsekizden büyük olup devamlı ücretli işte çalışmayan çocuklar (öğrenciler gibi); diplomatik ajana sosyal bakıcılık hizmeti veren kişiler; ve diplomat ile birlikte yaşayan ve daimi ücretli bir işle uğraşmayan ebeveynler.<sup>444</sup>

İdari ve teknik kadronun üyeleri (ve bunların aileleri) de, kabul eden devletin vatandaşı veya daimi surette orada mukim değilse, aynı şekilde 29 ile 35. maddelerden yararlanabileceklerdir.<sup>445</sup> Ancak madde 31(1)'de öngörülen muafiyetler bunların görevleri sırasında işledikleri eylemlerin ötesini kapsamamaktadır. Aynı şekilde kabul eden devletin vatandaşı veya daimi mukimi olmayan hizmetli kadrosunun üyeleri de resmi görevleri sırasında işledikleri eylemler bakımından muafiyetten yararlanacaklardır.<sup>446</sup>

Söz konusu muafiyet ve imtiyazlar ilgili kişinin görevine başlamak üzere kabul eden devletin ülkesine girmesi anından itibaren, ya da şayet zaten ülkede ise madde 39 uyarınca resmi bildirim anından itibaren, başlayacaktır.<sup>447</sup> *R. v. Governor of Pentonville Prison, ex Teja* davasında<sup>448</sup> Lord Parker diplomatik muafiyetin talep edilebilmesi için diplomatik personelin 'bu ülke tarafından bir biçimde kabul edilmiş veya misafir edilmiş olmasının' temel önemde olduğuna dikkat çekmiştir.<sup>449</sup> Bu görüş Temyiz Mahkemesi hakimi Parker tarafından *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bagga* davasında<sup>450</sup> önceki davanın gerçekleri ışığında dikkatlice incelendikten sonra, şayet zaten ülkede bulunan bir kişi örnek olarak bir elçilikte sekreter olarak işe başlarsa bu kişinin muafiyete sahip olabilmesi için

<sup>438</sup> Madde 34 ve diğer bazı istisnalar için bkz., alt bölüm b ve g.

<sup>439</sup> Madde 35.

<sup>440</sup> Madde 36(1).

<sup>441</sup> Madde 36(2).

<sup>442</sup> Bkz., Brown, 'Diplomatic Immunity', ss. 63-6 ve Denza, *Diplomatic Law*, ss. 319 vd.

<sup>443</sup> Bunun arkasındaki amaç diplomatın bağımsızlığını ve taciz edilmeden çalışabilmesini sağlamaktır. Bkz., Denza, *Diplomatic Law*, s. 320.

<sup>444</sup> *A.g.e.*, ss. 320 vd. Civil Partnership Act 2004'den beri aile üyeleri aynı cinsiyete sahip eşleri de içermektedir. Biraz farklı olan ABD uygulaması için, bkz., *a.g.e.*, ss. 322-3. 'Eş' terimi çok eşli bir evlilikte diplomatın aile üyelerini oluşturan birden fazla eşi içerecek şekilde yorumlanabileceği gibi, diplomatla evli olmayan bir partneri de içerebilir, *a.g.e.*, s. 323.

<sup>445</sup> Madde 36(1)'de belirtilen gümrük harç ve vergilerine ilişkin istisnalar yalnızca ilk geliş sırasında ithal edilen mallara uygulanacaktır.

<sup>446</sup> Viyana Sözleşmesi'nden önceki örf ve adet hukuku, bu gibi alt seviyedeki diplomatik personelin muafiyetleri konusunda çok açık değildi, dolayısıyla 37. maddedeki hükmün bu kurallara ilişkin bir gelişme teşkil ettiği kabul edilmektedir. Örneğin bkz., Denza, *Diplomatic Law*, ss. 334 vd. ve *Yearbook of the ILC*, 1958, cilt II, ss. 101-2. Ayrıca bkz., *S v. India* 82 ILR, s. 13 ve *Reyes v Al-Malki* [2015] EWCA Civ 32.

<sup>447</sup> Ayrıca bkz., madde 10; bu maddede kabul eden devletin Dışişleri Bakanlığı'nın, misyon mensuplarının atanması, vardiye zamanı ve son ayrılış tarihleri veya misyondaki görevlerinin sona ermesi hakkında bilgilendirileceği öngörülmektedir. Aile üyeleri ve özel hizmetliler bakımından da benzer yükümler vardır. Ayrıca bkz., *Lutgarda Jimenez v. Commissioners of Inland Revenue* [2004] UK SPC 00419 (23 Haziran 2004), ve Denza, *Diplomatic Law*, ss. 88 vd.

<sup>448</sup> [1971] 2 QB 274; 52 ILR, s. 368.

<sup>449</sup> [1971] 2 QB 282; 52 ILR, s. 373. Ancak bkz., *Al-Juffali v Estrada* [2016] EWCA Civ 176, paras. 37-8.

<sup>450</sup> [1991] 1 QB 485; 88 ILR, s. 404.

bir bildirimden fazlasına gerek olmadığına hükmedilmiştir. *R. v. Lambeth Justices, ex parte Yusufu* davasında,<sup>451</sup> Hakim Watkins, madde 39'un 'bir diplomatın eşlik etmediği bir kişi için giriş ve bildirim arasında en fazla geçici muafiyeti' öngördüğüne karar vermiş iken, *Bagga* davasında mahkeme bu görüşü tamamen reddetmiştir.<sup>452</sup> Muafiyet açıkça bir bildirim ve kabule bağlı değilse de,<sup>453</sup> madde 39 uyarınca ülkeye yapılan giriş ile başlamaktadır. Madde 40 kendi ülkesi ile göreve gönderildiği bir üçüncü devlet arasında transit halinde olduğu ülkedeki bir kişi için de muafiyeti öngörmektedir.<sup>454</sup> Ancak bir diplomat ne kabul eden devletin ülkesinde, ne de kendi devleti ile kabul eden devlet arasında transit halinde olduğu bir devletten başka bir yerde ise muafiyeti bulunmamaktadır.<sup>455</sup> Muafiyet ve imtiyazlar normalde kişinin ülkeden ayrılması veya bunun yapılması gereken makul bir sürenin bitmesi üzerine sona erer.<sup>456</sup> Ancak madde 39(2) uyarınca bir misyon mensubu olarak görevini yapması sırasında işlediği eylemler bakımından muafiyeti devam edecektir. Bu formülden anlaşılacağı üzere kabul eden devletten ayrılan bir kişi için bir diplomatik misyon mensubu olarak görevinin ifası dışında yapılmış bir eylem için, zamanında yetkiden muaf olmuş olsa bile, muafiyet devam etmeyecektir. Bu görüş ABD Dışişleri Bakanlığı tarafından Papua Yeni Gine Büyükelçisi'nin sorumlu olduğu beş araca hasar verilmesi ve iki kişinin yaralanması ile sonuçlanan ciddi bir trafik kazası olayında benimsenmiştir.<sup>457</sup> Büyükelçinin ABD'den geri çekilmesinin ardından, Papua Yeni Gine'nin olay hakkında bir cezai soruşturma açılmaması veya eski büyükelçi hakkında Amerikan iç hukuku uyarınca bir hüküm verilmemesi isteği reddedilmiştir. ABD Mahkemesi eski diplomatın akreditasyon dönemi sırasında resmi olmayan eylemleri bakımından yargılanmasının, uluslararası hukuka aykırı olduğu görüşünü kabul etmemiştir.<sup>458</sup> *Propend Finance v. Sing* davasında ise Mahkeme, diplomatik görevlere ilişkin muafiyete dair madde 39(2)'yi polis irtibat görevini de içerecek şekilde geniş bir bakış açısıyla ele almıştır.<sup>459</sup>

*Former Syrian Ambassador to the GDR* davasında Alman Federal Anayasa Mahkemesi, madde 39(2)'nin söz konusu büyükelçinin kendi elçiliğinden bir terörist gruba patlayıcıların transferine izin vermektен cinayete ortaklıkla suçlandığı durumu da kapsadığına hükmetmiştir. Bu kişinin kendi resmi görevlerini yerine getirme çerçevesinde hareket ettiğine karar verilmiştir. Cezai davalardan diplomatik muafiyetin özellikle ciddi suçlar açısından hiç bir istisna tanımadığı ve tek çarenin bu kişiyi *persona non grata* ilan etmek olduğu iddia edilmiştir.<sup>460</sup> Mahkeme, muhtemelen çok tartışmalı bir açıklamayla, madde 39(2)'nin kabul eden devlet için bağlayıcı olsa da üçüncü devletler için bağlayıcı olmadığına

<sup>451</sup> [1985] Crim. LR 510; 88 ILR, s. 323.

<sup>452</sup> [1991] 1 QB 485, 498; 88 ILR, ss. 404, 412. Ancak bkz., *Al-Juffali v Estrada* [2016] EWCA Civ 176, para. 39.

<sup>453</sup> [1991] 1 QB 499; 88 ILR, s. 413, 'muhtemelen bir misyon şefi veya diplomatik seviyedeki diğer bir kişinin durumu hariç', a.g.e. Ayrıca bkz., *Lutgarda Jimenez v. Commissioners of Inland Revenue* [2004] UK SPC 00419 (23 Haziran 2004) ve Denza, *Diplomatic Law*, s. 351.

<sup>454</sup> Bkz., Brown, 'Diplomatic Immunity', s. 59, ve *Bergman v. de Siey'es* 170 F.2d 360 (1948). Ayrıca bkz., *R v. Governor of Pentonville Prison, ex parte Teja* [1971] 2 QB 274; 52 ILR, s. 368. Bu tür muafiyetler aile üyelerine yalnızca diplomata eşlik etmeleri veya onunla buluşmak üzere ayrı ayrı seyahat etmeleri ya da ülkelerine dönmek üzere seyahat etmeleri halinde uygulanacaktır, *Vafadar* 82 ILR, s. 97.

<sup>455</sup> Örneğin bkz., *Public Prosecutor v. JBC* 94 ILR, s. 339.

<sup>456</sup> Madde 39 ve bkz., *Shaw v. Shaw* [1979] 3 All ER 1; 78 ILR, s. 483. Ayrıca bkz., *US v Devyani Khobragade*, US District Court, SDNY, Case 1:14-cr-00008-SAS (2014) Bu davada mahkeme muafiyet konusuna, tutuklama yada yetki alanından ayrılma tarihinde değil, iddianame tarihinde karar verileceğine hükmetmiştir. Bkz., Denza, *Diplomatic Law*, s. 352.

<sup>457</sup> Bkz., 81 AJIL, 1987, s. 937.

<sup>458</sup> Bkz., *Tabatabai* davası, 80 ILR, s. 388; *US v. Guinand* 688 F.Supp. 774 (1988); 99 ILR, s. 117; *Empson v. Smith* [1965] 2 All ER 881; 41 ILR, s. 407 ve *Shaw v. Shaw* [1979] 3 All ER 1; 78 ILR, s. 483. Ayrıca bkz., Y. Dinstein, 'Diplomatic Immunity from Jurisdiction *Ratione Materiae*', 15 ICLQ, 1966, s. 76.

<sup>459</sup> 111 ILR, ss. 611, 659–61. Ayrıca bkz., *Re P (No. 2)* [1998] 1 FLR 1027; 114 ILR, s. 485.

<sup>460</sup> 121 ILR, ss. 595, 607–8.

dikkat çekmiştir.<sup>461</sup> Dolayısıyla eski büyükelçinin madde 39(2) uyarınca Demokratik Alman Cumhuriyeti açısından devam etmekte olan muafiyeti, Federal Almanya Cumhuriyeti için bağlayıcı olmayacaktır.

Her ne kadar 1978 Devlet Muafiyeti Kanunu, Bölüm 4 uyarınca bir devlet kısmen veya tamamen İngiltere’de ifa edilecek istihdam sözleşmeleri bakımından yerel yetkiye tabi olsa da, Bölüm 16(1) bunun Viyana Sözleşmesi’nin anlamı dahilinde<sup>462</sup> bir misyonun mensuplarının istihdamına ilişkin davalara uygulanmayacağını öngörmektedir. Bu yükümlülük Londra’daki Hindistan Yüksek Komiserliği’nde çalışan bir katip hakkındaki *Sengupta v. Republic of India* davasında<sup>463</sup> yeniden tasdik olunmuştur. Bununla beraber, Benkharbouche v Embassy of the Republic of Sudan<sup>464</sup> davasında Temyiz Mahkemesi Bölüm 16 (1) (a)’da bulunan mutlak istisnanın uluslararası hukuk tarafından öngörülenin ötesine geçtiğine ve bu yüzden Avrupa Sözleşmesi’nin 6. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir.<sup>465</sup>

### Muafiyetin Kaldırılması

1961 Viyana Sözleşmesi, madde 32 uyarınca gönderen devlet gönderdiği diplomatik ajanların ve diğerlerinin Sözleşme altında sahip oldukları muafiyetleri kaldırabilir.<sup>466</sup> Bu kaldırma açıkça yapılmalıdır.<sup>467</sup> Bunun yanı sıra şayet muafiyete sahip bir kişi dava açarsa, esas taleple doğrudan bağlantılı karşı-talep bakımından muafiyet iddiasında bulunamaz.<sup>468</sup> Ancak özel hukuk ve idari davalar bakımından yetkiden muafiyetin kaldırılması, mahkeme hükmünün icrası bakımından da muafiyetin kaldırılması anlamına gelmeyip bunun için ayrı bir kaldırma izni gerekmektedir.

Genel olarak, mevcut bir muafiyetin kaldırılması, özellikle cezai davalarda, sıra dışı bir durumdur.<sup>469</sup> *Yabancı ve Diplomatik Personelin Kişisel Hakları ve Muafiyetleri Bakımından Hukuk İnfaz Memurları için Dışişleri Bakanlığı Kılavuzu* adlı açıklamada<sup>470</sup> muafiyetin kaldırılmasının ilgili kişiye ‘ait’ bir mesele olmadığına, fakat gönderen devlete ait bir hak olduğuna dikkat çekilmiştir. Cezai suçlamalar karşısında muafiyetin kaldırılması fazla yaygın olmasa da, ‘bu rutin olarak talep edilmekte ve zaman zaman da kabul edilmektedir.’ Örnek olarak 1985 yılında Zambia hükümeti Londra elçiliğindeki uyuşturucu suçlarından şüphelenilen bir görevlisinin muafiyetini hızlı bir şekilde kaldırmıştır.<sup>471</sup>

*Fayed v. Al-Tajir* davasında<sup>472</sup> Temyiz Mahkemesi bir büyükelçinin karşılıklı iddialar sırasında savunma yoluyla yapmış olduğu görünüşte bir muafiyet kaldırma beyanına atıf yapmıştır.

<sup>461</sup> A.g.e., ss. 610–12. Bkz., B. Fassbender, ‘S v. Berlin Court of Appeal and District Court of Berlin-Tiergarten’, 92 AJIL, 1998, ss. 74, 78.

<sup>462</sup> Veya 1968 Konsolosluk İlişkileri Kanunu tarafından iç hukuka aktarılan 1963 Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi çerçevesinde bir konsolosluğun mensuplarına.

<sup>463</sup> 64 ILR, s. 352.

<sup>464</sup> [2015] EWCA Civ. 33, 46 ve 53. paragraflar. Ayrıca bkz., *Reyes v Al-Malki* [2015] EWCA Civ 32.

<sup>465</sup> Diploması görevlileri bazı vergilerden ve gümrük harçlarından da muaftır. Bununla beraber bu hüküm, normal olarak fiyatın içinde yer alan dolaylı vergilere; misyonunun amaçları için gönderen devlet namına satın alınmadıkça ev sahibi devletteki şahsi gayrimenkullere ilişkin vergilere; çeşitli varlık, miras ve intikal vergilerine; ev sahibi devlette elde edilen şahsi gelirlere; belirli hizmetlere ilişkin masraflara ve misyonun binaları hariç gayrimenkullara ilişkin mahkeme ve tapu harçlarına uygulanmaz. Ayrıca bkz., *UK Memorandum*, s. 693.

<sup>466</sup> Bkz., Denza, *Diplomatic Law*, ss. 273 vd.

<sup>467</sup> Örneğin bkz., *Public Prosecutor v. Orhan Olmez* 87 ILR, s. 212.

<sup>468</sup> Örnek bkz., *High Commissioner for India v. Ghosh* [1960] 1 QB 134; 28 ILR, s. 150.

<sup>469</sup> Bkz., McClanahan, *Diplomatic Immunity*, s. 137; Londra’daki ABD Elçiliğinin bir çalışanın, bir küçüğe karşı ahlaka ağır aykırılık suçundan şüphelenilen kocasının muafiyetinin kaldırılmadığı, ancak ilgili kişinin ABD’ye geri gönderildiği bir olaya atıf yapılmıştır. Ancak bkz., Denza, *Diplomatic Law*, ss. 284 vd., muafiyetin kaldırıldığı örneklerle yer verilmektedir.

<sup>470</sup> 27 ILM, 1988, ss. 1617, 1633.

<sup>471</sup> McClanahan, *Diplomatic Immunity*, ss. 156–7.

<sup>472</sup> [1987] 2 All ER 396.

Hakim Kerr hem uluslararası hukuk hem de İngiliz hukukunda muafiyetin gönderen devletin hakkı olduğuna ve bu nedenle 'yalnızca egemenin kendi diplomatik temsilcilerinin muafiyetini kaldırabileceğine, bunların kendi başlarına bunu yapamayacaklarına' dikkat çekmiştir.<sup>473</sup> Ayrıca davalının kendisi aleyhine açılmış bir dava dosyasına koyduğu savunmasının bir devlet tarafından muafiyetin kaldırılması için uygun bir yöntem olmadığına işaret edilmiştir.<sup>474</sup> *A Company v. Republic of X* davasında<sup>475</sup> Hakim Saville, madde 22'deki muafiyetleri kaldıracak bir etkisi olsun ya da olmasın (böyle bir etkinin mevcut olduğuna ikna olmamıştır) taraflar arasında yapılmış bir anlaşmanın tek başına devleti böyle bir kaldırma açısından bağlamayacağına, Mahkeme'den muafiyetlerin konusu hakkında veya kaldırılması bakımından yetkisini kullanmasının istendiği sırada Mahkeme'nin kendisine sunulmuş bir taahhüt veya rızanın gerekli olduğuna dikkat çekmiştir. Muafiyetlerin ilgili kişiye değil devlete bağlı olması prensibi gereği, böyle bir kaldırma devlet tarafından açıkça ve kesin şekilde yapılmalıdır.

### **Konsolosluk İmtiyaz ve Muafiyetleri: 1963 Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi<sup>476</sup>**

Konsoloslar örnek olarak vize ve pasaport vermek ve genel olarak kendi devletinin ticari menfaatlerini desteklemek gibi bir çok idari konuda kendi devletlerini temsil ederler. Ayrıca zor durumdaki vatandaşlara, örnek olarak avukat bulmak, hapisaneleri ziyaret etmek ve yerel yetkililerle temasa geçmek bakımından yardımcı olmak üzere özel bir rol oynarlar; ancak kabul eden devletin yargı süreçlerine veya iç işlerine müdahale edemez veya hukuki danışmanlık yapamaz ya da bir suçlu soruşturamazlar.<sup>477</sup> Kabul eden devletin yalnızca başkentinde değil ayrıca önem taşıyan taşra şehirlerinde de kurulabilirler. Ancak bunların politik görevleri çok azdır ve dolayısıyla diplomatik ajanlarla aynı derecede yetkiden muafiyete sahip değildirler.<sup>478</sup> Konsolosların gönderen devletten bir atama belgesine ve kabul eden devletten bir buyruktuya (*exequatur*) sahip olması gerekmektedir.<sup>479</sup> Vergi ve gümrük harçları bakımından diplomatlarla aynı muafiyetlere haizdirler.

Madde 31 uyarınca konsolosluk binaları dokunulmazlığa haizdir ve rıza olmaksızın kabul eden devletin yetkilileri tarafından buralara girilemeyeceği vurgulanmıştır. Buraların diplomatik binalar gibi müsaadesiz girmeye veya tahkir ve tezyife karşı korunmaları gerekmektedir.<sup>480</sup> Arşiv ve belgelerin korunması<sup>481</sup> ve vergi istisnaları<sup>482</sup> bakımından benzer muafiyetler mevcuttur. Madde 35'de konsolosluk makamının resmi haberleşmesinin dokunulmazlığına vurgu yapılarak, haberleşme özgürlüğü öngörülmekte ve bir konsolosluk

<sup>473</sup> *A.g.e.*, p. 411.

<sup>474</sup> *A.g.e.*, ss. 408 (Mustill LJ) ve 411–12 (Kerr LJ).

<sup>475</sup> [1990] 2 LL. R 520, 524; 87 ILR, ss. 412, 416, *Kahan v. Pakistan Federation* davasına atıf yapılmaktadır, [1951] 2 KB 1003; 18 ILR, s. 210.

<sup>476</sup> Örneğin bkz., L. T. Lee ve J. Quigley, *Consular Law and Practice*, 3. Baskı, Oxford, 2008, ve Lee, Vienna Convention on Consular Relations, Durham, 1966; M. A. Ahmad, *L'Institution Consulaire et le Droit International*, Paris, 1973, ve *Satow's Guide*, Bölüm 18–20. Ayrıca bkz., Daillier ve diğerleri, *Droit International Public*, s. 843; Oppenheim's International Law, ss. 1142 vd., ve Third US Restatement of Foreign Relations Law, ss. 474 vd. Uluslararası Divan, *Iranian Hostages* davasında, bu Sözleşme'nin konsolosluk ilişkilerine dair hukuku kodifiye ettiğini ifade etmiştir, ICJ Reports, 1980, ss. 3, 24; 61 ILR, ss. 504, 550. Ayrıca bkz., 1968 Consular Relations Act.

<sup>477</sup> Örneğin bkz., İngiliz Dışişleri'nin 'British Consular Services Abroad' adlı kitapçığı, UKMIL, 70 BYIL, 1999, s. 530, ve ayrıca bkz., *Ex parte Ferhut Butt* 116 ILR, ss. 607, 618.

<sup>478</sup> Bkz., konsolosluk faaliyetlerine ilişkin bazı çalışanlar ve egemen muafiyetler konusundaki uyumsuzluklar.

<sup>479</sup> Madde 10, 11 ve 12.

<sup>480</sup> Ancak bkz., Afganistan'daki İran konsolosunu kaçıran Taliban yetkililerini kınayan Güvenlik Konseyi kararı 1193 (1998). Ayrıca bkz., *R (B)v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2004] EWCA Civ 1344; 131 ILR, s. 616 ve *Abu Omar* davası, No. 46340/2012, ILDC 1960 (IT 2012). Konsolosun özel ikametgahı bu seviyede koruma altında değildir, *a.g.e.*

<sup>481</sup> Madde 33. Konsolosun özel belgeleri bu seviyede koruma altında değildir, *Abu Omar* davası, No. 46340/2012, ILDC 1960 (IT 2012).

<sup>482</sup> Madde 32.

çantasının ne açılacağı ne de alıkonabileceği ifade edilmektedir. Ancak, diplomatik çanta ile ilgili durumdan farklı olarak,<sup>483</sup> kabul eden devletin yetkilileri konsolosluk çantasının resmi haberleşme, belgeler veya benzer şeylerden başkasını ihtiva ettiğine inanmaları için ciddi gerekçeleri varsa, çantanın açılmasını isteyebilir. Bunun reddedilmesi halinde, çanta geldiği yere geri gönderilecektir.

Madde 36(1) kritik bir hüküm ihtiva etmektedir. Bu hüküm Uluslararası Divan'ın *LaGrand (Germany v. USA)* davasında vurguladığı üzere, 'konsolosluk korumasisteminin uygulanmasını kolaylaştırmak üzere tasarlanmış karşılıklı ilişkili bir rejim oluşturmaktadır'.<sup>484</sup> Madde 36(1)a konsolosluk memurlarının gönderen devletin vatandaşları ile görüşmek ve onları ziyaret etmek serbestisine sahip olacaklarını ve vatandaşların da konsolosluk memurları ile haberleşme ve onlara erişimde aynı serbestiye sahip olacaklarını öngörmektedir. Özellikle madde 36(1)b gönderen devletin vatandaşının istemesi halinde kabul eden devletin yetkililerinin bir tutuklama veya gözaltına alma hadisesini gecikmeksizin gönderen devletin konsolosluk makamına bildireceklerini belirtmektedir. Bu yetkililer, gönderen devletin vatandaşını gecikmeksizin söz konusu hakları konusunda bilgilendirecektir. Aynı şekilde gözaltına alınmış olan vatandaşın konsolosluk makamına iletilecek her türlü haber gecikmeksizin intikal ettirilecektir. Uluslararası Divan madde 36(1)'in ilgili vatandaş kişi için devleti tarafından talep edilebilecek bireysel haklar yarattığına ve bunların, Sözleşme'ye Ekli Uyuşmazlıkların Zorunlu Çözümüne Dair Seçimlik Protokol uyarınca, Divan'ın önünde ileri sürülebileceğine hükmetmiştir.<sup>485</sup> Uluslararası Divan ayrıca bu hükmün tanıdığı bireysel hakların ihlalinin, hem devletin kendisinin haklarını ihlal edeceğinin hem de aynı zamanda ilgili bireyin haklarının ihlali sayılabileceğinin altını çizmiştir.<sup>486</sup>

Divan Amerika'nın *LaGrand* kardeşlere bu hüküm altındaki haklarını 'gecikmeksizin'<sup>487</sup> bildirmeyerek, madde 36(1) altındaki yükümlülüklerini ihlal etmiş olduğuna hükmetmiştir.<sup>488</sup> Uluslararası Divan bu yaklaşımını, Meksika tarafından ABD'ye karşı *LaGrand* davası ile temelde aynı nedenlerle açılmış olan, *Avena* davasında yeniden tasdik etmiştir.<sup>489</sup>

Madde 41'de konsolosluk memurlarının, ağır bir suç halinde yetkili adli makamın kararı hali hariç, tutuklanamayacakları veya gözaltına alınamayacakları öngörülmektedir. Ancak sayet bir konsolosluk memuru aleyhine ceza davası açılırsa bu kişinin yetkili makamların

<sup>483</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>484</sup> ICJ Reports, 2001, ss. 466, 492; 134 ILR, ss. 1, 31. Ayrıca bkz., *Avena (Mexico v. USA)* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 12, 39; 134 ILR, ss. 120, 142.

<sup>485</sup> ICJ Reports, 2001, s. 494; 134 ILR, s. 33.

<sup>486</sup> *Avena (Mexico v. USA)* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 12, 36; 134 ILR, ss. 120, 139.

<sup>487</sup> Divan tutuklamayı yapan yetkililerin madde 36(1) uyarınca vermeleri gereken bilgileri verme yükümlülüğünün tutuklunun bir yabancı ülke vatandaşı olduğu anlaşılır anlaşılmaz veya kişinin muhtemelen bir yabancı ülke vatandaşı olduğunun düşünülmesi için nedenlerin bulunması halinde ortaya çıkacağına dikkat çekmiştir, *Avena* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 12, 43 ve 49; 134 ILR, ss. 120, 146 ve 153.

<sup>488</sup> ICJ Reports, 2001, s. 514; 134 ILR, s. 52. Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi, 1 Ekim 1999 tarihli bir İstisari Görüşü'nde, tutuklanmış olan yabancı ülke vatandaşlarının madde 36 (1) uyarınca konsolosluk yardımı alma haklarından haberdar edilmeleri yükümlülüğünün insan hakları müktesebatının bir parçası olduğu sonucuna varmıştır, Series A 16, OC-16/99, 1999 ve 94 AJIL, 2000, s. 555. Bkz., yukarıda 6. Bölüm. Uluslararası Divan, *LaGrand* davasında, bu argümanı ele almanın gerekli olmadığına karar vermiştir, ICJ Reports, 2001, ss. 466, 494-5. Vatandaşlara erişim hakkı için, ayrıca bkz., Yugoslavya'da 2000 yazında yaşanan bir olayda İngiltere, BM'in Kosova'daki Misyonu'nda görevli İngiliz vatandaşlarının Yugoslavya tarafından tutuklanması konusunda bilgi verilmemesini protesto etmiştir. Bkz., UKMIL, 71 BYIL, 2000, s. 608.

<sup>489</sup> ICJ Reports, 2004, s. 12. Meksika'nın bu kararın yorumlanması için Uluslararası Divan'a yaptığı başvuru reddedilmiştir, ICJ Reports, 2009, s. 3. Bu iki davada Uluslararası Divan kararı uyarınca ABD'nin sorumlulukları için bkz., aşağıda 18. Bölüm. Ayrıca bu davalara cevaben, ABD mahkemelerinin, Divan kararlarının iç hukukta doğrudan uygulanamayacağını ileri süren kararları için bkz., *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 US 331 (2006); *Gandara v. Bennett*, 528 F.3d 823 (11th Cir. 2008); *Mora v. New York*, 524 F.3d 183 (2d Cir. 2008); *Mora v. New York*, 524 F.3d 183 (2d Cir. 2008) ve *Medellin v. Texas*, 552 US 491 (2008). Ayrıca bkz., *Garcia v. Texas*, 564 US (2011) .



önüne çıkması gerekmektedir. Davada memurun resmi pozisyonuna saygı gösterilecek ve konsolosluk işlemlerinin yerine getirilmesini en az etkileyecek şekilde yürütülecektir. Madde 43 uyarınca bu kişilerin yargı yetkisinden muafiyetleri hem cezai hem de hukuki meselelerde konsolosluk görevlerinin resmen yerine getirilmesi sırasında işledikleri eylemlerle sınırlıdır.<sup>490</sup> Örnek olarak *Koepfel and Koepfel v. Federal Republic of Nigeria* davasında<sup>491</sup> Nijerya Başkonsolosu tarafından bir Nijerya vatandaşına sığınılacak bir yer sağlanmasının, madde 43 anlamında bir konsolosluk görevinin yerine getirilmesi sırasında işlenmiş bir eylem oluşturduğuna ve bu nedenle konsolosluk muafiyetini gerektirdiğine hükmedilmiştir.

### 1969 Özel Misyonlara Dair Sözleşme<sup>492</sup>

Birçok durumda devletler tanımlanmış belli bir mesele ile ilgilenmek üzere diplomatik ve konsolosluk misyonlarının daimi personeline ek olarak belli ülkelere özel veya *ad hoc* misyonlar göndermektedir. Bu gibi durumlarda tamamen teknik veya politik olarak önemli olabilen bu misyonlar esas olarak kıyas yoluyla Viyana Sözleşmesi'nden uygun değişiklikler yapılarak türetilen bazı muafiyetler ileri sürebileceklerdir. Madde 8 gereğince gönderen devlet, misafir eden devleti misyonun boyutu ve muhtevası hakkında bilgilendirmek zorunda olup, madde 17'ye göre bu misyon, ilgili devletlerce kararlaştırılan bir yere veya kabul eden devletin Dışişleri Bakanlığı'na bildirilmelidir.

Madde 31 uyarınca özel misyonların mensupları ilgili kişinin resmi görevleri dışında kullanılan bir aracın sebep olduğu bir trafik kazasından kaynaklanan talepler bakımından muafiyete sahip değildir ve madde 27 gereğince yalnızca özel misyonun görevlerini yerine getirmesi için gerekli olan hareket ve seyahat serbestisine izin verilmektedir.

Özel misyonlar sorunu Alman mahkemeleri önüne gelmiş olan *Tabatabai* davasında tartışılmıştır.<sup>493</sup> Federal Yüksek Mahkeme Sözleşme'nin henüz yürürlüğe girmemiş olduğuna ve mevcut örf ve adet hukukunu ne dereceye kadar yansıttığına dair çatışan görüşler bulunduğu dikkat çekmiştir. Ancak gönderen devlet tarafından özel bir politik misyonla görevlendirilmiş bir *ad hoc* temsilciye, kabul eden devletle bu görev ve buna bağlı statü için yapılmış müstakil bir anlaşma ile muafiyet tanınabileceğini öngören bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralının mevcut olduğu kesindir. Bu nedenle bu temsilcilere genellikle devletlerin daimi misyonlarının mensupları ile eşit düzeyde yer verilmektedir.<sup>494</sup> Muafiyet bir kişi olarak diplomati korumaktan ziyade bu kişinin gönderen devlet adına icra ettiği misyonu korumaktadır. Bu itibarla söz konusu davada ilgili devletler tarafından kabul edilmiş yeterince kesin bir özel misyonun bulunup bulunmadığı sorusu ortaya çıkmış ve Mahkeme mevcut şartlar çerçevesinde bu durumun bulunduğuna hükmetmiştir.<sup>495</sup> Buna karşın *US v. Sissoko* davasında Bölge Mahkemesi, ABD'nin taraf olmadığı Özel Misyonlara Dair Sözleşme'nin uluslararası örf ve adet hukuku haline gelmediğine ve bu yüzden Mahkemeyi bağlamadığına karar vermiştir.<sup>496</sup> Bununla beraber, Mahkeme uluslararası teamül hukukunda özel misyonların muafiyeti konusunu incelemiş görünmemektedir. Bir dizi yakın tarihli mahkeme kararı ve uygulamada, ABD yönetimi ve mahkemeleri bu muafiyetin gerçekten uluslararası teamül hukukunun bir parçası olduğunu kabul etmiştir.<sup>497</sup>

<sup>490</sup> Örneğin bkz., *Princess Zizianoff v. Kahn and Bigelow* 4 AD, s. 384 ve *Abu Omar* davası, No. 46340/2012, ILDC 1960 (IT 2012). Konsolosluk faaliyetleri için genel olarak bkz., DUSPIL, 1979, ss. 655 vd. Madde 45 uyarınca konsolosluk muafiyetlerinin kaldırılması açıkça ve yazılı şekilde yapılmalıdır.

<sup>491</sup> 704 F.Supp. 521 (1989); 99 ILR, s. 121.

<sup>492</sup> Örneğin bkz., Hardy, *Modern Diplomatic Law*, s. 89, ve Oppenheim's International Law, ss. 1125 vd. Sözleşme Haziran 1985'de yürürlüğe girmiştir.

<sup>493</sup> Bkz., 80 ILR, s. 388. Ayrıca bkz., Böckslaff ve Koch, 'The Tabatabai Case: The Immunity of Special Envoys and the Limits of Judicial Review', 25 *German YIL*, 1982, s. 539. Ayrıca bkz., *Syrian National Immunity* davası, 127 ILR, s. 88.

<sup>494</sup> 80 ILR, ss. 388, 419.

<sup>495</sup> *A.g.e.*, s. 420.

<sup>496</sup> 999 F.Supp. 1469 (1997); 121 ILR, s. 600. Ayrıca bkz., *Re Bo Xilai* 76 BYIL, 2005, s. 601.

<sup>497</sup> Örneğin bkz. *Kilroy v Charles Windsor, Prince of Wales*, Civ. No. C-78-291 (ND, Ohio, 1978), 81 ILR, 1990, s. 605; *Li Weixun v Bo Xilai* 568 F. Supp. 2d 35 (DDC 2008) ve ABD Dış İşleri Bakanlığı hukuk müşavirinin beyanatu, 2008, nakleden M. Wood, 'The Immunity of Official Visitors', 16 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2012, ss. 35, 94.

Birleşik Krallık Sözleşme'yi imzalamış ancak onaylamamıştır ve dolayısıyla benzer şekilde davalar uluslararası teamül hukuku ve onun gereklerine odaklanmıştır. *Ex parte Teja* davasında<sup>498</sup> davacının İsviçre'deki özel bir misyon için İngiltere'den geçmekte olduğuna dayalı bir diplomatik muafiyet başvurusu, bu nitelikte bir diplomatik yetkilinin devlet tarafından bir biçimde kabul edilmesi veya misafir edilmesinin temel ilke olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court* davasında<sup>499</sup> şu ifade edilmiştir: 'Özel Misyon'un tanınmasının temel şartı, kabul eden devletin misyona Özel Misyon olarak rıza göstermesidir.' Mahkeme özel misyonlar için verilen yürütme belgeleri konusu ile büyükelçilerin ve büyükelçilik personelinin kabulü arasında bir benzerlik kurmuş ve bu belgelerdeki hükümlerin nihai olduğunu ifade etmiştir.<sup>500</sup> Yürütmenin buna ilişkin rızasının yokluğunda davacı muafiyete sahip olamayacaktır. Bu davanın akabinde 4 Mart 2013 tarihinde Dış İşleri Bakanlığı özel misyonlar hakkında yazılı bir açıklama yaparak bir pilot uygulama başlatmıştır. Buna göre özel misyon Birleşik Krallık'a varmadan önce hükümetin rızasının açıkça verilmesi gerekecektir.<sup>501</sup> Özel misyon hakkında hükümetin açık rızasının talep edilmesi halinde, gerçekleşecek ziyaret ile ilgili olarak Londra'daki büyükelçilikler ve yüksek komiserlikler Dış İşleri Bakanlığı'nı bilgilendireceklerdir. Dış İşleri Bakanlığı ziyarete hükümetin rızası olup olmadığını bildirecektir. Hukuki sonuçlar nihayetinde mahkemelerin takdirindedir' şeklinde belirtilmiştir.

*The Freedom and Justice Party v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*,<sup>502</sup> davasında mahkeme, uluslararası teamül hukukunda özel misyonların muafiyete sahip bulunup bulunmadığına dair herhangi bir uluslararası mahkeme kararının mevcut olmadığını ifade etmiştir. Ancak mahkeme, son zamanlarda bazı vakalarda bu muafiyetin mevcut olduğunun tanındığına dikkat çekmiştir. Mahkeme şuna karar vermiştir: 'Özel Misyonlara Dair Antlaşma bütünüyle uluslararası teamül hukuku statüsüne kavuşmamıştır. Bununla beraber, mahkeme kararları ve devlet uygulamasının ağırlığının artık açıkça, Özel Misyonlara Dair Antlaşma'nın 29 ve 31 (1). maddeleri gereğince, dokunulmazlık ve muafiyeti desteklediği kanaatindeyiz'. Mahkeme ayrıca 'özel misyonların ve mebuslarının imtiyaz ve muafiyetlerine ilişkin olarak uluslararası teamül hukuku kurallarının mevcut olduğunu gösteren çok sayıda devlet uygulamasının' bulunduğunu belirtmiştir.<sup>503</sup> Özel misyonların muafiyetinin kapsamına ilişkin olarak ağırlıklı görüş Antlaşmanın teamül hukukunda mevcut bulunandan daha fazla muafiyet sağladığı yönündedir. Teamül hukuku misyonun görevini yerine getirmek için gereken kişisel muafiyete, ceza yargılamasından muafiyete ve (muhtemelen) hukuki ve idari muafiyete yoğunlaşmaktadır.<sup>504</sup>

<sup>498</sup> [1971] 2 QB 274, 282.

<sup>499</sup> [2011] EWHC 2029 (Admin), paragraf 37 vd.

<sup>500</sup> Ayrıca bkz. *The Freedom and Justice Party v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2016] EWHC 2010 (Admin), para. 120.

<sup>501</sup> <http://www.parliament.uk/documents/commons-vote-office/March-2013/4-3-13/6.FCO-Special-Mission-Immunity.pdf>

<sup>502</sup> [2016] EWHC 2010 (Admin), para. 104.

<sup>503</sup> *A.g.e.*, 114, 154, 157 ve 163-5. paragraflar. Sunulan örnekler için bkz., *Re Bo Xilai* 128 ILR, 2005, s. 713 ve Ehud Barak (2009) ve Mikhael Gorbachev (2011)'a ilişkin vakalar için bkz. Wood, 'The Immunity of Official Visitors', ss. 88 vd. Mahkeme bu maddeyi gerekçe göstermiştir. Ayrıca bkz., A.M. El-Haj, 'Special Missions', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015. Wood, Birleşik Krallık'a dair şunu ifade etmiştir: 'Özel misyonların mensupları da dahil, resmi ziyaretçilere ilişkin muafiyetin olduğu yönünde uluslararası teamül hukuku kurallarının mevcudiyeti üzerine inşa edilmiş çok geniş bir yürütme ve mahkeme uygulaması bulunmaktadır. Bu teamül hukuku kuralları İngiltere'de hukukun bir parçasını teşkil etmektedir ve mahkemeler tarafından doğrudan uygulanır' *A.g.e.*, s. 94.

<sup>504</sup> Bkz. *Brownlie's Principles of Public International Law* (ed. J. Crawford), 8. Baskı, Oxford, 2012, s. 414; Fox ve Webb, *State Immunity*, s. 567 ve Foakes, *Position of Heads of State*, s. 134.

### 1975 Devletlerin Evrensel Nitelikteki Uluslararası Örgütler ile İlişkilerinde Temsiline Dair Viyana Sözleşmesi<sup>505</sup>

Bu antlaşma, temsilciyi gönderen devlet ve örgütü misafir eden devlet arasında diplomatik ilişkiler olup olmadığına bakılmaksızın, devletlerin evrensel karakterdeki bir uluslararası örgütte temsili bakımından uygulanmaktadır.

Bu Sözleşme ile 1961 Viyana Sözleşmesi arasında bir çok benzerlik bulunmaktadır. Örnek olarak 30. madde uyarınca diplomatik personel cezai yetkiden tamamen muaf olup, 1961 Sözleşmesi madde 31'de de yer almış olan istisnalar hariç, hukuki ve idari yetki ile ilgili bütün davalardan da muafırlar. İdari, teknik ve hizmetli kadrosu da 1961 Sözleşmesi'ndekiler ile aynı konumdadır (madde 36).

Misyon binaları dokunulmaz ve misafir eden devletin vergilerinden muaf iken, bunların arşiv, belge ve haberleşmesi de aynı ölçüde dokunulmazdır.

Sözleşme, özellikle misyonların diplomatik personeli ile tartışmalı bir kıyas üzerine kurulu yüksek seviyede muafiyet öngörmesinden ötürü, soğuk bir kabulde karşılanmıştır.<sup>506</sup> Bu muafiyetlerin genişliği, 1946 Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme gibi mevcut sözleşmeler altındaki genel duruma da aykırı düşmektedir.<sup>507</sup>

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

H. Fox ve P. Webb, *The Law of State Immunity*, gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 3. Baskı, Oxford, 2015

X. Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge, 2012

*The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (ed. R. O'Keefe ve C. Tams), Oxford, 2013

A. Watts, 'The Legal Position in International Law of Heads of State, Heads of Governments and Foreign Ministers', 247 HR, 1994 III, s. 13

E. Denza, *Diplomatic Law*, 4. Baskı, Oxford, 2016

*Satow's Guide to Diplomatic Practice* (ed. I. Roberts), 6. Baskı, Oxford, 2009

L. T. Lee ve J. Quigley, *Consular Law and Practice*, 3. Baskı, Oxford, 2008

---

<sup>505</sup> Örneğin bkz., J. G. Fennessy, 'The 1975 Vienna Convention on the Representation of States in Their Relations with International Organisations of a Universal Character', 70 AJIL, 1976, s. 62. Ayrıca bkz., *Satow's Guide*, Bölüm VI.

<sup>506</sup> Sözleşme'nin kabul edilmesi için yapılan oylamada çekimser kalan Fransa, İsviçre, Avusturya, Kanada ve İngiltere gibi devletlerin önemli uluslararası örgütlerin merkezlerine ev sahipliği yapmakta olduğu dikkat çekicidir: bkz., Fennessy, '1975 Vienna Convention', s. 62.

<sup>507</sup> Özellikle bkz., madde IV. 1947 Uzman Kuruluşların İmtiyaz ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme'deki benzer bir yaklaşım için ayrıca bkz., madde V.

## BÖLÜM 13

# DEVLETİN SORUMLULUĞU

Devletin sorumluluğu uluslararası hukuk sisteminin doğasından ve devlet egemenliği ile devletlerin eşitliği doktrinlerinden kaynaklanan temel bir uluslararası hukuk prensibidir. Bu prensip uyarınca bir devletin bir başka devlete karşı uluslararası hukuka aykırı bir davranışta bulunması halinde, bu iki devlet arasında bir uluslararası sorumluluk hali ortaya çıkar. Başka bir deyişle uluslararası bir yükümlülüğün ihlali bir tazmin gerekliliğine yol açar.<sup>1</sup>

Burada asıl odak noktası ikincil düzeydeki meselelerle, yani bir uluslararası hukuk kuralının ihlali durumunda ortaya çıkacak usuli ve diğer sonuçlarla ilgili prensiplerdir.<sup>2</sup> Bu ayırım devletin sorumluluğu kuralları ile uluslararası hukukun diğer alanlarına ilişkin kurallar arasındaki ilişki hakkında pek çok tartışmaya yol açmıştır. Örnek olarak, devletin sorumluluğu kuralları ile antlaşmalar hukuku kuralları arasındaki ilişki 1990'da Fransa ile Yeni Zelanda arasında görülen *Rainbow Warrior* Tahkimi'nde ele alınmıştır.<sup>3</sup> Bu tahkim *Rainbow Warrior* adlı geminin 1985 yılında Fransız ajanları tarafından Yeni Zelanda limanında batırılması olayının ardından gerçekleşmiştir. İlk önce BM Genel Sekreteri'nden arabulucu olması istenmiş ve kendisinin 1986 yılında vermiş olduğu kararda<sup>4</sup> diğerlerinin yanı sıra Fransa'nın Yeni Zelanda'ya tazminat ödemesi ve iki Fransız ajanının Pasifik'deki bir Fransız üssüne, burada üç yıl kalmak üzere ve her iki devletin ortak rızası olmadan dönmeleri koşuluyla transferi öngörülmüştür.<sup>5</sup> Ancak her iki ajan da farklı gerekçelerle Yeni Zelanda'nın rızası olmaksızın üç yıl geçmeden önce ülkelerine geri dönmüştür. 1986 Antlaşması bir tahkim kaydı içermekte olup, Yeni Zelanda bunun uygulanması yoluna gitmiştir. Davada Yeni Zelanda'nın ileri sürdüğü argüman bir antlaşma yükümlülüğünün Fransa tarafından ihlaline odaklanmaktayken, Fransa yalnızca devletin sorumluluğu hukukunun durumla

<sup>1</sup> Genel olarak bkz., J. Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, 2013; *The Law of International Responsibility* (ed. J. Crawford, A. Pellet ve S. Olleson), Oxford, 2010; J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002; *Sovereignty, Statehood and State Responsibility* (ed. C. Chinkin ve F. Baetens), Cambridge, 2015, *Kısım III; Distribution of Responsibilities in International Law* (ed. A. Nollkaemper ve D. Jacobs), Cambridge, 2015; *Principles of Shared Responsibility in International Law* (ed. A. Nollkaemper ve I. Plakokefalos), Cambridge, 2014; *Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité Internationale des États* (ed. P. M. Dupuy), Paris, 2003; *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions* (ed. M. Fitzmaurice ve D. Sarooshi), Oxford, 2003; M. Forteau, *Droit de la Sécurité Collective et Droit de la Responsabilité Internationale de l'État*, Paris, 2006; N. H. B. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford, 2003; *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (ed. M. Ragazzi), The Hague, 2005; S. Villalpando, *L'Émergence de la Communauté Internationale dans la Responsabilité des États*, Paris, 2005; C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, 1928; *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (ed. R. B. Lillich), Charlottesville, 1983; Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Charlottesville, 1984; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Kısım I*, Oxford, 1983; Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, 1953; *United Nations Codification of State Responsibility* (ed. M. Spinedi ve B. Simma), New York, 1987; Société Française de Droit International, *La Responsabilité dans le Système International*, Paris, 1991; B. Stern, 'La Responsabilité Internationale Aujourd'hui ... Demain ...', *Mélanges Apollis*, Paris, 1992; P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 848, ve *Oppenheim's International Law* (ed. R. Y. Jennings ve A. D. Watts), 9. Baskı, London, 1992, Bölüm 4. Ayrıca bkz., Genel Sekreter'in Uluslararası Mahkemeler ve Diğer Kurumların Kararları Derlemesi, A/62/62, 1 Şubat 2007, eklemelerle birlikte A/62/62/Add.1, 17 Nisan 2007.

<sup>2</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1973, cilt. II, ss. 169-70. Hukuka uygun faaliyetlerden kaynaklanan zararlar için devletin sorumluluğu meselesi 14. Bölümde incelenecektir.

<sup>3</sup> 82 ILR, s. 499.

<sup>4</sup> Bkz., 81 AJIL, 1987, s. 325 ve 74 ILR, s. 256.

<sup>5</sup> Ayrıca bkz., Fransa ve Yeni Zelanda arasındaki 9 Temmuz 1986 tarihli Antlaşma, 74 ILR, s. 274.

ilgili olduğunu ve *force majeure* ve zaruret hallerinin kendisini sorumluluktan muaf kıldığını iddia etmiştir.

Tahkim mahkemesi antlaşmalara dair hukuku ilgili bulmuş olsa da, devleti bir hukuka aykırılıktan muaf tutacak (ve yalnızca görünüşte ihlal haline getirecek) durumlar ve ihlale uygun tazmin yöntemlerine karar verilmesi dahil, bir antlaşmanın ihlalinin hukuki sonuçlarının devletin sorumluluğuna dair teamül hukukuna ait alanlar olduğuna karar vermiştir.<sup>6</sup>

Kararda ayrıca uluslararası hukukun sözleşmeden kaynaklanan ve haksız fiil sorumluluğu arasında bir ayrıma gitmediğine, bu yüzden bir devletin hangi kökenden kaynaklanırsa kaynaklansın herhangi bir yükümlülüğü ihlal etmesi halinde bunun devletin sorumluluğuna ve dolayısıyla tazmin yükümlülüğüne yol açacağına dikkat çekilmiştir.<sup>7</sup> Bu hususu *Gabčikovo–Nagyvaros Project* davasında, Uluslararası Adalet Divanı şöyle tasdik etmiştir:

*“Bir antlaşmanın yürürlükte olup olmadığı ve usulüne uygun bir şekilde askıya alınıp alınmadığı veya sona erdirilip erdirilmediği hakkındaki bir karar antlaşmalar hukuku uyarınca verilmelidir. Öte yandan, antlaşmalar hukuku ile bağdaşmayacak bir şekilde askıya alındığı veya sona erdirildiği görülen bir antlaşmanın buna sebep olan devletin ne ölçüde sorumluluğuna yol açacağı hakkındaki değerlendirme ise devletin sorumluluğu hukuku uyarınca yapılmalıdır.”<sup>8</sup>*

Yugoslavya Tahkim Komisyonu ise 13 Nolu Görüş’ünde, Eski Yugoslavya’nın halefi devletleri etkileyen halefiyet sürecinde savaş zararı bakımından ödenecek herhangi bir bedelin varlıklar ve borçların paylaşılmasını etkileyip etkilemeyeceği sorusu üzerine, devletin sorumluluğu ile uluslararası hukukun diğer dalları arasındaki ilişki meselesine değinmiştir. Söz konusu soruya olumsuz karşılık veren Komisyon savaş zararı meselesinin devletin sorumluluğu alanına girdiğini, ancak devletlerin halefiyetine dair kuralların ise uluslararası hukukun başka bir alanına ait olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla bu iki konu da ayrı ayrı değerlendirilmelidir.<sup>9</sup>

Devletin sorumluluğuna ilişkin bir iddia elbette ciddidir ve böyle bir sorumluluğu öne süren tarafın bunu ispatlamak zorunda olduğu yerleşik bir içtihatır.<sup>10</sup> Eritre–Etyopya Talepler Komisyonu bir devletin sorumluluğuna dair bulguları desteklemek için ‘açık ve inandırıcı delillerin’ aranması gerekeceği görüşünü benimsemiş, Uluslararası Adalet Divanı ise bir devlete karşı ‘istisnai ağırlıkta suçlamalar’ içeren iddiaların ‘tamamen ikna edici’ delillerle ispatlanmasının zorunlu olduğuna hükmetmiştir.<sup>11</sup>

Bu alandaki çok çeşitli devlet uygulamalarına ek olarak, Uluslararası Hukuk Komisyonu da bu konuda kapsamlı bir çalışma yürütmüştür. 1975 yılında devletin sorumluluğu hakkında hazırlanan taslak maddelerin üç kısma ayrılması kararı alınmıştır: uluslararası sorumluluğun kökenine ilişkin I. Bölüm, uluslararası sorumluluğun içeriği, biçimleri ve derecelerine ilişkin II. Bölüm ve uyuşmazlıkların çözümü ve uluslararası sorumluluğun uygulanmasına ilişkin

<sup>6</sup> 82 ILR, ss. 499, 551.

<sup>7</sup> *A.g.e.*

<sup>8</sup> ICJ Reports, 1997, ss. 7, 38; 116 ILR, s. 1.

<sup>9</sup> 96 ILR, ss. 726, 728.

<sup>10</sup> Bkz., örneğin *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 128.

<sup>11</sup> *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 129. Deliller ve Uluslararası Divan için bkz., aşağıda 18. Bölüm,

III. Bölüm.<sup>12</sup> I. Bölüm, Komisyon tarafından 1980 yılında geçici olarak ve Taslak Maddeler de nihai olarak 9 Ağustos 2001 tarihinde kabul edilmiştir.<sup>13</sup> Maddelere ilişkin metnin sıra dışı bir usulle Genel Kurul'un 56/83 sayılı 12 Aralık 2001 tarihli kararına eklenmesi ve hükümetlerin takdirine sunulması maddelerin statüsüne özel bir ağırlık verildiğini göstermektedir.<sup>14</sup>

## DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN MAHİYETİ

Sorumluluğun başlıca özellikleri bazı temel faktörlere dayanmaktadır: İlk olarak, iki devlet arasında yürürlükte olan bir uluslararası hukuki yükümlülüğün mevcudiyeti; ikincisi, bu yükümlülüğü ihlal eden ve sorumlu devlete atfedilebilen bir eylem veya ihmalin meydana gelmiş olması ve sonuncu olarak, hukuka aykırı eylem veya ihmalin bir kayıp veya zarara yol açmış olması.<sup>15</sup>

Bu şartlara eskiden beri çok sayıda öncü davada açıkça yer verilmiştir. *Spanish Zone of Morocco* davasında,<sup>16</sup> Hakim Huber'in vurguladığı üzere:

*“Sorumluluk bir hakkın zorunlu sonucudur. Uluslararası nitelikteki bütün haklar uluslararası sorumluluğu içerir. Söz konusu yükümlülük yerine getirilmezse bu sorumluluk tazmin yükümlülüğünü doğurur.”<sup>17</sup>*

*Chorzów Factory* davasında da,<sup>18</sup> Uluslararası Daimi Adalet Divanı şunu ifade etmiştir:

*“Bir uluslararası hukuk prensibi ve hatta daha da köklü bir hukuki anlayış gereği bir taahhüdün ihlali bir tazmin yükümlülüğünü içerir.”*

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devletin Sorumluluğu Maddeleri'nin 1. maddesi de her uluslararası hukuka aykırı eylemin devletin sorumluluğunu gerektirdiğini öngören ve uygulamada da yaygın şekilde kabul edilen<sup>19</sup> söz konusu genel kuralı tekrar etmektedir. Madde 2'de de uluslararası hukuka göre bir devlete atfedilebilen ve o devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlalini oluşturan eylem veya ihmal içeren bir davranışın uluslararası

<sup>12</sup> *Yearbook of the ILC*, 1975, cilt. II, ss. 55–9. Ayrıca bkz., A. Pellet, 'The ILC's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts', *Law of International Responsibility*, s. 75; P. Allott, 'State Responsibility and the Unmaking of International Law', *29 Harvard International Law Journal*, 1988, s. 1; S. Rosenne, *The ILC's Draft Articles on State Responsibility*, Dordrecht, 1991; 'Symposium: The ILC's State Responsibility Articles', *96 AJIL*, 2002, s. 773; 'Symposium: Assessing the Work of the International Law Commission on State Responsibility', *13 EJIL*, 2002, s. 1053, ve P. M. Dupuy, 'Quarante Ans de Codification de Droit de la Responsabilité Internationale des États: Un Bilan', *107 RGDIP*, 2003, s. 305.

<sup>13</sup> 2001 UHK Şerhi, A/56/10, 2001. Bu Rapor bu bölümde daha sonra incelenecek olan UHK'nun Maddeler'e ilişkin Şerhini içermektedir. Şerh ayrıca Crawford'da da bulunabilir, *Articles*. UHK Maddeler'inin ne uluslararası örgütlerin ne de bireylerin sorumluluğunu ele almadığı ifade edilmelidir; bkz., madde 57 ve 58.

<sup>14</sup> Ayrıca bkz., Genel Kurul kararı 59/35. Kurul 8 Ocak 2008'deki 62/61 sayılı karar ile Devletin Sorumluluğu Maddelerini devletlere tevdi etmiş ve konuyla ilgili bir sözleşme yapılması sorusunu inceleme kararı vermiştir ve bkz., maddelere yapılan atf artışını ifade eden 16 Aralık 2013 tarihli 68/104 sayılı karar. Ayrıca bkz., S. Rosenne, 'State Responsibility: *Festina Lente*', *75 BYIL*, 2004, s. 363, ve J. Crawford ve S. Olleson, 'The Continuing Debate on a UN Convention on State Responsibility', *54 ICLQ*, 2005, s. 959.

<sup>15</sup> Bkz., örneğin H. Mosler, *The International Society as a Legal Community*, Dordrecht, 1980, s. 157, ve E. Jiménez de Aréchaga, 'International Responsibility', *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, ss. 531, 534.

<sup>16</sup> 2 RIAA, s. 615 (1923); 2 AD, s. 157.

<sup>17</sup> 2 RIAA, s. 641.

<sup>18</sup> PCIJ, Series A, No. 17, 1928, s. 29; 4 AD, s. 258. Ayrıca bkz., *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, ss. 4, 23; 16 AD, s. 155; *Spanish Zone of Morocco* davası, 2 RIAA, ss. 615, 641 ve *Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awás Tingni v. Nicaragua*, Inter-American Court of Human Rights, 31 Ağustos 2001 (Ser. C) No. 79, para. 163.

<sup>19</sup> Bkz., örneğin 2001 UHK Şerhi, s. 63.

hukuka aykırı bir eylem olduğu öngörülmektedir.<sup>20</sup> Bu prensip de içtihatlar tarafından tasdik edilmiştir.<sup>21</sup> Neyin uluslararası hukuka aykırı bir eylem teşkil edeceğini, ulusal hukukun hükümlerinden bağımsız olarak, uluslararası hukuk tayin eder.<sup>22</sup> Madde 12'ye göre bir uluslararası yükümlülüğün ihlali,<sup>23</sup> devletin eyleminin, kaynağı veya niteliği ne olursa olsun,<sup>24</sup> ilgili yükümlülüğün gerektirdiği şeyle uyuşmamasıdır. Devam eden nitelikte bir ihlal ilgili eylemin devam ettiği ve söz konusu uluslararası yükümlülükle bağdaşmadan geçen bütün süreyi kapsarken,<sup>25</sup> bileşik eylem içeren bir ihlal ise ilgili eylem veya ihmallerin devam ettiği ve uluslararası yükümlülükle bağdaşmadan geçen bütün süreyi kapsayacaktır.<sup>26</sup> Bir başka devletin bir uluslararası hukuka aykırı eylemi işlemesine yardım eden bir devlet de<sup>27</sup> şayet söz konusu durumu bilerek bunu yapmış ve ilgili eylem kendisi tarafından işlenmesi halinde de hukuka aykırı olacak idiyse ayrıca bundan sorumlu olacaktır.<sup>28</sup> Devletin sorumluluğu ile bireysel sorumluluk aynı zamanda mevcut olabilir. Bunlardan biri diğerini engellemez, herikisi de aynı anda mevcut olabilir.<sup>29</sup>

### Kusur Meselesi<sup>30</sup>

Devletin hukuka aykırı eylem veya ihmallerinden kaynaklanan sorumluluğunun kusursuz mu olduğu yoksa ilgili resmi görevliler açısından belli bir kusur ya da kasdının ispatlanmasının gerekli olup olmadığı hususunda rekabet halinde teoriler mevcuttur. Objektif sorumluluk prensibine (buna 'risk' teorisi adı verilmektedir) göre bir devletin sorumluluğu kusura dayanmamaktadır. Bir zarara sebep olan ve devletin bir görevlisi tarafından işlenmiş olan hukuka aykırı bir eylemin gerçekleşmesi halinde, bu devlet uluslararası hukuka göre iyi veya kötü niyete bakılmaksızın zarara uğrayan devlete karşı sorumlu olacaktır. Bu yaklaşımın aksine subjektif sorumluluk kavramı ise ("kusur" teorisi) bir devletin meydana gelen bir zarardan sorumlu sayılabilmesi için ilgili eylemi işleyen kişi açısından bir kasd (*dolus*) veya ihmal (*culpa*) unsurunun bulunmasının gerekli olduğunu vurgulamaktadır.

<sup>20</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1976, cilt II, ss. 75 vd. ve 2001 UHK Şerhi, s. 68.

<sup>21</sup> Bkz., örneğin *Chorzów Factory* davası, PCIJ, Series A, No. 9, s. 21 ve *Rainbow Warrior* davası, 82 ILR, s. 499.

<sup>22</sup> Madde 3. Bkz., genel olarak *Yearbook of the ILC*, 1979, cilt II, ss. 90 vd.; *a.g.e.*, 1980, cilt II, ss. 14 vd. ve 2001 UHK Şerhi, s. 74. Ayrıca bkz., *Noble Ventures v. Romania*, ICSID award of 12 October 2005, para. 53 ve yukarıda 4. Bölüm.

<sup>23</sup> Eylemin gerçekleştiği tarihte mevcut olan yükümlülük, Madde 13 ve 2001 UHK Şerhi, s. 133. Bu prensip zamanın hukuku hukuk genel prensibini yansıtmaktadır. Bkz., örneğin *Island of Palmas* davası, 2 RIAA, ss. 829, 845 ve yukarıda 8. Bölüm.

<sup>24</sup> Bkz., *Gabčíkovo-Nagymaros (Hungary v. Slovakia) Project* davası, ICJ Reports, 1997, ss. 7, 38; 116 ILR, s. 1 ve ILC Commentary 2001, s. 124.

<sup>25</sup> Bkz., madde 14. Ayrıca bkz., *Rainbow Warrior* davası, 82 ILR, s. 499; *Gabčíkovo-Nagymaros (Hungary v. Slovakia) Project* davası, ICJ Reports, 1997, ss. 7, 54; *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, para. 431; *Loizidou v. Turkey*, Merits, European Court of Human Rights, 18 Aralık 1996, para. 41-7 ve 63-4; 108 ILR, s. 443 ve *Cyprus v. Turkey*, European Court of Human Rights, 10 Mayıs 2001, para. 136, 150, 158, 175, 189 ve 269; 120 ILR, s. 10. Uluslararası Divan *Costa Rica v. Nicaragua* davasında devam etmekte olan bir hukuka aykırılığı sonlandırma yükümlülüğünün altını çizmiştir. ICJ Reports, 2009, ss. 213, 267.

<sup>26</sup> Madde 15.

<sup>27</sup> Veya onu yönlendiren ya da kontrol eden, bkz., madde 17; veya onu buna zorlayan, bkz., madde 18.

<sup>28</sup> Madde 16. Bkz., H.P. Aust, *Complicity in the Law of State Responsibility*, Cambridge, 2011 ve M. Jackson, *Complicity in International Law*, Oxford, 2015. Ayrıca bkz., *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 217.

<sup>29</sup> Bkz., madde 58. Ayrıca bkz., *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 116, ve A. Nollkaemper, 'Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law', 52 ICLQ, 2003, s. 615.

<sup>30</sup> Bkz., örneğin Crawford, *Articles*, s. 12; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Cambridge, 1927, ss. 135-43; Nguyen Quoc Dinh ve diğerleri, *Droit International Public*, s. 766; Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6. Baskı, Oxford, 2003, ss. 425 vd. ve Brownlie, *System*, ss. 38-46, ve Aréchaga, 'International Responsibility', ss. 534-40. Ayrıca bkz., J. G. Starke, 'Imputability in International Delinquencies', 19 BYIL, 1938, s. 104, ve Cheng, *General Principles*, ss. 218-32.

Bu ayrım açısından ilgili içtihatlar ve akademik görüşler de bölünmüş durumdadır; ancak çoğunluk kusursuz, yani objektif sorumluluk teorisine, meyleder durumdadır.

1926'daki *Neer* davasında<sup>31</sup> bir Meksika madeninini Amerikalı yöneticisi vurularak öldürülmüştür. ABD bu kişinin dul eşi ve kızı adına Meksikalı yetkililerin soruşturmayı dikkatsiz bir şekilde ele aldıkları gerekçesini ileri sürerek tazminat talep etmiştir. Bu meseleyi ele alan Genel Talepler Komisyonu olaya objektif kriteri uygulayarak talebi kabul etmemiştir. *Caire* davasında ise,<sup>32</sup> Fransız-Meksika Talepler Komisyonu kendilerine 5000 Meksika doları ödeme yapmadığı için Meksikalı askerler tarafından vurulan bir Fransız vatandaşının vakasını incelemiştir. Komisyon başkanı olan Verzijl objektif sorumluluk doktrini, yani 'bir devletin kendisinin herhangi bir "kusuru" olmasa da görevlileri veya organlarının eylemlerinden ötürü yüklenebilen sorumluluk' uyarınca, Meksika'nın meydana gelen zarardan sorumlu olduğuna hükmetmiştir.<sup>33</sup>

Subjektif yaklaşımın kabul edilmesiyle öne çıkan bir dava ise 1920'de İngiltere ile ABD arasındaki *Home Missionary Society* davasıdır.<sup>34</sup> Bu davada siyasi himaye altındaki Sierra Leone'de uygulamaya konulan "gecekondu vergisi" yerel bir isyanı tetiklemiş ve bu sırada *Society*'nin malları zarar görmüş ve misyonerleri öldürülmüştür. Mahkeme *Society*'nin (ABD tarafından öne sürülen) taleplerini reddetmiş ve kendisi isyanı bastırmakta iyi niyete aykırı hareket etmemiş veya ihmali bulunmayan bir devletin isyancıların eylemlerinden sorumlu olmayacağını uluslararası hukukta sabit olduğunu ifade etmiştir. Bununla beraber bu davada ifade edilmiş olan görüşün, hukukun belli bir alanı ile, yani isyancıların eylemlerinden devletin sorumluluğu meselesi ile alakalı olduğuna dikkat edilmelidir. Dolayısıyla buradan genel bir kıyaslama yapıp yapılamayacağı şüphelidir.

*Corfu Channel* davasında,<sup>35</sup> Uluslararası Adalet Divanı kusur teorisine<sup>36</sup> şu ifadelerle meyleder gözükmektedir:

*"Yalnızca bir devletin kendi toprakları ve denizleri üzerinde icra ettiği kontrol olgusundan hareketle, bu devletin burada işlenen hukuka aykırı eylemi zorunlu olarak bildiği veya bilmesi gerektiği ya da failleri zorunlu olarak bildiği veya bilmesi gerektiği sonucuna varılamaz. Bu olgu, kendi başına ve diğer koşullardan bağımsız olarak, ne prima facie sorumluluğu içerir ne de ispat yükümlülüğünün yerini değiştirir."*<sup>37</sup>

Öte yandan, Divan münhasır ülkesel kontrol olgusunun o devletin söz konusu olaylara dair bilgisini ortaya koymak için kullanılacak ispat yöntemleri üzerinde etkili olacağını da vurgulamıştır. Bu açıdan sorumluluğa yol açan olaylara ilişkin dolaysız kanıt sunmanın zorluğu yüzünden, zarar gören devletin daha liberal olgusal çıkarımlara ve ikinci derecedeki kanıtlara başvurmasına müsaade edilmelidir.<sup>38</sup>

Ancak, bu vakada Divan'ın mayınların döşenmesi hakkında Arnavutluk'un bilgisini incelediğine ve bu meselenin ilgili devletin ülkesinde işlenmiş bir hukuka aykırı eylemden ötürü *prima facie* sorumluluk hususundan, isnada bakılmaksızın, farklı meseleler ortaya çıkardığına dikkat edilmelidir. Bu dava da kusur teorisinin kabulüne ilişkin bir kanıt

<sup>31</sup> 4 RIAA, s. 60 (1926); 3 AD, s. 213.

<sup>32</sup> 5 RIAA, s. 516 (1929); 5 AD, s. 146.

<sup>33</sup> 5 RIAA, ss. 529-31. Ayrıca bkz., *The Jessie*, 6 RIAA, s. 57 (1921); 1 AD, s. 175.

<sup>34</sup> 6 RIAA, s. 42 (1920); 1 AD, s. 173.

<sup>35</sup> ICJ Reports, 1949, s. 4; 16 AD, s. 155.

<sup>36</sup> Bkz., örneğin *Oppenheim's International Law*, s. 509.

<sup>37</sup> ICJ Reports, 1949, ss. 4, 18; 16 AD, s. 157. Karşılaştırma için bkz., *Judges Krylov ve Ecer, a.g.e.*, ss. 71-2 ve 127-8. Ayrıca bkz., *Judge Azevedo, a.g.e.*, s. 85.

<sup>38</sup> ICJ Reports, 1949, ss. 4, 18.



olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla bu açıdan doktrin ve uygulamanın objektif teoriyi desteklediği sonucu çıkarılabilir ve devlet organlarının ve kurumlarının çeşitlenmesi yüzünden bu sonuç ayrıca da haklı görülmelidir.<sup>39</sup> UHK Maddeleri'nin Şerhi'nde kusur tartışması açısından maddelerde kesin bir tutum alınmadığı vurgulanmış, ancak objektif veya subjektif yaklaşımlar ile kusur, ihmal veya özen gösterme gereği gibi standartların ilgili birincil yükümlülüğün içeriğine bağlı olarak bir bağlamdan diğerine göre değişebileceğine dikkat çekilmiştir.<sup>40</sup>

### İsnat<sup>41</sup>

Bir resmi görevli söz konusu olduğunda devlete kusursuz sorumluluğun yüklenmesi bu devleti farklı kurumları ve temsilcileri üzerinde daha fazla kontrol icra etmesi açısından teşvik eder. Bu durum, ayrıca devleti uluslararası ilişkilerde objektif davranış standartlarına uyulması yönünde de motive eder.

Devletin sorumluluğu pek çok alanı kapsar. Bazen bir devlet tarafından doğrudan işlenen ve diğer devletleri doğrudan etkileyen hukuka aykırı eylemleri ve ihmalleri içerir: Örneğin, bir antlaşmanın ihlali, bir başka devletin ülkesine tecavüz veya devlet malına zarar. Son başlığa bir örnek 1955 yılında Bulgar savaş uçaklarının İsrail'in devlet havayolu El Al şirketine ait bir sivil uçağı düşürmeleri üzerine gerçekleşmiştir.<sup>42</sup> Devletin sorumluluğu konusunda bir başka örnek olan *Nicaragua* davasında da,<sup>43</sup> Uluslararası Adalet Divanı kararında Nikaragua iç suları veya karasularına mayın döşenmesinin ve ABD ajanları tarafından Nikaragua limanlarına, petrol tesislerine ve bir deniz üssüne yapılan bazı saldırıların ABD'ne isnat edilebileceğine hükmetmiştir.<sup>44</sup> *Corfu Channel* davasında ise,<sup>45</sup> Arnavutluk kendi karasularına döşenen mayınların sonuçlarından, her ne kadar mayınları gerçekte kimin döşediğine dair bir bulguya ulaşılamamış olsa da, mayınların mevcudiyetine ilişkin bilgi sahibi olmasından ötürü sorumlu tutulmuştur. *Rainbow Warrior* olayında,<sup>46</sup> BM Genel Sekreteri'nin arabuluculuğunda ulaşılan çözüm uyarınca Yeni Zelanda'ya kendi ülkesinde Fransız ajanları tarafından bu geminin batırılması onun egemenliğini ihlal ettiği için, diğerlerinin yanı sıra, toplam 7 milyon dolar ödenmiştir.<sup>47</sup> Bir devlet kendi görevlilerinin bir başka devletin vatandaşına zarar veren faaliyetleri bakımından da sorumluluk üstlenebilir ve söz konusu faaliyete o devletin yetkilileri tarafından izin verilmiş olmasına da ihtiyaç yoktur.

Bu konudaki doktrin devlet ile hukuka aykırı eylem veya ihmali gerçekten işleyen kişi veya kişiler arasındaki ilişkiye bakmaktadır. Devlet soyut bir hukuki varlık olarak elbette gerçekte kendisi "eylemde" bulunamaz. Bunu sadece yetkili memurları ve temsilcileri aracılığıyla yapabilir. Dolayısıyla devlet, kendi vatandaşları tarafından işlenen bütün eylemlerden

<sup>39</sup> Kasd meselesi nedensellik probleminin (yani söz konusu eylem veya ihmalin ilgili kayıp veya zarara gerçekten neden olup olmadığı) ayrılmalıdır. Bkz., örneğin *Lighthouses* davası, 23 ILR, s. 352.

<sup>40</sup> ILC Commentary 2001, ss. 69–70.

<sup>41</sup> Bkz., örneğin *Yearbook of the ILC*, 1973, cilt II, s. 189. Ayrıca bkz., Crawford, *State Responsibility*, ss. 113 vd; içindeki değişik yazarlar için bkz., *Law of International Responsibility*, ss. 221 vd; Brownlie, *System*, ss. 36–7 ve Bölüm 7; L. Condorelli, 'L'Imputation à l'État d'un Fait Internationallement Illicite', 188 HR, 1984, s. 9, ve R. Higgins, 'The Concept of "the State": A Variable Geometry and Dualist Perceptions', *Mélanges Abi-Saab*, The Hague, 2001, s. 547.

<sup>42</sup> Bkz., *Aerial Incident* davası, ICJ Reports, 1955, ss. 127, 130. Ayrıca bkz., bir Sovyet savaş uçağının Belçika'da düştüğü olay. SSCB meydana gelen can kaybı ve hasar için sorumluluğu kabul etmiş ve tazminat ödenmiştir. Bkz., 91 ILR, s. 287, ve J. Salmon, 'Chute sur le Territoire Belge d'un Avion Militaire Sovietique de 4 Juillet 1989, Problèmes de Responsabilité', *Revue Belge de Droit International*, 1990, s. 510.

<sup>43</sup> *Nicaragua v. United States*, ICJ Reports, 1986, s. 14; 76 ILR, s. 349.

<sup>44</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 48–51 ve 146–9; 76 ILR, ss. 382, 480.

<sup>45</sup> ICJ Reports, 1949, s. 4; 16 AD, s. 155.

<sup>46</sup> Bkz., 81 AJIL, 1987, s. 325 ve 74 ILR, ss. 241 vd.

<sup>47</sup> Ayrıca bkz., İran Körfezi'nde görevde olan bir ABD savaş gemisinin Irak uçağı tarafından Mayıs 1987'de vurulduğu *USS Stark* olayı. Irak hükümeti 27 milyon dolar tazminat ödemeyi kabul etmiştir. Bkz., 83 AJIL, 1989, ss. 561–4.

uluslararası hukuka göre sorumlu değildir. Devlet yalnızca kendi görevlilerinin kendisine atfolunabilir veya isnat edilebilir olan eylemlerinden sorumlu olduğu için, öncelikle isnat kavramını (atfedilme adıyla da anılmaktadır) incelemek gerekli hale gelmektedir. Isnat kavramı, devlet görevlilerinin eylem veya ihmallerini devletin kendisine indirgeyen ve bir yabancıya malına veya şahsına verilen zarardan devletin sorumlu tutulmasına yol açan hukuki bir kavramdır.<sup>48</sup>

UHK Maddeleri'nin 4. maddesi herhangi bir devlet organının tasarrufunun, bu organ (devletin iç hukuku uyarınca bu statüye sahip bir kişi veya kurum dahil) yasama, yürütme yargı ya da başka fonksiyonlardan hangisini ifa ederse etsin, devlet teşkilatında hangi konuma sahip olursa olsun ve ister merkezi hükümet organı isterse devletin bir yerel birimi olsun, uluslararası hukuka göre o devletin eylemi olarak kabul edileceğini öngörmektedir. Bu yaklaşım ilgili teamül hukukunu yansıtmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı'nın *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur* davasında vurguladığı üzere 'Uluslararası hukukun yerleşik kuralına göre, bir devletin herhangi bir organının eylemi o devletin eylemi olarak kabul edilmek zorundadır.'<sup>49</sup> Uluslararası Adalet Divanı *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davasında 'bir devlet organının eyleminin uluslararası hukuka göre devletin eylemi sayılması ve bu nedenle şayet bu eylem devletin bir yükümlülüğünün ihlalini oluşturuyorsa bu devletin sorumluluğuna yol açmasının, devletin sorumluluğu hukukunun köşe taşlarından biri' olduğuna kanaat getirmiştir. Dolayısıyla bu kural, bir uluslararası teamül kuralı sayılmıştır.<sup>50</sup> Bu tanım açıkça bir devletin birimleri ve alt-birimlerini de kapsamaktadır.<sup>51</sup>

Madde 5, hükümet kurumları ve kısmen devlet idaresindeki yapıların çeşitlenmesinin bir sonucu olarak, 4. madde uyarınca devletin bir organı olmayan, ancak o devletin hukuku tarafından kamu gücü unsurlarını kullanma yetkisi kendilerine verilmiş olan bir kişi veya kurumun eyleminin ilgili olayda bu yetkiyle hareket ettiği müddetçe uluslararası hukuka göre devletin eylemi sayılacağına dikkat çekmektedir. Bu hüküm diğerlerinin yanı sıra kendilerine bazı kamusal veya düzenleyici işlevler tanınmış olan özelleştirilmiş kurumları da kapsama almayı amaçlamaktadır. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin olarak hapis hane gardiyanı olarak iş görme yetkisi verilmiş olan özel güvenlik şirketlerinin faaliyetleri, bazı göçmen kontrol işleri yapan devlet veya özel havayolu şirketleri<sup>52</sup> veya bazı polis yetkileri tanınmış bir demiryolu şirketi<sup>53</sup> gibi örnekler verilebilir.

Madde 5 kapsamındaki meseleler bir devletin organı veya personelinin başka bir uluslararası hukuki yapının emrine verildiği ve hem devletin hem de o yapının söz konusu organ veya personel üzerinde kontrol unsurları icra ettiği hallerde de ortaya çıkabilir. Bunun en açık

<sup>48</sup> UHK Maddeleri'nin 2. maddesi bir eylemin devlete isnat edilmesinin sadece bir nedensellik bağının tespit edilmesine değil, uluslararası hukukça belirlenmiş kriterlere dayandığını ifade etmektedir.

<sup>49</sup> ICJ Reports, 1999, ss. 62, 87; 121 ILR, ss. 405, 432 ve *LaGrand* davası, Provisional Measures, ICJ Reports, 1999, ss. 9, 16. Ayrıca bkz., örneğin *OSPAR (Ireland v. UK)* davası, Final Award, 2 July 2003, para. 144; 126 ILR, 334, 379, *Massey* davası, 4 RIAA, s. 155 (1927); 4 AD, s. 250 ve *Salvador Commercial Company* davası, 15 RIAA, s. 477 (1902). İlgili devlet organının yargıdan olduğu bir örnek olarak bkz., *Times* davası, European Court of Human Rights, Seri A, cilt 30, 1979; 58 ILR, s. 491, ve yasama için, bkz., örneğins *Young, James and Webster* davası, European Court of Human Rights, Seri A, cilt 44, 1981; 62 ILR, s. 359. Bir diğer örnek bir devletin silahlı güçleri olabilecektir, bkz., *Democratic Republic of Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 242.

<sup>50</sup> ICJ Reports, 2007, ss. 43, 202.

<sup>51</sup> Bu yüzden söz konusu madde yalnızca bir üniter devletin ilçeleri, illeri ve bölgeleri ile alakalı olmayacak, bkz., örneğin *Heirs of the Duc de Guise* davası, 13 RIAA, s. 161 (1951); 18 ILR, s. 423, ayrıca bir federal devletin federe devletlerine de uygulanacaktır, bkz., örneğin *LaGrand (Provisional Measures)* davası, ICJ Reports, 1999, ss. 9, 16; 118 ILR, ss. 39, 46, *Davy* davası, 9 RIAA, s. 468 (1903); *Janes* davası, 4 RIAA, s. 86 (1925); 3 AD, s. 218 ve *Pellat* davası, 5 AD, s. 145. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1971, cilt II, kısım I, ss. 257 vd. ve ILC Commentary 2001, ss. 84 vd.

<sup>52</sup> 2001 UHK Şerhi, s. 92.

<sup>53</sup> *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, ss. 281–2.

örneği bir askeri birliğin devlet tarafından barışı koruma amaçları için BM'nin emrine verilmesidir. Bu durumda, hem devlet hem de BM, birlik üzerinde belli yetkiler icra edecektir. Bu konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne *Behrami v. France* davasında gelmiştir. Burada sorun KFOR'un bir parçasını oluşturan ve Kosova bölgesinde mayın temizleme işi yapan birliklerin ait oldukları bazı NATO devletlerinin mi Mahkeme'nin yetkisine tabi olacağı, yoksa asıl sorumlu organın Mahkeme'nin yetkisine tabi olmayan Birleşmiş Milletler'in yetkisi altında çalışan KFOR'un mu olduğu şeklinde ortaya çıkmıştır. Mahkeme asıl önemli olan hususun BM Güvenlik Konseyi'nin operasyonel kumandayı devretmiş olsa da nihai yetki ve kontrolü saklı tutup tutmamış olduğuna işaret etmiş ve 1244 sayılı karar ışığında bunun saklı tutulmuş olduğuna hükmetmiştir. Dolayısıyla dava konusu olayın sorumluluğu BM'e isnat edilmiş ve ilgili devletler bakımından Avrupa Mahkemesi'nin yetkisi kabul edilmemiştir.<sup>54</sup> Ancak *Netherlands v. Nuhanović* davasında,<sup>55</sup> Hollanda Yüksek Mahkemesi 1995'de binlerce Müslümanın katledilmesi sonucuna yol açtığı kabul edilen Srebrenika (Bosna)'daki Hollandalı barış koruma gücünün eylemlerinden Hollanda'nın sorumlu olduğuna karar vermiştir.<sup>56</sup>

Madde 6, bir devlet tarafından başka bir devletin emrine verilen devlet organının eyleminin, eğer organ emrine verildiği devletin kamu gücünün unsurlarını kullanıyorsa, hangi devletin emrine verildiyse uluslararası hukuka göre o devletin eylemi sayılacağını öngörmektedir. Bu hüküm örnek olarak bazı *Commonwealth* (İngiliz Uluslar Topluluğu) ülkeleri için en yüksek yargı makamı olarak işlev gören Kraliyet Danışma Meclisi'ne uygulanabilecektir.<sup>57</sup>

### **Ultra Vires Eylemler**

Devletin ilgili resmi görevlisinin yetkisini aştığı durumlarda bile hukuka aykırı bir eylemin devlete isnat edilmesi mümkün olabilir, ancak bunun için, Verzijl'in *Caire* davasında ifade ettiği üzere,<sup>58</sup> resmi görevlinin 'en azından dışarıdan görünüş itibarıyla yetkili resmi görevli veya organ gibi hareket etmiş olması ya da kendi resmi pozisyonuna uygun yetki veya yöntemleri kullanmış olması zorunludur.'

Bu görüş *Mossé* davasında da tasdik edilerek,<sup>59</sup> şu hususa dikkat çekilmiştir:

"Resmi görevlilerin...kendi hizmet yetkilerinin kanuni sınırları dışında...hareket etmiş oldukları...kabul edilse bile, başka bir araştırma yapılmadan, iddianın geçersiz olduğu sonucuna varılmamalıdır. Burada bir hukuk sorununun daha dikkate alınması gerekli olabilir...yani uluslararası düzende bir devletin, kendi resmi görevlileri tarafından, alınıp oldukları talimatlara tamamen aykırı olmayan bir tasarruf çizgisine uygun bir şekilde ve kendi görevlerinin görünüşte sınırları içinde icra ettikleri eylemlerden sorumlu olması kabul edilmeli midir?"

<sup>54</sup> 2 Mayıs 2007, ss. 43, 99 vd. Ayrıca bkz., *Bosphorus Airways v. Ireland*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 30 Haziran, Kosova'daki durum bakımından bkz., yukarıda 8. Bölüm. Ayrıca bkz., *Former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece*, ICJ Reports, 2011, ss. 644, 660-1.

<sup>55</sup> 12/03324, 6 September 2013.

<sup>56</sup> Ayrıca bkz., *Jaloud v. the Netherlands*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 20 Kasım 2014, para. 142 vd. Burada Mahkeme Hollandalı birliklerin Irak'ta söz konusu alanda İngiltere'nin komutası altında ve ABD ve İngiltere'nin işgalci güçler olduğu bağlamda faaliyet göstermiş olmalarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinin işlemlerine engel olmak için yeterli olmadığı sonucuna varmıştır. Ayrıca bkz., 6. Bölüm,

<sup>57</sup> *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, s. 288 ve 2001 UHK Şerhi, s. 98. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Jaloud* davasında (bkz., önceki dipnot), 6. maddeye gönderme yaparak, Irak'taki söz konusu Hollandalı birliklerin herhangi bir yabancı gücün 'emri altında' veya bir başka devletin 'münhasıran yönlendirmesi veya kontrolü altında' olmadığına hükmetmiştir.

<sup>58</sup> 5 RIAA, ss. 516, 530 (1929); 5 AD, ss. 146, 148. Ayrıca bkz., Crawford, *State Responsibility*, s. 136.

<sup>59</sup> 13 RIAA, s. 494 (1953); 20 ILR, s. 217.

*Youman's* davasında,<sup>60</sup> bir Meksika kasabasındaki Amerikan vatandaşlarını korumaları emri almış olan milis güçleri, bunun yerine isyana katılmış ve bu sırada Amerikalılar öldürülmüştür. Milislerin söz konusu hukuka aykırı eylemleri, Meksika devletine isnat edilmiş ve bu devlet Genel Talepler Komisyonu tarafından sorumlu bulunmuştur. *Union Bridge Company* davasında,<sup>61</sup> Cape Hükümet Demiryolları'nda çalışan İngiliz memur, Boer Savaşı sırasında yanlışlıkla tarafsız bir devletin malına elkoymuştur. Ancak yanlışlığın samimi olmasına ve söz konusu mala el koyma açısından yetkilinin bir kasdı olmamasına rağmen yine de sorumluluğun mevcut olduğuna hükmedilmiştir. Burada ana konu bu eylemin memurun görevinin genel çerçevesi içinde kalmış olmasıdır. *Sandline* davasında ise, ilgili Mahkeme şunu vurgulamıştır: 'Bir devletin eylemlerinin bunlar *ultra vires* olsa veya devletin iç hukukunda hukuka aykırı olsa bile devletin eylemi sayılacağı uluslararası hukukun açıkça yerleşmiş bulunan bir prensibidir...Bunların [kurumlar, memurlar veya devlet çalışanları] eylem veya ihmalleri, devletin iç hukukunu ihlal etse bile, bu kişiler devletin organları olarak yetkileri içinde hareket etmeyi amaçladıklarında, uluslararası bakımdan devletin kendisinin sayılacaktır.'<sup>62</sup>

UHK Maddeleri'nin 7. maddesi kamu gücü unsurlarını kullanmakla yetkilendirilmiş bir devlet organı, kişi veya birimin eyleminin, yetkisini aşsa ya da talimatları çiğnese bile, bu yetki bağlamında hareket ediyorsa uluslararası hukuka göre devletin bir eylemi sayılacağını öngörmektedir.<sup>63</sup> Bu madde, görünüşte yetki kullanma referansı ile sınırlı olmayan mutlak bir sorumluluk kuralı koyuyor gibi durmaktadır ve objektif sorumluluk teorisinin genel kabulü bağlamında bu, muhtemelen doğru bir yaklaşımdır.<sup>64</sup>

Her ne kadar özel kişiler devlet görevlisi sayılmadıklarından devlet bunların eylemlerinden sorumlu olmasa da devlet bunların eylemlerini önlemek için gereken kontrolü yerine getirmemekten ötürü sorumlu tutulabilir. Bu husus İngiltere ile Amerika arasında 1925'deki *Zafiro* davasında<sup>65</sup> vurgulanmıştır. Mahkeme Filipinler'de bulunan bir savaş gemisinin sivil mürettebatı tarafından verilmiş olan zarardan, subaylar etkin önleyici tedbirleri almamış oldukları için, ABD'yi sorumlu tutmuştur.

### Devletin Kontrolü ve Sorumluluğu

UHK Maddeleri'nin 8. maddesi bir kişi veya kişi topluluğunun eyleminin, eğer bunlar eylemde bulunurken bir devletin talimatı, yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket etmişlerse, uluslararası hukuka göre devletin eylemi sayılacağını öngörmektedir. Maddenin ilk kısmı tartışmasız olsa da ikinci kısım için aranan gerekli yönlendirme veya kontrolün tanımlanması bakımından zorluklar ortaya çıkmıştır. Madde'nin Şerh'inde 'şayet devlet belirli bir operasyonu yönlendirmiş veya kontrol etmiş ise ve şikayet edilen eylem operasyonun bütünleyici bir parçası ise bu tür bir eylemin o devlete isnat edileceği' vurgulanmaktadır.<sup>66</sup> Yakın zamandaki içtihatlarda da bu meseleye değinilmiştir.

*Nicaragua* davasında, Uluslararası Adalet Divanı, *contra* gerillalarının eyleminin bunları finanse eden ve teçhiz eden ABD'ye isnat edilebilmesi için 'prensip olarak bu devletin iddia olunan ihlallerin işlendiği askeri veya paramiliter operasyonlarda etkin kontrolünün

<sup>60</sup> 4 RIAA, s. 110 (1926); 3 AD, s. 223.

<sup>61</sup> 6 RIAA, s. 138 (1924); 2 AD, s. 170.

<sup>62</sup> 117 ILR, ss. 552, 561. Ayrıca bkz., *Azinian v. United Mexican States* 121 ILR, ss. 1, 23; *SPP (ME) Ltd v. Egypt* 106 ILR, s. 501 ve *Metalclad Corporation v. United Mexican States* 119 ILR, ss. 615, 634.

<sup>63</sup> Bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 99 ve ayrıca bkz. *Yearbook of the ILC*, 1975, cilt II, s. 67.

<sup>64</sup> Bkz., örneğin *Caire* davası, 5 RIAA, s. 516 (1929); 5 AD, s. 146; *Velásquez Rodríguez* davası, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 4, 1989, para. 170; 95 ILR, ss. 259, 296 ve *Ilaşcu v. Moldova and Russia*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 8 Temmuz 2004, para. 319. Ayrıca bkz., T. Meron, 'International Responsibility of States for Unauthorised Acts of Their Officials', 33 BYIL, 1957, s. 851.

<sup>65</sup> 6 RIAA, s. 160 (1925); 3 AD, s. 221. Ayrıca bkz., *Re Gill* 5 RIAA, s. 157 (1931); 6 AD, s. 203.

<sup>66</sup> 2001 UHK Şerhi, s. 104.

bulunduğunun ispatlanmasının gerekli olacağını' açıklamıştır.<sup>67</sup> Diğer bir deyişle, genel kapsamlı bir kontrol bir devletin sorumluluğunun temelini oluşturmada yeterli olmayacaktır. Ancak *Tadić* davasında, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi daha esnek bir yaklaşımı benimseyerek, kontrolün derecesinin şartlara göre değişebileceğine ve yüksek bir eşiğin her zaman için gerekli olmayabileceğine dikkat çekmiştir.<sup>68</sup> Ancak bu davada mesele doğal olarak bireysel cezai sorumluluk meselesiydi. Ayrıca bu durum sorumlu addedilen devletin, ihlalin meydana geldiği ülkede açık ve tartışmasız bir etkin kontrolünün olması halinde de farklı olabilecektir. *Namibia* davasında, Uluslararası Adalet Divanı 'Diğer devletleri etkileyen eylemlerden sorumluluğun kaynağının, egemenlik veya meşruiyet değil, bir ülkenin fiziksel kontrolü olduğunu' ifade etmiştir.<sup>69</sup> Bu husus *Loizidou v. Turkey* davasında da teyid edilmiş olup, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin konu ve amacını göz önünde bulundurarak, şu hususu ifade etmiştir,

*"Bir akit tarafın sorumluluğu - meşru olsun ya da olmasın - bir askeri operasyon sonucunda kendi ülkesi dışındaki bir alanda etkin kontrol icra etmesi halinde de ortaya çıkabilir. Böyle bir alanda Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri sağlama yükümlülüğü, ister doğrudan askeri kuvvetleri yoluyla veya ister kendisine tabi yerel idare vasıtasıyla icra edilmiş olsun, böyle bir kontrol olgusundan kaynaklanır."*<sup>70</sup>

Uluslararası Adalet Divanı bu meseleye *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davasında geri dönmüş ve *Nicaragua* davasındaki yaklaşımını teyid etmiştir. Divan açıklamasında Temyiz Dairesi'nin *Tadić* kararının ne bir devletin sorumluluğu meselesi ile ilgili olduğunu ne de kendi yetkisini kullanırken vazgeçilmez bir mesele oluşturduğunu ifade etmiştir. Bu açıdan "genel kapsamlı kontrol" kriterinin, bir devletin sorumluluğu için uygun olmadığına ve teamül hukukundaki kuralın kriterin 8. maddede de yansıtılmış şekliyle bir devletin (devlet organı olmayan ve devlet organlarıyla özdeşleşmeyen) kişi veya grupların eylemlerinden, devletin bir organının verdiği talimatlar veya sağladığı yönlendirme doğrultusunda failerin hukuka aykırı eylemi işlemiş olması veya hukuka aykırılığın gerçekleştiği ilgili eylem üzerinde etkin kontrol icra etmiş olması halinde, sorumlu olacağını kural olduğuna hükmetmiştir.<sup>71</sup>

UHK Maddeleri'nin 9. maddesi, eğer bir kişi veya kişi topluluğu, resmi makamların yokluğunda veya yetersiz kaldığı hallerde ve şartların kamu gücü unsurlarının kullanılmasını gerektirdiği durumlarda, gerçekte kamu gücü unsurlarını kullanıyorlarsa, bu kişi veya topluluğun eyleminin uluslararası hukuka göre devletin eylemi sayılacağını öngörmektedir.<sup>72</sup>

### **Gösterici Şiddeti, İsyanlar ve Savaşlar**

Hükümet yetkililerinin iyi niyetle ve ihmalsiz hareket etmiş olmaları halinde genel prensip uyarınca gösterici veya isyanların eylemlerinin vermiş olduğu kayıp veya hasarlardan ötürü bir sorumluluk meydana gelmez.<sup>73</sup> Bununla beraber bir devlet gereken özeni gösterme yükümlülüğü altındadır. Bunun tam olarak ne anlama geldiğini öngörmek zordur ve

<sup>67</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 14, 64-5; 76 ILR, s. 349. Ayrıca bkz., Crawford, *State Responsibility*, s.141.

<sup>68</sup> 38 ILM, 1999, ss. 1518, 1541.

<sup>69</sup> ICJ Reports, 1971, ss. 17, 54; 42 ILR, s. 2.

<sup>70</sup> İlk İtirazlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 310, 1995, ss. 20, 24; 103 ILR, p. 621, ve esas karar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18 Aralık 1996, para. 52; 108 ILR, s. 443. Ayrıca bkz., *Cyprus v. Turkey*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10 Mayıs 2001, para. 76; 120 ILR, s. 10.

<sup>71</sup> ICJ Reports, 2007, ss. 43, 209-10.

<sup>72</sup> Bkz., örneğin *Yeager* davası, 17 Iran-US CTR, 1987, ss. 92, 104.

<sup>73</sup> Bkz., örneğin *Home Missionary Society* davası, 6 RIAA, ss. 42, 44 (1920); 1 AD, s. 173; *Youmans* davası, 4 RIAA, s. 110 (1926); 3 AD, s. 223 ve *Herd* davası, 4 RIAA, s. 653 (1930). Ayrıca bkz., P. Dumberry, 'New State Responsibility for Internationally Wrongful Acts by an Insurrectional Movement', 17 EJIL, 2006, s. 605.

bu açıdan daha kolay olan bunu olumsuz şekilde tanımlama yoluna gitmektir.<sup>74</sup> Ayrıca diplomatik ve konsolosluk personeli açısından özel hükümler uygulandığına da dikkat edilmelidir.<sup>75</sup>

UHK Maddeleri'nin 10. maddesi bir isyan hareketinin, bir devletin yeni hükümeti olmayı ya da mevcut devletin ülkesinin bir kısmında yeni bir devlet kurmayı başarması halinde, yetkili yönetim olma durumundan önceki faaliyetlerinden de sorumlu tutulacaklarını öngörmektedir.<sup>76</sup> Uluslararası Adalet Divanı *Croatia v. Serbia* davasında<sup>77</sup> ikinci durumu (madde 10(2), yani söz konusu hareketin yeni bir devlet kurmayı başarması) ele almıştır. Her ne kadar UHK Devletin Sorumluluğu Maddeleri'nin 10(2). maddesi uluslararası teamül hukukunu beyan edici sayılmış olsa da 'bu madde yalnızca eylemlerin yeni devlete isnat edilmesi ile alakalıdır; ne yeni devleti ne de yeni devleti kurmayı başaran hareketi bağlayan yükümlülükler meydana getirir. Ne de anılan Maddeler'in 13. maddesinde ifade edilen "Bir devletin eylemi, o devlet eylemin meydana geldiği tarihte söz konusu yükümlülükle bağlı değilse bir uluslararası yükümlülüğün ihlalini oluşturmaz" prensibini etkiler' diyerek meselenin açık bırakıldığı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (Soykırım Sözleşmesi'ndeki) ilgili hükümlerle, bu Sözleşme'ye taraf olana kadar, bağlı sayılmamıştır.

Bir devletin yetkililerinin iktidara gelmeden önce meydana gelmiş tasarruflarından sorumluluğu meselesi İran-ABD Talepler Komisyonu'nda ortaya atılmıştır. *Short v. The Islamic Republic of Iran* davasında<sup>78</sup> Mahkeme, bir devletin uluslararası sorumluluğunun bir yabancıdan ülkeden ayrılmasına neden olan şartlar veya olayların devlete isnat edildiği hallerde ortaya çıkabileceğini; ancak bir siyasi karışıklık döneminde yabancıların ülkeden ayrılışlarının tamamının ilgili devlete isnat edilemeyeceğini ifade etmiştir.<sup>79</sup> Söz konusu davada ilgili zaman diliminde devrimci hareketin İran ülkesinin herhangi bir kısmında kontrolü sağlayamamış olduğu ve hükümetin de kontrolü kaybetmiş olduğu vurgulanmıştır. Buna ek olarak tıpkı mevcut bir hükümetin destekçilerinin eylemlerinin hükümete isnat edilememesi gibi, bir devrimin destekçilerinin eylemleri de devrimin başarısından sonraki hükümete isnat edilemeyecektir. Dolayısıyla davacı kendisini İran'ı terke zorlayan eylemlerin sorumlusu olan herhangi bir devrim hareketi mensubunu teşhis edemediğinden, tazminat talebi reddedilmiştir.<sup>80</sup> *Yeager v. The Islamic Republic of Iran* davasında ise,<sup>81</sup> Mahkeme sınırışı etmenin devrimin başarısından sonra Devrim Muhafızları tarafından gerçekleştirildiğine hükmedilmiştir. Her ne kadar Devrim Muhafızları, o anda İran devletinin resmi bir organı değilse de, devrimci devletin bilgisi ve rızası ile kamusal yetkiler kullandıklarına ve bunun İran'ı bunların eylemlerinden sorumlu kıldığına karar verilmiştir.<sup>82</sup>

Bu iki davanın arasında yer alan dava *Rankin v. The Islamic Republic of Iran* davası olup,<sup>83</sup> Mahkeme davacının İran'dan devrim döneminde bu devletteki genel hayat zorlukları

<sup>74</sup> Örneğin Judge Huber, *Spanish Zone of Morocco claims*, 2 RIAA, ss. 617, 642 (1925); 2 AD, s. 157. Bkz., Brownlie, *Principles*, ss. 436 vd. ve *Sambaggio* davası, 10 RIAA, s. 499 (1903). Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1957, cilt. II, ss. 121-3, ve G. Schwarzenberger, *International Law*, 3. Baskı, London, 1957, ss. 653 vd.

<sup>75</sup> Bkz., yukarıda 12. Bölüm.

<sup>76</sup> Bkz., E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, 1927, s. 241 ve *Bolivian Railway Company* davası, 9 RIAA, s. 445 (1903). Ayrıca bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 112.

<sup>77</sup> ICJ Reports, 2015, para.102 vd.

<sup>78</sup> 16 Iran-US CTR, s. 76; 82 ILR, s. 148.

<sup>79</sup> 16 Iran-US CTR, s. 83; 82 ILR, ss. 159-60.

<sup>80</sup> 16 Iran-US CTR, s. 85; 82 ILR, s. 161.

<sup>81</sup> 17 Iran-US CTR, s. 92; 82 ILR, s. 178.

<sup>82</sup> 17 Iran-US CTR, s. 104; 82 ILR, s. 194.

<sup>83</sup> 17 Iran-US CTR, s. 135; 82 ILR, s. 204.

yüzünden ayrılmaktan ziyade, devrimden sonra İran hükümeti ve Devrim Muhafızları'nın eylemlerinden ötürü terk etmiş olduğunu ispatlayamadığına hükmetmiştir. Bu yüzden, İran'ın sorumluluğu ortaya çıkmamıştır.

Bir devletin bir eylemi daha sonra kendisininmiş gibi kabul etmesi ve benimsemesi halinde, bu eylem daha önceden devlete isnat edilememiş olsa bile, uluslararası hukuka göre sorumluluğu gerektiren bir devlet eylemi sayılacaktır. Örnek olarak *Iranian Hostages* davasında, Uluslararası Adalet Divanı militanların ABD Elçiliği'ne yaptıkları ilk saldırının bu kişiler, devlet görevlisi veya organı olmadığından İran'a isnat edilemeyeceğini ifade etmiştir. Ancak militanların saldırının ve elçiliğin işgaline devam edilmesi kararının daha sonra Ayetullah Humeyni ve diğer İran kurumları tarafından desteklenmesi bu eylemleri bir devlet eylemi haline dönüştürmüştür. Böylelikle, bu militanlar, eylemlerinden devletin uluslararası sorumluluğunun ortaya çıktığı İran devletinin unsurları haline gelmiştir.<sup>84</sup>

## HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN HALLER<sup>85</sup>

Bir devletin bir başka devletin, aksi takdirde hukuka aykırı bir eylem teşkil edecek bir eylemine rıza göstermesi halinde, bu durum verilen rızanın sınırları içinde kaldığı müddetçe, hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.<sup>86</sup> Bu gibi durumların en sık karşılaşılan örneği, bir devletin askeri birliklerinin diğer devletin talebi üzerine o devlete gönderilmesidir.<sup>87</sup> İlgili eylemin BM Şartı uyarınca alınmış hukuka uygun bir meşru müdafaa önlemi oluşturması da hukuka aykırılığı ortadan kaldırır.<sup>88</sup> Bu durum hem Şart'ın 51. maddesi hem de teamülde tanımlanmış olan meşru müdafa hakkı uyarınca kullanılan güç hallerini kapsar. Zira söz konusu madde bireysel ve ortak meşru müdafayı "doğal hak" şeklinde ifade etmektedir.<sup>89</sup> Ancak UHK Şerhi bir eylemin meşru müdafaa teşkil etmesinin hukuka aykırılığı bütünüyle ortadan kaldırmayabileceğini de açıkça belirtmektedir. Nitekim bu gibi durumlarda insan hakları ve insancıl hukuka ilişkin prensiplere de saygı gösterilmesi gerekmektedir. Ayrıca Uluslararası Adalet Divanı *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* adlı istişari görüşünde, meşru müdafa hakkını da kapsayacak şekilde 'Çevreye saygı gösterilmesinin bir eylemin gereklilik ve orantılılık prensiplerine uyup uymadığının değerlendirilmesinde kullanılan unsurlardan biri' olduğunu ifade etmiştir.<sup>90</sup>

UHK Maddeleri'nin 22. maddesi bir eylemin hukuka aykırılığının bu eylem bir karşı önlem teşkil ettiği müddetçe ortadan kalkacağını öngörmektedir.<sup>91</sup> Uluslararası hukuk önceden bu bağlamda aksi halde hukuka aykırı olan, ancak önceki hukuka aykırı kuvvet kullanımı tarafından meşru hale gelmiş olan misillemelerden bahsetmekteydi.<sup>92</sup> Günümüzde

<sup>84</sup> ICJ Reports, 1980, ss. 3, 34-5; 61 ILR, ss. 530, 560. Ayrıca bkz., yukarıda 12. Bölüm.

<sup>85</sup> Bkz., örneğin Crawford, *State Responsibility*, ss. 274 vd; içindeki çeşitli yazarlar için bkz., *Law of International Responsibility*, ss. 427 vd; F.I. Paddeu, 'Self-Defence as a Circumstance Precluding Wrongfulness: Understanding Article 21 of the Articles on State Responsibility', *BYIL*, 2015; M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1970, cilt VII, ss. 837 vd.; *Yearbook of the ILC*, 1979, cilt II, kısım 1, ss. 21 vd.; a.g.e., 1980, cilt II, ss. 26 vd. ve 2001 UHK Şerhi, s. 169. Ayrıca bkz., A. V. Lowe, 'Precluding Wrongfulness or Responsibility: A Plea for Excuses', 10 *EJIL*, 1999, s. 405.

<sup>86</sup> Bkz., UHK Maddeleri'nin 20. maddesi. Ayrıca bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 173.

<sup>87</sup> Bkz., örneğin İngiliz birliklerinin 1957'de Muskat ve Umman'a gönderilmesi, 574 *HC Deb.*, col. 872, 29 July 1957, ve 1958'de Ürdün'e gönderilmesi, *SCOR*, 13. Oturum, 831. Toplantı, para. 28.

<sup>88</sup> Madde 21 ve ayrıca bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 177.

<sup>89</sup> Bkz., aşağıda 19. Bölüm,

<sup>90</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 226, 242; 110 ILR, s. 163.

<sup>91</sup> Bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 180. Ayrıca bkz., Crawford, *Articles*, ss. 47 vd.

<sup>92</sup> Bkz., örneğin *Naulilaa* davası, 2 *RIAA*, s. 1025 (1928); 4 *AD*, s. 466 ve *Cysne* davası, 2 *RIAA*, s. 1056; 5 *AD*, s. 150.

misillemeler yerine kuvvet kullanma içermeyen “karşı önlemler” tabiri tercih edilmektedir.<sup>93</sup> Karşı önlemler 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 60. maddesinde yer alan bir antlaşmanın diğer taraflarının sona erdirme veya askıya alma yetkileri açısından antlaşmanın esaslı ihlalinin sonuçlarını düzenleyen hükümlerle karşılaştırılabilir.<sup>94</sup> Bu açıdan karşı önlemler önceki bir ihlale misilleme olarak ihlal edilmiş olan bir yükümlülüğün hukuki geçerliliğini kendiliğinden etkilemezken, bir antlaşmanın 60. madde uyarınca sona erdirilmesi, madde 70’e göre diğer tarafları bu antlaşmayı daha fazla yerine getirme yükümlülüğünden kurtaracaktır.

Uluslararası Adalet Divanı *Gabčíkovo–Nagymaros Project* davasında şunu ifade etmiştir:

*“Bir karşı önlemin meşru görülebilmesi için bazı şartları karşılaması gereklidir... İlk olarak başka bir devletin önceki uluslararası hukuka aykırı eylemine karşı alınmış olmalı ve bu devlete yönelik olmalıdır. . . İkincisi zarar gören devlet hukuka aykırı eylemi işleyen devlete hukuka aykırı davranışını sona erdirmeye veya bunu tazmin etmeye çağırması olmalıdır. . . Divan’ın görüşüne göre önemli bir husus da, bir karşı önlemin etkilerinin, söz konusu hakları da dikkate alarak, meydana gelen zarar ile orantılı olması... [ve] amacının hatalı devleti uluslararası hukuktaki yükümlülüklerine uymaya zorlamak olması, ve. . . dolayısıyla önlemin geriye döndürülebilir olmasıdır.”<sup>95</sup>*

Diğer bir deyişle meşru karşı önlemler, önceki hukuka aykırı bir eyleme karşı olmalı ve onun yerine getirilmesi talebinin reddedilmesi üzerine alınmalı, hukuka aykırı eylemi işleyen devlete karşı yöneltilmiş olmalı ve orantılı olmalıdır. Ayrıca alınan karşı önlemlerin hatalı hareket eden devlet tarafından ihlal edilen aynı yükümlülükle ilgili olmasına gerek yoktur. Dolayısıyla bir antlaşmanın ihlalinin karşılığı, gereklilik ve orantılılık şartlarının karşılanması şartıyla, bir başka antlaşma bağlamında verilebilir.<sup>96</sup>

UHK Maddeleri karşı önlemleri II. Bölüm’de ele almaktadır. Madde 49 zarar gören bir devletin<sup>97</sup> hukuka aykırı eylemden sorumlu bir devlete yönelik karşı önlemleri, sadece o devleti hukuka aykırı eylemin sonucu yükümlülüklerine uymaya zorlamak amacıyla alabileceğini öngörmektedir.<sup>98</sup> Karşı önlemler, bunları alan devletin uluslararası yükümlülüklerini geçici olarak yerine getirmemesi ile sınırlı olmalı ve söz konusu yükümlülüklerin icrasının yeniden başlamasını olabildiği kadarıyla mümkün kılacak bir şekilde alınmalıdır.<sup>99</sup> Madde 50 karşı önlemlerin BM Şartı’nda yazılı olan kuvvet kullanma veya tehdidinden kaçınma yükümlülüğünü, insan haklarını koruma yükümlülüklerini, misillemeleri yasaklayan insani nitelikteki yükümlülükleri ve diğer *jus cogens* niteliğindeki yükümlülükleri etkilememesi

<sup>93</sup> Bkz., örneğin *US–France Air Services Agreement* davası, 54 ILR, ss. 306, 337. Ayrıca bkz., Report of the International Law Commission, 1989, A/44/10 ve a.g.e., 1992, A/47/10, ss. 39 vd. Ayrıca bkz., C. Annacker, ‘Part Two of the International Law Commission’s Draft Articles on State Responsibility’, 37 *German YIL*, 1994, ss. 206, 234 vd.; M. Dawidowicz, ‘Public Law Enforcement Without Public Law Safeguards? An Analysis of State Practice on Third-Party Countermeasures and Their Relationship to the UN Security Council’, 77 *BYIL*, 2006, s. 333; E. Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures*, New York, 1984, ve O. Y. Elagab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law*, Oxford, 1988.

<sup>94</sup> Ayrıca bkz., aşağıda 15. Bölüm,

<sup>95</sup> ICJ Reports, 1997, ss. 7, 55–7; 116 ILR, s. 1. UHK’nun geriye döndürülebilir tedbirleri seçme yükümlülüğünün mutlak olmadığı görüşünü benimsediği ifade edilmelidir, 2001 UHK Şerhi, s. 332. Ayrıca bkz., *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 102; 76 ILR, s. 1.

<sup>96</sup> Bkz., 2001 UHK Şerhi, ss. 326–7.

<sup>97</sup> Ayrıca bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>98</sup> Ayrıca bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>99</sup> Bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 328.



gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.<sup>100</sup> Aynı şekilde, iki devlet arasında geçerli olan bir uyuşmazlık çözüm usulü bağlamındaki yükümlülükler uygulanmaya devam etmeli<sup>101</sup> ve karşı önlemleri alan devlet diplomatik veya konsolosluk mensuplarının, binalarının, arşivlerinin ve belgelerinin dokunulmazlıklarına saygı göstermelidir.<sup>102</sup> Madde 51'de orantılılık şartı vurgulanmakta ve uluslararası hukuka aykırı eylemin ağırlığı ve söz konusu haklar dikkate alınarak, karşı önlemlerin uğranılan zarar ile orantılı olması gerektiğine dikkat çekilmektedir.<sup>103</sup> Madde 52 ise karşı önlemler alınmadan önce, zarar gören devletin sorumlu devleti yükümlülüklerini yerine getirmeye çağırması ve görüşme önerisinde bulunurken de o devleti karşı önlemler alma kararından haberdar etmesi gerektiğini öngörmektedir. Zarar gören devlet kendi haklarını korumak için gereken karşı önlemleri ancak zamanında alabilir. Hukuka aykırı eylemin sona ermesi veya meselenin bağlayıcı kararlar alma yetkisi olan bir mahkeme önünde bulunması halinde, karşı önlemler de sona ermelidir (veya duruma göre hiç alınmamalıdır).<sup>104</sup> Karşı önlemler, sorumlu devlet yükümlülüklerini yerine getirir getirmez sonlandırılacaktır.<sup>105</sup>

Mücbir sebebin (*force majeure*) hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı uzun zamandır kabul edilmekteyse de,<sup>106</sup> bu konuda ispat standardı oldukça yüksek tutulmuştur. Örnek olarak *Serbian Loans* davasında<sup>107</sup> Divan Birinci Dünya Savaşı'nın çıkmasının bir borcunu ödemesini imkansız hale getirdiğine ilişkin Sırbistan'ın iddiasını kabul etmemiştir. Bir başka olayda ise ABD uçaklarının Yugoslavya üzerinde çok sayıda izinsiz uçuşunun ardından, 1946 yılında bu iki devlet bu tür girişlerin, rıza alınmadığında, yalnızca acil durumlarda meşru görülebileceği hususunda anlaşmıştır.<sup>108</sup> UHK Maddeleri'nin 23. maddesi, bir eylemin ilgili durumun şartlarına göre yükümlülüğün icrasını fiziki olarak imkansız kılan karşı konulamaz bir gücün veya devletin kontrolünün dışında öngörülemez bir olay nedeniyle yapılması halinde, oluşan hukuka aykırılığın ortadan kalkacağını öngörmektedir.<sup>109</sup> Örnek olarak *Gill* davasında,<sup>110</sup> Meksika'da ikamet eden bir İngiliz vatandaşının evi Meksika hükümetinin muhaliflerinin ani ve öngörülemez bir eylemi nedeniyle yıkılmıştır. Komisyon bu eylemin engellenmemesinin ihmali nedeniyle değil, ani bir durum yüzünden gereken tedbirleri alamama nedeniyle gerçekleştiğine hükmetmiştir.

Buna göre vurgulanması gereken husus, bir olayın devletin durumu düzeltecek veya sonuçlarını engelleyecek bir şeyler yapamayacak şekilde meydana gelmiş olmasıdır. Yani devlet kaçınmayacağı veya kendi gücüyle karşı koyamayacağı bir baskıyla karşılaşmış

<sup>100</sup> Bkz., Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, 1 July 2003, para. 159. Bu kararda Etiyopya'nın savaş esirlerinin değişimini askıya almasının insan hakları veya insani nitelikte yükümlülükleri etkilediğinden bir karşı tedbir olarak meşru sayılmayacağına dikkat çekilmiştir.

<sup>101</sup> Bkz., örneğin 'Symposium on Counter-Measures and Dispute Settlement,' 5 EJIL, 1994, s. 20, ve Report of the International Law Commission, 1995, A/50/10, ss. 173 vd. Ayrıca bkz., Annacker, 'Part Two', ss. 242 vd.

<sup>102</sup> Ayrıca bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 333.

<sup>103</sup> Bkz., *US-France Air Services Agreement Arbitration* 54 ILR, ss. 303, 337. Ayrıca bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 341 ve Report of the ILC on its 44th Session, 1992, A/47/10, s. 70.

<sup>104</sup> Bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 345.

<sup>105</sup> *A.g.e.*, s. 349.

<sup>106</sup> Bkz., örneğin *Yearbook of the ILC*, 1961, cilt II, s. 46 ve 2001 UHK Şerhi, s. 183.

<sup>107</sup> PCIJ, Series A, No. 20, 1929, s. 39. Ayrıca bkz., *Brazilian Loans* davası, PCIJ, Series A, No. 20, 1929, s. 120; 5 AD, s. 466.

<sup>108</sup> *Yearbook of the ILC*, 1979, cilt II, s. 60 ve 2001 UHK Şerhi, ss. 189-90. Bu örnek hem mücbir sebebi hem de ızttır halini (aşağıda tartışılan) kapsamaktadır. Ayrıca madde 18 (2) bir başka devletin karasularından geçişleri sırasında gemilerin ızttır hali veya mücbir sebebin gerekli kılması halinde durmaları ve çapa atmalarına müsaade edileceğini öngörmektedir. Ayrıca bkz., 1958 Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 14 (3) maddesi.

<sup>109</sup> Ancak bu prensip mücbir sebep hali tamamen veya kısmen bunu ileri süren devletin davranışı yüzünden ortaya çıkmışsa ya da devlet bu durumun ortaya çıkmasına ilişkin riski üstlenmiş ise uygulanmayacaktır, madde 23 (2). Ayrıca bkz., *Libyan Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi* 96 ILR, ss. 279, 318.

<sup>110</sup> 5 RIAA, s. 159 (1931); 6 AD, s. 203.

bulunmalıdır.<sup>111</sup> Diğer bir deyişle, devletin davranışı istemsiz olmalı veya en azından serbest tercih unsuru içermemelidir.<sup>112</sup>

Mücbir sebep meselesi, Fransa tarafından 1990 *Rainbow Warrior* tahkiminde ileri sürülmüştür.<sup>113</sup> Fransız ajanlarından birinin mücbir sebep haline gelmiş tıbbi faktörler nedeniyle Yeni Zelanda'nın rızası olmadan Fransa'ya geri gönderildiği iddia edilmiştir. Ancak Mahkeme, bu doktrine ilişkin uygulama kriterinin bir "mutlak ve fiziki imkansızlık" içerdiğini ve bir yükümlülüğün icrasını zorlaştıran veya daha külfetli hale getiren bir durumun bir mücbir sebep teşkil etmeyeceğini vurgulamıştır.<sup>114</sup>

Madde 24 söz konusu eylemi işleyen kişi, kendisinin veya kendisine emanet edilen başka kişilerin hayatını kurtarmak için başka hiçbir makul çareye sahip değilse hukuka aykırılığın ortadan kalkacağını öngörmektedir.<sup>115</sup> Bu konuda örnek olarak yabancı hava sahasına izinsiz bir girişin yalnızca acil bir durumda meşru olacağına ilişkin 1946 ABD-Yugoslavya Antlaşması<sup>116</sup> ile bir geminin kaptanı tarafından yabancı bir limana izinsiz girişinin fırtına hallerinde gerçekleşebileceği gibi durumlar verilmektedir.<sup>117</sup> Bu gibi ızdırar halleri ile mücbir sebep arasındaki fark ilkinde bir seçim unsurunun bulunmasıdır. Bu ise çoğunlukla hayalidir. Zira her iki durumda da ağır bir risk hali mevcuttur ve durumun gerçek bir seçim imkanı verip vermediğini kestirebilmek zor bir meseledir.<sup>118</sup> Mahkeme *Rainbow Warrior* tahkiminde<sup>119</sup> bu yöndeki savunmanın Fransa'nın iki ajanını ülkesine geri getirme eylemine uygulanması bakımından kabul edilebilmesi için üç şartın yerine gelmesi gerektiğine dikkat çekmiştir: Birinci olarak, istisnai durumun mevcudiyetinin ilgili taraflarca derhal tanınmış olduğunun diğer ilgili tarafça sonradan onaylanması veya bunun açıkça gösterilmiş olması koşuluyla tıbbi ve diğer bir temel mahiyetteki hususları içeren acil önem taşıyan istisnai durumların mevcudiyeti; ikinci olarak, ihlal edilen yükümlülüğü (yani, ülkeye geri getirmeme yükümlülüğü) meşrulaştırmak üzere başvurulmuş acil sebepler ortadan kalkar kalkmaz önceki durumun yeniden tesisi; üçüncü olarak, 1986 Antlaşması'nın hükümleri uyarınca Yeni Zelanda'nın rızasını almak amacıyla iyi niyetle çaba gösterilmiş olması.<sup>120</sup> Davada Fransa'nın bu şartları (ajanlarından birinin tıbbi nedenlerle taşınması hali dışında) yerine getirmediği sonucuna varılmıştır.

Madde 25 zaruret haline ilgili eylem bir devlet için "ağır ve yakın bir tehlikeye" karşı temel bir çıkarı korumanın tek yolu olmadıkça ve eylem diğer devlet veya devletlerin ya da uluslararası camianın bir bütün olarak temel bir çıkarını ciddi olarak zedelediği takdirde başvurulabileceğini öngörmektedir. Ayrıca zaruret haline, söz konusu uluslararası yükümlülük bu olasılığa imkan vermiyorsa veya devlet kendisi zaruret hali durumuna katkıda bulunmuşsa başvurulamayacaktır.<sup>121</sup> Bu tür bir duruma örnek *Torrey Canyon* olayıdır.<sup>122</sup> Bu olayda Liberya bandıralı bir petrol tankeri İngiltere kıyılarına açığında karaya oturmuş ve oldukça büyük miktarda petrol denize sızmıştır. Kurtarma denemelerinin ardından İngiltere

<sup>111</sup> *Yearbook of the ILC*, 1979, cilt II, s. 133.

<sup>112</sup> 2001 UHK Şerhi, s. 183.

<sup>113</sup> 82 ILR, ss. 499, 551.

<sup>114</sup> *A.g.e.*, s. 553.

<sup>115</sup> 2001 UHK Şerhi, s. 189. Bu prensip ızdırar hali tamamen veya kısmen bunu ileri süren devletin davranışı yüzünden ortaya çıkmışsa ya da söz konusu eylemin buna denk veya daha büyük bir tehlike yaratması muhtemel ise uygulanmayacaktır, madde 24(2).

<sup>116</sup> Bkz., yukarıda.

<sup>117</sup> *Yearbook of the ILC*, 1979, cilt II, s. 134 ve 2001 UHK Şerhi, ss. 189-90.

<sup>118</sup> *Yearbook of the ILC*, 1979, cilt II, ss. 133-5.

<sup>119</sup> 82 ILR, ss. 499, 555.

<sup>120</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>121</sup> Bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 194.

<sup>122</sup> Cmnd 3246, 1967. Ayrıca bkz., aşağıda 14. Bölüm.

zararı engellemek için gemiyi bombalamıştır. UHK, bu eylemin ilgili şartlar çerçevesinde bir zaruret hali nedeniyle meşru olduğu görüşünü benimsemiştir.<sup>123</sup> Bu olayın ardından, bu gibi durumları düzenleyen uluslararası antlaşmalar yapılması yoluna gidilmiştir.<sup>124</sup>

Mahkeme *Rainbow Warrior* davasında zaruret hali savunmasının “tartışmalı” olduğuna kanaat getirmiştir.<sup>125</sup> Ancak Uluslararası Adalet Divanı *Gabčíkovo–Nagymaros Project* davasında bu savunmanın ‘uluslararası teamül hukukunda uluslararası bir yükümlülükle uyumlu olmayan bir eylemin hukuka aykırılığını kaldıran bir esas olarak tanındığını’; ancak bunun yalnızca ‘istisnai olarak’ kabul edilebileceğini ifade etmiştir.<sup>126</sup> Divan, madde 25’in daha önceki bir versiyonunda yer alan ve sonradan da teyid edilmiş olan şartlara gönderme yapmış ve bu şartların bir bütün olarak karşılanması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>127</sup> *M/V Saiga (No. 2)* davasında, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi bu doktrini UHK taslağı temelinde ve Uluslararası Divan tarafından teyid edildiği şekliyle tartışmıştır. Ancak Gine tarafından temel bir çıkarının ağır ve yakın bir tehlike altında olduğunu gösteren bir delil sunulmadığından ve Gine balıkçı teknelerine benzin satışından gelen vergi gelirlerini maksimize etmeye ilişkin çıkarını gümrük kurallarını münhasır ekonomik bölgeye genişletmek dışında başka yollarla da koruyabileceğinden, bu doktrinin uygulanmayacağına karar vermiştir.<sup>128</sup>

## DEVLET SORUMLULUĞUNUN İLERİ SÜRÜLMESİ<sup>129</sup>

UHK Maddeleri’nin 42. maddesi bir devletin zarar gören devlet olarak,<sup>130</sup> şayet ihlal edilen yükümlülük o devlete bireysel olarak veya o devlet dahil bir devletler grubuna ya da bir bütün olarak uluslararası topluma karşı üstlenilmiş ise ve ilgili yükümlülüğün ihlali o devleti özel olarak etkiliyor veya ihlal o yükümlülüğün borçlu bulunduğu diğer bütün devletlerin pozisyonunu yükümlülüğü yerine getirme bakımından önemli ölçüde değiştiren bir mahiyetteyse diğer bir devletin bu gibi ihlallerden sorumluluğunu ileri sürebileceğini<sup>131</sup> öngörmektedir. Şayet zarar gören devlet talebinden hukuken geçerli bir şekilde vazgeçmiş ise veya talebin hukuken geçerli bir şekilde düşmesine rızası olduğu davranışı çerçevesinde değerlendirilebiliyorsa sorumluluk ileri sürülemeyecektir.<sup>132</sup> Ancak vazgeçmenin açık ve kesin olması gerekli olup,<sup>133</sup> vazgeçme meselesi ilgili şartlar ışığında dikkatle incelenmelidir.<sup>134</sup> Aynı hukuka aykırı eylemden birkaç devletin zarar görmesi halinde, her

<sup>123</sup> *Yearbook of the ILC*, 1980, cilt II, s. 39. Ayrıca bkz., *Company General of the Orinoco* davası, 10 RIAA, s. 280.

<sup>124</sup> Bkz., örneğin 1969 Açık Denizde Petrol Kirilenmesi Durumlarında Müdahaleye Dair Uluslararası Sözleşme.

<sup>125</sup> 82 ILR, ss. 499, 554–5. Doktrin akademik yazılarda da tartışmalı olmuştur. Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1980, cilt II, kısım 1, ss. 47–9. Ayrıca bkz., J. Barboza, ‘Necessity (Revisited) in International Law’, *Essays in Honour of Judge Manfred Lachs* (ed. J. Makarczyk), The Hague, 1984, s. 27; R. Boed, ‘State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct’, 3 *Yale Human Rights and Development Journal*, 2000, s. 1 ve A.O. Sykes, ‘Economic “Necessity” in International Law’, 109 *AJIL*, 2015, s. 296.

<sup>126</sup> ICJ Reports, 1997, ss. 7, 40; 116 ILR, s. 1. Ayrıca bkz., *R v. Director of the Serious Fraud Office and BAE Systems* [2008] EWHC 714 (Admin), paras. 143 vd.

<sup>127</sup> ICJ Reports, 1997, s. 41. Buna ek olarak devlet bu kesin olarak tanımlanmış şartların karşılanıp karşılanmadığının tek yargıcı olamaz. Ayrıca bkz., *Construction of a Wall* İstisnai Görüşü, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 194–5; 129 ILR, ss. 37, 113–15.

<sup>128</sup> 120 ILR, ss. 143, 191–2.

<sup>129</sup> Bkz., örneğin Annacker, ‘Part Two’, ss. 214 vd. Ayrıca bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 294.

<sup>130</sup> Zarar gören devletlere ilişkin hükümler daha önceki formülasyonlarda çok daha karmaşıktı. Bkz., örneğin 1996 UHK Taslak Maddeleri, Kısım II. madde. Ayrıca bkz., Crawford, *Articles*, ss. 23 vd.

<sup>131</sup> Yani yalnızca protestoda bulunmak değil, bir başka devlete karşı talepte bulunmak veya bir uluslararası mahkeme önünde dava başlatmak gibi resmi nitelikte tedbirler almak. Bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 294.

<sup>132</sup> Madde 45. Ayrıca bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 307.

<sup>133</sup> Bkz., *Nauru (Preliminary Objection)* davası, ICJ Reports, 1992, ss. 240, 247; 97 ILR, s. 1.

<sup>134</sup> ICJ Reports, 1992, ss. 253–4.

bir devlet sorumluluğu ayrı ayrı ileri sürebilir<sup>135</sup> ve birkaç devletin sorumlu olması halinde, her birinin sorumluluğuna gidilebilir.<sup>136</sup>

*Barcelona Traction* davasında, Uluslararası Adalet Divanı bir devletin diğer bir devlete karşı yükümlülüklerinden ayrı olarak, bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülüklerine de gönderme yapmıştır.<sup>137</sup> Madde 48 bu prensip üzerine inşa edilmiş olup, şayet yükümlülük o devlet dahil bir devletler grubuna karşı yüklenilmiş ve grubun ortak bir çıkarını korumak için tesis edilmiş ise veya ihlal edilen yükümlülük bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yüklenilmiş ise zarar gören devletin dışında bir devletin de diğer devletin sorumluluğunu ileri sürebileceğini öngörmektedir. Bu gibi vakalarda, hukuka aykırı eylemin sona erdirilmesi ve tekrar edilmeyeceği garantisinin yanı sıra,<sup>138</sup> zararın tazmini de istenebilecektir.<sup>139</sup>

## ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRI EYLEMLERİN SONUÇLARI

### Sona Erdirme

Uluslararası hukuka aykırı eylemden sorumlu olan devlet, şayet bu eylem devam etmekteyse, eylemi sona erdirmek ve şartlar gerektiriyorsa tekrarlamama hususunda uygun güvence ve garantileri vermek yükümlülüğü altındadır.<sup>140</sup> Mahkeme *Rainbow Warrior* davasında sona erdirmeye yükümlülüğünün ortaya çıkması için hukuka aykırı eylemin devam eden nitelikte olması ve ihlal edilen kuralın, kararın verildiği tarihte halen yürürlükte olması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>141</sup> Tekrarlamama hususunda güvence verme yükümlülüğü ise Almanya tarafından *LaGrand* davasında ileri sürülmüş ve Divan tarafından ele alınmıştır.<sup>142</sup> Bu konuda Divan belli tedbirlerin uygulanmasının sağlanacağına ilişkin ABD'nin taahhüdünün Almanya'nın tekrarlamama hususundaki genel güvence talebini karşıladığı sonucuna varmıştır.<sup>143</sup> Almanya'nın belli güvencelere yönelik talebi bakımından ise Divan, ABD'nin konsolosluk bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, bir Alman vatandaşının bu şartlar altında meydana gelen bir mahkumiyet ve hüküm kararına karşı bu devletin, Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nde yer alan hakların ihlali dikkate alınarak, bu kararın yeniden incelenmesi ve değerlendirilmesine izin verme yükümlülüğü altında olacağını ifade etmiştir.<sup>144</sup>

<sup>135</sup> Madde 46. Ayrıca bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 311.

<sup>136</sup> Madde 47. Ayrıca bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 313. Burada uluslararası hukukta genel kuralın devletin kendi hukuka aykırı eylemi için müstakilen sorumluluğu olduğu ifade edilmiştir. Bu açıdan ne bir ortak ve müstakil sorumluluk kuralı ne de bunu yasaklayan bir kural vardır. Bu husus şartlara bağlı olacaktır. Bkz., *Eurotunnel* davası, 132 ILR, ss. 1, 59–60. İngiltere Irak'taki ortak operasyonlar bakımından 'her ulusun kendi güçleri tarafından yapılan eylemlerin sonuçları bakımından doğrudan sorumlu olabileceği' pozisyonunu benimsemiştir, HC Deb., cilt 436, col. 862W, 12 July 2005, UKMIL, 76 BYIL, 2005, s. 875.

<sup>137</sup> ICJ Reports, 1970, ss. 3, 32; 46 ILR, s. 178.

<sup>138</sup> Madde 30 açısından.

<sup>139</sup> Bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 318.

<sup>140</sup> Madde 30 ve bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 216. Ayrıca bkz., Crawford, *State Responsibility*, s.461 ve C. Derman, 'La Cessation de l'Acte Illicite', *Revue Belge de Droit International Public*, 1990 I, s. 477.

<sup>141</sup> 82 ILR, ss. 499, 573.

<sup>142</sup> ICJ Reports, 2001, s. 466; 134 ILR, s. 1. Karşılaştırma için bkz., *Avena (Mexico v. USA)* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 12, 68; 134 ILR, ss. 120, 171. Sona erdirmeye ve eski hale iade arasındaki ayrım için bkz., *Democratic Republic of Congo v. Belgium*, ICJ Reports, 2002, ss. 3, 32–3; *Germany v. Italy*, ICJ Reports, 2012, ss. 99, 153–4. Ayrıca bkz., O. Corten, 'The Obligation of Cessation', *Law of International Responsibility*, s. 545 ve Crawford, *State Responsibility*, s. 464.

<sup>143</sup> *ICJ Reports, 2001, ss. 466, 512–13, 134 ILR, ss. 1, 50–1. Bunun tasdiki için bkz., Avena (Mexico v. USA)* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 12, 69; 134 ILR, ss. 120, 172.

<sup>144</sup> ICJ Reports, 2001, ss. 466, 513–41; 134 ILR, ss. 1, 51–2. Konsolosluk bildirim için bkz., yukarıda 12. Bölüm.

**Tazmin**<sup>145</sup>

Tazmin veya ilgili devletin sorumlu olduğu bir uluslararası yükümlülüğün ihlalinin onarılması, bakımından temel prensip,<sup>146</sup> *Chorzów Factory* davasında ortaya konulmuş olup, bu açıdan Uluslararası Daimi Adalet Divanı şu hususu vurgulamıştır:

“Bir hukuka aykırı eylem kavramı içinde yer alan temel prensip bir tazminin mümkün olduğu kadarıyla hukuka aykırı eylemin bütün sonuçlarını ortadan kaldırması ve şayet eylem işlenirse idi büyük ihtimalle mevcut olacak olan durumun yeniden inşa edilmesidir.”<sup>147</sup>

Bu prensip Uluslararası Adalet Divanı tarafından da örneğink *Gabčíkovo–Nagyymaros Project* davası<sup>148</sup> ile *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası<sup>149</sup> ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi tarafından *M/V Saiga (No. 2)* davası<sup>150</sup> dahil pek çok davada tasdik edilmiştir.

Devletin Sorumluluğu Maddeleri'nin 31. maddesi sorumlu devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminin neden olduğu zararı tamamen tazmin etme yükümlülüğü altında olduğunu ve bir zararın devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminin neden olduğu, maddi veya manevi, her türlü zararı içereceğini öngörmektedir. Tazmin etme yükümlülüğünün her boyutu, iç hukuk hükümlerine bakılmaksızın, uluslararası hukuk tarafından düzenlenmiştir.<sup>151</sup> Madde 34 uluslararası hukuka aykırı eylemin yol açtığı tam tazminin, tek başına veya diğerleriyle birlikte, eski hale getirme, tazminat ve tatmin biçimlerinde olacağını öngörmektedir.<sup>152</sup>

<sup>145</sup> Bkz., örneğin Crawford, *State Responsibility*, s. 480; B. Stern, 'The Obligation to Make Reparation', *Law of International Responsibility*, s. 563; M. Whiteman, *Damages in International Law*, Washington, 3 cilt., 1937–43; F. A. Mann, 'The Consequences of an International Wrong in International and National Law', 48 *BYIL*, 1978, s. 1; de Aréchaga, 'International Responsibility', ss. 564 vd., ve de Aréchaga, 'International Law in the Past Third of the Century', 159 *HR*, 1978, ss. 1, 285–7. Ayrıca bkz., Cheng, *General Principles*, ss. 233 vd.; Brownlie, *System, kısımları VIII*, ve C. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, 1987.

<sup>146</sup> Bkz., örneğin C. Dominicé, 'Observations sur les Droits de l'État Victime d'un Fiait Internationalement Illicite', *Droit International* (ed. P. Weil), Paris, 1982, cilt I, s. 25, ve B. Graefrath, 'Responsibility and Damage Caused: Relationship between Responsibility and Damage', *HR*, 1984 II, ss. 19, 73 vd.

<sup>147</sup> PCIJ, Series A, No. 17, 1928, ss. 47–8. Davanın daha erken bir aşamasında Divan şu hususu açıklamıştır, 'Bir yükümlülüğün ihlalinin yeterli bir biçimde tazmin etme yükümlülüğü içermesi bir uluslararası hukuk prensibidir. Bu yüzden tazmin bir sözleşmenin uygulanmamasının vazgeçilmez bir unsurudur', PCIJ, Series A, No. 9, 1927, s. 21. Ayrıca bkz., *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1980, ss. 3, 45; 61 *ILR*, ss. 530, 571. Burada Divan İran'ın ABD'ye karşı tazmin yükümlülüğü altında olduğuna hükmetmiştir.

<sup>148</sup> ICJ Reports, 1997, ss. 7, 80; 116 *ILR*, s. 1.

<sup>149</sup> ICJ Reports, 2007, ss. 43, 232. Ayrıca bkz., *Construction of a Wall İstisari Görüşü*, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 198; 129 *ILR*, ss. 37, 117–18 ve *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 257. Ayrıca bkz., *Diallo (Guinea v Democratic Republic of the Congo)*, ICJ Reports, 2012, ss. 324, 331 vd.

<sup>150</sup> 120 *ILR*, ss. 143, 199. Ayrıca bkz., *S.D. Myers v. Canada* 121 *ILR*, ss. 72, 127–8; *Aloeboetoe v. Suriname*, Inter-American Court of Human Rights, 1993, Series C, No. 15, para. 43; 116 *ILR*, s. 260; *Loayza Tamayo v. Peru (Reparations)*, Inter-American Court of Human Rights, 1998, Series C, No. 42, para. 84; 116 *ILR*, s. 388, ve *Suarez-Rosero v. Ecuador (Reparations)*, Inter-American Court of Human Rights, 1999, Series C, No. 44, para. 39; 118 *ILR*, s. 92. Bu, 'içtihat tarafından devamlı üzerinde durulan genel uluslararası hukukun temel bir prensibi' sayılmıştır. Ayrıca bkz., UNCITRAL Tahkim Mahkemesi'nin 14 Mart 2003 tarihli kararı, *CME Czech Republic BV v. The Czech Republic*, Nihai Karar.

<sup>151</sup> Bkz., örneğin *Suarez-Rosero v. Ecuador (Reparations)*, Inter-American Court of Human Rights, 1999, Series C, No. 44, para. 42; 118 *ILR*, s. 92. Ayrıca bkz., UHK Maddeleri, madde 32.

<sup>152</sup> Ayrıca bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 235 ve *Suarez-Rosero v. Ecuador (Reparations)*, Inter-American Court of Human Rights, 1999, Series C, No. 44, para. 42; 118 *ILR*, s. 92. Faiz tam tazmini gerçekleştirmek için gerekli ise bir ana bedel üzerinden ödenir ve ana bedelin ödenmiş olması gereken tarihten ödendiği tarihe kadar işler, madde 38 ve bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 268. Madde 39 tazmine karar verilirken, zarar gören devletin veya onunla ilgili tazminin istendiği kişi veya kurumun kasdi veya ihmali eylemi yoluyla zarara yaptığı katkının da dikkate alınacağını öngörmektedir. Ayrıca bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 275 ve *LaGrand* davası, ICJ Reports, 2001, ss. 466, 487 ve 508; 134 *ILR*, ss. 1, 26 ve 46.

Eski hale iade tazmininin icrası bakımından en belirgin yöntemdir. Zira hukuka aykırı eylemin işlenmesinden önceki durumun yeniden inşasını amaçlamaktadır.<sup>153</sup> Eski hale iade geçmişte oldukça sık ortaya çıkmışsa da,<sup>154</sup> günümüzde daha nadir rastlanmaktadır. nitekim bunu gerektiren türden uyumsuzlukların doğası değişmiştir. Günümüzde davaların büyük bir kısmı kamulaştırma hakkındadır ve ilgili devletin kamulaştırdığı malları çok uluslu şirketlere iade etmesi siyasi açıdan güçtür.<sup>155</sup> Bu problemlerden ötürü 35. madde eski hale iadenin maddi olarak imkansız olmadığı müddet ve ölçüde ve tazminata kıyasla eski hale iadede elde edilecek fayda orantısız bir yük oluşturmadıkça tercih edileceğini öngörmektedir.<sup>156</sup> *Rainbow Warrior* tahkiminde,<sup>157</sup> Yeni Zelanda diğerlerinin yanı sıra Fransız Hükümeti'nden 9 Temmuz 1986 tarihli ilk antlaşma uyarınca ajanlarını Pasifik'deki eski hapis yerine geri gönderilmesini öngören bir Mahkeme Emri talep etmiştir. Yeni Zelanda bu talebini "*restitutio in integrum*" olarak adlandırmıştır. Fransa ise istenen davranışa uygun olan terimin ve hukuki çözümün, her ne kadar şartlar gereği zamanaşımına uğramış olsa da, bir "sona erdirmeye" olduğunu ifade etmiştir.<sup>158</sup> Mahkeme bu iki kavram arasındaki farklar bakımından Uluslararası Hukuk Komisyonu'ndaki tartışmaya işaret etmiş<sup>159</sup> ve Fransa'nın yaklaşımının daha doğru olduğuna hükmetmiştir.<sup>160</sup> Hukuka aykırı bir durumu sona erdirmeye yükümlülüğü tazmin değil ilk yükümlülüğe bir geri dönüş, yani hukuka aykırı davranışı sona erdirmedir. Ancak ilk yükümlülük artık yürürlükte olmadığından (ajanları Pasifik'deki ilgili adada 22 Temmuz 1989 tarihli başlangıçtaki anlaşma uyarınca tutma yükümlülüğünün vadesi geçtiğinden), hukuka aykırı davranışın sona erdirilmesine yönelik bir emrin de amacı ortadan kalkmıştır.<sup>161</sup>

Kamulaştırma için uygun tazmin sorunu birkaç farklı davada tartışılmıştır. Örnek olarak *BP* davasında,<sup>162</sup> mahkeme şunu vurgulamıştır

"Uluslararası kamu hukukunda diğer bir akit tarafın hukuka aykırı bir ihlali yüzünden zarara uğrayan tarafın isteğine bağlı olarak spesifik performansın, ve hatta en azından *restitutio in integrum*'un, mevcut hukuki çözümler dahilinde olduğu kuralına hiç bir açık destek bulunmamaktadır. . . bir akdi taahhüdü icra etme yükümlülüğünü ihlal eden tarafça üstlenilen sorumluluk bir tazminat ödeme yükümlülüğüdür. . . *restitutio in integrum* kavramı sadece tazminat miktarını belirlemek için bir vasıta olarak kullanılmıştır."<sup>163</sup>

<sup>153</sup> Bkz., örneğin Annacker, 'Part Two', ss. 221 vd. Ayrıca bkz., *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports, 2010, ss. 14, 103-4. Burada Divan şunu ifade etmiştir: 'Uluslararası teamül hukuku zarar için bir tazmin biçimi olarak eski hale iadeyi öngörmekte olup, eski hale iade hukuka aykırı eylemin meydana gelmesinden önce mevcut olan durumun yeniden tesisidir'. Eski hale iade hukuka aykırı eylemin niteliği de dikkate alınarak uğranılan zarara uygun olmalıdır, *a.g.e.*, s. 104 ve ayrıca bkz., *Avena (Mexico v. USA)*, ICJ Reports, 2004, ss. 12, 59.

<sup>154</sup> Bkz., örneğin Macaristan, Romanya ve İtalya ile yapılan 1945 sonrası Barış Antlaşmaları. Ayrıca bkz., *Spanish Zone of Morocco* davası, 2 RIAA, s. 617 (1925); 2 AD, s. 157; *Martini* davası, 2 RIAA, s. 977 (1930); 5 AD, s. 153; *Palmagero Gold Fields* davası, 5 RIAA, s. 298 (1931) ve *Russian Indemnity* davası, 11 RIAA, s. 431 (1912). Brownlie ülkenin hukuka aykırı işgali veya özel kültürel, tarihi veya dini önemde objelerin ele geçirilmesi gibi bazı durumlarda, eski hale iadenin tek hukuki çözüm olabileceğini ifade etmektedir, *System*, s. 210, ve *Temple* davası, ICJ Reports, 1962, ss. 6, 36-7; 33 ILR, ss. 48, 73.

<sup>155</sup> Bkz., örneğin *Aminoil* davası, 66 ILR, ss. 529, 533.

<sup>156</sup> Ayrıca bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 237. Ayrıca bkz., *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports, 2010, ss. 14, 103-4.

<sup>157</sup> 82 ILR, s. 499.

<sup>158</sup> *A.g.e.*, s. 571.

<sup>159</sup> Bkz., örneğin *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, kısım 1, ss. 79 vd.

<sup>160</sup> 82 ILR, s. 572.

<sup>161</sup> *A.g.e.*, s. 573. UHK Maddeleri, 30. madde zarar gören devletin uygun olması halinde hukuka aykırı eylemin tekrar etmemesi için teminat veya garantiler almaya hakkı olduğunu öngörmektedir. Ancak Uluslararası Divan *Costa Rica v. Nicaragua*, ICJ Reports, 2009, ss. 213, 267, davasında yalnızca kendi değerlendirmesine göre şartların bunu gerektirmesi halinde tekrar edilmeme için bu türden teminat veya garantileri emredebileceğini ve bu açıdan özel şartların gerekli olduğunu zira söz konusu devletin iyi niyetinin varsayılması gerektiğini açıklamıştır.

<sup>162</sup> 53 ILR, s. 297. Bu dava Libya tarafından BP petrol imtiyazlarının kamulaştırılması ile alakalıdır.

<sup>163</sup> *A.g.e.*, s. 347.

Ancak benzer bir şekilde petrol imtiyazlarının Libya tarafından kamulaştırılmasına ilişkin *Texaco* davasında,<sup>164</sup> hakimın kararına göre aynen ifa uluslararası hukuk uyarınca (ve Libya hukukunda da) sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmemesi için olağan bir yaptırımdır ve yalnızca eski duruma dönüşün imkansız olduğu hallerde uygulanamaz.<sup>165</sup>

Bu yaklaşımın siyasi açıdan, özellikle uluslararası sözleşme davalarında, devletlerce kabul edilebilir bulunması mümkün değildir, zira bu karar egemenliğin bir ihlali olarak görülecektir. Böyle bir tazminin buna direnen bir devlete karşı uygulanması halinde ortaya çıkacak problemleri tahmin etmek zor değildir.<sup>166</sup>

Uluslararası Adalet Divanı *Gabčíkovo–Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* davasında ‘zarar gören bir devletin uluslararası hukuka aykırı bir eylemi işlemiş olan bir devletten vermiş olduğu zarar için tazminat talep etmeye hakkı olduğunun uluslararası hukukun yerleşmiş bir kuralı’ olduğunu ifade etmiştir.<sup>167</sup> Madde 36(1) uluslararası hukuka aykırı bir eylemin neden olduğu zararın tazmin yoluyla giderilmediği ölçüde sorumlu devletin bir tazminat ödeme yükümlülüğü altında olduğunu öngörmektedir.<sup>168</sup> Madde 36(2) ise ödenecek tazminatın ispat edildiği ölçüde kaybedilen karlar dahil mali bakımdan ölçülebilir her türlü zararı içereceğini ifade etmektedir.<sup>169</sup> Amaç gerçekten sebep olunan ekonomik kayıpları karşılamaktır. Bu yüzden cezalandırıcı tazminatlar tazmin kavramının dışında kalmakta olup,<sup>170</sup> *Velásquez Rodríguez v. Honduras (Compensation)* davasında bunların ‘dava tarihindeki uluslararası hukukta uygulanan’ bir prensip olmadığına hükmedilmiştir.<sup>171</sup>

Tazminat genellikle kaybedilen malın “adil pazar değeri” üzerinden hesaplanır. Ancak bunun hesaplanmasında kullanılan yöntem ilgili malın cinsine bağlıdır.<sup>172</sup> Mahrum kalan gelirler de, örnek olarak gelir getiren bir malın kullanılmasına müdahale edildiği veya haksız bir şekilde el konulduğu hallerde ya da bazı durumlarda da gelecekteki gelirler bakımından talep edilebilir.<sup>173</sup>

<sup>164</sup> 17 ILM, 1978, s. 1; 53 ILR, s. 389.

<sup>165</sup> 17 ILM, 1978, s. 36; 53 ILR, ss. 507–8. Gerçekte taraflar uyuşmazlığı Libya’nın 152 milyon dolarlık petrol vermesi yoluyla çözmüştür, 17 ILM, 1998, s. 2.

<sup>166</sup> Bu hususlar hakim tarafından *Liamco* davasında açıklanmıştır, 20 ILM, 1981, ss. 1, 63–4; 62 ILR, ss. 141, 198. Ayrıca bkz., *Aminoil* davası, 21 ILM, 1982, s. 976; 66 ILR, s. 519. Ayrıca bkz., örneğin A. Fatouros, ‘International Law and the International Contract’, 74 AJIL, 1980, s. 134. Kamulaştırılan mal için tazminat konusu aşağıda ele alınmaktadır.

<sup>167</sup> ICJ Reports, 1997, ss. 7, 81; 116 ILR, s. 1. Ayrıca bkz., *Construction of a Wall* görüşü, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 198; 129 ILR, ss. 37, 117–18, ve *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 232. İkinci davada Divan 36. maddeye atıf yapmıştır.

<sup>168</sup> *Gabčíkovo–Nagymaros Project* davası, ICJ Reports, 1997, ss. 7, 81; 116 ILR, s. 1. Burada Divan her iki devletin de tazminat isteme hakkı ve verme yükümlülüğü olduğuna hükmetmiştir. Dolayısıyla taraflardan bütün finansal taleplerden ve karşı taleplerden vazgeçmeleri veya iptal etmeleri istenmiştir. Bkz., genel olarak D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, 2. Baskı, Oxford, 2005, ve C. N. Brower ve J. D. Brueschke, *The Iran–United States Claims Tribunal*, The Hague, 1998, 14–18. bölümler.

<sup>169</sup> Bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 243. Ayrıca bkz., Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Fifth Session, A/48/10, s. 185.

<sup>170</sup> Bkz., genel olarak Whiteman, *Damages*, ve Aréchaga, ‘International Responsibility’, s. 571. Ayrıca bkz., N. Jorgensen, ‘A Reappraisal of Punitive Damages in International Law’, 68 BYIL, 1997, s. 247; *Yearbook of the ILC*, 1956, cilt II, ss. 211–12, ve Annacker, ‘Part Two’, ss. 225 vd.

<sup>171</sup> Inter-American Court of Human Rights, 1989, Series C, No. 7, ss. 34, 52; 95 ILR, s. 306. Eritre–Etiyopya Talepler Komisyonu bir tazminat ödemesinin potansiyel olarak sakatlayıcı etkisinin meseleye karar vermeden önce dikkate alınıp alınamayacağı sorusunu tartışmıştır, *Final Award: Eritrea’s Damages Claim*, 26 RIAA, 2009, ss. 505, 523–4 ve *Final Award: Ethiopia’s Damages Claim*, 26 RIAA, 2009, ss. 631, 650–1.

<sup>172</sup> Bu konuda analiz için bkz., 2001 UHK Şerhi, ss. 255 vd. Ayrıca bkz., UNCITRAL Tahkim Mahkemesi’nin 14 Mart 2003 tarihli kararı, *CME Czech Republic BV v. The Czech Republic*, Final Award.

<sup>173</sup> *A.g.e.*, ss. 260 vd.

Zarar, hem maddi hem de maddi olmayan (veya manevi) zararları içerir.<sup>174</sup> Buna göre kişisel acı ve elem veya hakarete uğrama için parasal tazminat ödenebilir. Örnek olarak *I'm Alone*<sup>175</sup> davasında, Montreal'de kayıtlı bir gemisinin hukuka aykırı bir şekilde batırılması yüzünden onuru zedelenen Kanada'ya tazminat olarak \$25,000 ödenmesi önerilmiştir. Buna bir başka örnek ise *Rainbow Warrior* gemisinin iki Fransız ajanı tarafından Yeni Zelanda'da batırılmasına ilişkin 9 Temmuz 1986 tarihli Fransa-Yeni Zelanda Antlaşması'dır. Antlaşmanın ikinci paragrafı Fransa'nın Yeni Zelanda'ya 'uğramış olduğu bütün zararlar' için tazminat olarak toplam 7 milyon dolar ödeyeceğini öngörmektedir.<sup>176</sup> Bağlam dikkate alındığında bunun maddi zarardan daha fazlasını içerdiği açıktır.<sup>177</sup> 1990 yılındaki müteakip tahkimde, Mahkeme şu hususu ifade etmiştir:

*"Maddi bir zarar bulunmasa dahi ciddi ahlaki ve hukuki zarar... içeren uluslararası yükümlülüklerin ihlali bakımından bir parasal tazminat ödenmesi emri verilebilir."*<sup>178</sup>

Ancak, Yeni Zelanda alternatif hukuki çözümler aradığı için Mahkeme, bir parasal tazminat emri vermekten vazgeçmiştir.<sup>179</sup>

Tatmin, bir üçüncü tazmin yoludur. Bu yol, parasal olmayan tazminatlarla ilgili olup, resmi özür, suçlu alt seviyeli memurların cezalandırılması veya bir eylemin hukuka aykırı niteliğinin resmen kabulü gibi yöntemleri içerir.<sup>180</sup> Mahkeme *Rainbow Warrior* tahkiminde<sup>181</sup> özellikle ahlaki veya hukuki bir zararın doğrudan devlete verildiği bir uluslararası yükümlülüğün ihlali halinde, devletler ve uluslararası mahkemelerce bir çözüm olarak tatminin kullanılmasına ilişkin yerleşik uygulamaya işaret etmiştir. Davanın şartları çerçevesinde, Mahkeme tarafından Yeni Zelanda'ya karşı antlaşma yükümlülüklerini ihlalleri nedeniyle Fransa'nın resmen kınanmasının "uygun bir tatmin" oluşturduğu sonucuna varılmıştır.<sup>182</sup> Mahkeme ayrıca ilginç bir "tavsiye"de bulunmuş ve ilgili iki devletin kendi vatandaşları arasında yakın ilişkileri teşvik edecek bir fon kurmalarını ve ayrıca Fransız hükümetinin 'bu fona bir başlangıç olarak 2 milyon dolar katkı sunmasını' önermiştir.<sup>183</sup>

Bazı davalarda uyuşmazlığın bir tarafı şikayet edilen eylemin sadece hukuka aykırılığının açıklanmasını isteyebilir.<sup>184</sup> Örnek olarak ülkesel uyuşmazlıklarda böyle bir açıklama özel bir öneme sahip olabilir. Ancak Uluslararası Adalet Divanı *Nuclear Tests* davasında,<sup>185</sup> Avustralya'nın tezleri bakımından, ciddi karşı görüşlere konu olmuş olan, dar bir yaklaşım

<sup>174</sup> Bkz., madde 31(2).

<sup>175</sup> 3 RIAA, s. 1609 (1935); 7 AD, s. 203.

<sup>176</sup> 74 ILR, ss. 241, 274.

<sup>177</sup> Bkz., *Rainbow Warrior* davası, 82 ILR, ss. 499, 574.

<sup>178</sup> 82 ILR, ss. 499, 575.

<sup>179</sup> *A.g.e.*

<sup>180</sup> Bkz., Annacker, 'Part Two', ss. 230 vd.; C. Barthe, 'Réflexions sur la Satisfaction en Droit International', 49 AFDI, 2003, s. 105; de Aréchaga, 'International Responsibility', s. 572; D. W. Bowett, 'Treaties and State Responsibility', *Mélanges Virally*, Paris, 1991, ss. 137, 144; ve Schwarzenberger, *International Law*, s. 653. Ayrıca bkz., *I'm Alone* davası, 3 RIAA, ss. 1609, 1618 (1935); 7 AD, s. 206 ve *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, 1949, ss. 4, 35; 16 AD, ss. 155, 167.

<sup>181</sup> 82 ILR, s. 499. Ayrıca bkz., E. Wyler ve A. Papaux, 'Satisfaction', *Law of International Responsibility*, s. 623.

<sup>182</sup> 82 ILR, s. 577.

<sup>183</sup> *A.g.e.*, s. 578. Ayrıca bkz., *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)*, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 234.

<sup>184</sup> Bkz., örneğin *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ, Series A, No. 7, s. 18 (1926) ve *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, 1949, ss. 4, 35; 16 AD, s. 155. 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 41. maddesi uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "adil tatmin"e hükmedebilecek olup bu genellikle Mahkeme tarafından Sözleşme'nin ihlalinin gerçekleşmiş olduğunu, ilişkin bir açıklama biçimini almaktadır. Bkz., örneğin *Neumeister* davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 17 (1974); 41 ILR, s. 316. Ayrıca bkz., *Pauwels* davası, *a.g.e.*, No. 135 (1989); *Lamy* davası, *a.g.e.*, No. 151 (1989) ve *Huber* davası, *a.g.e.*, No. 188 (1990).

<sup>185</sup> ICJ Reports, 1974, s. 253; 57 ILR, s. 398.



benimsemiştir.<sup>186</sup> UHK Maddeleri'nin 37. maddesi hukuka aykırı bir eylemden sorumlu olan devletin bunun vermiş olduğu zarar için eski hale iade veya tazminat ile giderilemediği durumda tatmin etme yükümlülüğü altında olduğunu öngörmektedir. Tatmin ihlalin kabulünü, bir pişmanlık ifadesini, bir resmi özrü veya diğer bir uygun yöntemi içerebilir.<sup>187</sup> Böyle bir diğer yönetime örnek olarak, tekrarlamama güvencesi veya garantisi verilebilir.<sup>188</sup>

## BUYRUK KURALLARIN (*JUS COGENS*) CİDDİ İHLALLERİ

Devletin sorumluluğu bakımından yapılan en büyük tartışmalardan biri uluslararası suçlar meselesi ile ilgilidir. 1996 UHK Taslak Maddeleri'nin 19. maddesinde uluslararası hukuka aykırı eylemler bağlamında uluslararası suçlar ile uluslararası kabahatler arasında bir ayırım yapılmıştı. Bu açıdan bir devletin uluslararası toplumun tümü tarafından ihlalinin bir suç kabul edildiği bu toplumun temel menfaatlerinin korunması için elzem saydığı bir uluslararası yükümlülüğün ihlali nedeniyle ortaya çıkan uluslararası hukuka aykırı bir eylemi bir uluslararası suç oluşturmaktaydı. Diğer uluslararası hukuka aykırı eylemler ise uluslararası kabahat olarak adlandırılmıştı.<sup>189</sup> Bu tür uluslararası suçlara örnek olarak silahlı saldırı, zorla sömürge hakimiyeti kurulması veya sürdürülmesi, kölelik, soykırım, apartheid ve atmosferin veya denizlerin büyük ölçüde kirletilmesi verilmiştir. Ancak devletlerin cezai bakımdan sorumlu olup olamayacakları sorusu oldukça tartışılmıştır.<sup>190</sup> Bazıları kavramın hukuken bir değerinin olmadığını ve prensip olarak meşru görülemeyeceğini, zira devletlere cezai yaptırım uygulanmasının prensipte mümkün olsa bile istikrarsızlık yaratabileceğini iddia etmiştir.<sup>191</sup> Diğerleri ise, özellikle 1945'den beri devletlerin bazı suçlara yönelik tavrının bunları uluslararası hukukun alanı içine taşıyacak şekilde değiştiğini iddia etmiştir.<sup>192</sup> Raportör, taslak 19. maddeye dair şerhinde bunun dahil edilmesini meşru göstermek için 1945'den beri bu bağlamdaki üç belirli değişime işaret etmiştir: Birinci olarak, kendisinden sapılmasına izin verilemeyen bir prensipler dizisi olarak *jus cogens* kavramının gelişmesi;<sup>193</sup> ikinci olarak, bireysel cezai sorumluluğun doğrudan uluslararası hukukta ortaya çıkması; ve üçüncü olarak, barışın tehdidi veya bozulması ya da bir saldırı eylemi halinde bir devlete karşı yaptırım uygulanmasını öngören BM Şartı ve hükümleri.<sup>194</sup> Ancak UHK önerinin tartışmalı niteliği ışığında yaklaşımını değiştirmiş<sup>195</sup> ve 2001'de nihai olarak tasdik edilen Maddeler'de devletlerin uluslararası suçlarına yer verilmemiş, ancak *erga omnes* yükümlülüklerin ve buyruk normların (*jus cogens*) ihlali halinde ortaya çıkacak belli sonuçlar üzerinde durulması yoluna gidilmiştir.<sup>196</sup>

<sup>186</sup> ICJ Reports, 1974, ss. 312–19; 57 ILR, s. 457.

<sup>187</sup> Bkz., Crawford, *State Responsibility*, s. 527 ve 2001 UHK Şerhi, s. 263. Tatmin zararlar orantısız ve sorumlu devleti aşağılayıcı bir biçimde olmamalıdır, madde 37(3).

<sup>188</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>189</sup> Bkz., M. Mohr, 'The ILC's Distinction between "International Crimes" and "International Delicts" and Its Implications', Spinedi ve Simma, *UN Codification*, s. 115, ve K. Marek, 'Criminalising State Responsibility', 14 *Revue Belge de Droit International*, 1978–9, s. 460.

<sup>190</sup> Bkz., örneğin J. Crawford, 'International Crimes of States', *Law of International Responsibility*, s. 405; Crawford, *State Responsibility*, s. 378; A. Ollivier, 'International Criminal Responsibility of the State', *a.g.e.*, s. 703; Oppenheim's *International Law*, ss. 533 vd. Ayrıca bkz., G. Gilbert, 'The Criminal Responsibility of States', 39 *ICLQ*, 1990, s. 345, ve N. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford, 2000. Bireysel cezai sorumluluk için bkz., yukarıda 8. Bölüm.

<sup>191</sup> Bkz., örneğin I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963, ss. 150–4.

<sup>192</sup> Bkz., örneğin de Aréchaga, 'International Law'.

<sup>193</sup> Bkz., örneğin 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesi.

<sup>194</sup> *Yearbook of the ILC*, 1976, cilt II, ss. 102–5. Ayrıca bkz., Report of the International Law Commission, 1994, A/49/10, ss. 329 vd. ve *a.g.e.*, 1995, A/50/10, ss. 93 vd. Ayrıca bkz., *Bosnia v. Serbia*, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 115.

<sup>195</sup> Taslak 19. maddenin kritik bir analizi ve sonraki gelişmeler için bkz., Crawford, *Articles*, ss. 17 vd.

<sup>196</sup> Bkz., yukarıda 3. Bölüm

Madde 41 devletlerin, uluslararası hukukun bir buyruk kuralından<sup>197</sup> kaynaklanan bir yükümlülüğün bir devlet tarafından ciddi ihlalinin sonlandırılmasını, hukuka uygun araçlarla sağlamak için işbirliği yapma<sup>198</sup> ve böyle bir ihlal sonucu oluşan durumu hukuki olarak tanımama yükümlülüğü altında olduklarını belirtmektedir.<sup>199</sup>

## DİPLOMATİK HİMAYE VE VATANDAŞLIK BAĞI<sup>200</sup>

Vatandaşlara verilen zararlar bakımından devletin sorumluluğu doktrini iki sütun üzerine oturmaktadır: Devletlerden birine memurları ve organlarının (yasama, yargı ve yürütme) hukuka aykırı eylem ve ihmallerinin isnadı; ve diğer devletin zarar gören kişinin talebini kabul etme yetkisi. Gerçekten de UHK Maddeleri'nin 44. maddesi bir talebin, vatandaşlık bağına dair ilgili kurallara uygun olarak öne sürülmesi halinde bir devletin sorumluluğuna başvurulamayacağını öngörmektedir.<sup>201</sup>

Vatandaşlık, belli menfaat ve yükümlülükler bakımından kişi ile devleti arasındaki bağıdır. Bu, uluslararası hukuk açısından da önemli bir bağıdır. Her ne kadar uluslararası hukuk artık kişilerin devletin araya konulmasından bağımsız olarak da haklar elde edebileceği bir aşamaya doğru ilerlese de, devlet merkezli bir dünya sisteminde kişinin uluslararası hukukta mevcut olan menfaatlerin tamamını ancak devletin aracılığıyla elde edebileceği ve vatandaşlığın da bu işin anahtarı olduğu temel gerçeği var olmaya devam etmektedir.<sup>202</sup>

Diplomatik himaye prensibi köken olarak bir devletin yabancı ülke vatandaşlarına yönelik muamelesi bağlamında ortaya çıkmıştır. Ancak Uluslararası Adalet Divanı'nın işaret ettiği üzere 'Geçtiğimiz yıllarda bireylere tanıdığı haklar bakımından uluslararası hukuktaki esaslı gelişmeler sayesinde, diplomatik himayenin başlangıçta yabancılara muamelenin minimum standartlarının ihlal edildiği iddialarıyla sınırlı olan *ratione materiae* (konu bakımından) çerçevesi, daha sonra diğerlerinin yanı sıra, uluslararası alanda garanti altına alınmış insan haklarını da kapsayacak şekilde genişlemiştir'.<sup>203</sup>

<sup>197</sup> Buyruk kurala verilen örnekler saldırının yasaklanması, kölelik ve köle ticareti, soykırım, ırk ayrımcılığı ve apartheid, işkence ve kendi kaderini tayin prensibidir. Bkz., 2001 UHK Şerhi, ss. 283-4.

<sup>198</sup> Madde 40(2) bir ihlali şayet sorumlu devletin yükümlülüğü yerine getirmemesi ağır ve sistematik bir eksiklik içeriyorsa ciddi olarak tanımlanmaktadır.

<sup>199</sup> Tanımama örnekleri için bkz., yukarıda 8. Bölüm. Madde 41(3) bir kurtarma klozu olup, maddenin Taslağın İkinci Bölümünde atfedilen diğer sonuçları ve böyle bir ihlalin uluslararası hukuk altındaki diğer sonuçlarını etkilemeyeceğini öngörmektedir.

<sup>200</sup> Bkz., örneğin Crawford, *State Responsibility*, s.567; C. F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, Oxford, 2008; Oppenheim's *International Law*, s. 511; Daillier, Forteau ve Pellet, *Droit International Public*, s. 903; H. Meunier, 'Le Fondement de la Protection Diplomatique', 59 AFDI, 2013, s. 221 ve A. Vermeer-Künzli, 'A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility Erga Omnes', 56 ICLQ, 2007, s. 553. Ayrıca bkz., Final Report of the ILA Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property, 2006, [www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/14](http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/14) ve UHK Raportörü'nün Diplomatik Himayeye Dair yedi raporu, 2001-6, [http://legal.un.org/ilc/guide/9\\_8.htm](http://legal.un.org/ilc/guide/9_8.htm).

<sup>201</sup> Bkz., 2001 UHK Şerhi, s. 304.

<sup>202</sup> Bkz., örneğin *The Changing Role of Nationality in International Law* (ed. S. Forlati ve A. Annoni), London, 2013 ve C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2015, ss. 104 vd. Ayrıca bkz., yukarıda 11. Bölüm. Ayrıca bkz., Hırvatistan'ın *Application of the Genocide Convention* davasında Uluslararası Divan'a Yugoslavya'ya karşı 2 Temmuz 1999 tarihli başvurusunda hem devlet adına hem de '*parens patriae* olarak vatandaşları için' yaptığı tazmin talepleri, Application, ss. 20-1. Divan notice olarak Hırvatistan'ın talebini ve Sırbistan'ın karşı talebini reddetmiş, ancak ' tarafları bu tür ihlallerin kurbanlarına uygun tazmin sunmak ve böylece bölgede barış ve istikrarı pekiştirmek üzere işbirliğine devam etmeleri için teşvik ettiğini' ifade etmiştir, bkz., *Croatia v Serbia*, ICJ Reports, 2015, para. 523.

<sup>203</sup> *Diallo (Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, ICJ Reports, 2007, ss. 582, 599.

Uluslararası Hukuk Komisyonu 2006 yılında Diplomatik Himayeye Dair Taslak Maddeleri kabul etmiştir.<sup>204</sup> Madde 1, taslak maddelerin amaçları açısından, şunu öngörmektedir:

*“Diplomatik himaye bir devlet tarafından, diplomatik yoldan veya diğer barışçıl çözüm yollarıyla, bir başka devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi tarafından kendi vatandaşı olan bir gerçek veya tüzel kişiye verilen zarar için diğer devletin sorumluluğuna, bu sorumluluğun uygulanması amacıyla başvurulmasını içerir.”*<sup>205</sup>

Bir devlet vatandaşlarını koruma yükümlülüğü altındadır ve bunların diğer devletlere karşı olan taleplerini alıp sürdürebilir. Diplomatik himaye geniş anlamda konsolosluk eylemlerini, diplomatik müzakereleri, arabuluculuğu, yargısal ve hakemlik süreçlerini, misillemeleri, aynen mukabele etmeyi, diplomatik ilişkilerin kesilmesini ve ekonomik baskıları içerir.<sup>206</sup> Ancak uluslararası hukukta bir devletin yurt dışındaki vatandaşlarına diplomatik himaye sağlama yükümlülüğü yoktur.<sup>207</sup> Bununla beraber, vatandaşların kendi devletlerini diplomatik himayede bulunmaya davet etme hakları olduğu ve devletin de bu talebi rasyonel bir şekilde değerlendirme yükümlülüğü altında bulunduğu söylenebilir.<sup>208</sup>

Buna ek olarak bir devletin bu talebi kabul etmesi halinde, talep artık o devletin bir talebi halini alır. Bu, uluslararası hukukta devlet egemenliği ve iç işlerine karışmama gibi nedenlerle, bireylere yabancı devletlere karşı taleplerini ileri sürme hakkı vermeye ilişkin tarihsel isteksizliğin bir sonucudur.

Bu temel prensip *Mavrommatis Palestine Concessions* davasında ele alınmıştır.<sup>209</sup> Bu konuda Uluslararası Daimi Adalet Divanı şuna işaret etmiştir:

*“Vatandaşlarından birinin davasını üstlenerek ve onun yerine diplomatik yollara veya uluslararası yargı yollarına başvurarak bir devlet, gerçekte kendi haklarını, yani vatandaşının şahsında uluslararası hukuk kurallarına uyulmasını sağlama hakkını ortaya koymaktadır...”*

Devlet, bir uluslararası mahkeme önünde kendi vatandaşlarından birinin namına davayı üstlendikten sonra, artık mahkeme açısından sadece devlet taraftır.<sup>210</sup> Diplomatik himayenin kullanılması ilgili devletin uluslararası hukuka aykırı bir müdahalesi sayılamaz. Ancak devletin bu hakkına bağlı bir sınırlama uyarınca, bir devlet prensip olarak yalnızca kendi vatandaşlarının taleplerini üstlenebilir. Diplomatik himaye yabancı vatandaşların taleplerine

<sup>204</sup> Bkz., Report of the ILC on its 58th Session, A/61/10, 2006, s. 13. Maddeler Genel Kurul tarafından bir sözleşme haline getirilmek üzere önerilmiştir. Bkz., 62/67 sayılı karar (6 Aralık 2007); 65/27 sayılı karar (6 Aralık 2010) ve 68/113 sayılı karar (16 Aralık 2013). Ayrıca bkz., BM Genel Kurulu Altıncı Komitesi’ndeki tartışmalar, <http://www.un.org/en/ga/sixth/68/DipPro.shtml>.

<sup>205</sup> Bkz., *Diallo (Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* davası, Preliminary Objections, ICJ Reports, 2007, ss. 582, 599. Burada Divan, 1. maddenin örf ve adeti yansıttığını açıklamıştır.

<sup>206</sup> *Kaunda v. President of South Africa* CCT 23/04, [2004] ZACC 5, paras. 26–7 ve *Van Zyl v. Government of RSA* [2007] SCA 109 (RSA), para. 1.

<sup>207</sup> Bkz., örneğin *HMHK v. Netherlands* 94 ILR, s. 342 ve *Comercial F SA v. Council of Ministers* 88 ILR, s. 691. Ayrıca bkz., *Kaunda v. President of South Africa* CCT 23/04, [2004] ZACC 5, para. 29 ve 34. Burada diplomatik himayenin uluslararası hukukta bir insan hakkı olarak tanınmadığı, fakat devletin ihtiyari olarak kullanabileceği bir imtiyaz olduğu ifade edilmiştir (Baş Hakim Chaskalson tarafından).

<sup>208</sup> Bkz., *Van Zyl v. Government of RSA* [2007] SCA 109 (RSA), para. 6.

<sup>209</sup> PCIJ, Series A, No. 2, 1924, s. 12. Bkz., *Panevezys–Saldutiskis* davası, PCIJ, Series A/B, No. 76; 9 AD, s. 308. Ayrıca bkz., Vattel, ‘bir kişiye kötü muamele eden dolaylı olarak onun devletine de zarar verir ve o devlet bu kişiyi korumak zorundadır’, *The Law of Nations*, 1916 çevirisi, s. 136.

<sup>210</sup> Bkz., örneğin *Lonrho Exports Ltd v. ECGD* [1996] 4 All ER 673, 687; 108 ILR, s. 596.

teşmil edilemez.<sup>211</sup> Ancak “hukukun bir ilerlemeci gelişme uygulaması olarak” bir devletin zararın ve talebin ileri sürüldüğü tarihte o devlette kanuna uygun ve daimi olarak ikamet eden bir vatansız kişinin veya mültecinin talebini de üstlenebileceği ileri sürülmüştür.<sup>212</sup> Böyle bir diplomatik himaye ilgili vatandaşın bir hakkı olmayıp, kullanıp kullanılmayı tercih edebilecek olan devletin bir hakkıdır.<sup>213</sup> Uluslararası hukuka göre bu devlete yüklenmiş olan bir yükümlülük değildir. Divan *Barcelona Traction* davasında buna dikkat çekmiştir:

“Uluslararası hukuk tarafından belirlenmiş sınırlar içinde, bir devlet diplomatik himayeyi uygun bulunduğu yollardan ve ölçüde kullanabilir, zira devletin ileri sürdüğü kendi hakkıdır. Gerçek veya tüzel kişilerin kendi haklarının onların yerine hareket eden devletçe yeterince korunmadığını düşünmeleri halinde uluslararası hukukta başka çareleri yoktur.”<sup>214</sup>

İngiltere bir yabancı devlete karşı bir talebin üstlenilmesinin Hükümet’in takdiri dahilinde olduğu görüşündedir, “Majestelerinin Hükümeti tarafından Uluslararası Taleplerin Üstlenilmesine Dair Kurallar” adlı metinde uluslararası hukuka dayandığı ifade edilen farklı prensipler ana hatlarıyla belirtilmiştir.<sup>215</sup> Burada resmi talepler ile gayri resmi beyanlar birbirinden ayrılmıştır. İlki açısından Kural VIII’de ‘Şayet davacı iç hukuk yollarını tüketirken adaletin inkarı olacak bir ayrımcılık veya engelleme ile karşılaşır, Majestelerinin Hükümeti adaleti sağlamak üzere onun namına müdahalede bulunabilir’ denilmektedir. Diğerleri bakımından, bütün hukuki yollar tüketildikten sonra, İngiliz vatandaşının adaletin yanıtılması veya inkarına ilişkin delile sahip olması halinde İngiltere bunu ileri sürme hususunu değerlendirecektir. Bu kural, vatandaşın insan haklarının esaslı şekilde ihlal edilmesinin adaleti açıkça engellediği vakalara uygulanabilir. İngiltere ayrıca yabancı devletlerin uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiklerine inanıldığı hallerde bu devletlerden doğrudan talepte bulunmayı değerlendirebileceğini ifade etmiştir.<sup>216</sup>

Bu mesele Yüksek Mahkeme tarafından *Abbasi v. Secretary of State*<sup>217</sup> davasında tartışılmıştır. Kararda İngiliz yetkili makamlarına kendi vatandaşlarını korumak üzere icra edilebilir bir yükümlülük yüklenmesini destekleyen hiçbir hüküm bulunmadığı ifade edilmiştir: Dış İşleri’nin İngiliz vatandaşlarını koruma hakkını kullanma açısından takdir yetkisi vardır ve bir vatandaşın kendisinden ne bekleyebileceği örnek olarak Uluslararası Taleplerin Üstlenilmesine Dair Kurallar vasıtasıyla gösterilmiştir. Mahkeme, Kurallar ve yapılan resmi açıklamalar ışığında<sup>218</sup> ‘adaletin yanıtılması veya inkarına ilişkin delillerin bulunması halinde, yurt dışındaki İngiliz vatandaşlarının korunması bakımından hükümetin bir rolü olduğunun açıkça kabul edilmiş’<sup>219</sup> bulunduğu sonucuna varmıştır. Her ne kadar bu Kurallar ve açıklamaların ortaya koyduğu beklentiler sınırlı ve takdir yetkisi geniş olsa da, hükümetin bir karar veya

<sup>211</sup> Ancak Avrupa Topluluğu Antlaşması’nın 20. maddesine göre bir üye devletin vatandaşlığını taşıyan (ve böylece 17. madde uyarınca Avrupa Birliği vatandaşı olan) herkes, kendi vatandaşı olduğu ülkenin temsil edilmediği bir üçüncü devletin ülkesinde iken her üye devletin diplomatik veya konsolosluk yetkililerinden o devletin vatandaşları ile aynı koşullarda diplomatik himaye isteyebilir.

<sup>212</sup> Bkz., Diplomatik Himayeye Dair Taslak Maddeler’in 8. maddesi. *R v. Al-Rawi* [2006] EWCA Civ 1279, para. 89. Bu davada Temyiz Mahkemesi İngiliz vatandaşı olmayanların İngiliz hükümetinin onlar adına bir yabancı devlete talepte bulunabileceğine ilişkin bir *Abbasi* beklentisine hakları olduğunun kabulü için hiç bir gerekçe bulunmadığına hükmetmiştir. Madde 8 uluslararası teamül hukukunun bir parçası sayılmamıştır, *a.g.e.*, paras. 118–20. Bir uluslararası örgüt için çalışan bir vatandaş hakkında diplomatik himayenin kullanılması halinde resmi bağımsızlığının tehlikeye girebileceği özel durum için bkz., örneğin *Reparation* görüşü, ICJ Reports, 1949, ss. 174, 183.

<sup>213</sup> Bkz., *Interhandel* davası, ICJ Reports, 1957, ss. 6, 27; Administrative Decision No. V 7 RIAA, s. 119; 2 AD, ss. 185, 191 ve *US v. Dulles* 222 F.2d 390. Ayrıca bkz., DUSPIL, 1973, ss. 332–4.

<sup>214</sup> ICJ Reports, 1970, ss. 3, 44; 46 ILR, s. 178.

<sup>215</sup> Bkz., 37 ICLQ, 1988, s. 1006 ve UKMIL, 70 BYIL, 1999, s. 526.

<sup>216</sup> UKMIL, 70 BYIL, 1999, ss. 528–9.

<sup>217</sup> [2002] EWCA Civ. 1598; 126 ILR, s. 685.

<sup>218</sup> Bkz., UKMIL, 70 BYIL, 1999, ss. 528–9.

<sup>219</sup> [2002] EWCA Civ. 1598, para. 92.

eylemsizliğinin, şayet bu karar veya eylemsizliğin irrasyonel veya haklı beklentilere aykırı olduğu gösterilebilirse, İngiliz hukukuna göre yargısal olarak gözden geçirilmemesi için hiç bir neden yoktur. Bu yüzden bir İngiliz vatandaşının durumunu göz önüne alma ve onun namına bazı taleplerde bulunmayı düşünmeye yönelik bir yükümlülüğün mevcut olduğu söylenebilir.<sup>220</sup> Vatandaşın söz konusu haklı beklentisi, talebinin 'değerlendirmeye alınmasıdır' ve bu değerlendirmede 'bütün ilgili unsurlar bir dengelemeye tabi tutulacaktır'.<sup>221</sup>

Mahkeme, Dışişleri'nin açıkladığı uygulamaya aykırı olarak temel hakları ihlal edilmiş bir vatandaşın namına diplomatik taleplerde bulunmayı dikkate almaktan bile imtina ettiği "uç bir durumda" yargısal denetimin diplomatik himaye lehine kayabileceğine hükmetmiştir.<sup>222</sup> Bir devletin vatandaşlığını istediği kimselere verme yetkisi,<sup>223</sup> diğer devletleri etkilemediği sürece sınırsızdır. Örnek olarak 1930 Vatandaşlık Hukuklarının Çatışmasına Dair Lahey Sözleşmesi'nin 1. maddesi şunu öngörmektedir:

*"Kendi hukukuna göre kendi vatandaşlarının kimler olacağı kararını her devletin kendisi verir. Bu hukuk, uluslararası sözleşmeler, uluslararası örf ve adet ve vatandaşlığa ilişkin genel kabul gören hukuk prensipleri ile uyumlu olduğu sürece diğer devletler tarafından tanınacaktır. . ."*<sup>224</sup>

*Nottebohm* davasında,<sup>225</sup> Uluslararası Adalet Divanı yalnızca talep eden devlet ile vatandaş arasında hakiki bir bağı olması halinde diplomatik himaye hakkının ortaya çıkabileceğine karar vermiştir. Ancak bu davanın olguları, ilgili hukuki görüşü anlamak açısından kritik öneme sahiptir. Liechtenstein Hükümeti uluslararası hukuka aykırı olduğu iddia edilen eylemlerinden ötürü Guatemala'ya karşı *Nottebohm* için eski hale iade ve tazminat talep eden bir dava başlatmıştır. Guatemala ise, *Nottebohm*'un Liechtenstein vatandaşlığının ve bu yüzden diplomatik himayenin tartışmalı olduğu cevabını vermiştir. Söz konusu kişi 1881'de Almanya'da doğmuş ve halen Alman vatandaşı olup, Liechtenstein'a vatandaşlık için 1939'da başvurmuştur. Ancak asıl mesele *Nottebohm*'un 1905'den beri (ve savaş tedbirleri yüzünden 1943'de sınır dışı edilene kadar) daimi olarak Guatemala'da ikamet etmiş ve işlerini buradan yürütmüş olmasıdır. Divan, her devlet gibi Liechtenstein'ın da kendi vatandaşlığı için gereken kuralları koymakta tamamen serbest olduğuna; ancak önemli olan konunun Guatemala'nun Liechtenstein vatandaşlığının verilmesini tanımak zorunda olup olmaması olduğuna dikkat çekmiştir. Bir devletin vatandaşlarından biri bakımından diplomatik himayeyi kullanması, vatandaşlık meselesinin tamamını iç yetki alanından uluslararası hukuk alanına taşımıştır.<sup>226</sup> Divan devlet uygulamalarına göre vatandaşlığın kişi ile vatandaşlığı veren devlet arasındaki bağı hukuki bir görünümü olduğunu ve kişinin diğer devletlerden ziyade o devlete olan daha yakından bağlılığının tanınması anlamına geldiğini vurgulamıştır.<sup>227</sup>

<sup>220</sup> *A.g.e.*, para. 106.

<sup>221</sup> *A.g.e.*, 98-9. paragraflar.

<sup>222</sup> *A.g.e.*, para. 104. Mahkeme 'Bu tür olağan dışı durumlarda mahkemenin Dış İşlerine davacının durumuna gereken önemi göstermesi için bir zorunlu emir çıkarmasının uygun olabileceğini düşünmekteyiz' demiştir, *a.g.e.*

<sup>223</sup> Doğum, miras, devletlerin halefyeti, vatandaşlığa alma veya uluslararası hukukla bağdaşan bir başka yolla verme yetkisi. Bkz., UHK Diplomatik Himayeye Dair Taslak Maddeler'in 4. maddesi.

<sup>224</sup> Bkz., *Nationality Decrees in Tunis and Morocco*, PCIJ Reports, 1923, Series B, No. 4, s. 24. Ayrıca bkz. 1997 Vatandaşlığa Dair Avrupa Sözleşmesi, madde 3(2). Bu uluslararası insan hakları hukukunun kurallarını da içerecektir. Bkz., örneğin *Proposed Amendments to the Naturalisation Provision of the Political Constitution of Costa Rica*, Inter-American Court of Human Rights, 1984, Series A, No. 4, para. 38; 79 ILR, s. 282.

<sup>225</sup> ICJ Reports, 1955, s. 4; 22 ILR, s. 349. Divan, örneğin kendisine başvurarak, himayenin kullanılmasının o devletin kendisini uluslararası hukuka tabi kılması anlamına geldiğini vurgulamıştır, *a.g.e.*, s. 16. Bkz., *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* davası, PCIJ, Series B, No. 4, 1923, ss. 7, 21; 2 AD, s. 349. Burada vatandaşlık sorusu prensip olarak devletlerin yerel yetkisi içinde olsa da devletin takdir yetkisini kullanma hakkının diğer devletlere yönelik üstlenilen yükümlülükler tarafından sınırlandırıldığına dikkat çekilmiştir. Ayrıca bkz., *Flegenheimer* davası, 14 RIAA, s. 327 (1958); 25 ILR, s. 91, ve 1930 Vatandaşlığa dair Lahey Sözleşmesi, madde 1, yukarıda 11. Bölüm.

<sup>226</sup> ICJ Reports, 1955, ss. 20-1; 22 ILR, s. 357.

<sup>227</sup> ICJ Reports, 1955, s. 23; 22 ILR, s. 359.

Bu kavramları ortaya koyduktan sonra, Divan Nottebohm'un Liechtenstein ile olan bağın zayıf niteliğini ve Guatemala ile olan ilişkisinin güçlülüğünü vurgulamıştır. Nottebohm, Liechtenstein'da çok kısa bir süre kalmış ve kardeşlerinden biri de Vaduz'da yaşamıştır. Bunun ve resmen vatandaşlığa geçmenin ötesinde, bu devletle başka hiçbir bağı bulunmamıştır. Öte yandan Guatemala'da yaklaşık otuz yıl yaşamıştır ve Vaduz'dan belgelerini aldıktan sonra yine bu ülkeye dönmüştür. Liechtenstein vatandaşlığı 'uluslararası ilişkilerde kabul edilmiş olan... kavram dikkate alınmadan verildiğinden' hakiki bir bağın yokluğunda, Divan Liechtenstein'in diplomatik himayesini Guatemala'ya karşı Nottebohm hakkında kullanamayacağına hükmetmiştir.<sup>228</sup> Bu dava, Divan tarafından kullanılan "hakiki bağ" doktrini yüzünden eleştirilmiştir. Söz konusu doktrin bu tarihten itibaren çifte vatandaşlık problemleri bakımından, bir vatandaşlık devletinin diğerini belli bir vatandaş namına dava edip edemeyeceği hakkında karar verebilmeyi sağlamak üzere kullanılmıştır. Ancak bu doktrinin diplomatik himaye meselesine teşmil edilmesi tamamen yeni bir yöntem olarak görülmüştür.<sup>229</sup>

UHK tarafından 2006'da kabul edilen Diplomatik Himaye Hakkında Taslak Maddeler'de bir vatandaşlık şartı olarak hakiki bağın tesis edilmesi gerekli görülmemiştir<sup>230</sup> ve maddelerin Şerhi'nde *Nottebohm* davasının yalnızca bu davanın olguları ile sınırlı olduğu ifade edilmektedir.<sup>231</sup>

Vatandaşlık zararın ortaya çıktığı tarihte mevcut olmalı ve en azından resmi talebin sunulduğu tarihe kadar devam etmiş olmalıdır, ancak bu son husus, örneğin davanın tarafı devletler arasında talep bakımından bir anlaşmanın bulunması gibi, diğer pek çok olguya bağlı olabilecektir.<sup>232</sup>

Kişinin çifte veya çok sayıda vatandaşlığa sahip olması halinde, vatandaşı olduğu her devlet bir üçüncü devlete karşı onun talebini üstlenebilir<sup>233</sup> ve vatandaşlık devleti ile çifte veya çok vatandaşlı kişi arasında hakiki bir bağın ispatlanmasına gerek yoktur.<sup>234</sup> Ancak birden fazla vatandaşlık devleti arasındaki bir talep durumunda, kural o kişinin daha etkin bağının olduğu devletin diğer devletlere karşı talebi üstlenebileceği yönündedir. *Mergé* davasında,<sup>235</sup> çifte vatandaşlık durumunda devletlerin egemen eşitliğine dayalı diplomatik himayeyi dışlayan

<sup>228</sup> ICJ Reports, 1955, ss. 25–6; 22 ILR, s. 362.

<sup>229</sup> Bkz., Crawford, *State Responsibility*, s. 578 ve R. Y. Jennings, 'General Course on Principles of International Law', 121 HR, 1967, ss. 323, 459.

<sup>230</sup> Madde 4 vatandaşlık devletinin bir kişinin doğum, miras, vatandaşlığa alma, devletlerin halefiyeti veya uluslararası hukuka aykırı olmayan başka bir yolla ilgili devletin hukuku uyarınca vatandaşlığını kazandığı devlet olduğunu öngörmektedir.

<sup>231</sup> Report of the ILC on its 58th Session, A/61/10, 2006, ss. 32–3. Ayrıca bkz., *See Flegenheimer* davası, 14 RIAA, p. 327 (1958); 25 ILR, s. 91.

<sup>232</sup> Bkz., örneğin Borchard, *Diplomatic Protection*, ss. 660 vd.; Whiteman, *Digest*, cilt VIII, 1967, ss. 1243–7, ve *Nottebohm* davası, ICJ Reports, 1955, s. 4; 22 ILR, s. 349. Ayrıca bkz., ABD Dışişleri Bakanlığı'nun kendi vatandaşları tarafından devamlı surette sahip olunmayan talepleri ileri sürmekten sürekli imtina etmesine ilişkin görüşü. Bkz., 76 AJIL, 1982, ss. 836–9, ve aynı istikamette İngiliz Dışişleri tarafından yayınlanan 1985 Uluslararası Taleplere Dair Kurallar. Bkz., 37 ICLQ, 1988, s. 1006. Ayrıca bkz., I. Sinclair, 'Nationality of Claims: British Practice', 27 BYIL, 1950, s. 125. UHK Taslak Maddeleri, madde 5(2) ilgili kişinin bir selef devletin vatandaşı olması veya önceki vatandaşlığını kaybetmesi ve talebi ileri sürmekle alakalı olmayan bir nedenle uluslararası hukuka aykırı olmayan bir biçimde ilgili devletin vatandaşlığını kazanması halinde zarar tarihinde o devletin vatandaşı olmamış olsa bile himayenin tanınabileceğini öngörmektedir.

<sup>233</sup> 14 RIAA, s. 236 (1955); 22 ILR, s. 443. Ayrıca bkz., *Canevaro* davası, 11 RIAA, s. 397 (1912). Bkz., UHK Diplomatik Himayeye Dair Taslak Maddeleri, madde 6(1). Ayrıca bkz., 1930 Vatandaşlık Hukuklarının Çatışmasına Dair Bazı Sorunlar hakkında Lahey Sözleşmesi, madde 3.

<sup>234</sup> Bkz., örneğin *Salem* davası, 2 RIAA, s. 1161 (1932); 6 AD, s. 188; *Mergé* davası, 14 RIAA, s. 236 (1955); 22 ILR, s. 443 ve *Dallal v. Iran* 3 Iran-US CTR, 1983, s. 23.

<sup>235</sup> 14 RIAA, s. 236 (1955); 22 ILR, s. 443. Ayrıca bkz., *Canevaro* davası, 11 RIAA, s. 397 (1912). Karşılaştırma için bkz., *Salem* davası, 2 RIAA, s. 1161 (1932); 6 AD, s. 188.

prensibin, etkin vatandaşlık prensibi karşısında, şayet bu vatandaşlık davacı devletinki ise, öncelikli olmayacağı vurgulanmıştır. Ancak böyle bir etkinliğin ispatlanamaması halinde, söz konusu öncelik mevcut olmayacaktır. Diğer bir deyişle bir devlete vatandaşını onun da vatandaşı olduğu bir başka devlete karşı korumasına izin veren kriter etkinlik kriteridir. Bu yaklaşım İran-ABD Talepler Mahkemesi tarafından da tasdik edilmiş olup, Mahkeme ilgili tarihte “baskın ve etkin vatandaşlığın” Amerikan vatandaşlığı olduğu bir çifte vatandaşın İran’a karşı talepleri bakımından yetkili olduğuna hükmetmiştir.<sup>236</sup> UHK Diplomatik Himaye Hakkında Taslak Maddeler’in 7. maddesi bir vatandaşlık devletinin kişi bakımından ilgili kişinin onun da vatandaşı olduğu bir devlete karşı, önceki devletin vatandaşlığı hem zarar tarihinde hem de talebin resmen öne sürüldüğü tarihte baskın olmadıkça, diplomatik himayeyi kullanamayacağını öngörmektedir.

Şirketler konusuna gelince, şirketle onun talebini ileri sürmeyi isteyen devlet arasında somut bir bağın olmasının arandığı görülmektedir. Farklı davalarda, şirketin ilgili devlette kurulmuş olmasından, şirketin idari merkezinin o devlette bulunmasına ve devletin vatandaşlarının şirkette esaslı miktarda yatırımlarının mevcut olmasına kadar uzanan farklı faktörlere işaret edilmiştir.<sup>237</sup>

Divan *Barcelona Traction* davasında<sup>238</sup> teamül kuralının bir şirket için diplomatik himaye hakkını kanunlarına göre kurulmuş olduğu ve kayıtlı ofisinin ülkesinde bulunduğu devlete verdiğine dikkat çekmiştir. Buna karşın Nottebohm’daki “hakiki bağ” doktrininin uygulanması genel kabul görmediği için reddedilmiştir. Bununla beraber devleti korumak istediği şirkete bağlayan anlamlı bir bağın bulunması mecburiyeti de gerçekliğini korumaktadır. Bu davada bir şirketin hissedarlarına ilişkin durum da tartışılmıştır. Dava, Belçika ile İspanya arasında 1911’de Kanada’da kurulmuş olup, İspanya’da elektrik üretimi işiyle uğraşan ve hisselerinin çoğunluğu Belçika vatandaşlarına ait olan bir şirkete ilişkindir. İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra İspanya yetkililerinin almış olduğu mali tedbirler şirkete zarar vermiş ve 1948’de şirketin iflas ettiği açıklanmıştır. Davada Belçika, İspanya’nın almış olduğu tedbirler yüzünden Belçika vatandaşı olan hissedarlara verilen zarar bakımından talepte bulunmuştur. İspanya ise zarara uğrayan hissedarlar değil şirket olduğu için Belçika’nın dava ehliyeti olmadığı cevabını vermiştir.

Divan, Belçika’nın talebini meselede hukuki menfaati olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Her ne kadar şirkete bir zarar verildiğinde hissedarlar da bundan etkilenenlerse de, yalnızca ilkinin hakları çiğnendiğinden sadece şirket dava açma hakkına sahiptir. Öte yandan doğrudan hissedarların hakları, örneğin hisse gelirleri ihlal edilirse (buradaki durum bu değildir), bunların bağımsız bir dava hakkı olabilecektir. Bir başka durum da şirketin hukuken ortadan kalkmasıdır. Divan, ilgili genel uluslararası hukuk kuralının yabancı sermayeyi temsil eden bir şirkete karşı hukuka aykırı bir eylemin işlenmesi halinde yalnızca şirketin vatandaşı olduğu devletin dava açabileceğini öngördüğünü vurgulamıştır. Bu davada Kanada, uyumsuzluğa müdahil olmamayı tercih etmiştir. Hissedarların diplomatik himayesi fikrini kabul etmek, Uluslararası Adalet Divanı’nın görüşüne göre, ekonomik ilişkilerde bir karışıklık ve güvensizlik atmosferinin oluşturulmasına neden olabilecektir. Zira uluslararası şirketlerin hisseleri ‘etrafa saçılı ve sıklıkla el değiştirir’ durumdadır.<sup>239</sup>

<sup>236</sup> *Islamic Republic of Iran v. USA*, Dava No. A/18, 5 Iran-US CTR, s. 251; 75 ILR, s. 176; *Esfahanian* yukarıda *Bank Tejarat 2 Iran-US CTR*, s. 157; 72 ILR, s. 478, ve *Malek v. Islamic Republic of Iran* 19 Iran-US CTR, s. 48. Ayrıca bkz., *Saghi v. Islamic Republic of Iran* 87 AJIL, 1993, s. 447 ve Kanada Yüksek Mahkemesi’nin kararı, *Schavernooh v. Foreign Claims Commission* 1 SCR 1092 (1982); 90 ILR, s. 220.

<sup>237</sup> Bkz., Crawford, *State Responsibility*, s. 577; V. Lowe, ‘Injuries to Corporations’, *Law of International Responsibility*, s.1005, ve Schwarzenberger, *International Law*, ss. 387-412. Ayrıca bkz., *Sola Tiles Inc. v. Islamic Republic of Iran* 83 ILR, s. 460.

<sup>238</sup> ICJ Reports, 1970, ss. 3, 42; 46 ILR, ss. 178, 216.

<sup>239</sup> ICJ Reports, 1970, s. 49; 46 ILR, s. 223. Ayrıca bkz., Separate Opinion of Judge Oda, *Elettronica Sicula (US v. Italy)* davası, ICJ Reports, 1989, ss. 15, 84; 84 ILR, ss. 311, 390.

UHK Diplomatik Himaye Hakkında Taslak Maddeler'in 9. maddesi, bir şirketin kurulmuş olduğu devletin vatandaşı olduğunu, şirket bir diğer devlet veya o devletin vatandaşları tarafından kontrol edilse ve kurulduğu devlette esaslı şirket faaliyetleri bulunmasa ve idari merkezi ve şirketin mali kontrolü bir başka devlette olsa bile, kurulduğu devletin onun vatandaşlık devleti sayılacağını öngörmektedir. Madde 11'de, zararın şirkete verilmesi halinde, şirket zararları ilgili olmayan bir nedenden ötürü kurulduğu devletin hukukuna göre sona ermedikçe; veya şirket zararları olduğu tarihte zarar vermektен sorumlu olduğu iddia edilen devletin vatandaşı olmadıkça ve bu devlette kurulması orada iş yapmanın bir ön şartı olarak o devlette istenmiş olmadıkça, hissedarların vatandaşı oldukları devletin hissedarlara diplomatik himaye sağlamaya hakkı olmayacağı öngörülmektedir.<sup>240</sup>

Uluslararası Adalet Divanı şirketler meselesine *Diallo (Guinea v. Democratic Republic of Congo)* davasında<sup>241</sup> geri dönmüş ve şunu ifade etmiştir:

*"Uluslararası hukuk açısından önemli olan bunların üyelerinden bağımsız bir hukuk kişiliğine sahip olup olmadıklarını tespit etmektir. Bir şirkete bağımsız şirket kişiliği tanımak ona kendi malları üzerinde yalnızca kendisinin koruyabileceği haklar tanımak demektir. Sonuç olarak şirketin haklarının başka bir devletin hukuka aykırı eylemi ile zarar görmesi halinde yalnızca vatandaşı olduğu devlet şirket namına diplomatik himaye kullanabilir. Bir şirketin bağımsız ve ayrı bir hukuk kişiliğine sahip olup olmadığına karar verirken, uluslararası hukuk ilgili ulusal hukukun kurallarını dikkate alır."*<sup>242</sup>

Diplomatik himaye bağlamında bu tür şirketlerin hissedarları açısından ise, Divan şunu vurgulamıştır:

*"Bir devlet tarafından kendi vatandaşlığında bulunan ortak veya hissedar olan bir gerçek veya tüzel kişi namına diplomatik himaye kullanılması, bir başka devletin işlediği uluslararası hukuka aykırı bir eylemin bu kişiye verdiği bir zarar için o devletin sorumlu olduğunun ileri sürülmesidir. Sonuç olarak, bu durum UHK Taslak Maddeleri'nin 1. maddesince tanımlanmış olan bir gerçek veya tüzel kişinin diplomatik himayesinden başka bir şey değildir; ortak veya hissedarların durumunda, uluslararası hukuka aykırı bir eylem sayılacak olan şey davalı devlet tarafından bir tüzel kişi bağlamında bunların doğrudan haklarının, o devletin ulusal hukukunda tanımlanmış ve ayrıca her iki Tarafça kabul edilmiş olan doğrudan haklarının ihlalidir. Bu esas uyarınca bir SPRL'nin ortaklarının veya bir kamu limited şirketinin hissedarlarının doğrudan haklarının diplomatik himayesi, gerçek veya tüzel kişilere ilişkin, uluslararası teamül hukukundan kaynaklanan, genel diplomatik himaye hukuku rejiminin bir istisnası sayılmamalıdır."*<sup>243</sup>

1985'de Dış İşleri tarafından çıkartılan Uluslararası Taleplerin Üstlenilmesine Dair Kurallar uyarınca,<sup>244</sup> İngiltere bir vatandaşının hissedar olarak veya başka bir şekilde menfaatinin olduğu ve her ne kadar bu istisnai bir durum sayılsa da şirketin ortadan kalktığı bir *Barcelona*

<sup>240</sup> Ancak zararın şirketten ayrı olarak doğrudan hissedarlara verilmesi halinde, bunların vatandaşı oldukları devlet bunlar bakımından diplomatik himaye kullanma hakkına sahiptir. Bkz., madde 12.

<sup>241</sup> Preliminary Objections, ICJ Reports, 2007, ss. 582, 605. Ayrıca bkz., *Diallo (Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Preliminary Objections, ICJ Reports, 2010, ss. 639, 674 vd.

<sup>242</sup> *A.g.e.*

<sup>243</sup> *A.g.e.*, s. 606. Divan ayrıca bir yabancı şirkete karşı bir hukuka aykırı eylemin işlenmesi halinde yalnızca şirketin vatandaşı olduğu devletin mi dava açabileceği sorusunu da incelemiş ve bunun böyle olduğu sonucuna varmıştır, *a.g.e.*, s. 614 vd.

<sup>244</sup> İkili yatırım antlaşmalarının sayısında 1970'lerdeki artış hissedarları korumak üzere *Barcelona Traction* sonrası bir tepki olarak görülebilir. Bkz., örneğin M. Sornarajah, 'State Responsibility and Bilateral Investment Treaties', 20 *Journal of World Trade Law*, 1986, ss. 79, 87. *Diallo* davasında (Preliminary Objections, ICJ Reports, 2007, ss. 582, 614–15) Divan çağdaş uluslararası hukukta şirketlerin ve hissedarların haklarına ilişkin sorunların artık daha ziyade ikili ve çok taraflı yabancı yatırımları koruma antlaşmaları meselesi olduğunu ve diplomatik himayenin rolünün 'belli ölçüde eskidiğini' ifade etmiştir.



*Traction* durumunda müdahil olabilecektir. İngiltere, bir vatandaşının hissedar olarak veya başka bir şekilde menfaatinin olduğu şirkete yönelik o şirketin vatandaşı olduğu devletçe aktif bir şekilde hukuka aykırılık yapılması halinde de müdahil olabilecektir. Bunun dışında İngiltere normalde böyle bir talebi sadece şirketin kurulduğu devletin hükümeti ile anlaşarak üstlenecektir.<sup>245</sup> Bunların ötesinde kalan uygulamalar devletler arasında<sup>246</sup> ve değişik antlaşma rejimlerine göre farklılık göstermektedir.<sup>247</sup>

Gemiler bakımından durum biraz farklıdır. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin *M/V Saiga (No. 2)* davasında vurguladığı üzere, 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne göre bir geminin kendisi bakımından haklar ve borçlar, bayrak devletine ait olduğundan, 'gemi, onun üzerindeki herşeye ve onun borçları ile ilgili veya menfaati olan her kişiye bayrak devletine bağlı bir varlık gibi muamele edilir ve bu kişilerin vatandaşlığı dikkate alınmaz.'<sup>248</sup>

## İÇ HUKUK YOLLARININ TÜKETİLMESİ<sup>249</sup>

Uluslararası teamül hukukunda uluslararası davaların başlatılmasından ya da talep veya beyanların yapılmasından önce, ilgili devlet tarafından sağlanan çözüm yollarının tüketilmiş olması öngörülmektedir.<sup>250</sup> İç hukuk yollarının tüketilmesi prensibinin esasa ilişkin mi, usule ilişkin mi yoksa ikisinin karışımı mı olduğuna dair bir teorik tartışma mevcuttur.<sup>251</sup> Ancak bu kuralın amacı, hem devlete kendi iç hukuk sisteminde meydana gelmiş bir hukuka aykırılığı çözmesi için fırsat vermek hem de ileri sürülecek uluslararası taleplerin sayısını azaltmaktır. Elbette bir diğer faktör de devletlerin hukuk sistemlerinin işlemesine engel olmayarak onların egemenlik ve yetkilerine saygı gösterilmesini sağlamaktır. UHK Devletin Sorumluluğu Maddeleri'nin 44. maddesi, şayet bir talep iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının uygulandığı bir talep ise ve mevcut ve etkin iç hukuk yolları tüketilmemişse, devletin sorumluluğunun ileri sürülemeyeceğini öngörmektedir.<sup>252</sup>

<sup>245</sup> Ayrıca bkz., *ABD mahkemeleri önündeki III Finance Ltd v. Aegis Consumer Finance Inc.* davasında, İngiltere'nin uluslararası sorumlu olduğu bir yerde kurulan kuruluşların söz konusu ABD federal yetki kanununun amaçları açısından İngiliz vatandaşı olduklarına yönelik İngiltere'nin benimsediği tutum, UKMIL, 71 BYIL, 2000, ss. 552 vd., ve benzer şekilde *Chase Manhattan Bank v. Traffic Stream (BVI) Infrastructure Ltd* davası, UKMIL, 72 BYIL, 2001, s. 603.

<sup>246</sup> Bkz., örneğin *J. Dugard, 'Diplomatic Protection', Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009.

<sup>247</sup> Bkz., örneğin *Algiers Declaration Concerning the Settlement of US-Iranian Claims*, 20 ILR, 1981, s. 230; 1965 Yatırım Uyuşmazlıkların Çözümüne Dair Sözleşme, madde 25 ve *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, Washington, 1987, cilt I, ss. 127-8.

<sup>248</sup> 120 ILR, ss. 143, 184-5 ve örneğin 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi, madde 292. Ayrıca bkz., *Grand Prince (Belize v. France)* davası, ITLOS, 20 Nisan 2001, 125 ILR, s. 272.

<sup>249</sup> Bkz., yukarıda 6. Bölüm. Ayrıca bkz., *Panevezys Railway* davası, PCIJ, Series A/B, No. 76 (1939); 9 AD, s. 308; Crawford, *State Responsibility*, s. 580; Whiteman, *Digest*, cilt III, s. 1558; Borchard, *Diplomatic Protection*, ss. 817-18; A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1983; C. Law, *The Local Remedies Rule in International Law*, Geneva, 1961; C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, 2. Baskı, 2004, ve J. Kokott, 'Interim Report on the Exhaustion of Local Remedies', *International Law Association, Report of the Sixty-Ninth Conference*, London, 2000, s. 606.

<sup>250</sup> Bkz., örneğin *Interhandel (Switzerland v. USA)* davası, ICJ Reports, 1959, ss. 6, 27 ve *Diallo (Guinea v. Democratic Republic of Congo)* davası, Preliminary Objections, ICJ Reports, 2007, ss. 582, 599-600. Ayrıca bkz., *Ex parte Fehut Butt* 116 ILR, ss. 607, 614-15 (High Court) ve 619 (Court of Appeal). Bu şart ayrıca pek çok antlaşmada yer almaktadır. Bkz., örneğin madde 35, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; madde 46, Amerika kıtası İnsan Hakları Sözleşmesi; madde 5, İhtiyari Protokol I, Uluslararası Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi; ve madde 295, Deniz Hukuku Sözleşmesi.

<sup>251</sup> Bkz., örneğin *Yearbook of the ILC*, 1977, cilt II, kısım 2, ss. 30 vd. ve Report of the ILC on its 54th Session, 2002, ss. 131 vd.

<sup>252</sup> 2001 UHK Şerhi, s. 305.

UHK Diplomatik Himaye Maddeleri'nin 14. maddesi de teamül kuralını tekrarlamakta ve bir kişiye verilen zarar bakımından o kişi iç hukuk yollarını tüketmeden hiçbir uluslararası talebin ileri sürülemediğini ifade etmektedir. İç hukuk yolları ise 'zarara neden olmaktan sorumlu olduğu iddia edilen devletin, zarar gören bir kişiye açık olan, ister umumi ister özel yetkili olsun, adli veya idari mahkeme veya kurumlarının sunduğu hukuki çözüm yolları' şeklinde tanımlanmıştır. Madde 15, etkin çözüm sağlayan iç hukuk yollarının makul şekilde mevcut olmaması halinde veya iç hukuk yolları hiçbir bir makul çözüm imkanı sağlamıyorsa; çözüm yolu sürecinde sorumlu olduğu iddia edilen devlete isnat edilebilen lüzumsuz bir gecikme varsa; zarar tarihinde zarar gören kişi ile sorumlu olduğu iddia edilen devlet arasında konuyla alakalı bir bağlantı bulunmuyorsa; zarar gören kişinin iç hukuk yollarına başvurması açıkça engelleniyorsa; ya da sorumlu olduğu iddia edilen devlet iç hukuk yollarının tüketilmesi şartından feragat etmişse, iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğini öngörmektedir.<sup>253</sup>

Bu konudaki genel kural Yunanistan ile İngiltere arasındaki *Ambatielos* tahkiminde<sup>254</sup> açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Yunanistan, *Ambatielos* tarafından imzalanmış bir sözleşme hakkında dava açmış, ancak mahkeme İngiliz hukukunda mevcut olan çözüm yolları tam olarak tüketilmediğinden davayı reddetmiştir. Bu açıdan özellikle çok önemli bir şahit çağırılmamış ve Temyiz Mahkemesi'nin kararına karşı Lordlar Kamarası'na başvuruda bulunulmamıştır.

İç hukuk yollarını<sup>255</sup> tüketme şartı yalnızca etkin çözüm yollarına uygulanır. Temyiz etmenin, davanın temel sonucunu etkilemeyeceği hallerde kişinin davayı temyiz götürmemiş olması, talebin kabul edilmemesi için yeterli sayılmayacaktır. Bu husus gemi sahiplerinin Deniz Ulaşım Tahkim Kurulu önünde bir talepte buldukları, ancak kendi aleyhlerine çıkan karara karşı temyize gitmedikleri *Finnish Ships* tahkiminde<sup>256</sup> vurgulanmıştır. Mahkeme, ilgili hukukta temyiz yalnızca hukuki bir konuda olabileceğinden ve gemilere İngiltere tarafından el konulmuş olduğuna ilişkin temel tespiti değiştiremeyeceğinden, temyiz etkisiz olacağına hükmetmiştir. Dolayısıyla gemi sahiplerinin talepleri iç hukuk yollarının tüketilmemesi yüzünden reddedilmeyecektir.

*Interhandel* davasında ise,<sup>257</sup> ABD bir Alman şirketinin kontrolü altında olduğundan şüphelenilen İsviçre firması *Interhandel*'in sahibi olduğu bir şirketin Amerikan hisselerine 1942 yılında el koymuştur. Amerika'daki İsviçre varlıklarının bloke edilmekten çıkarılması için ABD mahkemeleri önündeki dokuz yıllık bir dava sürecinin ardından İsviçre konuyu, 1958 yılında Uluslararası Adalet Divanı'na taşımıştır. Ancak burada bir karara varılmadan önce ABD Yüksek Mahkemesi, *Interhandel*'in davasına yeniden bakma kararı vererek İsviçre'nin şirketin davasının nihai olarak reddedilmiş olduğu iddiasını çürütmüştür. Divan da, İsviçre hükümetinin iddiasını mevcut iç hukuk yolları tüketilmemiş olduğu için reddetmiştir. Bu karar pratikte on yıla uzamış bir davanın "etkin" bir çözüm yolu olarak tanımlanamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ancak ABD'de işleyen hukuk sisteminin bu zamandan sonra bile İsviçre şirketine birşeyler sunabileceği gerçeği de ortadadır.

<sup>253</sup> Uluslararası Divan *Diallo* davasında (Preliminary Objections, ICJ Reports, 2007, ss. 582, 601), idari tedbirlerin iç hukuk yolları kuralının amaçları açısından, bunlar müteakip davanın kabulü için esaslı bir önşart oluşturmadıkça, bir ayrıcalık elde etmeyi değil yalnızca bir hakkı korumayı amaçlıyorsa dikkate alınabileceğini ifade etmiştir.

<sup>254</sup> 12 RIAA, s. 83 (1956); 23 ILR, s. 306. Bir devletin vatandaşının koruyucusu olarak uluslararası alanda bir talep öne sürmeden önce yerel hukuk tarafından sağlanan bütün hukuki koruma sisteminin teste tabi tutulmuş olması gerekmektedir, *a.g.e.*, s. 119-20.

<sup>255</sup> Ülke içi veya yerel çözüm yolları tabirleri de kullanılmaktadır.

<sup>256</sup> 2 RIAA, s. 1479 (1934); 7 AD, s. 231.

<sup>257</sup> ICJ Reports, 1959, s. 6; 27 ILR, s. 475. Divan 'uluslararası davalardan önce iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerektiği kuralının uluslararası teamül hukukunun tamamen yerleşmiş bir prensibi olduğu'nu açıklamıştır, ICJ Reports, 1959, s. 27; 27 ILR, s. 490. Ayrıca bkz., Rules VII and VIII of the International Claims Rules of the FCO; *Pleadings, Israel v. Bulgaria*, ICJ Reports, 1959, ss. 531-2, ve T. Meron, 'The Incidence of the Rule of Exhaustion of Local Remedies', 25 BYIL, 1959, s. 95. Ek olarak bkz., *North American Dredging Co.* davası, 4 RIAA, s. 26 (1926); 3 AD, s. 4.

İç hukuk yolları kuralı, bir devletin diğer bir devlete doğrudan zarar veren, örneğin diplomatik personeline saldırılması hallerinde olduğu gibi, uluslararası hukukun doğrudan ihlalinden suçlu olduğu hallerde uygulanmaz. Ancak bir devletin vatandaşlarına verilen zarardan şikayetçi olduğu hallerde uygulanır.<sup>258</sup> İç hukuk yolları kuralından, örneğin 1923 ABD-Meksika Genel Talepler Sözleşmesi'nin 5. maddesi ve 1972 Uzay Cisimlerinin Neden Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluk Sözleşmesi'nin 11. maddesinde olduğu gibi, bir antlaşma hükmü ile de vazgeçilebilir.

İç hukuk yolları meselesine *Elettronica Sicula SpA (ELSI)* davasında da,<sup>259</sup> değinilmiş ve bu kavramın 'uluslararası teamül hukukunun önemli bir prensibi' olduğu belirtilmiştir.<sup>260</sup> Dava, ABD tarafından İtalya'ya karşı iki ABD şirketinin İtalya'daki yatırımlarına zarar verildiği iddiası ile açılmıştır. İtalya iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğunu iddia etmiş, ABD ise bu doktrinin uygulanmayacağını; zira davanın iki devlet arasındaki 1948 Dostluk, Ticaret ve Denizcilik Antlaşması uyarınca açıldığını ve bu antlaşmanın iç hukuk yollarından bahsetmeksizin antlaşmaya dair uyuşmazlıkların Uluslararası Adalet Divanı'na sunulmasını öngördüğünü iddia etmiştir. Ancak Divan'ın ilgili Dairesi, bir antlaşmanın taraflarının istemeleri halinde iç hukuk yolları şartını açık ifadelerle kaldırmayacaklarına, ancak 'uluslararası teamül hukukunun önemli bir prensibinin zımni olarak kaldırılmış olduğuna hükmedilmesinin kendisi açısından kabul edilemez bulunduğu' karar vermiştir.<sup>261</sup> Diğer bir deyişle iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiği varsayımı yalnızca aksine açık bir hükümle çürütülebilir.

Daire ayrıca ABD'nin, bu doktrinin söz konusu antlaşmanın ihlal edilmiş olduğuna dair bir tespit kararı talebine uygulanmayacağı iddiasını da ele almıştır. Bu iddia esasen, bu doktrinin bir devlete doğrudan zarar durumlarında uygulanmayacağı görüşüne dayanmaktadır. Daire, bu davada iki ABD şirketine ilişkin bir uyuşmazlıktan ayrı ve bağımsız doğrudan ABD'ye zarar veren bir antlaşma ihlali içeren bir uyuşmazlık bulunmadığını ifade etmiştir.<sup>262</sup> 'Bir bütün olarak ABD iddiasının içini dolduran ve hakim olan' konunun, iki ABD şirketine ilişkin zarar iddiası olduğunun altı çizilmiştir.<sup>263</sup> Divan'ın bu katı kriteri ışığında, hem vatandaşların hem de devletin kendisinin menfaatlerini içeren bu tür karma taleplerde iç hukuk yolları kuralının uygulanacağını varsayılması gerekmektedir.

Davada, iç hukuk yollarının gerçekte iki ABD şirketinin antlaşma meselesini İtalyan mahkemeleri önünde gündeme getirmedikleri için tüketilmemiş olduğu iddiası da reddedilmiştir. Şayet iddianın esası yetkili mahkemeler önüne getirilmiş ise bunun yeterli olduğuna karar verilmiştir. Dolayısıyla meselelerin hüviyetinden ayrı olarak iddiaların hüviyetine bakmak gerekmemektedir. Daire, şirketlerin bunların İtalya'daki iştirakinden (ELSI) bağımsız olarak izlemiş ve tüketmiş olmaları gereken bazı çözüm yollarının kalmış olduğuna ikna olmamıştır.<sup>264</sup>

<sup>258</sup> Bkz., örneğin *Heathrow Airport User Charges Arbitration*, 102 ILR, ss. 215, 277 vd.

<sup>259</sup> ICJ Reports, 1989, s. 15; 84 ILR, s. 311.

<sup>260</sup> ICJ Reports, 1989, s. 42; 84 ILR, s. 348.

<sup>261</sup> *A.g.e.*. Bir uluslararası talebin kabul edilebilmesi için talebin esasının yetkili mahkemeler önüne getirilmiş olmasının ve iç hukukun müsaade ettiği kadarıyla ve başarısız olana dek sürdürülmüş olmasının yeterli olduğu ifade edilmiştir, *a.g.e.*, s. 46.

<sup>262</sup> *A.g.e.*, ss. 42-4; 84 ILR, ss. 348-50.

<sup>263</sup> *A.g.e.*, s. 43; 84 ILR, s. 349.

<sup>264</sup> *A.g.e.*, ss. 46-8; 84 ILR, ss. 352-4. Bkz., örneğin M. H. Adler, 'The Exhaustion of the Local Remedies Rule After the International Court of Justice's Decision in *ELSI*', 39 ICLQ, 1990, s. 641, ve F. A. Mann, 'Foreign Investment in the International Court of Justice: The *ELSI* Case', 86 AJIL, 1992, ss. 92, 101-2. Ayrıca bkz., *M/V Saiga (No. 2)* davası, 120 ILR, ss. 143, 182-4 ve *LaGrand* davası, ICJ Reports, 2001, ss. 466, 487-8; 134 ILR, ss. 1, 26-7. İç hukuk yollarının gerçekten tüketildiğinin veya istisnai olarak tüketilmesi gerekmediğinin ispatı davacıya ait olup, iç hukuk sisteminde tüketilmemiş etkin çözüm yollarının olduğunun ispatı ise davalıya aittir, *Diallo Guinea v. Democratic Republic of Congo*, Preliminary Objections, ICJ Reports, 2007, ss. 582, 600.

## YABANCILARA YAPILACAK MUAMELE<sup>265</sup>

Yabancıların ve bunların mallarının korunması sorunu sermaye ihraç eden devletlerle sermaye ithal eden devletlerin menfaatleri sıkça birbiri ile çatıştığından devletleri hem ideolojik hem de ekonomik açılardan ihtilafa düşüren bir meseledir.

Yurt dışındaki vatandaşların diplomatik himayesi artan ticari faaliyetlerin bir sonucu olarak gelişmiş ve bu açıdan ilgili devlet uygulamaları da çeşitlenmiştir. Buna ek olarak 1794 ABD-İngiltere Jay Antlaşması'ndan beri yabancılara verilen zarar problemlerini çözmek amacıyla çok sayıda karma talepler komisyonları kurulmuş,<sup>266</sup> ayrıca çeşitli ulusal talepler komisyonlarına yabancı devletlerden alınan toplu paraları ilgili talepleri karşılamak üzere dağıtma görevi verilmiştir.<sup>267</sup> Bu tür uluslararası ve ulusal talep usülleri diplomatik himaye ile birlikte yurt dışındaki vatandaşlara kayıp veya zarar halinde yardım edilebilmesini sağlamıştır.<sup>268</sup>

### İlgili Muamele Standardı

Batılı gelişmiş devletler tarihsel olarak yabancıların ve bunların mallarının korunması konusunda bir devletin kendi vatandaşlarına nasıl davrandığına bakılmaksızın sağlanması gereken bir "uluslararası minimum standart"ın bulunduğunu iddia ederken, diğer devletler bir devletin bütün yapması gerekenin yabancıya kendi vatandaşına davrandığı gibi davranmak (ulusal muamele standardı) olduğunu ileri sürmüşlerdir. Sonucu yaklaşımın gelişmesindeki ana gerekçe temel adalet standartlarını ihmal etme isteğinden ziyade, Batının ekonomik baskısı karşısında artan hayal kırıklığında aranmalıdır. Özellikle Latin Amerika devletleri uluslararası minimum standart kavramının iç işlerine müdahalenin bir aracı olarak kullanıldığını fark etmiş,<sup>269</sup> ve buna karşı Calvo doktrini formüle edilmiştir. Bu doktrin, iç işlerine müdahale etmeme prensibini teyid etmekte olup, yabancıların yalnızca vatandaşlara tanınan haklara sahip olabileceklerini ve şikayetlerine çözümünü münhasıran iç hukuk alanında arayabileceklerini öngörmektedir.<sup>270</sup> Bununla, dışarıdan yapılacak müdahalelere karşı bir kalkan oluşturulması amaçlanmıştır. Uluslararası standart kavramının kendisi ise ondokuzuncu yüzyılda gelişmiş ve içtihatla geniş bir destek bulmuştur.

Örnek olarak *Neer* davasında,<sup>271</sup> Meksika'daki bir madenin Amerikalı yöneticisinin öldürülmesi üzerine Komisyon 'hükümete ait eylemlerin yerindeliği uluslararası standartlar kriterine tabi tutulmalıdır' derken, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* davasında,<sup>272</sup> Divan

<sup>265</sup> Bkz., dipnot 1'deki referanslar. Ayrıca bkz., Guha Roy, 'Is the Law of Responsibility of States for Injury to Aliens a Part of Universal International Law?', 55 AJIL, 1961, s. 863; A. Fatouros, 'International Law and the Third World', 50 Virginia Law Review, 1964, s. 783; I. Shihata, *Legal Treatment of Foreign Investment*, Dordrecht, 1993; Oppenheim's *International Law*, s. 903, ve *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, Washington, 1987, cilt II, s. 184. Ayrıca bkz., 2012'de UHK Taslak Komitesi tarafından ilk okumada geçici olarak kabul edilmiş olan Yabancıların Sınırdışı Edilmesi hakkındaki taslak maddeler, A/CN.4/L.797, ve Asya-Afrika Hukuk Danışma Komitesi tarafından kabul edilmiş olan Yabancıların Kabulü ve Muamelesine İlişkin Prensipler: bkz., www. <http://www.aalco.int/PRINCIPLES%20CONCERNING%20ADMISSION%20AND%20TREATMENT%20OF%20ALIENS.pdf>

<sup>266</sup> Bkz., örneğin A. M. Stuyt, *Survey of International Arbitrations, 1794-1889*, 3. Baskı, Dordrecht, 1990.

<sup>267</sup> Bkz., örneğin *International Claims* (ed. R. B. Lillich ve B. Weston), Charlottesville, 1982, ve R. B. Lillich ve B. Weston, *International Claims: Their Settlements by Lump-Sum Agreements*, Charlottesville, 2 cilt, 1975. Ayrıca bkz., US-People's Republic of China Claims Settlement Agreement of 1979, DUSPIL, 1979, pp. 1213-15, ve *Whiteman, Digest*, cilt 8, ss. 933-69.

<sup>268</sup> Bkz., 1991 Körfez Savaşı'nın sona ermesini takiben bu çatışmadan kaynaklanan talepleri çözmek üzere kurulan BM Tazminatlar Komisyonu. Bkz., aşağıda 21. Bölüm.

<sup>269</sup> Bkz., örneğin Guha Roy, 'Law of Responsibility'; J. Castañeda, 'The Underdeveloped Nations and the Development of International Law', 15 *International Organisation*, 1961, s. 38, ve R. P. Anand, *New States and International Law*, Delhi, 1972.

<sup>270</sup> Bkz., örneğin Lillich, 'Duties', s. 349.

<sup>271</sup> 4 RIAA, s. 60 (1926); 3 AD, s. 213.

<sup>272</sup> PCIJ, Series A, No. 7, 1926; 3 AD, s. 429.

yabancılara yapılacak muamele bakımından yerel kanunlara rağmen uygulanacak olan ortak veya genel kabul görmüş uluslararası kuralların mevcut olduğunu kabul etmiştir. *Garcia* davasında da,<sup>273</sup> ABD-Meksika Talepler Komisyonu bir insanın öldürülmesi bakımından uluslararası bir standardın bulunduğunu vurgulamıştır. *Roberts* davasında ise,<sup>274</sup> yabancılara olağan medeniyet standartlarına uygun muamele görüp görmediği kriterine atıf yapılmıştır. Söz konusu prensibin mevcudiyeti açık olsa da bu prensibin içeriği veya tanımı açık olmaktan uzaktır. Örnek olarak, *Neer* davasında,<sup>275</sup> Komisyon'a göre yabancıya yapılan muamelenin bir uluslararası kabahat oluşturabilmesi için bunun

*“bir adaletsizlik, kötü niyet, kasden görevi ihmal veya her makul ve tarafsız bir kişinin yetersizliğini hemen anlayabileceği, uluslararası standartların çok aşağısında kalan bir yetersiz devlet eylemi derecesine varmış olması gerekir.”*

Diğer bir deyişle minimum standartların uygulanması bakımından oldukça yüksek bir eşik belirlenmiştir. Bazıları, bu kavramın aslında belli bir içeriğe sahip kesin bir standart oluşturmadığını, daha ziyade bir “karar süreci”<sup>276</sup> olduğunu ve bu sürecin bir yabancıya verilen zarardan devletin sorumluluğunun belli bir davanın bütün şartları ışığında incelenmesini içereceğini iddia etmiştir.<sup>277</sup> Bu açıdan, standardın içeriği meselesi çoğunlukla adaletin inkarı kavramı açısından tanımlanmıştır.<sup>278</sup> Dolayısıyla aslında bu kavram bir yabancı açısından hukuki ve cezai yargının hatalı uygulamalarına işaret eder.<sup>279</sup> Bu yüzden bir Amerikan vatandaşının Meksika’da öldürüldüğü *Janes* davasında<sup>280</sup> olduğu gibi bir yabancıya haksız yere zarar verenleri yakalamama ve cezalandırmama gibi durumları içerir. Olayda katilin kimliği bilindiği halde sekiz yıl boyunca hiçbir işlem yapılmamıştır. Sonuçta katilin yakalanmaması ve cezalandırılmamasından ötürü dul eşe tazminat olarak 12 bin dolar ödenmesine karar verilmiştir. Bu kavram, ayrıca makul olmayacak kadar uzun süre göz altında tutulmayı ve cezaevinde kötü ve hukuka aykırı muameleleri de içerebilir.<sup>281</sup>

Ulusal ve uluslararası standartlar arasındaki ayrımı giderecek ilerici bir girişim *Garcia-Amador* tarafından uluslararası insan hakları temelinde 1956’da Uluslararası Hukuk Komisyonu’na sunulan uluslararası sorumluluk hakkındaki bir raporda ortaya konulmuştur. UHK, başlangıçta bu konuyla ilgilenmemişse de insan hakları hukuku geçtiğimiz yıllarda önemli ölçüde gelişmiş olup<sup>282</sup> artık kişisel ve siyasi haklar bakımından devletin davranışına ilişkin bazı minimum standartlar olduğu söylenebilir. Bu konularla ilgili belgelerin özel olarak vatandaşlar ve yabancılardan bahsetmediği ve ayrımcılık yapmaksızın ülkede bulunan ve devletin yetkisine tabi

<sup>273</sup> 4 RIAA, s. 119 (1926). Ayrıca bkz., *Chattin* davası, 4 RIAA, s. 282 (1927); 4 AD, s. 248.

<sup>274</sup> 4 RIAA, s. 77 (1926); 3 AD, s. 227.

<sup>275</sup> 4 RIAA, ss. 60, 61–2 (1926); 3 AD, s. 213. Bkz., benzer şekilde *Chattin* davası, 4 RIAA, s. 282 (1927); 4 AD, s. 248.

<sup>276</sup> M. S. McDougal ve diğerleri, *Studies in World Public Order*, New Haven, 1960, s. 869.

<sup>277</sup> Bkz., Lillich, ‘Duties’, s. 350.

<sup>278</sup> Bkz., örneğin A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London, 1938 ve Z. Douglas, ‘International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed’, 63 ICLQ, 2014, s. 867.

<sup>279</sup> Bkz., *AMCO v. Indonesia (Merits)* 89 ILR, ss. 405, 451.

<sup>280</sup> 4 RIAA, s. 82 (1926); 3 AD, s. 218.

<sup>281</sup> Bkz., örneğin *Roberts* davası, 4 RIAA, s. 77 (1926); 3 AD, s. 227 ve *Quintanilla* davası, 4 RIAA, s. 101 (1926); 3 AD, s. 224.

<sup>282</sup> Bkz., yukarıda 6. Bölüm. Ayrıca bkz., Crawford, *State Responsibility*, s. 584 ve S. Marks ve F. Azizi, ‘Responsibility for Violations of Human Rights Obligations: International Mechanisms’, *Law of International Responsibility*, s. 725.

bütün bireylere yönelik olduğu dikkate çarpmaktadır.<sup>283</sup> Bunun yanında, vatandaş olmayanlara yönelik, Yaşadıkları Ülkenin Vatandaşı Olmayanların İnsan Haklarına Dair BM Deklarasyonu gibi<sup>284</sup>, özel çabalar ile göçmen işçiler bakımından halen devam etmekte olan çalışmalara da işaret edilmelidir.<sup>285</sup>

Elbette vatandaşlar ile yabancıların göreceli hak ve borçları bakımından bazı farklar kaçınılmazdır. Örnek olarak vatandaş olmayanların siyasi hakları yoktur ve bazı iş alanlarına (ör. diplomatik hizmetler) girmeleri yasaklanabilir; ayrıca bunlar ulusal hukuka tabi olmaya devam ederler. Bir devletin yabancıları ülkeye kabul etmemesinin meşruiyeti veya bazı şartların karşılanması halinde kabul etmesi de sorgulanmamaktadır. Bununla beraber, bir devletin yabancıları aynı kolaylıkla sınır dışı edip edemeyeceği daha şüphelidir.

Pek çok davada devletlerin bir yabancıyı sınır dışı etmek için inandırıcı nedenler sunması gerektiği ifade edilmiştir. Örnek olarak Venezuela'dan sınır dışı edilen bir İtalyan hakkındaki *Boffolo* davasında,<sup>286</sup> devletlerin genel bir sınır dışı etme hakkına sahip oldukları; ancak buna yalnızca uç durumlarda başvurulabileceği ve ilgili kişiye en az zarar verecek şekilde gerçekleştirilebileceğine hükmedilmiştir. Buna ek olarak, şartların gerektirmesi halinde sınır dışı etme gerekçesi uluslararası bir mahkeme önünde de ortaya konulmalıdır. Birçok ulusal hukuk sistemi bir ülkenin yetkililerinin yabancıları gerekçe göstermeksizin sınır dışı edebileceğini öngörmektedir. Bu nedenle uluslararası teamül hukukundaki durum da biraz karışıktır. Antlaşmalar hukuku açısından ise, Uluslararası Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 13. maddesine göre Sözleşme'nin tarafı olan bir devletin ülkesinde yasal olarak bulunan bir yabancı;

*“buradan ancak yasalara uygun olarak verilmiş bir karar uyarınca sınır dışı edilebilir ve ulusal güvenlik bakımından zorunlu nedenler aksini gerektirmedikçe sınır dışı edilmesine karşı nedenler ileri sürmesine ve durumunun yetkili makamlarca gözden geçirilmesine ve bu amaçla bunların önünde temsil edilmesine izin verilecektir.”*<sup>287</sup>

2014'de Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından Yabancıların Sınır Dışı Edilmesine Dair Taslak Maddeler kabul edilmiştir.<sup>288</sup> Taslak Madde 3, devletin ülkesinden bir yabancıyı sınır dışı etme hakkına ilişkin genel prensibin altını çizmektedir. Ancak her türlü sınır dışı kararı bu taslaktaki maddelere uygun olmalı ve uluslararası hukukun diğer uygulanabilir kurallarına, özellikle insan haklarına dair olanlara, halel getirmeksizin yapılmalıdır. Söz konusu taslak maddelerde sınır dışı etmenin hukuka uygun olması gerektiği ve bunun hem ulusal hem de uluslararası hukuku içereceğine,<sup>289</sup> ülkede yasal olarak bulunan vatansız kişilerin ulusal güvenlik veya kamu düzeni

<sup>283</sup> Bkz., örneğin 1966 Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, madde 2 ve 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, madde 1.

<sup>284</sup> General Assembly resolution 40/144. Ayrıca bkz., E/CN.4/Sub.2/392 (1977) ve R. B. Lillich ve S. Neff, 'The Treatment of Aliens and International Human Rights Norms', 21 German YIL, 1978, s. 97.

<sup>285</sup> Bkz., yukarıda 6. Bölüm

<sup>286</sup> 10 RIAA, s. 528 (1903). Ayrıca bkz., *Dr Breger's davası*, Whiteman, *Digest*, cilt 8, s. 861; R. Plender, *International Migration Law*, 2. Baskı, Dordrecht, 1988, ve G. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford, 1978.

<sup>287</sup> Ayrıca bkz., Afrika Halkların Hakları Şartı, madde 12 (4).

<sup>288</sup> A/CN.4/L.832, 2014 ve Report of the International Law Commission on its 66<sup>th</sup> Session, A/69/10, s. 10 ve UN General Assembly resolution 69/119 of 18 December 2014. Ayrıca bkz., J. Wojnowska-Radziska, *The Right of an Alien to be Protected against Arbitrary Expulsion in International Law*, The Hague, 2015 ve M. Morel, *The Right Not to be Displaced in International Law*, Brussels, 2014.

<sup>289</sup> Madde 4 ve 5. Ayrıca bkz., *Diallo (Guinea v Democratic Republic of the Congo)*, ICJ Reports, 2010, ss. 639, 663.

gerekçeleri haricinde sınırdışı edilemeyeceğine<sup>290</sup> ve bir devletin yalnızca sınırdışı etme amacıyla vatandaşının vatandaşlığını geri alıp onu yabancı yapamayacağına<sup>291</sup> ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca bir devletin ülkesinde yasal olarak bulunan bir mülteciyi ulusal güvenlik veya kamu düzeni gerekçeleri haricinde sınırdışı etmesi yasak olup, bir mültecinin hayatının veya özgürlüğünün tehlikeye girebileceği bir ülkeye sınırdışı edilmesi veya geri gönderilmesi de yasaktır.<sup>292</sup> Mal varlığına el koyma amacıyla bir yabancıya sınırdışı edilmesi özel olarak yasaklanmıştır.<sup>293</sup> Yabancıların topluca sınırdışı edilmesi de yasaktır.<sup>294</sup> Madde 22, sınırdışı edilecek bir yabancıya kendi vatandaşı olduğu ülkeye<sup>295</sup> veya uluslararası hukuka göre yabancıyı almakla yükümlü bir başka devlete veya sınırdışı eden devletin ya da uygunsuz söz konusu yabancıya talebi üzerine onu almaya istekli bir devlete gönderilmesini öngörmektedir. Vatandaşı olduğu devlet veya uluslararası hukuka göre yabancıyı alma yükümlülüğü altında olan bir başka devlet bulunamamışsa ve diğer hiç bir devlet bu yabancıyı almaya istekli değilse, yabancı giriş veya oturma hakkına sahip olduğu bir devlete veya uygunsuz sınırdışı eden ülkeye giriş yaptığı devlete sınırdışı edilebilir.

Sınırdışı eden devletin bu eyleminin hukuka aykırılığını ispat etme yükü sınırdışı edilmeye karşı çıkan davacıya aittir. Bu açıdan yabancıyı ayrılmaya zorlayan doğrudan bir kanun ya da düzenleme bulunmasa da, şayet yabancıya o devlette bulunuşu bu devletin veya ona isnat edilebilen hukuka aykırı eylemlerin neden olduğu şartlar yüzünden imkansız hale gelmişse, bu durumda da ilgili kurallar uygulanacaktır.<sup>296</sup>

<sup>290</sup> Madde 7. Ayrıca bkz., 1956 İkamete Dair Avrupa Sözleşmesi, madde 3'de öngörülen ükede hukuka uygun ikamet eden diğer sözleşmeciler devlet vatandaşlarının yalnızca ulusal güvenliği tehlikeye sokmaları veya kamu düzeni ya da ahlakını bozmaları halinde sınırdışı edilebilecekleri kuralı.

<sup>291</sup> Madde 8. Ayrıca bkz., *Kurić v Slovenia*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 26 Haziran 2012. Bu kararda davacıların Eski Yugoslavya'nın dağılmasından sonra davalı devlet tarafından devletsiz sayıldığı ve kayıtlarının nüfus dairesinden kaldırılması yüzünden ikamet haklarını kaybettikleri anlaşılmıştır. Mahkeme davacıların ikamet durumunun çözülmesinin uzun süre reddedilmesinin bunların özel ve/ya aile haklarına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine aykırı bir müdahale oluşturduğu ve ek olarak Slovenya'daki diğer yabancılara kıyasla dezavantajlı duruma düştiklerinden 14. maddeye aykırı şekilde ayrımcılığa uğradıkları sonucuna varmıştır. Ayrıca bkz., *a.g.e.*, 12 Mart 2014, bu kararda tazminata (madde 41 uyarınca "adil tazmin") hükmedilmiştir.

<sup>292</sup> Mülteciler için bkz., 1951 Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme ve 1967 Protokolü, ve G. Goodwin-Gill ve J. McAdam, *The Refugee in International Law*, 3. Baskı, Oxford, 2007 ve J. C. Hathaway ve M. Foster, *The Law of Refugee Status*, 2. Baskı, Cambridge, 2014. Bir yabancı ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka bir görüş, milliyet, etnik veya sosyal köken, doğum veya başka bir statü veya uluslararası hukuka göre yasak başka bir gerekçeyle hayatının tehlikeye girebileceği, madde 33, ya da işkenceye, gayri insani veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi olma tehlikesi altında olacağına inanmak için esaslı gerekçelerin bulunduğu, madde 34, bir devlete sınırdışı edilemez.

<sup>293</sup> Madde 11.

<sup>294</sup> Madde 9. Ayrıca bkz., Bütün Göçmen İşçilerin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, madde 22, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Dördüncü Protokolü (1963), madde 4 ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, madde 22 (9). Ayrıca bkz., 2009 Afrika'daki Ülke İçerisinde Mülteci Kişilerin Korunması ve Yardım için Afrika Birliği Kampala Sözleşmesi.

<sup>295</sup> Devletlerin yabancıları sınırdışı etmeleri halinde, uluslararası hukuk bunların vatandaşı olduğu devletten onları kabul etmesini gerekli kılmaktadır. Bu genel bir prensiptir, ancak karşılaştırma için Lord Denning, *Thakrar* davası, [1974] QB 684; 59 ILR, s. 450. Ayrıca bkz., Lord Chancellor, Doğu Afrika'dan İngiliz yabancıların sınırdışı edilmesini incelerken, uluslararası hukukta bir devletin diğer devletler arasında sınırdışı edilen vatandaşları kabul etmek yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmiştir. Bkz., 335 HL Deb., col. 497, 14 Eylül 1972. Ayrıca bkz., *Van Duyn v. Home Office* [1974] ECR 1337; 60 ILR, s. 247.

<sup>296</sup> Bkz., *Rankin v. The Islamic Republic of Iran* 17 Iran-US CTR, ss. 135, 142; 82 ILR, ss. 204, 214. Ayrıca bkz., Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons; Brownlie's Principles*, ss. 608 vd., ve M. Pellonpää, *Expulsion in International Law*, Helsinki, 1984.

## YABANCILARIN MAL VE YATIRIMLARININ KORUNMASI<sup>297</sup>

Batılı ekonomilerin özellikle ondokuzuncu yüzyıldan beri genişlemesi, bir sermaye dış akışını ve dünyanın gelişmekte olan yerlerine yönelik yoğun yatırımları tetiklemiştir. Bu durum, yerel ekonomilerin pek çok alanının Batılı şirketlerin sahipliği ve kontrolüne geçmesi sonucunu doğurmuştur. Bununla beraber, çeşitli gelişmekte olan ülkelere bağımsızlık verilmesi ve 1917'deki komünist devrimin başarısının ardından Sovyetler Birliği tarafından alınan millileştirme tedbirleri yüzünden, söz konusu mal varlıkları ve nüfuz alanları baskılarla karşılaşmaya başlamıştır. Ancak günümüzde dünyanın farklı yerlerindeki çeşitli yükselen ekonomiler de diğer devletlerde yatırım yapmakta olup, bu açıdan en önde gelen örnekler Çin ve Hindistan'dır. Bu bakımdan eski ilişkiler şekil değiştirmiş ise de uluslararası hukukun karşılaştığı eski problemlerin bir çoğu halen devam etmektedir.

Millileştirmenin bir devletin alabileceği tamamen meşru bir tedbir olduğu ve uluslararası hukuka aykırı olmadığı inkar edilemezse de,<sup>298</sup> yabancıların malları söz konusu olduğunda bazı problemler ortaya çıkmaktadır. Genel bir millileştirme politikası çerçevesinde bu tür malları kamulaştırmamak, yabancıların malları için ülkede imtiyazlı bir statü tanımak ve devletin kendi ülkesi içindeki yetkisini sınırlamakla eş değer görülebilecektir.

Uluslararası hukuka göre yabancıların mallarının kamulaştırılmasının meşru olduğu hususunda şüphe yoktur.<sup>299</sup> Bu husus tartışmalı değildir. Ancak bazı şartların karşılanması gereklidir.<sup>300</sup>

Elbette öncelikle uluslararası hukukun böyle bir duruma hangi aşamada müdahil olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Önceki bölümde bahsolunan yabancılara yapılacak muameleye dair genel kuralların bu konuyla alakalı olmasının yanı sıra, bu gibi meseleler genellikle bir devlet ile bir yabancı özel girişim arasındaki sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Böyle bir durumda ise birkaç ihtimal mevcuttur. İlk olarak böyle bir sözleşmenin kendi niteliği gereği "uluslararasılaştığı" ve bu yüzden sözleşmecî devletin hukuku yerine (ya da buna ek olarak) uluslararası hukuka tabi olduğu iddia edilebilecektir. Bunun sonucunda, bir devletin aksi halde sahip olacağı bir sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme yetkisini sınırlayacak olan antlaşmaların yerine getirilmesi gerektiğine yönelik uluslararası hukuktaki *pacta sunt servanda* prensibi işlemeye başlayacaktır. Bu varsayım 1977'deki *Texaco v. Libya* davasının<sup>301</sup> hakimi tarafından benimsenmiş ve bunun farklı yollardan başarılabileceğine dikkat çekilmiştir:

<sup>297</sup> Bkz., örneğin Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009; *The Oxford Handbook of International Investment Law* (ed. P. Muchlinski, F. Ortino ve C Schreuer), Oxford, 2008; *Standards of Investment Protection* (ed. A. Reinisch), Oxford, 2008; R. Dolzer ve C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2. Baskı, Oxford, 2012; J. W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford, 2015; S.W. Schill, *The Multilateralisation of International Investment Law*, Cambridge, 2014; S. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, 3. Baskı, Oxford, 2016; *The Foundations of International Investment Law* (ed. Z. Douglas, J. Pauwelyn ve J. E. Viñuales), Oxford, 2014; J. Kokott, 'Interim Report on the Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment', *International Law Association, Report of the Seventieth Conference*, New Delhi, 2002, s. 259; A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, 2. Baskı, Oxford, 2008, kısım VI; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3. Baskı, Cambridge, 2010, ve Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2000; I. Brownlie, 'Legal Status of Natural Resources', 162 HR, 1979, s. 245; R. Higgins, 'The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law', 176 HR, 1982, s. 267, ve *The Valuation of Nationalised Property in International Law* (ed. R. B. Lillich), Charlottesville, 3 cilt., 1972-5. Ayrıca bkz., Oppenheim's *International Law*, ss. 911 vd.; A. Mouri, *The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-US Claims Tribunal*, Dordrecht, 1994; N. Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources*, Cambridge, 1997, ve F. Beveridge, *The Treatment and Taxation of Foreign Investment under International Law*, Manchester, 2000.

<sup>298</sup> Bkz., örneğin *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua and Others* 770 F.2d 1385, 1397; 88 ILR, ss. 75, 89.

<sup>299</sup> Bkz., örneğin *AMCO v. Indonesia (Merits)* 89 ILR, ss. 405, 466.

<sup>300</sup> Bkz., örneğin *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 31 ILM, 1992, s. 1363.

<sup>301</sup> 53 ILR, s. 389.



Örnek olarak, ilgili sözleşmeye uygulanacak olan hukukun, uluslararası hukuku da içine aldığı varsayılan “hukukun genel prensipleri”ne atıf yaptığı ifade edilebilir; uyuşmazlıkların çözümü için bir uluslararası tahkim şartı konulabilir; ve bir uluslararası kalkınma antlaşmasına hükümlerin tek taraflı değiştirilmesini önleyecek bir istikrar hükmü konulabilir.<sup>302</sup> Ancak bu yaklaşım tartışmalıdır ve ilgili içtihatlar yeknesak değildir.<sup>303</sup> Kamulaştırmanın ayrımcılık içeren bir şekilde yapılması veya yetersiz ya da hiç tazminat ödenmemesi gibi hukuka aykırı olduğu hallerde de uluslararası hukuk devreye girebilecektir. Ayrıca farklı şekillerde ikili ve çok taraflı devletlerarası ve devlet ile özel yatırımcılar arası uyuşmazlık çözümlerindeki büyük artış da uluslararası ekonomi hukuku meseleleri hakkında çok geniş bir külliyat oluşturmuştur.

### Söz Konusu Mal

Higgins ‘malın kavramsal boyutlarının analizi hakkındaki büyük eksikliğe’ işaret etmiştir.<sup>304</sup> Mal kavramı fiziksel nesnelere yanı sıra örnek olarak şirket hisseleri, borçlar ve fikri mülkiyet gibi bazı soyut varlıkları da içerebilecektir. 1961 Yabancılar Zararları İçin Devletlerin Uluslararası Sorumluluğuna Dair Harvard Taslak Sözleşmesi<sup>305</sup> mal kavramını ‘somut veya sınai, edebi ve sanatsal mallar ile mala ilişkin haklar ve menfaatler dahil soyut her türlü taşınır ve taşınmaz malların’ ışığında tartışmaktadır. *Liamco* davasında mahkeme soyut malların bir parçasını oluşturan imtiyaz haklarından özellikle bahsetmiştir.<sup>306</sup> Bu, özel önem taşıyan bir meseledir; zira kamulaştırma davalarının birçoğu esasen çok çeşitli akdi haklar içermektedir.<sup>307</sup> İnsan hakları alanında da, mal tanımına birkaç antlaşmada değinilmiş ve pek çok davada bu husus analiz edilmiştir. Bu bağlamda bir malın mülkiyetinin etkin şekilde kullanımını elde etmeye yönelik “meşru beklenti” bu tanıma dahil edilirken,<sup>309</sup> örnek

<sup>302</sup> Bkz., örneğin C. Greenwood, ‘State Contracts in International Law – The Libyan Oil Arbitrations’, 53 BYIL, 1982, ss. 27, 41 vd. Ayrıca bkz., A. Fatouros, ‘International Law and the Internationalised Contract’, 74 AJIL, 1980, s. 134.

<sup>303</sup> Bkz., örneğin J. Paulsson, ‘The ICSID *Klöckner v. Cameroon* Award: The Duties of Partners in North-South Economic Development Agreements’, 1 *Journal of International Arbitration*, 1984, s. 145; *Aminoil* davası, 21 ILM, 1982, s. 976; 66 ILR, s. 519, ve D. W. Bowett, ‘State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach’, 59 BYIL, 1988, s. 49.

<sup>304</sup> Higgins, ‘Taking of Property’, s. 268.

<sup>305</sup> 55 AJIL, 1961, s. 548 (madde 10(7)).

<sup>306</sup> 20 ILM, 1981, ss. 1, 53; 62 ILR, ss. 141, 189. Ayrıca bkz., *Shufeldt* davası, 2 RIAA, ss. 1083, 1097 (1930); 5 AD, s. 179.

<sup>307</sup> Ayrıca bkz., aşağıda “mal” teriminden ziyade “yatırımlar” terimini kullanan ikili ve diğer yatırım antlaşmalarındaki yatırımın tanımı için.

<sup>308</sup> Bkz., özellikle 1948 Evrensel İnsan Hakları Deklarasyonu, madde 17; 1969 Amerikan Devletleri Arası İnsan Hakları Sözleşmesi, madde 21; 1981 Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, madde 14; 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Protokol I, madde 1, ‘kamu yararı haricinde ve hukuk ve uluslararası hukukun genel prensipleri tarafından öngörülen şartlara tabi olarak’ mülkiyet hakkının korunması ve malvarlığından mahrum bırakılmaması bakımından. Bkz., örnek olarak şu davalar: *Marckx*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 31; 58 ILR, s. 561; *Sporrong and Lönnroth*, ECHR, Series A, No. 52; 68 ILR, s. 86; *Loizidou v. Turkey*, 18 Aralık 1996; 108 ILR, s. 444. Ancak uluslararası hukuka yapılan atfın bir devletin kendi vatandaşlarının malına el koymasına uygulanmayacağına hükmedilmiştir. Bkz., *Lithgow*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 102; 75 ILR, s. 438; *James*, ECHR, Series A, No. 98; 75 ILR, s. 397 ve *Mellacher*, ECHR, Series A, No. 169. Ayrıca bkz., Brock, ‘The Protection of Property Rights Under the European Convention on Human Rights’, *Legal Issues of European Integration*, 1986, s. 52.

<sup>309</sup> Bkz., örneğin *Kopecký v. Slovakia*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 28 Eylül 2004, para. 35(c), burada şu husus ifade edilmiştir, ‘Bir davacı yalnızca karşı çıktığı karar bu hükmün anlamı çerçevesinde onun “malvarlığı” ile alakalı olduğu kadarıyla I. Protokol’ün 1. maddesinin ihlalini iddia edebilir. “Malvarlıkları” ya “mevcut malvarlıkları” veya talepler dahil davacının onlar bakımından en azından mülkiyet hakkını etkin şekilde kullanmaya dair bir “meşru beklentisi”nin olduğunu iddia edebileceği alacaklar olabilir. Buna karşın etkin şekilde kullanılması imkansız olmuş olan bir mülkiyet hakkının tanınması umudu ya da şartın gerçekleşmemesi yüzünden ortadan kalkmış olan bir şarta bağlı talep, I. Protokol’ün 1. maddesinin anlamı çerçevesinde bir “malvarlığı” sayılamaz (Bkz., *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], no. 42527/98, §§ 82-83, ECHR 2001-VIII, ve *Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 39794/98, § 69, ECHR 2002-VII).

olarak ekonomik bir girişimin mülkiyeti bir haklar topluluğu olarak görülebilmektedir.<sup>310</sup> Genel olarak, malın daha esnek bir şekilde yorumlanması gerektiği açıktır.<sup>311</sup>

### **Kamulaştırmanın Niteliği<sup>312</sup>**

Kamulaştırma bir mala el koymayı içerir,<sup>313</sup> ancak söz konusu varlıklara doğrudan el koyma haricindeki eylemler de bu kategori içinde yer alabilir. Bu yüzden kamulaştırma bir mala devlet tarafından resmen el konulması anlamında doğrudan veya dolaylı olabilir. 1961 Harvard Taslağı'nda 'malikin malı müdahalenin başlamasından itibaren makul bir süre içinde kullanamaması, yararlanamaması veya elden çıkartamaması anlamına gelecek şekilde, makul olmayan her türlü müdahaleler' sonraki duruma bir örnek olarak verilmektedir.<sup>314</sup> Bu açıdan 1965'de İngiliz hükümeti, bir dizi Endonezya kararnamesinin ardından şunu açıklamıştır:

*"İngiliz girişim ve çiftliklerinin Endonezya'daki mallarıyla alakalı mülkiyet haklarını kullanmaları ve yararlanmalarının tamamen imkansız hale gelmesi nedeniyle, Majestelerinin Hükümeti Endonezya Hükümeti'nin bu malları kamulaştırdığı sonucuna varmıştır."*<sup>315</sup>

İran-ABD Talepler Mahkemesi önündeki *Starrett Housing Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran* davasında da,<sup>316</sup> Mahkeme şunu vurgulamıştır:

*"Bir devlet tarafından alınan tedbirler mülkiyet haklarına öylesine geniş müdahale edebilir ki, devlet bunları kamulaştırmayı amaçlamasa ve kanuni mülkiyet hakkı resmi olarak asıl sahibinde kalsa bile, bu haklar kullanılmaz hale gelir ve bunların kamulaştırılmış olduğu kabul edilir."*

Bu davada, 1980 yılı Ocak ayının sonuna doğru İran Emlak Bakanlığı tarafından ilgili girişime bir geçici yönetici atanması ve böylece davacıların yönetme ve etkin kontrol ve kullanma hakkından mahrum bırakılması üzerine bir el koymanın meydana geldiğine hükmedilmiştir.<sup>317</sup> Ancak silahlı baskın ve personelin göz altına alınması, korkutulması ile erzak ve tesislere müdahale edilmesi dahil bu tarihten önceki bir dizi olay mallara el koyma sayılmamıştır. Zira yabancı bir ülkedeki yatırımcılar ayaklanma ve hatta devrim gibi bazı riskleri üstlenmektedirler. Mahkeme, bu gibi risklerin gerçekleşmesinin olaylardan etkilenen mal varlığı haklarına el konulduğu anlamına gelmeyeceğine hükmetmiştir.<sup>318</sup> Burada açıkça önemli fakat belirsiz bir ayırım çizgisi vardır.

<sup>310</sup> Peştemaliye için bkz., örneğin *Iatridis v Greece*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 25 Mart 1991, para. 54.

<sup>311</sup> Bkz., örneğin *Methanex v. United States of America*, NAFTA Arbitral Tribunal, Final Award on Jurisdiction and Merits, 3 Ağustos 2005, para. 17. Şu husus ifade edilmiştir: 'Maddi bir "şey" olarak dar mal kavramı geçmişte kalmış ve yerini zenginlik üreten bir sürecin unsurları üzerinde idari kontrolü içeren çağdaş bir kavrama bırakmıştır'.

<sup>312</sup> Bkz., örneğin Dolzer ve Schreuer, *International Investment Law*, Bölüm VI ve A. Reinisch, 'Expropriation', *Oxford Handbook*, s. 407.

<sup>313</sup> Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (NAFTA) Tahkim Mahkemesi "kamulaştırma" teriminin bir kişinin "malına" bu malın mülkiyetini bir başka kişiye transfer etmek amacıyla, genellikle *de jure* veya *de facto* "el koyma" yetkisine sahip, bir hükümet tipi otorite tarafından "el konulması" anlamını taşıdığına işaret etmiştir, *S.D. Myers v. Canada* 121 ILR, ss. 72, 122.

<sup>314</sup> 55 AJIL, 1961, ss. 553-4 (madde 10(3)a).

<sup>315</sup> *BPIL*, 1964, s. 200. Ayrıca bkz., 4 *ILM*, 1965, ss. 440-7. Ayrıca bkz., *Shanghai Power Co. v. US* 4 Cl. Ct. 237 (1983). Burada davacının talebinin ABD hükümeti tarafından Çin ile anlaşarak değerinden daha az şekilde çözülmesinin Fifth Amendment bağlamında tazminatı gerektirecek bir el koyma oluşturmadığına hükmedilmiştir.

<sup>316</sup> *Interlocutory Award*, 4 Iran-US CTR, s. 122; 85 ILR, s. 349.

<sup>317</sup> *4 Iran-US CTR*, s. 154; 85 ILR, s. 390. Ayrıca bkz., *Harza Engineering Co. v. The Islamic Republic of Iran* 1 Iran-US CTR, s. 499; 70 ILR, s. 117, ve *AIG v. The Islamic Republic of Iran* 4 Iran-US CTR, s. 96. Ayrıca bkz., *SEDCO v. NIOC* 84 ILR, s. 483.

<sup>318</sup> *4 Iran-US CTR*, s. 156; 85 ILR, s. 392. Karşılaştırma için bkz., Hakim Holtzmann'ın bu konu hakkındaki destekleyici görüşü, *4 Iran-US CTR*, ss. 159, 178; 85 ILR, s. 414.

Ayrıca yabancı bir şirketteki çoğunluk hisselerine el konulmasının söz konusu girişimin varlık ve karlarının kontrolüne el konulması anlamı taşıdığına karar verilmiştir.<sup>319</sup> *Biloune v. Ghana Investment Centre* davasında bir yatırımcı, inşaat izni olmadan hükümetin beyanlarına güvenerek inşaat işine başlamış, bunun üzerine iznin eksikliği gerekçesiyle bir durdurma kararı çıkarılmıştır. Mahkeme burada bir dolaylı kamulaştırmanın ortaya çıktığına, çünkü ilgili şartların bütününe proje üzerindeki çalışmanın geriye döndürülemez biçimde sona ermesi sonucunu doğurduğuna hükmetmiştir.<sup>320</sup> *Biwater Gauff v. Tanzania* davasında,<sup>321</sup> bir kamulaştırma iddiasının ortaya çıkan sonuçlar ışığında değerlendirilmesi gerektiğine ve haklardan en azından anlamlı bir süre için esaslı şekilde mahrum bırakılma hallerinde bir dolaylı kamulaştırmanın varsayılabilmesine hükmedilmiştir. *Suez .v Argentina* davasında da,<sup>322</sup> bir el koymanın analizinin, söz konusu tedbirin hangi kasd ile alındığına değil sonuçlarına odaklanması gerektiğine karar verilmiştir.

El koymanın tek bir eylem yerine bir süreç oluşturması halinde, sürecin ne zaman gerçekten bir kamulaştırmanın meydana geldiği noktaya ulaştığına karar verme problemi ortaya çıkar.<sup>323</sup> Bu mesele örnek olarak tazminat amacı bakımından değer biçme tarihine karar verilmesi için önemli olabilir. *Santa Elena v. Costa Rica* davasında, Mahkeme ‘bir malın devlet tarafından alınan tedbirlerin etkisinin maliki, malının zilyetliğinden veya menfaatlara erişimden ve ekonomik açıdan kullanımdan mahrum bıraktığı zaman kamulaştırılmış olduğunu... Bunun da Mahkeme açısından davanın şartları ışığında değerlendirilecek bir olgu olduğunu’ ifade etmiştir.<sup>324</sup>

Belli bir malın kamulaştırılması doğrudan millileştirilmemiş patentler ve sözleşmeler gibi yakından bağlantılı tali haklara el konulmasını da içerebilir.<sup>325</sup>

### Kamusal Amaçlar

Daimi Adalet Divanı *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* davasında bir kamulaştırmanın ‘kamu yararı, yasal tasfiye ve benzer tedbirler’ için olması gerektiğini ifade

<sup>319</sup> *Kalamazoo Spice Extraction Company v. The Provisional Military Government of Socialist Ethiopia* 86 ILR, s. 45 ve 90 ILR, s. 596. Ayrıca bkz. *Agip SpA v. The Government of the Popular Republic of the Congo* 67 ILR, s. 319 ve *Benvenuti and Bonfant v. The Government of the Popular Republic of the Congo, a.g.e.,* s. 345.

<sup>320</sup> 95 ILR, ss. 183, 207–10. Ayrıca bkz., *Metalclad Corporation v. United Mexican States* 119 ILR, ss. 615, 639–40. Bu, Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (NAFTA) çerçevesinde görülen bir dava olup, bu antlaşmanın 1110. maddesi doğrudan veya dolaylı kamulaştırmayı yasaklamaktadır. Mahkeme kamulaştırmanın ‘malikin maldan, bu ev sahibi devlet için açıkça aşikar bir fayda olmasa bile, makulen beklenebilecek olan ekonomik faydayı kullanmasını, tamamen veya esaslı bir kısmından, mahrum edecek şekilde malın kullanımına örtülü veya arzi müdahaleyi’ içerdiğini ifade etmiştir, para. 108. Ayrıca bkz., *CME v. Czech Republic* 9 ICSID Reports, s. 121 ve *Middle East Cement Shipping v. Egypt* 7 ICSID Reports, s. 178.

<sup>321</sup> ICSID, ARB/05/22, 24 Temmuz 2008, para. 455–6; [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1589\\_En&caseId=C67](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1589_En&caseId=C67).

<sup>322</sup> ICSID, Award, 30 Temmuz 2010, para. 122-5.

<sup>323</sup> Bkz., örneğin *Generation Ukraine v. Ukraine* 44 ILM 2005, s. 404, para. 20.22 ve 20.26. Burada “yavaşça ilerleyen kamulaştırma” davasına kamulaştırmaya karşı uluslararası ilgili koruma standartlarını ihlal edecek ölçüde devlete isnat edilebilen bir seri eylemle eritilmiş olan belli bir zamanda mevcut bir yatırım temelinde bakılacağı ifade edilmiştir. Ayrıca bkz., *Siemens v. Argentina*, Award of 6 February 2007, ve W. M. Reisman ve R. D. Sloane, ‘Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation’, 74 BYIL, 2003, s. 115.

<sup>324</sup> 39 ILM, 2000, ss. 1317, 1329.

<sup>325</sup> PCIJ, Series A, No. 7, 1926. Ayrıca bkz., *Norwegian Shipowners’ Claims* davası, 1 RIAA, s. 307 (1922) ve *Sporrong and Lönnroth* davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 52 (1982); 68 ILR, s. 86. Ayrıca bkz., *Papamichalopoulos v. Greece*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 260 (1993), s. 15. Ek olarak bkz., *Revere Copper v. Opic* 56 ILR, s. 258. Bkz., G. C. Christie, ‘What Constitutes a Taking of Property under International Law?’, 38 BYIL, 1962, s. 307; DUSPIL, 1976, s. 444; Brownlie, *System and State Responsibility*, ss. 24–5; Whiteman, *Digest*, cilt VIII, ss. 1006 vd., ve *Third US Restatement on Foreign Relations Law*, cilt II, ss. 200–1.

etmiştir.<sup>326</sup> Bu amaçların nereye kadar genişletilebileceği tartışmaya açıktır; ancak savaş zamanı tedbirlerini de içine alır.

Bu mesele, İngiltere'nin İran'ı bazı Körfez Adalarını işgal etmesi için teşvik ettiğine inanan Libya'nın bu gerekçeyle BP mallarını kamulaştırdığı *BP* davasında,<sup>327</sup> ortaya çıkmıştır. Hakim, bu kamulaştırmanın 'yalnızca konu dışı siyasi nedenlerle yapıldığı ve keyfi ve ayrımcı karakterde olduğu için' uluslararası hukuku ihlal ettiğini ifade etmiştir.<sup>328</sup> Bu gibi durumlar kamusal amaçlar meselesi bakımından belirsizdir ve *Liamco* davasında<sup>329</sup> 'kamu yararı prensibinin bir millileştiriminin meşruiyeti için gerekli bir şart olmadığına' hükmedilmiştir.<sup>330</sup> Ayrıca 1962 Doğal Kaynaklar Üzerinde Daimi Egemenliğe Dair Genel Kurul Kararı'nın bu şarttan bahsederken,<sup>331</sup> 1974 Devletlerin Ekonomik Hakları ve Yükümlülükleri Şartı'nın ise bahsetmediğine de dikkat edilmelidir.<sup>332</sup> Bu yüzden sorun halen ortadadır,<sup>333</sup> ancak uygulamalar kamu yararı için ayrımcılık yapmayacak şekilde alınan genel tedbirlerin hukuka aykırı kamulaştırma oluşturmayacağı yönündedir. Örnek olarak *Santa Elena v. Costa Rica* davasında, Mahkeme uluslararası hukukun kamusal amaçlar için yabancıların mallarının kamulaştırılmasına izin verdiği görüşünü benimsemiş ve bunun çevresel nedenlerle el koymayı da içerebileceğine dikkat çekmiştir.<sup>334</sup>

### Ayrımcılık Yapmama

Ayrımcılık yapmamanın geçerli ve hukuki bir kamulaştırma için şart olduğu iddia edilmiştir.<sup>335</sup> Her ne kadar 1962 kararında bahsedilmese de *Liamco*<sup>336</sup> davasında hakim, ayrımcı bir millileştiriminin hukuka aykırı olacağını kuvvetli bir şekilde iddia etmiştir.<sup>337</sup> Ancak bu davada Libya'nın bazı petrol şirketlerine yönelik eylemlerinin petrol üzerindeki mülkiyetini korumayı amaçladığına ve ayrımcı olmadığına hükmedilmiştir. Hakim, olaydaki siyasi amacın kendisinin millileştirme için ana neden olmadığına ve kendiliğinden tamamen

<sup>326</sup> PCIJ, Series A, No. 7, 1926, s. 22. Ayrıca bkz., Ev Sahibi Devletin Otoritelerine Karşı Bir Yatırımcı Tarafından Tahkime Başvurulmasının Hukuki Yönlerine Dair Karar'ın 14. maddesi, Tokyo Session of the Institut de Droit International, 2013. Burada bir yabancı malının kamulaştırılmasının diğerlerinin yanı sıra kamusal amaçlar için olması gerektiği öngörülmüştür.

<sup>327</sup> 53 ILR, s. 297.

<sup>328</sup> *A.g.e.*, s. 329.

<sup>329</sup> 20 ILM, 1981, s. 1; 62 ILR, s. 141.

<sup>330</sup> 20 ILM, 1981, ss. 58–9; 62 ILR, s. 194.

<sup>331</sup> 1962 Kararının 4. Paragrafı şunu öngörmektedir: 'Millileştirme, kamulaştırma veya el koyma, kamusal fayda, güvenlik veya hem yerel hem de yabancı tamamen bireysel veya özel çıkarlara üstün geldiği kabul edilecek ulusal çıkar esasına dayanmalıdır. Bu tür durumlarda mal sahibine egemenliğine dayanarak bu tedbirleri alan devlette geçerli hukuk uyarınca ve uluslararası hukuk uyarınca uygun tazminat ödenecektir. Tazminat meselesinin bir uyuşmazlığa yol açtığı bir durumda, bu tedbirleri alan devletin ulusal hukuku tüketilmelidir. Ancak egemen devletler ve diğer ilgili tarafların anlaşması üzerine, uyuşmazlığın çözümü tahkim veya uluslararası yargı yoluyla yapılabilecektir.'

<sup>332</sup> 1974 Şartı, madde 2(2)c her devletin 'yabancıların mallarını, tedbirleri alan devletin ilgili kanun ve düzenlemelerini ve ilgili olduğunu düşündüğü bütün şartları dikkate alarak, uygun tazminat ödemek şartıyla millileştirme, kamulaştırma veya mülkiyetin nakli' hakkına sahip olduğunu ve 'tazminat meselesinin bir uyuşmazlığa sebep olduğu bir durumda, bütün ilgili devletler tarafından devletlerin egemen eşitliği temelinde ve araçların özgür seçimi ilkesi uyarınca özgürce ve karşılıklı olarak anlaşılmadıkça, millileştirmeyi yapan devletin iç hukuku altında ve onun mahkemeleri tarafından' çözüleceğini öngörmektedir.

<sup>333</sup> Ayrıca bkz., *Agip SpA v. The Government of the Popular Republic of the Congo* 67 ILR, ss. 319, 336–9.

<sup>334</sup> 39 ILM, 2000, ss. 1317, 1329. El koymanın övgüye değer bir çevresel nedenle yapılmış olması tazminat ödeme yükümlülüğünü etkilememiştir, *a.g.e.*. Ayrıca bkz., *Too v. Greater Modesto Insurance Associates* 23 Iran–US CTR, s. 378; *Methanex v. USA* 44 ILM, 2005, s. 1345 ve *Saluka v. Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006.

<sup>335</sup> Bkz., örneğin White, *Nationalisation*, ss. 119 vd. Ayrıca bkz., A. Maniruzzaman, 'Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in the International Law of Foreign Investment', 8 *Journal of Transnational Law and Policy*, 1999, s. 141.

<sup>336</sup> 20 ILM, 1981, s. 1; 62 ILR, s. 141.

<sup>337</sup> 20 ILM, 1981, ss. 58–9; 62 ILR, s. 194.

ayrımcılık içeren bir tedbir için yeterli bir delil oluşturamayacağına dikkat çekmiştir.<sup>338</sup> Her ne kadar ayrımcılık faktörü kesinlikle düşünülmesi gereken ilgili bir etkense de, uygulamada somut olayda ispatlanması oldukça güçtür.<sup>339</sup>

### Tazminat

Bu konuda sıklıkla şart koşulan gereklilik ABD Dış İşleri Bakanı Hull'un Meksika kamulaştırmaları vesilesiyle kullandığı formül olan hızlı, yeterli ve etkin tazminattır.<sup>340</sup> Bu, özellikle ABD'de sürdürülen bir standarttır<sup>341</sup> ve gittikçe artan sayıdaki ikili yatırım antlaşmalarında da yer almaktadır.<sup>342</sup> Ancak içtihatlarda durum daha az belirgindir. Erken dönem davalarda Hull formülü kullanılmamıştır.<sup>343</sup> 1962 Daimi Egemenlik Kararı'nda "uygun tazminat"a atıf yapılmış olup, bu ifadeye *Texaco* davasında hakimin verdiği desteğe binaen bunun bir teamül kuralı olduğu iddia edilmiştir.<sup>344</sup> Bu hususun altı *Aminoil* davasında da,<sup>345</sup> çizilmiş olup, mahkeme 1962 kararındaki "uygun tazminat" standardının 'pozitif prensipleri kodifiye ettiği'ni ifade etmiştir.<sup>346</sup> Kararda ayrıca "uygun tazminat"ın tespit edilmesinin soyut teorik tartışmalardan ziyade somut davanın ilgili bütün şartlarının incelenmesi suretiyle daha iyi başarılabilceği açıklanmıştır.<sup>347</sup> Ancak 1962 kararındaki "uygun tazminat" formülü hem ulusal hem de uluslararası hukukla bağlantılandırılmaktayken, 1974 Devletlerin Ekonomik Hakları ve Yükümlülükleri Şartı'nda bu formül yalnızca ulusal hukukla bağlantılandırılmaktadır. Bununla beraber ilk belgenin ilgili teamülü yansıttığı kabul edilmekteyken, ikinci belge için bu geçerli değildir.<sup>348</sup> Ancak her halükarda uygulamada sonuç olarak esaslı bir farkın olup olmayacağı açık değildir.<sup>349</sup>

Dünya Bankası'nın Yabancı Doğrudan Yatırımlar Hakkındaki Kılavuzu'nun Bölüm IV (1)'inde bir devletin yabancı bir özel yatırımı, uygulanması gereken hukuki usullere uygun olarak, iyi niyetli kamusal bir amaç uyarınca, vatandaşlık temelinde ayrımcılık olmaksızın ve uygun tazminat ödemesiyle birlikte yapmadıkça kamulaştıramayacağı öngörülmektedir.

<sup>338</sup> 20 ILM, 1981, s. 60. Ayrıca bkz., Yabancı Doğrudan Yatırımlara Muameleye Dair Dünya Bankası Kılavuzu, Bölüm IV ve 1994 Avrupa Enerji Şartı Antlaşması, madde 13.

<sup>339</sup> Ayrıca bkz., Ev Sahibi Devletin Otoritelerine Karşı Bir Yatırımcı Tarafından Tahkime Başvurulmasının Hukuki Yönlerine Dair Karar'ın 14. maddesi, Tokyo Session of the Institut de Droit International, 2013. Burada bir yabancı malının kamulaştırılmasının diğerlerinin yanı sıra ayrımcılık yapılmadan ve hukuk usullerine uygun olarak yapılması gerektiği öngörülmüştür.

<sup>340</sup> Hackworth, *Digest*, cilt III, 1940-4, s. 662. Ayrıca bkz., Dolzer ve Schreuer, *International Investment Law*, ss. 296 vd; T. Walde ve B. Sabahi, 'Compensation, Damages and Valuation', *Oxford Handbook*, s. 1049; ve E. Lauterpacht, 'Issues of Compensation and Nationality in the Taking of Energy Investments', 8 *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 1990, s. 241.

<sup>341</sup> Bkz., örneğin DUSPIL, 1976, s. 444, ve D. Robinson, 'Expropriation in the Restatement (Revised)', 78 AJIL, 1984, s. 176.

<sup>342</sup> Robinson, 'Expropriation', s. 178.

<sup>343</sup> Bkz., örneğin *Chorzów Factory* davası, PCIJ, Series A, No. 17, 1928, s. 46; 4 AD, s. 268 ve *Norwegian Shipowners' Claims* davası, 1 RIAA, ss. 307, 339-41 (1922). Ayrıca bkz., O. Schachter, 'Compensation for Expropriation', 78 AJIL, 1984, s. 121.

<sup>344</sup> 17 ILM, 1978, ss. 3, 29; 53 ILR, ss. 389, 489. Ayrıca bkz., *Banco Nacional de Cuba v. Chase Manhattan Bank* 658 F.2d 875 (1981); 66 ILR, s. 421.

<sup>345</sup> 21 ILM, 1982, s. 976; 66 ILR, s. 519.

<sup>346</sup> 21 ILM, 1982, s. 1032; 66 ILR, s. 601.

<sup>347</sup> 21 ILM, 1982, s. 1033.

<sup>348</sup> Bkz., örneğin *Texaco davası*, 17 ILM, 1978, ss. 1, 29-31; 53 ILR, s. 489. Bkz., *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, s. 196 (para. 712). Burada "Hull formülü" yerine "adil tazminat" şartına atıf yapılmaktadır. Söz konusu şart ise 'alınan malın değerine eşdeğer olan ve alımın yapıldığı tarihte veya alımın yapıldığı tarihten itibaren faizle makul bir sürede ve yabancı kişi tarafından ekonomik olarak kullanılabilir bir biçimde ödenen bir miktar' olarak tanımlanmaktadır, *a.g.e.*, s. 197. Ayrıca bkz., Schachter, 'Compensation', s. 121.

<sup>349</sup> Ayrıca bkz., genel olarak R. Dolzer, 'New Foundation of the Law of Expropriation of Alien Property', 75 AJIL, 1981, s. 533, ve M. Sornarajah, 'Compensation for Expropriation', 13 *Journal of World Trade Law*, 1979, s. 108, ve Sornarajah, *International Law on Foreign Investment*.

Bölüm IV (2)'de ise tazminatın yeterli, hızlı ve etkin olması halinde uygun sayılacağı belirtilmektedir.<sup>350</sup> 1994 Avrupa Enerji Şartı Antlaşması'nın 13. maddesi de kamulaştırmanın kamusal yarar amacıyla, ayrımcılık yapmadan, uygun hukuki usullere göre ve hızlı, yeterli ve etkin tazminat ödemesi ile birlikte yapılması gerektiğini öngörmektedir.<sup>351</sup>

Tazminatın çerçevesinin değerlendirilmesine ilişkin hassas süreç içindeki birkaç farklı kategoriye dikkat çekilmelidir. Yatırımın fiziksel varlıkları ve ödenmesi gereken borç ve paralar gibi diğer varlıkları için tazminat sağlanması hakkında genelde çok az tartışma bulunmaktadır. Bu varlıklara belli bir davada nasıl değer biçileceği hakkında farklı metodlar varsa da,<sup>352</sup> temel prensip adil piyasa değeri prensibidir.<sup>353</sup> Bu varlıkların değeri üzerinden bir faiz de normalde ödenecektir.<sup>354</sup> Ancak gelecekteki karların kaybı için tazminat verilir verilmeyeceği bakımından tartışma mevcuttur. *AMCO v. Indonesia* davasında,<sup>355</sup> Tahkim Mahkemesi şuna hükmetmiştir:

*“Zarar gören tarafa damnum emergens [uğranan kayıp] ve lucrum cessans [beklenen karlar] verilerek zararın tam olarak tazmini, belli başlı ulusal hukuk sistemlerinde ortak olan bir prensiptir ve bu nedenle uluslararası hukukun bir kaynağı sayılabilecek bir genel hukuk prensibidir”*

Ancak hükmedilebilecek olan tazminat daha uzaktaki kayıpları değil yalnızca doğrudan ve öngörülebilir kayıpları ihtiva edecektir.<sup>356</sup>

*Metalclad Corporation v. United Mexican States* davasında, Mahkeme karlı bir işletme geçmiş olan bir yatırımın normal adil piyasa değerinin, iskonto edilmiş nakit akışı analizine tabi tahmini bir gelecek karına dayandırılabilirliğini,<sup>357</sup> ancak işletmenin bir performans kaydı oluşturacak kadar yeterince uzun bir süre işletilmemiş olması veya kara geçememiş olması halinde gelecek karların adil piyasa değerini tespit için kullanılmayacağını, onun yerine mevcut yatırımın kendisinin esas alınmasının daha uygun olacağını ifade etmiştir.<sup>358</sup>

<sup>350</sup> 31 ILM, 1992, s. 1382. Ayrıca bkz., 1992 Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (NAFTA), Madde 1110. Burada hiç bir tarafın bir başka tarafın yatırımcısının kendi ülkesindeki yatırımını, hukuka uygun bir şekilde bir kamusal amaçla, ayrımcılık içermeyen bir temelde ve tazminat ödemesi haricinde, doğrudan veya dolaylı olarak millileştirmeyeceği veya kamulaştırmayacağı ya da millileştirmeye veya kamulaştırmaya varan bir tedbir almayacağı öngörülmektedir. Tazminatın ödemesi kamulaştırılan yatırımın kamulaştırılman yapılmasından hemen önceki adil piyasa değeri üzerinden olmalı ve yapılması düşünülen kamulaştırmadan önceden haberdar olunması yüzünden oluşan bir değer değişimini yansıtmamalıdır. Değerlendirme kriteri işletmenin faaliyet değerini, varlık değerini (somut malların açıklanmış vergisel değeri dahil) ve adil piyasa değerine karar vermeye uygun diğer kriterleri içerecektir. Buna ek olarak, tazminat gecikmeksizin, faiziyle ödenmeli ve tamamen tahsil edilebilir olmalıdır. Bkz., 32 ILM, 1993, s. 605.

<sup>351</sup> 34 ILM, 1995, s. 391. Ayrıca bkz., Ev Sahibi Devletin Otoritelerine Karşı Bir Yatırımcı Tarafından Tahkime Başvurulmasının Hukuki Yönlerine Dair Karar'ın 14. maddesi, Tokyo Session of the Institut de Droit International, 2013. Bu hüküm kamulaştırma için tazminatın hızlı, yeterli ve etkin olmasını gerekli görmektedir.

<sup>352</sup> Bkz., örneğin *Aminoil* davası, 21 ILM, 1982, ss. 976, 1038; 66 ILR, ss. 519, 608–9.

<sup>353</sup> Adil piyasa değeri esas olarak istekli bir alıcının istekli bir satıcıya kamulaştırma durumunu tamamen göz ardı ederek faaliyette olan bir işletmenin hisseleri için ödeyeceği miktar demektir. Bkz., örneğin *INA Corporation v. The Islamic Republic of Iran* 8 Iran-US CTR, ss. 373, 380; 75 ILR, s. 603.

<sup>354</sup> Bkz., Uluslararası Mahkemelerin Faize Hükmetmeye İlişkin Uygulamaları Hakkında Dışişleri Bakanlığı Memorandumu, UKMIL, 63 BYIL, 1992, s. 768.

<sup>355</sup> 24 ILM, 1985, ss. 1022, 1036–7; 89 ILR, ss. 405, 504. Ayrıca bkz., *Chorzów Factory* davası, PCIJ, Series A, No. 17, 1928; 4 AD, s. 268; *Sapphire* davası, 35 ILR, s. 136; *Norwegian Shipowners' Claims* davası, 1 RIAA, s. 307 (1922); *Lighthouses Arbitration* 23 ILR, s. 299, ve *Benvenuti and Bonfant v. The Government of the Popular Republic of the Congo* 67 ILR ss. 345, 375–9.

<sup>356</sup> 24 ILM, 1985, ss. 1022, 1037; 89 ILR, s. 505. Ayrıca bkz., *Sola Tiles Inc. v. Islamic Republic of Iran* 83 ILR, s. 460.

<sup>357</sup> 119 ILR, ss. 615, 641. Ayrıca bkz., *Benvenuti and Bonfant v. The Government of the Popular Republic of the Congo* 67 ILR, s. 345 ve *AGIP SPA v. The Government of the Popular Republic of the Congo* 67 ILR, s. 318.

<sup>358</sup> 119 ILR, ss. 641–2. Ayrıca bkz., *Phelps Dodge Corporation v. Iran* 10 Iran-US CTR, 1986, ss. 121, 132–3 ve *Biloune v. Ghana Investment Centre* 95 ILR, ss. 183, 228–9.

Ancak kamulaştırmanın kendisinin hukuka uygun veya hukuka aykırı olup olmadığının da dikkate alınmak zorunda olduğu idda edilmiştir. *INA Corporation v. The Islamic Republic of Iran* davasında<sup>359</sup> Mahkeme, geniş ölçekli hukuka uygun millileştirme durumunda ‘uluslararası hukukun aşamalı olarak bir yeniden değerlendirmeye gittiği ve bunun sonucunda “tam” veya “yeterli” (“tam” ile aynı anlamda kullanıldığında) tazminat standardının doktrinal değerinin azalmış olabileceği’ ifade edilmiştir. Ancak millileştirmeden kısa bir zaman önce küçük miktarda bir yatırım durumunda, uluslararası hukuk yatırımın adil piyasa değerine eşit miktarda bir tazminata müsaade etmektedir.<sup>360</sup> Bu açıdan Hakim Lagergen hukuka uygun büyük ölçekli millileştirmelerde “adil piyasa değeri” standardından “bütün şartlar” dikkate alınarak indirimde bulunulacağını ifade etmiştir.<sup>361</sup>

*Amoco International Finance Corporation v. The Islamic Republic of Iran* davasında da,<sup>362</sup> İran-ABD Talepler Mahkemesi’nin Üçüncü Dairesi söz konusu malın hukuka uygun şekilde kamulaştırıldığına ve ‘hukuka uygun olan ve olmayan kamulaştırmalar arasında açık bir ayırımın yapılması gerektiği, zira kamulaştırma yapan devlet tarafından ödenecek tazminata uygulanacak kuralların el koymanın hukuki niteliğine göre değişeceği’ne hükmedilmiştir.<sup>363</sup> Hukuka aykırı bir el koyma durumunda kamulaştırma olmasaydı büyük bir olasılıkla mevcut olmuş olacak durumu yeniden tesis etmek için tam bir aynen iade veya bunun parasal eşdeğeri gerekli olup,<sup>364</sup> hukuka uygun bir el koyma durumunda ise standart, ilgili yatırımın el koyma anındaki tam değerinin ödenmesidir. Aradaki farkı Mahkeme, mahrum kalanın karlar için tazminatın yalnızca hukuka aykırı kamulaştırma durumlarında mevcut olacağı anlamına geldiği şeklinde yorumlamıştır. Aktüel değerlendirme metodu açısından Mahkeme, şirketin değerlendirme tarihindeki muhtemel gelecek kazançlarının tahminini içeren ve öngörülebilir makul riskleri dikkate alarak bu tür kazançları eleyen “iskonto edilmiş nakit akışı” usulünü reddetmiştir. Çünkü bu, muhtemelen eski hale iade halini alacak ve ayrıca fazlasıyla spekülasyon olacaktır.<sup>365</sup>

### İkili Yatırım Antlaşmaları

Uygulamada devletler ile özel taraflar arasındaki ticari ilişkileri içeren birçok durum ikili antlaşmaların çerçevesi içine girmektedir.<sup>366</sup> Bu düzenlemeler hem sermaye ihraç eden hem de sermaye ithal eden devletlerin temel menfaatlerini koruyacak şekilde yatırımları teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Gerçekte de bu tür ikili yatırım antlaşmalarının sayısında

<sup>359</sup> 8 Iran-US CTR, s. 373; 75 ILR, s. 595.

<sup>360</sup> 8 Iran-US CTR, s. 378; 75 ILR, s. 602.

<sup>361</sup> 8 Iran-US CTR, s. 390; 75 ILR, s. 614.

<sup>362</sup> 15 Iran-US CTR, ss. 189, 246-52; 83 ILR, s. 500.

<sup>363</sup> 15 Iran-US CTR, s. 246; 83 ILR, s. 565.

<sup>364</sup> Ayrıca bkz., Hakim Lagergren’in Ayrı Görüşü in *INA Corporation v. The Islamic Republic of Iran* 8 Iran-US CTR, s. 385; 75 ILR, s. 609.

<sup>365</sup> Ancak bkz., örneğin *AIG v. The Islamic Republic of Iran* 4 Iran-US CTR, ss. 96, 109-10. Bu kararda hukuka uygun bir kamulaştırmada kaybedilen karların ödenmesi istenmiştir. Ayrıca bkz., Dünya Bankası Kılavuzu, Bölüm IV ve 1994 Avrupa Enerji Şartı Antlaşması, madde 13.

<sup>366</sup> Bkz., örneğin Subedi, *International Investment Law*, Bölüm 5; Dolzer ve Schreuer, *International Investment Law*, ss. 13 vd; Lowenfeld, *International Economic Law*, ss. 554 vd.; E. Denza ve D. Brooks, ‘Investment Protection Treaties: United Kingdom Experience’, 36 ICLQ, 1987, s. 908; A. Akinsanya, ‘International Protection of Direct Foreign Investments in the Third World’, 36 ICLQ, 1987, s. 58; F. A. Mann, ‘British Treaties for the Promotion and Protection of Investments’, 52 BYIL, 1981, s. 241; D. Vagts, ‘Foreign Investment Risk Reconsidered: The View From the 1980s’, 2 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1987, s. 1; P. B. Gann, ‘The US Bilateral Investment Treaties Program’, 21 *Stanford Journal of International Law*, 1986, s. 373; Kokott, ‘Foreign Investment’, s. 259, ve C. McLachlan, ‘Investment Treaties and General International Law’, 57 ICLQ, 2008, s. 361. Ek olarak bkz., 2015 Antlaşmaya Dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Şeffaflığa Dair BM Sözleşmesi.

göze çarpan bir artış yaşanmıştır.<sup>367</sup> Örnek olarak İngiliz hükümeti yatırım akışlarını teşvik etmek üzere mümkün olduğu kadar çok sayıda bu tür antlaşmaların yapılmasının politika gereği olduğunu açıklamıştır. Ayrıca bunların uluslararası hukukta uygulanan standartları oluşturmak üzere tasarlandığına dikkat çekilmiştir.<sup>368</sup> Bu tür antlaşmaların hükümleri gerçekten de dikkate değer biçimde yeknesaktır ve değerli bir devlet uygulaması oluşturmaktadır.<sup>369</sup> Bir dizi ikili antlaşmadan yola çıkarak bir uluslararası teamül hukuku kuralının mevcudiyetini ortaya koyarken normalde büyük dikkat göstermek gerekliyse de, bu tür antlaşmaların sayıca çokluğu ve yeknesaklığı bunları ciddi örnekler haline getirmektedir.

Bu tür antlaşmaların bazı ortak özelliklerine işaret edilebilir. İlk olarak, yatırım kavramı değişmez biçimde çok geniş şekilde tanımlanmaktadır. Örnek olarak 1989 İngiltere-SSCB ikili yatırım antlaşmasının 1(a) maddesinde<sup>370</sup> şu öngörülmektedir:

“‘Yatırım’ terimi her türlü varlık anlamına gelmekte olup özellikle, ancak münhasıran olmaksızın, şunları içerir:  
 (i) taşınır ve taşınmaz mallar ve mortgage gibi diğer ilgili mülkiyet hakları;  
 (ii) bir şirket veya iş girişimindeki pay hisseleri, hisse senetleri, bonolar, borç senetleri ve diğer katılım biçimleri;  
 (iii) finansal değeri olan bir sözleşme uyarınca ödeme talepleri ve ifa talepleri;  
 (iv) fikri mülkiyet hakları, teknik süreçler, teknik uzmanlıklar ve bir işletmeye bağlı diğer menfaat veya avantajlar;  
 (v) doğal kaynakların araştırılması, işletilmesi, çıkartılması veya kullanılması dahil bir ticari faaliyeti üstlenmek üzere kanun veya sözleşme tarafından sağlanan haklar.”<sup>371</sup>

İkinci olarak, her iki taraf da yatırım için uygun şartları teşvik etme ve oluşturmayı, bu yatırımlara “adilane ve hakkaniyetle muamele” etmeyi<sup>372</sup> ve kendi ülkesindeki yatırımların idaresi, sürdürülmesi, kullanılması, yararlanılması veya elden çıkartılmasına makul olmayan veya ayrımcı tedbirler yoluyla zarar vermektan kaçınmayı üstlenmektedir.<sup>373</sup> Bunlar belli bir ölçüde yabancılara adil muamele yapılması kavramına kadar dayanmaktadır. Bu ise davanın özel şartlarına bağlı olan esnek bir kavram olarak

<sup>367</sup> Şu andaki tahminlere göre bunlardan yaklaşık 3000 adet mevcuttur, Dolzer ve Schreuer, *International Investment Law*, s. 13. Daha önceki rakamlar için bkz., 35 ILM, 1996, s. 1130; Denza ve Brooks, ‘Investment Protection Treaties’, s. 913, ve UKMIL, 58 BYIL, 1987, s. 621. Lowenfeld 2006 itibarıyla 2400 ile 2600 arası ikili yatırım antlaşmasının yürürlükte olduğunu tahmin etmektedir, *International Economic Law*, s. 554.

<sup>368</sup> Bkz., Dışişleri Ofisi’nin açıklamasının metni, UKMIL, 58 BYIL, 1987, s. 620. Bu tür antlaşmalara İngiliz uygulamasında genellikle Yatırım Teşvik ve Koruma Antlaşması adı verilmektedir (IPPA). Mart 2000’de, İngiltere’nin bu tür doksan üç antlaşmaya taraf olduğu açıklanmıştır, UKMIL, 71 BYIL, 2000, s. 606.

<sup>369</sup> Bkz., Kokott, ‘Interim Report’, s. 263. Ayrıca bkz., R. Dolzer, ‘New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property’, 75 AJIL, 1981, ss. 553, 565–6, ve B. Kishoiyian, ‘The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law’, 14 *Netherlands Journal of International Law and Business*, 1994, s. 327.

<sup>370</sup> Metin için bkz., 29 ILM, 1989, s. 366.

<sup>371</sup> Ayrıca bkz., örnek olarak 1981 İngiltere-Filipinler Yatırım Antlaşması ile 1987 İngiltere-Macaristan Yatırım Antlaşması’ndaki benzer hükümler. Ayrıca bkz., 1994 Avrupa Enerji Şartı Antlaşması, madde 1 (6).

<sup>372</sup> Bkz., örneğin S.C. Vasciannie, ‘The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law’, Report of the International Law Commission, A/66/10, Annex D, s. 335. Ayrıca bkz., Ev Sahibi Devletin Otoritelerine Karşı Bir Yatırımcı Tarafından Tahkime Başvurulmasının Hukuki Yönlerine Dair Karar’ın 13. maddesi, Tokyo Session of the Institut de Droit International, 2013. Bu hükme göre ‘yatırımların korunmasında anahtar standart olan adilane ve hakkaniyetli davranmanın yatırımcılara ve yatırımlara özellikle şunları sağlaması gerekir: (i) adil yargı süreci, (ii) ayrımcı ve keyfi olmayan muamele, (iii) gereken özeni gösterme, ve (iv) meşru beklentilere saygı’.

<sup>373</sup> Bkz., örneğin İngiltere-SSCB antlaşmasının 2. maddesi.



görülmektedir.<sup>374</sup> Örnek olarak, yakın tarihli davalarda devletlerin makul bir ölçüde düzenleyici kontrol uygulayabilmeleri kabul edilmektedir.<sup>375</sup> Mesela bir davada adilane ve hakkaniyetli muamele standardını ihlal edecek olan eylemlerin 'görevin kasden ihmalini, uluslararası standartların çok altında bir eylemi veya hatta subjektif kötü niyeti gösteren' eylemleri içereceği ifade edilmiştir.<sup>376</sup>

Üçüncü olarak, sözleşmeci tarafların yatırımlarına diğer devletlere yapılandan daha düşük şekilde muamele edilmemelidir.<sup>377</sup> Kamulaştırmaya gelince, örnek olarak İngiltere-SSCB antlaşmasının 5. maddesi sözleşmeci tarafların yatırımlarının şunlar haricinde kamulaştırılmamasını öngörmektedir:

*"Kamu yararı amacıyla ayrımcı olmayan ve gecikmeksizin, hızlı ve etkin bir tazminat ödenecektir. Bu tazminat, hangisi daha önce ise yatırımın kamulaştırmadan hemen önceki veya öngörülen kamulaştırmanın kamuya duyurulmasından önceki gerçek değerine ulaşmalı, kamulaştırma tarihinden itibaren iki ay içinde ödenmeli ya da daha sonraki ödeme tarihine kadar normal ticari orandan faiz işletilmeli ve etkin bir şekilde tahsil edilebilir ve özgürce transfer edilebilir olmalıdır. Etkilenen yatırımcının kendi davasının ve kendi yatırımına değer biçilmesinin, kamulaştırmayı yapan sözleşmeci devletin hukukuna göre o devletin yargısı veya diğer bir bağımsız otoritesi tarafından bu paragrafta yer alan prensipler uyarınca hızlı bir şekilde gözden geçirilmesine hakkı olacaktır."*

Bir başka özel ilgi alanı en fazla kayırılan ulus hükmü hakkındadır.<sup>378</sup> Bu hüküm 'imtiyazı veren devlet tarafından faydalanan devlete veya o devlet ile tanımlanmış bir ilişki içindeki kişi veya nesnelere tanınan, imtiyazı veren devlet tarafından bir üçüncü devlete veya o üçüncü devletle aynı ilişki içindeki kişi veya nesnelere tanınmış bir uygulamadan daha az elverişli olmayan uygulama' şeklinde tanımlanmıştır.<sup>379</sup> Dolayısıyla pek çok durumda bir yatırımcının hakları yatırım antlaşmasındaki böyle bir hükmün bulunması sayesinde artacaktır.

Böyle bir hüküm uyarınca faydalanan devlet kendisi için veya onunla tanımlanmış bir ilişki içindeki kişi veya şeyler için yalnızca hükmün konusunun ('*ejusdem generis*') sınırları içine giren hakları elde eder. Ancak bu hüküm uyarınca faydalanan devlet en fazla kayırılan ulus muamelesi hakkını yalnızca imtiyazı veren devlet bu hükmün konusu içindeki menfaatleri bir üçüncü devlete tanıması halinde elde eder. Bu tür bir hüküm mal ticareti bakımından 1948 (GATT) Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'nın ve diğerlerinin yanı sıra hizmetler sektöründeki ticaret ve fikri mülkiyet bakımından Dünya Ticaret Örgütü Antlaşması'nın ortak 1(1) maddesinde mevcut bulunmaktadır. En fazla kayırılan ulus hükümlerine, ikili yatırım antlaşmaları ve bölgesel ticaret antlaşmaları dahil yatırım antlaşmalarında uzun zamandan beri rastlanmaktadır. Bu konuda belli bir tartışma alanı oluşturan husus, bu hükümlerin uyuşmazlık çözümüne de genişletilmesi suretiyle bir antlaşmadaki özel bir uyuşmazlık çözüm yolunun en fazla kayırılan ulus hükmüne binaen bir başkasına da taşınması

<sup>374</sup> Bkz., örneğin *Mondev v US*, Award, 11 October 2002, para. 118 ve *Waste Management v Mexico*, Final Award, 20 April 2004, para. 99.

<sup>375</sup> Bkz., örneğin *Lemire v Ukraine*, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010, para. 500.

<sup>376</sup> *Genin v Estonia*, Award, 25 June 2001, para. 367. Bkz., Dolzer ve Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Bölüm VII.

<sup>377</sup> Bkz., örneğin İngiltere-SSCB Antlaşması'nın 3. maddesi.

<sup>378</sup> Bkz., örneğin Dolzer ve Schreuer, *Principles of International Investment Law*, ss. 206 vd. ve Subedi, *International Investment Law*, s. 91. Ayrıca bkz., En Fazla Kayırılan Ulus Hükmü Çalışma Grubu Final Raporu, A/CN.4/L.852, International Law Commission in 2015, bkz., Report of the International Law Commission on its 67<sup>th</sup> Session, A/70/10, Bölüm IV. Bkz., 1978 En Fazla Kayırılan Ulus Hükmü Taslak Maddeleri, *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, cilt 2, bölüm 2, ss. 16 vd.

<sup>379</sup> 1978 Taslak Maddeleri'nin (bkz., önceki dip not) 5. maddesi.

ve bazı durumlarda böyle bir hükmün tahkim için gereken ön şartları atlamak üzere kullanılması ile alakalıdır.<sup>380</sup>

Yukarıda ayrıntısı verilen uygulama, hukuka uygun bir kamulaştırma ve tazminatın şartları ile alakalı teamül prensipleri tasdik etmekte ve ayrıca bir kamulaştırmanın meşruiyeti ve kamulaştırılan mallara değer biçilmesi meseleleri üzerinde kamulaştırmayı yapan devletin yetkisinin kabulüne dikkat çekmektedir.<sup>381</sup> 1995'de Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü bünyesinde bir Çoktarafli Yatırım Antlaşması hazırlanması çalışması başlatılmış, ancak bu 1998'de başarısızlıkla sonuçlanmıştır.<sup>382</sup>

Yatırım uyuşmazlıklarında uyuşmazlık çözümü sorunu 17. Bölümde ele alınacaktır.

### Toplu Ödeme Antlaşmaları

Yabancıların mallarının kamulaştırılması hakkındaki birçok uyuşmazlık, genellikle uzun süren pazarlıkların ardından ve çoğunlukla ilgili varlıkların geçerli değerinin altındaki bir değerden, ilgili devletler tarafından toplu ödeme anlaşması yoluyla doğrudan çözülmüştür.<sup>383</sup> Örnek olarak, 1986 Karşılıklı Finansal ve Mülkiyet Taleplerinin Çözümüne Dair İngiltere-SSCB Antlaşması<sup>384</sup> ile İngiliz hükümetinin Rus savaş borcu bakımından 500 milyon poundluk talepleri ve İngiliz vatandaşlarının 400 milyon pounda varan özel talepleri ele alınmıştır.<sup>385</sup> Sonuçta bu talepleri karşılamak üzere 45 milyon pound civarında bir toplam ödenmesi mümkün olabilmıştır.<sup>386</sup> Antlaşma ayrıca devrim öncesi Rus Elçiliğine ait İngiltere'deki diplomatik banka hesaplarında tutulan 2.65 milyon pounda yakın paranın Sovyet yetkililerine geri ödenmesini öngörmektedir. Bu tür antlaşmalarda adet olduğu

<sup>380</sup> Bkz., örneğin *Maffezen v Spain*, ICSID Dava No. ARD/97/7, Decision of 25 January 2000; *Siemens v Argentine Republic*, ICSID Dava No ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004; *Gas Natural SDG v Argentina*, ICSID Dava No ARB/03/10, Decision on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 Haziran 2005 ve *Hochtief AG v Argentina*, ICSID Dava No ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24 Ekim 2011. Ancak karşılaştırma için bkz., *Wintershall Aktiengesellschaft v Argentina*, ICSID Dava No. ARB/04/14, Award, 8 September 2008 ve *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, ICSID Dava No. ARB/05/1, Award, 22 Ağustos 2012. Pek çok şey kullanılan ifadelerin yorumuna bağlı olacaktır. Bkz., Y. Radi, 'The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties', 18 EJIL, 2007, s. 757 ve En Fazla Kayrılan Ulus Hükmü Çalışma Grubu Final Raporu, A/CN.4/L.852, para. 104 vd. Çalışma Grubu şu sonuca varmıştır: 'Prensip olarak MFN hükümlerinin BIT'lerin uyuşmazlık çözüm hükümlerine uygulanabilir olduğu hakkında şüphe yoktur...sorun tamamen bir antlaşma yorum sorunu olup yalnızca her bir özel dava bakımından cevaplanabilir'. *A.g.e.*, para. 162 ve 163.

<sup>381</sup> Bkz., kamulaştırma için tazminat hükümleri yabancı ticaret ve yatırımlarla ilgili bir çerçeve düzenleme olarak Dostluk, Ticaret ve Ulaştırma Antlaşmaları'nda da yer alabilir. Bkz., örneğin ABD ve Fransa arasında 1953 Kuruluş Sözleşmesi, madde IV(3), 11 UST 2398.

<sup>382</sup> Bkz., örneğin S. J. Canner, 'The Multilateral Agreement on Investment', 31 *Cornell International Law Journal*, 1998, s. 657; A. Böhmer, 'The Struggle for a Multilateral Agreement on Investment – An Assessment of the Negotiation Process in the OECD', 41 *German YIL*, 1998, s. 267, ve T. Waelde, 'Multilateral Investment Agreements (MITs) in the Year 2000', *Mélanges Philippe Kahn*, Paris, 2000, s. 389. Yatırımlar hakkındaki tartışmalar Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde devam etmektedir. Bkz., [www.wto.org/english/tratop\\_e/invest\\_e/invest\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/invest_e/invest_e.htm).

<sup>383</sup> Bkz., örneğin Lillich ve Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump-Sum Agreements*, ve Lillich ve Weston, 'Lump-Sum Agreements: Their Continuing Contribution to the Law of International Claims', 82 *AJIL*, 1988, s. 69. Ayrıca bkz., D. J. Bederman, 'Interim Report on Lump Sum Agreements and Diplomatic Protection', *International Law Association, Report of the Seventieth Conference*, New Delhi, 2002, s. 230; R. Bank ve F. Foltz, 'Lump Sum Agreements', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013 ve N. Wühler ve H. Niebergall, *Property Restitution and Compensation: Practices and Experiences of Claims Programmes*, International Organisation for Migration, Geneva, 2008.

<sup>384</sup> Cm 30. Bu antlaşma 1939'dan önce ortaya çıkan talepleri ele almıştır.

<sup>385</sup> Bu taleplere karşı, SSCB 1918 ve 1921 arasında İngiltere'nin müdahalelerinin neden olduğu iddia edilen kayıplar bakımından 2 milyar pound civarında büyük taleplerde bulunmuştur. Bkz., *UKMIL*, 57 *BYIL*, 1986, s. 606.

<sup>386</sup> İngiliz hükümeti kendi talepleri bakımından tasfiyedeki bir payından vazgeçmiştir, *a.g.e.*, s. 608.

üzere her devlet kendi vatandaşlarının taleplerinin çözümü için tek başına sorumludur.<sup>387</sup> Bu husus İngiltere’de toplam tazminatı ‘bütün şartlar dikkate alınarak adil ve hakkaniyetli görülebilecek şekilde’ dağıtma işini yapan Yabancı Tazminat Komisyonu aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. Hisseler ve mülkiyet talepleri ile ilgili zamandaki kur oranlarına göre ilan edilen primler arasında bir ayırım yapılmıştır.<sup>388</sup>

Burada, bu tür antlaşmaların yabancıların mallarının kamulaştırılmasının gerektireceği tazminat seviyesi hakkında uluslararası örf adet hukuku bağlamında devlet uygulaması oluşturup oluşturmayacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. İran-ABD Talepler Mahkemesi’nin bir Dairesi *SEDCO v. National Iranian Oil Co. davasında*,<sup>389</sup> diğer kamulaştırma davalarındaki toplam tazminat veya pazarlık çözümlerindeki devlet davranışlarından genel hukuk prensipleri çıkarmanın ‘mevcut uygulamanın çoğunun...delil oluşturma açısından şüpheli değeri’ yüzünden zor olduğunu ifade etmiştir. Zira genelde bu tür anlaşmalarda öncelikli olarak hukuksal olmayan mülahazalarla hareket edilmektedir. Daire ayrıca ikili yatırım antlaşmalarının tazminata dair uluslararası teamül standartları bakımından güvenilir delil oluşturmadığına hükmetmiştir. Bu tür uygulamalara atfedilecek değer bakımından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır<sup>390</sup> ve ikili yatırım antlaşmaları ve toptan ödeme antlaşmalarını teamül hukukunun delili olarak kabul etmeden önce dikkat gösterilmesi gereklidir. Bu, özellikle ikinciler bakımından böyledir. Zira bunlar gelecekteki faaliyetler için bir çerçeve ortaya koymaktan ziyade belli özel durumlar ile ilgilidir.<sup>391</sup> Bununla beraber bunları tamamen göz ardı etmek de aynı şekilde mantıksız olacaktır. Bütün devlet uygulama ve davranışlarında olduğu gibi, hem sürdürülen uygulama hem de incelenen prensiple ilgili tüm şartların dikkate alınması gerekmektedir.

### Çoktarafli Yatırım Garanti Ajansı<sup>392</sup>

Yabancı yatırımlar ve ilgili devletlerin menfaatlerini dengeleme meselesine yönelik bir başka yaklaşım 1988’de yürürlüğe giren 1985 Çoktarafli Yatırım Garanti Ajansını Kuran Sözleşme tarafından sunulmaktadır.<sup>393</sup> Bu Ajans, Dünya Bankası grubunun bir parçası olup, yatırımcılara ve borç verenlere siyasi risk sigortası (garantileri) sağlamaktadır. Bu kuruluşa üyelik Dünya Bankası’nın bütün üyelerine açıktır. Madde 2’de Dünya Bankası’nın bir yan kuruluşu olan Ajans’ın amacı, üye devletler arasında ve özellikle kalkınmakta olan ülkelere üretim amaçlı yatırım akışını teşvik etmek şeklinde tanımlanmaktadır. Bu amaç esas olarak parasal transferler üzerindeki sınırlamalar, kamulaştırma tedbirleri, hükümet sözleşmelerinin ihlalleri ile savaş veya iç karışıklıklardan kaynaklanan kayıplar gibi “ticari olmayan risklere karşı” sigortalama sağlanarak gerçekleştirilmektedir.<sup>394</sup>

Ajansın ayrıca yatırım fırsatları hakkında araştırma ve bilgi sağlama yoluyla da yatırımları pozitif olarak teşvik etmesi amaçlanmaktadır. Bu inisiyatifin uzun vadede kamulaştırma mekanizmasının hassas doğasının problemlerini azaltması beklenebilir.

<sup>387</sup> Ayrıca bkz., 1987 Mülkiyet Taleplerinin Çözümüne Dair İngiltere-Çin Antlaşması, UKMIL, 58 BYIL, 1987, s. 626.

<sup>388</sup> Bkz., İngiltere-SSCB bakımından, 1986 Yabancı Tazminat (SSCB) (Taleplerin Kaydı ve Kararlaştırılması) Emri, SI 1986/2222 ve 1987 Yabancı Tazminat (SSCB) (Dağıtım) Emri.

<sup>389</sup> 10 Iran-US CTR, ss. 180, 185; 80 AJIL, 1986, s. 969.

<sup>390</sup> Bkz., örneğin Bowett, ‘State Contracts with Aliens’, ss. 65-6.

<sup>391</sup> Bkz., Uluslararası Divan’ın *Barcelona Traction* davasında bu tür çözümlerin *sui generis* olduğu ve genel uluslararası uygulama bakımından kılavuz olamayacağına yönelik görüşü, ICJ Reports, 1969, ss. 4, 40.

<sup>392</sup> Bkz., örneğin S. K. Chatterjee, ‘The Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency’, 36 ICLQ, 1987, s. 76, ve I. Shihata, *The Multilateral Investment Guarantee Agency and Foreign Investment*, Dordrecht, 1987. Sözleşme 12 Nisan 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir: bkz., 28 ILM, 1989, s. 1233 ve ayrıca bkz., www.miga.org/.

<sup>393</sup> Bkz., örneğin Birleşik Krallık Çok Tarafli Yatırımlar Garanti Ajansı Kanunu, 1988.

<sup>394</sup> Madde 11.

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Kısım I*, Oxford, 1983

J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002

J. Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, 2013

*The Law of International Responsibility* (ed. J. Crawford, A. Pellet ve S. Olleson), Oxford, 2010

*International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (ed. M. Ragazzi), The Hague, 2005

'Symposium: The ILC's State Responsibility Articles', 96 AJIL, 2002, s. 773



## BÖLÜM 14

# ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKU

Geçtiğimiz yıllarda uluslararası çevrenin karşı karşıya olduğu tehlikeler hakkındaki bilgi seviyemiz oldukça artmış<sup>1</sup> ve çok farklı alanlara ilişkin çevresel problemler uluslararası ölçekte ciddi ilgi ve endişenin konusu haline gelmiştir.<sup>2</sup> Bu alanlar arasında atmosferin kirlenmesi, deniz kirlenmesi, küresel ısınma ve ozon incilmesi, nükleer ve diğer çok riskli maddelerin içerdiği tehlikeler ve tehlike altındaki yabancı türler yer almaktadır.<sup>3</sup> Bu problemler iki bariz nedenden ötürü uluslararası bir boyuta sahiptir. İlk olarak belli bir devletten kaynaklanan kirlenme genellikle diğer devletler üzerinde de ciddi bir etki yaratmaktadır. Bu açıdan en iyi örnek asit yağmurlarıdır. Bir devlet ülkesindeki fabrikadan salınan kimyasallar atmosfere yükselip burada su ve güneş ışığı ile tepkimeye girerek asit oluşturmakta ve bu asit rüzgarlar tarafından taşınarak yağmurla birlikte genellikle kirlenme kaynağın binlerce kilometre uzağında yeryüzüne yağmaktadır. İkinci olarak çevresel problemleri devletlerin tek başına hareket ederek çözemeyecekleri de artık anlaşılmalıdır. Dolayısıyla kirlenme ve kirlenen devlet arasında işbirliği yapılması zorunludur. Ancak belli bir çevresel kirlenme şeklinin hangi devletten kaynaklandığı tespitinin yapılamadığı durumlarda, sorun daha karmaşık bir hal almaktadır. Bu duruma bir örnek ozon incelmesidir. Bununla beraber gerek ortaya çıkışı, gerek verilen zararlar bakımından kirlenmenin uluslararası tabiatının uluslararası bir çözümü gerektirdiği artık kabul edilmektedir.

<sup>1</sup> Genel olarak bkz. M. Fitzmaurice ve D. French, *International Environmental Law and Governance*, The Hague, 2015; P. Sands ve J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 3. Baskı, 2012; P-M Dupuy ve J. Viñuales, *International Environmental Law*, Cambridge, 2015; A. Gillespie, *International Environmental Law, Policy and Ethics*, 2. Baskı, Oxford, 2014; P. Birnie, A. Boyle ve C. Redgwell, *International Law and the Environment*, 3. Baskı, Oxford, 2009; C. Redgwell, *Intergenerational Trusts and Environmental Protection*, Manchester, 1999; U. Beyerlin ve T. Marauhn, *International Environmental Law*, Oxford, 2011; *International Law in the Era of Climate Change* (ed. R. Rayfuse ve S. V. Scott), London, 2012; *International Environmental Law and the Global South* (ed. A. Shawkat, S. Atapattu, C. G. Gonzalez ve J. Razzaque), Cambridge, 2016; E. Benvenisti, *Sharing Transboundary Resources*, Cambridge, 2002; M. Bothe ve P. Sand, *La Politique de l'Environnement: De la Réglementation aux Instruments Économique*, The Hague, 2003; *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (ed. D. Bodansky, J. Bruneel ve E. Hay), Oxford, 2007; *Research Handbook on International Environmental Law* (ed. M. Fitzmaurice, D. M. Ong ve P. Merkouris), Cheltenham, 2010; R. Romi, *Droit International et Européen de l'Environnement*, Paris, 2005; R. Wolfrum ve N. Matz, *Conflicts in International Environmental Law*, Berlin, 2003; A. Kiss ve D. Shelton, *A Guide to International Environmental Law*, The Hague, 2007; E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Dobbs Ferry, 1989 ve P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 1412. Ayrıca bkz. *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge, 2 cilt, 1991 ve P. Sands ve P. Galizzi, *Documents in International Environmental Law*, Cambridge, 2. Baskı, 2004. 2013'de Uluslararası Hukuk Komisyonu, gündemine 'Atmosferin Korunması' ve 'Silahlı Çatışmalarda Çevrenin Korunması' konularını eklemeye karar vermiştir, A/66/10, Ekler B ve E, ss. 315 ve 351. Atmosferin korunmasıyla ilgili olarak bkz. Özel Raportörün ikinci raporu A/CN.4/681, 2015, ve Silahlı Çatışmalarda Çevrenin Korunması ile ilgili olarak bkz., Özel Raportörün ikinci raporu A/CN.4/685, 2015 ve bkz. Report of the International Law Commission, 2016, A/71/10, ss. 281 vd. ve 306 vd.

<sup>2</sup> Bu durum Temmuz 1993'de Uluslararası Adalet Divanı'nın çevre sorunlarını ele alacak bir özel Daire kurmasından da anlaşılabilir. Daire henüz bir davaya bakmuş değildir. Bkz., R. Ranjeva, 'L'Environnement, La Cour Internationale de Justice et sa Chambre Speciale pour les Questions d'Environnement', AFDI, 1994, s. 433. Ayrıca bkz., 1995 İsrail-Ürdün Barış Antlaşması'nın Çevre Eki (Ek IV) ve Antlaşma'nın 18. maddesi, 34 ILM, 1995, s. 43. Ayrıca bkz., Sularla İlgili Meselelere Dair Ek II.

<sup>3</sup> Tehlike altındaki türler için bkz., M. Carwardine, *The WWF Environment Handbook*, London, 1990 ve *Lyster's International Wildlife Law* (ed. M. Bowman, P. Davies ve C. Redgwell), 2. Baskı, Cambridge, 2011. Ayrıca bkz., hayvan ve bitkileri kapsayan 1973 Nesli Tehlike Altındaki Türlerin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme ve diğerlerinin yanı sıra akit taraflarca sağlanan genetik kaynaklara dayalı biyoteknolojilerden elde edilen sonuçlar ve menfaatlere bütün tarafların, özellikle gelişmekte olan ülkelerin, adil ve hakça erişimini teşvik etme çağrısı yapan 1992 Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi.

Uluslararası hukuk açısından ilk kavramsal problem, bu hukuk disiplininin devlet temelli doğasından kaynaklanmaktadır. Geleneksel olarak bir devlet uluslararası hukuk anlamında bir zarardan yalnızca bunun kendi hukuka aykırı faaliyetlerinden kaynaklandığının açıkça gösterilebildiği hallerde sorumlu sayılır.<sup>4</sup> Ancak gerek kanıtlanma güçlüklerinden, gerek hukuka uygun faaliyetlerden sorumluluğa ve gerekse devlet dışı failerin sorumluluğu sorununa kadar uzanan pek çok nedenden ötürü, bu genel çerçevenin çevresel meselelerin ele alınmasında yetersiz kaldığı ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla uluslararası toplumun tercihleri verilen bir zarardan devletin sorumluluğuna ilişkin klasik yaklaşımdan yavaşça uzaklaşarak bir uluslararası işbirliği rejimine doğru evrilmiştir.

Bu alandaki gelişmelere oldukça geniş bir yelpazede farklı nitelikte uluslararası katılımcılar ilgi göstermektedir. Elbette uluslararası hukuk sisteminin başat aktörleri olarak devletler bu konuda başı çekmektedir. Bunun yanında ister küresel, ister bölgesel veya ikili seviyede olsun sayıları gittikçe artan pek çok uluslararası örgüt de konuyla yakından ilgilenmektedir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu da çevre hakkında çok sayıda karar almış<sup>5</sup> ve 1972 Stockholm Konferansı ertesinde BM Çevre Programı (BMÇP) kurulmuştur. Bu kurum çevre koruma alanındaki sözleşme ve belgelerin evrimi açısından özellikle önemli bir örgüt halini almış durumdadır. Örgütün merkezi Nairobi'de bulunmakta ve Genel Kurul tarafından seçilmiş elli sekiz üyeli bir İdare Konseyi'nden oluşmaktadır. BMÇP bir çok çevresel inisiyatifin geliştirilmesinde sorumluluk almış olup, bunlar arasında 1985 Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi ve 1987 Montreal Protokolü ile 1992 Biyoçeşitlilik Sözleşmesi yer almaktadır.<sup>6</sup> Çevre konusunda farklı BM kurumları arasındaki işbirliğini düzenlemek amacıyla 1992 yılında bir Kuruluşlararası Sürdürülebilir Kalkınma Komitesi kurulmuştur.<sup>7</sup> Yine aynı yıl Genel Kurul ve BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi (ECOSOC) tarafından BM Sürdürülebilir Kalkınma Komisyonu kurulmuştur. Bu kurum ECOSOC tarafından üç yıllığına seçilmiş elli üç devletten oluşmaktadır ve 1992 BM Çevre ve Kalkınma Konferansı sonuçlarını takiple görevlidir. Bu gibi uluslararası kuruluşların kullandığı izleme ve denetleme teknikleri arasında rapor sunma,<sup>8</sup> denetleme yapma,<sup>9</sup> sözleşmeler, regülasyonlar, kılavuzlar ve benzerlerinin kabulü suretiyle standart oluşturma yer almaktadır. 1994 yılında Küresel Çevre Fonu adlı kuruluşun, üç yıllık bir pilot program<sup>10</sup> halinden çıkartılarak, gelişmekte olan devletlere küresel çevre koruma projeleri için teşvik ve imtiyazlı finansman sağlayan daimi bir finansman mekanizmasına dönüştürülmesine karar verilmiştir.<sup>11</sup> Bu kuruluş iklim değişikliği, biyoçeşitliliğin tahribi, içsuların kirlenmesi ve ozon incelmesi gibi konulara odaklanmıştır. Toprakların bozulması da<sup>12</sup> ilgilendiği konular arasındadır.<sup>13</sup> Bunun yanı sıra çevresel meseleler ile ilgilenen çok geniş sayı ve konuda hükümetdışı örgüt mevcuttur.

<sup>4</sup> Bkz., yukarıda 13. Bölüm.

<sup>5</sup> Bkz., örnek olarak Karar 2398 (XXII); 2997 (XXVII); 34/188; 35/8; 37/137; 37/250; 42/187; 44/244; 44/228; 45/212, 47/188, 69/220 ve 70/1. Ayrıca bkz., [www.un.org/en/globalissues/environment/](http://www.un.org/en/globalissues/environment/)

<sup>6</sup> Genel olarak bkz., [www.unep.org/](http://www.unep.org/).

<sup>7</sup> Genel olarak bkz., <http://sustainabledevelopment.un.org/csd.html>

<sup>8</sup> Örnek olarak 1974 Kara Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi ve 1989 Tehlikeli Atıkların Sınırlanması ve Kontrolüne Dair Basel Sözleşmesi'nde olduğu gibi.

<sup>9</sup> Örnek olarak bkz., 1959 Antarktik Antlaşması ve 1991 Çevresel Koruma Protokolü. Uluslararası Balina Avcılığı Komisyonu için bkz., P. Birnie, *International Regulation of Whaling*, New York, 1985, s. 199 ve bkz., *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, ICJ Reports, 2014, s. 226.

<sup>10</sup> Bkz., 30 ILM, 1991, s. 1735.

<sup>11</sup> Bkz., 33 ILM, 1994, s. 1273.

<sup>12</sup> Ayrıca bkz., 1994 BM Çölleşme ile Mücadele Sözleşmesi, *a.g.e.*, s. 1328.

<sup>13</sup> Genel olarak bkz., [www.gefweb.org/](http://www.gefweb.org/).

Bu konuda temiz çevreye yönelik bir uluslararası insan hakkının artık mevcut olduğu iddia edilmektedir.<sup>14</sup> Bununla birlikte aralarında yaşam hakkı, yeterli bir hayat standardı hakkı, sağlık hakkı, gıdaya erişim hakkı ve benzerleri gibi çevre koruma alanı ile ilgisi bulunan bir dizi genel insan hakları hükümleri mevcutsa da temiz çevreye yönelik bir insan hakkına özel olarak yapılmış atıflar çok az ve muğlaktır. Bu açıdan 1972 BM İnsan Çevresi Konferansı'nda kabul edilen Stockholm Deklarasyonu'nun başlangıç kısmında çevrenin 'temel insan haklarının - hatta yaşam hakkının kendisinin - kullanılması için ... elzem olduğuna' dikkat çekilmiş ve 1. Prensipte 'İnsanın onurlu ve refah içinde içinde yaşamasına izin veren kalitedeki bir çevrede, özgürlük, eşitlik ve yeterli yaşam şartlarına yönelik temel haklara sahip olduğu' ifade edilmiştir. 1981 İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı'nın 24. maddesinde 'herkes kendi gelişimine imkan veren genel olarak tatminkar bir çevre hakkına sahiptir' denilirken, 1988 İnsan Haklarına Dair Amerikan Sözleşmesi'nin Ek Protokolü'nün 11. maddesinde 'herkes sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına sahiptir' denilmekte ve 'taraf devletlerin çevrenin korunması, muhafazası ve iyileştirilmesine önayak olacağı' öngörülmektedir. 1989 Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 29. maddesi çocuğun eğitimi açısından diğerlerinin yanı sıra 'doğal çevreye saygının geliştirilmesi' ihtiyacını da açıkça vurgulamaktadır.

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı'nın (AGİK) 1989 yılında Sofya'da yapılan çevre hakkındaki toplantısının nihai metninde çevreyle ilgilenen bireylerin, grupların ve örgütlerin ilgili bilgileri elde etme ve dağıtma ve çevresel meseleler hakkındaki kamusal tartışmalara katılmak üzere kendi görüşlerini serbestçe ifade edebilme, diğerleriyle işbirliği yapma ve barışçıl biçimde toplanma hakları teyid edilmiştir.<sup>15</sup> Bunların yanı sıra 1991 Sınırtaşan Bağlamda Çevresel Etki Değerlendirmesi Sözleşmesi'nde belli durumlarda kamunun katılımına izin veren bir çevresel etki değerlendirme usulünün kurulması öngörülmektedir.

Ancak 1992 BM Çevre ve Kalkınma Konferansı'nda<sup>16</sup> kabul edilen Rio Çevre ve Kalkınma Deklarasyonu'nda insan haklarına yapılan atıflar oldukça nadirdir. 1. Prensipte insanlar 'sürdürülebilir kalkınmaya dair kaygıların merkezindedir. Bunların doğayla uyum içinde sağlıklı ve üretken bir yaşama hakları vardır' denilmektedir. Bu dolaylı referansın ötesinde insan haklarının 1992 Konferansı tarafından üretilen belgelerin merkezinde yer almadığını söylemek haksızlık olmaz. Esasen konferansın odak noktasında insanlar ve bunların haklarından ziyade devletler ve bunların egemen hakları yer almıştır.

Bununla beraber uluslararası hukukta bu iki alanı birleştirmeye yönelik eğilim de ihtiyatlı bir biçimde ilerlemektedir. Bu çerçevede 1994 yılında İnsan Hakları ve Çevre hakkındaki nihai rapor BM Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu'na (o zamanki adıyla) sunulmuştur.<sup>17</sup> Rapor'da İnsan Hakları ve Çevre hakkında bir dizi Taslak Prensipten yer almakta olup, bu prensipler içinde 'insan hakları, ekolojik olarak düzgün bir çevre, sürdürülebilir kalkınma ve barış birbirine bağımlıdır ve bölünmezdir' denilmekte ve 'herkesin güvenli, sağlıklı ve ekolojik olarak düzgün

<sup>14</sup> Örneğin Bkz. Dupuy ve Viñuales, *International Environmental Law*, Bölüm 10; M. Pallemarts, 'International Environmental Law from Stockholm to Rio: Back to the Future?', *Greening International Law* (ed. P. Sands), London, 1993, ss. 1, 8; *Environnement et Droits de l'Homme* (ed. P. Kromarek), Paris, 1987; G. Alfredsson ve A. Ovsioyk, 'Human Rights and the Environment', 60 *Nordic Journal of International Law*, 1991, s. 19; W. P. Gormley, *Human Rights and Environment*, Leiden, 1976; *Human Rights and Environmental Protection* (ed. A. Cancado Trindade), 1992; D. Shelton, 'Whatever Happened in Rio to Human Rights?', 3 *Yearbook of International Environmental Law*, 1992, s. 75; Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, ss. 271 vd. ve *Human Rights Approaches to Environmental Protection* (ed. M. Anderson ve A. E. Boyle), Oxford, 1996. Ayrıca bkz., M. Dejeant-Pons ve M. Pallemarts, *Human Rights and the Environment*, Council of Europe, 2002.

<sup>15</sup> CSCE/SEM.36. Ayrıca bkz., EC Directive 90/313, 1990.

<sup>16</sup> Bkz., *The Rio Declaration on Environment and Development* (ed., J. Viñuales), Oxford, 2015. Rio Konferansı için bkz., S. Johnson, *The Earth Summit*, Dordrecht, 1993.

<sup>17</sup> E/CN.4/Sub.2/1994/9.



bir çevreye hakkı vardır. Bu hak, kişisel, kültürel, ekonomik, politik ve sosyal haklar dahil diğer insan hakları gibi evrensel, birbirine bağımlı ve bölünmezdir' kavramına yer verilmektedir. Bu girişimin herhangi bir olumlu neticeye ulaşip ulaşamayacağı zamanla görülecektir.<sup>18</sup> Ayrıca özel fakat etkili bir kuruluş olan Uluslararası Hukuk Enstitüsü, 1997 Eylül'ündeki Strasbourg Toplantısı'nda çevre hakkında bir karar kabul etmiş olup, bu kararın 2. maddesinde 'Her insan sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına sahiptir' denilmektedir.<sup>19</sup>

1998 Çevresel Bilgiye Erişim, Karar Vermede Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Dair Aarhus Sözleşmesi'nin<sup>20</sup> kabulü ile bu konuda önemli bir aşamaya geçilmiştir. Sözleşme insan hakları ile çevreyi açıkça birbiri ile ilişkilendirmekte ve 'çevrenin yeterince korunması insanların refahı ve yaşam hakkının kendisi dahil temel insan haklarının kullanılması için zorunludur' ifadesini kullanmaktadır. Madde 1'de her akit tarafın 'çevresel meselelerde bilgiye erişim, karar vermede halkın katılımı ve yargıya başvuru haklarını garanti edeceği' öngörülmekte ve bu suretle tarafların kendi vatandaşlarına yönelik yükümlülükler yüklediklerini kabul ettiklerinin altı çizilmektedir. Madde 9'da taraflara, bir kişinin yapmış olduğu bilgi edinme talebinin uygun şekilde ele alınmadığını düşünmesi halinde başvurabileceği bir mahkeme veya diğer bir bağımsız ve tarafsız kurum önünde görülecek bir gözden geçirme usulü ihdas etme yükümlülüğü yüklenmekte ve madde 15'de Sözleşme'ye uyumun gözden geçirileceği 'münazaasız, yargısal olmayan ve danışma statüsü taşıyan seçimlik düzenlemeler' oluşturulması öngörülmektedir. Bu tür düzenlemeler, halkın uygun şekilde katılımına izin vermelidir 've halkın mensuplarının bu Sözleşme'ye ilişkin meseleler hakkındaki dilekçelerinin incelenmesini öngören bir tercihi de içerebilir'. 30 Ekim 2002'de kabul edilen 1/7 sayılı karar ile bir akit tarafın diğerine karşı veya bir halkın fertlerinin akit taraflardan birine karşı sunabileceği, şayet bu devlet taraf olduktan sonra bir yıl içinde bu usülden çıktığını açıklamamışsa, Sözleşme'ye uyulmadığına ilişkin iddiaları inceleyecek sekiz üyeli bir Uyum Komitesi kurulmuştur. Komite ayrıca Sözleşme'nin hükümlerine uyulması veya uygulanmasına ilişkin bir rapor hazırlayabilecek ve ayrıca Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. paragrafı ile 1/8 sayılı kararda belirtilen raporlama yükümlülüklerinin uygulanmasını izleyecek, değerlendirecek ve kolaylaştıracaktır.<sup>21</sup>

Çevrenin korunması ile ekonomik gelişme ihtiyacı arasındaki ilişki sorunu çevre hukukunun evrimini etkileyen bir başka önemli faktördür. Şu anda sanayileşmeye çalışan devletler bunu çevresel olarak güvenli bir şekilde yapmanın oldukça pahalı olması ve bu doğrultuda harcanacak kaynakların da çok kısıtlı olması problemi ile karşı karşıyadır. 1972 BM İnsan Çevresi Konferansı Stockholm Deklarasyonu'nun 8. Prensibi'nde 'ekonomik ve sosyal kalkınma, insanlar için uygun bir yaşama ve çalışma ortamını sağlamak ve dünya üzerinde yaşam kalitesini arttırmak için gereken şartları oluşturmak açısından zorunludur' denilmekte ve devletlerin kendi kaynaklarını kullanma açısından egemen haklarına vurgu

<sup>18</sup> Ayrıca bkz., 1989 Avrupa Çevre ve Sağlık Şartı ve 1990'da Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Çevresel Zorunluluğa Dair Dublin Deklarasyonu.

<sup>19</sup> Ayrıca bkz., L. Loucaides, 'Environmental Protection through the Jurisprudence of the European Convention on Human Rights', 75 BYIL, 2004, s. 249.

<sup>20</sup> Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu yoluyla kabul edilmiştir. Sözleşme 30 Ekim 2001'de yürürlüğe girmiştir. Genel olarak bkz., <http://www.unece.org/env/welcome>. Taraf devletlerin ilk toplantısı Ekim 2002'de gerçekleşmiştir. Hükümetlerin Ocak 2003'de kabul ettikleri Kirletici Salınımları ve Transfer Kayıtları Protokolü ile şirketlere, çevreye salımlarını ve diğer şirketlere transfer ettikleri bazı kirleticileri yıllık olarak kayıt ettirmeleri yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bilgiler daha sonra Kirleten Salımı ve Transferi Kaydında yer alacaktır.

<sup>21</sup> Genel olarak bkz., R. R. Churchill ve G. Uffstein, 'Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law', 94 AJIL, 2000, s. 623.

yapılmaktadır.<sup>22</sup> 1992 BM Çevre Kalkınma Konferansı'nda kabul edilen Rio Deklarasyonu'nun 2. Prensibi'nde de devletlerin 'kendi çevre ve kalkınma politikaları doğrultusunda kendi kaynaklarını kullanma açısından egemen hakları' olduğuna dikkat çekilmekte ve 3. Prensip'de 'kalkınma hakkı mevcut ve gelecek nesillerin kalkınma ve çevresel ihtiyaçlarını hakkaniyetli bir biçimde karşılayacak şekilde kullanılmalıdır' denilmektedir. Kalkınma ile çevre koruma arasındaki doğru dengeyi yakalamak şu anda uluslararası toplumun karşı karşıya olduğu temel sorunlardan biri olup, bir yandan devlet egemenliği prensibinin koruduğu menfaatler ile öbür yanda uluslararası işbirliği ihtiyacı arasındaki rekabeti yansıtmaktadır. Bunun yanı sıra şu anda gerçekleştirilen veya planlanan faaliyetler bakımından gelecek nesillerin ihtiyaçlarının ne ölçüde dikkate alınacağı meselesi ile de doğrudan bağlantılıdır. Örnek olarak nükleer güç santralleri gibi bir çok kalkınma faaliyeti gelecek nesiller açısından ciddi sonuçlar yaratabilecektir.<sup>23</sup> Bu açıdan 1994'de Lizbon'da OECD (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü) ile Doğu Avrupa ve CIS (Bağımsız Devletler Topluluğu) devletleri arasında imzalanan Enerji Şartı Antlaşması<sup>24</sup> çevre meselelerine enerji konuları bağlamında oldukça zayıf bir biçimde değinmektedir. Madde 19'da akit devletlerin 'zararlı çevresel etkileri ekonomik olarak etkin bir şekilde minimize etmeye çaba gösterecekleri' öngörülmektedir. Bu çabayı gösterirken taraflar 'en uygun maliyet ilkesine göre' hareket edeceklerdir. Taraflar ayrıca 'çevresel bozulmayı önlemek ve minimize etmek üzere önleyici tedbirler almaya çaba gösterecekler' ve bir kirletenin 'kamusal menfaat gereği gibi dikkate alınarak ve enerji döngüsünü veya uluslararası ticaretteki yatırımları bozmadan, prensip olarak sınıraşan kirlenme dahil bu kirlenme maliyetini karşılayacağını' kabul edeceklerdir.

Ekonomik az gelişmişlik ile çevrenin korunmasını ilişkilendirmek üzere kullanılan potansiyel olarak yaratıcı metodlardan biri de "doğa karşılığı borç takası" düzenlemesidir. Buna göre bir devletin yurt dışı finansal borç yükümlülükleri, borç miktarı kadar çevresel proje harcaması yükümlülüğüne dönüştürülebilmektedir.<sup>25</sup>

## DEVLETİN SORUMLULUĞU VE ÇEVRE<sup>26</sup>

### Devletlerin Temel Yükümlülüğü

Devletlerin sorumluluğu prensipleri<sup>27</sup> devletlerin uluslararası hukuk ihlallerinden sorumlu olduklarını dikte eder. Antlaşma veya uluslararası teamül hukukunun ihlalleri zarar gören devlete, ya diplomatik eylem yoluyla ya da, ilgili konu bakımından mevcut olmaları halinde, uluslararası mekanizmalara başvurmak suretiyle, ihlal eden devlete karşı bir talepte bulunma hakkı tanır. Gereken yetki temelinin bulunması halinde uluslararası tahkime veya Uluslararası Adalet Divanı'na başvurmak da mümkündür. Uluslararası

<sup>22</sup> Prensip 21. Ayrıca bkz., S. P. Subedi, 'Balancing International Trade with Environmental Protection', 25 *Brooklyn Journal of International Law*, 1999, s. 373; T. Schoenbaum, 'International Trade and Protection of the Environment', 91 *AJIL*, 1997, s. 268 ve N. Bernasconi-Osterwalder, D. Magraw, M. J. Oliva, M. Orellana ve E. Tuerk, *Environment and Trade: A Guide to WTO Jurisprudence*, London, 2006. Bkz., 2006 İklim Değişikliğine Uyumun Kalkınma İşbirliğine Entegrasyonu hakkında OECD Deklarasyonu. Ayrıca bkz., *Iron Rhine (Belgium v. Netherlands)* davası, 2005, paragraf 59 ve 243. [www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag id=1155](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag id=1155).

<sup>23</sup> Bkz., A. D'Amato, 'Do We Owe a Duty to Future Generations to Preserve the Global Environment?', 84 *AJIL*, 1990, s. 190; Sands, *Principles*, ss. 188 ve; E. Weiss, 'Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment', 84 *AJIL*, 1990, s. 198 ve Weiss, *Intergenerational Equity*. Ayrıca bkz., *Minors Oposa v. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources*, Supreme Court of the Philippines, 33 *ILM*, 1994, ss. 173, 185, ve Hakim Weeramantry'nin *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Nuclear Tests Cases* davasındaki Karşı Oy Görüşü, *ICJ Reports*, 1995, ss. 288, 341; 106 *ILR*, ss. 1, 63.

<sup>24</sup> 33 *ILM*, 1995, s. 360.

<sup>25</sup> Bkz., F. G. Minujin, 'Debt-for-Nature Swops: A Financial Mechanism to Reduce Debt and Preserve the Environment', 21 *Environmental Policy and Law*, 1991, s. 146 ve S. George, *The Debt Boomerang*, London, 1992, ss. 30-1.

<sup>26</sup> Bkz., B. D. Smith, *State Responsibility and the Marine Environment*, Oxford, 1988. Ayrıca bkz., R. Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, Dordrecht, 1996.

<sup>27</sup> Bkz., yukarıda 13. Bölüm.

teamül hukuku devletlere çevresel koruma alanında birkaç önemli temel yükümlülük yüklemektedir. Bu açıdan uluslararası hukukun mutlak ülkesel egemenlik esasına dayalı bir yaklaşımı desteklediği ve buna göre bir devletin diğer devletler bakımından sonuçları ne olursa olsun istediği gibi davranabileceği görüşü uzun zaman önce gözden düşmüştür. Devletlerin temel yükümlülüğü diğer devletlerin haklarına zarar vermeyecek şekilde davranmaktır.<sup>28</sup> Konumuz açısından bu yükümlülük kısmen uluslararası su yolları ile ilgili rejimden yola çıkılarak oluşturulmuştur. Örnek olarak *International Commission on the River Oder* davasında<sup>29</sup> Uluslararası Daimi Adalet Divanı 'ulaşıma elverişli bir nehre ilişkin menfaatler topluluğu ortak bir hukuki hakkın temelini oluşturmakta olup, bu hakkın asli özellikleri bütün kıyıdaş devletlerin nehrin tamamının kullanımında tam olarak eşit olması ve herhangi bir kıyıdaş devletin diğerleri bakımından hiç bir tercihli imtiyaza sahip olmamasıdır' tespitini yapmıştır.<sup>30</sup> Ancak bu prensip aslında çok daha geniş bir uygulama imkanı içermektedir. Bu çerçevede *Island of Palmas* davasında<sup>31</sup> ülkesel egemenlik kavramının ülke içinde diğer devletlerin haklarının korunması yükümlülüğünü de barındırdığına hükmedilmiştir.

*Trail Smelter* tahkiminde<sup>32</sup> Mahkeme, Kanada'nın British Columbia ile ABD'nin Washington eyaletleri tarafından paylaşılan bir vadide inşa edilmiş Kanadalı bir dökümhaneden kaynaklanan sülfür dioksit dumanının sınırın Amerikan tarafındaki ağaçlara ve mahsüle zarar vermesine ilişkin Kanada ve Birleşik Devletler arasındaki bir uyuşmazlığı ele almıştır. Mahkeme kararında şuna dikkat çekmiştir:

"Hem uluslararası hukuk prensipleri hem de Birleşik Devletler hukukuna göre, şayet durum ciddi sonuçlar içeriyorsa ve zarar açık ve inandırıcı delillerle destekleniyorsa, hiç bir devletin kendi ülkesini başka bir devletin ülkesine veya oradaki mallar veya kişilere duman yoluyla zarar verecek şekilde kullanma veya kullanılmasına izin verme hakkı yoktur."<sup>33</sup>

Uluslararası Divan bu yaklaşımı *Corfu Channel* davasında<sup>34</sup> tasdik etmiş ve her devletin 'kendi toprağını, bilerek diğer devletlerin haklarına karşı eylemler için kullanılmasına izin vermeme' yükümü altında olduğunu vurgulamıştır.<sup>35</sup> Divan ayrıca 1995 yılında verdiği *Paragraf 63 Uyarınca 1974 Nükleer Testler Davası'ndaki Durumun İncelenmesi Talebi* davasındaki kararında, Fransa'nın Pasifik'deki nükleer testleri bakımından vermiş olduğu kararların 'devletlerin çevreye saygı gösterme ve koruma yükümlülüklerine halel getirmeyeceğinin' altını çizmiştir.<sup>36</sup> Bunun yanında Divan'ın BM Genel Kurulu'na sunduğu *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* adlı İstisari Görüşü'nde 'devletlerin kendi yetki ve kontrolleri içindeki faaliyetlerin diğer devletlerin veya ulusal kontrollerinin ötesindeki alanların

<sup>28</sup> Bkz., 1895'de Birleşik Devletler Adalet Bakanı Judson Harmon tarafından ifade edilmiş olan doktrin, 21 *Op. Att'y. Gen.* 274, 283 (1895), atf yeri V. P. Nanda, *International Environmental Law and Policy*, New York, 1995, ss. 155-6.

<sup>29</sup> PCIJ, Series A, No. 23 (1929); 5 AD, s. 83.

<sup>30</sup> PCIJ, Series A, No. 23 (1929), s. 27; 5 AD, s. 84. Ayrıca bkz., *Auditing of Accounts between the Netherlands and France* davası, 12 Mart 2004 tarihli tahkim kararı, paragraf 97.

<sup>31</sup> 2 RIAA, ss. 829, 839 (1928).

<sup>32</sup> Bkz., 33 AJIL, 1939, s. 182 ve 35 AJIL, 1941, s. 684; 9 AD, s. 315. Ayrıca bkz., J. E. Read, 'The Trail Smelter Arbitration', 1 Canadian YIL, 1963, s. 213; R. Kirgis, 'Technological Challenge of the Shared Environment: US Practice', 66 AJIL, 1974, s. 291 ve L. Goldie, 'A General View of International Environmental Law - A Survey of Capabilities, Trends and Limits', *Hague Colloque 1973*, ss. 26, 66-9.

<sup>33</sup> 35 AJIL, 1941, s. 716; 9 AD, s. 317. Kanada, British Columbia sahillerinin kirlenmesi ile sonuçlanan Cherry Point, Washington'daki petrol sızıntısı üzerine Birleşik Devletler aleyhine *Trail Smelter* prensibine başvurmuştur. Bkz., 11 Canadian YIL, 1973, s. 333.

<sup>34</sup> ICJ Reports, 1949, ss. 4, 22; 16 AD, ss. 155, 158.

<sup>35</sup> Ayrıca bkz., Hakim De Castro'nun *Nuclear Tests* davasındaki Karşı Oy Görüşü, ICJ Reports, 1974, ss. 253, 388; 57 ILR, ss. 350, 533, ve *Lac Lanoux* davası, 24 ILR, s. 101.

<sup>36</sup> ICJ Reports, 1995, ss. 288, 306; 106 ILR, ss. 1, 28.

çevresine saygı göstermelerini sağlamalarına yönelik mevcut genel bir yükümlülüğün' artık çevreye ilişkin uluslararası hukuk alanının bir parçası olduğu ifade edilmiştir.<sup>37</sup>

Bu yargısal yaklaşım uluslararası belgelerde de geniş ölçüde yer almaktadır. 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 192. maddesinde 'devletler deniz çevresini koruma ve muhafaza etme yükümü altındadırlar' denilmekte ve 194. maddede ise 'devletler kendi yetki ve kontrolleri altındaki faaliyetlerin diğer devletlere ve bunların çevresine kirlenme yoluyla zarar verecek şekilde yapılmamasını sağlamak için gereken bütün tedbirleri alacaklardır' yükümlülüğünün altı çizilmektedir.<sup>38</sup> Bu açıdan odak noktasını yalnızca devletlerin kendilerinden yola çıkılarak açık denizler, derin deniz tabanı ve dış uzay da dahil daha geniş bir perspektife doğru kayması dikkate değer bir gelişmedir.<sup>39</sup>

Bu bakımdan 1972 Stockholm Deklarasyonu'nun 21. Prensibi özel bir öneme sahiptir. Burada devletlerin, kendi kaynaklarını kendi çevre politikalarına göre kullanmaya ilişkin egemen haklarının yanı sıra, 'kendi yetki ve kontrolleri içindeki faaliyetlerin diğer devletlerin veya ulusal yetki sınırlarının ötesindeki alanların çevresine zarar vermemesini sağlamakla sorumlu' oldukları öngörülmektedir. Her ne kadar 1992 Rio Deklarasyonu'nun 2. Prensibi'nde kısmen daha yumuşak bir formülasyon (kalkınma politikalarına yapılan bir atıfla birlikte) tekrar edilmişse de, her iki prensip de uluslararası çevre hukukunun gelişmesinde önemli bir dönüm noktası olarak görülmektedir.<sup>40</sup> 21. Prensip'de yer alan formülasyon bakımından birkaç önemli mesele ortaya çıkmış olup, şimdi bu konuyu ele alacağız.

### Uygun Standart

Bu alanda devletlerin davranışları için uygun olan standartın kusursuz sorumluluk olduğu zaman zaman iddia edilmektedir. Diğer bir deyişle devletler kirlenmeyi önlemek açısından mutlak bir yükümlülük altındadır ve bu yüzden kusur aranmaksızın bunun sonuçlarından sorumlu olurlar.<sup>41</sup> Bu yaklaşımın avantajı devletlere artan bir sorumluluk yüklemesi olsa da, uluslararası hukukun böyle bir genel prensibi gerçekten kabul edip etmediği şüphelidir.<sup>42</sup> Bu konudaki öncü davalar da kifayetsizdir. *Trail Smelter* davasında<sup>43</sup> Kanada'nın sorumluluğu baştan kabul edilmiş ve dava ödenmesi gereken tazminat ve dökümhanenin gelecekteki işletim koşulları üzerinde odaklanmıştır.<sup>44</sup> *Corfu Channel* davasında da kusursuz sorumluluk teorisi

<sup>37</sup> ICJ Reports, 1996, paragraf 29; 35 ILM, 1996, ss. 809, 821. Ayrıca bkz., *Gabcıkovo-Nagymaros Project* davası, ICJ Reports, 1997, ss. 6, 67; 116 ILR, s. 1. *Divan Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)* davasında, 'Bir devlet kendi ülkesinde veya kendi yetkisine tabi bir alanda gerçekleşen bir başka devletin çevresine ciddi zarar veren faaliyetlerden kaçınmak için elindeki bütün araçları kullanmak zorundadır' sonucuna varmıştır, ICJ Reports, 2010, ss. 14, 56.

<sup>38</sup> Ayrıca bkz., 1978 BM Çevre Programı İki veya Daha Fazla Devlet tarafından Paylaşılan Kaynaklar hakkında Çevre Alanındaki Davranış Prensipleri'nin 3. Prensibi; Genel Kurul'un 1974 3281 (XXIX) sayılı kararı ile kabul edilen Devletlerin Ekonomik Hak ve Görevleri Şartı ile Genel Kurul'un 34/186 (1979) sayılı kararı. Ayrıca bkz., yukarıda 10. Bölüm.

<sup>39</sup> Bkz., Boyle, 'Nuclear Energy', s. 271.

<sup>40</sup> Bkz., Sands, *Principles*, s. 191, yazar bunu 'uluslararası çevre hukukunun köşe taşı' olarak tabir etmektedir. Ayrıca bkz., 1979 Uzun Menzilli Sınıraşan Hava Kirliliğine Dair Sözleşme'nin başlangıç kısmı ve *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* istişari görüşü, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 241; 110 ILR, ss. 163, 191. Ayrıca bkz., Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, ss. 145 vd., ve Dupuy ve Viñuales, *International Environmental Law*, ss. 8 vd.

<sup>41</sup> Bkz., Goldie, 'General View', ss. 73–85 ve Schneider, *World Public Order*, Bölüm 6. Ayrıca bkz., G. Handl, 'State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private Persons', 74 AJIL, 1980, s. 525; Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, ss. 150 vd. ve Sands, *Principles*, ss. 700 vd.

<sup>42</sup> Bkz., Boyle, 'Nuclear Energy', ss. 289–97 ve Handl, 'State Liability', ss. 535–53.

<sup>43</sup> 33 AJIL, 1939, s. 182 ve 35 AJIL, 1941, s. 681; 9 AD, s. 315.

<sup>44</sup> Bkz., Boyle, 'Nuclear Energy', s. 292 ve G. Handl, 'Balancing of Interests and International Liability for the Pollution of International Watercourses: Customary Principles of Law Revisited', 13 Canadian YIL, 1975, ss. 156, 167–8.

açıkça kabul edilmemiştir.<sup>45</sup> *Nuclear Tests* davasında<sup>46</sup> ise Divan nükleer testle ilgili tarafların taleplerinin esasına, Fransa'nın programını sonlandırma kararı üzerine girmemiştir.<sup>47</sup>

Bu konuda antlaşmalara ilişkin uygulama da değişiklik göstermektedir. Örnek olarak 1972 Uzay Cisimlerinin Verdiği Zararlardan Dolayı Uluslararası Sorumluluk Sözleşmesi'nde uzay cisimlerinin yeryüzünde veya havada uçan uçaklara verdiği zararlar için kusursuz sorumluluk (madde II) öngörülmekteyken, başka yerlere veya bir uzay cisminin güvertesindeki kişi veya mallara verilen zararlar için kusur sorumluluğu (madde III) getirilmektedir.<sup>48</sup> Diğer antlaşmaların çoğunda zarar kaynaklarının kontrol altına alınmasında gereken özenin gösterilmesi istenmekte olup, sorumluluk ilgili belgelerde belirtilen bu tür yükümlülüklerin ihlali halinde ortaya çıkmaktadır.<sup>49</sup>

Özen gösterme testi aslında en uygun standart olarak genellikle kabul görmektedir.<sup>50</sup> 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 194. maddesi, örnek olarak, devletlerin 'deniz çevresinin herhangi bir kaynaktan kirlenmesini önlemek, kirliliği azaltmak ve kontrol altına almak üzere, bu amaçla ellerindeki en müsait araçları kullanarak ve kapasiteleri ölçüsünde, gereken ... bütün tedbirleri' almalarını öngörmektedir. Dolayısıyla devletler diğer bütün etkenlere bakılmaksızın verilen zararlardan otomatik olarak sorumlu değildirler. Ancak özen gösterme ile gerçekte neyin kastedildiği her zaman çok açık değildir. Örnek olarak 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi gibi bazılarında kastedilen tedbirler açıkça belirtilmekte ve diğer ilgili antlaşmalara atıflar yapılmaktadır. Diğer bazılarında ise mesele daha muğlak bırakılmaktadır.<sup>51</sup> Bu açıdan özen gösterme testi şüphesiz denkleme bir esneklik unsuru da katmakta ve testin ilgili davadaki şartlar ışığında yapılmasını zorunlu hale getirmektedir. İlke olarak devletlerin esaslı bir kirlenmeyi önlemek için gereken bütün adımları atmaları ve 'iyi bir yönetim'den beklenecek şekilde davrandıklarını ispatlamaları gerekli olup,<sup>52</sup> bu tür bir davranış muhtemelen bir danışma ve bildirimde bulunma sisteminin kurulmasını gerektirecektir.<sup>53</sup> Zararın uzaklığı ve öngörülebilirliği unsurlarının da bu açıdan devletlerin sorumluluğu çerçevesinin bir parçası olduğuna dikkat çekilmelidir. Buna göre ortaya çıkan zarar söz konusu kirlenme tarafından meydana getirilmiş olmalıdır. *Trail Smelter* davasında<sup>54</sup> mahkeme, zararın 'açık ve inandırıcı delillerle' ortaya konulması ihtiyacına vurgu yapmıştır.

<sup>45</sup> ICJ Reports, 1949, ss. 4, 22-3; 16 AD, ss. 155, 158.

<sup>46</sup> ICJ Reports, 1974, s. 253; 57 ILR, s. 350.

<sup>47</sup> Ayrıca bkz., ABD ile Kanada arasındaki *the Gut Dam* tahkimi, 8 ILM, 1969, s. 118 ve bkz. Schneider, *World Public Order*, s. 165. Handl, 'State Liability', ss. 525, 538 vd.

<sup>48</sup> Örnek olarak bkz., Cosmos 954 vakasında Kanada'nın talebi, 18 ILM, 1992, s. 907.

<sup>49</sup> Örnek olarak bkz., 1972 Atıkların ve Diğer Maddelerin Denizde Depolanması Yoluyla Deniz Kirlenmesinin Önlenmesine Dair Londra Sözleşmesi'nin 1. maddesi; 1979 Uzun Menzilli Sınırtaşan Hava Kirlenmesine Dair Sözleşme'nin 2. maddesi; 1985 Ozon Tabakasının Korunması Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 2. maddesi ve 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 139, 194 ve 235. maddeleri; 1988 Antarktik Maden Kaynakları Faaliyetlerinin Düzenlenmesi Sözleşmesi'nin 7 ve 8. maddeleri ve 1992 Sınırtaşan Suyolları ve Uluslararası Göllerin Korunması ve Kullanımına Dair Sözleşme'nin 2. maddesi. Ayrıca bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Kullanım Hukukuna Dair Taslak Maddeleri'nin 7. maddesine ilişkin Şerhi, 46th Session, 1994, ss. 236 vd.

<sup>50</sup> Bu görüş UHK'nun 2001 Tehlikeli Faaliyetlerden Sınırtaşan Zararların Önlenmesine Dair Taslak Maddeler Hakkındaki Şerhi'nde benimsenmiş olan görüştür, Report of the ILC on its 53rd Session, A/56/10, s. 392 ve aynı şekilde Uluslararası Deniz Hukuku Divanı'nın Deniz Tabanı Uyuşmazlık Dairesi tarafından da benimsenmiştir, *Advisory Opinion on Responsibilities and Obligations in the Area*, 2011, paragraf 117. Ayrıca bkz., Handl, 'State Liability', ss. 539-40; Boyle, 'Nuclear Energy', s. 272 ve Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, ss. 147 vd.

<sup>51</sup> Örnek olarak bkz., 1979 Uzun Menzilli Sınırtaşan Hava Kirliliği Sözleşmesi.

<sup>52</sup> Yani kendi uluslararası yükümlülüklerine önem veren bir hükümetten beklenen davranış standartları. Bkz., R. J. Dupuy, 'International Liability for Transfrontier Pollution', Bothe, *Trends in Environmental Policy and Law*, ss. 363, 369.

<sup>53</sup> Bkz., *Responsibility and Liability of States in Relation to Transfrontier Pollution*, OECD Çevre Komitesinin bir raporu, 1984, s. 4.

<sup>54</sup> 35 AJIL, 1941, s. 716; 9 AD, s. 317.

### Verilen Zarar

Aslında bir uluslararası sorumluluğun gündeme gelebilmesi için ele alınması gereken ilk mesele gerçekten bir zararın verilmiş olmasının gerekip gerekmeyeceğidir. Bir zarar riski açısından da sorumluluk olabilir mi? Bu bakımdan uluslararası hukuk özellikle aşırı-tehlikeli faaliyetler dışında<sup>55</sup> böyle bir sorumluluğu genel olarak kabul etmemektedir.<sup>56</sup> Bu hem genel olarak devletlerin isteksizliğinden, hem de özellikle pratik güçlüklerden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan her ne kadar imkansız olmasa da, bir yandan ilgili riski değerlendirmek, diğer yandan da ödenmesi gereken tazminata karar vermek oldukça güç olabilecektir.

Ancak 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi, madde 1(4)'de deniz çevresinin kirlenmesinin 'insanlar tarafından deniz çevresine doğrudan veya dolaylı yollardan bırakılan maddeler veya enerji... sonucunda oluşan veya oluşması muhtemel...zararlı etkiler' şeklinde tanımlandığı da dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle bu bağlamda gerçekleşmiş bir zarar mutlaka gerekli görülmemiştir. Uluslararası örf ve adet hukukunun da bu yönde gelişmesi mümkündür; ancak bu kuralın oluştuğu sonucuna varmak için henüz erkendir. Kirlenmeye dair mevcut genel tanımların çoğu sorumluluğun doğabilmesi açısından zararın veya hasarın meydana gelmesini gerekli görmektedir.<sup>57</sup>

Bu konuda bir sonraki mesele zarar açısından belli bir eşiğin aşılmasının aranıp aranmayacağıdır. *Trail Smelter* davasında<sup>58</sup> Mahkeme olayın "ciddi sonuçlar" içerdiğinin gösterilmesi gerektiğini ifade etmiştir. 1979 Uzun Menzilli Sınırşan Hava Kirliliği Sözleşmesi'nin 1. maddesi ilgili kirlenmenin 'insan sağlığını tehlikeye sokacak, kaynaklara ve ekosistemlere ve maddi mallara zarar verecek ve çevresel imkanları ve çevrenin diğer meşru kullanımını bozacak veya engelleyecek nitelikte zararlı etkilere' neden olması gerektiğini öngörmektedir.<sup>59</sup> 1982 İLA Montreal Kuralları, madde 3'de devletlerin sınırşan kirlenmeyi diğer bir devletin ülkesinde esaslı bir zarara neden olmadan durdurma, azaltma ve kontrol altına alma yükümlülüğü altında oldukları ifade edilmektedir.<sup>60</sup> Bu tür formülasyonlar aranacak zarar eşiği bakımından belli tanımsal problemler ve nitelikler ortaya koysa da, ilgili bütün belgelerde bunların aranmış olduğu söylenemez.<sup>61</sup> Bu açıdan görecelik meselesi ve ilgili davanın şartlarının önemi ciddi etkenler olarak devam etseler de, sorumluluğa yol açan bir devletin kendi ülkesini makul ve hakkaniyete uygun bir şekilde kullanması kavramının ötesindeki hallere de taşıyacak bir bağlantıya ilişkin destek henüz yeterli seviyede değildir.<sup>62</sup>

Kirlenmeden etkilenen menfaatler konusuna gelince, *Trail Smelter* davasında<sup>63</sup> esasen mal kaybına odaklanılmıştır. Uluslararası belgelerde yer alan daha sonraki kirlenme tanımları ise kapsama alanını canlı kaynaklar veya ekosistemlere verilen zararlar, çevresel imkanlar ve çevrenin diğer meşru kullanımları veya denizlere yapılan zararlı etkileri de içerecek şekilde

<sup>55</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>56</sup> Örneğin bkz., Kiss, 'International Protection', s. 1076.

<sup>57</sup> Ayrıca bkz., 1982'de UHK tarafından kabul edilen Montreal Kuralları'nın şerhi, Report of the Sixtieth Conference, s. 159. Ancak Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001'de kabul edilen Tehlikeli Faaliyetlerden Sınırşan Zararların Önlenmesine Dair Taslak Maddeleri'nde uluslararası hukukça yasaklanmamış olup 'ciddi sınırşan zarar riski' içeren faaliyetler ele alınmıştır, Report of the ILC on its 53rd Session, s. 380.

<sup>58</sup> 35 AJIL, 1941, s. 716; 9 AD, s. 317.

<sup>59</sup> Ayrıca bkz., Genel Kurul'un 2995 (XXVII) sayılı kararında 'ciddi zararlı sonuçlara' atfı yapılmaktadır. Ayrıca bkz., UHK'nun Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınırşan Zararların Önlenmesine Dair Taslak Maddeleri'nin 1. maddesi, Report of the ILC on its 53rd Session, s. 380.

<sup>60</sup> Bu konuda şikayet olunan durumun 'komşu devletlerin sakinlerine aşırı derecede bir zarar oluşturması' gerektiği yönündeki formülasyonu için bkz., L. Oppenheim, *International Law*, 8. Baskı, London, 1955, cilt I, s. 291.

<sup>61</sup> Örneğin bkz., Stockholm Deklarasyonu'nun 21. Prensibi ve 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 194. maddesi.

<sup>62</sup> Örnek görüşler için bkz., R. Quentin-Baxter, *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, part 1, ss. 112-19 ve S. McCaffrey, *a.g.e.*, 1986, cilt II, part 1, ss. 133-4. Ayrıca bkz., Boyle, 'Nuclear Energy', s. 275 ve 'Chernobyl and the Development of International Environmental Law' *Perestroika and International Law* (ed. W. Butler), London, 1990, ss. 203, 206.

<sup>63</sup> 35 AJIL, 1941, s. 684; 9 AD, s. 315. Ayrıca bkz., A. Rubin, 'Pollution by Analogy: The Trail Smelter Arbitration', *50 Oregon Law Review*, 1971, s. 259.

genişletmiştir. Örnek olarak 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi, madde 1(4)'de deniz suyunun kalitesinin bozulması ve kullanma imkanlarının azaltılması dahil edilmektedir. 1985 Ozon Tabakasına Dair Viyana Sözleşmesi, madde 1(2) ozon tabakası üzerindeki olumsuz etkileri 'insan sağlığı üzerinde veya doğal ve yönetilen ekosistemlerin kompozisyonu, direnci ve verimliliği üzerinde veya insanlığa faydalı şeyler üzerinde ciddi olumsuz etkileri olan' iklimsel değişiklikler dahil fiziksel çevredeki değişiklikler şeklinde tanımlamaktadır.<sup>64</sup> 1992 İklim Değişikliği Sözleşmesi'nde ise iklim değişikliğinin olumsuz etkileri 'doğal ve yönetilen ekosistemlerin kompozisyonu, direnci veya verimliliği üzerinde veya sosyo-ekonomik sistemlerin işleyişi üzerinde veya insan sağlığı ve refahı üzerinde ciddi zararlı etkilere sahip, fiziksel çevre veya biyotada iklim değişikliğinden kaynaklanan değişimler' şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>65</sup> 1988 Antarktik Maden Kaynaklarının Düzenlenmesine Dair Sözleşme<sup>66</sup> kutup bölgesinin çevre ve ekosistemine verilen zararı 'atmosferik, deniz veya karasal yaşama verilen hasar dahil bu çevrenin veya buradaki ekosistemlerin canlı veya cansız unsurlarına yönelik, ihmal edilebilir olanlar veya Sözleşme uyarınca kabul edilebilir bulunan ve kararlaştırılanlar hariç, her türlü etki' şeklinde tanımlamıştır.<sup>67</sup> 1992 Sınıraşan Suyolları ve Uluslararası Göllerin Korunması ve Kullanımı Sözleşmesi'nde ilgili hükmün konusu olan 'sınıraşıcı etki' kavramı, 'sınıraşan suların durumunda insan faaliyetinin oluşturduğu bir değişimden kaynaklanan çevre üzerindeki ciddi olumsuz bir etki' şeklinde tanımlanmıştır.<sup>68</sup> Avrupa Konseyi'nin 1993 Çevresel Hasarlar Hakkında Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi'nde zarar 'çevrenin bozulması' yoluyla oluşan kayıp veya zararı içerecek şekilde tanımlanmış olup,<sup>69</sup> çevrenin kendisinin ise abiyotik ve biyotik doğal kaynakları, kültürel mirasın parçasını oluşturan malları ve 'manzaranın karakteristik kısımlarını' içerdiği kabul edilmektedir.<sup>70</sup> Açıkta ki ilgili zarar tipi artık yalnızca mallara verilen zararın ötesine geçmiştir;<sup>71</sup> ancak maddi bir şekilde tanımlanamayan genel çevresel zararlar bakımından problemler hala devam etmektedir.<sup>72</sup>

### Özel Kişiler Tarafından Verilen Zarardan Sorumluluk

Bu problem çevresel zararın devletin kendisi yerine bir özel kişi tarafından meydana getirildiği durumlara ilişkindir.<sup>73</sup> Bir devlet elbette kendi resmi görevlilerinin hukuka aykırı eylemleri yüzünden diğer devletlerin vatandaşlarına verdikleri zarardan sorumludur.<sup>74</sup> Uluslararası hukuka göre genel bir ülkesel yetkiye sahip olan devletler, kendi ülkelerinde kendi uluslararası yükümlülüklerine saygı gösterilmesini sağlamak zorundadır. Bu açıdan bir çok antlaşma belli yükümlülüklerin uygulanmasını sağlamak üzere devletlerin belli

<sup>64</sup> Ayrıca bkz., 1977 Sınıraşan Kirlenmelere İlişkin Eşit Erişim Hakkına Dair OECD Tavsiyesi ve 1988 Antarktik Maden Kaynakları Faaliyetlerinin Düzenlenmesine Dair Sözleşme'nin 1(15) maddesi.

<sup>65</sup> Madde 1(1).

<sup>66</sup> Antarktika hakkında genel olarak bkz., C. Redgwell, 'Environmental Protection in Antarctica: The 1991 Protocol', 43 ICLQ, 1994, s. 599, ve yukarıda 9. Bölüm. Antarktika Antlaşması'nın Çevre Koruma Protokolü'nün 2005 Çevresel Acil Durumlardan Kaynaklanan Sorumluluğa Dair VI. Eki. Arktik için bkz., D. R. Rothwell, 'International Law and the Protection of the Arctic Environment', 44 ICLQ, 1995, s. 280.

<sup>67</sup> Madde 1(15). Ayrıca bkz., 1991 Sınıraşan Bağlamda Çevresel Etki Değerlendirmesine Dair Sözleşme'in 2. maddesi ve 1990 Sınıraşan İçsuların Kazara Kirlenmesine Dair Davranış Kuralları'nın 1. maddesi.

<sup>68</sup> Madde 1(2).

<sup>69</sup> Madde 2(7)c.

<sup>70</sup> Madde 2(10). Ayrıca bkz., UHK'nun 2006 Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınıraşan Zararlar Durumunda Kayıpların Paylaştırılmasına Dair Taslak Prensipler'in 1. maddesi, A/61/10, ss. 110, 121.

<sup>71</sup> Sovyetlerin nükleer güçle çalışan uydusunun düşmesi sonucu ortaya çıkan temizleme maliyetlerine ilişkin Kanada'nın talebi karşılanmıştır: Bkz., 18 ILM, 1979, s. 902.

<sup>72</sup> Güvenlik Konseyi 687 (1991) sayılı kararında Irak'ın Kuveyt'i haksız işgalinden kaynaklanan diğerlerinin yanı sıra 'çevresel zararlar ve doğal kaynakların kıymetlerindeki azalma dahil bütün doğrudan kayıp ve hasardan' uluslararası hukuka göre sorumlu olduğunu açıklamıştır.

<sup>73</sup> Örnek olarak bkz., Handl, 'State Liability' ve G. Doeker ve T. Gehring, 'Private or International Liability for Transnational Environmental Damage – The Precedent of Conventional Liability Regimes', 2 *Journal of Environmental Law*, 1990, s. 1.

<sup>74</sup> Bkz., yukarıda 13. Bölüm.

konularda yasa çıkarmasını gerekli kılmaktadır. Örnek olarak bir uluslararası antlaşmada belli bir maddenin salımına sınırlamaların koyulması gerekli kılınmışsa, taraf devlet bağlayıcı bir yükümlülük üstlenmiş olduğu için antlaşmadaki limiti geçen bir faaliyet bakımından, bu özel bir kişi tarafından yapılmış olsa bile, sorumlu olabilecektir.<sup>75</sup> Benzer şekilde bir devlet belli bir faaliyet hakkında önceden izin alınması usulünü öngören bir uluslararası yüküm yüklenmişse, bu usule aykırı bir eylem yüzünden ortaya çıkan bir uluslararası kirlenme durumunda bu devletin sorumluluğu ortaya çıkabilecektir.

Bazı durumlarda bir uluslararası antlaşma devletin, devlet-dışı bazı yapıların eylemlerinden sorumluluğunu özellikle öngörmüş olabilir. Örnek olarak 1967 Dış Uzay Antlaşması'nın 6. maddesi taraf devletlerin 'söz konusu faaliyetler ister hükümet organları tarafından ya da hükümet dışı yapılar tarafından gerçekleştirilmiş olsun ... dış uzaydaki ulusal faaliyetlerden' dolayı uluslararası sorumluluk taşıdıklarını ifade etmektedir.<sup>76</sup>

### **Tehlikeli Faaliyetlerden Doğan Sınırışan Zararın Önlenmesi<sup>77</sup>**

Uluslararası Hukuk Komisyonu 1978 yılında "Uluslararası Hukukun Yasaklamadığı Eylemlerin Zararlı Sonuçlarından Uluslararası Sorumluluk" konusundaki çalışmasını başlatmış<sup>78</sup> ve Komisyon'un bu çalışmasının ana odağında çevresel zararlar yer almıştır.<sup>79</sup> Bu konudaki uluslararası sorumluluğun devletin sorumluluğundan farklı olduğu, zira bu ikincisi önceki bir uluslararası hukuk ihlaline bağlıken,<sup>80</sup> birincinin bir devletin uluslararası hukuka kendiliğinden aykırı olmayan bir faaliyetinin içerdiği zararlı sonuçlar bakımından uluslararası alanda sorumlu tutulabilmesine ilişkin bir hukuk dalını geliştirme teşebbüsü olduğu iddia edilmiştir. Oldukça tartışmalı bu yaklaşımın teorik temelleri ve devletin sorumluluğundan ayrılma gerekçesi sorgulanmıştır.<sup>81</sup> Bunun üzerine UHK çalışmasını tekrar gözden geçirmiş ve nihayet 2001 yılında Tehlikeli Faaliyetlerin Sınırışan Zararlarının Önlenmesine Dair Taslak Maddeler kabul edilmiştir.<sup>82</sup>

Taslağın 1. maddesi'nde söz konusu maddelerin 'fiziksel sonuçları itibariyle ciddi sınırışan zararlara neden olma riski' içeren, uluslararası hukuk tarafından yasaklanmamış faaliyetlere uygulanacağı öngörülmektedir. Taslak Maddelerin Şerhi'nde buradaki risk kavramının 'bir faaliyetten kaynaklanan, gerekli bilgi sahibi bir gözlemcinin bileceği veya bilmesi gerekeceği, olası zarara ilişkin bir değerlendirmeye işaret eden' objektif bir şekilde ele alınması gerektiği belirtilmiştir.<sup>83</sup> Komisyon üyeleri geçmişte bu konunun odak noktasında riskin mi yoksa

<sup>75</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>76</sup> Ayrıca bkz., 1972 Uzay Cisimlerinin Neden Olduğu Zararlardan Uluslararası Sorumluluğa Dair Sözleşme'nin I. Maddesi ve 1979 Ay Antlaşması'nın XIV. Maddesi.

<sup>77</sup> Bkz., J. Barboza, 'International Liability for the Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law and Protection of the Environment', 247 HR, 1994 III, s. 291; A. Boyle, 'State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?', 39 ICLQ, 1990, s. 1; M. Akehurst, 'International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law', 16 Netherlands YIL, 1985, s. 3; D. B. Magraw, 'Trans-boundary Harm: The International Law Commission's Study of International Liability', 80 AJIL, 1986, s. 305 ve C. Tomuschat, 'International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law: The Work of the International Law Commission', *International Responsibility for Environmental Harm* (ed. F. Francioni ve T. Scovazzi), London, 1991, s. 37. Ayrıca bkz., Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, s. 222 ve Sands, *Principles*, ss. 734 vd.

<sup>78</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1978, cilt II, part 2, s. 149.

<sup>79</sup> Örneğin bkz., Quentin-Baxter'in başlangıç raporu, *Yearbook of the ILC*, 1980, cilt II, part 1, s. 24.

<sup>80</sup> Bkz., 14. Bölüm.

<sup>81</sup> Örneğin bkz., Boyle, 'State Responsibility', s. 3 ve I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part I*, Oxford, 1983, s. 50.

<sup>82</sup> UHK Raporu, 53rd Session, s. 379.

<sup>83</sup> *A.g.e.*, s. 385.



zararın mı olması gerektiği hususunda bölünmüş durumdaydı;<sup>84</sup> ancak bu artık çözüme kavuşmuş gözükmektedir. Taslağın 2. maddesi'nde 'ciddi sınıraşan bir zarara neden olma riskinin', 'hem yüksek olasılıkla ciddi sınıraşan zarara neden olma, hem de düşük olasılıkla felaket boyutunda bir sınıraşan zarara neden olmayı' içerecek şekilde tanımlanacağı öngörülmektedir.<sup>85</sup> Diğer bir deyişle ilgili eşik ilgili risk ve zararın bir kombinasyonu ile belirlenecek olup, bu eşik "ciddi" seviyeye ulaşmış olması gerekmektedir.<sup>86</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu bu kavramın olgu temelli olsa da, yalnızca 'algılanabilir' olmaktan daha fazla, "ciddi" veya "esaslı" seviyeye ulaşan bir şey anlamına geldiği görüşünü benimsemiştir.<sup>87</sup> Kaynak devlet (yani faaliyetin gerçekleştiği veya gerçekleşeceği yer) 'ciddi sınıraşan zararı önleyecek veya en azından buradaki riski minimize edecek bütün uygun tedbirleri alacaktır'<sup>88</sup> Buna göre ilgili test gereken özeni gösterme yükümü olup, bu genellikle söz konusu durumda sınıraşan zarar riskinin derecesine uygun ve orantılı olan davranış anlamına gelmektedir. Bu test devletin teknolojik ve bilimsel gelişmeleri dikkate almasını da gerektirir.<sup>89</sup>

Devletler bu tür faaliyetlerin ciddi sınıraşan zarar vermesini önlemek ve risklerin etkisini minimize etmek üzere iyiniyetle işbirliği yapmalı ve yetkili uluslararası örgütlerden gereken yardımı istemelidir.<sup>90</sup> Devletler ayrıca taslak maddelerin hükümlerinin uygulanmasını denetleyecek uygun mekanizmaları kurmak dahil, yasal, idari ve diğer düzenlemeleri yapmalı<sup>91</sup> ve maddenin çerçevesi içinde kalan bir faaliyet için önceden izin alınmasını sağlamalıdır.<sup>92</sup> Bir devlet böyle bir izin hakkında karar verirken kararını çevresel etki değerlendirmesi dahil, olası sınıraşan zarara ilişkin bir değerlendirmeye dayandırmak zorundadır.<sup>93</sup> Böyle bir değerlendirme sonucu gerçek bir risk ortaya konulursa, etkilenmesi muhtemel devlete önceden bildirimde bulunulmalı<sup>94</sup> ve bilgi sunulmalıdır.<sup>95</sup> İlgili devletlerin ciddi sınıraşan zararı önlemek veya riski minimize etmek amacıyla alınacak tedbirler hususunda kabul edilebilir çözümlere ulaşmak üzere karşılıklı istişare yapması gerekir. Bu tür çözümler ilgili menfaatlerin hakkaniyetli bir dengesine dayanmak zorundadır.<sup>96</sup>

<sup>84</sup> Örneğin bkz., S. McCaffrey, 'The Fortieth Session of the International Law Commission', 83 AJIL, 1989, ss. 153, 170 ve McCaffrey, 'The Forty-First Session of the International Law Commission', 83 AJIL, 1989, ss. 937, 944.

<sup>85</sup> UHK Raporu, 53rd Session, s. 386.

<sup>86</sup> *A.g.e.*, a. 387. Ayrıca bkz., 1990'da Avrupa Ekonomik Komisyonu tarafından kabul edilen Sınıraşan İçsuların Kazara Kirlenmesine Dair Davranış Kuralları'nın 1. maddesi.

<sup>87</sup> UHK Raporu, 53rd Session, s. 388.

<sup>88</sup> Madde 3.

<sup>89</sup> Report of the ILC on its 53rd Session, s. 394.

<sup>90</sup> Madde 4.

<sup>91</sup> Madde 5.

<sup>92</sup> Madde 6.

<sup>93</sup> Madde 7.

<sup>94</sup> Madde 8 ve 17.

<sup>95</sup> Madde 8. Ayrıca bkz., madde 12, 13 ve 14.

<sup>96</sup> Madde 9. Taslağın 10. maddesinde bu tür bir 'hakkaniyetli menfaatler dengesi'ne ulaşmak üzere dikkate alınacak bir dizi ilgili faktör ve durumun dökümü yapılmıştır. Bunlar şu hususları içermektedir: Ciddi sınıraşan zarar riskinin derecesi ve böyle bir riski önleyecek veya minimize edecek ya da zararı onaracak yolların mevcudiyeti; etkilenmeleri muhtemel devletlere verilecek olası zarara kıyasla, kaynak devlet açısından sosyal, ekonomik ve teknik nitelikteki bütün avantajları dikkate alındığında bu faaliyetin önemi; çevreye verilebilecek ciddi zarar riski ve böyle bir riski önleyecek veya minimize edecek ya da çevreyi eski durumuna getirecek yolların mevcudiyeti; etkilenmesi muhtemel devletler tarafından talep edilen önlemenin maliyetine kıyasla, faaliyetin ekonomik olarak uygulanabilirliği ve faaliyeti başka bir yerde veya başka yollardan yapma ya da alternatif bir faaliyetle ikame etme olasılığı; etkilenmesi muhtemel devletlerin önlemenin maliyetine katkıda bulunmadaki istekliliklerinin derecesi; etkilenmesi muhtemel devletlerin aynı veya benzer faaliyetlere uyguladıkları koruma standartları ve bununla mukayese edilebilir bölgesel veya uluslararası pratiklerde uygulanan standartlar. Bu madde 1997 Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Kullanım Hukukuna Dair Sözleşme'nin 6. maddesinden esinlenmiştir.

2006 yılında UHK tarafından Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınırışan Zarar Durumunda Kaybın Paylaştırılmasına Dair Taslak Prensipler kabul edilmiştir.<sup>97</sup> Bu prensiplerin amacı sınırışan zarar mağdurlarına çabuk ve yeterli bir tazminatın ödenmesini ve ayrıca çevrenin muhafazası ve korunmasını sağlamaktır. Devletler faaliyeti yapanlara kusur isbatı aranmaksızın sorumluluk yüklenmesi dahil, böyle bir tazminatın mevcut olmasını sağlamak üzere gereken bütün tedbirleri almak zorundadır.<sup>98</sup>

### Devletin Sorumluluğu Yaklaşımındaki Problemler

Çevresel sorunlara, uluslararası yükümlülüklerin ihlali nedeniyle devletin sorumluluğu ve bu ihlallerden ötürü tazminat ödenmesi yükümlülüğüne dayalı klasik uluslararası hukuk yaklaşımının uygulanması problemleri bir yaklaşımdır. Bir başka devletin eylemleri ile bir devlete belli bir zarar verilmiş olduğunun ispat edilmesini gerekli kılması, bu yaklaşımın çevresel problemlerin yalnızca küçük bir kısmına güçlkle uygulanabileceği anlamına gelir. Bir çok durumda belli bir zararın tek bir kaynaktan kaynaklandığını ispatlamak mümkün olamazken, bu iki taraflı yaklaşım aynı zamanda dünya çevresinin korunmasının küresel veya devletler üstü bir çözümü gerektiren gerçekten küresel bir problem olduğu gerçeği ile de uyum içinde değildir. Bu tür bir problem böylesine keyfi ve bölük pörçük bir yöntemle başarılı bir şekilde ele alınmaz. Dolayısıyla çevresel meseleler ile ilgili yaklaşım iki taraflı devlet sorumluluğu paradigmasından uluslararası işbirliğini oluşturma ve güçlendirmeye doğru evrilmiştir.

## ULUSLARARASI İŞBİRLİĞİ – İLGİLİ PRENSİPLER

Genel prensiplere dayalı uluslararası çevre hukukunda gelişmekte olan bir tema devletlerin sınırışan kirlenme meseleleri ile ilgilenirken işbirliği yapmaları zorunluluğuna yöneliktir. 1972 Stockholm Deklarasyonu'nun 24. Prensibi'nde 'çevrenin korunması ve geliştirilmesine ilişkin uluslararası meseleler bir işbirliği ruhu ile ele alınmalıdır' denilmekteyken, 1992 Rio Deklarasyonu'nun 7. Prensibi'nde ise 'Dünya ekosisteminin muhafazası, korunması ve sıhhat ve bütünlüğünün eski hale getirilmesinde devletler bir küresel ortaklık ruhu içinde işbirliği yapacaklardır' denilmektedir. Rio Deklarasyonu'nun 13. Prensibi'nde bu alandaki hem ulusal hem de uluslararası faaliyetlere dikkat çekilerek şu husus ifade edilmiştir:

*"Devletler kirlenme ve diğer çevresel zarar kurbanlarına yönelik sorumluluk ve tazminat bakımından ulusal haklarını geliştireceklerdir. Devletler ayrıca kendi yetki veya kontrolleri içindeki faaliyetlerden kaynaklanan kendi yetkilerinin ötesindeki alanlara verilen çevresel zararın olumsuz etkilerine yönelik sorumluluk ve tazminata dair uluslararası hukukun daha fazla geliştirilmesi amacıyla hızlı ve daha kararlı bir biçimde işbirliği yapacaklardır."*<sup>99</sup>

### Ülkenin Kullanımı

Corfu Channel davasından<sup>100</sup> itibaren devletlerin kendi ülkelerinin diğer devletlerin haklarına aykırı eylemler için kullanılmasına bilerek izin vermemeleri prensibi yerleşmiştir. Bundan diğer devletleri bilinen çevresel zararlar hakkında bilgilendirmeye yönelik bir yükümlülük çıkartmak da mümkün olup, çok sayıda uluslararası antlaşmada bu gibi yükümlülükler yer verilmiştir. Örnek olarak 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 198. maddesinde 'bir devlet deniz çevresinin çok yakın bir kirlenme tehlikesi altında

<sup>97</sup> A/61/10, s. 110.

<sup>98</sup> 3 ve 4. Prensipler.

<sup>99</sup> Ayrıca bkz., Prensip 27.

<sup>100</sup> ICJ Reports, 1949, ss. 4, 22; 16 AD, ss. 155, 158.

olduğu veya zarar görmüş olduğunun farkına varır varmaz, bu zarardan etkilenmesi muhtemel gördüğü diğer devletlere ve yetkili uluslararası otoritelere acilen bildirimde bulunacaktır' denilmektedir.<sup>101</sup> 1989 Tehlikeli Atıkların Sınırötesi Taşınmasının Kontrolüne Dair Basel Sözleşmesi'nin 13. maddesinde ise taraf devletlerin, tehlikeli atıkların sınırötesi taşınması sırasında meydana gelen ve diğer devletlerin insan sağlığı ve çevresine risk oluşturması muhtemel bir kaza durumunda, bu durum hakkında bilgi sahibi olur olmaz, bu devletleri acilen bilgilendirmesi öngörülmektedir.<sup>102</sup> Bu yükümlülük ayrıca bir önleme prensibinin ortaya çıkmasına da yol açmış olup, buna göre devletler çevresel zarara neden olabilecek veya bir zarar riski oluşturan faaliyetleri önleme, sınırlandırma veya kontrol altına almaya yönelik genel bir yükümlülük altında sayılmaktadır.<sup>103</sup>

Bunun yanı sıra 1974 yılında OECD tarafından ciddi bir sınırötesi kirlenme riski meydana getirebilecek çalışma veya projelere başlamadan önce, bundan etkilenen veya etkilenebilecek devletlerin erkenden bilgilendirilmesini öngören bir tavsiye kararı kabul edilmiştir.<sup>104</sup> 1988'de devletlerin tehlikeli tesislerdeki kazaların önlenmesi ve müdahale edilmesi hakkında bilgi sunmaları ve önerilen tesislere ilişkin araştırmalarının sonuçlarını tehlike altındaki devletlere iletmeleri gerektiğini öngören bir OECD Konsey Kararı kabul edilmiştir. Ayrıca acil durum planlarının karşılıklı değiş tokuşuna ilişkin bir yükümlülük, çok yakın bir kaza tehlikesi halinde tehlike altındaki devletlere acil uyarı gönderilmesine yönelik bir yükümlülüğün bahsedilmektedir.<sup>105</sup> Bu hususlar 1992 Rio Deklarasyonu'nda da yer almakta olup, Prensip 18'de devletlerin bir doğal afet veya devletlerin çevresi üzerinde ani zararlı etkiler oluşturması muhtemel diğer acil durumlar hakkında diğer devletlere acilen bildirimde bulunacakları öngörülmektedir. Prensip 19 uyarınca devletler ciddi olumsuz sınıraşan çevresel etkisi olabilecek faaliyetler hakkında potansiyel olarak etkilenecek devletlere önceden ve zamanında bildirimde bulunacak, ilgili bilgileri sunacak ve bu devletlerle erken bir aşamada ve iyi niyetle karşılıklı istişareler yapacaklardır.<sup>106</sup>

Bu çerçevede artık bir önceden istişare yükümlülüğünden de bahsedilebilir. ILA Montreal Kuralları'nın 5. maddesi ciddi bir sınıraşan kirlenme riski taşıyan faaliyetlerde bulunmayı planlayan devletlerin, etkilenmesi muhtemel devletlere önceden bildirimde bulunacağını öngörmektedir. Bu hüküm paylaşılan bir nehrin yolunu değiştirme önerisine ilişkin

<sup>101</sup> Ayrıca bkz., madde 211(7). UHK'nun 2001 Tehlikeli Faaliyetlerden Sınıraşan Zararların Önlenmesine Dair Taslak Maddeleri'nin 13. maddesinde ilgili devletlerin bir faaliyetten etkilenmesi muhtemel halka bu faaliyet ve ortaya çıkabilecek risk ve zarar hakkında bilgi vermesi gerektiği öngörülmektedir. Uluslararası Divan *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, davalarda bu hükmün bir yükümlülük için hukuki bir temel oluşturmadığına hükmetmiştir, ICJ Reports, 2010, ss. 14, 87.

<sup>102</sup> Ayrıca bkz., 1973 Denizlerin Gemiler Tarafından Kirlenmesinin Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin 8. maddesi; 1974 Baltık Denizinin Deniz Çevresinin Korunmasına Dair Helsinki Sözleşmesi'nin 6. Ek'i ve 1976 Akdenizin Korunmasına ait Barselona Sözleşmesi'nin 9. maddesi ile Acil Durumlarda İşbirliği Protokolü.

<sup>103</sup> Örneğin bkz., Dupuy ve Viñuales, *International Environmental Law*, s. 55. Ayrıca bkz., *Iron Rhine (Belgium v. The Netherlands)*, 2005, paragraf 59 ve 222, www.pca-cpa.org/showpage.asp?pagid=1155. Ayrıca bkz., *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports, 2010, ss. 14, 55-6. Bu davada Divan şunu belirtmiştir: "Teamül hukuku olarak önleme ilkesi, devletin kendi ülkesinde yerine getirmesi gereken, gerekli özeni gösterme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. 'Her devlet, kendi ülkesinin bilerek başka devletlerin haklarına zarar verecek eylemler için kullanılmasına müsaade etmeme yükümlülüğü altındadır.' (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1949, s. 22). Bu yüzden her devlet, kendi ülkesinde ya da kendi yetki alanı içindeki bir bölgede gerçekleşen ve başka bir devletin çevresine ciddi zarar veren faaliyetlerden kaçınmak için sahip olduğu tüm imkanları kullanmaya mecburdur.

<sup>104</sup> Title E, paragraf 6. Ayrıca bkz., 1977 Sınıraşan Kirlenmelere İlişkin Eşit Erişim Hakkı ve Ayrımcılık Yapılmaması Rejiminin Uygulanmasına Dair OECD Tavsiyesi, 1977, Title C, paragraf 8.

<sup>105</sup> C(88)84.

<sup>106</sup> Ayrıca bkz., 1991 Sınıraşan Bağlamda Çevresel Etki Değerlendirmesine Dair Sözleşme'nin 3. maddesi ve UHK'nun Kayıpların Paylaşılmasına Dair Taslak Prensipleri'nin 5. prensibi, 2006, A/61/10, s. 166.

Fransa ve İspanya arasındaki *Lac Lanoux* tahkimine dayandırılmış olup,<sup>107</sup> bu davada tahkim mahkemesi özellikle bu gibi durumlarda karşılıklı görüşme yükümlülüğüne dikkat çekmiştir.<sup>108</sup> Bazı antlaşmalarda da bir önceden bildirim yükümlülüğü öngörülmekte olup, bunun erken dönem bir örneği 1974 Çevrenin Korunmasına Dair Nordik Sözleşmesi'dir. 1979 Uzun Menzilli Sınırşan Hava Kirlenmesi Sözleşmesi'nin 5. maddesinde bu tür istişarelerin erken bir aşamada, kendi yetkisi içindeki bir alanda söz konusu faaliyetin yapıldığı devlet ile ciddi uzun menzilli sınırşan hava kirliliğinden gerçekten etkilenmiş veya bu riske açık devletler arasında yapılacağı öngörülmektedir.<sup>109</sup> Bu konuda devletlerin uygulamasındaki artış<sup>110</sup> Uluslararası Hukuk Derneği'nin 'prensipl olarak bir devletin yeni veya artan bir kirlenme hakkında potansiyel mağdur devlete bilgi sağlama yükümüne ilişkin bir uluslararası örf ve adet kuralı ortaya çıkmıştır' sonucuna varmasına yol açmıştır.<sup>111</sup> UHK'nun 2001 Tehlikeli Faaliyetlerin Sınırşan Zararlarının Önlenmesine Dair Taslak Maddeler'in 8. maddesinde yapılan bir değerlendirmenin ciddi bir sınırşan zarar riskine işaret ettiği hallerde, kaynak devletin etkilenmesi muhtemel devletleri zamanında haber ve bilgi vererek bilgilendirmesi gerektiği ve etkilenmesi muhtemel devletin yanıtından itibaren altı ay içinde faaliyete izin verme hakkında bir karar almayabileceği öngörülmüştür.<sup>112</sup>

Yeni veya artan bir kirlenme kaynağının oluşturulmasından etkilenebilecek devletleri bilgilendirme yükümlülüğünün gelişimine, bir çevresel etki değerlendirme yapma yükümlülüğünün ortaya çıkışı eşlik etmiştir.<sup>113</sup> Bu yükümlülüğe bir çok antlaşmada yer verilmektedir.<sup>114</sup> 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 204. maddesinde devletlerin 'deniz çevresi üzerindeki kirlenme riski veya etkilerini, tanınmış bilimsel metodlarla gözlemlenmeleri, ölçmeleri, değerlendirmeleri ve analiz etmeleri' gerektiği ve özellikle 'izin verdikleri veya giriştikleri faaliyetlerin etkilerini, bunların deniz çevresini kirletip kirletmediğine karar vermek amacıyla, gözetim altında tutacakları' öngörülmektedir. 206. maddeye göre bu konuda bir rapor yükümlülüğü de öngörülmüş olup, buna göre devletlerin kendi yetki ve kontrolleri altında planlanan faaliyetlerin deniz çevresini ciddi anlamda kirletebileceği veya ciddi ve zararlı değişiklikler oluşturabileceğine inanmaları için makul nedenleri varsa, 'devletler uygun olduğu kadarıyla bu faaliyetlerin deniz çevresine potansiyel etkilerini değerlendirecek ve bu değerlendirme raporlarını açıklayacaklardır'.<sup>115</sup>

<sup>107</sup> 24 ILR, s. 101.

<sup>108</sup> *A.g.e.*, s. 119. Ayrıca bkz., *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 46-7; 41 ILR, ss. 29, 76.

<sup>109</sup> Ayrıca bkz., madde 8(b)'de uzun menzilli hava kirlenmesinde ciddi değişikliklere neden olması muhtemel ulusal politikadaki büyük değişiklikler ile genel endüstriyel gelişmeler ve bunların potansiyel etkileri hakkında bilgi değişimi yapılması istenmektedir.

<sup>110</sup> Bkz., ILA, Report of the Sixtieth Conference, 1982, ss. 172-3.

<sup>111</sup> *A.g.e.*, s. 173. Ayrıca bkz., Institut de Droit International, 1987 Sınırşan Hava Kirlenmesi Kararı. Ayrıca örnek olarak bkz., UNEP'in 1981 Ulusal Yetki Sınırları içinde Deniz Dibi Sondajı ve Madencilikle İlgili Çevreye Dair Tavsiyesi ve 1983 Deniz Çevresine İlişkin İşbirliğine Dair Kanada-Danimarka Antlaşması.

<sup>112</sup> UHK Raporu, 53rd Session, s. 406. Ayrıca bkz., Rio Deklarasyonu'nun 19. Prensibi, 1991 Sınırşan Bağlamda Çevresel Etki Değerlendirmesine Dair Sözleşme'nin 3. maddesi ve 1997 Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Kullanım Hukukuna Dair Sözleşme.

<sup>113</sup> Bkz., örneğin 1987 Çevresel Etki Değerlendirmesi UNEP Prensipleri. Ayrıca bkz., Sands, *Principles*, ss. 601 vd.

<sup>114</sup> Bkz., örneğin 1978 Deniz Çevresinin Kirlenmeden Korunmasına Dair İşbirliği için Kuveyt Bölgesel Sözleşmesi, madde XI; 1974 Nordik Çevresel Koruma Sözleşmesi, madde 6 ve 1991 Antarktika Antlaşması'nın Çevre Koruma Protokolü, madde 8. Ayrıca bkz., 2001 Tehlikeli Faaliyetlerden Sınırşan Zararların Önlenmesine Dair Taslak Maddeler'in 7. maddesi, Report of the ILC on its 53rd Session, s. 402.

<sup>115</sup> Nükleer güç santrallerinin kuruluş yerleri bakımından benzer bir süreç devam etmektedir. Bkz., örneğin 1980 İspanya ve Portekiz arasındaki; 1977 Hollanda ve Almanya arasındaki; 1966 Belçika ve Fransa arasındaki ve 1982 İsviçre ve Almanya arasındaki antlaşmalar. Ayrıca bkz., Boyle, 'Chernobyl', s. 212.

### Çevresel Etki Değerlendirmesi

AET Konsey Direktifi 85/337'de üye devletlerin çevre üzerinde ciddi etkileri olması muhtemel projelere, rıza vermeden önce, bunların etkileri hakkında bir değerlendirme yaptırılmasını sağlayacak bütün gerekli tedbirleri alacakları öngörülmüş<sup>116</sup> ve bu mesele 1991 Sınırışan Bağlamda Çevresel Etki Değerlendirmesi Sözleşmesi ile daha da ileri taşınmıştır. Sözleşme uyarınca taraf devletlerin Ek I'deki listede yer alan,<sup>117</sup> yani ciddi bir sınırışan olumsuz etki yapması muhtemel bir faaliyet önerisine izin vermeden veya girişmeden önce, bir çevresel etki değerlendirmesinin yapılmasını sağlayacak gerekli hukuki, idari ve diğer tedbirleri almaları gerekmektedir. Kaynak devleti, önerilen faaliyetten etkilenebilecek bir tarafa tam bilgi sağlayan bildirimde bulunmak zorundadır. Sözleşme hükümleri uyarınca etkilenen tarafın çevresel etki değerlendirmesi prosedürüne katılmaya karar vermesi halinde, bu devlet, istenmesi halinde faaliyetin yapılacağı kaynak devletine yetkisi içindeki potansiyel olarak etkilenen çevre hakkında bilgi sağlamak zorundadır.<sup>118</sup> Bu açıdan kaynak devletin yetkililerine sunulacak dökümanlar Ek III'de ayrıntılı olarak yer almakta olup, bunlar oldukça kapsamlıdır. Kaynak taraf ile etkilenen taraflar arasında potansiyel sınırışan etki hakkında istişareler yapılması gerekmekte olup,<sup>119</sup> söz konusu faaliyet için nihai karar verilirken, tarafların çevresel etki değerlendirmesinin ve istişarelerin sonuçlarının gereği gibi dikkate alınmasını sağlamaları gerekmektedir.<sup>120</sup> Madde 7 uyarınca proje sonrası analizlerin yapılması da gerekli görülmüştür.<sup>121</sup> Diğer bazı uluslararası belgelerde de bu tür çevresel etki değerlendirmesi yükümlülükleri öngörülmüş olup,<sup>122</sup> bazı uluslararası örgütler ise bu açıdan kendi değerlendirme yükümlülüklerini geliştirmiştir.<sup>123</sup> Çevresel etki değerlendirmesi konusu *Pulp Mills*<sup>124</sup> davasında gündem gelmiştir. Burada Divan, 'önerilen endüstriyel aktivitenin sınırışan bağlamda, ve özellikle de paylaşılan bir kaynak üzerinde, ciddi olumsuz etkilere sebep olma riskinin bulunduğu durumda, çevresel etki değerlendirmesini gerçekleştirmenin genel uluslararası hukuk uyarınca bir gereklilik olduğunun artık değerlendirilebileceğine' hükmetmiştir. Çevresel etki değerlendirmesinin, projenin uygulanmasından önce gerçekleştirilmesinin gerekli olmasına rağmen, çevresel etki değerlendirmesini yerine getirmenin devamlı bir yükümlülük olduğuna ve gerektiğinde projenin tüm ömrü boyunca çevre üzerindeki etkilerinin izlenmesi gerektiğine de hükmedilmiştir. Divan birleştirilen *San Juan River*

<sup>116</sup> Ayrıca bkz., Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin çevresel zararların önlenmesi ve tazmini bakımından çevresel sorumluluğa yönelik, Directive 2004/35/EC, 21 April 2004, değiştirilmiş hali için bkz., Directive 2006/21/EC. Bkz. Dupuy ve Viñuales, *International Environmental Law*, s. 66,

<sup>117</sup> Bu faaliyetler ham petrol ve diğer bazı rafinerileri; termal güç santralleri ve belli bir minimum güç çıktısı olan diğer yanmalı tesisler ve nükleer tesisleri; büyük demir ve çelik tesislerini; asbest fabrikalarını; entegre kimya tesislerini; karayolları, uzun mesafeli demiryolları ve uzun uçuş pistlerinin inşasını; boru hatlarını; büyük ticari limanları; zehirli ve tehlikeli atık tesislerini; büyük baraj ve rezervuarları; büyük çaplı madencilik işlerini; deniz dibi petrol üretimini; büyük petrol ve kimyasal depo tesislerini; büyük alanların ormansızlaştırılmasını içermektedir.

<sup>118</sup> Devlet şayet katılmaya karar vermezse, çevresel etki değerlendirmesi prosedürü kaynak devletin ulusal hukuku ve uygulamasına göre devam edecek veya etmeyecektir, madde 3(4).

<sup>119</sup> Madde 5.

<sup>120</sup> Madde 6(1). Madde 3(8) uyarınca etkilenmesi muhtemel yerlerdeki etkilenen tarafın halkının görüşleri de dikkate alınmak zorundadır.

<sup>121</sup> Ayrıca bkz., Ek V.

<sup>122</sup> Bkz., örneğin 1991 Antarktik Çevresel Protokolü.

<sup>123</sup> Bkz., örneğin Dünya Bankası'nın 1989 Operational Directive 4.00.

<sup>124</sup> ICJ Reports, 2010, ss. 14, 83-4.

davalarında<sup>125</sup> bu ilkenin ‘genellikle sınıraşan bağlamda önemli olumsuz etkilere yol açabilecek önerilen aktivitelere uygulandığını’ belirtmiştir. Divan şu şekilde devam etmiştir:

“Ciddi sınıraşan çevresel zararı önlemede gerekli özeni gösterme yükümlülüğünü yerine getirmek için bir devlet, başka bir devletin çevresini olumsuz etkileme potansiyeli bulunan bir aktiviteye girişmeden önce, ciddi sınıraşan zarar riskinin mevcut olup olmadığını incelemelidir. Bu risk çevresel etki değerlendirmesi yapma gerekliliğini tetikleyecektir.”

Bu ifadeler bu risklerin tam olarak nasıl ve aslında kim tarafından belirleneceği sorusunu gündeme getirmektedir. Bugüne kadar, bu gereklilik söz konusu aktiviteye girişen devlet üzerinde odaklanmaktadır ve bu yüzden bir ölçüde öznel bir süreç olarak kalmaktadır.<sup>126</sup>

### İhtiyatlılık İlkesi

Çevre koruma alanında diğer uluslararası işbirliği prensipleri de ortaya çıkmakta ve hukuki normların gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Rio Deklarasyonu’nun 15. Prensibi’ne göre ‘çevreyi korumak için, ihtiyatlılık yaklaşımı devletler tarafından kapasitelerine göre geniş bir biçimde uygulanacaktır. Ciddi veya geri döndürülemez bir zarar tehlikesinin bulunduğu durumlarda, tam bilimsel kesinlik eksikliği çevresel bozulmayı önleyecek maliyet bakımından etkin tedbirleri ertelemek için bir neden olarak kullanılmayacaktır.’ Bu durum devletlerden bilimsel bilgi temelinde hareket etmelerini isteyen geleneksel yaklaşımdan bir uzaklaşmaya işaret etmekle birlikte, bazı durumlarda resmi bilimsel kanıtları beklemenin acil tedbirlerin zamanında alınmasını önleyebileceği gerçeğinin de tanındığını göstermektedir. 1985 Ozon Tabakasının Korunması için Viyana Sözleşmesi ve 1987 Montreal Protokolü’nün başlangıç kısımlarında da “ihtiyati tedbirlere” atıf yapılmakta olup,<sup>127</sup> 1990 Sürdürülebilir Kalkınmaya Dair Bergen Bakanlar Deklarasyonu’nda ise sürdürülebilir kalkınmaya ulaşmak için izlenen politikaların ihtiyatlılık prensibine dayanması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Bu belgede ayrıca ‘çevresel tedbirler çevresel bozulmanın nedenlerini önceden görmeli, önlemeli ve müdahale etmelidir’ denilmekte ve Rio Deklarasyonu’nun 15. Prensibi tekrar edilmektedir. 1992 Sınıraşan Suyolları ve Uluslararası Göllerin Korunması ve Kullanılması Sözleşmesi’nin 2(5)a maddesinde tarafların ‘zararlı maddelerin boşaltılmasının potansiyel sınıraşan etkilerinden kaçınmak için eyleme geçmede, bilimsel araştırmaların bir taraftaki bu maddeler ile öbür taraftaki potansiyel sınıraşan etki arasındaki nedensellik bağını tam olarak ispatlayamamış olması gerekçesiyle ertelenmeyeceğini öngören, ihtiyatlılık prensibinin’ kılavuzluğunda hareket edecekleri ifade edilmektedir. İhtiyatlılık prensibine ayrıca 1992 Bıyoçeşitlilik

<sup>125</sup> *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v Nicaragua)/Construction of a Road in Costa Rica Along the San Juan River (Nicaragua v Costa Rica)*, ICJ Reports, 2015, para. 104. *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court’s Judgment in the 1974 Nuclear Tests* davasındaki (ICJ Reports, 1995, ss. 288, 344 vd) karşı oy görüşünde Hakim Weeramantry ‘küresel önemde ciddi çevresel meseleler içeren bir konu Divan’ın önüne getirildiğinde ve çevresel zarar olasılığına ilişkin *prima facie* bir davanın ortaya konulması halinde, Divan’ın ilk yaklaşımına karar verirken Çevresel Etki Değerlendirmesi prensibini dikkate almaya hakkı vardır’ görüşünü savunmuştur. *A.g.e.*, s. 345.

<sup>126</sup> Divan bazı ilgili faktörleri ele almıştır, *a.g.e.*, para. 155. Ayrıca bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Çevrenin Korunmasına Dair Taslak Yol Gösterici İlkeler çalışması. Yol Gösterici İlke IV şunu öngörmektedir: ‘Devletler kendi yetki alanlarında ya da kontrollerinde, atmosfer kirliliği ya da atmosferin kötüleşmesi şeklinde atmosfer üzerinde ciddi olumsuz etkilere sebep olabilecek planlanan faaliyetlere ilişkin çevresel etki değerlendirmesi gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır.’ Report of the International Law Commission, 2016, A/71/10, ss. 281, 284.

<sup>127</sup> Ayrıca bkz., 1979 Uzun Menzilli Sınıraşan Hava Kirlenmesi Sözleşmesi’nin 1994 Oslo Protokolü’nün başlangıç kısmı ve EC Regulation 178/2002 (gıda bakımından).

Sözleşmesi<sup>128</sup> ile 1992 İklim Değişikliği Sözleşmesi'nde<sup>129</sup> de atıf yapılmıştır. Yargıç Weeramantry bu prensibi uluslararası çevre hukukunun giderek artmakta olan bir desteğe sahip bir unsuru olarak tanımlamıştır.<sup>130</sup>

Çevresel koruma sürecinde gelişmiş ülkelerin bu konudaki özel sorumluluğunun tanınması da gerçekleşmiştir.<sup>131</sup> Rio Deklarasyonu'nun 7. Prensibi'nde 'devletlerin ortak fakat farklılaşmış sorumlulukları vardır' ilkesi öngörülmüştür. Bu açıdan özellikle 'gelişmiş devletler kendi toplumlarının küresel çevre üzerindeki baskısını ve ellerindeki teknolojik ve finansal kaynaklar nedeniyle uluslararası sürdürülebilir kalkınma arayışında taşıdıkları sorumluluğu kabul ederler' vurgusu yapılmıştır. İklim Değişikliği Sözleşmesi, madde 3(1)'de tarafların iklim sistemini 'hakkaniyet temelinde ve ortak fakat farklılaşmış sorumlulukları uyarınca ve kapasitelerine göre' korumak üzere eyleme geçmeleri ve bu şekilde gelişmiş devletlerin iklim değişikliği ile mücadelede önderlik yapmaları öngörülmüştür.<sup>132</sup>

### Sürdürülebilir Kalkınma

Bunların dışında sürdürülebilir kalkınma kavramı da devletlerin kendi kalkınmalarını yönlendirmede yetkilerini sınırlayacak bir şekilde evrim geçirmiştir.<sup>133</sup> *Gabcikovo-Nagymaros*

<sup>128</sup> Gerçi Başlangıç kısmındaki atıf bu terimi açıkça anmamaktadır. Bkz., genel olarak *International Law and the Conservation of Biological Diversity* (ed. M. Bowman ve C. Redgwell), Dordrecht, 1995.

<sup>129</sup> Madde 3(3). Ayrıca bkz., AT Antlaşması'nın 174. maddesi (eski madde 130r(2)) ve OAU'nun 1991 Tehlikeli Atıkların Afrika'ya İthalinin Yasaklanması ve Afrika içinde Sınırlarötesi Taşınması ve İdaresinin Kontrolüne Dair Bamako Sözleşmesi'nin 4(3) maddesi. Ayrıca bkz., 1995 Ayrık Balık Stokları ve Uzak Göçmen Balık Stokları Antlaşması'nın 5 ve 6. maddesi.

<sup>130</sup> *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment in the 1974 Nuclear Tests Cases* davasındaki Karşı Oy Görüşü'nde, ICJ Reports, 1995, ss. 288, 342; 106 ILR, ss. 1, 64. Bkz., *The Precautionary Principle and International Law* (ed. D. Freestone ve E. Hey), Dordrecht, 1996; Dupuy ve Viñuales, *International Environmental Law*, s. 58; P. Martin-Bidou, 'Le Principe de Precaution en Droit International de l'Environnement', 103 RGDIP, 1999, s. 631 ve *Le Principe de Precaution, Signification et Consequences* (ed. E. Zaccai ve J. N. Missa), Brussels, 2000; Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, ss. 152 vd.; Sands, *Principles*, ss. 217 vd.; *Le Principe de Précaution: Aspects de Droit International et Communautaire* (ed. C. Leben), Paris, 2002 ve A. Trouwborst, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, The Hague, 2002. Ayrıca bkz., 2001 UHK Tehlikeli Faaliyetlerden Sınırlandırılan Zararların Önlenmesine Dair Taslak Maddelerin Şerhi, UHK Raporu, 53rd Session, s. 414 ve Mayıs 2007'de Uluslararası Doğa Koruma Birliği tarafından kabul edilen Biyoçeşitliliğin Muhafazası ve Doğal Kaynakların İdaresinde İhtiyatlılık Prensibinin Uygulanması Kılavuzu.

<sup>131</sup> Bkz., örneğin D. French, 'Developing States and International Environmental Law: The Importance of Differentiated Responsibilities', 49 ICLQ, 2000, s. 35.

<sup>132</sup> Ayrıca bkz., madde 4 ve 12. Ozonlu İncelten Maddelere Dair 1987 Montreal Protokolü'ne 1990'da yapılan değişiklikte gelişmekte olan devletlerin asli yükümlülüklerine uyma kapasitesinin gelişmiş devletlerin finansal yükümlülüklerini yerine getirmelerine bağlı olacağı öngörülmüştür.

<sup>133</sup> Örneğin bkz., *Sustainable Development, International Criminal Justice, and Treaty Implementation* (ed. S. Jodoin ve M-C Cordonier Segger), Cambridge, 2013; *Sustainable Development and International Law* (ed. W. Lang), Dordrecht, 1995; *Sustainable Development and Good Governance* (ed. K. Ginther, E. Denters ve P. de Waart), Dordrecht, 1995; Dupuy ve Viñuales, *International Environmental Law*, s. 579; Sands, *Principles*, ss. 206 vd. ve Sands, 'International Law in the Field of Sustainable Development', 65 BYIL, 1994, s. 303; M.-C. Cordonier Segger ve C. G. Weeramantry, *Sustainable Justice: Reconciling Economic, Social and Environmental Law*, Leiden, 2005; P. S. Elder, 'Sustainability', 36 McGill Law Journal, 1991, s. 832; D. McGoldrick, 'Sustainable Development and Human Rights: An Integrated Conception', 45 ICLQ, 1996, s. 796; *International Law and Sustainable Development* (ed. A. Boyle ve D. Freestone), Oxford, 1999; *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development* (ed. R. Revesz, P. Sands ve R. Stewart), Cambridge, 2000; Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, ss. 115 vd. ve X. Fuentes, 'Sustainable Development and the Equitable Utilisation of International Watercourses', 69 BYIL, 1998, s. 119. Ayrıca bkz., Sürdürülebilir Kalkınmanın Hukuki Yönlerine Dair İLA Komitesi Raporu, Report of the Sixty-sixth Conference, 1994, s. 111 ve Report of the Seventieth Conference, 2002, s. 308 ve N. Schrijver, 'The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status', 329 HR, 2007, s. 217. Özellikle bkz., 25 Eylül 2015 tarihli ve 70/1 sayılı Genel Kurul Kararı. Bu karar 'Dünyamızı Değiştirmek: Sürdürülebilir Kalkınma İçin 2030 Gündemi' başlıklı bir belge kabul ederek, 2015 sonrası kalkınma gündemi belirlemiştir. Buna göre, sıfır açlık, iyi sağlık, temiz su ve iklim eylemi dahil 17 hedef belirlenmiştir. <http://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>. Bunlar 1 Ocak 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <http://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/>

*Project* davasında,<sup>134</sup> Uluslararası Divan sürdürülebilir kalkınma kavramına özel bir atıf yapmıştır. Rio Deklarasyonu'nun 3. Prensibi'nde ise kalkınma hakkının 'mevcut ve gelecek nesillerin kalkınma ve çevresel ihtiyaçlarını hakça karşılayacak' bir şekilde kullanılmasına dikkat çekilmektedir.<sup>135</sup> Ayrıca 4. Prensip'de sürdürülebilir kalkınmayı gerçekleştirirken çevresel korumanın kalkınma sürecinin ayrılmaz bir parçasını oluşturacağı ifade edilmekte<sup>136</sup> ve 27. Prensip'de sürdürülebilir kalkınma alanında uluslararası hukukun daha fazla geliştirilmesi için işbirliği çağrısı yapılmaktadır.<sup>137</sup> İklim Değişikliği Sözleşmesi, madde 3(4)'de ' tarafların sürdürülebilir kalkınmaya hem hakları vardır, hem de bunu teşvik etmeleri gerekir' denilmiş olup, Biyoçeşitlilik Sözleşmesi'nde ise birkaç vesile ile 'sürdürülebilir kullanım' kavramına değinilmektedir.<sup>138</sup> Bununla birlikte sürdürülebilir kalkınma ile neyin kastedildiği tam olarak belli olmayıp, ekonomik, çevresel ve sosyal faktörlerden oluşan bir dizgeyi içerebilecektir.<sup>139</sup> Ancak kavramın bu faktörler arasında bir çeşit dengeyi gerekli kıldığı açıktır.<sup>140</sup>

### Kirleten Öder

Diğerlerine kıyasla bazı ülke ve bölgelerde daha fazla kabul gören ve gelişmekte olan bir başka prensip kirleten maliyetinin kirleten tarafından ödenmesi gerektiğine ilişkindir.<sup>141</sup> Rio Deklarasyonu'nun 16. Prensibi'nde 'prensip olarak kirleten kamu menfaati dikkate alınmak suretiyle ve uluslararası ticaret ve yatırımlar bozulmadan kirletenin maliyetini karşılamalıdır' denilerek bu hususa dikkat çekilmiştir. Bu prensip bilhassa tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan hasarlar için öngörülmuş hukuki sorumluluk bakımından uygulanmakta olup,<sup>142</sup> özellikle Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü<sup>143</sup> ve Avrupa Topluluğu tarafından kabul edilmiştir.<sup>144</sup> Ayrıca "kirleten öder" prensibine hem 1990 Petrol Kirletmesine Hazırlık, Müdahale ve İşbirliğine Dair Uluslararası Sözleşme'de, hem de 1992 Endüstriyel Kazaların Sınırışan Etkilerine Dair Sözleşme'de 'uluslararası çevre hukukunun genel bir prensibi' olarak atıf yapılmıştır.<sup>145</sup> Ancak bu prensibin gerçekte ne dereceye kadar uygulanacağı belirsizdir. Bu açıdan özellikle çevresel kirletenin temizlenmesinin bütün maliyetlerinin karşılanıp karşılanmayacağı

<sup>134</sup> ICJ Reports, 1997, ss. 7, 78; 116 ILR, s. 1. Ayrıca bkz., *Shrimp/Turtle* davası, WTO Appellate Body, 38 ILM, 1999, s. 121, paragraf 129 ve *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports, 2010, ss. 14, 48-9.

<sup>135</sup> Ayrıca bkz., 1972 Stockholm Deklarasyonu'nun 1. Prensibi.

<sup>136</sup> 1990 Avrupa Yeniden Yapılanma ve Kalkınma Bankası Kurucu Antlaşması, madde 2(1)vii'de Banka'dan 'çevresel olarak sağlıklı ve sürdürülebilir kalkınmayı' teşvik etmesi istenmektedir.

<sup>137</sup> Ayrıca bkz., 1992 Rio Çevre ve Kalkınma Konferansı'nda kabul edilen Agenda 21, paragraf 8 ve 39.

<sup>138</sup> Bkz., örneğin Başlangıç kısmı ile madde 1, 8, 11, 12, 16, 17 ve 18. Ayrıca bkz., 1992 Rio Konferansı'nda kabul edilen Bütün Orman Türlerinin İdaresi, Muhafazası ve Sürdürülebilir Kalkınmasına Dair Küresel Konsensüs için Prensipler Açıklaması.

<sup>139</sup> Bkz., M. Redclift, 'Reflections on the "Sustainable Development" Debate', *1 International Journal of Sustainable Development and World Ecology*, 1994, s. 3. Birleşik Devletler'in Tuna İthalı Sınırlamaları konusundaki GATT Paneli Raporu'nda çevrenin korunması ve muhafazasını da içeren sürdürülebilir kalkınma amacının Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması'nın akit taraflarının çoğunluğunca kabul edildiği açıklanmıştır, 33 ILM, 1994, s. 839.

<sup>140</sup> Genel Kurul 47/191 sayılı kararıyla Sürdürülebilir Kalkınma Komisyonu'nu kurarak hem 1992 Çevre ve Kalkınma Konferansı'nun etkin bir şekilde takip edilmesini sağlamayı, hem çevre ve kalkınma meselelerinin entegrasyonu için çalışmayı hem de sürdürülebilir kalkınmayı başarmak üzere Agenda 21'in (Konferans tarafından kabul edilen eylem programı) uygulanmasındaki ilerlemenin incelenmesini amaçlamıştır.

<sup>141</sup> Bkz., Sands, *Principles*, ss. 228 vd., Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, ss. 322 vd. ve A. Boyle, 'Making the Polluter Pay? Alternatives to State Responsibility in the Allocation of Transboundary Environmental Costs', Francioni ve Scovazzi, *International Responsibility for Environmental Harm*, s. 363.

<sup>142</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>143</sup> Bkz., örneğin OECD Konseyi Tavsiyeleri C(74)223 (1974) ve C(89)88 (1989).

<sup>144</sup> Bkz., AT Antlaşması'nın 174. maddesi.

<sup>145</sup> Ayrıca bkz., 1992 Sınırışan Suyolları ve Uluslararası Göllerin Korunması ve Kullanılmasına Dair Sözleşme'nin 2(5)b maddesi ve 2006 Kayıpların Paylaşılmasına Dair UHK Taslak Prensipleri'nin 4. Prensibi, A/61/10, s. 151.



belli değildir. Devletlerin uygulaması ise bu maliyetin taraflar arasında paylaştırılması gerektiğine işaret etmektedir.<sup>146</sup>

## ATMOSFERİN KİRLENMESİ<sup>147</sup>

Farkına varılmış olan en eski kirlenme biçimi, muhtemelen hava kirlenmesine ilişkin olanıdır. Fosil yakıtların yakılması ile atmosfere sülfür diyoksit ve nitrojen oksit salınmakta ve bunlar aside dönüştükten sonra rüzgarlar tarafından taşınarak yağmur veya kar ya da katı parçacıklar şeklinde yağmaktadır. Bu tür asitler göller ve nehirlerde yaşayan canlılar üzerinde öldürücü etkiye sahip olup, topraklara ve ormanlara da zarar vermektedir.<sup>148</sup> Bir devletin ülkesinin üzerindeki hava sahası o devletin ülkesinin bir parçasını oluşturmaktaysa da,<sup>149</sup> bu egemenlik alanı ile bu alanın dışında kalan yerleri de içinde barındıran atmosfer kavramı bir belirsizlik içermektedir. Bu açıdan atmosferin hukuken nitelendirilmesi karmaşık ve muğlaktır. Ancak bu açıdan cazip bir ihtimal, atmosferi paylaşılan bir kaynak ya da bir ortak ilgi ve endişe alanı olarak nitelendirmek olabilir.<sup>150</sup>

Bu açıdan “kirlenme” teriminin nasıl tanımlanması gerektiği konusu birkaç uluslararası belgede ele alınmış olup, örnek olarak 1974’de Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü tarafından kabul edilen bir Tavsiye’de<sup>151</sup> kirlenme ‘çevreye, insan sağlığını tehlikeye sokacak, canlı kaynaklara ve ekosistemlere zarar verecek ve çevrenin sağladığı imkanlar ve diğer meşru kullanımları bozacak veya engelleyecek nitelikte zararlı etkilere yol açan madde ve enerjilerin insanlar tarafından doğrudan veya dolaylı yollardan bırakılmasıdır’ denilerek geniş bir şekilde tanımlanmıştır.<sup>152</sup> Bu tanım hem 1979 Uzun Menzilli Sınırışan Hava Kirliliğine Dair Cenevre Sözleşmesi’nde<sup>153</sup> hem de Uluslararası Hukuk Derneği’nin kabul ettiği 1982 Sınırışan Kirlenmeye Uygulanan Uluslararası Hukuka Dair Montreal Kuralları’nda büyük ölçüde aynen tekrarlanmıştır.<sup>154</sup> Şu aşamada bu konuda birkaç önemli noktaya dikkat çekilmesi yerinde olur. İlk olarak bir zararın gerçekten meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bazı faaliyetlerin bir sonucu olarak olması muhtemel bir kirlenme bu konuya dahil değildir. İkinci olarak verilen zarar belli bir ağırlık seviyesine ulaşmış olmalıdır. Son olarak çevrenin meşru kullanımlarını engelleme boyutu daha fazla inceleme gerektirmektedir.

Uluslararası örf ve adet hukukunda atmosferin kirlenmesine ilişkin temel yükümlülük *Trail Smelter* davasında<sup>155</sup> ortaya konulmuş olup, buna göre hiç bir devletin, durum ciddiye ve

<sup>146</sup> Bkz., örneğin Boyle, ‘Making the Polluter Pay?’, s. 365 ve Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, s. 222.

<sup>147</sup> Bkz., Dupuy ve Viñuales, *International Environmental Law*, Bölüm 5; Sands, *Principles*, ss. 238 vd. ve Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, Bölüm 6. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun ‘Atmosferin Korunması’ hakkındaki çalışmasına bkz. A/66/10, Annexes B, s. 315 ve ayrıca bkz., Second Report of the Special Rapporteur, A/CN.4/681, 2015. Bu rapor atmosferi ‘içinde hava kaynaklı maddelerin taşınması ve dağılmasının gerçekleştiği troposfer ve stratosferdeki dünyayı çevreleyen gazlar tabakası’ olarak tanımlamaktadır.’ *A.g.e.*, s. 6.

<sup>148</sup> Bkz., *Keesing’s Record of World Events*, ss. 36782 vd. (1989).

<sup>149</sup> Bkz., yukarıda 9. Bölüm.

<sup>150</sup> Bkz., örneğin Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, s. 337.

<sup>151</sup> OECD Doc.C(74)224, atf veren P. Sands, *Chernobyl: Law and Communication*, Cambridge, 1988, s. 150.

<sup>152</sup> *A.g.e.*, Title A.

<sup>153</sup> Ana fark Sözleşme’nin konusu gereği “çevre” yerine “hava” teriminin kullanılmış olmasıdır.

<sup>154</sup> ‘Hava’ yerine ‘çevre’nin kullanılmış olduğuna dikkat edilmelidir. Ayrıca bkz., 1974 Kara Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesine Dair Paris Sözleşmesi’nin 1. maddesi ve 1976 Akdenizin Kirlenmeye Karşı Korunmasına Dair Barselona Sözleşmesi’nin 2. maddesi. Uluslararası Hukuk Enstitüsü, Ulusal Sınırlar Arası Hava Kirliliğine dair son raporuna ek bir taslak kararda, kirlenmeyi ‘insan faaliyetlerinden veya ihmallerinden doğrudan veya dolaylı şekilde meydana gelen ve ulusal sınırlar arasında zararlı veya bozucu etkiler üreten atmosfer bileşimi veya kalitesindeki fiziksel, kimyasal veya biyolojik değişimler’ şeklinde tanımlamıştır. Bkz., 62 I *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 1987, s. 266.

<sup>155</sup> 35 AJIL, 1941, s. 716; 9 AD, s. 317.

zarar açık ve inandırıcı delillerle ortaya konulmuşsa, kendi ülkesini bir diğer devletin ülkesine veya buradaki kişi ve mallara, duman salmak suretiyle zarar verecek şekilde kullanma veya kullanılmasına izin verme hakkı yoktur.<sup>156</sup>

İskandinav ülkelerinin inisiyatifleriyle ve BM Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun bünyesinde 1979 yılında Uzun Menzilli Hava Kirlenmesine Dair Cenevre Sözleşmesi imzalanmıştır.<sup>157</sup> Burada kirlenme tanımı makul ölçüde geniş tutulmuştur.<sup>158</sup> Madde 1(b)'de uzun menzilli hava kirlenmesi, fiziki kaynağı tamamen veya kısmen bir devletin ülkesel yetkisi içindeki bir alanda bulunan bireysel ve grup salım kaynakları bakımından mesafe itibarıyla bir başka devletin yetkisi altındaki bir alanda yarattığı olumsuz etkilere katkıları arasında ayırım yapmanın genellikle mümkün olmadığı hava kirlenmesi şeklinde tanımlanmıştır.

Bu konuda Sözleşme altında üstlenilmiş olan yükümlülükler mütevezidir. Devletler 'uzun menzilli hava kirlenmesi dahil hava kirlenmesini sınırlandırmaya ve mümkün olduğu ölçüde aşamalı olarak azaltmaya ve önlemeye çalışacaklardır' denilmektedir.<sup>159</sup> Ancak böyle bir kirlenmeden kaynaklanan zarardan ötürü devletin sorumluluğu sorunu ele alınmamıştır. Sözleşme'de devletlerin bu konudaki politika ve stratejilerini bilgi değişimi ve istişareler yoluyla geliştirecekleri<sup>160</sup> ve hava kirleticilerin salımı ile genel olarak mücadele için bilgi değişimi yapacakları öngörülmektedir.<sup>161</sup> Söz konusu istişareler talep üzerine, ciddi bir sınıraşan hava kirlenmesinden gerçekten etkilenen veya bu riske maruz kalan akit taraflar ile böyle bir kirlenmeye yetkisi içinde veya yetkisine tabi bir yerde gerçekleştirilen veya planlanan faaliyetler vasıtasıyla ciddi bir katkıda bulunan veya bulunabilecek olan akit taraflar arasında, erken bir aşamada yapılmalıdır.<sup>162</sup>

Taraflar ayrıca "Avrupa'da Uzun Menzilli Hava Kirleticilerinin Yayılışını İzleme ve Değerlendirme İşbirliği Programını" (EMEP) ilerletmeyi de üstlenmiş olup, 1984 yılında kabul edilen bir Protokol ile bu projeye uzun dönemli finansman sağlanmıştır. Sözleşme hakkında daha başka protokoller de kabul edilmiştir. 1985'de sülfür salımlarının veya bunların sınıraşan tozlarının mümkün olan en kısa zamanda ve en geç 1993 itibarıyla, hesaplamada baz olarak 1980 seviyeleri kullanılarak en az yüzde 30 azaltılmasını düzenleyen Helsinki Protokolü imzalanmıştır. Bu Protokol'de taraflardan Sözleşme'nin İdari Kurulu'na her yıl bir rapor vermesi istenmektedir.<sup>163</sup> 1988 yılında kabul edilen Sofya Protokolü ile nitrojen oksit salımlarının ve bunların sınıraşan tozlarının kontrolü düzenlenmiştir. Bu Protokol uyarınca akit taraflar, yıllık ulusal nitrojen oksit salımlarını ve bunların sınıraşan tozlarını 1994 sonu itibarıyla 1987'deki seviyeleri geçmeyecek şekilde azaltmayı üstlenmiştir. Bunun yanı sıra yıllık ulusal salımların daha fazla azaltılması için görüşmeler yapılması ve ilgili alanlarda teknoloji ve bilgi değişimi öngörülmüştür. 1991'de uçucu organik bileşiklerin salımı ve bunların sınıraşan tozlarının kontrol altına alınmasına ilişkin Protokol kabul edilmiştir. Bu çerçevede belli hedefler ve zaman çizelgeleri oluşturulmuştur. Protokol içerdiği yükümlülüklerin karşılanması bakımından en az üç seçimli yol öngörmekte

<sup>156</sup> Ayrıca bkz., 1963 Atmosferde, Dış Uzayda ve Su Altında Nükleer Silah Denemelerinin Yasaklanması Antlaşması.

<sup>157</sup> Bkz., A. Rosencranz, 'The ECE Convention of 1979 on Long-Range Transboundary Air Pollution', 75 AJIL, 1981, s. 975; L. Tollan, 'The Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution', 19 *Journal of World Trade Law*, 1985, s. 615 ve A. Kiss, 'La Convention sur la Pollution Atmosphérique Transfrontière à Longue Distance', *Revue Juridique de l'Environnement*, 1981, s. 30. Ayrıca bkz., P. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution*, Oxford, 2000. Genel olarak bkz., [www.unep.org/env/lrtap/](http://www.unep.org/env/lrtap/).

<sup>158</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>159</sup> Madde 2.

<sup>160</sup> Madde 3. Madde 6 uyarınca devletler 'ekonomik olarak makul, mevcut en iyi teknolojiyi' kullanarak en iyi politikaları ve stratejileri geliştirmeyi üstlenmişlerdir.

<sup>161</sup> Madde 4. Ayrıca bkz., madde 8.

<sup>162</sup> Madde 5. Ayrıca bkz., madde 8(b).

<sup>163</sup> Sülfür diyoksit ve nitrojen oksit salımlarının kontrolüne ilişkin AB yükümlülükleri için bkz., Directive 99/30/EC ve Sands, *Principles*, ss. 847 vd.

olup, hangisinin seçildiğinin taraflarca imza sırasında ve uçucu organik bileşiklerin salım seviyesine göre belirlenerek bildirilmesi gerekmektedir. 1994'de Sülfür Salımlarının Daha Fazla Azaltılmasına Dair Oslo Protokolü kabul edilmiştir.<sup>164</sup> Protokol'de taraflar açısından 2000, 2005 ve 2010 yılları için sülfür salım tavanlarını belirlemek ve İdari Kurul'a düzenli olarak rapor sunma yükümlülüğü getirilmektedir.<sup>165</sup> Protokol'ün uygulanmasını ve yükümlülükler taraflarca uyulmasını gözden geçirmek üzere bir Uygulama Komitesi'nin kurulması öngörülmüştür.<sup>166</sup> 1998'de biri kalıcı organik kirleticiler ve diğeri ağır metaller hakkında iki Protokol daha kabul edilmiştir. 1999 yılındaki bir başka Protokol ise asitleşme, ötrofikasyon ve toprak seviyesindeki ozonu azaltmayı amaçlamaktadır. 1997 yılında Sözleşme'nin bütün Protokollerine uyulmasını, ortak bir usul uyarınca, gözden geçirmekle görevli yeni bir Uygulama Komitesi oluşturulmuştur. Komite uyumsuzluk sorunlarını 'yapıcı bir çözüme' varmak amacıyla ele almakta ve İdari Kurul'a bu konuda rapor vermektedir.<sup>167</sup>

2001'de Kalıcı Organik Kirleticilere Dair Stockholm Sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşme on iki kalıcı organik kirleticinin (gerçi DDT için geçici bir sağlık istisnası vardır) üretimi, ticareti, satışı ve kullanımının kontrol altına alınmasını öngörmektedir. Diğer bu türden kirleticileri de listeye katmak için bir usul öngörülmüş olup, ayrıca kalkınmakta olan ülkelere yardımdan sorumlu Küresel Çevre Fonu<sup>168</sup> ile birlikte bir geçici finansal mekanizma oluşturulmuştur.<sup>169</sup> Mayıs 2005'de taraflar konferansında, uygulama faaliyetlerine yardımcı olmak üzere bir tali organ olarak Kalıcı Organik Kirleticileri Gözden Geçirme Komitesi<sup>170</sup> kurulmuştur.

1986 yılında kabul edilen bir Protokol ile Kara Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesine Dair Paris Sözleşmesi<sup>171</sup> ilgili kirleticilerin atmosfere salımlarını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.<sup>172</sup> Bu açıdan 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 212. maddesinde de devletlerden deniz çevresinin atmosfer kirlenmesini önlemek, azaltmak ve kontrol altına almak üzere kanunlar ve yönetmelikler çıkartması istenmişse de, bu açıdan hiçbir özel standart getirilmemiştir.<sup>173</sup>

<sup>164</sup> Bkz., 33 ILM, 1994, s. 1540.

<sup>165</sup> Madde 5.

<sup>166</sup> Madde 7.

<sup>167</sup> Bkz., Executive Board Decision 1997/2, annex; 2001'de değiştirilmiş hali için bkz., ECE/EB.AIR/75, annex V. İdari Kurul tarafların uyumuna ilişkin kararlar alabilmektedir. Bkz., örneğin İspanya'yı eleştiren Decision 2002/8. Kurul'un kararları için bkz., [www.unece.org/env/lrtap/conv/report/eb\\_decis.htm](http://www.unece.org/env/lrtap/conv/report/eb_decis.htm) ve bkz., Komite'nin Dokuzuncu Raporu, ECE/EB.AIR/2006/3 ve Add. 1 ve 2.

<sup>168</sup> Küresel Çevre Fonu'nun kendisi 1991 yılında gelişmekte olan ülkelere küresel çevreyi koruyan proje ve programlarını fonlamalarında yardımcı olmak üzere kurulmuştur. Fon özellikle biyoçeşitlilik, iklim değişikliği, uluslararası suyolları, toprakların bozulması, ozon tabakası ve organik kirleticilere ilişkin projelere destek vermektedir. Bkz., <http://www.thegef.org/>. Ayrıca bkz., İkinci Küresel Çevre Fonu için 2003 Pekin Deklarasyonu, 44 ILM, 2005, s. 1004.

<sup>169</sup> Sözleşme'nin web sayfası için bkz., [www.pops.int/](http://www.pops.int/).

<sup>170</sup> <http://www.pops.int/documents/meetings/poprc/>

<sup>171</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>172</sup> 1987 Kuzey Denizinin Korunmasına Dair İkinci Uluslararası Konferans'ta devletlerden Protokol'ü onaylamaları istenmiştir. Bkz., 27 ILM, 1988, s. 835; 1990'da Kuzey Denizi devletleri, mevcut en iyi teknolojinin buna izin vermesi koşuluyla, 1999 itibarıyla tehlikeli maddelerin atmosfer ve nehirlerdeki salımlarını yüzde 50 veya daha fazla azaltmayı taahhüt etmişlerdir. Bkz., IMO Doc. MEPC 29/INF.26.

<sup>173</sup> 1991 Kanada-ABD Hava Kalitesi Antlaşması'nda bu iki devletin sülfür diyoksit ve nitrojen oksit salımlarını 2000 yılı itibarıyla mutabık kalınan seviyelere düşürmesi istenmiştir. Ayrıca devam eden salımları izlemek üzere uyum izleme sistemleri öngörülmüştür. Genel olarak bkz., UNEP, *Bridging the Emissions Gap*, 2011.

## OZON TABAKASININ İNCELMESİ VE İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ<sup>174</sup>

Küresel ısınma problemi ve dünya ısısında gelecek yıllardaki artış beklentisi küresel ilginin özellikle fosil yakıtların tüketilmesi ve ormanların kaybı meselelerine odaklanmasını sağlamıştır. Bunun yanında aşırı ultraviyole radyasyonunun yer seviyesine ulaşmasına neden olan stratosferik ozon tabakasının incelenmesi de oldukça büyük bir endişe kaynağıdır. Ozon tabakasının hukuken nitelendirilmesi ciddi bir sorundur. 1985 Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi, madde 1(1)'de bu tabaka 'zemine yakın sınır tabakasının üzerindeki atmosferik ozon tabakası' şeklinde tanımlanmaktadır. Bu şekilde söz konusu alanın, özellikle ozon incelenmesi ve iklim değişikliğinin ortaya koyduğu küresel sorunların ışığında, ulusal egemenlik veya paylaşılan kaynak taleplerine bakılmaksızın kendine ait bir kimliği olan ayrı bir birim oluşturduğu söylenebilir. Örnek olarak BM Genel Kurulu'nun 43/53 sayılı kararında iklim değişikliğinin "insanlığın ortak bir sorunu" olduğu ifade edilmiştir.<sup>175</sup> Bu alanın hukuki statüsü tam olarak ne olursa olsun, önemli olan ortaya çıkmış bulunan bu problemin boyutu itibarıyla gerçekten ancak uluslararası veya küresel bir temelde çözülebileceğinin giderek artan bir şekilde kabul görmesidir.

Ozon tabakasının incelenmesi problemine yönelik ilk ciddi girişim olan Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Viyana Sözleşmesi, 1985 yılında kabul edilmiş ve üç yıl sonra yürürlüğe girmiştir. Bu belge bir çerçeve sözleşme niteliğinde olup, ozon tabakasının bozulmasına neden olan kimyasallardan kloroflorokarbonların (CFC) üretilmesine ilişkin belli standartları ortaya koyacak olan Protokoller'in ele alınacağı kurumsal bir yapı öngörmektedir. Sözleşme uyarınca akit taraflar insan sağlığını ve çevreyi, ozon tabakasını değiştiren veya değiştirmesi muhtemel insan faaliyetlerinden kaynaklanan olumsuz etkilerden korumak amacıyla uygun tedbirleri almak üzere anlaşmışlardır.<sup>176</sup> Taraflar ayrıca ilgili materyallerin toplanması ve mutabık kalınmış tedbirlerin formülasyonu hakkında işbirliği yapacak ve kendi yetki ve kontrolleri altındaki insan faaliyetlerini 'bu faaliyetlerin ozon tabakasını değiştirici veya değiştirme ihtimalinden kaynaklanan olumsuz sonuçlara sahip olduğunun veya ihtimal dahilinde olduğunun ortaya çıkması halinde' kontrol altına almak, sınırlamak, azaltmak veya önlemek üzere uygun yasal veya idari tedbirleri alacaklardır.<sup>177</sup> Sözleşme ile bir sekreteryaya ve bir uyumazlık çözüm mekanizması kurulmuştur.<sup>178</sup> Bütün bunlara rağmen Sözleşme genel olarak ilave tedbirlerin alınabileceği bir çerçeve olmanın ötesine geçmemektedir.

1987 yılında CFC'lerin aşamalı olarak azaltılması ve halon gazlarının kullanımının dondurulmasını öngören Ozon Tabakasını İncelten Maddelere Dair Montreal Protokolü kabul

<sup>174</sup> Bkz., Sands, *Principles*, ss. 262 vd.; Dupuy ve J. Viñuales, *International Environmental Law*, pp. 131 ff; *The Oxford Handbook of International Climate Change Law* (ed. C. P. Carlarne, K. R. Gray ve R. Tarasofsky), Oxford, 2016; *International Law and Global Climate Change* (ed. R. Churchill ve D. Freestone), Dordrecht, 1991; *Implementing the Climate Regime. International Compliance* (ed. O. S. Stokke, J. Hovi ve G. Ulfstein), London, 2005; P. Lawrence, 'International Legal Regulation for Protection of the Ozone Layer: Some Problems of Implementation', 2 *Journal of Environmental Law*, 1990, s. 17; T. Stoel, 'Fluorocarbon: Mobilising Concern and Action' in *Environmental Protection, The International Dimension* (ed. D. A. Kay ve H. K. Jacobson), 1983, s. 45; Engelmann, 'A Look at Some Issues Before an Ozone Convention', 8 *Environmental Policy and Law*, 1982, s. 49; Heimsoeth, 'The Protection of the Ozone Layer', 10 *Environmental Policy and Law*, 1983, s. 34 ve Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, ss. 349 vd. Ayrıca bkz., <http://www.unep.org/climatechange/>

<sup>175</sup> Ayrıca bkz., 1989 Atmosferik Kirlenme ve İklim Değişikliği Konferansı'ndaki Noordwijk Deklarasyonu. Bkz., örneğin C. A. Fleischer, 'The International Concern for the Environment: The Concept of Common Heritage', *Bothe, Trends in Environmental Law and Policy*, s. 321.

<sup>176</sup> Madde 2(1). Madde 1(2)'de 'olumsuz etkiler' tanımı 'insan sağlığı veya doğal ve idare edilen ekosistemlerin veya insanlığa faydalı materyallerin bileşimi, mukavemeti ve verimliliği üzerinde ciddi bozucu etkilere sahip, iklimdeki değişimler dahil fiziksel çevre veya biyotadaki değişiklikler' şeklinde verilmektedir.

<sup>177</sup> Madde 2.

<sup>178</sup> Madde 7 ve 11. Ayrıca bkz., *UN Environment Programme, Handbook for the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer*, 7. Baskı, Nairobi, 2006.

edilmiştir.<sup>179</sup> Protokol'deki kontrol tedbirleri "kontrol altındaki maddelerin"<sup>180</sup> üretimini, bunları 1986'daki tüketim seviyesinde dondurulmasının<sup>181</sup> ardından, 1998 ortalarına kadar 1986 rakamlarına kıyasla yüzde 20 oranında aşamalı olarak indirilmesini içeren bir düzenlemeye dayalıdır. 1998 ortalarından itibaren de tüketim 1986 seviyesinin yüzde 50'si oranında azaltılacaktır.<sup>182</sup> Ancak bu düzenlemenin yetersiz olduğunun anlaşılması üzerine taraflar Ozon Tabakasının Korunmasına Dair Helsinki Deklarasyonu'nu kabul etmişler ve Protokol ile kontrol altına alınan CFC'lerin üretim ve tüketiminin en kısa zamanda, ancak 2000 yılından daha geç olmaksızın, ortadan kaldırılması ve ozon incelmesine ciddi şekilde katkıda bulunan diğer maddelerin de mümkün olan en kısa sürede azaltılması üzerinde anlaşmışlardır. Montreal Protokolü'nde ayrıca bir Uygulama Komitesi kurulmuş ve diğer bir tarafın yükümlülüklerini yerine getirmesi hakkında şüpheleri olan bir tarafın düşüncelerini yazılı olarak sekreteryaya sunabileceği bir ihlal inceleme usulü oluşturulmuştur. Bu usule göre sekreteryaya şikayet edilen taraf ile birlikte bu şikayeti inceleyecek ve ardından bu mesele Uyum Komitesi'ne gönderilecektir. Komite dostça bir çözüme varmak için çaba gösterecek ve Taraflar Toplantısı'na bir rapor sunacaktır. Bu toplantıda Protokol'e uyumun sağlanması için ilave tedbirler alınabilecektir.

Haziran 1990'da taraflarca bir dizi Protokol Düzeltme ve Değişiklikleri yapılmış olup,<sup>183</sup> bunlar arasında 1992 tüketim ve üretim seviyelerinin 1986 seviyelerini ve 1995 seviyelerinin de yüzde 50'yi geçmemesi şartıyla, temel iç ihtiyaçları karşılamak üzere yüzde 10 istisnası tanınacağı; 1997 seviyelerinin yüzde 15'i geçmemesi şartıyla, yüzde 10 istisnası tanınacağı ve 2000 seviyelerinin de yüzde 0'ı geçmemesi şartıyla, yüzde 15 istisnası tanınacağı gibi hususlar yer almaktadır. Halonlar bakımından da oldukça benzer tüketim ve üretim hedefleri benimsenmiştir. 1990 Değişiklikleri'nde gelişmekte olan devletlerin kalkınma ihtiyacına ve alternatif teknolojilerin transferine özel bir atıf yapılmış ve bir de Çoktarafli Fon oluşturulmuştur. 1992'de Kopenhag'da, 1997'de Montreal'de ve 1999'da Pekin'de İlave Değişiklikler<sup>184</sup> yapılmıştır. Bu çerçevede farklı maddelerin aşamalı olarak kaldırılmasına yönelik zaman çizelgelerine dair değişiklikler, yeni bir kontrol altına alınan maddeler listesi ve yeni bir rapor sunma yükümlülüğü kabul edilmiştir. Ayrıca Uyum Komitesi genişletilmiş ve Çoktarafli Fon daimi bir hale getirilmiştir.<sup>185</sup>

<sup>179</sup> Bkz., 26 ILM, 1987, s. 1541 ve 28 ILM, 1989, s. 1301. Ayrıca bkz., R. Benedick, *Ozone Diplomacy*, Cambridge, MA, 1991 ve A. C. Aman, 'The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer: Providing Prospective Remedial Relief for Potential Damage to the Environmental Commons', Francioni ve Scovazzi, *International Responsibility for Environmental Harm*, s. 185. Ayrıca bkz., UN Environment Programme, *Handbook for the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*, 7. Baskı, Nairobi, 2006.

<sup>180</sup> Yani Ek A'da yer alan ozonu inceltici maddeler.

<sup>181</sup> Bu kontrol altındaki maddelerin üretim ile ithalatının toplamından bunların ihracatının çıkartılması şeklinde tanımlanmıştır. Bkz., madde 1(5) ve (6) ve 3.

<sup>182</sup> Ancak iki istisna söz konusu olup, birinci istisna 'taraflar arasında endüstriyel rasyonalizasyon' amaçları bakımından ve ikincisi ise bazı gelişmekte olan ülkeler bakımındandır. Bkz., madde 5.

<sup>183</sup> Bkz., 30 ILM, 1991, s. 537.

<sup>184</sup> Bkz., 32 ILM, 1993, s. 874. Kapsanan maddeleri arttırmak üzere 1997 Montreal ve 1999 Pekin'de değişiklikler yapılmıştır. Bkz., <http://ozone.unep.org/en/treaties-and-decisions/montreal-protocol-substances-deplete-ozone-layer>. Ayrıca bkz., 2007 HCFC (hidrokloroflorokarbon)'ların Üretimi ve Tüketimine Dair Montreal Değişikliği, bkz. <http://www.ozone.unep.org/en/2007-montreal-adjustment-production-and-consumption-hcfc>. Ocak 2016 tarihinde Kigali'de özellikle soğutma ve buzdolaplarında kullanılan bir seragazi olan hidroklorokarbonun (HFC) azaltılması için ilave bir değişiklik yapılmıştır. Bu düzenleme, azaltmaya ilişkin olarak farklı plan ve programlara sahip olan üç kategori devlet öngörmektedir. Devletlerin çoğunluğu gazların üretimi ve tüketimini 2014 yılına kadar donduracaklardır. Bu düzenleme, gazların küresel düzeyini 2047 yılına kadar yüzde 80 ile 85 arasında azaltacaktır. Bkz. <http://www.bbc.co.uk/news/science-environment-37665529>.

<sup>185</sup> Ayrıca bkz., 4 Mart 1991 tarihli EC Regulation 91/594, burada 30 Haziran 1997'den sonra, Avrupa Komisyonu üretimin gerekli olduğuna karar vermedikçe, CFC'lerin artık üretilmeyeceği öngörülmüştür.

İklim değişikliği fenomenine yönelik tedbirlerin ortaya çıkışı ise çok daha yavaş gerçekleşmiştir.<sup>186</sup> Genel Kurul'un 43/53 (1988) ve 44/207 (1989) sayılı kararlarında iklim değişikliğinin insanlık için bir ortak endişe kaynağı olduğuna ve bu mesele ile ilgilenmek üzere gerekli ve zamanında tedbirlerin alınması gerektiğine karar verilmiştir. Genel Kurul ayrıca iklim değişikliği hakkında bir konferans toplanması çağrısında bulunmuş ve aynı çağrı 25 Mayıs 1989 tarihli Küresel İklim Değişikliğine Dair UNEP Yönetim Konseyi Kararı'nda da tekrarlanmıştır. Bunlara ek olarak yirmi dört devlet tarafından imzalanan 1989 Çevre hakkında Lahey Deklarasyonu ile küresel ısınma artışı ile mücadele etmek ve gereken hukuki belgeleri görüşmek üzere BM nezaretinde yeni bir kurumsal otoritenin kurulması istenmiştir. Bu doğrultuda 1992 yılında İklim Değişikliğine Dair BM Çerçeve Sözleşmesi kabul edilmiştir.<sup>187</sup>

Sözleşme'nin amacı atmosferdeki sera gazlarını iklim sistemi üzerindeki insan kaynaklı zararlı etkilerini önleyecek bir seviyede tutmayı başarmak ve söz konusu seviyeye ekosistemlerin iklim değişikliğine doğal bir şekilde uyum sağlamasına ve gıda üretimini tehlikeye sokmayacak ve ekonomik kalkınmanın sürdürülebilir bir şekilde devamına izin verecek bir zaman dilimi içinde varmaktır.<sup>188</sup> Taraf devletler bu doğrultuda, diğerlerinin yanı sıra, Montreal Protokolü ile denetlenmeyen diğer tüm sera gazlarının insan kaynaklı salımlarına ve ayrıca yutaklar<sup>189</sup> tarafından uzaklaştırılanlara ilişkin ulusal envanterlerini geliştirme, güncelleştirme ve yayınlamayı; iklim değişikliğini azaltacak önlemleri içeren ulusal ve uygun ise bölgesel programları oluşturma, uygulama ve güncellemeyi; bu tür insan kaynaklı salımları kontrol altına alan, azaltan veya önleyen teknoloji ve işlemlerin geliştirilmesi, uygulanması ve transferini teşvik etme ve işbirliği yapmayı; Montreal Protokolü ile denetlenmeyen tüm sera gazlarının yutak ve haznelerinin sürdürülebilir şekilde idaresi ve korunmasını teşvik etmeyi; iklim değişikliği sorununu kendi ilgili sosyal, ekonomik ve çevresel politikalarında mümkün olan en geniş şekilde dikkate almayı ve iklim değişikliği alanında araştırma, bilgi değişimi ve eğitimi teşvik etmeyi ve işbirliği yapmayı üstlenmişlerdir.<sup>190</sup> Ayrıca gelişmiş taraf ülkeler ve Ek I'de yer alan diğer bazı taraf ülkeler<sup>191</sup> insan kaynaklı salımların uzun vadeli değişiminde öncü rol oynamayı ve özellikle insan kaynaklı sera gazı salımlarını sınırlandırarak ve sera gazı yutaklarını ve haznelerini koruyarak ve takviye ederek, iklim değişikliğini azaltmak için ulusal politikalar benimsemeyi ve uygun önlemler almayı taahhüt etmektedirler.<sup>192</sup> Gelişmiş taraf ülkelerin ve diğer Ek I taraflarının, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden itibaren altı ay içerisinde ve daha sonra periyodik olarak, insan kaynaklı salımların 1990 yılı seviyesine çekilmesi amacı çerçevesinde bu politika ve önlemler hakkında ayrıntılı bilgi vermesi gerekmektedir. Verilen bu bilgiler Taraflar Konferansı'nda periyodik olarak gözden geçirilecektir.<sup>193</sup> Bunun yanı sıra

<sup>186</sup> Bkz., Sands, *Principles*, ss. 274 vd.; Dupuy ve J. Viñuales, *International Environmental Law*, ss. 141 vd. ve Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, ss. 356 vd. Ayrıca bkz., *Report on the Global Climate 2001–2010*, World Meteorological Organisation, WMO-No. 1119, 2013 ve ILA, 'Legal Principles Relating to Climate Change', First Report to the Hague Conference, 2010; Second Report to the Sofia Conference, 2012 ve Third Report to the Washington Conference, 2014, [www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1029](http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1029).

<sup>187</sup> Bkz., 31 ILM, 1992, s. 849. Öneğin bkz., J. Werksman, 'Designing a Compliance System for the UN Framework Convention on Climate Change', *Improving Compliance with International Environmental Agreements* (ed. J. Cameron, J. Werksman, P. Rodinck ve diğerleri), London, 1996, s. 85. Ayrıca bkz., Birnie ve Boyle, *International Law and the Environment*, ss. 356 vd. ve Sands, *Principles*, ss. 276 vd. Ayrıca bkz., <http://unfccc.int/2860.php>

<sup>188</sup> Madde 2.

<sup>189</sup> Madde 1(8)'de yutak, bir sera gazını, bir aerosolü veya bir sera gazının oluşumunda rolü bulunan bir öncü maddeyi atmosferden uzaklaştıran herhangi bir işlem veya faaliyet şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>190</sup> Madde 4(1).

<sup>191</sup> Örnek olarak, Belarus, Ukrayna ve Baltık devletleri gibi eski Avrupalı Sovyet Cumhuriyetleri.

<sup>192</sup> Madde 4(2)a.

<sup>193</sup> Madde 4(2)b.

gelişmiş taraf ülkelerin ve Ek II'de yer alan diğer bazı gelişmiş tarafların<sup>194</sup> gelişmekte olan taraf ülkelerin Sözleşme'de üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmelerini sağlayacak mali kaynakları sağlayacakları ve bu ülkelerin iklim değişikliğinin zararlı etkilerine uyum sağlamalarına yardım edecekleri öngörülmüştür. Bu çerçevede söz konusu taraflar örnek olarak küçük ada devletleri, alçak konumlu kıyı alanları bulunan ülkeler, doğal afetlere mütemayil ülkeler, kuraklığa ve çölleşmeye hassas ülkeler ve denize çıkışı olmayan transit ülkeler gibi bazı gelişmekte olan taraf ülkelere yardım için gerekli eylemleri tümüyle göz önünde bulundurmayı kabul etmişlerdir.<sup>195</sup>

Taraflar Konferansı bu Sözleşme'nin en yüksek organı olarak tayin edilmiş olup, işlevleri arasında Sözleşme'nin uygulanmasını gözden geçirmek, tarafların yükümlülüklerini ve kurumsal düzenlemeleri dönemsel olarak incelemek, bilgi değişimini teşvik etmek, iki veya daha çok tarafın talebi üzerine iklim değişikliğine karşı alınan önlemlerin eşgüdümünü kolaylaştırmak, envanterlerin hazırlanması için uygun metodların geliştirilmesini teşvik etmek ve yönetmek, Sözleşme'nin taraflarca uygulanmasını değerlendirmek, uygulamaya dair dönemsel raporları incelemek ve kabul etmek ve Sözleşme'nin uygulanması için gereken bütün sorunlara öneriler getirmek bulunmaktadır.<sup>196</sup> Ayrıca Sözleşme'de bir sekreteryaya, bir bilimsel ve teknolojik alt danışma organı ve bir de uygulama alt organının kurulması öngörülmüştür.<sup>197</sup> Sözleşme bir bütün olarak karmaşık bir belge olsa da, özellikle gelişmiş taraf ülkelerce üstlenilmiş olan yükümlülüklerin çerçevesi bakımından yeterince açık değildir.<sup>198</sup>

1997 Kyoto Protokolü<sup>199</sup> ile gelişmiş taraf ülkeler için sera gazı salımlarını, 2008-2012 'taahhüt dönemi' içinde, 1990 yılı seviyelerinden toplamda en az yüzde 5'lik bir kesintiye varacak şekilde sınırlamak veya azaltmak üzere bireysel ve hukuken bağlayıcı hedefler öngörülmüştür. Gelişmekte olan ülkelerin ise sadece önceki mevcut taahhütlerine uymaları gerekmektedir. Ormancılık projeleri ('karbon yutakları') gibi sera gazlarını azaltma etkisine sahip olduğu kabul edilen bazı faaliyetler salım hedeflerini karşılamak üzere kullanılabilir. Protokol ayrıca devletlere salımlarını birleştirme imkanı vermekte ve böylece örnek olarak Avrupa Birliği üyelerine istemeleri halinde birlikte hesaba katılma izni verilerek, bunlar arasında yer alan daha az gelişmiş üyelerin diğerlerinin hesabından istifade ederek salımlarını arttırmalarına imkan sağlanmaktadır. Buna ek olarak taraf devletler diğer gelişmiş taraf devletlerdeki (örneğin 'ortak uygulama') ve bazı durumlarda gelişmekte olan devletlerdeki (örneğin 'temiz kalkınma mekanizması') salım-azaltma projelerine destek vererek kredi kazanabilmektedir. Ayrıca salım ruhsatları ticareti imkanı da sağlanmış olup, böylece bazı devletler diğer devletlerin kullanılmayan salım kotalarını satın alabileceklerdir ('salım ticareti').<sup>200</sup>

<sup>194</sup> Esas olarak Avrupa Birliği ülkeleri, ABD, Avustralya, Kanada, Yeni Zelanda, İzlanda, Japonya, İsviçre ve Türkiye.

<sup>195</sup> Madde 4(8).

<sup>196</sup> Madde 7.

<sup>197</sup> Madde 8-10.

<sup>198</sup> Sözleşme 1994'de yürürlüğe girmiş ve ertesi yıl Konferans'ın ilk toplantısı Berlin'de yapılmıştır. Halihazırda 197 taraf mevcuttur. Bir tarafa diğer bir taraf ülkesinde sera gazı salımlarını azaltma yatırımına imkan veren bir ortak uygulama pilot projesi başlatılmış ve Bonn'da daimi bir sekreteryaya ile iki yardımcı danışma organı kurulmuştur, bkz., 34 ILM, 1995, s. 1671.

<sup>199</sup> Protokol 16 Şubat 2005'de yürürlüğe girmiştir. Bkz., D. Freestone ve C. Streck, *Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms: Making Kyoto Work*, Oxford, 2005. Ayrıca bkz., Sands, *Principles*, s. 283; Dupuy ve J. Viñuales, *International Environmental Law*, ss. 149 vd. ve Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, s. 360.

<sup>200</sup> Bu konularda daha fazla ilerleme 1998 Buenos Aires, 2001 Bonn, 2001 Marakeş, 2009 Kopenhag, 2010 Cancun, 2011 Durban, 2012 Doha ve 2013 Varşova toplantılarında sağlanmıştır. Marakeş Mutabakatları için, bkz., Sands, *Principles*, s. 285 ve Kopenhag ve Cancun toplantıları için, *a.g.e.*, s. 293 vd. Ayrıca bkz., <http://unfccc.int/essentialbackground/items/6031.php>.

Sözleşme ve Protokol'ü gözden geçirmek üzere Taraflar Konferansı düzenli olarak toplanmaktadır. Ayrıca biri bilimsel ve teknolojik tavsiyeler ve diğeri uygulama ile ilgilenen iki yardımcı organ oluşturulmuştur. Sözleşme'nin finansal mekanizması 1991 yılında Dünya Bankası, BM Çevre Programı ve BM Kalkınma Programı tarafından kurulan Küresel Çevre Fonu'nca işletilmektedir. Sözleşme konusuyla ilgili tavsiyeler Dünya Meteoroloji Örgütü ve BM Çevre Programı tarafından kurulmuş olan Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli'nden istenmektedir.<sup>201</sup> Ek I devletleri (esas olarak gelişmiş ülkeler) sera gazı sınırları hakkındaki yıllık envanter raporlarını sekreteryaya sunmak zorunda olup, bunlar derinlemesine ve teknik incelemeye tabi tutulmaktadır.<sup>202</sup> Gelişmekte olan devletler ise daha esnek bir rapor verme yükümlülüğüne tabi tutulmuştur. Kyoto Protokolü'ne (2001 Marakeş Uzlaşması tarafından değiştirilmiş haliyle) taraf olanlar için bir takım kolaylaştırıcı ve uygulatıcı yetkileri olan bir Uyum Komitesi kurulmuştur.<sup>203</sup>

Bu yüzyılda küresel ısı artışını, sanayi devrimi öncesi düzeylerden 2 santigrat derece yüksekine, mümkünse 1,5 derece, altında tutma amacıyla 12 Aralık 2015 tarihinde Paris Antlaşması kabul edilmiştir.<sup>204</sup> Antlaşma karmaşıktır ve burada sadece özet ve temel bilgi sunulacaktır. Taraflar, sera gazı emisyonlarında en yüksek düzey noktasına en çabuk zamanda erişmek istemektedirler ve mümkün olan en iyi bilimsel teknoloji yardımıyla buradan itibaren hızlı bir düşüşü taahhüt etmektedirler. Gelişmekte olan taraf devletler için ise bu en yüksek noktanın, daha uzun bir süre alacağı kabul edilmektedir. Burada amaçlanan şey, kaynaktan ortaya çıkan antropojenik (insan kökenli) emisyonlar ile seragazlarının yutaklar aracılığıyla giderilmesi arasında, hakkaniyet temelinde ve sürdürülebilir gelişme ile yoksulluğu ortadan kaldırma çabaları bağlamında, bu yüzyılın ikinci yarısında bir dengenin kurulmasıdır. Bunu başarmak için antlaşma taraflara, kendilerinin sağlamaya istekli oldukları ve bunun için kendi ülkeleri içinde yerine getirmeyi kabul ettikleri azaltma önlemleri şeklinde 'ulusal olarak belirlenen katkılar' tesis etme ve bunları uygulamaya dair bağlayıcı yükümlülükler yüklemektedir. Bu yaklaşım, daha önceki uluslararası düzeyde hemfikir olunan hedefler koyma teşebbüsünden farklıdır. Bu katkılar her beş yılda bir açıklanacaktır ve her katkı öncekine nazaran bir 'ilerleme' kaydedecektir. Gelişmiş ve gelişmekte olan devletlere farklı yükümlülükler yüklenmiştir ('hakkaniyet ve ortak ama farklılaştırılmış sorumluluk ve ayrı yetenekler' ilkesi). Gelişmiş ülkeler, ekonomilerinde mutlak emisyon azaltma yükümlülüğü altına girerken; gelişmekte olan ülkeler düşürme çabalarını genişletmeye devam edecekler ve, farklı ulusal şartlara göre, zaman içerisinde ülke ekonomilerinin emisyon azaltma ve sınırlama hedeflerine doğru yönelmeye teşvik edileceklerdir. Antlaşma, işbirliği vasıtasıyla ulusal intibak çabalarının ciddi olarak güçlendirilmesi maksadıyla küresel bir hedef koymaktadır ve taraflar, planları hakkında periyodik olarak intibak bilgisi sunacaklar ve bunu güncelleyeceklerdir. Gelişmekte olan devletler intibak faaliyetleri için yardım alacaklardır. İntibak, önleyici bir politikadır. Antlaşma, bunun yanına kayıp ve hasara ilişkin hükümler de eklemiştir. Bu hükümlere göre iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine dair yer değişim, 'iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine ilişkin yer değiştirmeyi bertaraf etmek, en aza indirmek ve onunla ilgilenmek için entegre yaklaşımlara dair tavsiyeler' geliştirmek maksadıyla Kayıp ve Hasara Dair Varşova Uluslararası Mekanizması tarafından kurulacak bir görev gücüne açık bir biçimde mülhaza edilecektir.<sup>205</sup> Antlaşmayı uygulamak amacıyla, tarafların farklı yetkinliklerini dikkate alan bir "eylem ve destek geliştirilmiş şeffaflık çerçevesi" oluşturulmuştur. Bu sistem uyarınca emisyon hedefleri ulusal olarak belirlenecek ancak ölçüm, raporlama ve doğrululuğu hakkındaki araştırma uluslararası

<sup>201</sup> Bkz., [www.ipcc.ch/](http://www.ipcc.ch/).

<sup>202</sup> Yapılması gerekenler Kyoto Protokolü tarafları için daha sıkı tutulmuştur.

<sup>203</sup> Bkz., insan kaynaklı iklim değişikliğinin tehlikelerinin analiz edildiği 2007 Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli'nin Dördüncü Değerlendirme Raporu. Rapor hükümetler tarafından oybirliği ile kabul edilmiştir. Bkz., [www.ipcc.ch](http://www.ipcc.ch). Ayrıca bkz., 2014 Beşinci Değerlendirme Raporu ve çalışma gruplarının katkıları, <http://www.ipcc.ch/report/ar5/index.shtml>

<sup>204</sup> FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1

<sup>205</sup> Özellikle bkz. Paris Antlaşması'na eklenen karar. (paras. 48-50, Decision 1/CP.21). Bkz. önceki dipnot.



düzye de gerçekleştirilecektir. Taraflarca sağlanan bilgi bir ‘teknik uzman inceleme’ tarafından değerlendirilecektir. İlaveten, 2023 yılına kadar ve bundan sonra her beş yıldı bir Taraflar Devletler Konferansı tarafından bir ‘küresel stok sayımı’ gerçekleştirilecektir. Ek olarak, antlaşmanın uygulanmasını kolaylaştırmak için yerine getirmeyi denetleme mekanizması olarak 12 uzmandan oluşan bir komite kurulacaktır ve bu komite Taraflar Devletler Konferansı’na yıllık olarak rapor sunacaktır.<sup>206</sup> Antlaşma en azıdan tahmini olarak toplam küresel emisyonun yüzde 55’ne tekabül eden en az 55 taraf devletin New York’taki BM depo merciine onay, kabul, tasdik ya da katılma belgelerini sundukları tarihten sonraki otuzuncu gün yürürlüğe girecektir.<sup>207</sup>

## DIŞ UZAY<sup>208</sup>

1967 Dış Uzay Antlaşması uzayın keşif ve kullanımının bütün devletlerin yarar ve menfaati için yapılmasını öngörmektedir.<sup>209</sup> Buna göre uzayın ve gök cisimlerinin kirletilmesinden ve dünya çevresine dünya dışı maddelerin taşınması suretiyle olumsuz değişiklikler yaratılmasından kaçınılması gerekmektedir.<sup>210</sup> Ayrıca nükleer silahların ve diğer kitle imha silahlarının dünya yörüngesine, gök cisimlerinin üzerine veya dış uzaya yerleştirilmesi yasaklanmış ve ay ile diğer gök cisimlerinin münhasıran barışçıl amaçlar için kullanılması öngörölmüştür.<sup>211</sup> 1979 Devletlerin Ayda ve Diğer Gök Cisimlerindeki Faaliyetlerini Düzenleyen Antlaşma’da ayın ve buradaki doğal kaynakların ‘insanlığın ortak mirası’ olduğu ve münhasıran barışçıl amaçlar için kullanılması gerektiği öngörülmektedir.<sup>212</sup> Ayrıca madde VII’de ayın keşfi ve kullanımı sırasında devletlerden buranın çevresinin mevcut dengesinin, bu çevrede zararlı değişiklikler oluşturulması veya evre-dışı maddelerin getirilerek kirletilmesi suretiyle, bozulmasını önleyecek tedbirleri almaları istenmektedir.

Bu açıdan özellikle dış uzayda biriken artıklar bakımından büyüyen bir problem söz konusudur. Farklı boyutlarda milyonlarca nesneden oluşan<sup>213</sup> bu tür artıklar uzay araçları için büyük bir tehlike oluşurmaktadır. Uluslararası hukukta uzaya gönderilen nesnelere neden olduğu zararlar açısından kusursuz sorumluluk öngörölmüş,<sup>214</sup> ancak uzaydaki artıklar problemi Uluslararası Hukuk Derneği’nin 1994 Konferansı’nda kabul edilmiş olan Uzaydaki Artıkların Neden Olduğu Zararlardan evrenin Korunmasına Dair Buenos Aires Uluslararası Belgesi’nde ele alınmıştır.<sup>215</sup> Taslakta evreye verilecek zararın önlenmesinde, uzaydaki artıkların önlenmesi, azaltılması ve kontrolüne ilişkin teknolojinin geliştirilmesi ve paylaşılmasının teşvikinde ve bilginin akış ve değişiminde işbirliği yapılması ve çevreye veya kişilere veya nesnelere zarar

<sup>206</sup> Antlaşmanın 24. maddesi Uluslararası Adalet Divanı ya da bir tahkim mahkemesine başvuruyu öngören İklim Değişikliği Antlaşması’nın 14. maddesine atıf yapmaktadır.

<sup>207</sup> Madde 21(1). Gereken eşiğe 5 Ekim 2016 tarihinde ulaşılmış ve antlaşma 4 Kasım 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. [http://unfccc.int/paris\\_agreement/items/9444.php](http://unfccc.int/paris_agreement/items/9444.php)

<sup>208</sup> Bkz., yukarıda 9. Bölüm. Ayrıca bkz., Sands, *Principles*, ss. 299 vd.

<sup>209</sup> Madde 1.

<sup>210</sup> Madde 9.

<sup>211</sup> Madde 4. Ayrıca bkz., BM Genel Kurulu’nun 47/68 (1992) sayılı kararıyla kabul edilen Dış Uzayda Nükleer Güç Kaynaklarının Kullanılmasına İlişkin Prensipler. Burada radyoaktif koruma ve güvenliğe yönelik hedefler belirlenmektedir.

<sup>212</sup> Bkz., madde III ve XI.

<sup>213</sup> Bu tür artıklar uzay gemisinden, terk edilmiş uydulardan, uyduların yörüngesel patlamaları ve parçalanmasından veya fırlatma veya normal manevralar sırasında ortaya saçılan parçalardan kaynaklanabilmektedir. Bkz., örneğin L. Roberts, ‘Addressing the Problem of Orbital Space Debris: Combining International Regulatory and Liability Regimes’, 15 *Boston College International and Comparative Law Review*, 1992, s. 53. Ayrıca bkz., S. Gorove, ‘Towards a Clarification of the Term “Space Objects” – An International Legal and Policy Imperative?’, 21 *Journal of Space Law*, 1993, s. 10.

<sup>214</sup> Bkz., örneğin B. Hurwitz, *Space Liability for Outer Space Activities*, Dordrecht, 1992 ve yukarıda 9. Bölüm.

<sup>215</sup> Bkz., 1994 Altmış altıncı Buenos Aires Konferansı, ss. 317 vd. Bu belge bağlayıcı bir antlaşma olmasa da, etkili özel bir örgütün önermiş olduğu bir taslaktır.

vermesi muhtemel olan veya ciddi risk yaratan uzay artıklarına neden olması beklenebilen faaliyetler hakkında danışmalarda bulunulması yükümlülüklerine vurgu yapılmaktadır. Taslakta ilan edilen prensip uyarınca bir uzay aracı fırlatan veya fırlattıran ve bu belgeye taraf her bir devlet veya uluslararası örgüt bu aracın ürettiği uzay artıklarının belgenin diğer bir tarafına verdiği zararlardan uluslararası alanda sorumludur.<sup>216</sup> Bu konuda ele alınan diğer mevcut problemler arasında uzayın özelleştirilmesi ve ticarileştirilmesi fenomeni,<sup>217</sup> uzaktan algılama, yörüngealtı uçuşlar ve uydu verilerinin kullanılması gibi meseleler bulunmaktadır.<sup>218</sup> 2011'de Daimi Tahkim Mahkemesi (DTM) tarafından, uluslararası uyuşmazlık çözümü alanında özel taraflara dava hakkı vermeyen BM antlaşmalarının bıraktığı boşluğu doldurmak amacıyla *Dış Uzay Faaliyetlerine İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimi için Seçimlik Kurallar* kabul edilmiştir.<sup>219</sup>

## ULUSLARARASI SUYOLLARI<sup>220</sup>

Uluslararası suyolları birden fazla devlette konumlanmış olan yüzey ve yeraltı suları sistemleridir.<sup>221</sup> Bu tür suyolları bölünmez bir bütün oluşturmakta ve normalde ortak bir noktaya doğru akmaktadır. Tarihsel olarak bu kapsamdaki suyolları sisteminin genişliğine, özellikle bütün bağlantılı kolları ve yeraltı sistemleri ile birlikte nehir havzasının tamamını içerip içermediğine ilişkin uzun bir tartışma yapılmış olsa da, geçtiğimiz yıllarda geniş tanım yaklaşımı kabul edilmiştir. Örf ve adet hukukunda da uluslararası nehirlerde devletlere eşit kıyıdaş haklar tanıyan kurallar gelişmiş,<sup>222</sup> ancak bunlar çok kapsamlı olmamıştır.<sup>223</sup>

<sup>216</sup> Taslağın 8. maddesi.

<sup>217</sup> Bkz., örneğin ILA'nın 'Uzay Faaliyetlerinin Özelleştirilmesi ve Ticarileştirilmesinin Hukuki Boyutları' Raporu, Report of the Conference, Sofia, 2012, [www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/29](http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/29)

<sup>218</sup> Bkz., örneğin ILA Uzay Hukuku Komitesi'nin 'Uyuşmazlık Çözümü, Yörüngealtı Uçuşlar, Uydu Verilerinin Kullanımı ve Uzay Artıkları' Raporu, Report of the Conference, Washington, 2014, [www.ila-hq.org/download.cfm/docid/4F84FC9C-9ECF-4D3F-A697ABE442A3BFE](http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/4F84FC9C-9ECF-4D3F-A697ABE442A3BFE)

<sup>219</sup> <https://pca-cpa.org/en/documents/pca-conventions-and-rules/>

<sup>220</sup> Bkz., Sands, *Principles*, Bölüm 8; Dupuy ve Viñuales, *International Environmental Law*, s. 109 ve Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, Bölüm 10. Ayrıca bkz., S. McCaffrey, *The Law of International Watercourses*, 2. Baskı, Oxford, 2007; O. McIntyre, *Environmental Protection of International Watercourses in International Law*, Aldershot, 2007; A. Rieu-Clarke, *A Fresh Approach to International Law in the Field of Sustainable Development: Lessons from the Law of International Watercourses*, London, 2007; R. Baxter, *The Law of International Waterways*, Cambridge, MA, 1964; F. Florio, 'Water Pollution and Related Principles of International Law', 17 *Canadian YIL*, 1979, s. 134; J. Lammers, *Pollution of International Watercourses: A Search for Substantive Rules and Principles*, The Hague, 1984; S. McCaffrey, 'The Law of International Watercourses: Some Recent Developments and Unanswered Questions', 17 *Denver Journal of International Law and Policy*, 1989, s. 505; J. G. Polakiewicz, 'La Responsabilite de l'Etat en Matiere de Pollution des Eaux Fluviales ou Souterraines Internationales', *Journal de Droit International*, 1991, s. 283; H. Ruiz Fabri, 'Regles Coutumieres Generales et Droit International Fluvial', *AFDI*, 1990, s. 818; J. Sette-Camara, 'Pollution of International Rivers', 186 *HR*, 1984, s. 117 ve P. Wouters, 'The Legal Response to Water Conflicts: The UN Watercourses Convention and Beyond', 42 *German YIL*, 1999, s. 293.

<sup>221</sup> Bkz., örneğin 1992 Sınırtaşın Suyolları ve Uluslararası Göllerin Korunması ve Kullanılmasına Dair BM Sözleşmesi, madde 1(1) ve 1997 Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Kullanım Hukukuna Dair Sözleşme, madde 2. Ayrıca bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1994'deki 46. Toplantı Raporu, s. 197.

<sup>222</sup> Bkz., *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the Oder* davası, PCIJ, Series A, No. 23, s. 27; 5 AD, s. 83. Daimi mahkeme kararında şunu belirtmiştir, 'ulaşıma elverişli bir nehirdeki menfaatler topluluğu, bütün kıyı devletlerinin nehir boyunca kullanımında tamamen eşit olması ve bir kıyı devletin diğerlerine kıyasla herhangi bir tercihli imtiyazının bulunmaması gibi esaslı unsurlara sahip ortak bir hukuki hakkın temelini oluşturur'. Bu husus 12 Mart 2004 tarihli *Auditing of Accounts between the Netherlands and France*, tahkim kararında da tasdik olunmuştur, paragraf 97. Uluslararası Divan da 'Uluslararası hukuktaki modern gelişmeler uluslararası suyollarının ulaşım dışı kullanımına yönelik bu prensibi güçlendirmiştir' ifadesini kullanmıştır, *Gabcikovo-Nagyymaros Project* davası, ICJ Reports, 1997, ss. 7, 56; 116 *ILR*, s. 1.

<sup>223</sup> Bkz., *Lac Lanoux* davası, 24 *ILR*, s. 101. Mahkeme örnek olarak kıyı devletlerinin menfaatlerinin nehir sisteminde değişiklik öneren kıyı devletince dikkate alınması gerektiğini, ancak ilgili devletler arasında önceden bir antlaşma olmadan uluslararası suyollarının hidrolik gücünün kullanımını yasaklayan bir kural bulunmadığını ifade etmiştir, *a.g.e.*, s. 130.

Uluslararası hukukçulardan oluşan bir özel örgüt olan Uluslararası Hukuk Derneği tarafından 1966 yılında Uluslararası Nehirlerin Sularının Kullanımına Dair Helsinki Kuralları teklif edilmiş olup,<sup>224</sup> burada her bir havza devletinin sulardan yararlanma hakkı açısından makul ve hakça bir paya sahip olduğuna ve bütün devletlerin diğer havza devletlerinin ülkesinde esaslı zarara neden olabilecek su kirlenmesi biçimlerini önlemek zorunda olduklarına dikkat çekilmiştir.<sup>225</sup>

1992'de Helsinki'de BM Avrupa Ekonomik Komisyonu bünyesinde Sınıraşan Suyolları ve Uluslararası Göllerin Korunması ve Kullanılmasına Dair Sözleşme kabul edilmiştir.<sup>226</sup> Sözleşme uyarınca bütün taraflar sınıraşan suların durumunda bir insan faaliyetinden kaynaklanan değişikliğin neden olduğu çevre üzerindeki ciddi bir zararlı etkiyi önlemek, kontrol altına almak ve azaltmak için bütün uygun tedbirleri almak zorundadır. Çevre üzerindeki bu etkiler insan sağlığı ve güvenliği, flora, fauna, toprak, hava, su, iklim, manzara ve ayrıca kültürel miras üzerindeki etkileri içermektedir.<sup>227</sup> Bu tedbirleri alırken taraf devletlerin ihtiyatlılık ilkesi<sup>228</sup> ve kirliliğin önlenmesi, kontrol altına alınması ve azaltılmasına yönelik önlemlerin maliyetinin kirleten tarafından karşılanmasını öngören "kirleten öder" ilkesine göre hareket etmeleri gerekmektedir.<sup>229</sup> Her bir taraf devlet kaynak noktalarından yüzey sularına yapılan boşaltımlar için mevcut en iyi teknolojiye göre<sup>230</sup> boşaltım limitleri koymayı ve sınıraşan etkileri önlemek, kontrol altına almak ve azaltmak amacıyla uygun olduğu hallerde su kalitesi hedefleri oluşturmayı ve su kalitesi kriterleri<sup>231</sup> belirlemeyi üstlenmiştir. Taraflarca alınan önlemler örnek olarak az atıklı ve atıksız teknolojilerin uygulanmasını; atık su boşaltımlarının önceden ruhsatlandırılmasını; kentsel atık sularına biyolojik veya dengi işlemlerin uygulanmasını; çevresel etki değerlendirmesinin kullanılmasını ve sürdürülebilir su kaynakları idaresini içermelidir.<sup>232</sup>

Sözleşme'de ayrıca taraflardan izleme programları oluşturmaları, araştırma ve geliştirme projelerinde işbirliği yapmaları ve alakalı bilgileri mümkün olan en kısa zamanda paylaşmaları istenmektedir.<sup>233</sup> Kıyıdaş devletler faaliyetlerini koordine etmek üzere ikili veya çok taraflı antlaşma veya düzenlemeler yapacak ve kıyıdaş taraflardan birinin isteği üzerine karşılıklı danışmalarda bulunabileceklerdir.<sup>234</sup> Ayrıca madde 7'de tarafların 'sorumluluk ve yükümlülükler konusundaki kurallar, kriterler ve usulleri ele almak üzere uygun uluslararası çabaları destekleyecekleri' öngörülmektedir.

1997 Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna Dair Sözleşme su yolu devletlerinin bir uluslararası suyolunun kendi ülkelerindeki kısmını 'hakça ve makul bir biçimde' kullanacaklarını öngörmektedir. Bilhassa suyolunun optimal kullanımı, suyolunun

<sup>224</sup> 1966 Elli ikinci Konferans Raporu, s. 484.

<sup>225</sup> Ayrıca bkz., ILA tarafından 1982'de kabul edilen Uluslararası Drenaj Havzasındaki Su Kirlenmesine Dair Kurallar, Report of the Sixtieth Conference, 1982, s. 535 ve 1986'da kabul edilen Uluslararası Yeraltı Sularına Dair Kurallar, Report of the Sixty-second Conference. Ayrıca bkz., Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün çalışması, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1979, s. 193.

<sup>226</sup> Ayrıca bkz., 2003 Sınıraşan Sularda Endüstriyel Kazaların Sınıraşan Etkilerinin Neden Olduğu Hasarlar için Hukuki Sorumluluk ve Tazminata Dair Protokol.

<sup>227</sup> Madde 1(2) ve 2(1). *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)* davasında, Divan su çevresini muhafaza etme yükümlününün bir parçasının söz konusu nehrin flora ve faunasını koruma yükümlünü de içerdiğinin altını çizmiştir ICJ Reports, 2010, ss. 14, 100.

<sup>228</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>229</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>230</sup> Bu konu Ek I'de tanımlanmaktadır.

<sup>231</sup> Bkz., Ek III.

<sup>232</sup> Madde 3.

<sup>233</sup> Madde 4-6 ve 11-13. Kritik durumlar hakkında bildirimde bulunma ve karşılıklı yardıma dair hükümler için bkz., madde 14 ve 15.

<sup>234</sup> Madde 9 ve 10.

yeterince korunması ile uyumlu olmak zorundadır.<sup>235</sup> Hakça ve makul kullanım ile ilgili faktörler arasında, doğal mahiyetteki fiziksel faktörler ve ilgili su yolu devletlerinin sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarının yanı sıra, 'suyolunun su kaynaklarının kullanımının korunması, geliştirilmesi, ekonomisi ve bu yolda alınacak önlemlerin maliyeti' bulunmaktadır.<sup>236</sup> Madde 7'de su yolu devletlerinin diğer su yolu devletlerine ciddi zarar vermeyi önleyecek tüm uygun tedbirleri alacakları öngörülmektedir. Böyle bir zararın verilmesi halinde, bu zararı ortadan kaldırmak veya azaltmak üzere uygun olduğunda tazminat bakımından karşılıklı istişareler yapılması gerekmektedir. Madde 9 ve 11'de düzenli veri ve bilgi alışverişi öngörülmüş olup, su yolu devletleri tasarladıkları faaliyetlerin uluslararası suyunun durumu üzerindeki muhtemel etkileri hakkında bilgi alış verişi yapacak ve karşılıklı istişarelerde bulunacaklardır. Bir su yolu devleti diğer su yolu devletleri üzerinde ciddi olumsuz etkisi olabilecek faaliyetleri uygulamaya koymadan veya konulmasına izin vermeden önce, bu devletlere zamanında bildirimde bulunmalı ve tasarlanan faaliyetin muhtemel etkilerini değerlendirmelerini sağlamak için yeterli teknik veri ve bilgi sunmalıdır.<sup>237</sup> Aksi kararlaştırılmadığı takdirde, bildirimde bulunulan devletlerin böyle bir değerlendirme için altı aylık bir süresi olup, bu süre zarfında gerekli veri ve bilgi değişimi yapılmalı ve tasarlanan faaliyet bildirimde bulunulan devletlerin rızası olmadan uygulamaya konulmamalıdır. Şayet bildirimde hiçbir cevap verilmezse, bildirimde bulunan devlet tasarlanan faaliyeti uygulamaya koyma yoluna gidebilir. Bir cevap verilmesi halinde, devletler duruma hakça bir çözüm bulmak amacıyla danışma ve müzakerelerde bulunacaklardır.<sup>238</sup> Bir su yolu devletinin ciddi olumsuz etkisi olabilecek bir faaliyetin tasarlandığına inanmak için makul sebepleri varsa, bu devletin kendisi de yukarıdaki usullerin uygulanmasını isteyebilecektir.<sup>239</sup>

Madde 20'de su yolu devletlerinin uluslararası su yollarının ekosistemlerini koruyacak ve muhafaza edecekleri<sup>240</sup> ve bir uluslararası su yolunun diğer su yolu devletlerine veya bunların çevrelerine ciddi zarar verebilecek şekilde kirlenmesini<sup>241</sup> önlemek, azaltmak ve kontrol altına almak üzere harekete geçecekleri öngörülmektedir. Su yolu devletlerinin uluslararası su yoluna diğer su yolu devletlerine ciddi zarar verme sonucunu doğuracak şekilde su yolunun ekosistemi üzerinde zararlı etkisi olabilecek yabancı veya yeni canlı türlerinin katılmasını önlemek için gerekli tüm tedbirleri alması gerekmektedir.<sup>242</sup>

Şurası açıktır ki uluslararası toplum artık uluslararası su yollarının çevresinin korunması ihtiyacını açıkça kabullenmiştir.<sup>243</sup> Bu açıdan gelişmekte olan uluslararası çevre kurallarının daha geleneksel uluslararası hukuk prensipleri ile nasıl ilişkilendirileceği sorusu *Gabcikovo-Nagymaros Project* davasında<sup>244</sup> Uluslararası Divan'ın önüne gelen meselelerden birisi olmuştur.

<sup>235</sup> Madde 5. Bu hükme *Gab'cikovo-Nagymaros Project* davasında Uluslararası Divan tarafından açıkça atıf yapılmıştır, ICJ Reports, 1997, ss. 7, 80; 116 ILR, s. 1. Ayrıca bkz., su yolu devletlerinin bir uluslararası su yolunun optimal kullanımı ve yeterli korunması amacıyla işbirliği yapacağını vurgulayan 8. madde.

<sup>236</sup> Madde 6.

<sup>237</sup> Madde 12.

<sup>238</sup> Madde 11-17.

<sup>239</sup> Madde 18. Madde 19 planlanmış tedbirlerin uygulanması için aciliyet içeren hızlandırılmış bir prosedür öngörülmektedir.

<sup>240</sup> Deniz çevresinin korunması ve muhafazası için gereken tedbirler bakımından bkz., madde 23.

<sup>241</sup> Kirlenme burada 'uluslararası su yolunun sularının bileşimi veya kalitesinde doğrudan veya dolaylı olarak insan davranışı sonucu ortaya çıkan zararlı bir değişim' şeklinde tanımlanmaktadır, madde 21(1).

<sup>242</sup> Madde 22.

<sup>243</sup> Ayrıca bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2008'de kabul edilen Taslak Maddeler, A/63/10, Bölüm 4 ve bkz., Sands, *Principles*, s. 312. Uluslararası su yolları bakımından çeşitli bölgesel ve ikili anlaşma ve düzenlemelerin mevcut olduğuna dikkat ediniz. Bkz., örneğin Uluslararası Ren Komisyonu, ABD-Kanada Uluslararası Ortak Komisyonu hakkındaki anlaşmalar ve Zambezi Nehir Sistemi ve Nijer Havzası hakkındaki hükümler. Bkz., Sands, *Principles*, ss. 319 vd. ve Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, ss. 535 vd.

<sup>244</sup> ICJ Reports, 1997, s. 7; 116 ILR, s. 1.

Macaristan ve Çekoslovakya'nın 1977'de yaptıkları bir antlaşma uyarınca iki devlet arasında Tuna üzerinde kurulacak bir bent sistemi, baraj, rezervuar, hidroelektrik güç santralleri ve kanal havuzları sistemiyle Tuna'yı kendi orijinal yolundan çıkartan 25 kilometrelik bir kanal yapılması planlanmıştır. Ancak Macaristan tarafının artan çevresel endişeleri doğrultusunda bu konuda bir uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Macaristan bu projeye ilgili çalışmayı 1989'da askıya alırken, Çekoslovakya tarafı (bu tarihte artık Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti) 1991'den itibaren Tuna'ya Çekoslovak ülkesindeki bir noktadan set çekmeyi içeren bir "geçici çözüm" ile devam etme yoluna gitmiştir. 1992'de Macaristan'ın 1977 antlaşması ve ilgili belgelerin sona erdiğini açıklaması üzerine, mesele Macaristan ve Slovakya (ilgili proje açısından eski Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti'nin halefi) arasında 1993 yılında yapılan bir Özel Antlaşma yoluyla Uluslararası Divan'ın önüne getirilmiştir. Davada esas olarak antlaşma ile buna ilişkin çevresel endişeler arasındaki ilişkiye odaklanılmıştır. Divan bu açıdan çevre hukukunun yeni gelişmekte olan normlarının antlaşmanın uygulanması bakımından ilgili olduklarını vurgulayarak,<sup>245</sup> 'Çevrenin hassasiyetine ilişkin farkındalık ve çevresel risklerin devamlı bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğinin kabulü, antlaşmanın yapılmasından sonraki yıllarda çok daha güçlü hale gelmiştir' ifadesini kullanmıştır.<sup>246</sup> Ancak Divan kararında antlaşmanın halen yürürlükte olduğu ve Macaristan'ın onu tek taraflı sona erdirmeye hakkına sahip olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>247</sup>

## ÇOK TEHLİKELİ FAALİYETLER<sup>248</sup>

Çok tehlikeli faaliyetlerin uluslararası çevre hukukunun ayrı bir kategorisini oluşturduğu ve bu alanda kusursuz veya mutlak sorumluluk prensibinin geçerli olduğu iddia edilmektedir. Nelerin bu tür bir faaliyet sayılacağı oldukça belirsizdir; ancak buna ilişkin tanım söz konusu faaliyet nedeniyle ortaya çıkabilecek bir kirlenmeden ziyade, olası bir hasardan kaynaklanabilecek ciddi neticeleri dikkate almaktadır. Dolayısıyla bu konunun odak noktasında ciddi veya istisnai ağır sınıraşan zarar riski yer almaktadır.<sup>249</sup> Belli bir faaliyeti çok tehlikeli olarak kategorize etmenin amacının, kirlenme durumlarına ilişkin bir genel kural sayılan gereken özeni gösterme standardından ziyade, kusursuz sorumluluk prensibini kabul etmek olduğu söylenebilir.<sup>250</sup> Diğer bir deyişle bu tür bir faaliyetin ülkesinde veya yetkisi altında gerçekleştiği devlet kusura bakılmaksızın sorumlu olabilecektir. Genel prensibe getirilen bu istisna, ispat yükümünü kaldıran ve kaybı mağdurdan alarak devlete yükleyen bir metot olarak meşru gösterilmektedir. Ayrıca istisnai zarar potansiyeli taşıyan alanlarda devletlerin tedbir alması için güçlü bir teşvik olarak da işlev görebilmektedir.

Hangi alanların çok tehlikeli olarak karakterize edilebileceğine karar verirken, bir miktar temkinli davranmak gerekmektedir. Nükleer faaliyetlerin genel bir kural olarak bu kategorinin içine girdiğine ilişkin şüphe yoksa da, bundan ötesi hakkında herhangi bir mutabakat olmadığı görülmektedir. Her ne kadar 1972 Uzay Cisimlerinin Verdiği Zararlardan Dolayı Uluslararası Sorumluluk Sözleşmesi'nde özel olarak, bir fırlatıcı devletin kendi uzay

<sup>245</sup> ICJ Reports, 1997, ss. 7, 67.

<sup>246</sup> *A.g.e.*, s. 68.

<sup>247</sup> *A.g.e.*, ss. 76 ve 82. Mart 2003'de aynı nehir havzasını paylaşan ülkeler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere Su İşbirliği Kurumu'nun oluşturulduğu açıklanmıştır. Bkz., <http://news.bbc.co.uk/1/hi/sci/tech/2872427.stm>.

<sup>248</sup> Bkz., Sands, *Principles*, Bölüm 11; Dupuy ve Viñuales, *International Environmental Law*, chapter 7 ve Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, Bölüm 8 ve 9. Ayrıca bkz., D. A. Bagwell, 'Hazardous and Noxious Substances', 62 *Tulane Law Review*, 1988, s. 433; L. F. Goldie, 'Concepts of Strict and Absolute Liability and the Ranking of Liability in Terms of Relative Exposure to Risk', 16 *Netherlands YIL*, 1985, s. 247; Barboza, 'International Liability', ss. 331 vd.; W. Jenks, 'The Scope and Nature of Ultra-Hazardous Liability in International Law', 117 *HR*, 1966, s. 99; Handl, 'State Liability', ss. 553 vd. ve R. J. Dupuy, *La Responsabilite des Etats pour les Dommages d'Origine Technologique et Industrielle*, Paris, 1976, ss. 206-9.

<sup>249</sup> Handl, 'State Liability', s. 554.

<sup>250</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

aracının yeryüzünde vereceği zarar için tazminat ödemesi bakımından mutlak sorumluluk taşıdığı öngörülmüşse de,<sup>251</sup> bu yükümlülük, türünün tek açık örneği olarak kalmıştır.

### Nükleer Faaliyetler<sup>252</sup>

Nükleer teknolojinin kullanımı, faydalarının yanında riskler de içermekte olup, 1986'da Çernobil nükleer reaktöründeki kaza<sup>253</sup> uluslararası kamuoyuna nükleer bir kazanın ne büyüklükte sonuçlar doğuracağını açıkça göstermiştir. Bu alana ilişkin endişeler bu olaya kadar nükleer silahlar meselesine odaklanmış olup, bu çerçevede 1963'de Atmosferde, Dış Uzayda ve Su Altında Nükleer Silah Denemelerini Yasaklayan Antlaşma imzalanmıştır.<sup>254</sup> Fransa ve Çin bu antlaşmaya taraf olmamış ve atmosferik nükleer denemelerine devam etmişlerdir. Bunun üzerine Avustralya ve Yeni Zelanda, Uluslararası Divan'dan Fransa'nın atmosferik nükleer denemelerinin uluslararası hukuka aykırılığına ilişkin bir açıklama yapmasını istemiş, ancak Divan davayı Fransa'nın bu tür denemeleri artık sona erdirdiğine ilişkin kararının bağlayıcılığı temelinde karara bağlamış ve böylece mesele cevapsız kalmıştır.<sup>255</sup> 1995'de Güney Pasifik'de Fransız nükleer denemelerinin, gerçi bunlar atmosfer yerine yeraltında yapılmış olsa da, yeniden başlaması üzerine, Yeni Zelanda Uluslararası Divan'dan bu durumu 1974 kararı uyarınca gözden geçirmesini ve Fransa'nın deniz çevresine radyoaktif materyallerin karışmasına neden olması muhtemel olan ve bir çevresel etki değerlendirmesi yapılmadan sürdürülen davranışının hukuka aykırı olduğunu açıklamasını istemiştir. Her ne kadar Divan 'devletlerin doğal çevreye saygı gösterme ve koruma yükümlülüklerine' atıf yapmışsa da, 1974 kararı yalnızca atmosferik denemelerle ilgili olduğundan, davacının yeni duruma ilişkin talebinin önceki durumun yeniden gözden geçirilmesine izin veren ilgili paragrafının dışında kaldığından reddine karar vermiştir.<sup>256</sup> Nükleer silahların yayılmasının önlenmesine yönelik tedbirlerin 1968 Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Antlaşması ile kabul edilmesine rağmen, nükleer silahlara sahip olmak uluslararası hukuka aykırı sayılmamaktadır.<sup>257</sup>

Artık çok çeşitli uluslararası örgütler de nükleer faaliyetler ve çevre korumaya ilişkin kural ve prensiplerin geliştirilmesi sürecine belli bir dereceye kadar dahil olmaktadır. Bu konuda en belirgin örnek olan Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı (IAEA) nükleer santrallerin geliştirilmesini teşvik etmek üzere 1956 yılında kurulmuş, ancak özellikle Çernobil kazasından itibaren örgütün nükleer güvenliğe dair rolü daha ön plana çıkmıştır. 1986 Nükleer Acil Durum Hallerinde Yardıma Dair Sözleşme'de bu örgüte bir koordinasyon işlevi verilmiş ve istenmesi halinde uygun kaynakları sağlama yükümlülüğü getirilmiştir.<sup>258</sup> IAEA tarafından örnek olarak nükleer güç santrallerinin dizaynı, inşası ve işletilmesi dahil bu alana ilişkin bir

<sup>251</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>252</sup> Bkz., Sands, *Chernobyl: Law and Communication and Principles*, s. 536; Boyle, 'Nuclear Energy' ve 'Chernobyl'; Dupuy ve Viñuales, *International Environmental Law*, s. 226; J. C. Woodliffe, 'Tackling Transboundary Environmental Hazards in Cases of Emergency: The Emerging Legal Framework', *Current Issues in European and International Law* (ed. R. White ve B. Smythe), London, 1990 ve Woodliffe, 'Chernobyl: Four Years On', 39 ICLQ, 1990, s. 461. Ayrıca bkz., S. Tromans, *Nuclear Law: The Law Applying to Nuclear Installations and Radioactive Substances in its Historic Context*, 2. Baskı, Oxford, 2010.

<sup>253</sup> Bkz., Sands, *Chernobyl: Law and Communication*, ss. 1-2. Ayrıca bkz., IAEA, *Summary Report on the Post Accident Review Meeting on the Chernobyl Accident*, Vienna, 1986.

<sup>254</sup> Ayrıca bkz., 1971 Nükleer Silahların ve Diğer Kitle İmha Silahlarının Deniz Tabanına Yerleştirilmesinin Yasaklanması Antlaşması; 1967 Latin Amerika'da Nükleer Silahların Yasaklanması Antlaşması ve 1985 Güney Pasifik Nükleerden Arındırılmış Bölge Antlaşması.

<sup>255</sup> Bkz., *Nuclear Tests* davaları, ICJ Reports, 1974, s. 253; 57 ILR, s. 398.

<sup>256</sup> *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 1974 in the Nuclear Cases Tests Cases* davası, ICJ Reports, 1995, ss. 288, 305-6; 106 ILR, ss. 1, 27-8.

<sup>257</sup> Bkz., örneğin M. N. Shaw, 'Nuclear Weapons and International Law', *Nuclear Weapons and International Law* (ed. I. Pogany), London, 1987, s. 1. Ayrıca bkz., aşağıda 20. Bölüm.

<sup>258</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

dizi standart ve kılavuz oluşturulmuştur; ancak bu standartlar hukuken bağlayıcı değildir.<sup>259</sup> Diğer bazı uluslararası örgütler de nükleer faaliyetler alanında rol oynayabilmektedir.<sup>260</sup>

## BİLGİ VERME

Uluslararası hukukta bazı durumlarda bilgi verilmesini gerekli kılan genel bir prensip bulunmakta olup,<sup>261</sup> nükleer kazalar bağlamında birkaç ikili antlaşmada bu yükümlülük açıkça ifade edilmiştir.<sup>262</sup> Genel olarak bu antlaşmalar her devletin diğerlerini sivil nükleer faaliyetlerden kaynaklanan bir acil durumdan ve ikinci dereceden radyolojik sonuçları olabilecek diğer olaylardan gecikmeksizin haberdar etmesini öngörmektedir. Bu amaçla karşılıklı bilgi verme sistemleri kurulmuş ve uyarı bilgi merkezleri oluşturulmuştur. Ancak bu tür antlaşmalar askeri bilgi değişimini kapsamamaktadır.<sup>263</sup>

Çernobil kazasının ardından SSCB'nin acilen bilgi vermemesi üzerine, IAEA bünyesinde 1986 Nükleer Kazaların Erken Bildirimine Dair Viyana Sözleşmesi hızlı bir biçimde kabul edilmiştir. Buna göre bir nükleer kaza halinde ilgili devlet 'doğrudan veya Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı aracılığıyla ... nükleer kazadan ... fiziklen etkilenen veya etkilenebilecek olan devletlere ... kazanın tabiatı, oluş zamanı ve tam yeri hakkında ... gecikmeksizin bildirimde bulunacaktır'. Ayrıca bu devletlere radyolojik sonuçların azaltılmasına ilişkin bilgi de acilen verilmek zorundadır.<sup>264</sup> Devletler etkilenen bir devletin istediği daha fazla bilgi ve danışma talebini de en kısa zamanda yanıtlamalıdır.<sup>265</sup>

Her ne kadar Bildirim Sözleşmesi askeri nükleer kazalara uygulanmasa da, beş nükleer silah devletinin bu sözleşmeyi, hükümlerinde belirtilmeyenler dahil, bütün nükleer kazalarda uygulayacaklarını gösteren bir Gönüllü Uygulama Açıklaması yaptıklarının da altı çizilmelidir.<sup>266</sup>

Bu Sözleşme'nin kabulünden itibaren daha önceden imzalanmış olanlardan çok daha geniş kapsamlı çok çeşitli ikili antlaşmalar da imzalanmış olup, bunlardan bazıları Bildirim Sözleşmesi'nde belirtilen hükümlerin ilerisine geçmiştir. Örnek olarak 1987-88 arasında İngiltere ile Norveç, Hollanda ve Danimarka arasında imzalanan antlaşmalarda, bildirimde bulunan devletin ülkesinde sınıraşan radyolojik güvenlik riski etkisi muhtemel olan bir kaza veya faaliyet varsa ve ayrıca bildirimde bulunan devletin ülkesindeki tesis veya faaliyetlerden kaynaklanmayan anormal radyasyon seviyeleri tespit edilirse, diğer taraf devletlere bildirimde bulunma yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu antlaşmalara bilgi değişimine dair çok geniş hükümler de dahil edilmiştir.<sup>267</sup>

<sup>259</sup> Ancak 1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi uyarınca devletlerin denizin nükleer atık depolanarak kirletilmesini önlemek üzere IAEA standartlarını dikkate almaları gerekmektedir. Ayrıca bkz., IAEA, *International Fact-Finding Expert Mission of the Nuclear Accident Following the Great East Japan Earthquake and Tsunami*, 2011.

<sup>260</sup> Örnek olarak bkz., EURATOM (1957'de kurulmuştur), OECD'nin Nükleer Enerji Ajansı (1957'de kurulmuştur) ve ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü). Bkz., Boyle, 'Nuclear Energy', ss. 266-8.

<sup>261</sup> Ayrıca bkz., Stockholm Deklarasyonu'nun 20 Prensibi ve Rio Deklarasyonu'nun 9. Prensibi.

<sup>262</sup> Bunlardan ilki 1966'da Ardennes Nükleer Güç İstasyonu hakkında Fransa ve Belçika arasında imzalanmıştır. Diğer örnekler 1978 İsviçre-Almanya ile 1983 Fransa-İngiltere antlaşmalarını içermektedir. Bu son antlaşma İngiltere Nükleer Tesisler Müfettişliği ile Fransa'nın ilgili makamı arasında güvenlik meseleleri üzerine devamlı bilgi değişimi öngören bir resmi düzenleme ile desteklenmiştir.

<sup>263</sup> Bkz., Woodliffe, 'Tackling Transboundary Environmental Hazards', ss. 117-20.

<sup>264</sup> Madde 2. Ayrıca bkz., madde 5.

<sup>265</sup> Madde 6.

<sup>266</sup> Bkz., 25 ILM, 1986, s. 1394.

<sup>267</sup> Bkz., Woodliffe, 'Chernobyl', s. 464. Bkz., bir radyolojik acil durum halinde erken bilgi değişimini öngören European Community Council Directive 87/600 of December 1987. Ayrıca bkz., çevresel bilgiye erişim hakkı öngören 1990 EC Environmental Information Directive; 1992 Kuzey Doğu Atlantik Deniz Çevresinin Korunması Sözleşmesi'nin 9. maddesi ve 1993 Çevreye Zararlı Faaliyetlerden Kaynaklanan Hasarlar için Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi, Bölüm III.

## YARDIM SAĞLAMA<sup>268</sup>

Bir radyoaktif kaza durumunda yardım sağlanmasını öngören en eski antlaşma 1963 Nordik Karşılıklı Yardım Antlaşması'dır. Bu antlaşmada genel yardım koşulları, IAEA'nın danışma ve koordinasyon rolü, finansman sağlama, sorumluluk ile imtiyaz ve muafiyetler ele alınmıştır. 1972'de Birleşmiş Milletler tarafından BM Afet Yardım Ofisi (UNDRO) kurulmuş<sup>269</sup> ve bununla afet öncesi yardım planlaması amaçlanmıştır. 1977'de IAEA ile UNDRO arasında nükleer kaza alanındaki yardım faaliyetlerini koordine etmek amacıyla bir antlaşma imzalanmış ve 1984'de içlerinde maliyet, sorumluluk, imtiyaz ve muafiyetler konularına yapılan atıfların da yer aldığı devletler arasında işbirliği mekanizmalarını ortaya koyan bir dizi kılavuz yayınlanmıştır.<sup>270</sup>

Çernobil kazasının ardından 1986 yılında ve Bildirim Sözleşmesi ile aynı zamanda Nükleer Kaza veya Radyolojik Acil Durum Halinde Yardıma Dair Viyana Sözleşmesi kabul edilmiştir. Burada bir nükleer kaza veya radyolojik acil durum halinde yardıma ihtiyacı olan bir devletin bir başka taraf devletten doğrudan veya IAEA aracılığıyla böyle bir yardım isteyebileceği öngörülmektedir.<sup>271</sup> Bu talep söz konusu kaza veya acil durumun o devletin ülkesinde, yetkisi altında veya kontrolü içinde gerçekleşmiş olmasına bağlı değildir. Yardım talebinde (bu tıbbi yardım ve etkilenen halkın geçici olarak başka bir yere taşınmasını da içerebilir)<sup>272</sup> bulunan devletler, istenen yardımın çeşidi hakkında detayları ve diğer gerekli bilgileri sunmak zorundadır.<sup>273</sup>

IAEA bir yardım talebini bu amaçla ayrılmış uygun kaynakları tedarik ederek ve bu talebi derhal gereken kaynaklara sahip olan diğer devletlere ve uluslararası örgütlere ileterek karşılamak zorundadır. Buna ek olarak yardım arayan devletin istemesi halinde IAEA yapılacak yardımı uluslararası seviyede koordine edebilecektir. Ayrıca IAEA'nın mevcut uzmanlar, ekipmanlar ve malzemelere dair bilgileri ve böyle bir duruma müdahale edebilmeye ilişkin metod, teknoloji ve mevcut araştırma verilerini toplaması ve taraf devletlere sunması gerekmektedir.<sup>274</sup> Ajans tarafından sağlanabilecek yardımın genel kapsamı oldukça detaylı olarak düzenlenmiştir.<sup>275</sup>

Genel hatlarıyla Yardım Sözleşmesi etkilenen devletlere hızlı bir şekilde yardım sunulması sırasında talep eden devletin egemenliği,<sup>276</sup> yardım eden devlet veya devletlerin meşru hakları<sup>277</sup> ve uluslararası toplumun menfaatlerine ilişkin mülahazalar arasında bir denge sağlamaya çalışmaktadır. Sağlanan dengenin adil olup olmadığı ise tartışmaya açıktır.<sup>278</sup>

<sup>268</sup> Bkz., örneğin A. O. Adede, *The IAEA Notification and Assistance Conventions in Case of a Nuclear Accident: Landmarks in the History of Multilateral Treaty-Making*, London, 1987.

<sup>269</sup> Genel Kurul'un 2816 (XXVI) sayılı kararıyla bir Afet Yardım Koordinatörü oluşturulmuştur. Bkz., Sands, *Chernobyl: Law and Communication*, s. 45.

<sup>270</sup> Bir Nükleer Kaza veya Radyolojik Acil Durum ile Bağlantılı Karşılıklı Acil Durum Yardımı Kılavuzu, Sands, *Chernobyl: Law and Communication*, s. 199.

<sup>271</sup> Madde 2(1).

<sup>272</sup> Madde 2(5).

<sup>273</sup> Madde 2(2).

<sup>274</sup> Madde 5.

<sup>275</sup> A.g.e.

<sup>276</sup> Madde 3(a) uyarınca ve aksi kararlaştırılmadıkça, talep eden devlet kendi ülkesindeki yardımın genel idaresi, kontrolü, koordinasyonu ve denetimini yapacaktır.

<sup>277</sup> Madde 7 uyarınca yardım eden devlete, yardımını karşılıksız yapmayı önermedikçe, üstlendiği bütün maliyet en kısa zamanda ödenmeli ve madde 10(2) uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça, talep eden devlet yardım eden devlete ekipman veya malzemelerdeki bütün kayıp veya hasarlar ve bu devletin personeli veya bunun adına hareket eden kişilerin ölümü veya yaralanması bakımlarından tazmin ödemelidir. Yardım eden devletin neden olduğu hasarlar için sorumluluk öngören bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca bkz., imtiyaz ve muafiyetlerle ilgili madde 8.

<sup>278</sup> Bkz., Sands, *Chernobyl: Law and Communication*, s. 47 ve Woodliffe, 'Tackling Trans-boundary Environmental Hazards', s. 127.



## NÜKLEER GÜVENLİK

Nükleer Güvenliğe Dair Sözleşme 1994 yılında IAEA tarafından kabul edilmiştir. Burada nükleer güvenlikle ilgili sorumluluğun bir nükleer tesis<sup>279</sup> üzerinde yetki sahibi devlete ait olduğu vurgulanmakta ve taraf devletlere Sözleşme yükümlülüklerinin uygulanmasına yönelik yasal ve idari tedbirleri<sup>280</sup> bir düzenleyici organ aracılığıyla alma yükümlülüğü getirilmektedir.<sup>281</sup> Ayrıca devletlerden bütün tarafların bulunacağı düzenli gözden geçirme toplantılarına raporlar sunmaları istenmektedir.<sup>282</sup> Sözleşme’de nükleer tesisleri işletenlerin ruhsata bağlanmasının zorunlu olduğu<sup>283</sup> ve tesislerin güvenliğinden öncelikle işletenlerin sorumlu tutulacağı öngörülmektedir.<sup>284</sup> Sözleşme’de ayrıca güvenlikle ilgili birkaç husus belirtilmişse de, bunlar taraflar açısından bağlayıcı yükümlülükler biçiminde düzenlenmemiştir.<sup>285</sup>

## HUKUKİ SORUMLULUK<sup>286</sup>

Devletin bir faaliyetten sorumluluğu veya mesuliyeti meselesine ek olarak, bireysel mağdurlar tarafından başvurulabilecek davalar sorunu da ortaya atılmış olup, bu açıdan olası bir yaklaşım mağdurların yabancı kirletenin hukuk sistemindeki mevcut bütün tazmin yollarına erişimine ayırım yapmaksızın izin vermektir. Bu çözüm sınıraşan kirletenmeyi ulusal bir mesele haline dönüştürme etkisine sahip olacaktır.<sup>287</sup> Bu yaklaşıma bazı antlaşmalarda açıkça yer verilmiştir.<sup>288</sup> Bu yaklaşımda sorunlu olan yönü, yabancı mağduru kabahatli olan tarafın iç hukuk sistemindeki vatandaşlarla denk tutarken, bu eşitliğin değerinin o hukuk sisteminin uygun temel içeriği taşıyan kanunlara sahip olmasına bağlı bulunmasıdır. Bu tür kanunlar ilgili hukuk sisteminde her zaman bulunmayabilecektir. Buna karşın nükleer faaliyetler alanında hukuki sorumluluk sorununu belli ortak genel prensipler temelinde ele alarak özel olarak düzenleyen birkaç uluslararası antlaşma mevcuttur.

1960 Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Taraf Sorumluluğuna Dair OECD Paris Sözleşmesi’nde<sup>289</sup> bir nükleer tesisin işleteninin bir kişinin uğradığı zarar veya can kaybından ve bir mala verilen (nükleer tesisin kendisi ve bağlı mülkler ve taşıma araçları dışındaki) hasar veya kayıplardan sorumlu olacağı öngörülmektedir. 1963 Nükleer Zararlar için Hukuki Sorumluluğa Dair IAEA Viyana Sözleşmesi de benzer hükümler içermekte ve ayrıca küresel bir katılımı amaçlamaktadır. Ancak gerek Paris Sözleşmesi gerek Viyana Sözleşmesi’ne katılımın göreceli olarak sınırlı kalması üzerine, 1988’de Paris ve Viyana Sözleşmesi rejimlerini birbirine bağlayan bir Ortak Protokol kabul edilmiş ve böylece bu sözleşmelere taraf olanların her ikisinden de yararlanması sağlanmıştır. 1997 yılında Nükleer Zararlar için Ek Tazminata Dair Sözleşme ile 1963 Viyana Sözleşmesi’ni değiştiren bir Protokol’ün

<sup>279</sup> “Karada kurulu sivil nükleer güç istasyonu” şeklinde tanımlanmıştır, madde 2(1).

<sup>280</sup> Madde 4 ve 7.

<sup>281</sup> Madde 8.

<sup>282</sup> Madde 5 ve 20–5. IAEA tarafların toplantıları için sekreteryaya sağlayacaktır, madde 28.

<sup>283</sup> Madde 7(2)ii.

<sup>284</sup> Madde 9.

<sup>285</sup> Madde 10–19. Ayrıca bkz., IAEA’nın 1995 Radyoaktif Atık İdaresi Prensipleri’ne dayalı, 1997 Kullanılmış Yakıt Güvenliği ve Radyoaktif Atık Yönetimine Dair Ortak Sözleşme ve 1990 Radyoaktif Atıkların Sınırlarötesi Uluslararası Taşınmasına Dair Uygulama Esasları. Bunun temel hükümleri Nükleer Güvenlik Sözleşmesi ile aynıdır.

<sup>286</sup> Bkz., Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, ss. 520 vd. ve Sands, *Principles*, ss. 737 vd.

<sup>287</sup> Bkz., Boyle, ‘Nuclear Energy’, ss. 297–8.

<sup>288</sup> Bkz.,örneğin 1974 Çevrenin Korunmasına Dair Nordik Sözleşmesi. Ayrıca bkz., OECD Tavsiyeleri C(74)224, C(76)55 ve C(77)28.

<sup>289</sup> 1964 ve 1982 Protokolleri ile birlikte.

seksenden fazla devlet tarafından kabul edilmesiyle, işletenlerin sorumluluğunun kapsamı 300 milyon Özel Çekim Hakları'ndan (yaklaşık 400 milyon dolar) az olmayacak bir limite yükseltilmiş ve Sözleşme'nin coğrafi kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca nükleer zarar tanımının örnek olarak çevresel zararı da içerecek şekilde geliştirilmesi öngörülmüştür.<sup>290</sup>

Bu sözleşmeler benzer prensipler üzerinden işlemektedir. Kaybı üstlenecek olanın nükleer tesisin veya geminin gerçek işleteni olması gerekliliği olup,<sup>291</sup> bu mutlak veya kusursuz sorumluluğa dayanmaktadır. Dolayısıyla herhangi bir kusur veya ihmal gerekli değildir. Sözleşmeler, işleten devletin kendisi olmadıkça,<sup>292</sup> işletenlerden yetkili kamu otoriteleri tarafından koyulan şartlar uyarınca uygun sorumluluk sigortaları veya diğer finansal teminatlara sahip olmalarını ve ilgili devletlerden de sorumluluk limitlerine kadar olan taleplerin karşılanmasını sağlamalarını istemektedir.<sup>293</sup> Bu açıdan devletin bakiye sorumluluğunun tanınması emsalsizdir.<sup>294</sup> İşletenin sorumluluk miktarı ise sınırlanabilecektir.<sup>295</sup> İlgili sözleşmeler ayrıca işleten veya bunları sigortalayanlara karşı açılan davalar bakımından hangi devletin yetkili olduğunu da tespit etmektedir. Genel olarak yetki nükleer kazanın olduğu devlete aittir; ancak nükleer kazanın bir akit tarafın ülkesi dışında gerçekleşmesi halinde veya nükleer kazanın yerinin kesin olarak belirlenememesi halinde, bu yetki nükleer santralin sorumlu işletenin bulunduğu akit tarafın mahkemelerine ait olacaktır.<sup>296</sup> Yetkili mahkemelerce verilmiş kararlar her bir akit tarafın ülkesinde icra edilebilecektir.

Çernobil kazasının ardından yaşananların da gösterdiği üzere, devletler arasındaki talepler meselesinin çözümü daha zordur. Bir çok devlet kendi yetkileri içinde bulunan ve kazanın serpintilerinden etkilenen kişilere tazminat ödemiş ve eski SSCB aleyhine öne sürülebilecek doğrudan talepler bakımından haklarını saklı tutmuştur. Ancak bu açıdan gerçekten borçlu olunan yükümlülüklerle ilişkin problemler ve gerekli olan özen standardı hakkındaki şüpheler, bu tür taleplerin ileri sürülmesini önlemiş gözükmektedir.<sup>297</sup>

### Tehlikeli Atıklar<sup>298</sup>

Zehirli ve tehlikeli atıklardan kurtulma problemi ve bunların Üçüncü Dünya ülkelerinde depolanması uygulaması, buna eşlik eden ciddi sağlık riskleri ile birlikte, uluslararası alanda eyleme geçilmesini tetiklemiştir.<sup>299</sup> 1972 Gemi ve Uçaklardan Batırma Yoluyla Deniz Kirlenmesinin Önlenmesine İlişkin Oslo Sözleşmesi'nde<sup>300</sup> bazı maddelerin depolanması

<sup>290</sup> Bkz., 36 ILM, 1997, s. 1454, ve *a.g.e.*, s. 1473. Ayrıca bkz., bir nükleer gemi işletenin böyle bir geminin nükleer yakıtından veya gemideki radyoaktif malzeme veya atıklardan kaynaklanan bir nükleer hasardan, olaya bunların neden olduğunun ispatlanması halinde, mutlak olarak sorumlu olacağını öngören 1962 Nükleer Gemi İşletenlerinin Sorumluluğuna Dair Brüksel Sözleşmesi ve bir nükleer olayın neden olduğu hasardan sorumlu bir kişinin bu sorumluluktan, şayet nükleer tesisin işleteni Paris veya Viyana Sözleşmeleri uyarınca bu hasardan sorumlu ise, muaf tutulacağını öngören 1971 Nükleer Materyalin Deniz Yoluyla Taşınması Alanındaki Hukuki Sorumluluğa İlişkin Sözleşme.

<sup>291</sup> Nükleer materyalin taşıyıcısı veya yükleyicisi de, işletenin rızası varsa ve gereken yasal çerçeve bunu öngörmüşse, böyle bir işleten sayılabilecektir. Bkz., örneğin Paris Sözleşmesi'nin 4(d) maddesi.

<sup>292</sup> Bkz., Paris Sözleşmesi'nin 10. maddesi, Viyana Sözleşmesi'nin VII. maddesi ve Nükleer Gemilere Dair Brüksel Sözleşmesi'nin III. maddesi

<sup>293</sup> *A.g.e.*

<sup>294</sup> Karş. 1969 Petrol Kirliliği Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluğa Dair Sözleşme.

<sup>295</sup> Bkz., 1997'de değiştirilen haliyle Viyana Sözleşmesi'nin V. ve VI. maddeleri, Paris Sözleşmesi'nin 7 ve 8. maddeleri ve Nükleer Gemilere Dair Brüksel Sözleşmesi'nin III ve V. maddeleri.

<sup>296</sup> Paris Sözleşmesi'nin 13. maddesi, Viyana Sözleşmesi'nin XI. Maddesi ve Nükleer Gemilere Dair Brüksel Sözleşmesi'nin X. maddesi.

<sup>297</sup> Bkz., örneğin Sands, *Chernobyl: Law and Communication*, ss. 26–8.

<sup>298</sup> Bkz., Sands, *Principles*, Bölüm 12 ve Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, Bölüm 8.

<sup>299</sup> Bkz., *Keesing's Record of World Events*, ss. 36788–9 (1989). Ayrıca bkz., 1972 Stockholm Deklarasyonu'nun 6. Prensibi ve 1992 Rio Deklarasyonu'nun 14. Prensibi.

<sup>300</sup> Bu esas olarak Kuzey Doğu Atlantik alanı ile sınırlıdır.

hakkında bir yasak<sup>301</sup> ve diğer bazılarının depolanmasının kontrol altına alınması<sup>302</sup> öngörülmektedir. 1972 Atıkların ve Diğer Maddelerin Denizde Depolanması Yoluyla Deniz Kirlenmesinin Önlenmesine Dair Londra Sözleşmesi'nde<sup>303</sup> ise atıkların Sözleşme'de öngörülen şekiller dışında depolanması yasaklanmakta olup, buna ilişkin uygulama sıkı bir biçimde kontrol altına alınmaktadır.

1988'de Afrika Birliği Örgütü (ABÖ) nükleer ve endüstriyel atıkların Afrika'da depolanmasını, Afrika'ya ve buradaki halklara karşı suç sayan bir kararı kabul etmiştir. 1991'de ABÖ tarafından Tehlikeli Atıkların Afrika'ya İthalinin Yasaklanması ve Afrika içinde Sınırlarötesi Taşınması ve İdaresinin Kontrolüne Dair Bamako Sözleşmesi<sup>304</sup> kabul edilmiş olup, buna göre taraflar bütün tehlikeli atıkların her ne sebeple olursa olsun Afrika'ya ithalini ve bu atıkların denize depolanmasını yasaklamak zorundadır. OECD tarafından da tehlikeli atıkların sınırlarötesi taşınması ve ihracı hakkında birkaç Karar ve Tavsiye kabul edilmiştir.<sup>305</sup> 1989'da OECD "kirleten öder" prensibinin tehlikeli maddeler içeren kazalara uygulanması gerektiğine dikkat çeken bir Tavsiye<sup>306</sup> kabul etmiştir. 1989 Tehlikeli Atıkların Sınırlarötesi Taşınımının ve Bertarafının Kontrolüne İlişkin Basel Sözleşmesi tarafların tehlikeli ve diğer atıkların bunların ithalini yasaklamış olan taraflara ihracını yasaklayacaklarını ve diğer tarafları bu konuda bilgilendireceklerini öngörmektedir. İthal eden devletçe bir yasaklamanın olmaması durumunda, bu devlete bu tür atıkların ihracı yalnızca söz konusu ithalat hakkında yazılı rızanın alınması halinde mümkündür.<sup>307</sup> Sözleşme ayrıca her bir sınırlarötesi tehlikeli atık taşıma planının ihraç devleti tarafından ilgili devletlerin yetkili otoritelerine bildirilmesi gerektiğini öngörmektedir. İhraç devleti, ithal devletinin veya transit devletinin yazılı rızası alınmadan, tehlikeli atık üreticisi veya ihracatçısının sınırlarötesi taşımaya başlamasına müsaade etmeyecektir.<sup>308</sup>

1990'da IAEA tarafından Radyoaktif Atıkların Sınırlarötesi Uluslararası Taşınmasına Dair Uygulama Esasları kabul edilmiş<sup>309</sup> ve her devletin bu tür taşımaların yalnızca önceden bildirilmesi ve gönderen, kabul eden ve transit devletlerin kendi ilgili kanun ve düzenlemeleri uyarınca rızalarının alınmasından sonra yapılmasını sağlamaları gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca bu tür atıkların uluslararası güvenlik standartları ile uyumlu bir şekilde idaresi ve bertarafı için gereken idari ve teknik kapasite ile uygun düzenleyici otoritelere olan ihtiyaç ele alınmıştır.<sup>310</sup>

1992 Endüstriyel Kazaların Sınırlarötesi Etkilerine Dair Sözleşme bir tesiste veya taşıma sırasında tehlikeli maddeler (Ek I'de belirtilen) içeren faaliyetlerden kaynaklanan endüstriyel kazalara uygulanmaktadır. Sözleşme nükleer kazalara, askeri tesislerdeki kazalara, baraj çökmelerine, karasal taşıma kazalarına, genetiği değiştirilmiş organizmaların kazara salınmasına, deniz çevresindeki faaliyetlerin neden olduğu kazalara veya petrol ya da diğer zararlı maddelerin denize dökülmesine uygulanmamaktadır.<sup>311</sup> Sözleşme uyarınca

<sup>301</sup> Ek I'de listelenen.

<sup>302</sup> Ek II'de listelenen.

<sup>303</sup> Bu küresel bir belgedir.

<sup>304</sup> 30 ILM, 1991, s. 773.

<sup>305</sup> Bkz., örneğin 23 ILM, 1984, s. 214; 25 ILM, 1986, s. 1010 ve 28 ILM, 1989, ss. 277 ve 259.

<sup>306</sup> C(89)88.

<sup>307</sup> Madde 4. Ayrıca bkz., 1998 Uluslararası Ticarete Konu Bazı Tehlikeli Kimyasal ve Pestisitler İçin Önceden Bildirmeli Rıza Usulüne Dair Sözleşme.

<sup>308</sup> Madde 6.

<sup>309</sup> 30 ILM, 1991, s. 556.

<sup>310</sup> Bkz., 1995 Radyoaktif Atık Yönetimi Prensipleri ve 1997 Kullanılmış Yakıt Güvenliği ve Radyoaktif Atık Yönetimine Dair Ortak Sözleşme.

<sup>311</sup> Madde 2(2).

kaynak devletler<sup>312</sup> kendi yetkileri içindeki tehlikeli faaliyetleri tespit etmek ve etkilenen devletlere bu tür planlanan veya mevcut bir faaliyet hakkında bildirimde bulunulmasını sağlamak zorundadır. Sınırötesi etkileri olabilecek bu tür tehlikeli faaliyetlerin tespiti için karşılıklı istişarelerde bulunulması gerekmektedir.<sup>313</sup> Sözleşme’de çeşitli önleyici tedbirler de önerilmektedir.<sup>314</sup> Özellikle kaynak devlet böyle bir tehlikeli faaliyetten sorumlu işletenden bu faaliyetin güvenli şekilde işlediğini gereken bilgiyi sunmak suretiyle göstermesini isteyebilecektir.<sup>315</sup> Taraflar ayrıca yeni tehlikeli faaliyetlerin kuruluş yerleri ve mevcut tehlikeli faaliyetlerin ciddi şekilde modifiyesi hakkında politikalar geliştirecek ve endüstriyel kazalara müdahale için yeterli acil durum hazırlığı oluşturacak ve sürdürecektir.<sup>316</sup> Bu amaçla bir endüstriyel kaza bildirim sistemi kurulmuş olup,<sup>317</sup> madde 13 uyarınca taraflar ‘sorumluluk ve mesuliyet alanlarındaki kural, kriter ve usulleri ele alan uygun uluslararası çabalara destek vereceklerdir’.<sup>318</sup>

## DENİZ KİRLENMESİ<sup>319</sup>

Deniz kirlenmesi gemilerin işletilmesi, denizde depolama,<sup>320</sup> deniz yatağındaki faaliyetler<sup>321</sup> ve kara kaynaklı kirliliğin denizlere dökülmesi dahil çok çeşitli nedenlerle ortaya çıkabilmektedir.<sup>322</sup> Bu gibi konuları ele alan ikili, bölgesel ve çok taraflı pek çok sayıda antlaşma bulunmakta olup, bunlardan gemi kaynaklı kirlenme alanındaki bazı önemli olanlarına kısaca değinilecektir.

<sup>312</sup> Yani kendi yetkileri altında bir endüstriyel kazanın meydana geldiği veya meydana gelebileceği taraflar, madde 1(g).

<sup>313</sup> Madde 4. Ayrıca bkz., Ek II ve III.

<sup>314</sup> Bkz., madde 6 ve Ek IV.

<sup>315</sup> Madde 6(2) ve Ek V.

<sup>316</sup> Madde 7 ve 8 ve Ek V.

<sup>317</sup> Madde 10 ve Ek IX.

<sup>318</sup> Ayrıca bkz., Gıda ve Tarım Örgütü, Uluslararası Çalışma Örgütü, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü, BM Endüstriyel Kalkınma Programı, BM Çevre Programı ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından 1995’de imzalanan, Kimyasalların Güvenli Şekilde Yönetimi için Örgütler Arası Programın Kurulmasına İlişkin Mutabakat Belgesi. İşbirliği alanları içinde kimyasal risklerin Uluslararası değerlendirilmesi, bilgi değişimi ve zehirli ve tehlikeli ürünlerin uluslararası kaçakçılığının önlenmesi yer almaktadır: bkz., 34 ILM, 1995, s. 1311.

<sup>319</sup> Bkz., Sands, *Principles*, Bölüm 9; Dupuy ve J. Viñuales, *International Environmental Law*, Bölüm 4; Birnie, Boyle ve Redgwell, *International Law and the Environment*, Bölüm 7; R. Churchill ve A. V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3. Baskı, Manchester, 1999, Bölüm 15; A. E. Boyle, ‘Marine Pollution under the Law of the Sea Convention’, 79 *AJIL*, 1985, s. 347; L. Caflisch, ‘International Law and Ocean Pollution: The Present and the Future’, 8 *Revue Belge de Droit International*, 1972, s. 7 ve O. Schachter, ‘The Value of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea: Preserving our Freedoms and Protecting the Environment’, 23 *Ocean Development and International Law*, 1992, s. 55.

<sup>320</sup> Bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, s. 363. Ayrıca bkz., D. Bodansky, ‘Protecting the Marine Environment from Vessel-Source Pollution: UNCLOS III and Beyond’, 18 *Ecology Law Quarterly*, 1991, s. 719 ve Y. Sasamura, ‘Prevention and Control of Marine Pollution from Ships’, 25 *Law of the Sea Institute Proceedings*, 1993, s. 306.

<sup>321</sup> Bkz., Churchill ve Lowe, *Law of the Sea*, s. 370.

<sup>322</sup> 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin 194 ve 207. maddeleri genel ifadelerle devletlerin kara kaynaklı deniz kirlenmesini azaltacaklarını öngörmektedir. Ayrıca bkz., madde 207’yi temel alan 1985 Kara Kaynaklı Kirlenmelere Karşı Çevrenin Korunmasına Dair Montreal Kılavuzu. Bir çok bölgesel sözleşme (çoğu BM Çevre Programı Bölgesel Denizler Sözleşmeleri olan) belli maddelerin kontrolünü ele alan özel kurallar getirmektedir. Bkz., örneğin 1976 Akdenizin Kirlenmeye Karşı Korunması için Barselona Sözleşmesi ve 1980 ve 1982 tarihli Protokolleri; 1978 Deniz Çevresinin Kirlenmeden Korunmasına Dair İşbirliği için Kuveyt Bölgesel Sözleşmesi ve 1978, 1989 ve 1990 Protokolleri; 1981 Batı ve Orta Afrika Bölgesinin Deniz ve Kıyı Çevresinin Korunması ve Kalkınmasında İşbirliği için Abidjan Sözleşmesi ve 1981 Protokolü; 1981 Güney Doğu Pasifiğin Deniz Çevresi ve Kıyı Alanlarının Korunması için Lima Sözleşmesi ve Protokolleri; 1983 Geniş Karayipler Bölgesinin Deniz Çevresinin Korunması ve Kalkınması için Cartagena Sözleşmesi ve 1983 ve 1990 Protokolleri; 1992 Karadenizin Kirlenmeye Karşı Korunmasına Dair Sözleşme; 1992 Kuzey Doğu Atlantığın Deniz Çevresinin Korunması Sözleşmesi ve 1992 Baltık Denizi Alanı Deniz Çevresinin Korunması Sözleşmesi.

### Gemi Kaynaklı Kirlenme

1954 Denizlerin Petrol ile Kirlenmesinin Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme’de temel olarak karadan itibaren 50 mil içinde petrol boşaltımı yasaklanmış ancak buradaki hükümlerin çoğu, yerini depolama dışında gemi kaynaklı her türlü kaza sonucu olmayan kirlenmeleri ele alan 1973 Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme<sup>323</sup> hükümlerine bırakmıştır. Bu Sözleşme’nin ekleri, diğer değişiklikleri ve Protokolleri’nde<sup>324</sup> petrol, dökme zehirli sıvı maddeler, ambalajlı olarak taşınan zararlı maddeler, yağım suyu ve çöpler hakkında detaylı standartlar oluşturulmuştur. Sözleşme bir taraf devletin bayrağını taşıyan veya onun yetkisi altında işletilen gemileri kapsamakta, ancak savaş gemileri veya ticari olmayan ve yalnızca hükümete ait hizmetlerde kullanılan devlet gemilerine uygulanmamaktadır.

1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi, madde 211(2)’de devletlerin, kendi bayraklarını taşıyan veya kendilerinde kayıtlı olan gemilerin deniz çevresini kirletmelerini önlemek, azaltmak ve kontrol altına almak üzere yasa çıkarmaları öngörülmektedir. Bu kurallar en azından yetkili uluslararası örgütler<sup>325</sup> veya genel diplomatik konferanslar yoluyla oluşturulmuş genel olarak kabul görmüş uluslararası kurallar ve standartlar ile aynı hususlara sahip olmalıdır. Devletler ayrıca kendi bayraklarını taşıyan veya kendilerinde kayıtlı olan gemilerin “uygun uluslararası kural ve standartlara” ve kirlenmenin önlenmesi, azaltılması ve kontrolünü düzenleyen ulusal kurallara uymalarını sağlayacaklardır.<sup>326</sup> Buna ek olarak kıyı devletleri, ilgili geminin ulusal veya uluslararası kirlenme düzenlemelerini ihlal ettiğine inanılması için açık sebeplerin bulunması halinde, kendi karasularındaki gemiyi fiziksel olarak denetleme ve delillerin bunu haklı göstermesi halinde gemi aleyhine dava açma yetkisine sahiptir.<sup>327</sup> Ayrıca bir devlet kendi limanında bulunan bir gemi aleyhine yalnızca devletin kirlenme yasalarının veya uygun uluslararası kuralların onun karasularında veya ekonomik bölgesinde ihlalinin iddia edildiği hallerde değil,<sup>328</sup> kendi içsuları, karasuları veya ekonomik bölgesinin dışında vuku bulan uygun uluslararası kural ve standartları ihlal eden bir boşaltım bakımından da dava açabilecektir.<sup>329</sup>

Bir kazanın meydana gelmesi halinde, 1969 Açık Denizlerde Petrol Kirliliği Kazalarına Müdahale Edilmesi Hakkında Uluslararası Sözleşme<sup>330</sup> taraf devletlere, kendi kıyılarına veya kirlenme ile ilgili menfaatlerine veya denizin petrolle kirlenmesi tehlikesine yönelik ağır ve çok yakın bir tehlikeyi önlemek, hafifletmek veya ortadan kaldırmak için gereken tedbirleri açık denizlerde alabilmelerine müsaade etmektedir.<sup>331</sup> Ayrıca Kasım 1990’da Londra’da, bir kirlenme olayında hızlı ve etkin müdahaleyi sağlamak amacıyla Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İşbirliği ile İlgili Uluslararası Sözleşme imzalanmıştır. Bu Sözleşme gemilerin kirlenme acil durumlarına müdahale etmek üzere detaylı planlar taşımalarını gerekli kılmaktadır. Kirlenme vakalarının gecikmeksizin rapor edilmesi zorunlu olup, ciddi bir olay halinde etkilenmesi muhtemel diğer devletlere bilgi verilmesi ve detayların Uluslararası Denizcilik Örgütü ile paylaşılması gerekmektedir. Bu tür olaylarla ilgilenen ulusal ve bölgesel sistemler teşvik edilmekte ve ayrıca akit taraflar bu

<sup>323</sup> MARPOL Sözleşmesi olarak bilinen Sözleşme 1978 ve 1997 Protokolleri tarafından güncellenmiştir.

<sup>324</sup> Bkz., örneğin Ek I ve II tamamen bağlayıcı iken, Ek III, IV ve V seçimlidir ve bir devlet Sözleşme’ye taraf olurken bunları kabul etmediğini açıklayabilir, madde 14. Eklerin bir çoğunda değişiklikler yapılmıştır. Bkz., <http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Default.aspx>

<sup>325</sup> Uluslararası Denizcilik Örgütü: bkz., [www.imo.org](http://www.imo.org).

<sup>326</sup> Madde 217.

<sup>327</sup> Madde 220(2).

<sup>328</sup> Madde 220(1).

<sup>329</sup> Madde 218, bu hüküm Churchill ve Lowe tarafından ‘gerçekten yenilikçi’ olarak nitelendirilmiştir bkz., *Law of the Sea*, s. 350.

<sup>330</sup> Bu Sözleşme açık denizde seyredirken karaya oturan bir geminin petrol kirlenmesi riskini azaltmak amacıyla bombalandığı 1967 *Torrey Canyon* olayının ertesinde kabul edilmiştir. Bkz., Churchill and Lowe, *Law of the Sea*, s. 354. Ayrıca bkz., İçişleri Bakanlığı Raporu, Cmnd 3246 (1967).

<sup>331</sup> Sözleşme 1973 Protokolü ile petrol dışındaki maddeleri de kapsamak üzere genişletilmiştir. 1989 Uluslararası Gemi Kurtarma Sözleşmesi çevresel faktörleri kurtarma ödül sistemine entegre etmeyi amaçlamaktadır.

konuda işbirliği yapmayı ve diğer tarafların talebi üzerine tavsiye hizmeti, teknik destek ve ekipman sunmayı taahhüt etmektedir.<sup>332</sup>

Sorumluluk açısından 1969 Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Sözleşme bir gemiden sızan petrolün bir akit tarafın ülkesine veya karasularına zarar vermesi halinde, gemi sahibinin bu zarardan kusursuz sorumlu olduğunu ve bunun hem önleyici tedbirlerin, hem de bu tedbirlerden kaynaklanan başka kayıp ve hasarların maliyetini içereceğini öngörmektedir.<sup>333</sup> Ancak kirlenme gemi sahibinin herhangi bir hatasından kaynaklanmıyorsa, bu sorumluluk sınırlandırılabilir.<sup>334</sup> Gemi sahibi sorumluluğunu karşılamak üzere sigorta ve diğer finansal güvenceleri bulundurmak zorundadır. Talepler kayıp veya hasarın meydana geldiği veya önleyici tedbirlerin alındığı tarafın mahkemelerinde ileri sürülebilecek ve bu mahkemelerin kararları bütün tarafların mahkemelerinde genel olarak tanınabilir ve icra edilebilir olacaktır. 1969 Sözleşmesi daha sonra 1992 Sorumluluğa Dair Protokol<sup>335</sup> ile değiştirilmiş ve çevrenin bozulması halinde önceden üstlenilmiş veya üstlenilebilecek olan makul eski hale getirme tedbirleri ile sınırlı olduğu sürece ödenmesi gereken zarar tazminatına ilişkin bir tanım eklenmiştir.<sup>336</sup> 1971'de Petrol Kirliliği Zararının Tazmini için bir Uluslararası Fonun Kurulmasına Dair Sözleşme kabul edilmiş ve bununla Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi'nin kapsamadığı bazı durumlar için tazminat ödenmesi sağlanmıştır. Sözleşme ve 1976 ve 1984 tarihli Protokolleri, 1992 yılındaki bir Protokol ile değiştirilmiş olup, buna göre Sözleşme 24 Mayıs 2002 itibariyle yürürlükten kalkmıştır. 1992 Protokolü ile müstakil bir Petrol Kirlenmesi Tazminat Fonu kurulmuş ve 1992 Fonu, 2003'deki bir Tamamlayıcı Fon ile takviye edilmiştir.<sup>337</sup>

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

P. Birnie, A. Boyle ve C. Redgwell, *International Law and the Environment*, 3. Baskı, Oxford, 2009

P. Sands ve J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 3. Baskı, 2012

U. Beyerlin ve T. Marauhn, *International Environmental Law*, Oxford, 2011

*The Oxford Handbook of International Environmental Law* (ed. D. Bodansky, J. Brunee ve E. Hay), Oxford, 2007

M. Fitzmaurice ve D. French, *International Environmental Law and Governance*, The Hague, 2015

P-M Dupuy ve J. Viñuales, *International Environmental Law*, Cambridge, 2015

<sup>332</sup> Bkz., örneğin 1969 Kuzey Denizin Petrol Kirlenmesiyle Mücadelede İşbirliğine Dair Bonn Antlaşması ve 1983 Kuzey Denizinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesiyle Mücadelede İşbirliği Antlaşması. BM Çevre Programı Bölgesel Denizler Sözleşmeleri'nin bir çoğu acil durumları ele alan Protokollere sahiptir. Bkz., Sands, *Principles*, ss. 352 vd.

<sup>333</sup> Hasarın bir savaş veya mücbir sebepten kaynaklanması; tamamen zarar vermek amacı güden bir üçüncü kişinin eylemi veya ihmali ile meydana gelmesi veya hasarın tamamen seyir yardımları bakımından sorumlu bir hükümet veya diğer bir yetkilinin ihmali veya diğer bir kusurlu hareketinden kaynaklanması durumları hariç; Bkz., madde II ve III. Ayrıca bkz., kıyı çizgisinin ötesinde meydana gelen olaylardan kaynaklanan kirlenme hasarları için bir tarafın yetkisi içindeki tesisin işleteninin sorumluluğunu öngören, 1977 Deniz Dibi Maden Kaynaklarının Sondajı ve İşletilmesinden Kaynaklanan Petrol Kirlenmesi Hasarlarından Hukuki Sorumluluğa Dair Sözleşme.

<sup>334</sup> Madde V.

<sup>335</sup> Protokol'ün 30 Mayıs 1996'da yürürlüğe girmesi üzerine, 1969 Sözleşmesi 1992 Petrol Kirliliği Hasarları için Hukuki Sorumluluğa Dair Uluslararası Sözleşme olarak anılmaya başlanmıştır.

<sup>336</sup> Madde 2(3).

<sup>337</sup> 2000'de kabul edilen değişiklikler tazminat miktarlarını arttırmış ve 2003 Protokolü ile bir Tamamlayıcı Fon kurulmuştur: bkz., [www.iopcfunds.org/](http://www.iopcfunds.org/).



## BÖLÜM 15

### ANTLAŞMALAR HUKUKU

İç hukuklara kıyasla uluslararası hukukta hakların ve borçların doğmasını sağlayan yöntemler nispeten basittir.<sup>1</sup> Bir devletin içinde hukuki menfaatler iki veya daha fazla kişi arasındaki sözleşmeler, resmi anlaşmalar, mülkiyeti devretmek üzere geliştirilmiş sistemler ya da yasa veya mahkeme kararları yoluyla oluşturulabilir. Yeni kuralların oluşturulmasına yönelik mekanizmalar bakımından uluslararası hukuk daha sınırlıdır. Örf ve adet yöntemi *opinio juris* ile desteklenen bir devlet uygulaması ölçütüne dayalı olan ve her durumda olmasa da çoğunlukla gelişme halinde olan ve zaman alan bir süreçtir. Diğer yandan antlaşma usulü, uluslararası hukukun oluşturulmasında daha doğrudan ve biçimsel bir yöntemdir.

Günümüzde devletler işlerinin büyük bir kısmını, bir kişinin bir devletin iç düzeninde haklar ve borçlar üstlenebildiği çok sayıdaki yönetime kıyasla, uluslararası hukuk usullerinin izin verdiği kadarıyla antlaşma mekanizmasını kullanarak görmektedir. Örnek olarak savaşların sona erdirilmesi, uyuşmazlıkların çözülmesi, ülkelerin elde edilmesi, özel menfaatlere karar verilmesi, ittifakların oluşturulması ve uluslararası örgütlerin kurulması gibi hususların tamamı antlaşmalar yoluyla gerçekleşmektedir. Devletlerin üzerinde anlaştıkları amaçları yansıtmamanın daha basit bir yolu bulunmamakta ve bu açıdan uluslararası antlaşmalar hem basit ikili mutabakatlar hem de karmaşık çok taraflı görüş açıklamaları için yeterli görülmektedir. Bu yüzden antlaşma kavramı ve bunun nasıl işlediği uluslararası hukukun evriminde olağanüstü önem taşımaktadır.

Bir antlaşma temelde uluslararası alanda taraflar arasındaki bir rıza uyuşmasıdır. Her ne kadar antlaşmalar devletler ile uluslararası örgütler arasında da akdedilebilirlerse de, öncelikle devletler arasındaki ilişkiler ile alakalıdır. Bu açıdan Antlaşmalar Hukukuna Dair Uluslararası Sözleşme 1969 yılında imzalanmış ve 1980 yılında yürürlüğe girmişken, Devletler ve Uluslararası Örgütler Arasındaki Antlaşmalara Dair Sözleşme 1986 yılında imzalanmıştır.<sup>2</sup> Bu bölümde devletler arasında geçerli olan kurallar üzerinde durulacaktır. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukukuna Dair Sözleşme kısmen örf ve adet hukukunu

<sup>1</sup> Genel olarak bkz., A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961; J. Klabbbers, *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague, 2013; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3. Baskı, Cambridge, 2013; *Essays on the Law of Treaties* (ed. J. Klabbbers ve R. Lefeber), The Hague, 2012; R. Kolb, *The Law of Treaties: An Introduction*, Cheltenham, 2016; M. Fitzmaurice ve O. Elias, *Contemporary Issues in the Law of Treaties*, Utrecht, 2005; *The Vienna Conventions on the Law of Treaties* (ed. O. Corten ve P. Klein), Oxford, 2 cilt, 2011; *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (ed. O. Dörr ve K. Schmalenbach), Heidelberg, 2011; *The Oxford Guide to Treaties* (ed. D. Hollis), Oxford, 2012; *40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties* (ed. A. Orakhelashvili ve S. Williams), London, 2010; *Research Handbook on the Law of Treaties* (ed. C.J. Tams, A. Tzanakopoulos ve A. Zimmermann), Cheltenham, 2014; M. Villegier, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, The Hague, 2008; *Developments of International Law in Treaty Making* (ed. R. Wolfrum ve V. Röben), Berlin, 2005; *Multilateral Treaty-Making* (ed. V. Gowlland-Debas), The Hague, 2000; T. O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, London, 1974; D. P. O'Connell, *International Law*, 2. Baskı, London, 1970, cilt I, s. 195 vd.; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2. Baskı, Manchester, 1984; P. Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, 2. Baskı, Geneva, 1995; S. Bastid, *Les Traites dans la Vie Internationale*, Paris, 1985, ve S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, Cambridge, 1989. Ayrıca bkz., *Oppenheim's International Law* (ed. R. Y. Jennings ve A. D. Watts), 9. Baskı, London, 1992, s. 1197; P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 132; ve *Brownlie's Principles of Public International Law* (ed. J. Crawford), 8. Baskı, Oxford, 2012, Bölüm 16.

<sup>2</sup> Bu Sözleşme Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Uluslararası Örgütler ve Devletler ile Uluslararası Örgütler arasındaki Antlaşmalar Hukukuna Dair Taslak Maddeleri'ni esas almıştır, *Yearbook of the ILC*, 1982, cilt II, kısım 2, s. 9 vd. Bu maddeler Genel Kurul tarafından uygun bulunmuş ve ardından hükümetler tarafından görüşülmüş ve kabul edilmiştir. 18 Şubat ve 21 Mart 1986 tarihleri arasında toplanan tam yetkili temsilciler konferansı bu taslak maddeleri içeren Sözleşmeyi imzaya açmıştır. Bkz., Genel Kurul kararları 37/112, 38/139 ve 39/86.



yansıtmakta<sup>3</sup> ve antlaşmaların mahiyet ve özellikleri hakkındaki tartışmalarda temel çerçeveyi oluşturmaktadır. Sözleşmenin, yoruma dair kuralları,<sup>4</sup> esaslı ihlal<sup>5</sup> ve şartlarda esaslı değişiklik gibi,<sup>6</sup> bazı hükümlerinin uluslararası örf ve adet hukukunu yansıttığı kabul edilmektedir. Diğer kuralları ise böyle kabul edilmemekte ve yalnızca taraf devletleri bağlayan prensipleri oluşturmaktadır.

Antlaşmalar hukukunun temel prensibi şüphesiz antlaşmaların onlara taraf olanlar üzerinde bağlayıcı olduğu ve iyi niyetle uygulanmaları gerektiğine ilişkin hükümdür.<sup>7</sup> Bu kurala *pacta sunt servanda* adı verilmektedir ve muhtemelen uluslararası hukukun en eski prensibidir. Bu, kural 1969 Sözleşmesi'nin 26. maddesinde teyit edilmiş olup<sup>8</sup> hemen her uluslararası antlaşmanın temelinde yer almaktadır, zira devletlerin antlaşma yükümlerini iyi niyetle yerine getireceklerine ilişkin karşılıklı bir minimum inancın yokluğunda devletlerin birbirleriyle bu tür yükümlülüklere girmeleri için hiçbir gerekçe bulunmamaktadır.

'Antlaşma' teriminin kendisi uluslararası anlaşmalar bağlamında en sık kullanılanlardan biri olsa da aynı kavramı ifade etmek üzere, protokol, belge, şart, pakt, misak ve muahede gibi birçok farklı isim bulunmakta ve zaman zaman bunlar da kullanılmaktadır. Bu isimlerden herbiri aynı temel faaliyeti göstermekte ve bir terim yerine diğerinin kullanılması genellikle farklı bir ifade isteğinden daha fazla bir şeye işaret etmemektedir.

Viyana Sözleşmesi'nin amaçları bakımından antlaşma, madde 2'de şu şekilde tanımlanmaktadır:

"İster tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve kendine mahsus ismi ne olursa olsun, devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan bir uluslararası anlaşmadır."<sup>9</sup>

Uluslararası örgütleri içeren antlaşmaları hariç tutmanın dışında bu tanım ayrıca devletler arasındaki, ticari akitlerin büyük bir çoğunluğunu oluşturan, iç hukuka tabi anlaşmaları da kapsamamaktadır. Bu, söz konusu düzenlemelerin uluslararası anlaşma olarak karakterize edilemeyeceği veya bunların geçersiz olduğu anlamına gelmemekte olup, sadece bunların 1969 Sözleşmesi'nin kapsamı içinde yer almadığını ortaya koymaktadır. Gerçekten de 3. maddede devletler ve uluslararası hukukun diğer kişileri ile uluslararası hukukun iki veya

<sup>3</sup> Örneğin bkz., *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, ss. 16, 47; 49 ILR, ss. 2, 37 ve *Fisheries Jurisdiction* davası, ICJ Reports, 1973, ss. 3, 18; 55 ILR, ss. 183, 198. Ayrıca bkz., Rosenne, *Developments*, s. 121.

<sup>4</sup> Örneğin bkz., *Beagle Channel* davası, HMSO, 1977, s. 7; 52 ILR, s. 93; *La Bretagne* davası, 82 ILR, ss. 590, 612; *Golder* davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 18, s. 14; 57 ILR, ss. 201, 213-14 ve *Lithgow* davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 102, paragraf 114; 75 ILR, ss. 438, 482-3.

<sup>5</sup> Örneğin bkz., *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, ss. 16, 47; 49 ILR, ss. 2, 37.

<sup>6</sup> Örneğin bkz., *Fisheries Jurisdiction* davası (jurisdictional phase), ICJ Reports, 1973, ss. 3, 21; 55 ILR, ss. 183, 201.

<sup>7</sup> Ayrıca bkz., 1969 Sözleşmesi'nin iyi niyete atıf yapan 26, 31, 46 ve 69. maddeleri. Bkz., *Nuclear Tests* davaları, ICJ Reports, 1974, ss. 253, 268; 57 ILR, ss. 398, 413; *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 392, 418; 76 ILR, ss. 104, 129; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davası, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 264; 110 ILR, ss. 163, 214 ve *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports, 2010, ss. 14, 67. Ayrıca bkz., J. F. O'Connor, *Good Faith in International Law*, Aldershot, 1991; E. Zoller, *La Bonne Foi en Droit International Public*, Paris, 1977, ve H. Thirlway, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960-89 (Part One)', 60 BYIL, 1989, ss. 4, 7. Ayrıca bkz. yukarıda 3. Bölüm.

<sup>8</sup> Örneğin bkz., *Gabcikovo-Nagymaros Project* davası, ICJ Reports, 1997, ss. 7, 78-9; 116 ILR, s. 1.

<sup>9</sup> Aynı tanım Devletler ve Uluslararası Örgütler arasındaki Antlaşmalara Dair 1986 Sözleşmesi'nde (yalnızca devletler yerine devletler ve uluslararası örgütleri koyarak) ve Silahlı Çatışmaların Antlaşmalara Etkilerine Dair UHK Taslak Maddeleri'nin, taslak 2(1) maddesinde de verilmektedir, A/CN.4/178, 2007, s. 5. Ayrıca bkz., H. Thirlway, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989: Supplement, 2006, Part Three', 77 BYIL, 2006, ss. 1, 3; M. Fitzmaurice, 'The Identification and Character of Treaties and Treaty Obligations between States in International Law', 73 BYIL, 2002, s. 141, ve P. Gautier, 'Article 2', *Vienna Conventions (ed. Corten ve Klein)*, s. 33.

daha fazla kişisi arasındaki uluslararası antlaşmaların veya sözlü anlaşmaların Sözleşme'nin çerçevesinden hariç tutulmuş olmaları yüzünden geçerliliklerini kaybetmeyecekleri vurgulanmaktadır.

Uluslararası hukukta bir antlaşmanın mevcudiyeti için özel bir biçim şartı bulunmamakla beraber,<sup>10</sup> tarafların kendi aralarında anlaşarak hukuki ilişkiler kurma niyetinin olması gereklidir.<sup>11</sup> Bu mantıken de böyledir; zira devletler arasındaki birçok belge yalnızca ortaklaşa kabul edilen prensip veya amaç açıklamaları olup bağlayıcı yükümlülük kurma niyeti taşımamaktadır. Örnek olarak birkaç devlet tarafından belli bir politik amacı destekleyen bir açıklama, devletler bunu bir politika meselesi saydıkları ve kendi aralarında hukuki ilişkiler kurmayı düşünmedikleri için, pek çok durumda (politik olmasa da) hiçbir hukuki öneme sahip olmayacaktır. Belli bir antlaşmanın hukuki ilişkiler kurma niyeti taşıyıp taşımadığını görmek için durumla ilgili bütün olguların dikkatlice incelenmesi gereklidir.<sup>12</sup> Bağlayıcı olmayan uluslararası anlaşma örnekleri arasında 1975 Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Nihai Senedi gibi belgeler de bulunmaktadır.<sup>13</sup>

Uluslararası Divan bir manda anlaşmasının antlaşma karakterine sahip olduğunu kabul ederken,<sup>14</sup> *Anglo-Iranian Oil Co.* davasında<sup>15</sup> bir özel şirket ile bir devlet arasındaki imtiyaz sözleşmesinin bir antlaşma anlamında uluslararası bir belge oluşturup oluşturmadığının şüpheli olduğunu ifade etmiştir.<sup>16</sup> Divan Statüsü madde 36(2) uyarınca yapılan, Uluslararası Divan'ın zorunlu yargı yetkisine yönelik ihtiyari deklarasyonlar da bir antlaşma hükmü olarak kabul edilmektedir.<sup>17</sup> Hukuki veya olgusal durumlara ilişkin tek taraflı işlemler yoluyla yapılan açıklamaların hukuki yükümlülükler oluşturma etkisi olabilmekteyse de,<sup>18</sup> bunlar kendiliğinden bir antlaşmanın ortaya çıkmasına yol açmamaktadır.

Bir antlaşmanın taraflarının uluslararası hukuk uyarınca hukuki ilişkiler veya bağlayıcı yükümler ya da haklar oluşturma niyetinin olmaması halinde bu bir antlaşma olmayacak, ancak elbette bunun oldukça büyük bir politik etkisi bulunabilecektir.<sup>19</sup> Özel bir öneme sahip

<sup>10</sup> Örneğin bkz., *Newfoundland/Nova Scotia* tahkimi, 2001, paragraf 3.15. Ayrıca bkz., *Aegean Sea Continental Shelf* davası, ICJ Reports, 1978, ss. 3, 39; 60 ILR, s. 511. Bkz., K. Raustiala, 'Form and Substance in International Agreements', 99 AJIL, 2005, s. 581.

<sup>11</sup> Örneğin bkz., *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, Washington, 1987, cilt I, s. 149.

<sup>12</sup> Bir antlaşmanın BM Şartı'nın 102. maddesi uyarınca Birleşmiş Milletler'e kaydının yapılması önemli bir göstergedir. Ancak Uluslararası Divan'ın *Qatar v. Bahrain* davasında işaret ettiği üzere, kayıt yapılmamış olması bir uluslararası antlaşmanın geçerliliğini veya bağlayıcılığını etkilemeyecektir. bkz. ICJ Reports, 1994, ss. 115, 121; 102 ILR, ss. 1, 18.

<sup>13</sup> Bu belge hakkında daha fazla bilgi için bkz., yukarıda 6. Bölüm.

<sup>14</sup> *South-West Africa* davaları, ICJ Reports, 1962, ss. 319, 330; 37 ILR, ss. 3, 12.

<sup>15</sup> ICJ Reports, 1952, ss. 93, 112; 19 ILR, ss. 507, 517.

<sup>16</sup> Ancak bkz., *Texaco v. Libya*, 53 ILR, s. 389.

<sup>17</sup> *Fisheries Jurisdiction* davaları, ICJ Reports, 1973, ss. 3, 16; 55 ILR, ss. 183, 196.

<sup>18</sup> *Nuclear Tests* davası, ICJ Reports, 1974, ss. 253, 267; 57 ILR, ss. 398, 412. Ayrıca bkz., bağlayıcı bir açıklama oluşturduğuna hükmedilen Ihlen Deklarasyonu, *Eastern Greenland* davası, PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933; 6 AD, s. 95 ve *Burkina Faso v. Mali*, ICJ Reports, 1986, ss. 554, 573-4; 80 ILR, ss. 459, 477. Daha fazlası için bkz., yukarıda 3. Bölüm.

<sup>19</sup> Buna yönelik test ilgili belgelerin dili ve bağlamı çerçevesinde tarafların niyeti, antlaşmanın yapılış şartları ve tarafların yaptıkları açıklamalara odaklanacaktır: bkz., ABD Antlaşma İşlerine Dair Yardımcı Hukuk Danışmanı'nın görüşü, 88 AJIL, 1994, s. 515. Ayrıca bkz., A. Aust, 'Alternatives to Treaty-Making: MOUs as Political Commitments', *Treaties* (ed. Hollis), s. 46; O. Schachter, 'The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements', 71 AJIL, 1977, s. 296, ve Rosenne, *Developments*, s. 91. Örneğin bkz., ilgili taraflarca bağlayıcı olmadığı ve bu yüzden bir antlaşma olmadığı kabul edilen 1975 Helsinki Nihai Senedi, DUSPIL, 1975, ss. 326-7. Ayrıca bkz. BM nezdindeki ABD Misyonu Hukuk Danışmanı Yardımcısı'nın açıklamaları. Bu açıklama şunu belirtmektedir: 'Birçok alanda bağlayıcı olmayan belgeler uluslararası işbirliğini geliştirmede etkin birer araç olarak görev ifa etmektedirler ve devlet uygulamasını oluşturmaktadırlar. Bu belgeler ayrıca, daha büyük bir elastikiyet ve daha hızlı bir uygulama potansiyeli dahil, pek çok avantaj sunarlar ve bu nedenle bazı durumlarda antlaşmalara göre daha çok tercih edilmektedirler. DUSPIL, 2015, s. 126.

olan mutabakat belgeleri kendiliğinden hukuken bağlayıcı olmamakla beraber<sup>20</sup> hukuken etki doğurabilmektedir.<sup>21</sup> Aslında devletler arasındaki normal ilişkiler sırasında ortaya çıkan gayri resmi antlaşma dışı belgeler uluslararası alanda, özellikle bunların bağlayıcı olmaması amaçlandığı ve bu yüzden antlaşmalara kıyasla daha esnek, güvenilir ve nispeten hızlı oldukları için, geniş bir rol oynamaktadır.<sup>22</sup> Bu tür belgeler kolayca ve gecikme olmaksızın değiştirilebilmekte ve makul bir ihbar süresiyle (aksine hüküm bulunmadıkça) sona erdirilebilmektedir. İşte bu gibi örnekler uluslararası hukuka tabi bağlayıcı bir düzenleme oluşturma niyeti taşıyan antlaşmalar ile gayri resmi uluslararası belgeler arasındaki farkı ortaya koymaktadır.<sup>23</sup> Uluslararası Divan bu meseleyi, *Qatar v. Bahrain* davasında,<sup>24</sup> bu devletler ile Suudi Arabistan tarafından imzalanmış 25 Aralık 1990 tarihli Tutanakları incelerken ele almıştır. Divan bir belgenin bağlayıcı bir antlaşma teşkil edip etmediğinin ‘bütün mevcut terimlerine’ ve yapılmış olduğu şartlara bağlı olduğunu vurgulamış<sup>25</sup> ve davayla ilgili Tutanakların, bulgulara göre tarafların rıza gösterdiği taahhütleri sıraladığı için, taraflar açısından haklar ve borçlar yaratan bir uluslararası antlaşma oluşturduğunu kabul etmiştir.<sup>26</sup> Buna ek olarak bir antlaşma, tamamı hukuki yükümlülükler oluşturmayan, çeşitli hükümler de içerebilmektedir.<sup>27</sup>

<sup>20</sup> İngiliz Dışişleri Bakanlığı'na göre mutabakat belgeleri ‘devletler arasında antlaşmalara dahil edilmesi uygun olmayan konularda veya biçim olarak bir antlaşmadan daha uygun olduğu hallerde (ör., gizlilik için), gayri resmi düzenlemeleri kayıt altına almakta sıkça kullanılan bir yöntemdir. Bunlar antlaşma dışı terimler kullanılarak tek bir belgede kaleme alınabilir, iki veya daha fazla hükümet adına imzalanabilir, veya iki hükümet arasındaki bir mutabakatı içeren bir nota veya mektup değişiminden oluşabilir’, UKMIL, 71 BYIL, 2000, s. 534, ve bkz., FCO, *Treaties and MOUs: Guidance on Practice and Procedures*, güncellenmiş 2. Baskı, 2014, bu belge 2012’de düzeltilmiş, ve 2014’de son halini almıştır, <https://www.gov.uk/guidance/uk-treaties>. Ayrıca bkz., Aust, *Modern Treaty Law*, Bölüm 3.

<sup>21</sup> Örneğin bkz., ABD ve İngiltere arasında, *Heathrow Airport User Charges* Tahkimi bağlamında ortaya çıkmış, 1977 (Bermuda II) ABD-İngiliz Hava Hizmetleri Antlaşması’na dair bir mutabakat belgesinin hukuki statüsüne ilişkin uyuşmazlık, UKMIL, 63 BYIL, 1992, ss. 712 vd. ve 88 AJIL, 1994, ss. 738 vd. Mahkeme mutabakat belgesinin bağımsız bir hukuki haklar ve yükümlülükler kaynağı olmadığına fakat ‘tarafların müteakip rızai uygulaması’ olarak ve Bermuda II Antlaşması’nın yorumu bakımından bir yardımcı araç oluşturduğuna dikkat çekmiştir, 102 ILR, ss. 215, 353. *Iron Rhine (Belgium/Netherlands)* davasında Mahkeme ilgili mutabakatın kendi başına bağlayıcı olmasa da dava çerçevesinde, hukuken ilgisiz de olmadığına işaret etmiştir, 24 Mayıs 2005 tarihli tahkim kararı, paragraflar 156 vd. Yüksek Mahkeme *R v. Rahmatullah* davasında [2012] UKSC 48, paragraf 11 vd., mutabakat belgesinin hukuken bağlayıcı olmadığına, ancak hukuki açıdan öneminin küçümsenmesi gerektiğine, zira hukuki yükümlülüklerin iyi niyetle yerine getirilmesi için bir araç oluşturabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme 15. paragrafta ‘Mutabakat Belgeleri veya onların muadili sayılan Diplomatik Notların, mahkemeleri içerdikleri garantileri yerine getirmeye davet eden bir araç oluşturduğuna hükmetmiştir. Mahkemeler bu çağrıya sorumluluk taşıyan hükümetler tarafından resmen üstlenilmiş ciddi yükümlülüklerle verilmesi gereken ağırlığı vererek karşılık vermektedir’.

<sup>22</sup> Örneğin bkz., Rosenne, *Developments*, ss. 107 vd.; A. Aust, ‘The Theory and Practice of Informal International Instruments’ 35 ICLQ, 1986, s. 787; R. Baxter, ‘International Law in “Her Infinite Variety”’, 29 ICLQ, 1980, s. 549, ve Roessler, ‘Law, *De Facto* Agreements and Declarations of Principles in International Economic Relations’, 21 *German YIL*, 1978, s. 41.

<sup>23</sup> Aust, bu açıdan derin deniz yatağı alanlarına ilişkin tekrarları ve çatışmalardan kaçınmayı amaçlayan iki mutabakat belgesini örnek vermektedir, *Modern Treaty Law*, s. 22. Sınırdışı etmelere ilişkin bir mutabakat belgesi bakımından bkz., *AS & DD (Libya) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] EWCA Civ 289 ve *Othman (Jordan) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] EWCA Civ 290. Ayrıca bkz., *Othman (Abu Qatada) v. The UK*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17 Ocak 2012 tarihli karar, paragraf 164.

<sup>24</sup> ICJ Reports, 1994, s. 112; 102 ILR, s. 1.

<sup>25</sup> ICJ Reports, 1994, s. 121; 102 ILR, s. 18, bu davada *Aegean Sea Continental Shelf* davasına da atıf yapılmaktadır, ICJ Reports, 1978, s. 39; 60 ILR, s. 511.

<sup>26</sup> ICJ Reports, 1994, ss. 121–2; 102 ILR, ss. 18–19. Ayrıca bkz., K. Widdows, ‘What is an International Agreement in International Law?’, 50 BYIL, 1979, s. 117, ve J. A. Barberis, ‘Le Concept de “Traite International” et ses Limites’, AFDI, 1984, s. 239.

<sup>27</sup> Bkz., *Oil Platforms (Preliminary Objections)* davası, ICJ Reports, 1996, ss. 803, 820; 130 ILR, ss. 174, 201. ‘Antlaşma’ kelimesinin kullanılmiş olması belgenin hukuki statüsü açısından mutlak olarak belirleyici olmayabilir; mesela sömürgecilik döneminde sömürgeci güce koruma yetkisi, ülkesel yetki veya egemenlik hakları veren yerli halkların temsilcileriyle imzalanmış ‘antlaşmalar’. Bkz., *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 404 vd. ve *Island of Palmas* davası, UNRIIAA, cilt II, ss. 858–9. Ayrıca bkz., I. Brownlie, *Treaties with Indigenous Peoples*, Oxford, 1992.

1969 Sözleşmesi hükümleri ayrıca, Birleşmiş Milletler Şartı gibi, uluslararası örgütlerin kurucu belgeleri olan antlaşmaları ve uluslararası örgütler içinde kabul edilmiş örgüt içi antlaşmaları da ilgilendirmektedir.<sup>28</sup>

## ANTLAŞMALARIN YAPILIŞI<sup>29</sup>

### Formalitelere

Antlaşmalar tarafların istedikleri hemen hemen her yolla yapılabilir veya akdedilebilir. Gerekli kılınmış olan bir biçim veya usul bulunmamakta olup, bir antlaşmanın nasıl formüle edileceği ve fiilen kimin tarafından imzalanacağı da ilgili devletlerin niyetine ve anlaşmasına bağlıdır. Antlaşmalar, hangisi en uygun düşüyorsa, devletler, hükümetler, devlet başkanları veya hükümet departmanları arasında düzenlenebilmektedir. En önemli antlaşmaların birçoğu devlet başkanları arasında akdedilmiş nitelikte olanlardır; ancak küçük ticari düzenlemeler gibi, daha sıradan anlaşmaların birçoğu ise hükümet departmanları arasında olanlardır.

Antlaşma yapma yetkisinin iç anayasal düzenin tam olarak neresinde bulunduğu her bir ülkenin ulusal düzenlemelerine bağlıdır ve devletten devlete değişmektedir. İngiltere’de antlaşma yapma yetkisi hükümetin imtiyazı içinde iken<sup>30</sup> ABD’de Senato’nun tavsiyesi ve Senatörlerin üçte ikisinin rızası ile Başkan’a aittir.<sup>31</sup> Dolayısıyla uluslararası hukuk bu tür meseleleri devletlerin iç hukukuna bırakmaktadır.<sup>32</sup>

Bununla beraber uluslararası hukukta antlaşmaların biçimlendirilmesine uygulanan bazı kurallar mevcuttur. Uluslararası hukuka göre devletlerin antlaşma yapma yetkisi vardır; ancak devletler müşahhas insan niteliğinde kişiler olmadığından, devletleri temsil eden kişilerin söz konusu antlaşmayı akdetme amacı açısından gerçekten böyle bir yetkiye sahip olduğundan emin olmak üzere bazı prensipler geliştirilmiştir. Bu gibi kişilerin, kendi devletlerini temsile yetkili olduklarının kabul edilebilmesi için, Sözleşme’nin 7. maddesi uyarınca ‘yetki belgesi’ adı verilen bir belgeyi ibraz etmeleri gereklidir.<sup>33</sup> ‘Yetki belgesi’ ile söz konusu devletin yetkili makamlarınca verilmiş olan ve ilgili kişinin statüsünü onaylayan belgeler kastedilmektedir. Bu hüküm antlaşmanın diğer taraflarına antlaşma yapma yetkisine sahip kişiler ile antlaşma yaptıklarını bilme güvencesi sağlamaktadır.<sup>34</sup> Ancak bazı kişilerin, mevki ve yetkileri itibarıyla, bu tür bir yetki belgesi sunmalarına gerek yoktur. Söz konusu istisna, antlaşmanın akdi ile ilgili bütün eylemlerin icrası açısından devlet ve hükümet başkanları ve dışişleri bakanı; kendi ülkesi ile görevlendirildikleri ülke arasındaki antlaşmaların metninin kabulü amacı açısından diplomatik misyon başkanları; ve belli bir konferans veya örgüt bünyesinde bir antlaşma metninin kabulü amacı açısından uluslararası

<sup>28</sup> Madde 5. Ayrıca bkz., Rosenne, *Developments*, Bölüm 4.

<sup>29</sup> Örneğin bkz., *Treaties* (ed. Hollis), Part II; *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), Part II; *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), Part II; H. Blix, *Treaty-Making Power*, New York, 1960, ve E. W. Vierdag, ‘The Time of the Conclusion of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions’, 59 BYIL, 1988, s. 75.

<sup>30</sup> Örneğin bkz., Aust, *Modern Treaty Law*, s. 168 ve <https://www.parliament.uk/documents/commons-information-office/p14.pdf>. Ayrıca bkz. S. de Smith ve R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 6. Baskı, London, 1989, s. 140. Ayrıca bkz., Ministry of Justice, *The Governance of Britain: Review of the Executive Royal Prerogative Powers*, 2009, Annex.

<sup>31</sup> Örneğin bkz., *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, s. 159. Başkanın bir antlaşmayı sona erdirmeye yetkisi bakımından bkz., DUSPIL, 1979, ss. 724 vd., ve *Goldwater v. Carter* 617 F.2d 697 ve 100 S. Ct. 533 (1979). Ayrıca bkz., L. Henkin, ‘Restatement of the Foreign Relations Law of the United States (Revised)’, 74 AJIL, 1980, s. 954.

<sup>32</sup> Örneğin bkz., *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 429.

<sup>33</sup> Bkz., Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 29 vd.; Aust, *Modern Treaty Law*, Bölüm 5, ve M. Jones, *Full Powers and Ratification*, Cambridge, 1946.

<sup>34</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, s. 193.

konferans veya örgütte görevlendirilmiş temsilciler ile ilgilidir. Uluslararası Divan *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davasının yetki aşamasına yönelik ilk itirazlarda 'Uluslararası hukuka göre her devlet başkanının devletin uluslararası ilişkilerinde devlet adına hareket edebileceğinin varsayılabilmesi hususunda şüphe bulunmadığına' dikkat çekmiştir.<sup>35</sup>

Sinclair bu açıdan İngiltere uygulamasında Dışişleri ve İngiliz Milletler Topluluğu İşleri Bakanı, Devlet Bakanları ve İngiltere'nin BM, Avrupa Topluluğu ve GATT Daimi Temsilcilerinin sahip olduğu bir antlaşmayı görüşme ve imzalamayı sağlayan 'tam yetki belgesi' ile, belli bir kişiye belli bir antlaşmayı görüşme ve imzalama yetkisi veren 'özel yetki belgesi' arasında ayırım yapıldığını not etmektedir.<sup>36</sup>

Gereken şekilde yetkilendirilmemiş bir kişi tarafından belli bir antlaşmanın yapılmasına ilişkin bir eylem, ilgili devlet sonradan eylemi onaylamadıkça, herhangi bir hukuki etkiden yoksun olacaktır.<sup>37</sup> Bu tür durumlara bir örnek peynirlere isim verilmesine yönelik 1951 yılındaki bir antlaşma bakımından ortaya çıkmıştır. İlgili antlaşma İsveç ve Norveç adına bir temsilci tarafından imzalanmış, fakat daha sonra bu kişinin yalnızca Norveç adına yetkili olduğu belli olmuştur. Ancak antlaşma akabinde her iki tarafça onaylanmış ve yürürlüğe sokulmuştur.<sup>38</sup>

### Rıza

Bir antlaşma taslağının hazırlanması ve yetkili temsilciler tarafından bu konuda mutabık kalınmasının ardından ilgili taraflar için bağlayıcı hukuki bir yükümlülük haline gelmeden önce bir kaç aşamadan daha geçilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan tarafların görüşmecileri tarafından hazırlanmış olan bir antlaşma metninin bütün taraflarca resmen kabul edilmesi gerekli olup, 9. maddede uluslararası konferanslarda böyle bir kabulün hazır bulunan ve oy kullanan devletlerin üçte ikisinin oyu ile gerçekleşeceği öngörülmektedir; ancak aynı çoğunluk farklı bir kuralın uygulanmasına da karar verebilecektir. Bu usul, esas olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda geçerli olan uygulamayı takip etmekte<sup>39</sup> ve çağdaş konferansların büyük bir çoğunluğunda uygulanmaktadır. 1966 Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi ve 1984 İşkenceye Karşı Sözleşme gibi sayıları gittikçe artan birçok antlaşma artık normal Genel Kurul oylama usullerinin kullanıldığı BM Genel Kurulu kararları yoluyla kabul edilip imzaya açılmıştır. Diğer önemli bir nokta konferanslarda yakın zamanda ortaya çıkan konsensus yoluyla çalışma eğilimi olup, bu gibi hallerde bir antlaşmaya konsensusla ulaşmak üzere bütün çabalar tüketilmeden oylama yapılmamaktadır.<sup>40</sup> Uluslararası konferanslar dışındaki hallerde ise söz konusu kabul, antlaşma metninin hazırlanmasına katılmış bütün devletlerin rızası ile gerçekleşecektir.<sup>41</sup>

Bir antlaşmaya taraf devletlerin rızasının olması temel unsurdur; zira devletler (örf ve adet hukukunda bunun aranmayacağına dair bir kural bulunmadıkça) yalnızca kendi rızaları ile hukuken bağlanabilirler. Antlaşmalar bu anlamda devletler arasındaki akitlerdir ve ilgili devletlerin rızalarını almadıkça hükümleri onlar açısından bağlayıcı olmayacaktır. Ancak

<sup>35</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 595, 622; 115 ILR, s. 1 ve ayrıca bkz., *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 430.

<sup>36</sup> Sinclair, *Vienna Convention*, s. 32. Ayrıca bkz., *Satow's Guide to Diplomatic Practice* (ed. I. Roberts), 6. Baskı, Oxford, 2009, s. 64.

<sup>37</sup> Madde 8.

<sup>38</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, s. 195.

<sup>39</sup> Bkz., BM Şartı'nın 18. maddesi.

<sup>40</sup> Örneğin bkz., BM Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı, Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 37-9. Ayrıca BM Hukuk İşleri Ofisi, Genel Hukuk Dairesi Başkanı tarafından BM organlarında 'konsensus' tabirinin 'oybirliğine ulaşmak üzere her türlü çabanın gösterildiği; ve şayet bu mümkün olmuyorsa, genel eğilimden farklı düşünenlerin yalnızca kendi pozisyonlarını ve çekincelerini bildirdiği ve kayda geçirdiği bir uygulamayı tanımlamak üzere kullanıldığı' ifade edilmiştir, bkz., *UN Juridical Yearbook*, 1974, ss. 163-4. Ayrıca bkz., Aust, *Modern Treaty Law*, ss. 80 vd.

<sup>41</sup> Madde 9(1) bu klasik kuralı yansıtmaktadır, Sinclair, *Vienna Convention*, s. 33.

bir devletin uluslararası antlaşmalara rızasını açıklayabileceği bir kaç yol bulunmaktadır. Madde 11 uyarınca böyle bir rıza imza, bir antlaşma teşkil eden belgelerin teatisi, onay, kabul, tasvip veya katılma yoluyla açıklanabilir. Buna ek olarak üzerinde mutabık kalındıysa başka herhangi bir usulle de gerçekleştirilebilir.

### İmza ile Rıza<sup>42</sup>

Madde 12'de belirtilen koşullar çerçevesinde bir devletin antlaşma metnine rızasını imza ile vermesi mümkün olup, söz konusu koşullar bir antlaşmanın imzanın o etkiye sahip olacağını öngörmesi hali, veya görüşmeci devletlerin imzanın o etkiye sahip olması hususunda mutabık kaldıklarının başka türlü tespit edilmesi hali, veya devletin imzaya o etkiyi verme niyetinin temsilcinin yetki belgesinden anlaşılması ya da görüşmeler sırasında açıklanması halleridir.

Her ne kadar onay yoluyla rıza verilmesi muhtemelen uygulamada kabul edilen metodlar arasında en popüler olsa da, özellikle bir antlaşmanın bağlayıcı hale gelmesi için her seferinde onayda ısrar etmenin hükümetlerin idari mekanizmalarına yükleyeceği yük ve bunun uzun gecikmelere neden olması gibi hususlar göz önüne alındığında, imza yoluyla rıza önemini halen bir miktar korumaktadır. Dolayısıyla rızanın imza yoluyla açıklanması için hüküm konulması hukuken mümkündür.<sup>43</sup> Bu usul özellikle daha sıradan ve daha az politik antlaşmalar için oldukça uygun bir yöntemdir. İmza eylemi çoğunlukla resmi bir işlemdir. Nisbeten önemli antlaşmalarda çoğu defa bir devlet başkanı özenle hazırlanmış olan bir törende imzasını metne resmen derç etmektedir. Çok taraflı antlaşmalarda ise yetkili temsilcilerin antlaşmayı imzalayacakları özel bir kapanış toplantısı düzenlenmektedir. Ancak kabul, tasvip veya onaya tabi antlaşmalarda imza prensip olarak bir formaliteden ibarettir ve devlet temsilcilerinin kabul edilebilir buldukları bir metni tevsik ettiklerinden daha başka bir anlam içermeyip bu metin kabul veya redde ilişkin gerekli karar için kendi münferit hükümetlerine iletilir.<sup>44</sup> Ancak bu tür bir imzanın ek bir anlamı daha vardır; şöyle ki bu gibi hallerde hükümetlerden onay, kabul veya tasvip beklenirken imzacı bir devlet, antlaşma bakımından bağlanma niyeti açıklığa kavuşuncaya kadar, antlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak eylemlerden kaçınmak zorundadır.<sup>45</sup>

### Belgelerin Teatisi Yoluyla Rıza

Madde 13 uyarınca belgelerin teati edilmesinin bu etkiye sahip olacağını açıklanması veya devletlerin belgelerin teatisinin bu etkiye sahip olmasını kabul ettiklerinin başka türlü tespit edilmesi hallerinde, bir antlaşma ile bağlanma rızasının devletler arasında teati edilen belgeler yoluyla ortaya konabilmesi mümkündür.

### Onay Yoluyla Rıza<sup>46</sup>

Devletin yetkili otoritelerince verilen onay yöntemi tarihsel olarak çok tanınmış bir yöntem olup başlangıcı açısından bir temsilcinin belli bir antlaşmanın yapılışı bakımından yetkisini

<sup>42</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, s. 196.

<sup>43</sup> Örnek olarak bkz., Maroua Declaration, *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 429–30.

<sup>44</sup> Uluslararası Divan 'imzalanmış fakat onaylanmamış antlaşmaların tarafların imza tarihindeki mutabakatını ortaya koyan bir açıklama oluşturabileceğini' ifade etmiştir, *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 68.

<sup>45</sup> Madde 18. Bkz., Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 42–4, ve *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, PCIJ, Series A, No. 7, 1926, s. 30. Ayrıca bkz., H. Thirlway, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989 (Part Four)', 63 BYIL, 1992, ss. 1, 48 vd, ve J. Klabbbers, 'How to Defeat a Treaty's Object and Purpose Pending Entry into Force: Towards Manifest Intent', 34 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2001, s. 283. ABD, Aralık 2000'de Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nü imzalamasının ardından, 6 Mayıs 2002'de Statü'ye taraf olma niyeti taşımadığını ve bu yüzden imzalamasından kaynaklanan bir hukuki yükümlülüğünün bulunmadığını Birleşmiş Milletler'e bildirmiştir. DUSPIL, 2002, s. 148.

<sup>46</sup> Madde 2(1)b'de 'bir devletin uluslararası alanda bir antlaşma ile bağlanma rızasını ortaya koyan...uluslararası bir işlem' şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanım iç anayasal anlamdaki onay usulünden bir kavram olarak ayrılmalıdır, ancak ikisi arasında önemli bir bağlantı mevcuttur. Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, ss. 197–8.

veya emirleri aşmamasını sağlamak üzere geliştirilmiştir. Onay (veya tasvip) geçmişte egemenin kişisel bir hakkı sayılıyor iken modern zamanlarda anayasal kontrole tabi bir hale getirilmiştir.

Bir antlaşmanın bağlayıcı bir belge haline gelmesinden önce bir devletin antlaşmayı onaylayıncaya kadar bekletmesinin avantajları temelde içsel ve dışsal olarak iki veçhelidir. Dışsal açıdan metnin imzalanması ile onay arasındaki gecikme, görüşme sürecinin tamamlanmasından ardından yapılacak bir değerlendirme için fazladan zaman kazandırdığı için avantajlı olabilir. Ancak daha önemli olan tarafı, son 150 yılda politik atmosferde yaşanan değişimi yansıtan ve bir devletin halkının kamusal işlere daha fazla katılımına yol açmasını sağlayan içsel boyutudur. Bu açıdan onay şartı ile kamuoyunun hislerinin açıklanması için bir fırsat verilerek antlaşmaya yönelik güçlü bir olumsuz tepki halinde devlete ilgili antlaşmayı onaylamama imkanı getirilmektedir.

Onaylama sürecine ilişkin ulusal kurallar ülkeden ülkeye değişmektedir. İngiltere’de her ne kadar onay yetkisi Hükümdar’ın imtiyazı içinde bulunsun da, iç hukukta değişiklik gerektiren veya hükümete finansal bir yük yükleyen ya da İngiliz vatandaşlarının özel hakları üzerinde bir etki yapacak olan antlaşmaların önce Parlamente’ye sunulması ve ondan sonra onaylanması gereklidir.<sup>47</sup> ABD’nin durumunda ise daha farklı usuller uygulanmaktadır.<sup>48</sup> Ancak bir devletin onayı nasıl gerçekleştireceği sorusu iç hukukun bir meselesi olup uluslararası hukukun dışında tutulmuştur.

1969 Viyana Sözleşmesi’nin 14. maddesinde bir antlaşmanın bu usulü öngörmesi; görüşme devletlerin onayın gerekli olduğu hususunda mutabık olduklarının başka türlü tespit edilmesi; devlet temsilcilerinin antlaşmayı onaya tabi olarak imzalaması veya devletin antlaşmayı onaya tabi olarak imzalamaya niyetinin temsilcisinin yetki belgesinden anlaşıldığı ya da görüşmeler esnasında açıklanması hallerinde, bir devletin antlaşma ile bağlanma iradesini onayla ortaya koyabileceği belirtilmektedir.<sup>49</sup>

Bu hüküm açısından hangi antlaşmaların onaya ihtiyaç duyduğuna ilişkin bir tartışma bulunmaktadır. Bazı yazarlar bir antlaşmanın taraflarının buna açıkça niyet etmesi halinde onayın gerekli olduğunu iddia etmekte olup<sup>50</sup> bu yaklaşım özellikle İngiltere tarafından benimsenmiştir.<sup>51</sup> Öte yandan onayın bir antlaşmada aksine bir niyet açıkça ortaya konmadıkça gerekli olduğu da ileri sürülmüştür.<sup>52</sup> ABD genellikle yürütmenin tek başına yapabileceği antlaşmalar bakımından onaydan vazgeçmektedir.<sup>53</sup> İki taraflı antlaşmalarda onay işlemi çoğunlukla gerekli belgelerin teatisi yoluyla sağlanmaktadır; fakat çok taraflı antlaşmalarda uygulanan olağan usul, depoziter tarafın diğer devletlerin onay belgelerini toplarken bütün tarafları gelişmelerden haberdar etmesidir. Bu tür durumlarda genellikle Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri’nin onaylar için depoziter görevi görmesi kabul edilmektedir.<sup>54</sup> Bazı durumlarda antlaşmalara rızanın ‘kabul’ veya ‘tasvip’e tabi olduğunun yazılması da mümkündür. Madde 11 ve 14(2)’de belirtilmiş olan bu terimler onay usulüne çok

<sup>47</sup> Bkz., yukarıda 4. Bölüm.

<sup>48</sup> A.g.e., s. 116.

<sup>49</sup> Divan’ın *Croatia v. Serbia, Preliminary Objections*, davasında, ‘Katılma veya onay bir devletin antlaşmanın hükümleri uyarınca yeni yükümlülükler üstlenme ve yeni haklar kazanma niyetini gösteren, Antlaşma’da yazılı biçimsel usulle yazılı olarak gerçekleştirilen basit bir irade açıklamasıdır (karş. Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi, Madde 15 ve 16)’ şeklindeki açıklaması için bkz., ICJ Reports, 2008, ss. 412, 450

<sup>50</sup> Örneğin bkz., G. Fitzmaurice, ‘Do Treaties Need Ratification?’, 15 BYIL, 1934, s. 129, ve O’Connell, *International Law*, s. 222. Ayrıca bkz., H. Blix, ‘The Requirement of Ratification’, 30 BYIL, 1953, s. 380.

<sup>51</sup> Örneğin bkz., Sinclair, *Vienna Convention*, s. 40, ve O’Connell, *International Law*, s. 222.

<sup>52</sup> Örneğin bkz., McNair, *Law of Treaties*, s. 133.

<sup>53</sup> O’Connell, *International Law*, s. 222. Ayrıca bkz., DUSPIL, 1974, ss. 216–17 ve a.g.e., 1979, ss. 678 vd.

<sup>54</sup> Bkz., P. T. B. Kohona, ‘Some Notable Developments in the Practice of the UN Secretary-General as a Depository of Multilateral Treaties: Reservations and Declarations’, 99 AJIL, 2005, s. 433.

benzemektedir ve aynı koşullar uygulanmaktadır. Terminolojideki bu değişiklik gerçek bir öneme sahip değildir ve sadece daha basit bir onay biçimini ifade etmektedir.

### **Katılma Yoluyla Rıza<sup>55</sup>**

Bu usul normalde ya bir antlaşmanın imzayı bazı devletler ile sınırlı tuttuğu ve ilgili devletin bunlardan olmadığı ya da bağlanma rızası için konulmuş belli bir vadenin geçmiş olması nedeniyle devletin rızasını açıklamamış olduğu hallerde söz konusu antlaşmaya o devletin sonradan taraf olmasını sağlayan bir yöntemdir. Madde 15 katılma yoluyla rızanın ilgili antlaşmanın bunu öngörmesi, veya görüşmeci devletlerin söz konusu devlet bakımından katılma yoluyla rızasını açıklayabileceği hususunda mutabık olmaları veya bütün tarafların sonradan bu mutabakata varmaları halinde mümkün olacağını belirtmektedir. Önemli nitelikte çok taraflı antlaşmalar sıklıkla devletlerin veya bazı durumlarda diğer uluslararası oluşumların bir antlaşmaya daha sonraki bir tarihte, yani imzanın artık mümkün olmadığı bir tarihte, katılabileceklerini beyan etmektedir.<sup>56</sup>

### **ANTLAŞMALARA ÇEKİNCE KONULMASI<sup>57</sup>**

Sözleşme'nin 2. maddesinde çekince şöyle tanımlanmaktadır:

*“Nasıl kaleme alınırsa alınsın veya nasıl isimlendirilse isimlendirilsin, Devletin bir antlaşmayı imzalarken, onaylarken, kabul ederken, tasvip ederken veya antlaşmaya katılırken, bazı antlaşma hükümlerinin hukuki etkisini kendisi bakımından hariç tutmak veya değiştirmek için yaptığı tek taraflı bir beyan.”<sup>58</sup>*

Bir devlet bir antlaşmanın hükümlerinin çoğundan memnun fakat bazı hükümlerinden hoşnutsuz ise bazı durumlarda, antlaşmanın geri kalanına rıza gösterirken, bu hükümleri kabul etmeyi veya bunlarla bağlanmayı reddetmek isteyebilir. Bazı hükümleri hariç tutma yöntemiyle devletler aksi halde tamamen reddedecekleri bir antlaşmanın geri kalanı ile bağlanmayı kabul etmektedirler. Bu imkan çok taraflı antlaşmalarda, teklif edilen hükümlere mümkün olduğunca çok devletin bağlanmasını teşvik ederek, faydalı sonuçlara yol açmaktadır. Bu suretle belli bir ölçüde çok farklı sosyal, ekonomik ve politik sistemleri olan devletler arasında, mutabık kalınmış temel meselelere yoğunlaşmış diğer bazı meselelerde anlaşmazlığı kabul etmek suretiyle, uyum teşvik edilmektedir.

<sup>55</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, s. 199.

<sup>56</sup> Örneğin bkz., Karasuları ve Bitişik Bölgeye Dair Konvansiyon'un 26 ve 28. maddeleri.

<sup>57</sup> Örneğin bkz., Aust, *Modern Treaty Law*, chapter 8; A. Pellet, 'Article 19' in *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 405; *Treaties* (ed. Hollis), s. 277; *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 239; C. Redgwell, 'Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties', 64 BYIL, 1993, s. 245; G. Gaja, 'Unruly Treaty Reservations', *Le Droit International à l'Heure de sa Codifications*, Milan, 1987, s. 313; G. Fitzmaurice, 'Reservations to Multilateral Treaties', 2 ICLQ, 1953, s. 1; D. W. Bowett, 'Reservations to Non-restricted Multilateral Treaties', 48 BYIL, 1976-7, s. 67; P. H. Imbert, *Les Reserves aux Traités Multilatéraux*, Paris, 1979; Sinclair, *Vienna Convention*, Bölüm 3; D. W. Greig, 'Reservations: Equity as a Balancing Force?', 16 Australian YIL, 1995, s. 21; O'Connell, *International Law*, ss. 229 vd.; J. M. Ruda, 'Reservations to Treaties', 146 HR, 1975, s. 95; G. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Leiden, 1988; *Oppenheim's International Law*, s. 1241, K.L. McCall-Smith, 'Severing Reservations', 63 ICLQ, 2014, s. 599 ve Daillier, Forteau ve Pellet, *Droit International Public*, s. 195. Ayrıca bkz., UHK tarafından 2011 yılında kabul edilen, Antlaşmalara Çekince Konulmasına Dair Uygulama Kılavuzu, A/66/10.

<sup>58</sup> Devletler ve Uluslararası Örgütler arasındaki Antlaşmalar Hukukuna Dair 1986 Viyana Sözleşmesi'nin 2(1) d maddesi bir çekinceyi 'nasıl ifade edilmiş veya adlandırılmış olursa olsun, bir devlet veya bir uluslararası örgüt tarafından bir antlaşmayı imzalarken, onaylarken, resmen tasdik ederken, kabul ederken veya katılırken yaptığı, antlaşmanın bazı hükümlerinin hukuki etkisini o devlete veya o teşkilata uygulanmasını hariç tutmayı veya değiştirmeyi amaçladığı tek taraflı bir açıklama' şeklinde tanımlamaktadır. Ayrıca bkz., UHK Uygulama Kılavuzu, paragraf 1.1'de bulunan tanım, A/66/10, Add. 1.



Bir devletin bir uluslararası antlaşmaya çekince koyma yetkisi devletlerin egemenliği prensibinin de bir göstergesi olup, buna göre rıza vermediği hükümler devlet için bağlayıcı olmayacaktır. Öte yandan elbette bir antlaşmanın bazı devletlerin çekinceleri ile delik deşik olmasına izin vermek de bütün çalışmayı tamamen riske atabilecektir. Bu durum antlaşmanın bütün amacını ciddiye almadan alt üst edebilecek ve devletler arasında karmaşık karşılıklı-ilişkilere yol açabilecektir. Bu tür bir problem ikili antlaşmalarda ortaya çıkmamaktadır; zira taraflardan birinin antlaşmanın teklif edilen bir hükmüne çekinceli yaklaşması yeniden görüşmeyi gerektirecek bir husustur.<sup>59</sup> Bir başka deyişle bir tarafın antlaşmanın hükümlerinden bazılarını kabul etmemesi halinde iki taraf arasında zaten bir antlaşma mevcut olamaz.<sup>60</sup> Ancak çoktarafli antlaşmalar bakımından durum böyle değildir ve burada münferit olarak bazı devletlerin belli hükümlere, ya bunları tamamen hariç tutma niyetlerini açıklayarak ya da bunları belli bir şekilde anladıklarını ileri sürmek suretiyle, muhalefet etmeleri mümkündür. Dolayısıyla bir çekincenin etkisi esasen taraflar arasında yürürlükte olan bir antlaşmanın uygulanma koşullarından çekincenin konulmuş olduğu antlaşma hükümlerini hariç tutmaktan ibarettir.<sup>61</sup>

Çekinceler kavram olarak, anlayış açıklamaları, politik açıklamalar veya yorumlayıcı açıklamalar gibi, çekincelerdeki gibi bir antlaşmaya ilişkin hukuki etkilere sahip olma niyeti taşımayan diğer açıklamalardan ayrılmalıdır. Bu tür durumlarda söz konusu antlaşma bakımından hiçbir bağlayıcı niyet bulunmamaktadır. Amaçlanan şey diğer taraflar için bağlayıcı olmayan öncelikle içsel etkiye yönelik bir politik izahattır.<sup>62</sup> Bu konuda 'saf' yorumlayıcı açıklamalar ile 'şartlı' yorumlayıcı açıklamalar arasında bir ayırım yapılmakta olup<sup>63</sup> ikinci kategoridekiler bazı durumlarda bir çekince oluşturabilmektedir.<sup>64</sup> Bunları tanımlamanın bir başka yolu 'basit yorumlayıcı açıklamalar' ile 'şartlı yorumlayıcı açıklamalar' arasında bir ayırım yapmaktır.<sup>65</sup> UHK Uygulama Kılavuzu'nda şartlı yorumlayıcı açıklamalar bir devletin antlaşmaya bağlanma rızasını antlaşmanın belli bir yorumuna veya belli hükümlerine tabi tuttuğu durumlar şeklinde tanımlanmıştır.<sup>66</sup>

*Anglo-French Kıta Sahaneliği* davasında<sup>67</sup> Tahkim Mahkemesi, 1958 Cenevre Kıta Sahaneliği Sözleşmesi'nin 6. maddesine Fransa'nın koyduğu ve İngiltere'nin de itiraz ettiği çekincelerin madde hükümlerinin doğal anlamı ile uyumlu şekilde yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>68</sup> İngiltere 6. maddeye konulmuş olan üçüncü Fransız çekincenin (eşit uzaklık

<sup>59</sup> Bkz., bu konudaki İngiliz uygulamasının açıklaması, UKMIL, 68 BYIL, 1997, s. 482.

<sup>60</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, s. 203. Ayrıca bkz., UHK Uygulama Kılavuzu, taslak kılavuz 1.5.1, Report of the ILC on its 54th Session, 2002, s. 55.

<sup>61</sup> Örneğin bkz., *Legality of the Use of Force (Yugoslavia v. USA)*, Provisional Measures Order, ICJ Reports, 1999, ss. 916, 924 ve *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* davası, ICJ Reports, 1998, s. 432.

<sup>62</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında çekinceler ile genel olarak yorumlayıcı açıklamalar arasındaki fark için, örneğin bkz., *Temeltasch* davası, 5 *European Human Rights Reports*, 1983, s. 417. Karş. *Ette* davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 117. İngiltere uygulaması örnekleri için bkz., UKMIL, 68 BYIL, 1997, s. 483. Ayrıca bkz., L. D. M. Nelson, 'Declarations, Statements and "Disguised Reservations" with respect to the Convention on the Law of the Sea', 50 ICLQ, 2001, s. 767; R. Sapienza, 'Les Declarations Interpretatives Unilaterales et l'Interpretation des Traités', 103 RGDIP, 1999, s. 601, ve P. H. Imbert, 'Reservations to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission', 33 ICLQ, 1984, s. 558 ve *UN Juridical Yearbook*, 1976, ss. 220-1. UHK Uygulama Kılavuzu, paragraf 1.2'de bir yorumlayıcı açıklama, 'nasıl ifade edilmiş veya adlandırılmış olursa olsun, bir devlet veya bir uluslararası örgüt tarafından yapılmış o devlet veya o örgütün bir antlaşmanın veya onun bazı hükümlerinin anlamını veya kapsamını belirlemeyi veya açıklamayı amaçlayan tek taraflı bir açıklamadır' şeklinde tanımlanmaktadır, A/66/10, Add.1.

<sup>63</sup> Bkz., D. McRae, 'The Legal Effect of Interpretative Declarations', 49 BYIL, 1978, s. 155. Ayrıca bkz., *Temeltasch* davası, ss. 432-3 ve First Pellet Report, ss. 58 vd.

<sup>64</sup> İlkinin tam olarak ne etki taşıdığı belli değildir: örneğin bkz., First Pellet Report, s. 60.

<sup>65</sup> Örneğin bkz., Nelson, 'Declarations', s. 776.

<sup>66</sup> Paragraf 1.4, A/66/10, Add.1.

<sup>67</sup> Cmnd 7438 (1979); 54 ILR, s. 6.

<sup>68</sup> Cmnd 7438, ss. 41-2; 54 ILR, ss. 48-9. Ayrıca çekincelerin (ve onlara yönelik itirazların) yapıldıkları zamanda geçerli hukuğun ışığında anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır, Cmnd 7438, s. 35; 54 ILR, s. 42.

prensibinin Fransız hükümetince tanımlanmış ‘özel durumlar’ içeren, özellikle Granville Körfezi’nde, alanlarda uygulanmaması ile ilgili) gerçekte yalnızca bir yorumlayıcı açıklama olduğunu iddia etmiştir. Ancak Mahkeme bu çekincenin her ne kadar yorum unsurları içerse de aynı zamanda bir yandan 6. maddedeki sınırlandırma rejimini kabul ederken, diğer yandan da Fransa tarafından konulmuş özel bir şart oluşturduğuna hükmetmiştir. Bu durum ilgili rejimin uygulanmasını Fransa’nın söz konusu alanların ‘özel durumlar’ içerdiğine yönelik tanımlamasını diğer devletlerin kabul etmesine bağlı kıldığından salt bir yorumun ötesine geçmiştir. Bu bazı antlaşma hükümlerinin hukuki etkisini, çekince koyan devletin uygulaması bakımından hariç tutma veya değiştirme amacı taşıdığından bir çekince oluşturmaktadır.<sup>69</sup>

1988’de *Belilos* davasında<sup>70</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İsviçre’nin onay sırasında yaptığı belli bir yorumlayıcı açıklamanın etkisini değerlendirmeye almıştır.<sup>71</sup> Mahkeme kararında söz konusu açıklamaya verilmiş olan ismin ardına bakmak ve asli içeriğini dikkate almak gerektiğine hükmetmiştir. Bu bakımdan açıklamayı hazırlayanların orijinal niyetini kestirmek gerekli olup bu amaçla hazırlık çalışmalarına başvurmak lazımdır. İlgili belgelerin ışığında Mahkeme İsviçre’nin gerçekten de ‘kamu idaresi ve kantonlardaki adalet sistemi için... mahkemelere erişim hakkına geniş bir bakış açısı getirecek sonuçlardan kaçınmayı ... ve dolayısıyla Sözleşme ile bağlanma rızasını şarta bağlayan bir açıklama koymayı’ amaçladığına karar vermiştir.<sup>72</sup> Bu kararın ardından Mahkeme bir çekince etkisi taşıdığına hükmettiği söz konusu açıklamanın genel karakterde çekinceleri yasaklayan<sup>73</sup> ve çekinceyi gerektiren yürürlükteki ulusal hukukun kısa bir açıklamasını isteyen Sözleşme’nin 64. maddesine uymadığına hükmetmiştir.<sup>74</sup> Dolayısıyla bu tür bir açıklama geçersizdir. Mahkemenin, Avrupa Sözleşmesi’ne konulan çekincelerin geçerliliği açısından yalnızca 64. maddenin şartlarını vurgulayarak, bir yorum açıklamasının çekince sayılabileceği durumlar bakımından devletlerin yararına olacak bir testi kabul ettiği sonucuna varmak zordur. Bu nedenle genel olarak yorumlayıcı açıklamalar bakımından kolay olan bu testi uygulamadan önce daha dikkatli olunmalıdır. Bu gibi hallerde çekinceleri yasaklayan antlaşmalara çekince olarak işlev görmeyi amaçlayan yorumlayıcı açıklamalar koyan devletler problemi ortaya çıkabilecektir. Böyle bir durumda bu tür bir açıklamanın diğer taraflara karşı hükümsüz olması ve bu itibarla söz konusu açıklamayı dikkate almadan antlaşmayı bütün taraflar arasında tamamen yürürlükte saymaya hak kazanmaları mümkündür.<sup>75</sup>

Tek taraflı bir açıklamanın çekince mi yoksa yorumlayıcı açıklama mı teşkil ettiğine karar vermek için bu açıklamanın iyi niyetle, kelimelerine alışılmış anlamları verilerek ve söz konusu antlaşmanın bağlamı içinde yorumlanması gerekecektir. Açıklamayı yapan devletin açıklamanın yapılış tarihindeki niyeti de dikkate alınacaktır.<sup>76</sup> Bir ikili antlaşma durumunda ise taraflardan birinin yapıp diğerinin kabul ettiği bir yorumlayıcı açıklama o antlaşmanın resmi yorumunu teşkil edecektir.<sup>77</sup>

<sup>69</sup> Cmnd 7438, s. 43; 54 ILR, s. 50.

<sup>70</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 132. Ayrıca bkz., S. Marks, ‘Reservations Unhinged: The *Belilos* Case Before the European Court of Human Rights’, 39 ICLQ, 1990, s. 300.

<sup>71</sup> İsviçre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni onaylarken toplam iki yorumlayıcı açıklama ve iki çekince koymuştur. Dava konusu açıklama Sözleşme’nin adil yargılamaya ilişkin 6. maddesinin 1. paragrafı ile ilgili olup, İsviçre’nin bu hakkı yalnızca kamu otoritelerinin eylem ve işlemlerinin nihai olarak yargı tarafından kontrolünün garanti altına alınmasını amaçladığı şeklinde anladığını öngörmektedir. İlgili mesele Lozan Polis İdaresi hakkında yeni iddiaları dikkate alma, tanık çağırma veya esas hakkında yeni bir karar alma yetkisi olmayan Vaud Kanton Mahkemesi’nin kararına karşı Ceza Yargılaması Dairesi’ne yapılacak temyiz hakkı açısından davacının bu şartlar altında 6. maddeye dayanmasını söz konusu açıklamanın engelleyip engellemediği ile alakalıdır.

<sup>72</sup> *A.g.e.*, ss. 18–19.

<sup>73</sup> *A.g.e.*, ss. 20–1.

<sup>74</sup> *A.g.e.*, ss. 21–2.

<sup>75</sup> Örneğin bkz., Nelson, ‘Declarations’, s. 781.

<sup>76</sup> Bkz., UHK Uygulama Kılavuzu, paragraf 1.3.1, A/66/10, Add. 1. Ayrıca paragraf 1.3.2’ye göre kullanılmış olan ifade veya isim istenen hukuki etkiye ilişkin bir gösterge teşkil etmektedir, *a.g.e.*

<sup>77</sup> Paragraf 1.6.3.

Yerleşmiş olan genel kural uyarınca çekinceler yalnızca sürecin içindeki bütün diğer devletlerin rızası ile yapılabilecektir. Bu kural bir uluslararası antlaşmanın başarısını sağlamak için gerekli olan mümkün olan en fazla yaklaşım birliğini sağlamak ve antlaşmanın metninden sapmaları azaltmak için kabul edilmiştir. Bu, ayrıca bir antlaşmanın akdi nitelikteki doğasına ilişkin görüşü yansıtmakta<sup>78</sup> ve Milletler Cemiyeti de bu anlayışı desteklemektedir.<sup>79</sup> Bunun sonucu olarak bir çekince koymak isteyen bir devlet antlaşmaya taraf olan diğer bütün tarafların rızasını almak zorundadır. Şayet bu mümkün değilse bu devlet ya orijinal antlaşmaya (elbette çekinceler hariç) taraf olacak ya da hiçbir suretle taraf olamayacaktır. Ancak çekincelere yönelik bu sınırlandırıcı yaklaşım *Reservations to the Genocide Convention* davasında<sup>80</sup> Uluslararası Adalet Divanı tarafından kabul edilmemiştir. Bu dava çekincelere izin veren nitelikte hiçbir hüküm taşımayan 1948 Soykırım Sözleşmesi'ne bazı devletlerin çekince koymasından ve birkaç devletin de bunlara itiraz etmesinden sonra Genel Kurul'un istemesi üzerine Divan'ın verdiği bir danışma görüşüdür.

Divan şöyle bir karar vermiştir:

*“Sözleşme'nin bir veya daha fazla tarafınca itiraz edilmiş bir çekinceyi koyan ve bunu devam ettiren bir devletin, şayet bu çekince Sözleşme'nin konu ve amacı ile uyumlu ise, Sözleşme'nin tarafı olduğu kabul edilebilir.”*

Divan'ın görüşüne göre uyumluluk konusunda her bir devlet kendi başına karar verebilecektir,

*“Sözleşme taraflarından biri Sözleşme'nin konu ve amacı ile uyumlu olmadığını düşündüğü bir çekinceye itiraz ederse...çekince koyan devletin Sözleşme'ye taraf olmadığı değerlendirilmesinde de bulunabilir.”<sup>81</sup>*

Divan ayrıca bir antlaşmanın bütünlüğü prensibini de vurgulamış, fakat söz konusu Soykırım Sözleşmesi bakımından bu prensibin daha esnek yorumlanmasını gerektiren çok çeşitli özel durumlar bulunduğu işaret etmiştir. Bu durumlar şunları içermektedir: Sözleşme'nin himayesinde yapıldığı BM'in evrensel karakteri; Sözleşme'de öngörülmüş olan geniş katılımın sağlanması; Sözleşme'nin bir dizi çoğunluk oylamasının bir ürünü olması; Sözleşme'nin altında yatan prensiplerin devletler için önceden bağlayıcı hale gelmiş genel prensipler olması; Sözleşme'nin açıkça BM ve taraf devletlerce kesinlikle evrensel kapsamda düşünülmüş olması ve tamamen insani amaçlarla kabul edilmiş olması nedeniyle taraf devletlerin kendilerine ait menfaatlerinin değil ortak menfaatlerin bir ifadesi olması. Bütün bu faktörler çekinceler bakımından esnek bir yaklaşımın benimsenmesi lehinde ağırlık oluşturmuştur.

Divan'ın bu yaklaşımında, her ne kadar bazı potansiyel dezavantajları olsa da,<sup>82</sup> antlaşmaların kabul edilebilirliği ve kapsamını artırma gayreti ve uluslararası konferanslarda karar almada oybirliğinden, çoğunluk oyuna doğru geçiş eğilimi de rol oynamıştır.<sup>83</sup> 1969 Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri de Divan'ın bu görüşünü esas almıştır.<sup>84</sup>

<sup>78</sup> Bkz., Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 54–5, ve Ruda, 'Reservations', s. 112. Ayrıca bkz., Redgwell, 'Universality or Integrity', s. 246.

<sup>79</sup> Uluslararası Hukukun Aşamalı Kodifikasyonu için Uzmanlar Komitesi Raporu, 8 LNOJ, ss. 880–1 (1927).

<sup>80</sup> ICJ Reports, 1951, s. 15; 18 ILR, s. 364.

<sup>81</sup> 80 ICJ Reports, 1951, ss. 29–30.

<sup>82</sup> Örneğin bkz., Fitzmaurice, 'Reservations'.

<sup>83</sup> Her ne kadar Uluslararası Hukuk Komisyonu bu karara başlangıçta eleştirel yaklaşmışsa da, daha sonra fikrini değiştirmiştir: Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1951, cilt II, ss. 130–1, karşı. *a.g.e.*, 1962, cilt II, ss. 62–5 ve 178–9. Ayrıca 1959'da BM Genel Kurulu da, aksine hüküm bulunmadıkça Genel Sekreter'in bir depoziter olarak görev yaptığı BM nezdinde yapılmış bütün antlaşmalara Divan'ın yaklaşımını uygulaması gerektiğine karar vermiştir.

<sup>84</sup> Bkz., Redgwell, 'Universality or Integrity', ss. 253 vd.

19. maddeye göre çekinceler bir antlaşmayı imzalarken, onaylarken, kabul ederken, tasvip ederken veya katılırken konulabilir; ancak antlaşmanın çekinceyi yasaklaması halinde, veya bir antlaşmanın yalnızca antlaşmada belirtilen çekincelerin konulabilmesini öngördüğü ve bunların söz konusu çekinceyle uyumlu olmadığı hallerde, veya çekincenin antlaşmanın konu ve amacı ile uyumlu olmadığı hallerde çekince konulamayacaktır.<sup>85</sup>

Bir çekincenin mümkün olduğu durumlarda dahi, madde 20(2) uyarınca 'görüşmeci devletlerin sınırlı sayısından ve bir antlaşmanın konu ve amacından antlaşmanın bütün taraflar arasında bir bütün olarak uygulanmasının herbirinin antlaşmayla bağlanma rızasının esaslı bir şartı olduğunun anlaşıldığı' hallerde, çekincenin bütün taraflarca kabulünü gerektiren geleneksel kural uygulanacaktır.

Madde 20(4) bunun ardından, madde 20(2)'nin içinde yer almayan ve uluslararası örgütlerin kurucu belgeleri de olmayan antlaşmalara konulan çekinceler bakımından izlenecek genel kuralları özetlemektedir. Bunlar şu şekildedir:

*“(a) diğer bir akit devletin bir çekinceyi kabul etmesi, çekince ileri süren devleti diğer devlet bakımından, antlaşma bu devletler arasında yürürlüğe girerse veya girdiği zaman, antlaşmanın bir tarafı yapar;*  
*(b) diğer bir akit devletin bir çekinceye yaptığı bir itiraz, antlaşmanın itiraz eden devletle çekince ileri süren devlet arasında yürürlüğe girmesini engellemez; meğer ki aksi bir niyet kati şekilde itiraz eden devlet tarafından açıklanmış olsun;*  
*(c) bir devletin bir antlaşma ile bağlanma rızasını açıklayan ve bir çekince içeren bir işlemi, en azından başka bir akit devlet çekinceyi kabul eder etmez hüküm doğurur.”*

Çekincelerin etkisi genel olarak 21. maddede özetlenmektedir. Bu madde antlaşmanın bir diğer tarafıyla ilişkiler bakımından tesis edilen bir çekincenin, çekince ileri süren devletle diğer taraf arasında, ilgili olduğu antlaşma hükmünü çekince ölçüsünde değiştireceğini bildirmektedir. İlişkinin diğer tarafı da çekince ileri süren devletle ilişkilerinde çekinceden benzer biçimde etkilenecektir. Bunun bir örneği diplomatik çanta bakımından 1961 Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi'ne, Libya'ya çantanın sahibi olan devletin rızası ile çantayı arama ve geldiği devlete geri gönderilmesini isteme izni veren çekincesinde ortaya çıkmaktadır. İngiltere bu çekinceye itiraz etmediği için Libya'nın diplomatik çantaları bakımından benzer şekilde davranabilecektir.<sup>86</sup> Ancak söz konusu çekince bu antlaşmanın diğer tarafları açısından antlaşmanın hükümlerinin kendi aralarındaki halini değiştirmeyecektir.

Madde 21(3)'de bir devletin çekinceye itiraz etmesi, fakat antlaşmanın kendisi ile çekince koyan devlet arasında yürürlüğe girmesine itiraz etmemesi halinde 'çekincenin ilgili olduğu hükümler iki devlet arasında çekince ölçüsünde uygulanmaz' kuralını getirmektedir. Bu hüküm *Anglo-French Continental Shelf* davasında, tahkim mahkemesi tarafından uygulanmış olup bu açıdan şu hususa dikkat çekilmiştir:

*“Fransız çekinceleri ve bunların İngiltere tarafından reddinin birleşik etkisi [1958 Cenevre Kıta Sahaneliği Sözleşmesi'nin] 6. maddesini ne Fransa Cumhuriyeti'nin iddia ettiği gibi tamamen uygulanamaz hale getirecek ne de İngiltere'nin öncelikle iddia ettiği üzere tamamen uygulanabilir hale getirecektir. Bu durum ilgili maddeyi iki devlet arasında çekince ölçüsünde uygulanamaz hale getirecektir.”<sup>87</sup>*

<sup>85</sup> Ayrıca bkz., UHK Uygulama Kılavuzu, paragraf 1.3.3, A/66/10.Add. 1.

<sup>86</sup> Bkz., Foreign Affairs Committee, *Report on the Abuse of Diplomatic Immunities and Privileges*, 1984, ss. 23–4, ve yukarıda 12. Bölüm.

<sup>87</sup> Cmnd 7438 (1979), s. 45; 54 ILR, s. 52. Ayrıca bkz., A. E. Boyle, 'The Law of Treaties and the Anglo-French Continental Shelf Arbitration', 29 ICLQ, 1980, s. 498, ve Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 70–6.

Ancak bu konuda birkaç önemli husus çözümsüz kalmaktadır. Bir antlaşmaya müsaade edilmemiş olan bir çekincenin konulmasının ne etkiye sahip olacağı açık değildir.<sup>88</sup> Bir düşünce okulu bu tür çekincelerin geçersiz olduğu,<sup>89</sup> bir diğeri ise böyle bir çekincenin geçerliliğinin diğer devletlerin kabulüne bağlı olduğu görüşünü taşımaktadır.<sup>90</sup> Her ne kadar çekincelere cevaz verileceği lehine genel bir varsayım bulunsa da şayet bir çekince antlaşma tarafından açıkça veya zımnen yasaklanmış ise veya antlaşmanın konu ve amacına aykırı ise bu varsayım ortadan kalkabilecektir.<sup>91</sup> Buna ilişkin bir başka problem ise çekincelere müsaade edilmediğinin farzedilebileceği koşulların oluştuğuna nasıl karar verileceğidir. Bunun yanıtı bir antlaşmanın konu ve amacının bozulmuş olduğunun iddia edildiği hallerde özellikle zordur. Konu ve amaca aykırılık ifadesinin taşıdığı anlam belirsizlikten tam olarak muaf değilse de,<sup>92</sup> bir antlaşmaya konulmuş olan belli bir uyuşmazlık çözüm metoduna yönelik bir çekincenin normalde bir antlaşmanın konu ve amacına aykırı görülemeyeceği kabul edilmiştir.<sup>93</sup>

Bu tür bir karar verme yetkisine ilişkin bir soru daha ortaya atılmıştır. Şu an için belli bir antlaşma aksini öngörmedikçe<sup>94</sup> bir çekinceye müsaade edilip edilmediği hususu antlaşmaya taraf devletlerin kendileri tarafından verilmesi gereken bir karardır. Diğer bir deyişle bu karar objektif kriterlerin subjektif olarak uygulanmasını gerektirecektir.<sup>95</sup> Bir çekinceye müsaade edilmemiş olduğunun gösterilmesi halinde iki esaslı ihtimal bulunmaktadır. Ya çekincenin eklenmiş olduğu antlaşma hükmü bu çekinceyi koyan devlete tam olarak uygulanacak ya da devletin bir bütün olarak antlaşmaya rızası geçersiz sayılacak ve böylece bu devlet artık antlaşmanın bir tarafı olamayacaktır. Bir başka sorun bir antlaşmanın diğer taraflarının müsaade edilmeyen bir çekinceyi kabul ederek meşru hale getirip getiremeyecekleri ya da bir müsaade edilmemiş olma kararının nihai olup olmayacağıdır. Bu açıdan söylenebilecek olan tek şey bu konudaki devlet uygulamasının genel olarak belirsiz olduğudur. İnsan hakları antlaşmalarına konulmuş müsaade edilmeyen nitelikteki

<sup>88</sup> Örneğin bkz., J. K. Koh, 'Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision', 23 *Harvard International Law Journal*, 1982, s. 71, ve Redgwell, 'Universality or Integrity', s. 263. İlgili antlaşmada çekinceye izin verilmediği hallerde yorumlayıcı açıklamaların 'gizli' çekince gibi kullanılması hakkında yukarıya bakınız.

<sup>89</sup> Örneğin bkz., Bowett, 'Reservations', ss. 77 ve 84. Müsaade edilmeyen çekinceler ilgili antlaşmanın onaylanması veya katılması rızasından ayrılabilir nitelikte olanlar ve antlaşmanın konu ve amacına aykırı olanlar şeklinde tasnif edilebilir. İkinci kategoride olanlar için, hem çekince hem de çekinceyi yapan devletin antlaşmaya rızasının tamamı geçersiz sayılmalıdır. Müsaade edilebilirlik meselesi bir ön mesele olmalı, itiraz edilebilirlik veya diğer devletlerin tepkisi sorunu ise, çekincenin müsaade edilebilir sayılmasının ardından, ikincil mesele olmalıdır, *a.g.e.*, s. 88. Ayrıca bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 1247, not 1.

<sup>90</sup> Örneğin bkz., Ruda, 'Reservations', s. 190.

<sup>91</sup> UHK Uygulama Kılavuzu, paragraf 3.3.2'de müsaade edilmeyen çekincelerin konulmasının antlaşmalar hukukuna göre sonuç doğuracağına ve onu koyan devlet veya uluslararası örgütün uluslararası sorumluluğuna yol açmayacağına dikkat çekilmektedir, A/66/10. Add. 1.

<sup>92</sup> UHK Uygulama Kılavuzu, paragraf 3.1.5'de, 'bir çekince şayet antlaşmanın genel anlamı için gereken önemli bir unsurunu, antlaşmanın var oluş nedenini bozacak şekilde, etkilemekteyse antlaşmanın konu ve amacına aykırıdır' denilmektedir: bkz., A/66/10. Add. 1. Paragraf 3.1.5.1'de ise 'antlaşmanın konu ve amacı iyi niyetle, antlaşmanın terimleri kendi bağlamları içinde, özellikle antlaşmanın başlığı ve başlangıç kısmı dikkate alınarak tespit edilmelidir. Ayrıca antlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapıldığı sıradaki koşullara ve uygun olması halinde tarafların sonraki uygulamalarına başvurulabilir' denilmektedir, *a.g.e.*

<sup>93</sup> Örneğin bkz., *Yugoslavia v. Spain*, ICJ Reports, 1999, ss. 761, 772; *Yugoslavia v. USA*, ICJ Reports, 1999, ss. 916, 924 ve *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, ICJ Reports, 2006, ss. 6, 32. Beş yargıç, ortak ayrı görüşlerinde, bu prensibin kapsamının mutlak olması gerektiğini iddia etmiştir, ICJ Reports, 2006, ss. 6, 70 vd. Ayrıca bkz., UHK Uygulama Kılavuzu, paragraf 3.1.5.7, burada, bir çekincenin antlaşmanın var oluş sebebi için önem taşıyan bir hükmünü hariç tutma veya hukuki sonucunu değiştirmeyi amaçlaması halinde; veya çekincenin çekince koyan devleti veya uluslararası örgütünü önceden kabul etmiş olduğu bir antlaşma hükmü bakımından bir uyuşmazlık çözüm veya antlaşmanın uygulanmasını denetleme mekanizmasından hariç tutmayı amaçladığı, ancak antlaşmanın esas amacının böyle bir mekanizmayı yürürlüğe koymak olması halinde, böyle bir çekince antlaşmanın konu ve amacına aykırı olabileceğine dikkat çekilmektedir, A/66/10. Add.1.

<sup>94</sup> Örneğin bkz., 1965 Her Türlü Irk Ayrımcılığının Yasaklanmasına Dair Uluslararası Sözleşme'nin 20(2) maddesi bir çekincenin, şayet sözleşmeye taraf devletlerin üçte ikisi çekinceye itiraz ederse, antlaşmanın konu ve amacına aykırı sayılacağına öngörmektedir.

<sup>95</sup> Örneğin bkz., Ago, *Yearbook of the ILC*, 1965, cilt I, s. 161.

çekinceler bakımından bu çekinceleri geçersiz kılarak söz konusu hükmü çekince koyan devlete tam olarak uygulamaya yönelik bir eğilim mevcuttur.<sup>96</sup> *Belilos* davasında<sup>97</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İsviçre'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne olan bağlılığına vurgu yaparak<sup>98</sup> İsviçre'nin söz konusu açıklamasını bir çekince olarak tanımladıktan sonra bunu geçersiz saymış ve İsviçre'nin ilgili hükümlerle (madde 6) tam olarak bağlı olduğuna hükmetmiştir. Bu görüş *Loizidou (Preliminary Objections)* davasında da tasdik edilmiştir.<sup>99</sup> Bu davada Komisyon ve Mahkeme'nin yetkisini tanıyan eski madde 25 ve 46'ya Türkiye'nin eklediği ülkesel sınırlama açıklamasının geçerliliğini analiz eden Mahkeme<sup>100</sup> bunun Sözleşme şartları altında müsaade edilemeyeceğine karar vermiştir. Bunun üzerine Mahkeme Sözleşme'nin bir insan hakları antlaşması olarak taşıdığı özel niteliği ışığında bu durumun çekincelerin ayrılması suretiyle Türkiye'nin Komisyon ve Mahkeme'nin yetkisini kabulünün, açıklamalara ekli geçersiz sınırlamaların koşulları ile bağlı olmadan, devam etmesi yönünde etki doğuracağı sonucuna varmıştır.<sup>101</sup>

2 Kasım 1994 tarihli BM İnsan Hakları Komitesi 24/52 sayılı Genel Yorumu'nda,<sup>102</sup> insan hakları antlaşmalarının özel niteliği vurgulanmış ve Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi hükümlerinin 'insan hakları antlaşmalarına konulan çekincelere dair problemleri çözmek için uygun olmadığı' şeklinde kanaat ifade edilmiştir. Komite ayrıca 1966 Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde yer alan ve uluslararası örf ve adet hukukunu temsil eden hükümlerin çekincelere konu edilemeyeceği ve bu kategoride yer almayan sınırlanamaz nitelikteki diğer hükümler açısından da devletlerin bu tür çekinceleri haklı göstermek üzere 'ağır bir ispat yükü' altında oldukları görüşünü benimsemiştir. Komite kabul edilemez nitelikteki bir çekincenin etkisinin Sözleşme'nin çekinceyi koyan bir taraf devlet için yürürlüğe hiç girmemesi şeklinde olmayıp, ilgili hükmün böyle bir çekinceyi koyan taraf bakımından çekincesiz haliyle tam olarak işlemesi şeklinde olacağını vurgulamıştır. Son olarak Komite, bir çekincenin Sözleşme'nin konu ve amacına uygun olup olmadığına karar verme bakımından kendisini tek yetkili organ olarak görmüştür.<sup>103</sup>

Bu yoruma ilişkin tartışmalar, mahkemelerden ayrı olarak kendi kurucu antlaşmaları uyarınca bunları bağlayıcı şekilde yorumlama yetkisine sahip olan bu Komite gibi diğer bu tür denetleme organlarının yetkileri meselesini ortaya çıkarmıştır.<sup>104</sup> Uluslararası Hukuk

<sup>96</sup> Örneğin bkz., Y. Tyagi, 'The Conflict of Law and Policy on Reservations to Human Rights Treaties', 71 BYIL, 2000, s. 181; Aust, *Modern Treaty Law*, ss. 146 vd.; *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions* (ed. J. P. Gardner), London, 1997, ve K. Korkelia, 'New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights', 13 EJIL, 2002, s. 437. Ayrıca bkz., UHK Uygulama Kılavuzu Açıklaması, A/66/10, Add. 1, ss. 383 vd.

<sup>97</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 132.

<sup>98</sup> Mahkeme'ye göre 'İsviçre'nin açıklamanın geçerliliğine bakılmaksızın Sözleşme ile bağlı olduğu ve kendisini bağlı saydığından şüphe yoktur', *a.g.e.*, s. 22.

<sup>99</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 310 (1995); 103 ILR, s. 621.

<sup>100</sup> Bunların 'bir gizli çekince' teşkil ettiğine karar verilmiştir, ECHR, Series A, No. 310, s. 22.

<sup>101</sup> *A.g.e.*, ss. 22-9.

<sup>102</sup> CCPR/C/21/Rev.1/Add. 6. Ayrıca bkz., 15 *Human Rights Law Journal*, 1994, s. 464, ve M. Nowak, 'The Activities of the UN Human Rights Committee: Developments from 1 August 1992 to 31 July 1995', 16 *Human Rights Law Journal*, 1995, ss. 377, 380.

<sup>103</sup> Bu Genel Yorum hakkında ABD ve İngiltere hükümetlerinin yaptıkları eleştiriler için bkz., 16 *Human Rights Law Journal*, 1995, ss. 422 vd. Özellikle ABD'nin 'Birleşik Devletlerin onay belgelerinde yer alan çekinceler Sözleşme ile bağlanma rızasının bütünleyici parçalarıdır ve ayrılamazlar. Şayet bunlardan her hangi biri veya daha fazlası geçersiz bulunursa, bu suretle onay da tamamen geçersiz hale gelebilir' şeklindeki görüşüne dikkat ediniz, *a.g.e.*, s. 423. İngiliz hükümeti ise 'ayrılabilirlik uygun durumlarda bir çözüm oluşturabilirse de' ayrılabilirlik hem çekincenin hem de bunun antlaşmada ilgili olduğu kısımların çıkarılmasına yol açabilecektir görüşünü benimsemiştir, *a.g.e.*, s. 426. Ancak bir insan hakları antlaşmasını 'antlaşma rejimine iştirak etmekle tamamen bağdaşmayan' bir çekince koyarak onaylamak isteyen bir devletin bu antlaşmanın bir tarafı sayılmayacağına dikkat çekilmiştir, *a.g.e.*

<sup>104</sup> Ayrıca bkz., örneğin C. Redgwell, 'Reservations to Treaties and Human Rights General Comment No. 24 (52)', 46 ICLQ, 1997, s. 390.

Komisyonu'nun 1997'de kabul ettiği İnsan Hakları Antlaşmaları Dahil Normatif Çoktarafli Antlaşmalara Çekinceler Hakkındaki Ön Değerlendirmeler'de insan hakları antlaşmaları dahil her türlü antlaşmaya Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi çekinceler rejiminin uygulanabilirliği tasdik edilmiştir. Hukuk Komisyonu insan hakları antlaşmalarını denetleyen organların diğerlerinin yanı sıra çekincelerin kabul edilebilirliği hakkında da yorum yapma ve tavsiye açıklama yetkisini kabul etmiş; fakat bunun akit tarafların 1969 ve 1986 tarihli Viyana Sözleşmeleri uyarınca yapabileceği 'geleneksel kontrol usullerini' etkilemeyeceğini ve bu organların kendi genel denetim rolünü oynayabilmeleri için kendilerine verilmiş olan yetkileri aşamayacaklarını açıklamıştır.<sup>105</sup> Bir kabul edilemezlik durumunda 'çekince koyan devletin harekete geçme sorumluluğuna sahip olduğu' ve bu devletin ya çekincesini değiştirebileceği veya geri alabileceği ya da antlaşmadan çekilebileceği özellikle vurgulanmıştır.<sup>106</sup>

Bu tartışmaların yanı sıra insan hakları antlaşmalarına konulmuş ve birçoğu antlaşmaların konu ve amacına aykırı olduğu için eleştirilmiş olan çok geniş sayıdaki çekinceler sorunu da ortada durmaktadır.<sup>107</sup>

Genel kural olarak çekinceler, hangisi daha sonra meydana gelmiş ise, çekincenin bildirim tarihinden itibaren on iki aylık bir dönem sona erene veya bir devletin antlaşma ile bağlanma rızasını açıkladığı tarihe kadar, hiçbir itirazda bulunmamış devletler tarafından kabul edilmiş sayılmaktadır.<sup>108</sup> Çekincelerin yazılı yapılması ve bütün akit devletlere ve antlaşmaya taraf olma hakkı olan diğer devletlere iletilmesi zorunlu olup, çekincelerin kabulü ve bunlara yapılan itirazların da yazılı olması ve diğer taraflara iletilmesi zorunludur.

Günümüzde çoktarafli antlaşmaların birçoğu aslında çekinceler karşısında kendi tutumlarını özel olarak açıklamaktadır. Ancak 1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi gibi bazıları çekincelerden hiç bahsetmemekte olup, diğer bazıları ise çekincelerin yalnızca bazı hükümler

<sup>105</sup> Bkz., UHK Uygulama Kılavuzu Açıklaması, A/66/10. Add.1, s. 391, not 1799.

<sup>106</sup> Report of the ILC on its 49th Session, A/52/10, ss. 126-7. Ayrıca bkz., BM İnsan Hakları Antlaşma Organları tarafından kurulan çekincelere dair Çalışma Grubu, A/60/278; HRI/MC/2005/5/Add.1; ve HRI/MC/2006/5. UHK Uygulama Kılavuzunun hükümleri bu açıdan bir ara pozisyon önermektedir. Paragraf 3.1.5.6'de 'bir çekincenin çok sayıda bağlantılı haklar ve yükümlülükler içeren bir antlaşmanın konu ve amacına uygunluğu değerlendirilirken, hem bu bağlantılar hem de çekincenin ilgili olduğu hükmün antlaşmanın genel anlamı içindeki önemi ve çekincenin antlaşma üzerindeki etkisinin boyutu dikkate alınmalıdır' denilmektedir: bkz., A/66/10, Add. 1, s. 37. Paragraf 3.2'de antlaşmanın denetleyici organlarının kendi yetkileri çerçevesinde bir antlaşmaya konulan çekincelerin müsaitliğini değerlendirebileceklerine dikkat çekilmektedir. Paragraf 4.5.3 ise şunu öngörmektedir: '1. Geçersiz bir çekince sahibinin antlaşma karşısındaki statüsü çekince koyan devlet veya uluslararası örgütün ifade ettiği çekinceden yararlanmaksızın antlaşmayla bağlanmayı isteyip istemediğine veya kendisini antlaşma ile bağlı sayıp saymadığına yönelik niyetine bağlıdır. 2. Geçersiz çekince sahibi aksine bir niyet açıklamadıkça veya böyle bir niyet başka bir suretle ortaya konmadıkça, çekinceden yararlanamayan bir akit devlet veya bir akit örgüt sayılacaktır. 3. Paragraf 1 ve 2'ye bakılmaksızın, geçersiz çekince sahibi devlet her hangi bir zamanda çekinceden yararlanmadığı antlaşma ile bağlı olmama niyetini açıklayabilir. 4. Şayet bir antlaşma denetleme organı bir çekincenin geçersiz olduğu görüşünü açıklar ve çekince koyan devlet veya uluslararası örgüt çekinceden yararlanmadığı antlaşma ile bağlı olmak istemezse, buna yönelik isteğini antlaşma denetleme organının değerlendirmesini yaptığı tarihten itibaren on iki aylık bir dönem içinde açıklamak zorundadır', A/66/10, Add. 1, ss. 43-4.

<sup>107</sup> Örneğin bkz., 1979 Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, General Recommendations No. 4 (1987), No. 20 (1992) ve Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, No. 21 (1994). Genel olarak bkz., B. Clark, 'The Vienna Conventions Reservations Regime and the Convention on Discrimination against Women', 85 AJIL, 1991, s. 281, ve R. J. Cook, 'Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women', 30 Va. JIL, 1990, s. 643. Ayrıca bkz., Avrupa Konseyi Sözleşmelerine Üye Devletler Tarafından Konulan Çekincelere Dair Avrupa Parlamenterler Meclisi Tavsiyesi 1223 (1993); W. A. Schabas, 'Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform', 32 Canadian YIL, 1994, s. 39, ve I. Ziemele, *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony or Reconciliation*, Leiden, 2004.

<sup>108</sup> Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi, madde 20(5). Bkz., Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi, Danışma Görüşü, *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights*, 22 ILM, 1983, s. 37; 67 ILR, s. 559.

bakımından mümkün olduğunu belirtmektedir.<sup>109</sup> Bazı antlaşmalar ise çekinceleri tamamen yasaklayabilmektedir.<sup>110</sup>

Çekinceler antlaşma aksini öngörmedikçe çekinceyi kabul etmiş olan bir devlet veya uluslararası örgütün rızası alınmaksızın her zaman geri alınabilir. Bu karar başka türlü mutabık kalınmadıysa diğer devletlerin geri alma bildirimini aldıkları anda hüküm doğurur.<sup>111</sup>

## ANTLAŞMALARIN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ

Temel olarak antlaşmalar görüşmeci devletler ne zaman ve nasıl karar vermişse o şekilde yürürlüğe girecektir. Ancak buna ilişkin bir hüküm veya mutabakatın yokluğunda bir antlaşma bütün görüşmeci devletler açısından antlaşma ile bağlanma rızalarının gerçekleştiğinin tespit edilmesiyle yürürlüğe girecektir.<sup>112</sup> Pek çok durumda antlaşmalar belli bir tarihte veya son onayı izleyen belirlenmiş bir sürenin ardından yürürlüğe gireceklerini belirtmektedir. Çok taraflı antlaşmalarla alakalı hallerde ise belli sayıda devlet tarafından onayın gerçekleşmesi üzerine yürürlüğe girişin öngörülmüş olması olağandır; zira aksi takdirde kapsamlı çok taraflı antlaşmaların yürürlük kazanması zorlaşacaktır. Örnek olarak 1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi'nde yirmi ikinci onay belgesinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne depo edilmesini takip eden otuzuncu gün yürürlüğe gireceği öngörülmüşken, 1969 Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin metninde otuz beşinci onayın depo edilmesinden otuz gün sonra yürürlüğe girmesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nde ise altmış onayın gerçekleşmiş olması gerekli kılınmıştır. Elbette bir antlaşmanın yürürlüğe girmesi için gerekli sayıda onay alınmış olsa da antlaşma yalnızca kendisini onaylamış olan devletler için bağlayıcı hale gelecektir. Zira bir imzanın atılmış olması ilgili şartlar uyarınca devletlerin bağlanma rızası için yeterli görülmemişse; sadece antlaşmayı imzalamış olanlar açısından bağlayıcı olmayacaktır.

1969 Sözleşmesi'nin 80. maddesi (Birleşmiş Milletler Şartı'nın 102. maddesini takiben) antlaşmaların yürürlüğe girmesinden sonra bunların kayıt ve yayın için Birleşmiş Milletler Sekreterliği'ne iletilmesini öngörmektedir. Bu hükümler Birinci Dünya Savaşı'nın çıkışına katkıda bulunduğu düşünülen gizli antlaşma uygulamasını sona erdirmenin yanı sıra bütün antlaşmaları kayıt altına alan Birleşmiş Milletler Antlaşmalar Serisi'ni mümkün olduğunca kapsayıcı hale getirmeyi amaçlamaktadır.<sup>113</sup>

## ANTLAŞMALARIN UYGULANMASI<sup>114</sup>

Antlaşmalar yürürlüğe girdikten sonra bunların belli durumlara uygulanmasına ilişkin birçok sorun ortaya çıkabilmektedir. Madde 25 antlaşmaların yürürlüğe girmeden önce,

<sup>109</sup> Örneğin, 1958 Kıta Sahaneliğine Dair Cenevre Konvansiyonu, madde 12(1). 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 64. maddesi açısından yukarıya bakınız.

<sup>110</sup> Örneğin bkz., 1952 Yabancı Uçaklar Tarafından Üçüncü Kişilere Yeryüzünde Verilen Zararlara Dair Sözleşme'nin 37. maddesi.

<sup>111</sup> Bkz., Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi, madde 22(3)a ve *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, ICJ Reports, 2006, paragraflar 41–2. Ayrıca bkz., UHK Kılavuzu, paragraf 3.5.1, A/66/10, Add.1.

<sup>112</sup> Madde 24. Bkz., Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 44–7. Ayrıca bkz., Thirlway, 'Law and Procedure (Part four)', ss. 32 vd; Aust, *Modern Treaty Law*, chapter 9; *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 628; ve *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 391.

<sup>113</sup> BM Şartı'nın 102. maddesi ayrıca devletlerin kaydı yapılmamış antlaşmaları bir BM organı önünde ileri sürmeyeceklerini öngörmektedir.

<sup>114</sup> Örneğin bkz., *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 639; *Treaties* (ed. Hollis), s. 220; *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 407; Aust, *Modern Treaty Law*, s. 154 ve *Oppenheim's International Law*, s. 1248. Ayrıca bkz. Daillier, Forteau ve Pellet, *Droit International Public*, s. 217.



eğer antlaşma belirtmişse ya da taraflar başka şekilde mutabık kalmışsa, kısmen veya tamamen uygulanabileceğini belirtmektedir.<sup>115</sup> Bazı antlaşmalar bu yönde hükümler içermektedir.<sup>116</sup> Bunun öngörülmesi, usulüne uygun olarak onaylama ve katılmayı ortadan kaldırmaz. Antlaşma aksini öngörmedikçe yahut müzakere eden devletler başka türlü kararlaştırmadıkça, aralarında antlaşmanın geçici olarak uygulandığı devletlerden birinin diğerine antlaşmaya taraf olmama yönündeki iradesini bildirmesi halinde geçici uygulama sona erecektir.<sup>117</sup> Aksine bir niyetin yokluğunda antlaşma geriye yönelik olarak uygulanmayacak olup, antlaşma hükümleri bir devletin antlaşmayı kabulünden önceki olaylar, eylemler veya durumlar bakımından taraf devletleri bağlamayacaktır.<sup>118</sup> Yine antlaşmadan farklı bir niyet anlaşılmadıkça veya başka türlü tespit edilmedikçe, madde 29 bir antlaşmanın herbir tarafın bütün ülkesi bakımından bağlayıcı olacağını öngörmektedir. Bu genel bir kuraldır; ancak bir devletin antlaşmanın ülkesinin yalnızca bir kısmında uygulanacağını şart koşması da mümkündür. Geçmişte Avrupalı sömürgeci güçler tarafından bazı antlaşmalara, bir antlaşmanın hükümlerinin farklı sömürgelere genişletilip genişletilmeyeceğini açıklayan, ‘sömürgelere uygulama şartı’ adlı madde eklenmekteydi.<sup>119</sup>

Aynı konuda birbirini takip eden antlaşmalar bakımından 30. madde şunu öngörmektedir:

“1. Birleşmiş Milletler Şartı’nın 103 üncü maddesi saklı kalmak üzere,<sup>120</sup> aynı konuyla ilgili olarak ardarda yapılan antlaşmaların tarafları olan devletlerin hakları ve yükümlülükleri, aşağıdaki paragrafa uygun şekilde tespit edilecektir.

2. Bir antlaşma, bir önceki veya sonraki antlaşmanın hükümlerine tabi olduğunu veya onlarla bağdaşmaz addedilemeyeceğini belirttiği zaman, diğer antlaşmanın hükümleri üstündür.

3. Daha önceki bir antlaşmanın bütün tarafları aynı zamanda sonraki antlaşmaya da taraf olduğu fakat önceki antlaşma 59. maddeye göre sona erdirilmediği veya yürürlüğü askıya

<sup>115</sup> Örneğin bkz. Aust, *Modern Treaty Law*, s. 154; A. Gestin, *La* ve A. Q. Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*, The Hague, 2012. Uluslararası Hukuk Komisyonu konuyu çalışmak amacıyla 2012 yılında bir özel raportör atamış ve bir dizi yol gösterici taslak ilke oluşturulmuştur. Örneğin bkz. the Special Rapporteur’s Fourth Report, A/CN.4/699 (2016) ve A/CN.4/L.877 (2016).

<sup>116</sup> Örneğin bkz. 2015 tarihli İklim Değişikliğine Dair BM Çerçeve Sözleşmesi’ne ilişkin madde I(5) (Decision 1/CP.21 – Paris Antlaşması). Bu madde şunu öngörmektedir ‘Bu Sözleşme’nin tarafları, Antlaşma yürürlüğe girene kadar geçici olarak antlaşmanın bütün hükümlerini uygulayabilir ve bu tür bir geçici uygulamaya ilişkin depo mercine bilgi vermelerini taraf devletlerden talep ederler’. Ayrıca bkz. the *Iron Rhine* davası, 150 ILR, 2005, s. 143. İlaveten bkz. *Hulley Enterprises v The Russian Federation* (Yukos tahkimi), 18 Temmuz 2014 tarihli karar, PCA Case No. AA 226. Bu karar Lahey Bölge Mahkemesi tarafından Nisan 2016’da dikkate alınmamıştır. Bu davadaki temel konu Rusya’nın imzalamış bulunduğu ancak onaylamadığı 1994 tarihli Enerji Şartı Antlaşması’nın Rusya’yı bağlayıp bağlamadığı idi. <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:N-L:RBDHA:2016:4230>.

<sup>117</sup> Madde 25(2).

<sup>118</sup> Madde 28. Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, ss. 212–13 ve *Mavrommatis Palestine Concessions* davası, PCIJ, Series A, No. 2, 1924. Ayrıca bkz. *Croatia v Serbia*, ICJ Reports, 2015, para. 95. Karar şunu belirtmiştir: ‘Bu devlet bakımından soykırımı önleme yükümlülüğü ancak Sözleşme’nin yürürlüğe girmesinin ardından gerçekleşen eylemlere uygulanabilir’. Sözleşme’nin 4. maddesi, örf ve adet hukukunun uygulanmasına hâle gelmeksizin, Sözleşme’nin yalnızca ilgili devletler açısından yürürlüğe girmesinden sonra bu devletlerin yapacağı antlaşmalar bakımından uygulanacağını öngörmektedir.

<sup>119</sup> Bkz., Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 87–92. Ayrıca örneğin bkz., 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 63. maddesi. Uygulamaya bakıldığında, aksine bir delilin yokluğunda, örf ve adet hukukuna göre bir antlaşmanın tarafların kolonileri dahil bütün ülkesinde uygulandığını göstermektedir: Örneğin bkz., McNair, *Law of Treaties*, ss. 116–17.

<sup>120</sup> Bu madde bir BM üyesi devletin Şart altındaki yükümlülükleri ile bir başka uluslararası antlaşma altındaki yükümlülükleri arasında bir çatışma olması halinde, BM’deki yükümlülüklerinin üstün geleceğini şart koşmaktadır. Ayrıca bkz., *Lockerbie (Libya v. UK; Libya v. US)* davası, ICJ Reports, 1992, ss. 3, 15; 94 ILR, ss. 478, 498.

alınmadığı zaman,<sup>121</sup> daha önceki antlaşma sadece hükümlerinin sonraki antlaşmayla bağdaşması ölçüsünde uygulanır.

4. Sonraki antlaşmanın tarafları önceki antlaşmanın taraflarının tamamını kapsamadığı zaman:

(a) her ikisine taraf olanlar arasında üçüncü paragrafta yer alan aynı kural uygulanır.

(b) her iki antlaşmaya taraf olan bir devletle sadece antlaşmaların birisine taraf olan devlet arasında, her iki devletin tarafı oldukları antlaşma bunların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini belirler.

5. Dördüncü paragraf hükümleri, 41. maddeye<sup>122</sup> veya 60. maddeye<sup>123</sup> göre bir antlaşmanın sona erdirilmesi ile veya yürürlüğünün askıya alınmasıyla ilgili herhangi bir meseleye veya bir devletin başka bir devlete karşı, başka bir antlaşma gereğince üstlendiği yükümlülüklerle bağdaşmayan bir antlaşmanın yapılması veya uygulanması sebebiyle bir devlet bakımından doğabilecek herhangi bir sorumluluk meselesine, halel getirmez.”

Birbirini takip eden antlaşmalar problemi devletlerin sayılarının ve yapılan antlaşmaların sayısının artışı yanında, bölgesel seviyede yürütülen faaliyetlerin yükselişinin getirdiği yeni sorunların eklenmesiyle de ciddi bir hale gelmiştir.<sup>124</sup> Madde 30’da yer verilen kurallar bu açıdan genel bir kılavuz imkanı sağlamakta, ancak birçok durumda ortaya çıkan problemin, tarafların kendilerince açıkça çözülmesi gerekmektedir.

### Üçüncü Devletler

Uluslararası toplum için bağlayıcı hukuk kuralları oluşturma bakımından önem arz eden antlaşmaların üçüncü devletler, yani söz konusu antlaşmaya taraf olmayan devletler bakımından uygulanması ve bunlara etki etmesi dikkat çekilmesi gereken bir husustur.<sup>125</sup> Bu açıdan genel kural, uluslararası antlaşmaların yalnızca onlara taraf olanları bağlamasıdır. Bu kuralın gerekçesi devletlerin kurallarla bağlı olmadan önce onlara rıza göstermesi gerektiğini varsayan devletlerin egemenliği ve bağımsızlığına yönelik temel prensiplerde bulunabilir. Her ne kadar bu kural elbette genel bir önerme olup, her durumda mutlaka doğru olmasa da, uluslararası hukukta temel bir yaklaşım çizgisi olarak devam etmektedir. Sözleşme’nin 34. maddesi ‘bir antlaşma, rızası olmadan üçüncü devlet için ne hak ne yükümlülük yaratır’ derken söz konusu genel kuralı aksettirmektedir.<sup>126</sup>

Bir antlaşmanın üçüncü devletlere yükümlüler getiremeyeceğine Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından Viyana Konferansı ve Sözleşmesi öncesi müzakereleri sırasında vurgu yapılmıştır.<sup>127</sup> Ancak bunun önemli bir istisnası vardır ve o da bir antlaşmanın hükümlerinin örf ve adet hukukunu içermesi halidir.<sup>128</sup> Böyle bir durumda bütün devletler, orijinal antlaşmaya taraf olup olmadıklarına bakılmaksızın, o hükümlerdeki kurallarla

<sup>121</sup> Bu madde bir antlaşmanın daha sonraki bir antlaşma ile sona erdirilmesi veya askıya alınmasını düzenlemektedir.

<sup>122</sup> Bu madde çok taraflı antlaşmaları yalnızca bazı taraflar arasında değiştiren antlaşmaları düzenlemektedir.

<sup>123</sup> Bu madde, bir antlaşmanın esaslı ihlali ile ilgilidir.

<sup>124</sup> Bkz., Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 93–8, ve Aust, *Modern Treaty Law*, Bölüm 12. Ayrıca bkz., McNair, *Law of Treaties*, ss. 219 vd; *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 764 ve *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 505.

<sup>125</sup> Örneğin bkz., Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 98–106; Aust, *Modern Treaty Law*, Bölüm 14, ve *Oppenheim’s International Law*, s. 1260. Bu kuralın bilinen bir başka adı: *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Ayrıca bkz., Thirlway, ‘Law and Procedure (Part One)’, s. 63; *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 887 ve *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 605.

<sup>126</sup> Ayrıca bkz., devletlerin antlaşmalara halefiyetine dair aşağıda 16. Bölüm.

<sup>127</sup> *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, s. 227.

<sup>128</sup> Madde 38. Bkz., yukarıda 3. Bölüm ve *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, s. 3; 41 ILR, s. 29. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, s. 230.

bağlı olacaklardır. Bunun bir örneği geçen yüzyılın başlarında kabul edilmiş olan Lahey Sözleşmeleri'nde yer alan savaşa ilişkin hukuk kuralları olup bunlar artık uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçası sayılmaktadır.<sup>129</sup>

Böyle bir durum şu hususu ifade eden Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2(6) maddesi bakımından da ortaya çıkmaktadır:

*"Örgüt, Birleşmiş Milletler üyesi olmayan devletlerin de, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasının gerektirdiği ölçüde bu ilkelere uygun biçimde hareket etmesini sağlar."*

Bu hükmün Birleşmiş Milletler'e üye olmayanlara ilişkin sadece bir tavır açıklamasından ziyade bağlayıcı yükümlülükler de yarattığı zaman zaman ileri sürülmektedir.<sup>130</sup> Bu iddia Şart'ın 2. maddesinde sayılan prensiplerin uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçası sayılmış olması ve bir antlaşmada saldırı suçunu işleyen bir devlete karşı zorlayıcı yaptırımlar uygulanmasının hukuken öngörülebileceği gibi gerekçelerden hareketle doğru bir yaklaşım olabilir. Sözleşme'nin 75. maddesinin öngördüğü üzere:

*"Sözleşme'nin hükümleri Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca bir devletin saldırısına istinaden alınmış tedbirler sonucunda bir saldırgan devlet bakımından ortaya çıkabilen bir antlaşmaya ilişkin herhangi bir yükümlülüğe hanel getirmeyecektir."*

Madde 35 şayet bir antlaşmanın tarafları bunu kast eder ve bir üçüncü devlet de bu yükümlülüğü yazılı olarak açıkça kabul ederse, bu antlaşmanın bir hükmünden üçüncü devlet için yükümlülüğün ortaya çıkabileceğini belirtmektedir.<sup>131</sup>

Bir antlaşma tarafından üçüncü devletlere tahsis edilmiş olan haklar bakımından ise mesele biraz daha farklıdır. Uluslararası Daimi Adalet Divanı *Free Zones* davasında<sup>132</sup> şunu ifade etmiştir:

*"Diğer devletler arasında yapılmış bir antlaşma uyarınca kazanılmış bir hakkın mevcudiyeti sorunu...herbir özel durum açısından münferiden karar verilmesi gereken bir sorundur: üçüncü bir devletin yararına hüküm koymuş devletlerin o devlet için onun da kabul etmiş olduğu gerçek bir hak oluşturmaya kast edip etmediklerinin araştırılması gereklidir."*

Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesi bu açıdan şunu öngörmektedir:

*"Bir antlaşmanın tarafları antlaşmanın bir hükmünün ya üçüncü bir devlete veya o devletin mensubu olduğu devletler grubuna, ya da bütün devletlere, bir hak vermesini kast ettiyse ve üçüncü devlet buna rıza gösterirse, üçüncü devlet için antlaşmanın bu hükmünden o hak doğar. Üçüncü devletin rızası, aksi belirtilmediği sürece farz edilir, meğer ki antlaşma başka türlü öngörsün."*

Bu konuda ilaveten belli türde antlaşmalar *erga omnes* yükümlülükler veya haklar da oluşturabilmekte olup, bu tür durumlarda bütün devletler bunlarla varsayımsal olarak bağlı olabilecek ve ayrıca bunlardan faydalanabileceklerdir. Buna ilişkin örnekler, Süveyş ve Kiel Kanalları veya Kara Deniz Boğazı (*Türk Boğazları olması gerekir. Ç.N.*) gibi, belli bir ülkesel

<sup>129</sup> Bkz., aşağıda 20. Bölüm.

<sup>130</sup> Örneğin bkz., H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, 1950, ss. 106–10. Ayrıca bkz., McNair, *Law of Treaties*, ss. 216–18.

<sup>131</sup> Burada yükümlülüğün temelini oluşturan bir yan anlaşmanın ortaya çıktığına ilişkin görüş için bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, s. 227.

<sup>132</sup> PCIJ, Series A/B, No. 46, 1932, ss. 147–8; 6 AD, ss. 362, 364.

rejim kuran çok taraflı antlaşmaları içermektedir.<sup>133</sup> *Wimbledon* davasında<sup>134</sup> Daimi Divan ‘bir uluslararası suyunun...dünyanın bütün milletleri yararına’ kurulmuş olduğunu dikkate almıştır. Dolayısıyla bir antlaşma ile bir üçüncü devlete yükümlülük getirilebilmesi için o devletin yazılı açık rızası gereklidir; oysa ki üçüncü devletlere tanınan menfaatler durumunda bunların rızası, aksine bir niyetin yokluğunda, varsayılabilecektir. Bunun nedeni uluslararası örf ve adet hukukunda genel eğilimin üçüncü devletlere tanınan hakların geçerliliği yönünde olması; fakat devlet egemenliği, eşitliği ve içişlerine karışılmamasına ilişkin temel prensipler ışığında üçüncü devletlere yüklenen yükümlülüklerle karşı olunmasıdır.

## ANTLAŞMALARIN TADİLİ VE DEĞİŞTİRİLMESİ

Her ne kadar uluslararası antlaşmaların tadil ve değişim süreçleri aynı amacı taşıyor olup her ikisi de antlaşmaların yeniden gözden geçirilmesini içermekten de, bunlar esasen birbirinden ayrı faaliyetlerdir ve farklı yollarla gerçekleştirilirler. Tadilatlar bir antlaşmanın hükümlerinin, antlaşmanın bütün taraflarını etkileyecek şekilde değiştirilmesi anlamına gelmekteyken, değişiklikler ise antlaşmanın bazı hükümlerinin yalnızca belli taraflar arasında değişime uğraması anlamına gelmektedir. Arzu edilmesi halinde bir antlaşma, taraflar arasında mutabakat yoluyla tadil edilebilir; fakat böyle bir durumda, aksi öngörülmedikçe, antlaşmaların bu bölümde tanımlanmış olan akdedilme ve yürürlüğe girmesine ilişkin bütün resmi işlemlerin yerine getirilmesi gereklidir.<sup>135</sup> Şartlar değiştiğinde ilgili uluslararası antlaşmada konulmuş olan hükümlerin bazılarını değiştirme ihtiyacının ortaya çıkması anlaşılabilir bir durumdur. Bunda olağan dışı bir şey yoktur ve uluslararası ilişkiler açısından normal bir durumdur. Bu tür değişimlerin antlaşmanın ilk yapılışında uygulanmış aynı resmi yollarla gerçekleştirilmesi de tamamen mantıklıdır; zira hukuki haklar ve yükümlülüklerle alakalı bir durum vardır ve bunlarda bir değişim dikkatli bir yorum ve özen gerektiren devlet egemenliği ve rızaya dair mülahazaları içerecektir. Ancak belirsiz olmamak ve açıkça kanıtlanması şartıyla sözlü veya zımni bir muatabakatla tadilat da mümkündür. Bununla beraber bir hayli sayıda çoktaraflı antlaşma tadilat bakımından belli kurallar koymaktadır. Örnek olarak Birleşmiş Milletler Şartı’nın 108. maddesi, Şart’ta yapılacak tadilatların Güvenlik Konseyi’nin bütün daimi üyeleri dahil örgütün üyelerinin üçte ikisinin kabul ve onayının ardından bütün üye devletler için yürürlüğe gireceğini öngörmektedir.

Belli bir tadilat hükmünün yokluğunda bazı tarafların diğerlerince önerilen tadilatlara karşı çıkması halinde problemler ortaya çıkabilecektir. Viyana Sözleşmesi’nin 40. maddesi, antlaşmanın kendisinde aksine bir hükmün yokluğunda, çoktaraflı antlaşmaların tadili için kabul edilecek usulü belirtmektedir. Bir tadilat önerisi bütün akit devletlere bildirilmek zorunda olup, bunların herbirinin yapılacak işlemle ilgili karara ve bir antlaşmanın görüşülmesi ve akdedilmesine katılma hakkı bulunmaktadır. Antlaşmaya taraf olma hakkına sahip her devlet tadilata da taraf olma hakkına ayrıca sahiptir; fakat böyle bir tadilat orijinal antlaşmaya taraf olup da tadil edilmiş antlaşmaya taraf olmayan bir devleti, orijinal antlaşmanın kendisinde aksine bir hüküm bulunmadıkça bağlamayacaktır.<sup>136</sup>

<sup>133</sup> Örneğin bkz., Aust, *Modern Treaty Law*, ss. 228–9; *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 929; *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 655 ve N. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, 1997. *Erga omnes* yükümlülükler için bkz., yukarıda 13. Bölüm.

<sup>134</sup> PCIJ, Series A, No. 1, 1923, s. 22; 2 AD, s. 99. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, ss. 228–9, ve E. Jimenez-de Arechaga, ‘International Law in the Past Third of a Century’, 159 HR, 1978, ss. 1, 54, ve de Ar’echaga, ‘Treaty Stipulations in Favour of Third States’, 50 AJIL, 1956, ss. 338, 355–6.

<sup>135</sup> Madde 39. Ayrıca bkz., Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 106–9; Aust, *Modern Treaty Law*, chapter 15; *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 963; *Treaties* (ed. Hollis), s. 347; *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 699 ve *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, s. 232.

<sup>136</sup> Bkz., madde 30(4)b.

Bir devletin antlaşmaya yapılan tadilat yürürlüğe girdikten sonra taraf olması halinde durum biraz daha karmaşık hale gelmektedir. Bu devlet tadil edilmiş antlaşmaya, tadilatlar ile bağlı olmayan antlaşma tarafları hariç olarak, bir taraf olacaktır. Buna karşın bu devlet tadilata taraf olmayan devletler açısından tadil edilmemiş olan antlaşmanın bir tarafı olarak kabul edilecektir.

Çok taraflı bir antlaşmanın iki veya daha fazla tarafı, bütün tarafları içeren bir tadilatı hiç düşünmeden, o antlaşmayı kendi aralarında bazı bakımlardan değiştirmeye karar verebilir. Değişiklik olarak bilinen bu yöntem şayet söz konusu antlaşma tarafından yasaklanmamışsa ve değişiklik diğer tarafların haklarını ve yükümlülüklerini etkilemiyorsa mümkündür. Bununla beraber değiştirilmek istenen hüküm 'kendisinden sapılması antlaşmanın bir bütün olarak konu ve amacın etkin şekilde yerine getirilmesi ile bağdaşmayacak' nitelikte bir hüküm ise değişiklik mümkün değildir.<sup>137</sup> Son olarak bir antlaşma ayrıca daha sonraki bir antlaşmanın hükümleri<sup>138</sup> veya sonradan oluşturulan bir *jus cogens* kural tarafından da değişikliğe uğratılabilir.<sup>139</sup>

## ANTLAŞMALARIN YORUMLANMASI<sup>140</sup>

Hem ulusal hukuklarda hem de uluslararası hukukta mahkemelerin ve hukukçuların karşılaştığı süregiden problemlerden biri yorum sorunudur.<sup>141</sup> Bu nedenle yargı organlarına bu tür problemleri çözmeye yardımcı olmak üzere bazı kurallar ve yöntemler ortaya konulmuştur.<sup>142</sup> Uluslararası hukuk açısından antlaşmaların yorumuna ilişkin üç temel yaklaşım bulunmaktadır.<sup>143</sup> İlk yaklaşım bir antlaşmanın asıl metnine odaklanmakta ve kullanılan kelimelerin analizi kısmına vurgu yapmaktadır.<sup>144</sup> İkinci yaklaşım belirsizlik içeren hükümlere bir çözüm olarak antlaşmayı kabul eden tarafların niyetine bakılmasını önermekte olup, önceki okulun objektif yaklaşımından ayrılarak "subjektif yaklaşım" adıyla anılmaktadır.<sup>145</sup> Üçüncü yaklaşım diğer ikisinden daha geniş bir bakış açısı benimsemekte ve belli bir antlaşma hükmünün anlamını belirlemek üzere en önemli ölçü olarak antlaşmanın konu ve amacına vurgu yapmaktadır.<sup>146</sup> "Amaçsal düşünce okulu" adlı bu yaklaşım hakimin veya hakemin

<sup>137</sup> Madde 41.

<sup>138</sup> Bkz., madde 30.

<sup>139</sup> Bkz., yukarıda, 3. Bölüm.

<sup>140</sup> Örneğin bkz., Sinclair, *Vienna Convention*, Bölüm 5; *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 804; *Treaties* (ed. Hollis), s. 475; *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 521; *Interpretation in International Law* (ed. A. Bianchi, D. Peat ve M. Windsor), Oxford, 2015; E. Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford, 2014; C. Djeflal, *Static and Evolutive Treaty Interpretation*, Cambridge, 2015; R. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2. Baskı, Oxford, 2015; U. Linderfalk, 'Is Treaty Interpretation an Art or a Science?', 26 EJIL, 2015, s. 169; G. Fitzmaurice, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4', 33 BYIL, 1957, s. 203 ve 28 BYIL, 1951, s. 1; H. Lauterpacht, 'Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties', 26 BYIL, 1949, s. 48; M. S. McDougal, H. Lasswell ve J. C. Miller, *The Interpretation of Agreements and World Public Order*, Yale, 1967; ve O'Connell, *International Law*, ss. 251. Ayrıca bkz., S. Sur, *L'Interpretation en Droit International Public*, Paris, 1974; M. K. Yasseen, 'L'Interpretation des Traités d'après la Convention de Vienne', 151 HR, 1976 III, s. 1; H. Thirlway, 'The Law and Practice of the International Court of Justice 1960-1989 (Part Three)', 62 BYIL, 1991, ss. 2, 16 vd. ve '(Part Four)', 62 BYIL, 1992, s. 3, ve Thirlway, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989; Supplement, 2006: Part Three', 77 BYIL, 2006, s. 1; ve Aust, *Modern Treaty Law*, Bölüm 13.

<sup>141</sup> Bir antlaşmanın devletin bir organı tarafından tek taraflı yorumlanmasının diğer taraflar için bağlayıcı olmadığına dikkat edilmelidir: Bkz., McNair, *Law of Treaties*, ss. 345-50, ve *David J. Adams claim*, 6 RIAA, p. 85 (1921); 1 AD, s. 331.

<sup>142</sup> Ancak bkz., J. Stone, 'Fictional Elements in Treaty Interpretation', 1 *Sydney Law Review*, 1955, s. 344.

<sup>143</sup> Bkz., Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 114-15, ve Fitzmaurice, 'Reservations'.

<sup>144</sup> Bkz., Fitzmaurice, 'Law and Procedure', ss. 204-7.

<sup>145</sup> Örneğin bkz., H. Lauterpacht, 'De l'Interpretation des Traités: Rapport et Projet de Resolutions', 43 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1950, s. 366.

<sup>146</sup> Örneğin bkz., Fitzmaurice, 'Reservations', ss. 7-8 ve 13-14, ve 'Law and Procedure', ss. 207-9.

rolünün altını çizmede etkili olmaktadır; zira bu kişi bir antlaşmanın konu ve amacını tanımlamaktan sorumlu olacaktır. Ancak söz konusu yaklaşım yargının hukuk yapıcılığını teşvik ettiği için eleştirilmiştir. Bununla beraber uluslararası hukukta bir antlaşmanın gerçek anlamda bir yorumu, kullanılan kelimelerden, tarafların niyetine ve belli bir belgenin amaçlarına dek, antlaşmanın bütün yönlerini hesaba katmak zorundadır. Uygulamada bu unsurlardan herhangi birini tamamen dışlamak mümkün değildir.

Viyana Sözleşmesi'nin 31-33. maddeleri belli ölçüde her üç doktrinin de bakış açılarını içermektedir. Bu açıdan Madde 31 temel yorum kurallarını ortaya koymakta olup, uluslararası örf ve adet hukukunu yansıttığı söylenebilir.<sup>147</sup> Madde 31(1)'de bir antlaşmanın, 'antlaşmanın bütünlüğü içinde ve konu ve amacının ışığında, hükümlerine verilecek alışılmış manaya uygun şekilde, iyi niyetle' yorumlanacağını açıklanmaktadır.<sup>148</sup> Uluslararası Divan *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* davasında<sup>149</sup> 'bir antlaşmanın hükümlerini yorumlaması ve uygulaması istenen bir mahkemenin ilk görevinin bunlara buldukları bağlamda, doğal ve alışılmış anlamlarına göre etki tanımak üzere çaba göstermek' olduğuna dikkat çekmiştir.<sup>150</sup> Bu kuralı esas alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Lithgow* davasında<sup>151</sup> mülkiyet haklarına müdahaleler için tazminat ödenmesi bağlamında, Avrupa Sözleşmesi'nin I. Protokolü'nün 1. maddesinde kullanılan 'uluslararası hukuk genel prensiplerinin...öngördüğü koşullar uyarınca' ifadesinin, (yabancılardan ayrı olarak) vatandaşların mallarının kamulaştırılması için tazminat standartları oluşturmak amacıyla bu alandaki uluslararası hukuk genel prensiplerini genişletecek şekilde yorumlanamayacağına hükmetmiştir.<sup>152</sup> 'Bağlam' kelimesinin antlaşmanın başlangıç kısmı ve ekleri yanında taraflarca antlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak yapılmış herhangi bir anlaşma veya belgeyi de kapsadığı kabul edilmektedir.<sup>153</sup>

Eritre-Etyopya Sınır Komisyonu'nun sınır çizilmesine dair kararında, madde 31(1)'de yer alan unsurların tarafların gerçekte niyetlendikleri şeyi veya onların 'ortak istekleri'ni bulmada bir kılavuz rolü oynadığını<sup>154</sup> ve bu süreçte 'çağdaşlık' prensibinin de dikkate

<sup>147</sup> Uluslararası Divan pek çok defa Viyana Sözleşmesi'nin 31, 32 ve 33. maddelerinin örf ve adet hukukunu yansıttığını tasdik etmiştir: Örneğin bkz., *Nicaragua v. Colombia, Preliminary Objections*, ICJ Reports, 2016, para. *Croatia v. Serbia*, ICJ Reports, 2015, para. 138; *Peru v. Chile*, ICJ Reports, 2014, ss. 3, 28; *Costa Rica v. Nicaragua*, ICJ Reports, 2009, ss. 213, 237; ITLOS Danışma Görüşü, *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, 1 February 2011, paragraf 57; *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 109–10; *Indonesia/Malaysia* davası, ICJ Reports, 2002, ss. 625, 645–6; *Botswana/Namibia* davası, ICJ Reports, 1999, s. 1045; *Libya/Chad* davası, ICJ Reports, 1994, ss. 6, 21–2; 100 ILR, ss. 1, 20–1, ve *Qatar v. Bahrain* davası, ICJ Reports, 1995, ss. 6, 18; 102 ILR, ss. 47, 59. Diğer mahkemeler de aynı görüştedir: Örneğin bkz., 1994 GATT Uyuşmazlık Çözüm Paneli Raporu, United States Restrictions on Imports of Tuna, 33 ILM, 1994, ss. 839, 892; *Auditing of Accounts between the Netherlands and France*, arbitral award, 12 Mart 2004, paragraf 59 ve *Iron Rhine (Belgium/Netherlands)*, arbitral award, 24 Mayıs 2005, paragraf 45. Ayrıca bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 1271.

<sup>148</sup> Örneğin bkz., *German External Debts* tahkimi, 19 ILM, 1980, ss. 1357, 1377. Ayrıca bkz., Judge Ajibola's Separate Opinion, *Libya/Chad* davası, ICJ Reports, 1994, ss. 6, 71; 100 ILR, ss. 1, 69. 'Konu ve amaç' bakımından bkz., *LaGrand* davası, ICJ Reports, 2001, paragraf 102; 134 ILR, s. 41. "İyi niyet" için bkz. Viyana Sözleşmesi, madde 26 ve *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports, 2010, ss. 14, 67.

<sup>149</sup> ICJ Reports, 1950, ss. 4, 8; 17 ILR, ss. 326, 328.

<sup>150</sup> Ayrıca bkz., *La Bretagne* tahkimi (*Canada v. France*), 82 ILR, ss. 590, 620.

<sup>151</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 102, paragraf 114; 75 ILR, ss. 438, 482.

<sup>152</sup> Ayrıca bkz., *James* davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 98, paragraf 61; 75 ILR, ss. 397, 423, ve Amerika Kitası İnsan Hakları Mahkemesi, Danışma Görüşü, *Enforceability of the Right to Reply* davası, 79 ILR, ss. 335, 343, ve *Meaning of the Word 'Laws'* davası, 79 ILR, ss. 325, 329.

<sup>153</sup> Madde 31(2). Ayrıca bkz., *US Nationals in Morocco* davası, ICJ Reports, 1952, ss. 176, 196; 19 ILR, ss. 255, 272; *Beagle Channel* davası, HMSO, 1977, s. 12; 52 ILR, s. 93, ve *Young Loan* tahkimi, 59 ILR, ss. 495, 530.

<sup>154</sup> 130 ILR, ss. 1, 34. Ayrıca bkz., Lord McNair, *Argentine/Chile Frontier* davası, 38 ILR, ss. 10, 89.

alınacağını vurgulamıştır. Bu prensip bir antlaşmanın akdedilmiş olduğu zamandaki geçerli şartlara göre yorumlanması gerektiği anlamına gelmekte olup,<sup>155</sup> bu nedenle örnek olarak belgede kullanılan ifadeler ve coğrafi adlara o zamanda sahip oldukları anlam verilecektir.<sup>156</sup> Ancak, Uluslararası Divan'ın dikkat çektiği üzere, bu prensip bir antlaşmayı yorumlarken Divan'ı ' tarafların sunduğu delil belgelerinin yansıttığı bilimsel bilginin güncel durumunu' dikkate almaktan alıkoymayacaktır.<sup>157</sup>

Yorumlama sürecinin 'amacının bir hükmün tam anlamına karar vermek olup, onu değiştirmek amacı taşıyan yargısal bir faaliyet olmadığı'na ayrıca dikkat çekilmiştir.<sup>158</sup>

Bunun yanı sıra bir antlaşma ile ilgili herhangi bir sonraki anlaşma veya uygulama da bağlam ile birlikte düşünülme zorundadır.<sup>159</sup> Bu açıdan sonraki uygulamanın aslında çifte bir rolü de olabilir: hem bir yorum belgesi olarak işlev görebilir hem de söz konusu antlaşma ile taraflar arasında kurulmuş hukuki ilişkilerde bir değişikliğe işaret edebilir.<sup>160</sup>

Bir antlaşma yorumlanırken taraflar arasındaki ilişkilere uygulanabilen ilgili uluslararası hukuk kurallarının da dikkate alınacağına dair Sözleşme hükmü,<sup>161</sup> *Oil Platforms (Iran v. USA)* davasında, 1955 Dostluk, Ekonomik İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Antlaşması bağlamında, kuvvet kullanmaya dair kurallara başvuruyu meşru göstermek üzere oldukça tartışmalı bir şekilde kullanılmıştır.<sup>162</sup>

Madde 31'in hükümlerine göre yapılan bir yorumun teyide muhtaç olması veya anlamın belirsiz veya çapraşık olması veya çok açık bir şekilde saçma olan veya makul olmayan bir sonuca götürmesi halinde, ihtiyaç duyulması durumunda Madde 32 uyarınca tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilecektir. Bu araçlar bir antlaşmanın hazırlık çalışmaları (*travaux preparatoires*) ve antlaşmanın yapılma şartlarını içermekte olup, söz konusu antlaşmayı yorumlama sürecine yardım etmek üzere yukarıdaki durumlarda

<sup>155</sup> Bkz., *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 346. Ayrıca bkz., D. W. Greig, *Intertemporality and the Law of Treaties*, London, 2001, ve zamanlararası hukuk doktrini için, yukarıda 9. Bölüm.

<sup>156</sup> *Eritrea-Ethiopia*, 130 ILR, ss. 1, 34-5.

<sup>157</sup> *Botswana/Namibia*, ICJ Reports, 1999, ss. 1045, 1060.

<sup>158</sup> Örneğin bkz., *Laguna del Desierto* davası, 113 ILR, ss. 1, 44.

<sup>159</sup> Madde 31(3)a ve b. Ayrıca bkz. *Treaties and Subsequent Practice* (ed. G. Nolte), Oxford, 2013 ve UHK'nun zaman içinde antlaşmalar konulu çalışması (2008 yılında başlamıştır) A/66/10.Add. 1, Bölüm XI. 2013 yılından geçerli olmak üzere çalışmanın başlığı 'Müteakip Antlaşmalar ve Devletlerin Müteakip Uygulamaları' olmuştur. Bkz. Özel Raportörün ilk raporu A/CN.4/660 (2013). UHK geçici olarak bazı taslak sonuçlar kabul etmiştir. Bkz. A/70/10, ss. 86 vd. ve A/71/10, ss. 136 vd.

<sup>160</sup> İkinci durum için, örneğin bkz., *Temple* davası, ICJ Reports, 1962, s. 6; 33 ILR, s. 48, *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, ss. 16, 22; 49 ILR, s. 2, *Taba* davası, 80 ILR, s. 226 ve *Eritrea-Ethiopia*, 130 ILR, ss. 1, 34 vd.

<sup>161</sup> Madde 31(3)c.

<sup>162</sup> ICJ Reports, 2003, ss. 161, 182; 130 ILR, ss. 323, 341-2. Hakim Higgins, kendi Ayrı Görüş'ünde şu hususa dikkat çekmiştir, 'Divan bu hükmü kuvvet kullanmaya ilişkin mevcut uluslararası hukukun tamamının (Kararın 42. paragrafına göre Şart hukuku da dahil) kapsanmış olduğu şeklinde anlamıştır. Ancak bu görüş Madde 31, paragraf 3'deki 'bağlamın' dikkate alınması gereğine uymamaktadır: ve olayda 'bağlam' açıkça bir ekonomik ve ticari antlaşma bağlamıdır', *a.g.e.*, ss. 225, 237; 130 ILR, ss. 383, 395. Ayrıca bkz., *Iran v. USA*, Case No. A/18, 5 Iran-US CTR, s. 251; 75 ILR, ss. 175, 188, burada Mahkeme, madde 31(3)c'ye atıf vererek, ilgili zaman diliminde davacının baskın ve etkin vatandaşlığı ABD vatandaşlığı ise İran'a karşı İran-ABD çifte vatandaşlarının sunduğu talepler üzerinde yargılamaya yetkisinin mevcut olduğuna karar vermiştir, ve *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 310, s. 25; 103 ILR, s. 621.

kullanılabilecektir.<sup>163</sup> Bununla beraber Uluslararası Divan 'yorumun her şeyin üstünde antlaşma metnini esas alması gerektiğinin' de altını çizmiştir.<sup>164</sup> Divan ayrıca tarafların kendilerinin belli hükümlere evrimleşen bir mana vermeyi isteyebileceklerine de dikkat çekmiştir.<sup>165</sup>

İçtihat hukuku da yukarıda açıklanan kurallar hakkında bazı ilginç kılavuz ilkeler sunmaktadır. *Interpretation of Peace Treaties* davasında<sup>166</sup> Divan'a, uyumsuzluğun bir tarafı (Bulgaristan, Macaristan ve Romanya) bir Antlaşma Komisyonu'na kendi temsilcisini tayin etmeyi reddederken, diğer tarafın isteği üzerine BM Genel Sekreteri'nin bir üçüncü üye tayin edip edemeyeceği sorulmuştur. İlgili üç devlet arasındaki Barış Antlaşmaları'nın hükümlerinin doğal ve alışılmış anlamı ışığında ancak diğer iki üye tayin edildikten sonra bir üçüncü üyenin tayininin öngörüldüğü vurgulanmıştır. Böyle bir antlaşma yükümlülüğü Antlaşma tarafından öngörülmüş olan Komisyon niteliğine sahip olmayan bir Komisyon kurularak ortadan kaldırılamayacaktır. Divan Barış Antlaşmaları'ndaki uyumsuzlukların çözümüne ilişkin hükümler için bunların lafzı ve ruhuna aykırı olacak bir mana vermek üzere etkinlik prensibini kullanamayacaktır. Divan ayrıca uyumsuzluk maddesinin içeriğinin katı şekilde yorumlanması gereken bir mahiyette olduğunu vurgulamıştır. Buna göre yorumlanacak olan hükümlerin niteliği de ilgili yorum kurallarının kullanılması bağlamında önem taşımaktadır. Etkinlik prensibi<sup>167</sup> ise ancak hükümlere tarafların niyeti<sup>168</sup> ve uluslararası hukuk kuralları<sup>169</sup> uyarınca bir etki tanımak amacıyla kullanılacaktır.

Ancak şurası not edilmelidir ki etkinlik prensibi yaklaşımı iki konuda daha geniş amaçlarla birlikte ve özellikle dinamik bir şekilde kullanılmıştır. Bir uluslararası örgütün kurucu belgesi olarak da işlev gören antlaşmalar durumunda bu açıdan daha esnek bir yorum metodu meşru görülebilir; zira bu halde örgütün açıklanan amaçlarını gerçekleştirmek üzere kullanılmakta olan bir belge ile uğraşılmaktadır. Bu gibi durumlarda sonraki uygulamanın kavram ve

<sup>163</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, s. 223, bu çalışmada *River Oder* davası, PCIJ, Series A, No. 23, 1929; 5 AD, ss. 381, 383, kararında bahsölenen Versay Antlaşması'nın bazı hükümlerine ilişkin hazırlık çalışmalarının, Divan'ın önüne gelen devletlerden üçü hazırlık konferansına iştirak etmedikleri için dikkate alınmayacağı yönündeki kural şüpheli bulunmuştur. Ayrıca bkz., *Young Loan* davası, 59 ILR, ss. 495, 544-5; Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 141-7, ve *Lithgow* davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 102, paragraf 117; 75 ILR, ss. 438, 484. Hem *Libya/Chad* davası, ICJ Reports, 1994, ss. 6, 27; 100 ILR, ss. 1, 26, hem de *Qatar v. Bahrain* davasında, ICJ Reports, 1995, ss. 6, 21; 102 ILR, ss. 47, 62, Uluslararası Divan söz konusu belgelerin içeriğini açıklığa kavuşturmak için hazırlık çalışmalarına başvurulmasına gerek olmadığına, ancak bunların metne verilen anlamı tasdik etmek üzere kullanılabileğine hükmetmiştir. Ayrıca bkz., *Construction of a Wall* istisari görüşü, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 174 vd.; 129 ILR, ss. 37, 92 vd.

<sup>164</sup> *Libya/Chad* davası, ICJ Reports, 1994, ss. 6, 22; 100 ILR, ss. 1, 21. *Lotus* davasında, PCIJ, Series A, No. 10, s. 17, paragraf 37, Divan şayet söz konusu antlaşmanın metni yeterince açıksa hazırlık çalışmalarına başvurmaya gerek olmadığına hükmetmiştir.

<sup>165</sup> *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports, 2010, ss. 14, 83. Ayrıca devletlerin yeni bir takım uluslararası yükümlülükler yaratırken önceki yükümlülüklerinden sapmayı amaçlamadıklarına yönelik karineye dikkat ediniz, bkz., *Nada v. Switzerland*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Judgment of 12 September 2012, paragraf 170, Bu nedenle birbirinden sapan iki yükümlülük mevcut hukukla tamamen uyumlu sonuçlar doğurması için mümkün olduğu kadarıyla birbiri ile uyumlu hale getirilecektir. *Right of Passage (Portugal v. India)*, *Preliminary Objections* davasında, ICJ Reports, 1957, ss. 125, 142, Uluslararası Divan bir hükümetin sunduğu bir metnin prensip olarak mevcut hukuka aykırı değil, ona uygun sonuçlar doğuracak şekilde yorumlanması gerektiğine yönelik yorum kuralına dayandığını ifade etmiştir.

<sup>166</sup> ICJ Reports, 1950, ss. 221, 226-30; 17 ILR, ss. 318, 320-2. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, s. 220.

<sup>167</sup> Uluslararası Divan *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* davasında etkinlik prensibinin 'antlaşmalar hukukunda önemli bir rolü olduğunu' açıklamıştır, ICJ Reports, 1999, ss. 432, 455.

<sup>168</sup> Örneğin bkz., *Ambatielos* davası, ICJ Reports, 1952, s. 28; 19 ILR, s. 416. Ayrıca bkz., *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, 1949, ss. 4, 24; 16 AD, ss. 155, 169 ve *Yearbook of the ILC*, 1966, vol. II, s. 219.

<sup>169</sup> Örneğin bkz., *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* davası, ICJ Reports, 1999, ss. 432, 455, *Right of Passage (Preliminary Objections)* davası, ICJ Reports, 1957, s. 142 ve *Laguna del Desierto* davası, 113 ILR, ss. 1, 45.



mahiyeti fazladan bir anlama sahip olacaktır.<sup>170</sup> Bu yaklaşım özellikle bir örgütün amaçları bağlamında gerekli sayılan, ilgili belgede açıkça öngörülmemiş, yetki çıkarsamada bir yol olarak kullanılmıştır.<sup>171</sup> Bu tür durumlarda bir program niteliğindeki etkin yorum doktrini artık iyice yerleşmiş olup, 190'dan fazla devletin örgüt prensiplerine ilişkin altmış yılı aşkın uygulamasının açıkça belli olduğu Birleşmiş Milletler'de özellikle dikkate alınmaktadır.

Yoruma yönelik daha dinamik bir yaklaşım, ayrıca özel bir uygulama sisteminin kurulduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi insan hakları antlaşmaları bağlamında öne çıkmaktadır.<sup>172</sup> Bu gibi antlaşmalarda insan haklarını korumak üzere subjektif ve karşılıklı haklardan ziyade objektif yükümlülükler içeren belli bir hukuk düzeninin kurulduğu ifade edilmiştir.<sup>173</sup> Dolayısıyla Sözleşme'nin 'güncel koşullar ışığında' yorumlanması gerekli olan yaşayan bir belge oluşturduğuna vurgu yapılarak, daha esnek ve program niteliğinde veya amaç odaklı yorum metodu benimsenmiştir.<sup>174</sup> Bunun yanında Sözleşme'nin konu ve amacı da antlaşma hükümlerinin gerektirdiği tedbirlerin pratik ve etkin hale getirilecek şekilde yorumlanmasını lüzumlu kılmaktadır.<sup>175</sup>

Gerçekten de bu bağlamda *Licensing of Journalists* davasında,<sup>176</sup> her ne kadar Amerika Kıtası İnsan Hakları Sözleşmesi'ni diğer ilgili uluslararası belgeler ile kıyaslamak faydalı olsa da, bu yaklaşımın diğer antlaşmalarda mevcut olan sınırlamaları bu Sözleşme'ye de uygulamak üzere kullanılmayacağına dikkat çekilmiştir. Bu gibi hallerde 'bireyin en fazla lehine olan kural galip gelmelidir'.

Madde 31(4), tarafların bu şekilde arzu ettikleri tespit edilirse, bir terime özel bir anlam verileceğini öngörmektedir. Görüldüğü kadarıyla bir terimin, alışılmış anlamından bir

<sup>170</sup> Madde 5 uyarınca, Viyana Sözleşmesi bir uluslararası örgütün kurucu antlaşması olan her antlaşmaya uygulanabilecektir. Ayrıca bkz., C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2. Baskı, Cambridge, 2005, Bölüm 2, ve Amerasinghe, 'Interpretation of Texts in Open International Organizations', 65 BYIL, 1994, s. 175; M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986, ss. 64-73; S. Rosenne, 'Is the Constitution of an International Organization an International Treaty?', 12 *Comunicazioni e Studi*, 1966, s. 21, ve G. Distefano, 'La Pratique Subs'equente des Etats Parties 'a un Trait'e', AFDI, 1994, s. 41.

<sup>171</sup> Örneğin bkz., *Reparations* davası, ICJ Reports, 1949, s. 174; 16 AD, s. 318; *Certain Expenses of the UN* davası, ICJ Reports, 1962, s. 151; 34 ILR, s. 281; *Competence of the General Assembly for the Admission of a State* davası, ICJ Reports, 1950, s. 4; 17 ILR, s. 326, ve *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, s. 16; 49 ILR, s. 2. Ayrıca bkz., Shaw, *Title to Territory*; R. Higgins, 'The Development of International Law by the Political Organs of the United Nations', PASIL, 1965, s. 119, ve H. G. Schermers ve N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 5. Baskı, Leiden, 2011, Bölüm 9. Bkz., aşağıda 22. Bölüm.

<sup>172</sup> Bkz., yukarıda 7. Bölüm. Ayrıca bkz., J. G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, 2. Baskı, Manchester, 1993, Bölüm 4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)* davasında, Series A, No. 310, s. 26 (1995); 103 ILR, s. 621, Uluslararası Adalet Divanı ile Avrupa Mahkemesi arasındaki rol ve amaçlar açısından temel farklar vurgulanmıştır. Ayrıca bkz., *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 209 vd.

<sup>173</sup> Örneğin bkz., *Austria v. Italy*, 4 *European Yearbook of Human Rights*, 1960, ss. 116, 140 ve *Ireland v. UK*, Series A, No. 25, s. 90 (1978). Ayrıca bkz., Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi, *İstisari Görüşü, Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights*, 22 ILM, 1983, ss. 37, 47; 67ILR, ss. 559, 568; bu davada da benzer bir yaklaşım benimsenmiştir.

<sup>174</sup> Örneğin bkz., *Tyrer* davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 26, s. 15 (1978); 58 ILR, ss. 339, 553; *Marckx* davası, ECHR, Series A, No. 32, s. 14 (1979); 58 ILR, ss. 561, 583; *Wemhoff* davası, ECHR, Series A, No. 7 (1968); 41 ILR, s. 281, ve *Loizidou* davası, ECHR, Series A, No. 310, s. 23; 103 ILR, s. 621. Ayrıca bkz., H. Waldock, 'The Evolution of Human Rights Concepts and the Application of the European Convention on Human Rights', *M'elanges Offerts 'a Paul Reuter*, Paris, 1981, s. 535. Ayrıca bkz., BM İnsan Hakları Komitesi tarafından benimsenen yaklaşım, General Comment 24/52 of 2 November 1994 on Reservations: Bkz., 15 *Human Rights Law Journal*, 1994, s. 464.

<sup>175</sup> Örneğin bkz., *Soering v. UK*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Series A, No. 161, s. 34 (1989); 98 ILR, s. 270; *Artico v. Italy*, ECHR, Series A, No. 37 (1980) ve *Loizidou v. Turkey*, ECHR, Series A, No. 310, s. 23 (1995); 103 ILR, s. 621.

<sup>176</sup> Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi, *İstisari Görüşü*, 1985, 75 ILR, ss. 30, 47-8.

sapma söz konusu olduğunda, ispat standardı oldukça yüksek tutulmuştur. Bu açıdan bir tarafın belli bir terimi yalnızca belli bir biçimde kullanmış olduğunun ispatı yeterli değildir.<sup>177</sup>

Çok taraflı antlaşmalarda sıkça olduğu gibi bir antlaşma birden fazla dilde resmileştirilirse, 33. maddede, bir mutabakatın yokluğu halinde, normal yorum usulünün çözemediği bir anlam farkı durumunda, antlaşmanın konu ve amacı göz önünde tutularak metinleri en iyi uzlaştıran mananın benimseneceği öngörülmektedir.<sup>178</sup>

## ANTLAŞMALARIN GEÇERSİZLİĞİ, SONA ERDİRİLMESİ VE YÜRÜRLÜĞÜNÜN ASKIYA ALINMASI<sup>179</sup>

### Genel Hükümler

Madde 42 bir antlaşmanın geçerliliğine ve yürürlükte kalmasına yalnızca Viyana Sözleşmesi'nin hükümleri uyarınca itiraz edilebileceğini beyan etmektedir. Madde 44'de ise antlaşmada aksi belirtilmedikçe veya taraflar aksine karar vermedikçe, bir devletin antlaşmanın yalnızca belli kısımları bakımından değil antlaşmanın tamamı bakımından çekilebileceği veya yürürlüğünü askıya alabileceği öngörülmektedir. Ancak şayet bir antlaşmanın geçersizliği, sona erdirilmesi, çekilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması için ileri sürülen gerekçe sadece belli maddelere ilişkin ise, bu gerekçeye söz konusu hükümler hakkında yalnızca şu hallerde başvurulabilir:

- “(a) anılan hükümler uygulanmaları bakımından antlaşmanın geri kalan kısmından ayırdedilebiliyorsa;  
 (b) bu hükümleri kabul etmenin diğer taraf veya tarafların antlaşma ile bir bütün olarak bağlanma rızasının esaslı bir temeli olmadığı antlaşmadan anlaşılıyorsa veya başka türlü tespit ediliyorsa;  
 (c) antlaşmanın geri kalan kısmının ifaya devam edilmesi gayri adil olmayacaksa.”

Bu bağlamda Sözleşme'nin antlaşma hükümlerinin ayrılabilirliğine dair meseleye ihtiyatlı bir yaklaşım benimsemiş olduğu görülmektedir.<sup>180</sup>

Madde 45'de bir geçersizlik, sona erdirme, çekilme veya askıya alma gerekçesine, devletin ilgili olayları öğrendikten sonra, antlaşmanın geçerli olduğu veya yürürlükte kaldığını açıkça kabul etmiş olması halinde ya da davranışları sebebiyle antlaşmanın geçerliliğine veya yürürlükte kalmasına rıza gösterdiğinin varsayılabilirdiği halde, o devlet tarafından artık başvurulamayacağı öngörülmektedir.<sup>181</sup>

<sup>177</sup> Bkz., *Eastern Greenland* davası, PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933, s. 49; 6 AD, s. 95, ve *Anglo-French Continental Shelf* davası, Cmnd 7438, s. 50; 54 ILR, s. 6.

<sup>178</sup> Bkz., *La Grand* davası, ICJ Reports, 2001, ss. 466, 502; 134 ILR, ss. 1, 40–1, *Mavrommatis Palestine Concessions* davası, PCIJ, Series A, No. 2, s. 19; 2 AD, s. 27, bu davada bu gibi haller için daha sınırlayıcı bir yorum çağrısı yapılmıştır, ve *Young Loan* davası, 59 ILR, s. 495. Ayrıca bkz., Aust, *Modern Treaty Law*, ss. 22–6.

<sup>179</sup> *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 1015; *Treaties* (ed. Hollis), s. 551; *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 775; ve *Oppenheim's International Law*, s. 1284. Ayrıca bkz., N. Kontou, *The Termination and Revision of Treaties in the Light of New Customary International Law*, Oxford, 1995, ve Aust, *Modern Treaty Law*, Bölüm 16 ve 17.

<sup>180</sup> Bkz., *Hakim Lauterpacht, Norwegian Loans* davası, ICJ Reports, 1957, ss. 9, 55–9; 24 ILR, ss. 782, 809, ve Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 165–7.

<sup>181</sup> Örneğin bkz., *Arbitral Award by the King of Spain* davası, ICJ Reports, 1960, ss. 192, 213–14; 30 ILR, ss. 457, 473, ve *Temple* davası, ICJ Reports, 1962, ss. 6, 23–32; 33 ILR, ss. 48, 62. Ayrıca bkz., *Argentina–Chile* davası, 38 ILR, s. 10 ve yukarıda 10. Bölüm.

## Antlaşmaların Geçersizliği

### İç Hukuk

Bir devlet kendi anayasasının antlaşmaların yapılmasına ilişkin hükümlerinin ihlalini bir antlaşmayı reddetmek için geçerli bir mazeret olarak ileri süremez. Bu konuda uluslararası hukukçular arasında, örnek olarak bir devlet başkanının bir antlaşma yapmaya ilişkin bir iç hukuk sınırlamasına uymamasının, antlaşmayı geçersiz hale getirip getirmeyeceği hakkında anlaşmazlık bulunmaktaydı.<sup>182</sup> Sözleşme böyle bir halin rızayı genel olarak geçersiz hale getirmese de bazı şartlarda bunun ileri sürülebileceği görüşünü kabul etmiştir.

Madde 46 (1) şunu öngörmektedir:

*“Bir Devlet, bir antlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun antlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakasına rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, meğer ki ihlal aşikar ve iç hukukunun temel öneme sahip bir kuralı ile ilgili olsun.”*

İhlal şayet söz konusu meselede normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir devlet için ‘objektif olarak açık’ durumda ise aşikar sayılacaktır.<sup>183</sup> Örnek olarak bir devlet temsilcisinin devlet adına rıza gösterme yetkisi belli bir sınırlamaya tabi tutulmuş ise buna uyulmadığı hallerde devlet bu rıza ile, diğer görüşmeci devletlerin bu kişinin rıza gösterme yetkisine konulmuş olan söz konusu sınırlamadan bu rıza açıklanmadan önce haberdar olmaları hali hariç, yine de bağlı olacaktır.<sup>184</sup> Bu özel hüküm bir devleti temsile yetkili olan kişiler bakımından uygulanmakta olup, madde 7’de tanımlanmış olan bu tür kişiler arasında devlet ve hükümet başkanları ve dışişleri bakanlarının yanı sıra bir yetki belgesine sahip kişiler de bulunmaktadır.<sup>185</sup>

Uluslararası Divan bu mesele ile, Nijerya’nın 1975 Maroua Deklarasyonu’nun kendi anayasal kurallarına uyulmadığı için geçersizliğini iddia ettiği *Cameroon v. Nigeria* davasında ilgilenmiştir. Divan kararında Nijerya devlet başkanının Deklarasyonu imzaladığına ve yetkisine dair herhangi bir sınırın en azından uygun şekilde ilan edilmeden ‘aşikar’ olamayacağına dikkat çekmiştir. Bu durum özellikle devlet başkanları gibi antlaşmaların akdine ilişkin eylemleri yapma yetkisi bakımından devleti temsil ettikleri kabul edilen kişiler açısından böyledir.<sup>186</sup> Divan ayrıca ‘devletler açısından uluslararası ilişkiler için önemli olan veya olabilecek diğer devletlerdeki yasal ve anayasal gelişmeler hakkında kendi kendilerini bilgilendirmeye yönelik genel bir hukuki yükümlülüğün bulunmadığına’ dikkat çekmiştir.<sup>187</sup>

Elbette bir devletin bir uluslararası yükümlülüğü ifa etmeme gerekçesi olarak kendi iç hukukunun herhangi bir hükmüne başvuramayacağı da ayrıca belirtilmelidir. Bu uluslararası hukukun genel bir prensibidir<sup>188</sup> ve antlaşmalar hukukundaki uygulanışına 1969 Viyana Sözleşmesi’nin 27. maddesinde yer verilmiştir.

<sup>182</sup> Bkz., Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 169–71, bu konuda anayasacı ve uluslararası okulları ayırmaktadır, ve K. Holloway, *Modern Trends in Treaty Law*, London, 1967, ss. 123–33. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, ss. 240–1.

<sup>183</sup> Madde 46(2).

<sup>184</sup> Madde 47. Örneğin bkz., *Eastern Greenland* davası, PCIJ, Series A/B, No. 53, 1933; 6 AD, s. 95, ve *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 1994, ss. 112, 121–2; 102 ILR, ss. 1, 18–19.

<sup>185</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>186</sup> ICJ Reports, 2002, ss. 303, 430.

<sup>187</sup> *A.g.e.*, ss. 430–1.

<sup>188</sup> Örneğin bkz., *Alabama Claims* tahkimi, J. B. Moore, *International Arbitrations*, New York, 1898, cilt I, s. 495, ve *Greco-Bulgarian Communities* davası, PCIJ, Series B, No. 17, s. 32; 5 AD, s. 4. Ayrıca bkz., *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement* davası, ICJ Reports, 1988, ss. 12, 34–5; 82 ILR, ss. 225, 252.

### Hata

Devletlerin ulusal sözleşme hukukundaki hata kavramına kıyasla bir devletin rızasını geçersiz hale getiren uluslararası hukuktaki hatanın kapsamı oldukça dardır. Devletlerin niteliği ve antlaşmaların görüşülmesi ve akdedilmesi ile ilgilenen kişilerin sayısının çokluğu nedeniyle, ister tek taraflı ister karşılıklı olsun, hataların meydana gelmesi pek olası değildir.

Madde 48 bir devletin bir antlaşmadaki hataya, antlaşma ile bağlanma rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvurabilmesi için hatanın antlaşma yapıldığı zaman o devletçe varlığı farzedilen ve antlaşma ile bağlanma rızasının esaslı bir temelini teşkil eden bir olay ve durumla ilgili olması gerektiğini beyan etmektedir. Ancak devlet şayet hatayı biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse ya da bu hataya katkıda bulunmuş ise bu durumda hatayı gerekçe göstererek kendisini sonradan antlaşmaya uyma yükümlülüğünden kurtaramaz.

Bu sınırlayıcı yaklaşım *Temple* davası<sup>189</sup> dahil birçok davada yapılmış olan yorumlarla uyum içindedir. Söz konusu davada Uluslararası Adalet Divanı, Tayland'ın belli bir haritanın temel bir hata içerdiği ve bu nedenle buna uymak zorunda olmadığı iddiasını reddetmiştir; zira 'hata itirazına, şayet ileri süren taraf hataya kendi davranışı ile katkıda bulunmuş veya ondan kaçınabilecek durumda idiyse ya da şartlar o tarafı olası bir hatadan haberdar edecek şekilde idiyse, rızayı geçersiz kılan bir unsur olarak izin verilemez'.<sup>190</sup> Divan Tayland tarafında haritaları incelemekle görevlendirilen kişilerin karakteri ve nitelikleri göz önüne alındığında Tayland'ın bir hata itirazını ileri süremeyeceği sonucuna varmıştır.

### Hile ve Ayartma

Bir devlet antlaşmayla bağlanmaya diğer görüşmeci devletin hileli davranışı nedeniyle rıza göstermiş ise, o devlet hileye 49. madde uyarınca bağlanma rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvurabilir. Bir görüşmeci devlet doğrudan veya dolaylı yollardan diğer devletin antlaşmaya rızasını elde etmek üzere onun temsilcisini ayartırsa, bu ayartmaya 50. madde uyarınca bağlanma rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvurulabilir.<sup>191</sup>

### Zorlama

Antlaşmalar hukukunda geçersizlik nedenleri arasında hata, hile ve ayartmadan daha önemli olanı zorlamadır. Rızanın bir devletin temsilcisinin kendisine yöneltilmiş eylemler veya tehditler yoluyla zorla elde edilmesi halinde, bu rıza Sözleşme'nin 51. maddesi uyarınca hukuken geçersiz olacaktır.<sup>192</sup>

Devletin kendisine karşı uygulanan bir zorlama yoluyla elde edilmiş rıza problemi ise bir miktar farklıdır. Milletler Cemiyeti'nden önce uluslararası hukuk taraflardan birinin diğerine karşı güç kullanması veya tehdit etmesi gerekçesiyle antlaşmaların geçersiz olacağını öngörmemekteydi. Bu durum savaşa başvurmayı yasaklayan örf ve adet hukuku kurallarının bulunmamasının doğal bir sonucuydu. Uluslararası uyuşmazlıkları çözmek için savaşa başvurmayı yasaklayan 1919 Cemiyet Antlaşması'nın ve 1928 Kellogg-Briand Paketi'nin imzalanması ile uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanmanın hukuka aykırılığına ilişkin yeni bir yaklaşım oluşmaya başlamıştır.

Nuremberg prensiplerinin kabulü ve İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Birleşmiş Milletler Şartı'nın yürürlüğe girişi ile uluslararası hukukun devletlerin zorlayıcı faaliyetlerini yasakladığı açıkça ortaya konmuştur.

<sup>189</sup> ICJ Reports, 1960, s. 6; 33 ILR, s. 48.

<sup>190</sup> ICJ Reports, 1960, s. 26; 33 ILR, s. 65.

<sup>191</sup> Bu gibi durumlar uygulamada çok nadirdir. Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, ss. 244-5 ve Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 173-6.

<sup>192</sup> Örneğin bkz., *First Fidelity Bank NA v. Government of Antigua and Barbuda Permanent Mission* 877 F. 2d 189, 192 (1989); 99 ILR, ss. 126, 130.

Birleşmiş Milletler Şartı Madde 2(4) şunu öngörmektedir:

*“Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletler’in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidinde ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar.”*

Bu prensiplerden çıkan sonuca göre bir devletin zorlanmasına dayalı antlaşmalar geçersiz sayılacaktır.<sup>193</sup>

Bu itibarla Sözleşme’nin 52. maddesinde ‘Birleşmiş Milletler Şartı’nda getirilmiş olan uluslararası hukuk ilkelerini ihlal edecek şekilde kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak veya kuvvet kullanmak suretiyle yapılması sağlanan bir antlaşma batıldır’ denilmektedir. Bu madde Sözleşme’nin kabulünden önceki Viyana Konferansı’nda oldukça fazla tartışmaya konu olmuştur. Komünist devletler ve bazı Üçüncü Dünya devletleri zorlamanın yalnızca kuvvet kullanma veya tehdidini değil ekonomik ve politik baskıyı da içerdiğini iddia etmişlerdir.<sup>194</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu bu tartışmada kesin bir tavır almamış ve tanımın kapsadığı eylemlerin içeriğinin Şart’ın ilgili hükümlerinin yorumlanması suretiyle uygulamada kararlaştırılmak üzere bırakılması gerektiğine dikkat çekmiştir.<sup>195</sup>

Ancak Viyana Konferansı’nda ayrıca bir antlaşmanın yapılmasını sağlamak üzere bu tür baskıların kullanılmasını yasaklayan Antlaşmaların Akdedilmesinde Askeri, Politik veya Ekonomik Baskıların Yasaklanmasına Dair Deklarasyon yayınlanmıştır. Bununla beraber bu esasların Sözleşme’nin kendisine dahil edilmemiş olması bir antlaşmaya devletin rızasını sağlamak üzere politik veya ekonomik baskı kullanılmasının uluslararası hukuka aykırı olmayabileceği ve pek çok şeyin açıkça ilgili şartlara bağlı olacağı sonucuna varmaya imkan tanımaktadır.

Uluslararası ilişkilerde güçlü bir devletin zayıf olana karşı onu belli bir politika çizgisini benimsemeye yöneltmek üzere tatbik edebileceği etki çeşitleri çok geniş olup, bunlar yalnızca zorlayıcı tehditleri değil üstü kapalı hoşnutsuzluk açıklamalarını da içerebilmektedir. Herhangi bir durumun kendine özgü hassaslıktaki ayrıntıları birçok faktöre bağlıdır ve her baskı biçiminin kendiliğinden bir uluslararası hukuk ihlali olduğunu iddia etmek yanıltıcı olacaktır.

Bu probleme Uluslararası Divan’da görülmüş olan *Fisheries Jurisdiction* davasında<sup>196</sup> Yargıç Padilla Nervo tarafından şu ifadelerle dikkat çekilmiştir:

*“Yazılı denilen kanıtlarla ispatlanamayan fakat esasen tartışmasız biçimde gerçek olan ve tarihsel süreçte özgürce akdedildiği iddia edilmiş ve pacta sunt servanda prensibine tabi olmuş antlaşma ve konvansiyonların ortaya çıkmasına yol açmış birtakım ahlaki ve politik baskılar mevcuttur.”<sup>197</sup>*

Ayrıca ‘Birleşmiş Milletler Şartı’nda getirilmiş olan milletlerarası hukuk ilkelerini ihlal edecek şekilde’ ifadesinin, madde 52’nin sadece Birleşmiş Milletler üyelerine uygulanmak üzere değil fakat evrensel bir kural olarak muamele görmesini sağlamak için kullanıldığına dikkat çekilmelidir.

<sup>193</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, ss. 246–7. Ayrıca bkz., *Fisheries Jurisdiction* davası, ICJ Reports, 1973, ss. 3, 14; 55 ILR, ss. 183, 194.

<sup>194</sup> Bkz., Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 177–9.

<sup>195</sup> *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, ss. 246–7.

<sup>196</sup> ICJ Reports, 1973, s. 3; 55 ILR, s. 183.

<sup>197</sup> ICJ Reports, 1973, s. 47; 55 ILR, s. 227.

**Jus Cogens<sup>198</sup>**

Sözleşme'nin 53. maddesi şunu öngörmektedir:

“Bir antlaşma yapılması sırasında uluslararası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından uluslararası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak uluslararası devletler toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur.”

64. maddede ise ‘eğer uluslararası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir antlaşma batıl hale gelir ve sona erer’ denilmektedir.<sup>199</sup>

3. Bölümde not edildiği üzere<sup>200</sup> *jus cogens* kavramı, yani uluslararası hukukun asli ve köklü kuralları, şu anda doktrinde iyice oturmuş olsa da, içerik ve oluşum metodu bakımından halen tartışmalıdır. Bu bakımdan 1969 Sözleşmesi'ne *jus cogens* ile alakalı maddelerin konulmasının amacı antlaşmalara dair temel prensiplerin altını çizmektir.

**Geçersizliğin Sonuçları**

Madde 69 geçersiz bir antlaşmanın kendiliğinden hükümsüz ve hukuken etkisiz olduğunu öngörmektedir. Şayet buna rağmen böyle bir antlaşmaya dayanılarak işlemler yapılmışsa, taraflar diğer herhangi bir taraftan karşılıklı ilişkilerinde işlem yapılmamış olsaydı hangi durum mevcut olacak idiyse o durumu mümkün olduğu ölçüde tesis etmesini isteyebilecektir. Ayrıca geçersizliğe başvurulmadan önce iyi niyetle yapılmış olan işlemler sırf antlaşmanın geçersizliği nedeniyle hukuka aykırı hale gelmeyecektir.

Bir antlaşmanın 53. madde uyarınca hükümsüz olması halinde, 71. madde tarafların *jus cogens* ile çatışan herhangi bir hükme güvenerek icra edilen herhangi bir işlemin sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde bertaraf etmelerini ve karşılıklı ilişkilerini emredici norma uygun hale getirmeleri gerektiğini öngörmektedir. Bir antlaşmanın 64. madde uyarınca sona ermesi halinde taraflar antlaşmayı bundan sonra icra etme yükümlülüğünden kurtulurlar, fakat bu tarafların antlaşmanın sona ermesinden önce onu icra etmek suretiyle oluşturdukları herhangi bir hak, yükümlülük veya hukuki durumu etkilememektedir. Ancak söz konusu haklar, yükümlülükler veya durumlar sonraki yeni emredici norm ile uyumlu oldukları ölçüde muhafaza edilebilir.

**Antlaşmaların Sona Erdirilmesi<sup>201</sup>**

Antlaşmaların sona erdirilmesi veya askıya alınmasını sağlayan bir kaç yöntem bulunmaktadır.

**Antlaşma Hükümü Veya Rıza İle Sona Erdirme**

Bir antlaşma o antlaşmadaki belli bir hüküm uyarınca veya bunun dışında herhangi bir

<sup>198</sup> Örneğin bkz., *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 1224; *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 897; J. Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, New York, 1974; C. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Leiden, 1976; L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, Helsinki, 1988; A. Gomez Robledo, ‘Le Jus Cogens International: Sa Genese, Sa Nature, Ses Fonctions’, 172 HR, 1981, s. 9; L. Alexidze, ‘Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law’, 172 HR, s. 219; G. Gaja, ‘Jus Cogens Beyond the Vienna Convention’, 172 HR, 1981, s. 271; ve *Oppenheim's International Law*, s. 1292. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, ss. 247–8, ve Sinclair, *Vienna Convention*, Bölüm 7.

<sup>199</sup> Ayrıca bkz., madde 7. Ayrıca bkz., A. Lagerwall, ‘Article 64’, *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 1455.

<sup>200</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>201</sup> Örneğin bkz., *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 1236; *Treaties* (ed. Hollis), s. 634; *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 945; E. David, *The Strategy of Treaty Termination*, New Haven, 1975; A. Vamvoukis, *Termination of Treaties in International Law*, Oxford, 1985, ve R. Plender, ‘The Role of Consent in the Termination of Treaties’, 57 BYIL, 1986, s. 133. Ayrıca bkz., Thirlway, ‘Law and Procedure (Part Four)’, ss. 63 vd., ve Aust, *Modern Treaty Law*, Bölüm 16.

zamanda karşılıklı istişarenin ardından diğer bütün tarafların rızası ile sona erdirilebilir veya askıya alınabilir.<sup>202</sup> Ancak bir antlaşmanın sona erdirmeye ilişkin herhangi bir hüküm içermediği veya özel olarak fesih veya çekilmeyi öngörmediği hallerde, bir devlet o antlaşmayı yalnızca, şayet taraflar böyle bir ihtimali kabul etme niyetini göstermişler veya bu hak antlaşmanın niteliğinden zımnen çıkarılabiliyorsa, fesh edebilir veya çekilebilir.<sup>203</sup> BM İnsan Hakları Komitesi'nin 1997'deki 26 No'lu Genel Yorum'unda, Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin sona erdirmeye veya fesih için herhangi bir hükme sahip olmadığına dikkat çekilmiş ve Viyana Sözleşmesi'nin hükümleri esas alınarak, tarafların böyle bir ihtimali kabul etme niyetinde olmadıkları sonucuna varılmıştır. Komite, görüşünü bireysel haber alma hakkına dair İlk Seçimlik Protokol'de bir fesih şartı öngörülmüş olmasına rağmen taraf devletlerin devletler-arası şikayet hakkına dair kabullerini istedikleri zaman çekebilecekleri imkanına dayandırmıştır. Komite ayrıca evrensel insan haklarını kodifiye eden nitelikte bir belge olan Sözleşme'nin, tabiatı itibarıyla fesih hakkını zımnen kabul eden türde bir antlaşma olmadığını vurgulamıştır.<sup>204</sup>

Bir antlaşma şayet konu ve amaçları gerçekleşmişse veya hükümlerinin belli bir zamanla sınırlandırıldığı açıkça belli olduğu ve gerekli sürenin geçmiş olduğu hallerde de sona erebilir. *Rainbow Warrior* davasında<sup>205</sup> Mahkeme söz konusu gemiyi batıran tutuklu iki Fransız ajana dair 1986 Yeni Zelanda-Fransa Antlaşması'na ilişkin ihlalin<sup>206</sup> 22 Temmuz 1986'da başladığına ve bu ihlalin antlaşmada şart koşulmuş olan ajanların üç yıllık hapsedilmesine yönelik dönem boyunca aralıksız devam etmiş olduğuna hükmetmiştir. Dolayısıyla söz konusu dönemin sona erdiği 22 Temmuz 1989'dan sonra Fransa'nın antlaşmadaki uluslararası yükümlülüklerini ihlal durumunda olduğu söylenemeyecektir. Ancak bu durum Fransa'yı henüz bu yükümlülükler yürürlükte iken işlenmiş olan yükümlülüklerinin önceki ihlallerinden doğan sorumluluktan muaf tutmayacaktır. Dolayısıyla süresi bitmiş bir antlaşmanın önceki ihlalinden kaynaklanan talepler antlaşmadan bağımsız bir varlık kazanmaktadır.<sup>207</sup> Bir antlaşmanın sona erdirilmesi tarafların antlaşmanın sona erdirilmesinden önceki edimleri suretiyle oluşturulmuş bir hak, yükümlülük veya hukuki durumu etkilememektedir.<sup>208</sup>

Tıpkı bir çoktarafli antlaşmanın iki veya daha fazla tarafının antlaşmanın belli hükümlerini kendi aralarında değiştirebilmesi gibi,<sup>209</sup> madde 58 uyarınca bunlar, şayet böyle bir ihtimal antlaşmada öngörülmüş ise, antlaşmanın hükümlerinin işlenmesini geçici olarak ve yalnızca kendi aralarında askıya almak üzere anlaşabilirler. Ayrıca aynı maddeye göre böyle bir askıya alma, söz konusu antlaşmada yasaklanmış olmadıkça, şayet diğer tarafların antlaşmadan doğan haklarını veya yükümlülüklerini etkilemiyor ve antlaşmanın konu ve amacı ile uyumsuz olmuyorsa yine mümkün olabilir.

<sup>202</sup> Madde 54 ve 57.

<sup>203</sup> Madde 56. Bu konuda J. Brierly tarafından verilen örnekler, *The Law of Nations*, 6. Baskı, Oxford, 1963, s. 331, ittifak ve ticaret antlaşmalarını içermektedir. Ayrıca bkz., *Nicaragua v. US*, ICJ Reports, 1984, ss. 392, 420; 76 ILR, ss. 1, 131.

<sup>204</sup> A/53/40, annex VII.

<sup>205</sup> 82 ILR, ss. 499, 567-8.

<sup>206</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>207</sup> Bkz., Hakim McNair'in Karşı Görüşü, *Ambatielos* davası, ICJ Reports, 1952, ss. 28, 63; 19 ILR, ss. 416, 433.

<sup>208</sup> 1969 Viyana Sözleşmesi, madde 70(1)b. UHK tarafından 2011 yılında kabul edilen Silahlı Çatışmaların Antlaşmalarına Etkilerine Dair Taslak Maddeler'in 3. madde'sinde, A/66/10.Add. 1, chapter VI, bir silahlı çatışmanın mevcudiyetinin kendiliğinden (a) silahlı çatışmaya taraf devletler arasındaki ve (b) çatışmaya taraf bir devlet ile taraf olmayan bir devlet arasındaki antlaşmaları sona erdirmeyeceği veya işleyişlerini askıya almayacağı öngörülmektedir. 14. madde'de Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca bireysel veya ortak meşru müdafaa hakkını kullanan bir devletin taraf olduğu bir antlaşmanın işleyişinin şayet bu işleyiş o hakkın kullanılması ile uyumlu değilse kısmen veya tamamen askıya alınabileceği öngörülmektedir. Bu formülasyon, Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından 1985 yılında kabul edilen silahlı çatışmaların antlaşmalarına etkisine dair bir kararın 7. maddesine dayandırılmaktadır, *a.g.e.*, s. 18.

<sup>209</sup> Madde 41.

Bir antlaşmanın bütün taraflarının daha sonra aynı konuya ilişkin bir başka antlaşma akdetmeleri halinde önceki antlaşma, meselenin sonraki antlaşmaya tabi kılındığının anlaşıldığı veya daha sonraki antlaşmanın hükümlerinin daha öncekinin hükümleri ile ikisi aynı zamanda uygulanamayacak kadar bağdaşmadığı hallerde, sona ermiş sayılacaktır.<sup>210</sup>

### Esaslı İhlal<sup>211</sup>

Bu konuda ele alınması gereken iki yaklaşım bulunmaktadır. Birinci yaklaşıma göre şayet bir devlet bir antlaşmanın önemli bir hükmünü ihlal ederse, ilgili diğer devletlerin o antlaşmanın sona erdiğini varsaymaları anormal değildir. Bu aslında bir antlaşmanın icra edilmesini sağlamanın zarif olmayan fakat etkin yollarından olan bir misilleme veya karşı tedbir yöntemidir.<sup>212</sup> Bir antlaşmanın taraflardan birince ihlali halinde sona erdirilebilmesi vakası, bir hükmün ihlalini düşünen fakat diğer hükümlerin sağladığı faydalardan vazgeçmek istemeyen herhangi bir tarafın hevesini kırma işlevi görebilir. Diğer yaklaşıma göre bir taraf antlaşmanın bir bütün olarak ele alındığında yalnızca önemsiz bir hükmü olabilecek bir yükümlülüğe aykırı davrandı diye antlaşmaları iptal edilebilir hale getirmek antlaşmaya katılan devletleri oldukça savunmasız bir duruma sokabilecektir. Böyle durumlara karşı hem esnekliğe hem de kesinliğe ihtiyaç vardır. Örf ve adet hukuku diğer taraf veya taraflara bir antlaşmayı sona erdirmeye hakkı verilmesi için o antlaşmadaki bir hükmün sadece ihlal edilmiş olmasından daha fazla bir şeyin gerekli olduğu görüşünü desteklemektedir. Şili ve Peru arasındaki *Tacna-Arica* tahkiminde<sup>213</sup> görevli hakim, Şili tarafından işgal edilmiş olan eski Peru toprağında yapılacak bir halk oylamasına dair antlaşma ile ilgili olarak şuna dikkat çekmiştir:

“Şurası aşikardır ki; şayet idarenin suistimalleri böyle bir antlaşmayı sona erdirmeye etkisine sahip olabilecekse, idari yanlışların sonucunun antlaşmanın amacını bozacak şekilde işlemesi gibi ciddi koşulların tespiti gerekebilecektir.”<sup>214</sup>

Viyana Sözleşmesi'nin bu konuyla ilgili hükümleri mevcut örf ve adet hukukunu kodifiye eden 60. maddede yer almaktadır.<sup>215</sup> Madde 60(3) bir antlaşmanın esaslı şekilde ihlalinin ya antlaşmanın Viyana Sözleşmesi'nin izin vermediği bir şekilde inkar edilmesi ya da antlaşmanın konu veya amacının gerçekleştirilmesi için elzem olan bir hükmün ihlal edilmesine bağlı olduğunu beyan etmektedir.<sup>216</sup> Madde 60(3)'ün ikinci koşulu *Rainbow Warrior* davasında<sup>217</sup> uygulanmış olup, iki Fransız ajanının minimum üç yıllık bir dönem için bir Pasifik adasında hapsine ilişkin yükümlülüğün 1986 Yeni Zelanda-Fransa Antlaşması'nın konu ve amacını oluşturduğuna ve söz konusu üç yıllık dönem bitmeden önce ajanlarına adayı terk izni veren Fransa'nın bu antlaşmayı esaslı olarak ihlal ettiğine hükmedilmiştir.

Böyle bir esaslı ihlalin iki taraflı bir antlaşmada ortaya çıkması halinde, madde 60(1) uyarınca masum olan taraf bu ihlale antlaşmayı sona erdirmeye veya yürürlüğünü tamamen ya da kısmen askıya alma gerekçesi olarak başvurabilecektir. Uluslararası Divan *Gabcikovo-Nagymaros Project* davasında, bir antlaşmanın yalnızca ona taraf olan bir devletçe esaslı şekilde ihlal edilmesi halinde diğer tarafa sona erdirmeye gerekçesi olarak bu durumu öne

<sup>210</sup> Madde 59.

<sup>211</sup> Örneğin bkz., *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 1351; *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 1021; S. Rosenne, *Breach of Treaty*, Cambridge, 1985. Ayrıca bkz., D. N. Hutchinson, 'Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties', 59 BYIL, 1988, s. 151, ve M. M. Goma, *Suspension or Termination of Treaties on Grounds of Breach*, The Hague, 1996.

<sup>212</sup> Bkz., yukarıda 14. Bölüm.

<sup>213</sup> 2 RIAA, s. 921 (1925).

<sup>214</sup> *A.g.e.*, ss. 943–4.

<sup>215</sup> Bkz., *Gabcikovo-Nagymaros Project* davası, ICJ Reports, 1997, ss. 7, 38; 116 ILR, s. 1.

<sup>216</sup> Bkz., *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, ss. 16, 46–7; 49 ILR, ss. 2, 37.

<sup>217</sup> 82 ILR, ss. 499, 564–6.



sürme hakkı tanınacağını açıklamıştır.<sup>218</sup> Ancak Macaristan'ın iki taraflı bir antlaşmayı, Çekoslovakya tarafından Tuna Nehri'nin yatağının değiştirilmesine o dönemde yol açmamış olan çalışmalara dayanarak sona erdirmeye çabası gibi henüz meydana gelmemiş olan bir ihlale dayalı bir sona erdirmeye kararı erken sayılmış ve hukuka uygun bulunmamıştır.<sup>219</sup> *Croatia-Slovenia*<sup>220</sup> davasında Tahkim Mahkemesi madde 60 (1)'in tahkim antlaşmalarına uygulanacağını ve Slovenya'nın avukatının tahkim antlaşmasının ihlalini oluşturacak biçimde Slovenya tarafından aday gösterilen Tahkim Mahkemesi üyesi ile gerçekleştirdiği görüşmelerin Slovenya'ya atfedilebileceğini teyid etmiştir. 'Diğer tarafın tanımadığı gerekçesiyle bir taraf devletin antlaşmayı sona erdirmeyi talep etme hakkının sıkı bir biçimde *inadimplenti non est adimplendum* ilkesiyle alakalı olduğuna' da mahkeme tarafından işaret edilmiştir. Mahkeme ayrıca 'bir antlaşma ilişkisinin içinde mevcut bulunan karşılıklılık beklentilerinin güvence altına alınabilmesi için, bir tarafın açıkça ve kesin bir biçimde karşı çıktığı antlaşmayı diğer tarafın yerine getirmesi beklenmemelidir.'<sup>221</sup> demiştir. Bununla birlikte, antlaşmanın reddedilmesi, onun hükümlerinin madde 60 (3) (b) uyarınca esaslı ihlal teşkil edebilecek şekilde ihlalinden ayrı tutulmalıdır.<sup>222</sup> Tahkim Mahkemesi, 'bir antlaşmanın madde 60 paragraf 1, uyarınca böyle bir ihlal gerekçesiyle sona erdirilmesinin, ancak ihlal antlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldırırsa geçerli olacağı' sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu vakanın şartlarında ve haksızlığı gidermek için alınan önlem karşısında, Slovakya'nın antlaşmayı ihlal etmesinin, yargılamayı imkansız hale getirmediğine ve bu yüzden antlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldırmadığına hükmetmiştir. Böylelikle, Hırvatistan madde 60 (1) uyarınca antlaşmayı sona erdirmeye hakkına sahip olamamış ve tahkim antlaşması yürürlükte kalmıştır.<sup>223</sup>

Çok taraflı bir antlaşma halinde ise durum oldukça farklıdır; zira bu gibi hallerde bir diğer devletin ihlali yüzünden antlaşmanın içlerinden biri tarafından yürürlükten kaldırılmasını istemeyecek olan bir kaç masum devlet bulunabilecektir. Bu tür ihtimalleri kapsamak üzere madde 60(2)'de birçok taraflı antlaşmanın taraflardan birince esaslı bir ihlali halinde taraflara şu gibi hakların verileceği öngörülmektedir:

*“(a) diğer tarafların oybirliği ile antlaşmanın yürürlüğünü tamamen veya kısmen askıya alma veya antlaşmayı kendileriyle ihlal eden devlet arasındaki ilişkiler bakımından, ya da bütün taraflar arasında, sona erdirmeye.*

*(b) ihlalden bilhassa etkilenen bir tarafa, kendisi ile ihlal eden devlet arasındaki ilişkiler bakımından antlaşmanın yürürlüğünü tamamen veya kısmen askıya alma gerekçesi olarak bu ihlale başvurma;*

*(c) ihlal eden devletten başka herhangi bir tarafa, antlaşmanın yürürlüğünü kısmen veya tamamen kendisi bakımından askıya alma gerekçesi olarak ihlale başvurma; ancak bunun için antlaşmanın bir tarafın antlaşma hükümlerini esaslı bir şekilde ihlal etmesi her bir tarafın antlaşmadan doğan yükümlülüklerinin ilerideki ifasını köklü biçimde değiştirecek bir nitelikte olmalıdır.<sup>224</sup>*

<sup>218</sup> *Gabcikovo-Nagymaros Project* davası, ICJ Reports, 1997, ss. 7, 65; 116 ILR, s. 1.

<sup>219</sup> ICJ Reports, 1997, s. 66.

<sup>220</sup> 30 Haziran 2016 tarihli kısmi karar, 204 ve 210. paragraflar.

<sup>221</sup> *A.g.e.* 213. paragraf. Karar şuna atıf yapmıştır: B. Simma, 'Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Its Background in General International Law', 20 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1970, ss. 5, 20.

<sup>222</sup> *A.g.e.* 214. paragraf.

<sup>223</sup> *A.g.e.* 218 ve 225. paragraflar.

<sup>224</sup> *Bkz.*, *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, ss. 253–5. Ayrıca *bkz.*, *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, ss. 16, 47; 49 ILR, s. 37, ve *US-France Air Services Agreement* davası, 54 ILR, ss. 304, 331.

Madde 60'da yer alan bir esaslı ihlalin tanım ve sonuçlarına dair hükümlerin, madde 60(5) uyarınca, 'insani nitelikteki antlaşmalarda yer alıp kişilerin korunmasıyla ilgili, bilhassa bu gibi antlaşmalarla himaye edilen kişilere karşı herhangi bir şekilde misillemeyi yasaklayan' hükümlere uygulanmadığına ayrıca dikkat edilmelidir. Bunun nedeni ilgili hükümlerde karşılıklı haklar ve borçların değil, objektif ve mutlak prensiplerin söz konusu edilmiş olmasıdır.<sup>225</sup>

### Sonraki İfa İmkansızlığı<sup>226</sup>

Sözleşme'nin 61. maddesi<sup>227</sup> bir adanın sular altında kalması veya bir nehrin kurumması gibi antlaşmaların ifa edilmesini imkansız hale getirecek türde sonuçları olan olayları kapsamayı amaçlamaktadır. 'Antlaşmanın ifası için kaçınılmaz olan bir nesnenin daimi olarak ortadan kalkması veya tahrip olması' nedeniyle antlaşmanın hükümlerinin yerine getirilmesi imkansız hale gelirse, bir taraf antlaşmayı hukuken geçerli bir şekilde sona erdirebilir veya ondan çekilebilir. Ancak imkansızlığın yalnızca geçici olduğu hallerde bu duruma sadece antlaşmanın yürürlüğünü askıya almak üzere başvurulabilir. İmkansızlık bir tarafın gerek anlaşmadan doğan bir yükümlülüğünü, gerekse antlaşmanın diğer herhangi bir tarafına karşı borçlu olduğu diğer herhangi bir yükümlülüğünü ihlal etmesi neticesi meydana gelmişse, bu taraf imkansızlığı bir gerekçe olarak kullanamaz.<sup>228</sup>

### Şartlarda Esaslı Değişiklik<sup>229</sup>

*Rebus sic stantibus* doktrini uluslararası örf ve adet hukukunun bir prensibi olup, bir antlaşmanın akdedilmesinin ardından şartlarda esaslı bir değişikliğin gerçekleşmesi halinde o antlaşmanın taraflarına antlaşmadan çekilme veya sona erdirmeye imkanı verir. Bu doktrin bazı antlaşmaların yürürlükte kalabildikleri uzun bir zaman dönemi içinde bir takım esaslı değişikliklerin ortaya çıkabileceğinin kabulünü meşru hale getirmektedir. Ancak bu tür değişikliklerin antlaşmanın hükümlerinde bir değişikliğe yol açtığı genel bir red ile karşılaşması halinde, bu durum taraflardan birini sert tedbirler almaya sevk edebilecektir. Bu yüzden söz konusu doktrin, uluslararası düzende zorunlu bir yargı yetkisinin yokluğu dikkate alındığında, devletler tarafından üstlenilmiş yükümlülüklerin bağlayıcı gücü üzerinde bozucu bir etki oluşturacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira bu gibi durumlar antlaşmalardan oldukça müphem gerekçelerle çekilmeyi meşrulaştırmak üzere kullanılabilir.<sup>230</sup>

Modern yaklaşım bu doktrinin mevcudiyetini kabul etmekte, fakat kapsamını ciddi biçimde sınırlandırmaktadır.<sup>231</sup> Uluslararası Divan, *Fisheries Jurisdiction* davasında bu durumu şöyle ifade etmiştir:

<sup>225</sup> Örneğin bkz., G. Fitzmaurice, 'General Principles of International Law Considered from the standpoint of the Rule of Law', 92 HR, 1957, ss. 1, 125–6, ve yukarıda 7. Bölüm.

<sup>226</sup> Örneğin bkz., *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 1382; *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 1051; McNair, *Law of Treaties*, ss. 685–8, ve Sinclair, *Vienna Convention*, ss. 190–2.

<sup>227</sup> Bu kural da örf ve adet hukukunun bir kodifikasyonudur: Bkz., *Gabcikovo–Nagyymaros Project* davası, ICJ Reports, 1997, ss. 7, 38; 116 ILR, s. 1.

<sup>228</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, s. 256. Ayrıca bkz., *Gacikovo–Nagyymaros Project* davası, ICJ Reports, 1997, ss. 7, 63–4; 116 ILR, s. 1.

<sup>229</sup> Örneğin bkz., M. N. Shaw ve C. Fournet, 'Article 62', *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 1411; *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 1067; D. F. Vagts, 'Rebus Revisited: Changed Circumstances in Treaty Law', 43 *Columbia Journal of Transnational Law*, 2004–5, s. 459; M. Bennett ve N. Roughan, 'Rebus Sic Stantibus and the Treaty of Waitangi', 37 *Victoria University Wellington Law Review*, 2006, s. 505; C. Hill, *The Doctrine of Rebus Sic Stantibus in International Law*, Leiden, 1934; O. Lissitzyn, 'Treaties and Changed Circumstances (*Rebus Sic Stantibus*)', 61 AJIL, 1967, s. 895; P. Cahier, 'Le Changement Fondamental de Circonstances et la Convention de Vienne de 1969 sur le Droit des Traités' in *M'elanges Ago*, Milan, 1987, cilt I, s. 163, ve Vamvoukis, *Termination*, part 1. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1966, cilt II, ss. 257 vd. Özel bir kişinin *rebus* kuralına başvuramayacağına ilişkin bir karar için bkz., *TWA Inc. v. Franklin Mint Corporation* 23 ILM, 1984, ss. 814, 820.

<sup>230</sup> Bu gibi durumlar 1914'den hemen önceki dönemde açıkça ortaya çıkmıştır: Bkz., J. Garner, 'The Doctrine of Rebus Sic Stantibus and the Termination of Treaties', 21 AJIL, 1927, s. 409, ve Sinclair, *Vienna Convention*, s. 193. Ayrıca bkz., G. Harastzi, 'Treaties and the Fundamental Change of Circumstances', 146 HR, 1975, s. 1.

<sup>231</sup> Örneğin bkz., *Free Zones* davası, PCIJ, Series A/B, No. 46, ss. 156–8; 6 AD, ss. 362, 365.

*“Uluslararası hukuk tarafların bir antlaşmayı kabul etmelerine neden olan şartlardaki esaslı bir değişikliğin, şayet bu durum antlaşma tarafından getirilen yükümlülüklerin kapsamında radikal bir dönüşümle sonuçlanmışsa, bazı koşullar altında etkilenen tarafa antlaşmanın sona ermesi veya askıya alınmasını istemek için bir gerekçe oluşturabileceğini kabul etmektedir.”<sup>232</sup>*

Divan, görüşünün devamında bu doktrinin uygulanabilmesi için bu tür değişikliklerin ‘ifa edilecek yükümlülüklerin ağırlığını ifayı başlangıçta üstlenilmiş olandan esaslı biçimde farklı bir hale getirecek ölçüde arttırmış olması’ gerektiğini beyan etmiştir.<sup>233</sup>

Uluslararası Adalet Divanı’nın pek çok bakımdan konuya ilişkin mevcut örf ve adet kuralının bir kodifikasyonu saydığı<sup>234</sup> Viyana Sözleşmesi’nin 62. maddesi ise şunu öngörmektedir:

*“1. Bir antlaşmanın akdedilmesi sırasında mevcut olan şartlarda meydana gelen taraflarca öngörülmeyen esaslı bir değişikliğe, aşağıdaki şartlar yerine gelmedikçe, antlaşmayı sona erdirmeye veya antlaşmadan çekilmeye için bir gerekçe olarak başvurulamaz:*

*(a) bu şartların mevcudiyeti, tarafların antlaşma ile bağlanma rızalarının esaslı bir temelini teşkil etmedikçe; ve*

*(b) değişiklik antlaşmaya göre hala icra edilecek yükümlülüklerin kapsamını köklü bir şekilde değiştirmeye etkisine sahip olmadıkça.*

*2. Şartlarda meydana gelen esaslı bir değişikliğe bir antlaşmayı sona erdirmek veya ondan çekilmek için bir gerekçe olarak şu hallerde başvurulamaz.*

*(a) antlaşma bir sınırı tesis ediyorsa; veya*

*(b) esaslı değişiklik ona başvuran tarafın antlaşmanın diğer herhangi bir tarafına borçlu olunan ya antlaşmadan doğan bir yükümlülüğünü ya da herhangi bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal etmesinin bir neticesi ise.”*

62. madde ayrıca yukarıdaki şartlar altında bir tarafın antlaşmayı sona erdirmek veya çekilmek yerine antlaşmanın yürürlüğünü askıya alabileceğini de öngörmektedir.

Söz konusu doktrinin incelendiği *Gabcikovo-Nagymaros* davasında Uluslararası Divan şu sonuca varmıştır:

*“Macaristan tarafından ileri sürülen şartlardaki değişiklikler, Divan’ın görüşüne göre, Proje’nin gerçekleştirilmesi için hala ifa edilecek yükümlülüklerin kapsamını, ne bireysel ne de topluca, radikal şekilde dönüştürebilecek etkide bir niteliğe sahiptir. Şartlarda esaslı bir değişiklik öngörülemeyebilir olmalıdır; Antlaşma’nın akdedildiği zamanda mevcut olan şartlar tarafların Antlaşma ile bağlanma rızalarının esaslı bir temelini oluşturmalıdır. Ayrıca Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 62. maddesinin negatif ve koşullu şekilde ifade edilmiş olması da antlaşma ilişkilerinin istikrarının şartlarda esaslı değişiklik itirazının yalnızca istisnai durumlarda uygulanmasını gerektirdiğinin açık bir göstergesidir.”<sup>235</sup>*

Bir antlaşmanın sona ermesi veya askıya alınmasının sonuçları bakımından 70. madde şunu öngörmektedir:

<sup>232</sup> ICJ Reports, 1973, ss. 3, 20–1; 55 ILR, s. 183.

<sup>233</sup> *A.g.e.*

<sup>234</sup> ICJ Reports, 1973, s. 18. Ayrıca bkz., *Gabçikovo-Nagymaros Project* davası, ICJ Reports, 1997, ss. 7, 38; 116 ILR, s. 1.

<sup>235</sup> ICJ Reports, 1997, s. 65. Bu kararın Avrupa Adalet Divanı tarafından esas alındığı bir karar için bkz., *Racke v. Hauptzollamt Mainz* [1998] ECR I-3655, 3705–7. UHK Silahlı Çatışmaların Antlaşmalar Etkilerine Dair Taslak Maddeler’in 3. maddesinde, A/66/10.Add.1, 2011, bir silahlı çatışmanın mevcudiyetinin kendiliğinden (a) silahlı çatışmaya taraf devletler arasındaki ve (b) çatışmaya taraf bir devlet ile taraf olmayan bir devlet arasındaki antlaşmaları sona erdirmeyeceği veya işleyişini askıya almayacağı öngörülmektedir.

“1. Antlaşma başka türlü öngörmedikçe veya taraflar başka türlü kararlaştırmadıkça, bir antlaşmanın kendi hükümlerine göre veya bu Sözleşmeye uygun şekilde sona erdirilmesi, (a) tarafları antlaşmayı bundan sonra icra etme hususunda herhangi bir yükümlülüğünden kurtarır;

(b) antlaşmanın sona erdirilmesinden önce antlaşmanın icra edilmesi yoluyla oluşturulan tarafların herhangi bir hakkını, yükümlülüğünü veya hukuki durumunu etkilemez.

2. Bir devlet çok taraflı bir antlaşmayı fesheder veya ondan çekilirse, o devletle antlaşmanın diğer taraflarının herbiri arasındaki ilişkilerde, paragraf 1, böyle bir fesih veya çekilmenin hüküm doğurduğu tarihten itibaren uygulanır.”

Madde 72’de ise şu hususa yer verilmiştir:

“1. Antlaşma başka türlü öngörmedikçe, ve taraflar başka türlü bir karara varmadıkça, bir antlaşmanın yürürlüğünün kendi hükümlerine göre veya bu Sözleşmeye uygun şekilde askıya alınması:

(a) aralarında antlaşmanın yürürlüğünün askıya alındığı tarafları askıya alma süresince karşılıklı ilişkilerinde antlaşmayı ifa etme yükümlülüğünden kurtarır;

(b) taraflar arasında antlaşma ile kurulmuş hukuki ilişkileri başka bakımdan etkilemez.

2. Askıya alma döneminde taraflar antlaşmanın yürürlüğünün yeniden başlatılmasını engelleyecek hareketleri yapmaktan kaçınacaklardır.”<sup>236</sup>

## UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ<sup>237</sup>

Madde 66 uyarınca bir uyuşmazlık BM Şartı’nın 33. maddesinde belirtilen yollarla oniki ay içinde çözülmemişse, başkaca usullerin izleneceğini öngörmektedir. Şayet uyuşmazlık madde 53 veya 64 (*jus cogens*) ile ilgiliyse, taraflar bu uyuşmazlığı ortak rızaları ile bir tahkime götürmeyi kabul etmedikçe, taraflardan herhangi biri uyuşmazlığı, karar vermesi için yazılı bir başvuru ile Uluslararası Adalet Divanı’na sunabilecektir. Şayet uyuşmazlık Sözleşme’deki diğer meseleler ile ilgiliyse taraflardan herhangi biri Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri’ne bir talepte bulunmak suretiyle bu Sözleşmenin Ek’inde belirtilen uzlaştırma usulünü harekete geçirebilecektir.

## DEVLETLER VE ULUSLARARASI ÖRGÜTLER ARASINDAKİ ANTLAŞMALAR<sup>238</sup>

Uluslararası Hukuk Komisyonu 1982 yılında Devletler ve Uluslararası Örgütler Arasında veya Uluslararası Örgütlerin Arasındaki Antlaşmalar Hukukuna Dair Taslak Maddeler’i tamamlamış ve Devletler ve Uluslararası Örgütler Arasındaki Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi, 1986 yılında kabul edilmiştir.<sup>239</sup> Bu Sözleşme’nin hükümleri 1969 Viyana Sözleşmesi’nin hükümlerini aşağı yukarı aynen takip etmektedir. Ancak 1986 Sözleşmesi’nin

<sup>236</sup> İzlenmesi gereken ilgili prosedürler açısından ayrıca bkz., madde 65.

<sup>237</sup> Örneğin bkz., Aust, *Modern Treaty Law*, Bölüm 20; *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein), s. 1513; *Vienna Convention* (ed. Dörr ve Schmalenbach), s. 1151, ve J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 5. Baskı, Cambridge, 2011. Ayrıca bkz., aşağıda 18. Bölüm.

<sup>238</sup> Örneğin bkz., G. Gaja, ‘A “New” Vienna Convention on Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations: A Critical Commentary’, 58 BYIL, 1987, s. 253, ve F. Morgenstern, ‘The Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations’, *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1989, s. 435. Ayrıca bkz., *Vienna Conventions* (ed. Corten ve Klein).

<sup>239</sup> Bkz., yukarıda dipnot 2.

73. maddesinde '1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne taraf olan devletler arasında, bu devletlerin iki veya daha fazla devlet ya da bir veya daha fazla uluslararası örgüt arasında bir antlaşma altındaki ilişkileri o Sözleşme'ye tabi olacaktır' denilmektedir. Devletler için 1969 Sözleşmesi'nin üstünlüğünü tasdik eden bu hükmün, uygulamada uluslararası örgütlerin menfaatlerine zarar verip vermeyeceği sorusunun cevabı belli değildir. 1986 Sözleşmesi'ni kabul eden Konferans'ın en büyük amacı, antlaşmalar hukukunun bazı alanlarında uluslararası örgütlerin pozisyonunu devletlerinkine uydurmanın güçlüğüne dair argümanlara rağmen, antlaşmalar hukukunda yeknesaklığı sağlamak olmuştur.<sup>240</sup>

Uluslararası Hukuk Komisyonu çalışmasında uluslararası bir örgüt tarafından akdedilmiş olan bir antlaşmanın örgüte üye devletler üzerindeki etkisine özel bir ilgi göstermiştir. Bu konuda UHK Taslağı Madde 36bis<sup>241</sup> şunu öngörmektedir:

*"Bir uluslararası örgütün taraf olduğu bir antlaşmanın hükümlerinden örgüte üye devletler için yükümlülükler ve haklar doğabilir. Antlaşmanın taraflarının bu hükümlerin bu tür yükümlülükler oluşturma ve bu tür haklar tanıma aracı olmasını kastedmiş ve bunların şartlarını ve etkilerini antlaşmada tanımlanmış olmaları veya başka türlü üzerinde anlaşmış olmaları ve şayet:*

- (a) örgüte üye devletler, o örgütün kurucu belgesine binaen veya başka türlü, oybirliğiyle antlaşmanın bahsölen hükümleri ile bağlanmak üzere anlaşmışlarsa;ve  
(b) örgüte üye devletlerin antlaşmanın ilgili hükümleri ile bağlanma rızası görüşmeci devletlerin ve görüşmeci örgütlerin bilgisine layıkıyla getirilmişse."

Böyle bir durum örnek olarak, normalde üyelerinin taraf olmadığı tarife antlaşmaları akdeden uluslararası bir örgüt olan, bir gümrük birliği örgütü durumunda ortaya çıkabilecektir. Zira bu tür antlaşmalar örgüte üye devletler bakımından anında bağlayıcı olmadıkça çok fazla bir değer taşımayacaktır.<sup>242</sup>

Ancak Avrupa Topluluğu'nun kabulü için özel bir ilgi göstermiş olmasına rağmen, söz konusu taslak madde Konferans sırasında reddedilmiştir.<sup>243</sup> Bunun yerini almış olan Sözleşme'nin 74(3) maddesinde ise yalnızca şu husus öngörülmektedir:

*"Bu Sözleşme'nin hükümleri, uluslararası bir örgütün taraf olduğu bir antlaşma uyarınca örgüte üye devletler için yükümlülükler ve hakların tesisi bakımından ortaya çıkabilecek herhangi bir konu hakkında önceden hüküm vermez."*

Dolayısıyla söz konusu ilişkiler ilgili devletlerin rızası temelinde, herbir olayın kendi belli şartları uyarınca çözülecektir.

1986 ve 1969 Sözleşmeleri arasındaki diğer bir farklılık alanı uyumsuzluk çözümüne dair hükümlerle ilişkilidir. Uluslararası örgütler Uluslararası Divan önündeki çekişmeli davalara taraf olamayacaklarından, taslak 66. maddede *jus cogens* prensiplerine ilişkin meseleler hakkındaki uyumsuzlukların, Ek'de detayları yer alan tahkim mahkemesi yoluyla zorunlu tahkimi öngörülmektedir. Diğer maddelere ilişkin uyumsuzluklar için 1969 Sözleşmesi'nin uyumsuzlukların zorunlu uzlaştırılmasına dair hükümleri taslağa çok az değişikliklerle dahil edilmiştir. 1986 Sözleşmesi'nin kendisi *jus cogens* maddeleri için farklı bir yaklaşım daha benimsemiştir. Madde 66(2) uyarınca, BM Şartı'nın 96. maddesine göre istisari mütalaa istemek üzere yetkilendirilmiş bir uluslararası örgüt, *jus cogens* hakkındaki bir uyumsuzluğa

<sup>240</sup> Bkz., Morgenstern, 'Convention', ss. 438-41.

<sup>241</sup> Komisyon'un açıklamasında en fazla tartışma yaratan madde olarak tanımlanmıştır, *Yearbook of the ILC*, 1982, cilt II, part 2, s. 43.

<sup>242</sup> *A.g.e.*, ss. 43-4.

<sup>243</sup> Örneğin bkz., Gaja, "New" Vienna Convention', s. 264.

taraf olması halinde 'söz konusu uyuşmazlığın bütün taraflarınca kesin hüküm olarak kabul edilecek' bir istişari mütaalaa için Uluslararası Divan'a başvurabilecektir. Bu örgüt madde 96 uyarınca yetkilendirilmemiş ise aynı başvuru usulünü kendisine üye bir devlet vasıtasıyla hareket ederek gerçekleştirebilecektir. Şayet bir istişari mütalaa istenmemiş veya Divan'ın kendisi böyle bir talebe olumlu cevap vermemişse, bu durumda son çare olarak zorunlu tahkim öngörülmektedir.<sup>244</sup>

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3. Baskı, Cambridge, 2013

J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague, 2013

*The Oxford Guide to Treaties* (ed. D. Hollis), Oxford, 2012

*The Vienna Conventions on the Law of Treaties* (ed. O. Corten ve P. Klein), Oxford, 2 Cilt, 2011

*Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (ed. O. Dörr ve K. Schmalenbach), Heidelberg, 2011

---

<sup>244</sup> Antlaşmalar ile devletin sorumluluğu arasındaki ilişki için ayrıca bkz., yukarıda 14. Bölüm. Antlaşmalara devletin halefiyeti meselesi 17. Bölüm'de ele alınmaktadır.



## BÖLÜM 16

### DEVLETİN HALEFİYETİ

Siyasi varlıklar değişmez değildir. Bunlar da değişime tabidir. Yeni devletler ortaya çıkarken bazı eski devletler de kaybolur.<sup>1</sup> Federasyonlar, birleşmeler, dağılmalar ve bölünmeler meydana gelir. Uluslararası hukuk bu tür olayları en az aksama ve istikrarsızlık ile genel bir çerçevenin içine katmak zorundadır. Bu tür değişiklikler İkinci Dünya Savaşı'nın sonundan beri 100'ün üzerinde yeni ve bağımsız devletin kurulması ile öne çıkmış durumdadır.

Uluslararası hukuk ve dünya toplumunun amaçları açısından sorunlar belli bir ülkesel varlık üzerindeki siyasi egemenliğin değişiminden kaynaklanabilmektedir. Örnek olarak yeni bir devlet o ülkenin eski egemeninin yapmış olduğu antlaşma ve sözleşmelerle ne kadar bağlı olacaktır? Eski devletin vatandaşlığına sahip olanlar yeni devletin vatandaşlığına otomatik olarak geçer mi? Eski egemenin kamusal mallarına ne olur ve yeni yönetim eskisinin borçlarının ne kadarından sorumludur?

Uluslararası hukuktaki devletin halefiyeti ile iç hukuklardaki veraset ile malların ve benzer menfaatlerin ilgili mirasçıya geçişi birbirine karıştırılmamalıdır. Zira bu açıdan daha farklı menfaatler ve kaygılar için içine girmekte olup, devletin egemenliği, devletlerin eşitliği ve iç işlerine karışmama gibi prensipler yüzünden iç hukuktakine benzer bir evrensel veraset prensibinin benimsenmesi mümkün değildir. Bu konuda miras yoluyla muaccel hale gelen mal varlığının hukuk kişileri arasında geçişine ilişkin Roma Hukuku görüşlerinin uyarlanmasına yönelik girişimlere rağmen<sup>2</sup> bu yaklaşım farklı devlet menfaatleri ve uygulaması ışığında sürdürülemezdir. Pozitivizmin revaçta olduğu on dokuzuncu yüzyılda esas olarak önceki ve sonraki egemenler arasında herhangi bir hak, borç ve mal varlığının geçişini reddeden muhalif doktrin ortaya çıkmıştır. Bu doktrin kendisini daha sonra sömürgecilikten kurtulma sürecinde, yeni oluşan devletlerin egemenliklerini önceki egemenin yaratmış olduğu engeller olmadan kazanması anlamına gelen, 'temiz sayfa' prensibi formunda göstermiştir.

Devletin halefiyeti meselesi örnek olarak mevcut bir ülkesel birimin bütünü veya bir parçasının sömürgecilikten kurtulması, mevcut bir devletin parçalanması, ayrılma, katılma veya birleşme suretiyle bir siyasi egemenliğin kazanılması gibi tanımlı sayıdaki koşullarda ortaya çıkabilmektedir. Bu durumların herbirinde bir zamanlar hukuken tanınmış bir siyasi

<sup>1</sup> Genel olarak bkz., D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, Cambridge, 2cilt, 1967; O'Connell, 'Recent Problems of State Succession in Relation to New States', 130 HR, 1970, s. 95; K. Zemanek, 'State Succession after Decolonisation', 116 HR, 1965, s. 180; O. Udokang, *Succession of New States to International Treaties*, New York, 1972; J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, 1974, cilt VII; I. Brownlie's *Principles of Public International Law* (ed. J. Crawford), 8. Baskı, Oxford, 2012, Bölüm 19; UN, *Materials on Succession of States*, New York, 1967 ve Supplement A/CN.4/263, 1972, ve UN, *Materials on Succession of States in Matters Other than Treaties*, New York, 1978; International Law Association, *The Effect of Independence on Treaties*, London, 1965; Z. Me'riboute, *La Codification de la Succession d'Etats aux Traite's*, Paris, 1984; S. Torres Bernardez, 'Succession of States', *International Law: Achievements and Prospects* (ed. M. Bedjaoui), Paris, 1991, s. 381; D. Bardonnet, *La Succession d'Etats a` Madagascar*, Paris, 1970; R. Müllerson, 'The Continuity and Succession of States by Reference to the Former USSR and Yugoslavia', 42 ICLQ, 1993, s. 473; M. Koskenniemi ve M. Lehto, 'La Succession d'Etats dans l'ex-URSS', AFDI, 1992, s. 179; M. Bedjaoui, 'Probl'emes R'ecents de Succession d'Etats dans les Etats Nouveaux', 130 HR, 1970, s. 455; *Oppenheim's International Law* (ed. R. Y. Jennings ve A. D. Watts), 9. Baskı, London, 1992, s. 208; J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2006; P. Radan, *The Break-up of Yugoslavia and International Law*, London, 2002; P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 600; M. N. Shaw, 'State Succession Revisited', 5 Finnish YIL, 1994, s. 34; *Succession of States* (ed. M. Mrak), The Hague, 1999; B. Stern, 'La Succession d'Etats', 262 HR, 1996, s. 9; *State Succession: Codification Tested against Facts* (ed. P. M. Eisemann ve M. Koskenniemi), Dordrecht, 2000, ve *State Practice Regarding State Succession and Issues of Recognition* (ed. J. Klabbbers ve diğerleri), The Hague, 1999.

<sup>2</sup> Bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt I, ss. 9 vd.



varlığın bir başka otoritenin ona halef olmasıyla tamamen veya kısmen ortadan kalkması yüzünden ilgili haklar ve yükümlerin geçişi problemleri ile karşılaşılacaktır. Ancak devletlerin halefiyeti sorusu bütün devletlerin tabi olduğu uluslararası hukuk altındaki normal hak ve yükümlülüklerin ihlaline yol açmaz. Bunlar önceki egemenden yenisine bir transferin sonucu olarak değil, uluslararası hukukun temel prensiplerine binaen ve bizzat egemenlik gereğince var olurlar. Devletlerin halefiyeti meselesinin ayrıca, hükümetlerin halefiyetlerine dair, özellikle devrimsel durumlarda halefiyet gibi sorunlardan ve bunun bir neticesi olarak meydana çıkan, tanıma ve sorumluluk konularından da ayrıştırılması gereklidir.<sup>3</sup>

Birçok durumda bu konudaki problemler, ya örnek olarak Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun çözülmesine ilişkin bazı halefiyet sorunlarını çözmüş olan 1919 St Germain Antlaşması<sup>4</sup> gibi ülkesel düzenlemeleri ele alan çok taraflı antlaşmalar, ya da sömürgeci bir güç ile yeni devlet arasında yapılan ancak üçüncü devletleri bağlamayan ikili antlaşmalar gibi antlaşmalar vasıtasıyla halledilmektedir. Sömürgeci bir gücün kendisine halef olan yeni sömürgecilikten kurtulan devlet ile imzaladığı devir antlaşmaları sistemine, örnek olarak İngiltere, Fransa ve Hollanda tarafından yapılan antlaşmalarda başvurulmuştur. Bu tür antlaşmalarda genel olarak söz konusu ülke bakımından sömürgeci gücün sahip olduğu geçerli uluslararası belgelerden kaynaklanan bütün haklar, menfaatler, yükümlülükler ve sorumlulukların bundan sonra yeni devlete devrolunacağı öngörülmektedir.<sup>5</sup> Ancak bu sistem birçok yeni devlet tarafından tatmin edici görülmemiş ve bunlardan birçoku önceki sömürgeci devletin yaptığı antlaşmaların bir süre yürürlükte olmaya devam edeceği ve bunlardan hangisinin kabul edilip hangisinin reddedileceğinin gözden geçirileceği bir geçiş dönemi öngören tek taraflı açıklamalar yapma yoluna başvurmuştur.<sup>6</sup> İkili antlaşmalar durumunda ise bunlardan örf ve adet uyarınca geçerliliğini koruyamayanların dönemin sonunda sona erdirilmiş sayılacakları açıklanmıştır.

Bununla birlikte uluslararası hukukta devletin halefiyeti meselesi aslında çok daha karmaşıktır. Bu konudaki kurallardan birçoku belli siyasi değişikliklere özel olarak yanıt vermek üzere geliştirilmiş ve bu değişiklikler de uluslararası toplumca her zaman tutarlı bir biçimde ele alınmamıştır.<sup>7</sup> Mesela Yugoslavya Konferansı tarafından kurulmuş olan Tahkim Komisyonu'nda 'devletlerin halefiyetine uygulanan çok az yerleşik uluslararası hukuk prensibinin bulunduğu' vurgulanmıştır. Her ne kadar 1978 ve 1983 Viyana Sözleşmeleri bu açıdan bir ölçüde yol gösterici olsa da, buralardaki prensiplerin uygulanmasına büyük ölçüde duruma göre karar verilecek olup,<sup>8</sup> Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin *Espionage Prosecution* davasındaki kararında 'devletin halefiyeti probleminin uluslararası hukukun en tartışmalı alanlarından biri olduğuna' dikkat çekilmiştir.<sup>9</sup> Halefiyetin uluslararası boyutları esasen uluslararası örf ve adet hukuku kuralları yoluyla düzenlenmektedir. Bu açıdan ayrıca iki ilgili antlaşma mevcut olup bunlar 1996 yılında yürürlüğe giren 1978 Antlaşmalar Açısından Devletlerin Halefiyeti Hakkında Viyana Sözleşmesi ile henüz yürürlüğe girmemiş

<sup>3</sup> Bkz., yukarıda, 8. ve 13. Bölümler.

<sup>4</sup> Bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 178-82. Bu antlaşma Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun halefi devletlerin imparatorluğun borçlarından sorumluluğunu öngörmüştür. Ayrıca bkz., 1947 İtalyan Barış Antlaşması.

<sup>5</sup> Örneğin bkz., 1947 İngiltere-Burma Antlaşması. Ayrıca bkz., N. Mugerwa, 'Subjects of International Law' in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, ss. 247, 300-1, ve *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, s. 186. Ayrıca bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 352-73.

<sup>6</sup> Örneğin bkz., Aralık 1961 Tanganyika açıklaması, alıntılan Mugerwa, 'Subjects', s. 302. Bu açıklamayı benzer açıklamalar izlemiştir, örneğin, Uganda, Kenya ve Burundi. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, s. 192. Zambia'nın durumunda, meselenin uluslararası örf ve adet hukuku uyarınca çözüleceği açıklanmıştır: bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt II, s. 115.

<sup>7</sup> Bkz., Shaw, 'State Succession Revisited'.

<sup>8</sup> Opinion No. 13, 96 ILR, ss. 726, 728. Ayrıca bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 236, ve *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, Washington, 1987, s. 100.

<sup>9</sup> Case No. 2 BGz 38/91, 94 ILR, ss. 68, 77-8.

olan 1983 Devlet Malları, Arşivleri ve Borçları Bakımından Devletlerin Halefiyeti Hakkında Viyana Sözleşmesi'dir. Mamafih bu Sözleşmeler'de yer alan hükümlerin birçoğu mevcut uluslararası örf ve adet hukukunu yansıtmaktadır.

Devlet halefiyeti kısaca bir ülke parçasının uluslararası ilişkilerdeki sorumluluğu açısından bir devletin diğerinin yerini alması şeklinde tanımlanabilir.<sup>10</sup> Ancak bu formülasyon kendi içinde bir sürü problemi barındırmaktadır; zira bunun içinde halefiyet yoluyla bir devlet olmanın devamlılığından halef olmamaya doğru uzanan bir dizi karmaşık durum bulunabilmektedir. Devletlerin halefiyeti esas olarak belli bir ülke üzerindeki egemen yetkide olgusal bir değişim üzerine ortaya çıkan bir fenomenle ilgili şemsiye bir tabirdir. Birçok durumda hangi hakların ve yükümlülüklerin, hangi kesin esasa göre bir otoriteden diğerine geçeceği açık değildir. Bu açıdan pek çok şey, örnek olarak iki devletin yeni bir devlet kurmak için birleşmesi; bir devletin diğer devam eden devlete iltihakı; arazinin bir devletten diğerine terki; bir devletin bir parçasının yeni bir devlet kurmak üzere ayrılması; bir devletin bir veya daha fazla devlet kurmak üzere dağılması veya parçalanması, veya sömürgecilikten kurtulma sürecinin bir sonucu olarak yeni bir devletin kurulması gibi herbir özgün durumun şartlarına bağlı olacaktır. Bu durumların herbirinde tanıma ve kabul etmenin rolü de özellikle önemlidir.

Halefiyetin gerçekleştiği tarih, bir halef devletin uluslararası ilişkilerde halefiyete konu olan ülkenin sorumluluğu açısından önceki devletin yerini aldığı tarihtir.<sup>11</sup> Bu, her zaman ilgili bağımsızlık tarihidir. Ancak Yugoslavya gibi yavaşça parçalanmış bir devlet bakımından ardışık bağımsızlık tarihlerinin ortaya çıktığı hallerde bazı problemler meydana gelebilecektir. Yugoslavya Tahkim Komisyonu halefiyet tarihinin ilgili şartlar ışığında değerlendirilecek bir maddi sorun olduğuna dikkat çekmiştir.<sup>12</sup>

## DEVAMLILIK VE HALEFİYET

Devamlılık ve halefiyete ilişkin sorunlar kendine has zorluklar içermektedir.<sup>13</sup> Yeni bir siyasi varlığın meydana gelmesi halinde bunun öncekinden tamamen ayrı bir varlık mı olduğuna yoksa onun hafifçe farklı bir biçimde devamı mı olduğuna karar verilmesi gerekmektedir. Örnek olarak Hindistan'ın eski İngiliz Hindistan'ı ile aynı hukuki varlık olduğu, fakat Pakistan'ın tamamen yeni bir devlet olduğu kabul edilmiştir.<sup>14</sup> Yugoslavya genel olarak Sırbistan'ın halef olduğu bir devlet sayılmış iken<sup>15</sup> İsrail devleti İngiliz mandasındaki Filistin'den tamamen farklı bir varlık sayılmıştır.<sup>16</sup> Mevcut bir devletten bir arazinin terki veya ayrılması durumunda, söz konusu devletin ülkesel boyutları ve nüfusu azalmış olsa da, devletin devamlılığı bu durumdan etkilenmeyecektir. Bangladeş'in bağımsızlığının ardından Pakistan'ın durumu bunun iyi bir örneğidir. Bu tür bir durumda mevcut devlet, terk edilen veya ayrılan araziye özel olarak bağlı olanlar hariç kendi üzerine düşen haklar ve yükümlülükler ile birlikte var olmaya devam eder. Bununla birlikte bir devletin parçalara

<sup>10</sup> Bkz., 1978 ve 1983 Viyana Sözleşmeleri'nin 2. maddesi ve Yugoslavya Tahkim Komisyonu, Opinion No. 1, 92 ILR, ss. 162, 165. Ayrıca bkz., *Guinea-Bissau v. Senegal*, 83 ILR, ss. 1, 22 ve *El Salvador/Honduras* davası, ICJ Reports, 1992, ss. 351, 598; 97 ILR, ss. 266, 514.

<sup>11</sup> Bkz., 1978 Antlaşmalar Bakımından Devletlerin Halefiyeti Hakkında Viyana Sözleşmesi, madde 2 (1)e ve 1983 Devlet Malları, Arşivleri ve Borçları Bakımından Devletlerin Halefiyeti Hakkında Viyana Sözleşmesi, madde 11. Ayrıca bkz., Yugoslavya Tahkim Komisyonu, Opinion No. 11, 96 ILR, s. 719.

<sup>12</sup> Bkz., Opinion No. 11, 96 ILR, s. 719. Ancak, ayrıca bkz., Haziran 2001, Halefiyet Meselelerine Dair Yugoslavya Antlaşması, 41 ILM, 2002, s.

<sup>13</sup> Örneğin bkz., M. Craven, 'The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law', 9 EJIL, 1998, s. 142.

<sup>14</sup> Örneğin bkz., *Yearbook of the ILC*, 1962, cilt II, ss. 101-3.

<sup>15</sup> Örneğin bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 378-9. Ayrıca bkz., *Artukovic v. Rison* 784 F. 2d 1354 (1986).

<sup>16</sup> O'Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 155-7.

ayrılması nedeniyle topraklarının tamamının iki veya daha fazla devletin ülkesi haline gelmesi durumunda parçalanmış devlete ait haklar ve yükümlülükler halef devletler arasında bölüştürülecektir. Bir devamlılık veya halefiyet durumunun ilgili sürecin taraflarından biri bakımından oluşup oluşmadığına karar verirken, söz konusu tarafların yaptığı statüye dair iddialar ile birlikte üçüncü devletler ve uluslararası örgütlerin takındıkları tavırlar ve devletin kuruluşuna ilişkin klasik kriterler<sup>17</sup> doğrudan dikkate alınmalıdır.

Bu tür bir mesele yakın zamanda Sovyetler Birliği ve Yugoslavya'ya ilişkin olaylar bakımından ortaya çıkmıştır. İlk olarak SSCB'nin sona ermesi üzerine Rusya Federasyonu o devletin devamı olduğuna yönelik bir pozisyon almıştır.<sup>18</sup> Bu durum özellikle BM üyeliği bakımından iddia edilmiştir.<sup>19</sup> Bu açıdan en önemli olan açıklama Rusya'nın eski SSCB'nin Güvenlik Konseyi daimi üyeliği dahil BM'deki üyeliğinin ve diğer uluslararası örgütlerdeki üyeliklerinin devamını destekleyen 21 Aralık 1991 tarihli Bağımsız Devletler Topluluğu Devlet Başkanları Konseyi Kararı'dır.<sup>20</sup> Her ne kadar Bağımsız Devletler Topluluğu tarafından 1991 sonunda yayınlanmış olan belgelerin hepsi devamlılık prensibi ile tam olarak uyumlu değilse de<sup>21</sup> Rusya'nın eski SSCB'nin (elbette farklı sınırlar içinde olmasına rağmen) devamı olduğu iddiasının diğer eski Cumhuriyetler tarafından da desteklenmiş olduğu ve bu durumun uluslararası uygulamada da kabul edilmiş olduğu açıktır.<sup>22</sup> Bu açıdan oldukça özel bir durum Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra bağımsız olan ancak Sovyetler Birliği tarafından 1940 yılında ilhak edilmiş bulunan Baltık devletleri (Estonya, Letonya ve Litvanya) bakımından ortaya çıkmıştır. Bazı devletler söz konusu ilhakı tanımayı reddetmiş<sup>23</sup> ve diğer bazıları ise *de jure* olmasa da *de facto* kabul etmiştir.<sup>24</sup> Baltık devletlerinin Ağustos 1991'de bağımsızlıklarını ilan etmesi üzerine,<sup>25</sup> Avrupa Topluluğu 27 Ağustos 1991'de 'Baltık devletlerinin 1941'de kaybettikleri egemenlik ve bağımsızlıklarının iadesini' memnuniyetle karşılayan bir Deklarasyon kabul etmiştir.<sup>26</sup> ABD Baltık devletlerinin bağımsızlıklarının iadesine ilişkin durumu 4 Eylül 1991'de tanımıştır.<sup>27</sup> Uluslararası alanda kabul edilmiş olan bağımsızlık iadesi bu devletlerin eski SSCB'nin halefi devletler olmadıkları ve dolayısıyla böyle bir halefiyete bağlı olabilecek bir takım haklar ve yükümlülüklerden kurtulmaları anlamını taşımaktadır.<sup>28</sup>

<sup>17</sup> Bkz., yukarıda, 5. Bölüm.

<sup>18</sup> Örneğin bkz., R. Müllerson, *International Law, Rights and Politics*, London, 1994, ss. 140-5, ve Y. Blum, 'Russia Takes over the Soviet Union's Seat at the United Nations', 3 EJIL, 1992, s. 354.

<sup>19</sup> Bkz., 31 ILM, 1992, s. 138.

<sup>20</sup> *A.g.e.*, s. 151.

<sup>21</sup> Örnek olarak, Rusya, Belarus ve Ukrayna tarafından imzalanan Minsk Antlaşması, Sovyetler Birliği'nin 'uluslararası hukukun bir kişisi olarak artık mevcut olmadığını' açıklarken, Gürcistan (1993 yılında katılmıştır) ve Baltık devletleri hariç Sovyet Cumhuriyetleri'nin hepsi tarafından imzalanan Alma Ata Deklarasyonu'nda 'Bağımsız Devletler Topluluğu'nun kurulması ile, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin ortadan kalktığı' ifade edilmiştir, *a.g.e.*, ss. 147-9.

<sup>22</sup> Örneğin bkz., Dış ve Uluslar Topluluğu İşleri Bakanı'nun açıkladığı görüşler, UKMIL, 63 BYIL, 1992, ss. 639 ve 652-5, ve bir Dışişleri Bakanlığı yetkilisinin İskoçya Dış Sulh Mahkemesi'ne sunduğu açıklamalar, *Coreck Maritime GmbH v. Severybokholodflot*, UKMIL, 64 BYIL, 1993, s. 636. Rusya'yı Sovyetler Birliği'nin devamı olarak gören Fransız uygulaması için, bkz., AFDI, 1993, s. 1038. Ayrıca bkz., L. Henkin, R. C. Pugh, O. Schachter ve H. Smit, *International Law: Cases and Materials*, 3. Baskı, St Paul, 1993, s. 539. Uluslararası örgütlere üyeliğin devamı veya halefiyet meselesi ile genel olarak devamlılık veya halefiyet arasında bir ayırım olduğuna dikkat edilmelidir. Ancak, BM'ye üyeliğin niteliği ve önemi nedeniyle bu örgüte üyelik genel olarak devamlılık açısından güçlü bir kanıt sayılır.

<sup>23</sup> Örnek olarak ABD: Bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 193. Fransız uygulaması açısından, bkz., AFDI, 1993, s. 1038 ve *Gerbaud v. Meden* 18 ILR, s. 288.

<sup>24</sup> Örnek olarak bkz., İngiltere; *A/S Tallinna Laevauhisus v. Tallinna Shipping Co. (The Vapper)* (1946) 79 LL. R 245 ve Dış ve Uluslar Topluluğu İşleri Bakanı'nın 16 Ocak 1991 tarihli açıklaması, 183 HC Deb., col. 853.

<sup>25</sup> Bkz., Müllerson, *International Law*, ss. 119-20.

<sup>26</sup> Bkz., UKMIL, 62 BYIL, 1991, s. 558.

<sup>27</sup> Bkz., Müllerson, *International Law*, s. 121.

<sup>28</sup> Bkz., Shaw, 'State Succession Revisited', ss. 56 vd.

Bu durumun aksine Yugoslavya meselesi çok daha karmaşık ve trajik olmuştur. Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin (YSFC) çöküşü bazı kurucu cumhuriyetlerin bağımsızlıklarını ilan etmesi ile<sup>29</sup> bir kaç ay içinde gerçekleşmiştir.<sup>30</sup> Yugoslavya Tahkim Komisyonu<sup>31</sup> açısından süreç 8 No.lu Görüş'ünü yayınladığı 4 Temmuz 1992 tarihinde tamamlanmış sayılmıştır.<sup>32</sup> Komisyon'un görüşünde Şubat-Mart 1992'de, Bosna ve Hersek'de bağımsızlık lehine birçoğunlukla neticelenen bir referandum yapılmış olduğuna ve Sırbistan ile Karadağ'ın ise 27 Nisan 1992 tarihinde "Yugoslavya Federal Cumhuriyeti" denilen yeni bir devlet kurmuş olduklarına dikkat çekilmiştir. Komisyon ayrıca Slovenya, Hırvatistan ve Bosna'nın, Avrupa Topluluğu'na üye devletler ve diğer devletler tarafından tanınmaları ve BM üyeliğine kabul edilmeleri üzerine<sup>33</sup> YSFC'nin ortak federal kurumlarının işlevlerinin sona erdiğini not etmiştir. Sonuç olarak eski YSFC'nin varlığı artık sona ermiştir.<sup>34</sup> Bu tespit özellikle 10 No'lu Görüş ile tekrar tasdik edilmiştir.<sup>35</sup>

Bununla beraber Sırbistan ve Karadağ'ın kurdukları Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (YFC) kendisinin yeni bir devlet olmadığını, fakat eski YSFC'nin devamı olduğunu iddia etmiştir. Ancak bu iddiaya YSFC'nin diğer eski cumhuriyetleri<sup>36</sup> ve uluslararası toplum karşı çıkmıştır.<sup>37</sup> Örnek olarak Güvenlik Konseyi'nin 772 sayılı (1992) kararında 'Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti olarak bilinen eski devletin sona erdiği' ve 'Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin (Sırbistan ve Karadağ) eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin Birleşmiş Milletler'deki üyeliğine otomatik olarak devam edemeyeceği' açıklanmıştır.<sup>38</sup> Ancak YFC pozisyonunu 2000'de değiştirmiş ve BM'e yeni bir üye olarak kabulünü talep etmiştir.<sup>39</sup> Ancak 2000'de YFC'nin BM'e üye olarak kabul edilmesi geriye doğru işleyemeyeceğinden, bu devletin 1992 ile 2000 arasındaki hukuki statüsü sorunu bir tartışma kaynağı haline gelmiştir. Uluslararası Divan 2003'deki kararında bu sorunu *sui generis* ve dolayısıyla hukuki zorluklarla dolu bir durum olarak tanımlamıştır.<sup>40</sup> Divan'ın 1999 Kosova çatışmasını takiben Yugoslavya'nın NATO üyelerine karşı açtığı bir dizi davaya ilişkin kararında, YFC'nin 1 Kasım 2000'den beri BM'in bir üyesi (ve böylece Divan Statüsü'ne bir taraf) olduğu ve bu devletin daha önceki *sui generis* statüsünün kendiliğinden BM üyeliği anlamına gelebileceği sonucuna

<sup>29</sup> Slovenya ve Hırvatistan, 25 Haziran 1991 (üç ay ertelenmiştir) ve Makedonya, 17 Eylül 1991. Bosna ve Hersek 14 Ekim 1991'de egemenlik hakkında bir karar almıştır. 17 Ağustos 1991'de Avrupa Topluluğu'nun topladığı Yugoslavya Konferansı tarafından kurulan Tahkim Komisyonu'na yayınlanan Opinion No. 1'de 'Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti bir dağılma sürecindedir' görüşü benimsenmiştir, 92 ILR, s. 166. Ayrıca bkz., M. Craven, 'The EC Arbitration Commission on Yugoslavia', 66 BYIL, 1995, s. 333.

<sup>30</sup> Genel olarak bkz., M. Weller, 'The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia', 86 AJIL, 1992, s. 569; Y. Blum, 'UN Membership of the "New" Yugoslavia: Continuity or Break?', 86 AJIL, 1992, s. 830, ve Müllerson, *International Law*, ss. 125 vd.

<sup>31</sup> Bu Komisyon AT ülkelerinin Anayasa Mahkemeleri Başkanlarından beşini ihtiva etmekte olup, başkanlığını M. Badinter yapmıştır.

<sup>32</sup> 92 ILR, s. 199.

<sup>33</sup> 22 Mayıs 1992: Bkz., Genel Kurul kararları, 46/236; 46/237 ve 46/238. 'Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti' 8 Nisan 1993 tarihinde BM'e kabul edilmiştir: bkz., Güvenlik Konseyi kararı 817 (1993).

<sup>34</sup> 92 ILR, s. 202. Ayrıca bkz., Opinion No. 9, *a.g.e.*, s. 203.

<sup>35</sup> *A.g.e.*, s. 206.

<sup>36</sup> Örneğin bkz., E/CN.4/1995/121 ve E/CN.4/1995/122.

<sup>37</sup> Örnek olarak, hem Uluslararası Para Fonu (15 Aralık 1992) hem de Dünya Bankası (25 Şubat 1993) eski Yugoslavya'nın ortadan kalkmış olduğuna karar vermiştir: Bkz. P. R. Williams, 'State Succession and the International Financial Institutions', 43 ICLQ, 1994, ss. 776, 802-3.

<sup>38</sup> Ayrıca bkz., Güvenlik Konseyi kararı 757 (1992) ve Genel Kurul kararı 47/1. Ayrıca bkz., temsil açısından hukuki durumu dikkatli bir şekilde analiz eden BM Hukuk Müşavirliği'nin 29 Eylül 1992 tarihli mektubu, A/47/485, Annex ve *Genocide Convention* davası, ICJ Reports, 1993, ss. 3, 13-14; 95 ILR, ss. 1, 28-9.

<sup>39</sup> 1 Kasım 2000'de BM'ye bu şekilde kabul edilmiştir. Bkz., Genel Kurul kararı 55/12. 4 Şubat 2003'de ülkenin adı resmi olarak Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nden Sırbistan ve Karadağ Cumhuriyeti'ne ve Karadağ'ın 28 Haziran 2006'da ayrılmasının ardından Sırbistan Cumhuriyeti'ne çevrilmiştir. Bkz., Genel Kurul kararı 60/264. Ayrıca bkz., Crawford, *Creation of States*, ss. 707 vd.

<sup>40</sup> Bkz., *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996*, ICJ Reports, 2003, ss. 7, 31.

varılmıştır.<sup>41</sup> Başka bir deyişle Divan'ın 1996 yılındaki *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davasındaki kararında, YFC'nin davaya bir taraf olabileceği kabul edilmişken, 2003'deki kararında YFC'nin statüsünün *sui generis* ve hukuken zorluklarla dolu olduğuna hükmedilmiş ve ardından 2004'deki kararda ise YFC'nin 1999'da henüz bir BM üyesi ve Statü'nün bir tarafı olmadığına ve dolayısıyla NATO devletleri aleyhine bu tarihe ilişkin bir dava açamayacağına karar verilmiştir.<sup>42</sup> Son olarak 2007'de verdiği *Genocide Convention* davası hakkındaki esasa ilişkin kararında Divan, 1996 tarihli kararının bir *res judicata* oluşturduğunu ve bu nedenle daha sonraki kararları ışığında yeniden tartışmaya açılmayacağını not etmiştir.<sup>43</sup>

Devletlerin halefiyeti ayrıca bir birleşme durumunu da kapsamaktadır. Birleşmenin bir biçimi Yemen Arap Cumhuriyeti ile Yemen Demokratik Halk Cumhuriyeti'nin birleşmesinde olduğu gibi tamamen yeni bir devletin kurulması suretiyle gerçekleşir. Bu iki devlet arasında 22 Nisan 1990 tarihli antlaşma uyarınca Yemen Cumhuriyeti'nin kuruluşu ile mevcut iki devlet birleşerek yeni bir adla yeni bir devleti oluşturmuştur.<sup>44</sup> Birleşme ayrıca bir devletin bir diğer devleti içine alması ve bu şekilde birisi ortadan kalkarken diğerinin artan toprak ve nüfusla yoluna devam etmesi şeklinde de olabilir. Mesela Almanya olayında böyle olmuştur.

İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinin ardından eski Alman devleti ABD, SSCB, İngiltere ve Fransa arasında işgal bölgelerine bölünmüş ve Berlin hiçbir bölgeye ait olmayan özel bir alan haline getirilmiştir.<sup>45</sup> Yüksek Otorite adlı idare başlangıçta Dört Müttefik Gücün Silahlı Güçler Komutanlığı<sup>46</sup> ve ardından Bonn'daki Müttefik Yüksek Komiserliği tarafından (Sovyet bölgesinde oluşan paralel gelişmelerle birlikte) icra edilmiştir. 1955 yılında yürürlüğe giren Üçlü Güç ve Federal Almanya Cumhuriyeti (FAC) arasındaki ilişkilere dair Antlaşma ile işgal rejimi sonlandırılmış ve Müttefik Yüksek Komiserliği ortadan kaldırılmıştır. Ancak Üç Müttefik Güç'ün Berlin'e ilişkin<sup>47</sup> ve 'Almanya'nın yeniden birleşmesi ve bir barış çözümü dahil Almanya'nın bütününe' ilişkin hakları ve yükümlülükleri saklı tutulmuştur.<sup>48</sup> Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin (DAC) tanınması da aynı esaslara göre yapılmış, yani Dörtlü Gücün Berlin ve Almanya'nın bütününe ilişkin hakları ve sorumlulukları saklı kalmak üzere DAC'nin iç ve dış işlerinde tam yetkiye sahip egemen bir devlet olduğu kabul edilmiştir.<sup>49</sup> Ancak Almanya'nın bir şekilde bir bütün olarak uluslararası hukukta bir devlet olarak var olmaya devam ettiği de kabul edilmiştir.<sup>50</sup> Her iki Alman devletinin birbirleri arasındaki ilişki ile bunların 1945 öncesi Alman devleti bakımından durumu sorunu uygulamada oldukça büyük bir tartışma yaratmış ve özellikle Federal Almanya Cumhuriyeti'nin sürekli şekilde kendisini 1945 öncesi Almanya'nın halefi olduğunu iddia etmesi karmaşaya neden olmuştur.<sup>51</sup>

<sup>41</sup> *Serbia and Montenegro v. UK*, ICJ Reports, 2004, ss. 1307, 1335 vd.

<sup>42</sup> Bkz., Divan'daki bu 'pozisyon değişimi' hakkında, yedi yargıcın ortak açıklamalarında yapılan eleştirel yorumlar, *a.g.e.*, ss. 1353, 1355-7.

<sup>43</sup> ICJ Reports, 2007, ss. 43, 86 vd. Ayrıca bkz., *Croatia v. Serbia, Preliminary Objection*, ICJ Reports, 2008, s. 412 ve *Croatia v Serbia*, ICJ Reports, 2015.

<sup>44</sup> Antlaşma'nın 1. maddesinde 'Yemen Arap Cumhuriyeti Devleti ile Yemen Demokratik Halk Cumhuriyeti Devleti arasında herbirinin uluslararası kişiliğinin "Yemen Cumhuriyeti" adı altında tek bir uluslararası kişiliğe entegre edileceği birleşmeye dayalı tam ve bütün bir birlik kurulacaktır' denilmektedir: bkz., 30 ILM, 1991, s. 820.

<sup>45</sup> Örneğin bkz., *Fourth Report of the Foreign Affairs Committee, Session 1989-90*, June 1990. Sovyet bölgesinin bir kısmı (Königsberg şehri, bugünkü adıyla Kaliningrad ve civarı) Sovyet idaresi altına verilmiş ve Oder-Neisse hattının doğusundaki Alman toprakları Polonya idaresine bırakılmıştır.

<sup>46</sup> 1 Mayıs 1945 tarihli değişikliğe göre, 14 Kasım 1944 Almanya'nın Kontrolü Antlaşması, madde 2.

<sup>47</sup> Özellikle bkz., I. Hendry ve M. Wood, *The Legal Status of Berlin*, Cambridge, 1987. Ayrıca bkz., Cmd 8571, 1952 ve Berlin hakkında Dörtlü Antlaşma, Cmnd 5135, 1971.

<sup>48</sup> İlişkiler Antlaşması, madde 2. Sovyet bölgesinde de paralel gelişmeler ortaya çıkmıştır. Bu konuda 1955 SSCB-Alman Demokratik Cumhuriyeti Antlaşması dikkate alınmalıdır.

<sup>49</sup> Bkz., Fourth Report, s. 2.

<sup>50</sup> *A.g.e.*, s. 3.

<sup>51</sup> Örneğin bkz., Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1963, cilt I, ss. 332-8, ve F. A. Mann, 'Germany's Present Legal Status Revisited', 16 ICLQ, 1967, s. 760. Bkz., FAC Federal Anayasa Mahkemesi kararı, *Re Treaty on the Basis of Relations Between the Federal Republic of Germany and the German Democratic Republic 1972*, 78 ILR, s. 149.

18 Mayıs 1990 tarihinde iki Alman devleti arasında Parasal, Ekonomik ve Sosyal Birlik oluşturan yeni bir antlaşma imzalanmıştır. Esas olarak bu antlaşma DAC'yi FAC'nin ekonomik sistemine entegre ederek Alman Markı'nı DAC'nin ulusal parası yapmış ve Bundesbank'ı da hem DAC'nin hem de FAC'nin merkez bankası haline getirmiştir.<sup>52</sup> 31 Ağustos 1990'da iki Alman devleti arasında Federal Cumhuriyet Anayasası'nın 23. maddesi uyarınca DAC'nin 3 Ekim 1990 itibarıyla FAC'ye katılımı yoluyla iki devletin birleşmesini öngören ikinci bir antlaşma imzalanmıştır. Son olarak da 12 Eylül 1990'da iki Alman devleti ile Dört Müttefik Güç arasında Almanya'ya İlişkin Nihai Çözüm Antlaşması imzalanmıştır.<sup>53</sup> Bu son antlaşma İkinci Dünya Savaşı'ndan kaynaklanan bütün meselelere kesin olarak son vermiştir. Bu antlaşma birleşik Almanya'nın sınırlarını DAC ve FAC'nin sınırları (savaş sonrası Polonya ile Oder-Neisse sınırı) olarak tasdik etmiş ve ayrıca Almanya'nın silahlı güçlerinde bir azalma ve Sovyet güçlerinin DAC ülkesinden çekilmesini öngörmüştür. Dört Müttefik Güç'ün Berlin ve bütün Almanya üzerindeki hakları ve sorumluluklarının sona ermesiyle, birleşik Almanya iç ve dış işlerinde tam egemenliğe sahip bir devlet olmuştur.<sup>54</sup>

Federal Almanya Cumhuriyeti ile Demokratik Almanya Cumhuriyeti arasındaki 31 Ağustos 1990 tarihli Antlaşma'da açıkça ikincinin tamamen birinci devletin içinde asimile olduğu öngörülmektedir. Antlaşma'nın 1. maddesinde 'Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin 3 Ekim 1990'dan itibaren Anayasa'nın 23. maddesi<sup>55</sup> uyarınca Federal Almanya Cumhuriyeti'ne katılımıyla, Brandenburg eyaleti, Mecklenburg-Western Pomerania, Saxony, Saxony-Anhalt ve Thuringia'nın<sup>56</sup> Federal Almanya Cumhuriyeti'nin Eyaletleri haline geldiği belirtilmiştir. Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin parçası olan yerleri Federal Almanya Cumhuriyeti anayasasının kapsamına alarak bu devletin içine dahil eden bir süreçle Birleşik Almanya'yı ortaya çıkaran bu yaklaşım Birleşme Antlaşması'nın diğer hükümleri ile de tasdik olunmaktadır. Örnek olarak 7. maddede FAC'nin finansal sisteminin 'madde 3'de belirtilen yerlere (eski DAC'nin Eyaletleri) teşmil edileceği' öngörülmekteyken, 8. maddede 'katılmanın yürürlüğe girmesiyle federal hukukun madde 3'de belirtilen yerlerde uygulanmaya başlayacağı' açıklanmaktadır.<sup>57</sup> Uluslararası uygulamada da bu yaklaşımın kabul edildiği görülmekte olup<sup>58</sup> sürecin bu şekilde karakterize edilmesine hiçbir devlet itiraz etmemiştir.<sup>59</sup> Diğer bir deyişle süreçle doğrudan ilgili tarafların benimsediği ve uluslararası toplumca da kabul edilmiş olan bu yaklaşım, söz konusu birleşme ile Federal Alman Cumhuriyeti'nin devam ettiği ve Demokratik Alman Cumhuriyeti'nin ortadan kalkmış veya sona ermiş olduğu yönündedir.

<sup>52</sup> Bkz., 29 ILM, 1990, s. 1108.

<sup>53</sup> Bkz., 29 ILM, 1990, s. 1186.

<sup>54</sup> 1 Ekim 1990 Deklarasyonu ile Müttefik Güçler, Nihai Çözüm Antlaşması yürürlüğe girinceye kadar, Almanya'nın birleşmesi nedeniyle Almanya ve Berlin'e ilişkin bütün hak ve sorumluluklarını askıya almışlardır. Bkz., Annex 2 of the Observations by the Government to the Fourth Report, October 1990, Cm 1246.

<sup>55</sup> Bu madde söz konusu Anayasa'nın Büyük Berlin şehri ve belli *Länder*'larda (Federal Alman Cumhuriyetini oluşturan eyaletlerde) uygulanacağını öngörürken, 'Almanya'nın diğer kısımlarında bunların katılımının ardından yürürlüğe sokulacağı' ifade edilmiştir. Bu yöntem daha önce 1956'da Saarland'ın katılımının gerçekleştirilmesi sırasında da kullanılmıştır.

<sup>56</sup> Yani, Alman Demokratik Cumhuriyeti'ni oluşturan yerler.

<sup>57</sup> 11. madde uyarınca, Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından yapılmış olan antlaşmalar eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin *Länder*'lerine de teşmil edilmiş olup, 12. madde uyarınca, eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti tarafından yapılmış olan antlaşmaların devamı, değiştirilmesi ya da sona erdirilmesinin her bir antlaşma tarafı ile ayrı ayrı görüşüleceği öngörülmüştür.

<sup>58</sup> Avrupa Topluluğu gibi. Örneğin bkz., GATT document L/6759, 31 Ekim 1990 tarihli bu belgede Avrupa Topluluğu Komisyonu tarafından Almanya'nın DAC'nin FAC'ye katılımı suretiyle birleştiği ifade edilmiştir. Genel olarak bkz., T. Oeter, 'German Unification and State Succession', 51 ZaöRV, 1991, s. 349; J. Frowein, 'Germany Reunited', *a.g.e.*, s. 333, ve R. W. Piotrowicz ve S. K. N. Blay, *The Unification of Germany in International and Domestic Law*, Amsterdam, 1997. Ayrıca bkz., UK Foreign Office affidavit, UKMIL, 68 BYIL, 1997, s. 520.

<sup>59</sup> Ayrıca bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 210.

## ANTLAŞMALAR HALEFİYET<sup>60</sup>

Antlaşmaların uluslararası hukuk sistemindeki önemi açıktır.<sup>61</sup> Bunlar, konuları açısından en önemlisinden en sıradana dek uzanan çeşitli hukuki yükümler veya hakları devletlere yüklemenin bir yolunu teşkil etmektedir. Bütün antlaşmalar kendilerinden önce var olan ve vaz geçilmez nitelikteki *pacta sunt servanda* normuna ya da antlaşma yükümlerinin bağlayıcı olduğuna yönelik bir kabule dayanılarak kurulmaktadır. Antlaşmalar genellikle şu kategorilerden birinin içinde yer alır: uluslararası insan haklarına dair özel antlaşmalar dahil çoktarafli antlaşmalar; ülkesel tanım ve rejimlerle ilgili antlaşmalar; iki taraflı antlaşmalar ve taşıdığı şartlara göre 'siyasi' olarak muamele gören antlaşmalar.

Antlaşmalara halefiyete dair kurallar, bu konudaki uluslararası örf ve adet kurallarının yanı sıra, 1996 yılında yürürlüğe giren ve bu tarihten sonra gerçekleşen halefiyetler bakımından uygulanan 1978 Antlaşmalar Bakımından Devletlerin Halefiyetine Dair Viyana Sözleşmesi'nde yer almaktadır.<sup>62</sup>

Devir antlaşmaları açısından, bahsolunan Sözleşme'nin 8. maddesi bu tür antlaşmaların kendiliğinden üçüncü devletleri etkilemeyeceğini öngörmekte olup, bu maddenin uygulanmakta olan bir prensibi tasdik ettiği kabul edilmektedir. Sözleşme'nin tek taraflı açıklamalara ilişkin 9. maddesinde ise halef devletin bu antlaşmaların devam ettiğine yönelik bir açıklamasının tek başına halef devletin ve üçüncü devletlerin hak ve yükümlülüklerini etkilemeyeceği vurgulanmaktadır. Diğer bir deyişle bu gibi hallerde ilgili antlaşmaların diğer taraflarının da rızasının aranması veya bu devletlerle ikili ilişkiler hakkında ayrıca bir antlaşmanın yapılması gerekli gözükmemektedir.

### Ülkesel, Siyasi ve Diğer Antlaşma Çeşitleri

Halefiyetin amaçları açısından antlaşmalar genel olarak üç kategoriye ayrılmaktadır. Birincisi ülkesel temelli antlaşmalar olup bunlar sayesinde tanımlanabilir nitelikteki ülkesel birimlere doğrudan haklar ve yükümler yüklenmektedir. Bunların en başta gelen örneği ülkesel sınırların tanımlanmasına ilişkin antlaşmalardır. Waldock'un hazırladığı, 1968 Antlaşmalar Bakımından Devletler ve Hükümetlerin Halefiyetine Dair İlk Rapor'da, 'hem görüş hem de uygulamanın açıkça antlaşmalar yoluyla oluşturulmuş sınırların yalnızca halefiyet nedeniyle değişmemesi lehine olduğu gözükmemektedir. Gerçekten de hukukçuların görüşleri bu noktada hemfikirdir...[ve] Antlaşma vasıtasıyla oluşturulmuş sınırların yürürlüğünün devamı lehine olan devlet uygulaması uluslararası hukukta buna yönelik genel bir kuralın bulunduğuna ilişkin sonucu destekler gözükmemektedir' denilmektedir.<sup>63</sup> Aynı şekilde Bedjaoui 'prensip olarak bir ülkenin önceden mevcut olan sınırlar esas alınarak halef devlete devrolunacağına' dikkat çekmiştir.<sup>64</sup>

Uluslararası istikrarın sürdürülmesine ilişkin nedenlerle söz konusu yaklaşım devlet uygulaması tarafından da açıkça desteklenmiştir. On dokuzuncu yüzyılın başında Güney Amerika'da yeni bağımsız olan devletlerin sınırlarının belirlenmesi sırasında eski İspanyol imparatorluğunun idari sınırlarını esas alan bir Latin Amerika kavramı olan *uti possidetis*

<sup>60</sup> Özellikle Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun bu konudaki çalışması. Bkz., *Yearbook of the International Law Commission*, 1974, cilt II, kısım 1, ss. 157 vd., ve Sir Humphrey Waldock'un beş adet Raporu (*a.g.e.*, 1968, cilt II, s. 88; 1969, cilt II, s. 45; 1970, cilt II, s. 25; 1971, cilt II, kısım 1, s. 143 ve 1972, cilt II, s. 1) ve Sir Francis Vallat'ın Raporu (*a.g.e.*, 1974, cilt II, kısım 1, s. 1). Ayrıca bkz., Uluslararası Hukuk Derneği, *The Effect of Independence on Treaties*, London, 1965; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3. Baskı, Cambridge, 2013, Bölüm 21, ve M. Craven, *The Decolonisation of International Law: State Succession and the Law of Treaties*, Oxford, 2007.

<sup>61</sup> Bkz., yukarıda 15. Bölüm.

<sup>62</sup> Bkz., madde 7.

<sup>63</sup> *Yearbook of the International Law Commission*, 1968, cilt II, ss. 92-3.

<sup>64</sup> *A.g.e.*, s. 112.

*juris* ilkesi bu yaklaşımın uluslararası uygulamada kabul görmüş olan ilk biçimidir.<sup>65</sup> Bu ilke ABD uygulamasına da aksetmiştir.<sup>66</sup> Ayrıca 1964 Afrika Birliği Örgütü Devlet ve Hükümet Başkanları Toplantısı'nın 16. kararında da bu ilkeye açıkça yer verilmiş ve bütün üye devletler eski sömürgeci sınırlara saygı gösterme taahhüdünde bulunmuştur.<sup>67</sup> Sömürgeci sınırlara halefiyet prensibi Uluslararası Divan tarafından *Burkina Faso/Mali* davasında tekrar vurgulanmıştır.<sup>68</sup> *Uti possidetis* prensibinin sömürgecilikten kurtulma süreci dışında mevcut bağımsız devletlerden yeni devletlerin yaratılması sürecine de genişletilmesi uluslararası uygulama tarafından desteklenmekte olup, bu durum genel olarak eski idari sınırların uluslararası sınırlara dönüştürülmesi şeklinde gerçekleşmektedir.<sup>69</sup> Elbette bu gibi hallerde pek çok şey ilgili devletlerin talepleri ve üçüncü devletlerin yanı sıra özellikle BM gibi uluslararası örgütlerin tavırları da dahil söz konusu durumun şartlarına bağlı olacaktır. Sınırların devamlılığına dair bu prensip Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 62(2) maddesinde yer alan, aksine anlaşmanın yokluğunda, sınır oluşturan antlaşmalarda şartlarda esaslı bir değişikliğin antlaşmayı sona erdirmek veya çekilmek için bir gerekçe olarak ileri sürülemeyeceğini öngören hükümde olduğu gibi uluslararası hukukun diğer prensipleri tarafından da desteklenmektedir.<sup>70</sup> Aynı şekilde Antlaşmalara Halefiyete Dair Viyana Sözleşmesi'nin 11. maddesinde, temkinli ve olumsuz bir terminolojiyle ele alınmasına rağmen, devletlerin halefiyetinin kendiliğinden şunları etkilemeyeceği belirtilmektedir:

“(a) antlaşmayla oluşturulmuş bir sınır; veya  
(b) bir sınır rejimine ilişkin ve bir antlaşma tarafından oluşturulmuş yükümlülükler ve haklar.”

Uluslararası Divan sınır antlaşmalarına halefiyet konusunu *Libya/Chad* davasında genel olarak ele almış ve ‘bir kez üzerinde anlaşıldı mı, sınırlar devamlılığını sürdürür; zira başka bir yaklaşım Divan’ın önemini sürekli vurgulamış olduğu sınırların istikrarına dair temel prensibe zarar verecektir’ hükmüne varmıştır.<sup>71</sup> Daha özel olarak Divan, ‘antlaşma yoluyla oluşturulmuş bir sınır, antlaşmanın kendisinin mutlaka sahip olmayacağı bir devamlılık kazanır. Antlaşma sınırın devamlılığına hiçbir şekilde etki etmeden yürürlükten kalkabilir...antlaşmanın konusunun bir sınır olması halinde dahi bu sınırın mevcudiyetinin devamı sınırın oluşturulduğu antlaşmanın yürürlükte kalmasına bağlı değildir’ vurgusunu yapmıştır.<sup>72</sup> Bu yüzden halefiyetin bir sınır antlaşmasının kendisinden ziyade antlaşma ile oluşturulmuş olan sınıra yönelik olduğunun altının çizilmesi özellikle önem taşımaktadır.

<sup>65</sup> Bkz., örnek olarak, *Colombia–Venezuela* tahkim kararı, 1 RIAA, ss. 223, 228 ve *Beagle Channel* kararı, 52 ILR, s. 93. Ayrıca bkz., A. O. Cukwurah, *The Settlement of Boundary Disputes in International Law*, Manchester, 1967, s. 114; O’Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 273 vd., ve P. De La Pradelle, *La Frontière*, Paris, 1928, ss. 86–7.

<sup>66</sup> Bkz., ABD Dışişleri Bakanı’nın 1856 yılındaki şu görüşü: ‘Amerika’daki bir Avrupa sömürgesinin bağımsız olması halinde sömürgecinin elinde tuttuğu haliyle mevcut ülke topraklarının sınırlarına halef olması kamu hukukunun yerleşik bir prensibi ve uluslararası hakdır’. Manning’s *Diplomatic Correspondence*, cilt III (Great Britain), doc. 2767, atf veren Cukwurah, *Settlement*, s. 106.

<sup>67</sup> Bkz., örnek olarak, M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986, ss. 185–7, ve 9. Bölümde bahsolunan diğer çalışmalar.

<sup>68</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 554, 565; 80 ILR, ss. 440, 469–70. Ayrıca bkz., Yugoslavya Tahkim Komisyonu’nun Opinion No. 3’de, Sırbistan, Hırvatistan ve Bosna Hersek arasındaki eski iç sınırların statüsü bakımından ‘aksine anlaşma olmadığı sürece, eski sınırlar uluslararası hukuk tarafından korunan sınırlar haline gelir. Bu sonuç ülkesel *status quo*’ya saygı duyma prensibi ve özellikle *uti possidetis* prensibinden kaynaklanmaktadır. *Uti possidetis*... günümüzde genel bir prensip olarak tanınmaktadır’ yönündeki açıklama, 92 ILR, ss. 170, 171.

<sup>69</sup> Ayrıca bkz., Bağımsız Devletler Topluluğu’nu kuran 8 Aralık 1991 tarihli Minsk Antlaşması’nın 5. maddesi ve eski SSCB Cumhuriyetleri’nin ülkesel bütünlüğünü tasdik eden 21 Aralık 1991 tarihli Alma Ata Deklarasyonu. Ayrıca 29 Ekim 1992 tarihli Ortak Devlet Sınırlarının Genel Belirlenmesi Antlaşması uyarınca, 1 Ocak 1993 itibarıyla Çekoslovakya’dan çıkan Çek Cumhuriyeti ile Slovakya devletinin arasındaki sınır eski devletin Çek ve Slovak kısımları arasında mevcut olan idari sınır olmuştur. Bkz., yukarıda 9. Bölüm.

<sup>70</sup> Bkz., 15. Bölüm.

<sup>71</sup> ICJ Reports, 1994, ss. 6, 37; 100 ILR, ss. 1, 36.

<sup>72</sup> *A.g.e.*



*Eritrea/Yemen* davasında ilgili Mahkeme iki taraf arasında yapılmış olan sınır ve ülkesel antlaşmaların ‘*erga omnes* etkiye sahip oldukları için zorunlu olarak üçüncü devletlere de etki eden bir hukuki gerçekliği’ temsile sahip özel bir antlaşmalar kategorisi oluşturduğunu vurgulamıştır.<sup>73</sup>

Ülkesel temelli antlaşmalar kategorisi sınırların oluşturulmasından çok daha ötelere uzanan diğer bir takım ülkesel rejimler kuran tartışmalı bazı antlaşmaları da içermekte olup, bu tür antlaşmalara ‘bölgesel’ veya ‘aynı’ ya da ‘tasarruf yetkisi’ antlaşmaları gibi isimler verilmektedir.<sup>74</sup> Bu gibi düzenlemelerin örnekleri arasında askerden arındırılmış bölgeler, ülkesel transit hakları, liman tesisleri ve diğer genel irtifak hakları bulunabilmektedir.<sup>75</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun üyelerinin<sup>76</sup> ve ilgili hükümetlerin<sup>77</sup> bazı çekincelerine rağmen Viyana Sözleşmesi’nin 12. maddesinde devletlerin halefiyetinin kendiliğinden bir ülkenin kullanımına ilişkin yükümleri ve hakları veya yabancı bir devlet, devletler grubu ya da bütün devletler yararına bir antlaşma ile oluşturulmuş ve söz konusu ülkeye bağlı kullanım üzerindeki bir takım sınırlamaları etkilemeyeceği öngörülmektedir. Uluslararası Divan *Gabcikovo-Nagymaros* davasında ülkesel rejimler meselesinden bahsederken 12. maddenin bir örf ve adet hukuku kuralını yansıttığını açıklamış ve su hakları veya nehirler üzerinde ulaşım dair antlaşmaların bu tür ülkesel antlaşmalardan olduğunu tasdik etmiştir.<sup>78</sup> Divan bu davada ayrıca Macaristan ile Çekoslovakya arasındaki söz konusu 1977 Antlaşması ile diğerlerinin yanı sıra bir uluslararası su yolunun önemli bir bölümü için bir ulaşım rejimi oluşturulduğuna ve böylece madde 12 anlamında bir ülkesel rejimin kurulduğuna dikkat çekmiştir.<sup>79</sup>

Siyasi veya “hususî” antlaşmalar ile belli bir ülkede iktidardaki güçle ve bunun siyasi yönelimi ile özellikle bağlantılı sayılan haklar ve yükümlülükler oluşturulmaktadır. Bu tür antlaşmaların örnekleri arasında müttefiklik veya dostluk ya da tarafsızlık antlaşmaları bulunmaktadır.<sup>80</sup> Bu gibi antlaşmalar ortadan kalkmış olan bir devletin niteliği ile çok yakından bağlı görüldüğünden halef devletleri bağlamamaktadır. Ancak siyasi antlaşmalar kavramının dış sınırlarının nereye kadar uzandığı tam olarak belli olmayıp, tanımsal problemler üzerinde zorluklar mevcuttur. Buna karşın halefiyet kurallarının nispeten daha net olduğu ülkesel ve siyasi antlaşmalar kategorilerinin dışında kalan diğer bazı antlaşmaların halefiyetin amaçları açısından kolayca tanımlanması veya kategorize edilmesi mümkün olmayıp, bunların ayrıca analiz edilmesi gerekmektedir.

### Genel Olarak Antlaşmalara Halefiyet

Uygulamanın “bazı çok taraflı antlaşma kategorileri”<sup>81</sup> ile “bazı çok taraflı sözleşmelere”<sup>82</sup> halef olunabilmesine yönelik “bir eğilim”<sup>83</sup> veya “genel bir yatkınlık”<sup>84</sup> içinde olduğu

<sup>73</sup> 114 ILR, ss. 1, 48.

<sup>74</sup> Bkz., O’Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 231 vd. Ayrıca bkz., Udokang, *Succession*, ss. 327 vd.

<sup>75</sup> Bkz., Shaw, *Title to Territory*, ss. 244–8. Ayrıca bkz., *Free Zones* davası, PCIJ, Series A/B, No. 46, 1932, s. 145; 6 AD, ss. 362, 364 ve *Aaland Islands* davası, LNOJ, Sp. Supp. No. 3, 1920, s. 18. Bkz., yukarıda 10. Bölüm, ve *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, ss. 157 ve 196 vd. Madde 12(3) uyarınca, 12. maddenin hükümleri ilgili ülkede yabancı askeri üsler kurulmasını öngören antlaşmalara uygulanmaz. Daha fazlası için bkz., O’Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 12–23 ve 231 vd.

<sup>76</sup> Örnek olarak bkz., *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt I, ss. 206–7.

<sup>77</sup> Örnek olarak bkz., *UN Conference on Succession of States in Respect of Treaties*, 1977, Comments of Governments (A/Conf.80/5), ss. 145, 153, 161, 167, 170, 171 ve 173.

<sup>78</sup> ICJ Reports, 1997, ss. 7, 72; 116 ILR, s. 1.

<sup>79</sup> *A.g.e.*, ss. 71–2. Ayrıca bkz., J. Klabbbers, ‘Cat on a Hot Tin Roof: The World Court, State Succession and the *Gabcikovo-Nagymaros* case’, 11 *Leiden Journal of International Law*, 1998, s. 345.

<sup>80</sup> Örnek olarak bkz., O’Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 2, 80 ve 136, ve *Oppenheim’s International Law*, s. 211.

<sup>81</sup> O’Connell, *State Succession*, cilt II, s. 213.

<sup>82</sup> Udokang, *Succession*, s. 225.

<sup>83</sup> O’Connell, *State Succession*, cilt II, s. 212.

<sup>84</sup> Udokang, *Succession*, s. 225.

görülmektedir. Ancak söz konusu 'modern-klasik' yaklaşımın kapsamlı bir genel kural olarak sürdürülmesi zordur.<sup>85</sup> Esas olarak özgün olgusal durumların incelenmesi, ilgili devletler tarafından ortaya atılmış iddiaların dikkate alınması ve üçüncü devletlerin tepkilerinin hesaba katılması gereklidir. İkili antlaşmalar açısından ise başlangıç noktası olarak daha farklı bir perspektife ihtiyaç vardır. Bu tür durumlarda münferit akit tarafların tutumlarının önemi daha belirgindir; zira durum yalnızca iki devleti ilgilendirmektedir ve antlaşma daha belirgin bir biçimde karşılıklılık içermektedir. Bu, belirli bir iki taraflı antlaşmanın halef devletler bakımından bağlayıcı olarak kabul edilip edilemeyeceğine dair ilgili devletlerin söz konusu hususa ilişkin gerçekleşen uygulamalarının, hayati öneme sahip bulunduğu anlamına gelmektedir. Bu tür antlaşmalarda ilgili durumun bütün özel şartlarına bağlı olarak halefiyetin bulunmadığı varsayımı geçmişte geçerli olmuştur. Örneğin ABD, Panama, Belçika ve Finlandiya gibi devletlerin uygulaması bu açıdan 'temiz sayfa' yaklaşımını desteklemektedir.<sup>86</sup>

Bununla beraber son zamanlarda, bu kural ya da kabulü sorgulamaya açma veya tersine çevirme yönünde bir eğilimi gösteren birçok uygulama mevcuttur.<sup>87</sup> Viyana Sözleşmesi madde 34 (1) (a) şunu öngörmektedir: 'Devletlerin halefiyeti tarihinde yürürlükte bulunan selef devletin ülkesinin tamamına ilişkin bir uluslararası antlaşma, ortaya çıkan her bir halef devlet bakımından yürürlükte kalmaya devam edecektir.' Ancak bu hüküm, devletler aksini kararlaştırdıklarında veya antlaşmadan böyle anlaşıldığında uygulanmayacaktır. Antlaşmanın, halef devlet bakımından uygulanması, antlaşmanın konu ve amacına uygun değilse veya antlaşmanın uygulanmasına ilişkin şartları radikal biçimde değiştiriyorsa yine bu hüküm uygulanmayacaktır.<sup>88</sup> Bununla birlikte uygulamada uyum birliği mevcut değildir<sup>89</sup> ve bir uluslararası hukuk konusu olarak yeni bir kural ya da kabulün ortaya çıktığını ileri sürmek için daha erkendir.

### İltihak ve Birleşme

Bir devlet bir diğerine iltihak ettiğinde ancak yeni bir devlet kurulmadığında (Demokratik Alman Cumhuriyeti'nin Eyaletlerinin Federal Alman Cumhuriyeti'ne 1990'da katılması gibi), devletlerden biri ortadan kalkarken diğeri genişlemiş bir biçimde devam etmektedir. Bu gibi hallerle ilişkin prensip ilkinin antlaşmalarının, özellikle bunların 'siyasi' sayılması halinde,<sup>90</sup> ilgili devletle beraber sona ereceği<sup>91</sup> ancak iltihak eden yapının sınırlarını belirleyen ülkesel antlaşmaların bu sınırları tanımlamaya devam edeceği yönündedir. İltihak edenin diğer antlaşmaları ise muhtemelen sona ermiş sayılacaktır.<sup>92</sup> Ancak iltihak olunan devletin antlaşmaları devam edecek ve bunlar ortadan kalkan devletin ülkesine de teşmil edilecektir. Elbette bu prensipler ilgili tarafların ifade edebilecekleri aksi yöndeki bir iradeye de tabi olacaktır. Örnek olarak Almanya'nın birleşmesi olayında 1990 Birleşme Antlaşması'nın 11. maddesi ve Ek I uyarınca, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin özellikle NATO konuları ile ilgili bir dizi antlaşmasının eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin ülkesine teşmili hariç tutulmuştur.

<sup>85</sup> Ancak bkz., Jenks'in çok taraflı hukuk yaratan antlaşmaların halef devletler için geçerli olacağına ilişkin görüşü, 'State Succession in Respect of Law-making Treaties', 29 BYIL, 1952, ss. 105, 108-10.

<sup>86</sup> Örnek olarak bkz., Udokang, *Succession*, ss. 412-15.

<sup>87</sup> Örnek olarak bkz. K. Keith, 'Succession to Bilateral Treaties by Seceding States', 61 AJIL, 1967, s. 521, 544-6

<sup>88</sup> Ayrıca bkz. *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, kısım 1, ss. 169 ve 265. 'Yeni bağımsız devletler' ile ilgili farklı bir yaklaşım benimsenmiştir.

<sup>89</sup> SSCB ve Yugoslavya'ya ilişkin olarak ABD ve Birleşik Krallık uygulaması aşağıya bakınız. Ayrıca bkz. P. Dumberry, 'An Uncharted Question of State Succession: Are New States Automatically Bound by the BITs Concluded by Predecessor States Before Independence?' 6 *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, s. 74.

<sup>90</sup> Örnek olarak bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 211; Oeter, 'German Unification', s. 363, ve Koskenniemi ve Lehto, 'La Succession', s. 203.

<sup>91</sup> *Oppenheim's International Law*, s. 211.

<sup>92</sup> *A.g.e.*, ss. 212-13.

Antlaşmalara Halefiyete Dair Viyana Sözleşmesi, madde 31(1)'de iki veya daha fazla devletin birleşerek bir halef devlet oluşturması halinde, halef devlet ile diğer taraf devlet veya devletler aksine anlaşmadıkça veya halefiyetin antlaşmanın konu ve amacı ile uyuşmayacağı ya da antlaşmanın uygulanmasının şartlarını kökten değiştireceği belli olmadıkça, önceki antlaşmaların yürürlükte kalmaya devam edeceği öngörülmektedir. Madde 31(2)'de ayrıca önceki devletlerin halef olduğu tarihte kendileri açısından yürürlükte olan antlaşmaların yalnızca halef devletin ülkesinin ilgili oldukları kısmında uygulanabileceği öngörülmektedir. Bu kural bir halef devlet söz konusu çoktarafli antlaşmanın bütün ülkesi bakımından uygulanacağına ilişkin bir bildirimde bulunmadıkça<sup>93</sup> veya söz konusu çok tarafli antlaşma açısından, halef devlet ve diğer taraf devletler aksini kararlaştırmadıkça, veya antlaşmanın hükümleri ya da sınırlı sayıdaki katılımcıları ve konu ve amacı gereği diğer bir devletin katılımının bütün tarafların rızasını gerektirir nitelikte olduğu<sup>94</sup> belli olmadıkça geçerlidir. Söz konusu genel prensip, şayet halef devlet ve diğer taraf devlet aksine anlaşmadıkça, ikili antlaşmalar durumunda da uygulanabilecektir.<sup>95</sup>

Bu hükümler iki devletin birleşerek yeni bir devlet oluşturduğu durumlar açısından belli bir mantığa sahip olsa da<sup>96</sup> bir devletin diğer bir devleti içine almasıyla bu devletin ortadan kaldırdığı özel birleşme durumlarını dikkate almamaktadır. Bu gibi hallerde Alman birleşmesinin sağladığı model uluslararası hukuka tamamen uygun gözükmemekte ve bu açıdan bir emsal değeri taşımaktadır. 31 Ağustos 1990 Birleşme Antlaşması'nın 11. maddesi uyarınca FAC'nin taraf olduğu bütün uluslararası antlaşma ve sözleşmelerin geçerliliğini sürdüreceği ve bunlardan kaynaklanan haklar ve yükümlülüklerin ayrıca DAC'nin ülkesinde de uygulanabileceği öngörülmüştür.<sup>97</sup> Madde 12'de ise güvenin korunması, ilgili devletlerin menfaatleri, FAC'nin antlaşma yükümlülükleri, hukukun üstünlüğü ilkesi tarafından idare olunan özgür ve demokratik düzenin prensipleri dikkate alınarak ve Avrupa Toplulukları'nın yetkilerine de saygı duyularak, DAC'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların düzenlenmesi veya bunların uygulanmasının devamının tasdik edilmesi, uyarlanması veya sona erdirilmesi amacıyla ilgili taraflarla konuşulacağı öngörülmüştür. Bu konudaki istişarelerin ardından birleşik Almanya kendi pozisyonunu belirleyecektir. Ayrıca birleşik Almanya, DAC'nin üye olup FAC'nin olmadığı uluslararası örgütlere veya diğer çoktarafli antlaşmalara katılmayı isterse ilgili akit taraflar ve şayet yetkilerini etkilemesi halinde Avrupa Toplulukları ile bir antlaşma yapılması şart koşulmuştur. Bu bakımdan söz konusu düzenleme 1978 Antlaşması'nın 31. maddesinde öngörülmüş olan senaryodan farklıdır.<sup>98</sup>

Yeni bir devlet oluşturmak üzere birleşme durumları açısından 31. maddedeki formülasyon çok daha uygun ve kabul edilebilirdir. Örnek olarak Birleşik Arap Cumhuriyeti

<sup>93</sup> Antlaşmanın halef devletin ülkesinin tamamı bakımından uygulanmasının antlaşmanın konu ve amacı ile bağdaşmayacağı veya işleyişine ilişkin şartları kökten değiştirebileceği antlaşma içinde veya başka şekilde ortaya konulmadıkça (madde 31(3)).

<sup>94</sup> Madde 17(3).

<sup>95</sup> Bkz., Mısır ve Suriye'nin 1958'de Birleşik Arap Cumhuriyeti'ni kurması ve 1964'de Tanganyika ve Zanzibar'ın birleşmesi durumunda birleşen devletlerin antlaşmaları yeni ülkesel sınırlar içinde yürürlükte kalmıştır. Bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 71-8. Madde 31'deki durum 'yeni bağımsız olan bir devletin durumundan ayrılmalıdır. Bkz., madde 29. Aynı şekilde bu durum bir devletin bir parçasının bir başka devlete devredildiği madde 15'deki durumdan da ayrılmalıdır.

<sup>96</sup> Ancak sınır antlaşmaları açısından yukarıya, ve insan hakları antlaşmaları açısından aşağıya bakınız.

<sup>97</sup> Ancak, bahsolunduğu üzere, Antlaşma Ek I'de sayılı bazı antlaşmaların eski DAC ülkesinde uygulanmayacağı öngörülmüştür. Bu antlaşmalar esas olarak NATO faaliyetleri ile alakalıdır.

<sup>98</sup> *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, Washington, 1987, s. 108'de 'bir devlet bir başka devlete katıldığında katılan devletin uluslararası antlaşmaları katılan devletin ülkesinde uygulanmaya başlar' denilmektedir.

oluşturmak üzere 1958 Mısır-Suriye birleşmesi durumunda<sup>99</sup> ve Tanzanya'yı kurmak üzere 1964'de Tanganyika ve Zanzibar'ın birleşmesi durumunda<sup>100</sup> ilgili birleşmeden önce bu ülkelerde uygulanmış olan önceki antlaşmaların devamı şart koşulmuştur.<sup>101</sup>

### Ülkenin Bir Devletten Diğere Devri

Bir devletin ülkesinin bir kısmının diğere bir devletin ülkesinin bir kısmı haline gelmesi durumunda genel kural önceki devletin antlaşmalarının o kısımda uygulanmasının sona ermesi ve sonrakinin antlaşmalarının bu kısma teşmil edilmesi yönündedir. 'Taşınan-sınrlar' kuralı<sup>102</sup> adı verilen bu uygulamaya Antlaşmalara Devletlerin Halefiyetine Dair Viyana Sözleşmesi'nin 15. maddesinde yer verilmiştir; ancak ilgili antlaşmadan anlaşıldığı kadarıyla veya antlaşmanın bu ülke kısmına uygulanmasının antlaşmanın konu ve amacı ile uyumlayacağı ya da uygulanmasına ilişkin şartları kökten değıştireceğı başka bir şekilde tespit ediliyorsa, bu teşmilin yapılmaması gerekecektir. Temelde devlet uygulamaları da bu yöndedir. Örnek olarak 1898'de Hawai'nin ABD tarafından ilhak edilmesi üzerine ABD'nin antlaşmaları bu adalara teşmil edilmiş ve ABD ve Belçika arasındaki ticari antlaşmaların bundan sonra Hawai'de de uygulanacağı konusunda Belçika'ya bu yönde bilgi verilmiştir.<sup>103</sup> Benzer biçimde 1919'dan sonra Almanya'nın antlaşmaları Alsace-Lorraine bölgesine uygulanmazken, Fransa'nın antlaşmalarının bu tarihten itibaren bu bölgeye teşmil edileceğine hükmedilmiştir.<sup>104</sup> Buna göre 15. madde bu konuya ilişkin mevcut teamülü tekrarlar gözükmeğtedir,<sup>105</sup> ancak geçmişte bunun aksine örneklere de rastlanmıştır.<sup>106</sup>

### Yeni Devlet veya Devletler Oluşturmak Üzere Mevcut Devletten Ayrılma

Bir ayrılma veya parçalanmanın meydana geldiğı olgusal durumlar çok ve çeşitlidir. Bu gibi durumlar 1958'de Mısır ve Suriye'nin oluşturduğu Birleşik Arap Cumhuriyeti'nin 1961'de dağılması veya Mali Federasyonu'nun dağılmasında olduğu gibi, mevcut bir varlığın kendinden önceki kurucu unsurlarına bölünmesi veya 1919'da Avusturya-Macaristan'ın sona ermesinde olduğu gibi, bir devletin tamamen parçalanarak önceki ülkesel birimleri ile hemhudut olmayan çeşitli halef devletler haline gelmesi şeklinde gerçekleşebilmektedir.<sup>107</sup> Yeni bir devlet kurmak üzere var olmaya devam eden bağımsız bir devletten bir ayrılma veya kopmanın bulunduğu hallerde ise mevcut devlet uluslararası hak ve yükümleri değışmeden ülkesel olarak küçülmüş bir devlet olarak devam edecektir.<sup>108</sup> Ancak ayrılan ülke parçasının kendisi bakımından öne çıkan görüş yeni kurulan devletin kendi uluslararası hayatına eski egemene uygulanan hak ve yükümlülüklerden bağımsız olarak

<sup>99</sup> Bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 71 vd., ve D. Cottran, 'Some Legal Aspects of the Formation of the United Arab Republic and the United Arab States', 8 ICLQ, 1959, s. 346.

<sup>100</sup> Bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 77 vd.

<sup>101</sup> Ayrıca bkz., *Ltd Partnership Z v. High Court (Obergericht) of the Canton of Thurgau*, Federal Supreme Court, Insolvency Chamber, 15 June 2005, kısmen yayınlanmış hali için bkz., BGE 131 III 448.

<sup>102</sup> *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, kısım II, s. 208.

<sup>103</sup> Örneğinin bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 374-8.

<sup>104</sup> *A.g.e.*, s. 379.

<sup>105</sup> 'Taşınan antlaşma sınırları' kuralına getirilen istisnalar 'siyasi antlaşmaların' devredilemeyeceğı kavramını yansıtmaktadır. *A.g.e.*, s. 25. Almanya'nın 1990 yılında birleşmesi hakkında yukarıya bakınız. Ayrıca bkz., Hong Kong hakkında 1984 İngiliz-Çin Antlaşması'nın I. Eki'nin IX. maddesi.

<sup>106</sup> Örnek olarak, bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 374 vd.

<sup>107</sup> *A.g.e.*, Bölüm 10.

<sup>108</sup> Elbette yalnızca ayrılan ülkeyle ilgili olanlar hariç.

başlayacağı yönündedir.<sup>109</sup> Bunun nedeni antlaşmaları imzalamamış bir devletin bunlarla bağlı olmayacağı kuralının aksine bir uygulamanın genel bir kural olarak sürdürülmesinin zorluğunda yatmaktadır.

Devletlerin uygulaması esas olarak yukarıdaki temel varsayımı desteklemektedir. Belçika 1830'da Hollanda'dan ayrıldığında uluslararası hayata 'temiz bir sayfayla' başladığı kabul edilmiş ve aynı yaklaşım Küba'nın 1898'de İspanya'dan ve Panama'nın 1903'de Kolombiya'dan ayrılması hallerinde de benimsenmiştir. Benzer biçimde Birinci Dünya Savaşı'nın ardından Finlandiya'nın Rus İmparatorluğu'ndan ayrılması üzerine İngiltere ve ABD tarafından benimsenen görüş Finlandiya'nın kendi ülkesine ilişkin mevcut Rus antlaşmaları ile bağlı olmadığı yönünde olmuştur.<sup>110</sup>

Antlaşmalara Halefiyete Dair Viyana Sözleşmesi'nde bu yaklaşım esas olarak sömürgecilikten kurtulma sürecindeki ülkeler (izleyen altbölümde ele alınmaktadır) bakımından kabul edilen bir pozisyon olarak benimsenmiş, ancak 34. maddede 'devletlerin halefiyeti tarihinde selef devletin bütün ülkesi bakımından geçerli olan bir antlaşma, oluşturulan her bir halef devlet açısından geçerli olmaya devam eder' denilmiştir. Ayrıca bir selef devletin ülkesinin sadece bir halef devlet haline gelen kısmında uygulanmakta olan bir antlaşma bu sonraki devlet bakımından yürürlükte kalmaya devam edecektir. Bununla beraber bu hükümler, ilgili devletlerin aksine anlaşması halinde veya söz konusu antlaşmadan anlaşıldığı kadarıyla ya da antlaşmanın halef devlet bakımından uygulanmasının antlaşmanın konu ve amacı ile uyumlu olmayacağı veya uygulanmasına ilişkin şartları kökten değiştireceğinin başka bir şekilde tespit edilmesi halinde uygulanmayacaktır.<sup>111</sup>

35. maddeye göre selef devlet açısından böyle bir durumda (selef devletin var olmaya devam ettiğini varsayarsak), taraflar aksine anlaşmadıkça veya antlaşmanın yalnızca selef devletten ayrılan ülkeye ilişkin olduğu tespit edilmedikçe ya da antlaşmanın selef devlet bakımından uygulanmasının antlaşmanın konu ve amacı ile uyumlu olmayacağı veya uygulanmasına ilişkin şartları kökten değiştireceği başka türlü tespit edilmedikçe selef devletin mevcut antlaşmaları halefiyeten sonra kendisine kalan ülke parçası bakımından yürürlükte kalacaktır.

Viyana Sözleşmesi'ndeki söz konusu yaklaşım Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı taslakta kabul edilmiş olan 'modern uluslararası hukukta çok taraflı antlaşmalar sisteminin devamlılığı ihtiyacı ve antlaşma ilişkilerindeki istikrar dikkate alındığında genel bir kural olarak *de jure* devamlılık prensibi uygulanmalıdır' pozisyonu temelinde benimsenmiştir.<sup>112</sup> Bu yaklaşım (Sözleşme'de 'yeni bağımsız devletler' adı verilen) sömürgecilikten kurtulma

<sup>109</sup> Bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 88 vd., ve *Oppenheim's International Law*, s. 222. Ayrıca bkz., *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, s. 108, burada 'Bir devletin parçası yeni bir devlet olduğunda yeni devlet, açıkça veya zımnen bu antlaşmaları kabul etmedikçe ve bu antlaşmaların diğer tarafı ya da tarafları rıza göstermedikçe, selef devletin tarafı olduğu uluslararası antlaşmalara halef olmaz' denilmektedir. Ancak ABD'nin 1992 yılındaki karşı görüşleri için bkz., E. Williamson, 'A U.S. Perspective on Treaty Succession and Related Issues in the Wake of the Breakup of the USSR and Yugoslavia', *Proceedings of the American Society of International Law*, 1992, ss. 10-15 ve ayrıca bkz., DUSPIL, 2003, ss. 245 vd. Uygulamada ABD, eski SSCB'nin halefi devletler ile 34. maddeyi bir başlangıç noktası olarak ele alarak, eklerde listelenen antlaşmaların yürürlükte kalacağını teyid eden bir nota teatisinde bulunmuştur, Aust, *Modern Treaty Law*, s. 328. İngiltere bütün eski Sovyet cumhuriyetlerini kendisi ile SSCB arasındaki ikili antlaşmaların halen yürürlükte olduğunu varsaydığı konusunda bilgilendirmiş ve bunun ardından yeni devletler ile, diğer bazı ikili antlaşmaların da yürürlükte olup olmadığına halel gelmeksizin, halen yürürlükte olduğunu varsaydığı ikili antlaşmaları listeleyen bir nota teatisinde bulunmuştur, a.g.e.

<sup>110</sup> *Yearbook of the International Law Commission*, 1974, cilt II, kısım 1, s. 263. Ayrıca bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 96-100, ve *Oppenheim's International Law*, s. 222. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, kısım 1, ss. 265-6.

<sup>111</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, ss. 260 vd.

<sup>112</sup> *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, kısım 1, s. 169. Ayrıca bkz., UKMIL, 69 BYIL, 1998, s. 482.

sürecindeki ülkeleri diğer bağımsızlık örneklerinden ayırmaya yönelik bir girişim olsa da geleneksel uygulamadan oldukça farklı bir durum oluşturmaktadır. Dolayısıyla 34. maddedeki formülasyonu teamül hukukunu yansıttığı söylenemez. Bu yüzden pek çok husus ilgili devletlerin görüşlerine bağlı olacaktır.

Bu konuda söylenebilecek olan tek husus özellikle bazı alanlarda uluslararası istikrarın gerekliliklerinin devletleri genel olarak yeni bağımsız devletlerin çoktarafli yükümlülüklerle halefiyeti yaklaşımını desteklemeye iteceği. Avrupa Toplulukları tarafından 16 Aralık 1991'de kabul edilen Doğu Avrupa ve Sovyetler Birliği'ndeki Yeni Devletlerin Tanınmasına Dair Kılavuz'da AT'ye üye devletlerin yeni devletlerin tanınması hakkındaki ortak pozisyonunun diğerlerinin yanı sıra 'silahsızlanma ve nükleer silahların yayılmasını önleme ve ayrıca güvenlik ve bölgesel istikrara yönelik bütün ilgili taahhütlerin kabulünü' gerektirdiğine dikkat çekilmiştir.<sup>113</sup> Ancak elbette esas olarak bir siyasi tanıma sürecinin şartları ile halefiyetin kendisinden kaynaklanan sonuçları kabul etmek aynı değildir. Bununla beraber Birleşik Devletler'in Rusya ve Baltık bölgesi dışındaki SSCB'ye halef devletlerin en azından bazı Sovyet antlaşmaları ile bağlı sayılması gerektiği yönünde bir pozisyonu benimsediğini gösteren bazı bulgular ortaya çıkmıştır.<sup>114</sup> Bu yaklaşım açıkça silahların kontrolü antlaşmaları ve mekanizmaları bakımından devamlılığı sağlamaya ilişkin siyasi ihtiyaç yüzünden geliştirilmiştir.<sup>115</sup> Sovyetler Birliği'nin devamını temsil eden Rusya'nın pozisyonu eski devletin yükümlülüklerinin yeni devlette geçerli olması yönünde olsa da SSCB'ye halef olan devletlerde bulunan söz konusu antlaşma düzenine tabi nükleer ve diğer silahların kontrolü hakkında bir endişe ortaya çıkmıştır. Ancak bu konuda başlıca halef devletlerle yeni antlaşmaların imzalanması bu özel yaklaşımın teamül gücünü yumuşatmıştır. Gerçekten de nükleer kapasiteye sahip halef devletlerden Ukrayna, Belarus ve Kazakistan ile ayrı antlaşmaların yapılması bu devletlerin Sovyetler Birliği açısından bağlayıcı olan silahların kontrolü antlaşmalarına uymalarını sağlamak için gerekli görülmüştür.<sup>116</sup> Bununla beraber bu devletlerin kendileri de genel olarak ilgili antlaşmalardan çıkan uluslararası yükümlülükler ile bağlı olmayı kabul etmiştir.<sup>117</sup>

Hem sayıca fazlasıyla artmış çok tarafli antlaşmalar ağı, hem de devletlerin bu antlaşmalar üzerinden kurdukları oldukça gelişmiş karşılıklı bağımlılıkları yüzünden uluslararası toplumun antlaşmalarda devamlılık varsayımı pozisyonuna doğru hareket ettiğini söylemek mümkün olsa da bunun ispatı zordur. Yeni devletlerin kurulmasının bu açıdan potansiyel bozucu etkilerinin kesinlikle minimize edilmesi gereklidir; ancak devamlılığın veya bir devamlılık karinesinin şu anda yerleşik bir norm olduğunu ilan edebilmek için henüz çok erkendir.

### 'Yeni Bağımsız Devletler'

İkinci Dünya Savaşı sonrası dönem Avrupa'nın denizaşırı imparatorluklarının çözülüşüne şahitlik etmiştir. Bu ülkeler ile merkezi otorite arasındaki temel ayrıma dayanılarak

<sup>113</sup> Bkz., 92 ILR, ss. 173-4.

<sup>114</sup> Bkz., Müllerson, 'Continuity'. Ayrıca bkz., T. Love, 'International Agreement Obligations after the Soviet Union's Breakup: Current United States Practice and its Consistency with International Law', 26 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1993, ss. 373, 396. Ayrıca bkz., yukarıda.

<sup>115</sup> Müllerson, 'Continuity', ss. 398-401.

<sup>116</sup> Bkz., 'US-CIS Protocol to START Treaty', 86 AJIL, 1992, s. 799. Ayrıca bkz., Nükleer Silahlar Bakımından Ortak Tedbirler Antlaşması, 31 ILM, 1992, s. 152, ve Müllerson, *International Law*, ss. 150-2.

<sup>117</sup> Alma Ata Deklarasyonu, 21 Aralık 1991, 21 ILM, 1992, ss. 148, 149. ABD ve Ukrayna 10 Mayıs 1995 tarihli bir nota teatisi ile aralarındaki ikili antlaşmalar açısından Viyana Sözleşmesi madde 34'ün 'bir başlangıç noktası' olarak ele alınabileceği hususunda anlaşmıştır. İki devlet tarafından her bir antlaşma gözden geçirilmiş ve bunun sonucunda bazı antlaşmaların kadük kaldığına, bazılarının uygulanamayacağına ve bu notanın Ekinde özel olarak listelenmiş diğer antlaşmaların ise halen yürürlükte olduğuna karar verilmiştir, bkz., 89 AJIL, 1995, s. 761; ayrıca bkz., yukarıda dipnot 106. Özellikle ABD ve SSCB ikili silahların sınırlandırılması ve bununla ilgili antlaşmalara halefiyete dair meseleleri halefiyetten hariç tutmuş ve bunlar için özel mekanizmalar kurulmuştur.

oluşturulan ve uluslararası hukuk terminolojisinde self-determinasyon olarak bilinen prensibi esas alan sömürgecilikten kurtulma süreci uluslararası hukuk sisteminde birçok değişime neden olmuştur.<sup>118</sup> Antlaşmalara Halefiyete Dair Viyana Sözleşmesi'nde sömürgecilikten kurtulma sürecindeki ülkelere ilişkin özel bir kategori oluşturulmuştur. Bunlara 'yeni bağımsız devletler' adı verilmiş ve madde 2(1)'de bunlar 'halefiyet tarihinden hemen önce ülkesinin uluslararası ilişkilerinden selef devletin sorumlu olduğu bir bağımlı ülke olan' halef devletler şeklinde tanımlanmıştır.<sup>119</sup> Madde 16'da bu devletlerin sadece bir antlaşmanın söz konusu ülke açısından halefiyet tarihinde yürürlükte olması nedeniyle bu antlaşmanın yürürlükte kalmasını sağlama veya buna taraf olmak zorunda olmadıklarına ilişkin bir genel kural getirilmektedir. Bu yaklaşımın tıpkı Birleşik Devletler ve İspanyol kökenli Amerikan Cumhuriyetleri'nin bağımsızlıklarını elde ettiklerinde olduğu gibi, mevcut devletlerden ayrılarak kurulmuş olan yeni devletlere uygulanan geleneksel 'temiz sayfa' prensibine dayandığı varsayılmaktadır.<sup>120</sup> Bu yaklaşım ayrıca 1947'de BM Sekreteryası'nın Pakistan'ın örgüte ilişkin pozisyonunu tartışırken dikkat çektiği 'ayrılan ülke, Pakistan, yeni bir devlet olacaktır; eski devletin antlaşmalardaki hakları ve yükümlülüklerine sahip olmayacaktır' görüşü ile de uyumludur.<sup>121</sup>

Ayrıca dikkat edilmelidir ki ikili antlaşmalar açısından bu hüküm, bu tür antlaşmaların hususi ve karşılıklılık içeren tabiatı şüphesiz daha belirgin veya Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun ifadesiyle 'baskın' olduğundan ve ayrıca çok taraflı antlaşmalardaki durumun aksine yeni devletle selef devlet arasında böyle bir antlaşmanın yürürlüğe girmesi sorunu bulunmadığından, daha güçlü bir biçimde ifade edilmiştir.<sup>122</sup> Devletlerin uygulanması hava işletmeciliği ve ticaret antlaşmaları gibi alanlarda bir miktar devamlılığın olduğunu göstermekteyse de, Komisyon bunun ilgili devletlerin iradesinden ayrı bir örf ve adet kuralını yansıtmadığı ve ikili antlaşmalara ilişkin temel kuralın bunların bağımsızlıktan sonraki devamlılığının selef devletle anlaşma yapmış diğer taraf devletle yeni bağımsız devlet arasındaki açık veya zımni bir anlaşma meselesi olduğu sonucuna varmıştır.<sup>123</sup> Madde 24'de ise söz konusu ülke parçası ile ilgili bir iki taraflı antlaşmanın yeni bağımsız devlet ve diğer taraf devlet için, bunların bu yönde açıkça anlaşması veya tavırları itibarıyla böyle anlaşmış sayılmaları halinde, geçerli addedileceği kabul edilmektedir.<sup>124</sup>

Elbette bir devletin selefini bağlayan bir antlaşmaya taraf olmaya mecbur olması ile o antlaşmaya bir taraf olma imkanına veya hatta hakkına sahip olması arasında bir fark vardır. Uygulamada yeni devletlerin antlaşmalara katılmada bir 'hızlı yol' metodundan faydalanabilecekleri görülmektedir. Örnek olarak yeni devletlerin sanki taraf olmayan devletlermiş gibi resmi katılma mekanzimalarına uymaları gerekmemektedir.<sup>125</sup> Viyana Sözleşmesi'nin 17. maddesi, antlaşmadan aksi anlaşılmadıkça veya antlaşmanın yeni bağımsız devlet açısından uygulanmasının antlaşmanın konu ve amacı ile uyuşmadığı veya uygulanmasının şartlarını kökten değiştirdiği başka türlü tespit edilmedikçe, 'yeni bağımsız bir devletin' bir halefiyet bildirimini ile halefiyet tarihinde halefiyetin ilgili olduğu ülke bakımından geçerli olan çok taraflı bir antlaşmaya taraf olma statüsünü ortaya koyabileceğini

<sup>118</sup> Bkz., yukarıda, 5. Bölüm.

<sup>119</sup> Ayrıca bkz., 1983 Devlet Malları, Arşivleri ve Borçlarına Halefiyet Hakkında Viyana Sözleşmesi, madde 2(1)e.

<sup>120</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, kısım 1, s. 211. 'Temiz tabak' prensibinin teorik temelleri bakımından ayrıca bkz., Yargıç Weeramantry'nin Ayrı Görüşü, *Application of the Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, ICJ Reports, 1996, ss. 595, 644; 115 ILR, s. 10.

<sup>121</sup> *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, kısım 1, s. 211.

<sup>122</sup> *A.g.e.*, s. 237.

<sup>123</sup> *A.g.e.*, ss. 237-9.

<sup>124</sup> Yukarıdaki kurallar iki veya daha fazla ülkeden oluşan (Sözleşme'de tanımlanan) yeni bağımsız devletlere de uygulanır. Bkz., madde 30 (16-29. maddelere atfen). Bir antlaşma söz konusu bütün ülkeleri değil bir veya ikisini etkiliyorsa, halefiyet halinde o yeni bağımsız devlete uygulanacağına dair bir varsayım mevcuttur. *A.g.e.* Ayrıca bkz., *Re Bottali* 78 ILR, s. 105 ve *M v. Federal Department of Justice and Police* 75 ILR, s. 107.

<sup>125</sup> Bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 229.

öngörmektedir. Ancak antlaşmanın kendi niteliğinden bir başka devletin katılmasının bütün tarafların rızasını gerektirdiği anlaşılıyorsa, yeni devletin katılması için böyle bir rıza mevcut olmalıdır.<sup>126</sup>

“Temiz sayfa” prensibi uygulamada birçok sömürgecinin bağımsızlığını kazandığı sürecin şartları tarafından da yumuşatılmıştır. Pek çok sömürgeci güç, özellikle İngiltere, bağımsızlaşmakta olan ülkelerin adına imzaladığı bazı antlaşmaların yeni bağımsız devlette uygulanmasını devam ettiren devir antlaşmaları yapma uygulamasını benimsemiştir.<sup>127</sup> Bu tür antlaşmalar üçüncü devletler bakımından *res inter alios* olsa da eski sömürgeci güç ile yeni devlet arasındaki ilişkiler için uygun bir çerçeve oluşturmak bakımından değer taşımaktadır. Diğer bazı yeni bağımsız devletler ise antlaşmalara halefiyet bakımından kendi görüşlerini ortaya koyan tek taraflı deklarasyonlar yapma uygulamasını benimsemiştir. Bu tür tek taraflı deklarasyonlar sıklıkla antlaşmaların kendileri tarafından gözden geçirileceği bir ara dönem için geçerli olmaya devam edeceğini belirtme şeklindedir;<sup>128</sup> ancak bu deklarasyonlar elbette kendi başlarına üçüncü devletlerle antlaşma ilişkilerini değiştiremeyecektir.<sup>129</sup> Bununla beraber hem devir antlaşmaları hem de tek taraflı deklarasyonlar gibi araçlar mutlak bir ‘temiz sayfa’ yaklaşımının oluşturabileceği aksi etkileri yumuşatmak açısından değer taşımaktadır.

### Devletlerin Dağılması

Mevcut bir devletin bir uluslararası hukuk kişisi olarak sona erdiği ve iki veya daha fazla devletin onun yerini aldığı hallerde eski siyasi antlaşmaların devam etmeyeceği, fakat ülkeye ilişkin antlaşmaların yeni egemen düzenlemelere tabi olan yerlerde yürürlükte kalmaya devam edeceği kabul edilmektedir. Diğer antlaşmalara ilişkin durum ise daha belirsizdir.<sup>130</sup>

Dağılma haline dair devlet uygulamaları genellikle iki uluslararası hukuk kişisi tarafından oluşturulan bir yapı olan ‘devlet birlikleri’nin sona ermesine ilişkin niyet ve amaçların etrafında toplanmıştır. Söz konusu dağılma örnekleri arasında 1829-31 arası Kolombiya; 1905’de Norveç/İsveç; 1960’da Birleşik Arap Cumhuriyeti; 1960’da Mali Federasyonu; 1963’de Rodezya ve Nyasaland Federasyonu<sup>131</sup> ve 1992’de Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti bulunmaktadır.<sup>132</sup> Ancak bu vakalardan devletlerin halefiyeti hakkında açık kurallar çıkartmak zordur; zira pek çok husus ilgili devletlerin açıklamış oldukları niyetlere bağlı kalmıştır. Bu açıdan belki herbir bileşen kısma ilişkin antlaşmaların devamı lehine bir varsayımın bulunduğu söylenebilirse de, bu varsayım da aksi yöndeki bir niyete tabi olmaya devam edecektir.<sup>133</sup>

<sup>126</sup> Madde 17(3). Ayrıca bkz., madde 27(2).

<sup>127</sup> Örnek olarak bkz., O’Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 352 vd., ve *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, kısım 1, ss. 182–7. Ayrıca bkz., Viyana Sözleşmesi, madde 8.

<sup>128</sup> Uygulamaya yönelik bir araştırma için bkz., *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, kısım 1, ss. 187–93.

<sup>129</sup> Bkz., Viyana Sözleşmesi, madde 9.

<sup>130</sup> Örnek olarak bkz., O’Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 219–20.

<sup>131</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1974, cilt II, kısım 1, ss. 260–3, ve O’Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 164 vd.

<sup>132</sup> Bu devlet herbiri kendi parlamentosuna sahip Çek Cumhuriyeti ve Slovak Cumhuriyeti şeklinde iki farklı birimden oluşmaktaydı. 25 Kasım 1992 tarihli Çek ve Slovak Cumhuriyeti’nin Dağılmasına Dair Anayasal Kanun bu devletin dağılmasını ve Çek Cumhuriyeti ve Slovak Cumhuriyeti şeklinde halef devletlerin kurulmasını öngörmüştür. Aynı zamanda bu iki cumhuriyet uluslararası topluma hitaben selef devletin taraf olduğu bütün uluslararası antlaşmalara halef olacaklarını ve özellikle antlaşmaların bu iki cumhuriyet üzerindeki etkisinin farklı olduğu hallerde gereken görüşmelerin yapılacağını öngören bir ortak açıklama yayınlamıştır. Bkz., J. Malenovsky, ‘Problemes Juridiques Liees à la Partition de la Tchécoslovaquie, y compris Trace de la Frontiere’, AFDI, 1993, s. 305.

<sup>133</sup> Avusturya-Macaristan İmparatorluğu’nun 1918’de dağılması özel bir durumdur; zira Romanya gibi ya mevcut diğer devletlere katılan veya Polonya veya Çekoslovakya gibi yeni devletlerle birleşen toprakların ayrılması ile Avusturya ve Macaristan (ilkinin aksine ikinci devam ettiğini iddia etmiştir) birliğinin tamamen dağıldığı kabul edilmiştir.



Viyana Sözleşmesi'nin 34. maddesinde selef devletin bütünü veya bir kısmında geçerli antlaşmaların, ilgili devletler aksine anlaşmadıkça veya antlaşmanın uygulanmasının antlaşmanın konu ve amacı ile uyumsuzacağı veya antlaşmanın uygulanmasının koşullarını kökten değiştireceği antlaşmadan belli olmadıkça ya da başka türlü tespit edilmedikçe, ilgili ülke bakımından geçerli olmaya devam edeceği öngörülmektedir. Bunun bir örf ve adet hukuku kuralı olup olmadığı belli değildir; fakat vakaların büyük bir çoğunluğunda bu meselenin özel birtakım antlaşmalarla düzenlenmesi daha muhtemeldir. Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti'nin 1 Ocak 1993'de dağılması üzerine, İngiltere uygun olduğu ölçüde kendisi ile bu devletin taraf olduğu yürürlükteki antlaşma ve sözleşmelerin İngiltere ve halef devletler arasında da yürürlükte kalacağına yönelik bir pozisyonu benimsemiştir.<sup>134</sup> Buna karşın Yugoslavya sorunu çok daha karmaşıktır. Şöyle ki 2000 yılına kadar Yugoslavya Federal Cumhuriyeti tarafından kendisinin eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin (YSFC) devamı olduğu ileri sürülmüş, ancak diğer eski cumhuriyetler ise YSFC'nin sona erdiğini ve yerini bir dizi yeni cumhuriyetin aldığını iddia etmişlerdir.

Madde 34 ve otomatik halefiyet meselesi *Application of the Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)* davasında ortaya atılmış ve Bosna bu kuralın Soykırım Sözleşmesi bakımından uygulanmasını isterken, Yugoslavya buna karşı çıkmıştır. Ancak Divan bu konuda bir hüküm vermemiştir.<sup>135</sup> Bu mesele *Gabcikovo-Nagymaros Project* davasında tekrar ortaya çıkmış ve taraflar otomatik halefiyetin uygulanıp uygulanmayacağını tartışmıştır. Divan benzer biçimde bir hüküm vermekten yine kaçınmış ve bunun yerine 12. maddenin önemi üzerinde durmuştur.<sup>136</sup>

### Uluslararası İnsan Hakları Antlaşmaları

Bir ülkesel antlaşma, halef devletleri, kendisi ülkeyle ilişkili olduğundan ve antlaşmayı da aşan belli bir ülkesel rejim kurmasından ötürü bağlar. Acaba uluslararası insan hakları antlaşmalarının da bunlarla benzer olduğunu ve selef devletin ülkesinde yaşayanlara 'bağlı' olduğundan halef devletleri de bağlamaya devam edeceğini ileri sürmek mümkün müdür? İnsan hakları antlaşmalarının oldukça spesifik bir antlaşmalar kategorisi oluşturduğuna şüphe yoktur. Bunlar antlaşmada yer alan yükümlülüklerin doğrudan bireylere borçlu olunduğu ve genellikle bireylerin uluslararası mekanizmalara erişiminin sağlandığı antlaşmalardır.<sup>137</sup> Uluslararası insan hakları antlaşmalarının söz konusu özgün tabiatı bunları geleneksel uluslararası antlaşmalardan belli ölçüde farklılaştırmaktadır. Uluslararası Divan *Reservations to the Genocide Convention* davasında 'böyle bir Sözleşme'de akit devletlerin kendilerine ait menfaatleri yoktur; devletlerin yalnızca bir ve bütün bir ortak menfaati vardır ki; o da Sözleşme'nin var olma nedeni olan yüksek amaçların gerçekleştirilmesidir' vurgusunu yapmıştır.<sup>138</sup> *Barcelona Traction* davasında ise<sup>139</sup> Divan bir bütün olarak uluslararası topluma yönelik yükümler ile bir diğer devlete karşı yüklenilen yükümler arasında bir ayırım yapmıştır. Bu yükümlerden ilki 'saldırıcı ve soykırımı yasaklamanın yanı sıra kölelik ve ırk ayrımcılığına karşı koruma dahil insanların temel haklarına dair prensip ve kurallardan' çıkan yükümlülüklerdir. Bu tür hakların öneminden ötürü 'bütün devletlerin bunların korunmasında bir hukuki menfaati olduğu kabul edilebilir; bunlar *erga omnes* yükümleridir' denilmiştir. Ayrıca uluslararası insan hakları antlaşmalarının yorumlanması süreci diğer uluslararası antlaşmalara kıyasla daha dinamiktir. İnsan hakları antlaşmaları sadece subjektif ve karşılıklı hak ve yükümler değil, fakat daha

<sup>134</sup> Bkz., İngiltere Başbakanı tarafından Çek Cumhuriyeti ve Slovakya Başbakanı'na gönderilen 1 Ocak 1993 tarihli mektup, UKMIL, 65 BYIL, 1994, ss. 586 vd.

<sup>135</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 595, 611-12; 115 ILR, s. 1. Ayrıca bkz., M. Craven, 'The Genocide Case, the Law of Treaties and State Succession', 68 BYIL, 1997, s. 127.

<sup>136</sup> ICJ Reports, 1997, ss. 7, 71; 116 ILR, s. 1. 12. madde bakımından, bkz., yukarıda.

<sup>137</sup> Bkz., R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, s. 95.

<sup>138</sup> ICJ Reports, 1951, ss. 15, 23; 18 ILR, s. 364.

<sup>139</sup> ICJ Reports, 1970, ss. 4, 32; 46 ILR, ss. 178, 206.

ziyade insan haklarını korumak üzere objektif yükümler içeren belli bir takım hukuki düzenler oluşturmaktadır.<sup>140</sup>

İnsan hakları antlaşmalarına taraf olan bir devlet tamamen çözüldüğünde veya bu devletten başka bir devlet veya devletler ortaya çıktığında, klasik halefiyet kurallarının izlenmesi halinde bu durumda eskiden bu tür antlaşmalar tarafından korunan kişiler devletlerin halefiyetinin bir sonucu veya bir yan etkisi olarak bu korumadan mahrum olma tehlikesi ile karşılaşabilecektir.<sup>141</sup> BM İnsan Hakları Komitesi'nin<sup>142</sup> Yugoslavya trajedisine ilişkin uygulaması bu açıdan özellikle önemlidir. 45. toplantısının sona ermesinin ardından BM İnsan Hakları Komitesi 'eski Yugoslavya ülkesindeki bütün insanların Sözleşme'nin garantilerine hakkı olduğunu' belirterek, Bosna ve Hersek, Hırvatistan ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nden (Sırbistan ve Karadağ) belli meseleler (örnek olarak 'etnik temizlik' politikası, keyfi tutuklama, işkence ve nefret kışkırtıcılığı) hakkında özel raporlar hazırlanmasını istemiştir.<sup>143</sup> Bu üç devletin temsilcileri ilgili meseleleri tartışmak üzere Komite önünde hazır bulunmuştur. Gerçi yalnızca Hırvatistan eski Yugoslavya'nın insan hakları antlaşmalarına kendisinin halefiyeti açısından Genel Sekreter'e bir bildirimde bulunmuşsa da, diğerleri tarafından da Komite'nin yetkisine hiçbir itiraz yapılmamıştır.<sup>144</sup> Bu üç devlet tarafından sunulan kısa ön raporlar<sup>145</sup> hakkındaki İnsan Hakları Komitesi'nin resmi Mütalaası'nda Komite açıkça ve kesin olarak 'eski Yugoslavya'nın ülkesindeki bütün insanların Sözleşme'nin garantilerine hakkı olduğu' tekrar vurgulanmıştır.<sup>146</sup> Komite'nin Ekim 1997'deki 26 No'lu Genel Mütalaasında 'Sözleşme altındaki koruma insanlara bir kez sağlandıktan sonra, bu korumanın ülke ile devredileceği ve hükümetteki bir değişikliğe...veya devletin halefiyetine rağmen onlara ait olmaya devam edeceği' görüşü benimsenmiştir.<sup>147</sup>

İnsan Hakları Komisyonu'nun 25 Şubat 1994 tarihinde kabul ettiği 1994/15 sayılı kararında 'henüz bunu yapmamış olan halef devletlere uluslararası insan hakları antlaşmaları altındaki yükümlülükler ile bağlı olmaya devam ettiklerini uygun depo mercilerinde tasdik ettirmeleri çağırısı' tekrarlanmış ve 'insan haklarını ve temel özgürlükleri korumayı amaçlayan insan hakları antlaşmalarının özel tabiatına' vurgu yapılmıştır. Buna ek olarak Komisyon

<sup>140</sup> Örnek olarak bkz., *Austria v. Italy*, 4 European Yearbook of Human Rights, 1960, ss. 116, 140; *Ireland v. UK*, European Court of Human Rights, Series A, cilt 20, 1978, ss. 90-1, ve *Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights*, 67 ILR, ss. 559, 568. Ayrıca bkz., yukarıda 15. Bölüm.

<sup>141</sup> *Oppenheim's International Law*'un editörleri yeni bir devletin kuruluşu ile sonuçlanan ayrılma durumlarında sonraki devletin 'ayrılmış olduğu devletin bir parçası olarak önceden bağlı olduğu özellikle insani karakterli hukuk-yapıcı nitelikteki genel antlaşmalarla bağlı olduğu -veya en azından bunlara katılmaya hakkı olduğu-' görüşünü benimsemiştir, s. 222.

<sup>142</sup> Bkz., yukarıda 6. Bölüm.

<sup>143</sup> CCPR/C/SR.1178/Add.1, ss. 2-3.

<sup>144</sup> Bkz., Müllerson, *International Law*, s. 157. Komite'de başlayan tartışmada, Müllerson (o sırada bir üye olarak) insan hakları antlaşmalarının devletlerarası belgeler olmanın yanında bireylere de haklar tanıdığına ve 'bunların devletin halefiyeti halinde bu haklardan mahrum bırakılmayacağı'na dikkat çekmiştir, Serrano Caldera ise 'devletin halefiyetinin Sözleşmeyi onaylamış devletin halkının kazanılmış hakları meselesi olarak görülmesi gerektiğini ve bir devletin bölünmesi halinde sulandırılmaması gerektiğini' vurgulamıştır, CCPR/C/SR. 1178/Add. 1, ss. 2, 4 ve 9.

<sup>145</sup> Bu raporlar Nisan 1993'de üç devletin herbirinin sunduğu Özel Raporlar ile takviye edilmiştir: Hırvatistan'ın için bkz., CCPR/C/87; Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ninki (Sırbistan ve Karadağ) için bkz., CCPR/C/88, ve Bosna ve Hersek'in raporu için bkz., CCPR/C/89.

<sup>146</sup> Bkz., CCPR/C/79/Add. 14-16, 28 Aralık 1992. BM İnsan Hakları Komisyonu 49. toplantısında halef devletleri ilgili insan hakları antlaşmaları altındaki yükümlülükler ile bağlı kalmaya devam edeceklerini uygun depo mercilerine bildirmeye teşvik eden bir kararı benimsemiştir, 1993/23, 5 Mart 1993. Ayrıca bkz., BM Genel Sekreteri Raporu, E/CN.4/1994/68. 25 Mayıs 1994'de, Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Komitesi henüz Sözleşme'ye katılmayı veya halefiyetlerini açıklamamış olan SSCB'nin halefi devletlere bir mesaj göndererek onları Sözleşme'nin hükümlerinin uygulanacağını tasdik etmeye davet etmiştir: bkz., E/CN.4/1995/80, s. 3.

<sup>147</sup> A/53/40, Annex VII. Karşı görüş için bkz. Aust, *Modern Treaty Law*, ss. 323-4. Ayrıca bkz., M. Kamminga, 'State Succession in respect of Human Rights Treaties', 6 EJIL, 1995, s. 469, ve A. Rasulov, 'Revisiting State Succession to Humanitarian Treaties: Is There a Case for Automaticity?', 14 EJIL, 2003, s. 141.

bütün insan hakları antlaşmaları kurumlarından ‘ilgili insan hakları antlaşmalarının halef devletlerde uygulanmasına devam edilmesini’ sağlamalarını ve Genel Sekreter’den de ‘halef devletleri bağımsızlık tarihlerinden itibaren selef devletlerin taraf olduğu uluslararası insan hakları antlaşmaları altındaki yükümlülüklerini tasdik etmeleri için cesaretlendirmesini’ istemiştir.<sup>148</sup>

Yugoslavya olayında Soykırım Sözleşmesi’ne halefiyet meselesi Uluslararası Divan’ın önüne spesifik olarak *Application of the Genocide Convention (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)* davasının İlk İtirazlar safhasında gelmiştir. Divan, hem Bosna hem de Yugoslavya devleti başvurunun yapıldığı tarihte bu Sözleşme’ye şu veya bu şekilde açıkça taraf olduğundan bu şartlar altında bu soruna karar vermenin gereksiz olduğuna hükmetmiştir.<sup>149</sup> Ancak bu mesele iki yargıcın Ayrı Görüş’ünde ayrıca ele alınmıştır. Yargıç Shahabuddeen ‘halef devletlere bağımsızlıktan itibaren selef devletin Sözleşme’ye bir taraf olarak sahip olduğu statüyü devam ettirmişler gibi muamele edebilmek için [Soykırım] Sözleşmesi’nin, kendi konu ve amacını tahakkuk ettirmek üzere, her bir tarafça tek taraflı bir üstlenme ifadesini ima ettiği şeklinde yorumlanması gerekeceğini’ açıklamıştır. Bu açıdan konu ve amaç fikrini genel olarak insan hakları antlaşmalarına genişletmenin mümkün olabileceği iddia edilmiştir.<sup>150</sup> Yargıç Weeramantry ise kendi Ayrı Görüşü’nde ilgili temel prensiplerin ayrıntılı bir analizini yapmış ve analizini ‘Soykırım Sözleşmesi gibi hayati insan hakları antlaşmalarına otomatik bir devlet halefiyetinin bulunduğu’na ilişkin çağdaş bir uluslararası hukuk prensibine’ işaret ederek tamamlamıştır.<sup>151</sup> Bunun ana nedenlerinden biri selef devletin çözülmesi ile halef devlet veya devletlerin insan hakları antlaşmasını kabul etmesi arasında insan hakları koruma sisteminde boşlukların ortaya çıkması tehlikesidir.

Dolayısıyla insan hakları antlaşmalarının halefiyete bakılmaksızın bir halef devletin ülkesinde uygulanmaya devam etmesi sorunu halen açıkça gözden geçirilmekte olup, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de uluslararası insan hakları antlaşmaları tarafından korunan temel hakların, sonradan ortaya çıkan çözülmeye rağmen, ilgili devletin ülkesinde yaşayan insanlara ait olması gerektiği görüşünü benimsemiştir.<sup>152</sup> Böyle bir prensibin şu anda genel bir prensip olarak net olarak oluşup oluşmadığı açık değildir. Ancak uluslararası örf ve adet hukuku gereği oluşmuş insan hakları bakımından yeni devletin bunlarla bu açıdan bağlı olmaya devam edeceği kesindir.

## ANTLAŞMALAR DIŞINDAKİ HUSUSLARA HALEFİYET

### Uluslararası Örgütlere Üyelik<sup>153</sup>

Uluslararası örgütlerin üyeliğine halefiyet (örgütün kurucu antlaşmasına bağlı olarak) yeni bir devletin kurulup kurulmadığı veya eski devletin nispeten farklı bir biçimde devam edip etmediğine göre belirlenecektir. 1947’de İngiliz Hindistan’ının bölünmesi olayında BM Genel Kurulu Hindistan’ı eski yapının bir devamı olarak kabul ederken, Pakistan’ı örgüte kabul

<sup>148</sup> Ayrıca bkz., 24 Şubat 1995’de kabul edilen İnsan Hakları Komisyonu Kararı 1995/18. İnsan hakları antlaşmaları organlarını idare eden kişilerin Eylül 1994’deki beşinci toplantısında halef devletlerin bağımsızlık tarihinden itibaren uluslararası insan hakları belgeleri altındaki yükümlülükler ile otomatik olarak bağlı oldukları ve yükümlülüklerine uyulmasının halef devletin hükümeti tarafından yapılan bir tasdik açıklamasına bağlı olmaması gerektiği görüşü benimsenmiştir, E/CN.4/1995/80, ss. 3–4.

<sup>149</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 595, 612.

<sup>150</sup> *A.g.e.*, s. 636.

<sup>151</sup> *A.g.e.*, ss. 645 vd.

<sup>152</sup> Bkz., *Bijelic v. Montenegro and Serbia*, Judgment of 28 April 2009, paragraf 53–6, 58 ve 69. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Karadağ için devamlı surette yürürlükte olmuş sayılması gerektiği sonucuna varmıştır, *a.g.e.*

<sup>153</sup> Bkz., O’Connell, *State Succession*, cilt II, ss. 183 vd., ve H. G. Schermers ve N.M. Blokker, *International Institutional Law*, 5. Baskı, Leiden, 2011, Bölüm 2.

için başvurması gereken yeni bir devlet saymıştır.<sup>154</sup> 1958’de Mısır ve Suriye’nin birleşerek Birleşik Arap Cumhuriyetini oluşturması üzerine bu yapı Birleşmiş Milletler’in tek başına bir üyesi sayılmışken, birliğin 1961’de çözülmesinin ardından Suriye örgütteki kendi müstakil üyeliğine yeniden başlamıştır.<sup>155</sup> 1990’da Kuzey ve Güney Yemen’in birleşmesi olayında yeni devlet ilgili uluslararası örgütlerin bir üyesi olarak doğrudan selef devletlerin yerini almıştır. Bir selef devletin çözülüp yeni devletlerin kurulması halinde ise bu devletlerin uluslararası örgütlere yeniden üyelik için başvurmaları gerekecektir. Örnek olarak Çek Cumhuriyeti ve Slovakya devletleri 19 Ocak 1993’de BM’ye yeni üyeler olarak kabul edilmiştir.<sup>156</sup>

Genel Kurul’un Altıncı (Hukuk) Komitesi bir üye devletin bölünmesi yoluyla yeni devletlerin oluşturulması durumunu ve üyelik problemini ele almış ve bu konuda şu prensipleri ortaya koymuştur:<sup>157</sup>

- “1. Genel bir kural olarak, Birleşmiş Milletler Teşkilatı’nın üyesi bir devletin sadece anayasası veya sınırları değişikliklere tabi oldu diye üyeliğinin sona ermediğini varsaymak mevcut hukuk prensipleri ile uyum içindedir ve uluslararası düzende bir hukuk kişisi olarak tanınmış bir devletin ortadan kalktığı ve bunun hak ve yükümlerinin bu nedenle artık mevcut olmadığını dikkate almadan önce, bu durumun ispatı gerekir.
2. İhtiva ettiği ülke ve nüfus ne olursa olsun ve bu unsurlar Birleşmiş Milletler’in üyesi bir devletin bir kısmını oluştursun ya da oluşturmasın, yeni bir devlet kurulduğunda, Şart’ın hükümlerine uygun bir şekilde resmen kabul edilmedikçe, bu devlet Şart’ın sistemi altında Birleşmiş Milletler’e üyelik statüsü iddiasında bulunamaz.
3. Bunların dışındaki her durumun kendi içinde değerlendirilmesi gereklidir.”

### Varlıklar ve Borçlara Halefiyet<sup>158</sup>

Bu konuyla ilgili uluslararası hukuk örf ve adet hukukuna dayalıdır. 1983 Devlet Malları, Arşivleri ve Borçlarına Halefiyete Dair Viyana Sözleşmesi ise, her ne kadar hükümlerinin pek çoğu (‘yeni bağımsız devletler’e ilişkin olanların dışında) örf ve adeti yansıtsa da, henüz yürürlükte değildir. Halefiyet durumlarında varlıkların (arşivler dahil) ve borçların paylaşılmasına ilişkin birincil kural bu meselelerin ilgili tarafların antlaşması yoluyla çözülmesi şeklindedir. Formüle edilen hemen hemen diğer bütün kuralların, örnek olarak 1983 Viyana Sözleşmesi’nde olanların, yalnızca böyle bir antlaşmanın gerçekleşmemesi halinde işleyeceği kabul edilmektedir.<sup>159</sup> Bu açıdan Yugoslavya Tahkim Komisyonu 9 No’lu Görüş’ünde ‘YSFC’ne halef devletlerin halefiyete dair bütün hususları birlikte antlaşma

<sup>154</sup> BM tarafından kalan kısımların mevcut devletler olarak devam ettiği İrlanda Devleti’nin İngiltere’den ve Belçika’nın Hollanda’dan ayrılması meselesi, mevcut bir devletin parçasının yeni bir devlet oluşturmak üzere ayrılması meselesi ile eş değerde sayılmıştır. Bkz., O’Connell, *State Succession*, cilt I, ss. 184–7.

<sup>155</sup> A.g.e., ss. 197–8. 1947’deki Hindistan-Pakistan örneğinden farklı olarak bu durum eleştirilmiştir: örneğin bkz., C. Rousseau, ‘Secession de la Syrie et de la RUA’, 66 RGDIP, 1962, s. 413. Ayrıca bkz., E. Cotran, ‘Some Legal Aspects of the Formation of the United Arab Republic and the United Arab States’, 8 ICLQ, 1959, s. 346.

<sup>156</sup> Bkz., Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 73 ve 77. Rusya Federasyonu ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti’nin pozisyonu ve BM üyeliği bakımından bkz., yukarıda.

<sup>157</sup> A/CN.4/149, s. 8, atf veren O’Connell, *State Succession*, cilt I, s. 187.

<sup>158</sup> Genel olarak bkz., O’Connell, *State Succession*, cilt I, ss. 199 vd.; E. H. Feilchenfeld, *Public Debts and State Succession*, New York, 1931; UN, *Materials on Succession of States in Matters Other than Treaties*, New York, 1978; International Law Association Reports on Aspects of the Law of State Succession 2004 (preliminary) ve 2006 (final); A. Stanic, ‘Financial Aspects of State Succession: The Case of Yugoslavia’, 12 EJIL, 2001, s. 751; C. Rousseau, *Droit International Public*, Paris, 1977, cilt III, s. 374; M. Streinz, ‘Succession of States in Assets and Liabilities – A New Regime?’, 26 German YIL, 1983, s. 198; P. Monnier, ‘La Convention de Vienne sur la Succession d’Etats en Matiere de Biens, Archives et Dettes d’Etat’, AFDI, 1984, s. 221; V. D. Degan, ‘State Succession Especially in Respect of State Property and Debts’, 4 Finnish YIL, 1993, s. 130; Mrak, *Succession of States*, ve E. Nathan, ‘The Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts’, *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1989, s. 489. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, kısım 2.

<sup>159</sup> Örnek olarak bkz., madde 14, 17, 18, 22, 23, 27, 28, 30, 31, 37, 38, 40 ve 41.

yoluyla çözmeleri gerektiğini' ifade etmiş<sup>160</sup> ve bu yaklaşımı 14 No'lu Görüş'ünde 'devletin halefietine uygulanan ilk prensip halef devletlerin birbirleri ile danışması ve halefieteye ilişkin bütün sorunlara yönelik bir çözümde anlaşmalarıdır' diyerek yeniden tasdik etmiştir.<sup>161</sup>

### Devlet Malları<sup>162</sup>

Bu konuda klasik kural selef devletin kamusal mallarının otomatik olarak halef devlete geçeceğini varsaymaktadır.<sup>163</sup> Bu kural kamu malının tanımı sorusunu ortaya çıkarmıştır. Kamusal ve özel mallar arasındaki ayırım, teamül hukukuna dayalı ülkelerde fazla bilinmeyen bir ayırım olan, kamu ve özel hukuk arasındaki kavramsal farklılıklara dayanmaktadır. Her ne kadar birçok durumda bu bağlamda kamusal mal ile neyin kasdedildiğini tanımlayan ilgili bir antlaşma bulunsa da,<sup>164</sup> bu her zaman gerçekleşmemekte ve dolayısıyla sıkça iç hukuka müracaat edilmesi gerekli olmaktadır. Bu işlem aslında büyük oranda uluslararası hukukun, örnek olarak kamu şirketleri veya kamu işletmeleri bakımından, gerekli tanımların birçoğunu sağlamaması nedeniyle de gerekli olabilmektedir.<sup>165</sup>

Bu işlemin amaçları açısından ilgili iç hukuk selef devletin iç hukukudur. Söz konusu malın niteliğini tanımlayacak olan ve böylece bir halefiet durumunda bu malın gideceği yeri esasen belirleyecek olan bu hukuktur.<sup>166</sup> 1983 Viyana Sözleşmesi'nin 8. maddesi Sözleşme'nin amaçları açısından bir devlet malının 'devletlerin halefiet tarihinde selef devletin iç hukukuna göre bu devletin sahip olduğu mülkiyet, haklar ve menfaatler' anlamına geldiğini öngörmekte olup,<sup>167</sup> bu kuralın mevcut örf ve adet hukukunu yansıttığı söylenebilir. Yugoslavya Tahkim Komisyonu da 'malların, borçların ve arşivlerin YSFC'ne ait olup olmadığına karar vermek için, halefiet tarihinde yürürlükte olan YSFC iç hukukuna bakılması gerekir' diyerek bu kuralı pekiştirmiştir.<sup>168</sup> Mülkiyetin geçişi için ilgili tarih halefiet tarihidir<sup>169</sup> ve bu da bağımsızlık tarihidir. Ancak farklı halef devletler için farklı halefiet tarihlerinin meydana geldiği hallerde, varlıkların ve borçların paylaşılması bağlamında zorluklar ortaya çıkabilecektir.<sup>170</sup> Dolayısıyla bu tür problemlerin ilgili taraflar arasında anlaşmalar temelinde çözülmesine ihtiyaç vardır.<sup>171</sup>

Tahkim Komisyonu iki özel problemle karşılaşmıştır. Birinci problem 1974 YSFC Anayasası'nda birçok mal varlığının mülkiyetinin kurucu cumhuriyetlere transfer edilmiş

<sup>160</sup> 92 ILR, s. 205.

<sup>161</sup> 96 ILR, s. 731.

<sup>162</sup> Özel haklar halefietten kendiliğinden etkilenmezler: örneğin bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 216.

<sup>163</sup> Örnek olarak bkz., Birleşmiş Milletler Libya Mahkemesi, 22 ILR, s. 103. Ayrıca bkz., Uluslararası Hukuk Derneği, *Final Report*, s. 1.

<sup>164</sup> Örnek olarak bkz., Kıbrıs'ın kurulmasına dair 1960 antlaşmaları, 382 UNTS, ss. 3 vd., ve 1947 İtalya ile Barış Antlaşması, 49 UNTS, Annex XIV, s. 225.

<sup>165</sup> Örnek olarak bkz., Order of St Mauritz ve St Lazarus'a ait mallara dair uyumsuzluk, AFDI, 1965, s. 323. Ayrıca bkz., Stern, 'Succession', s. 329.

<sup>166</sup> Bkz., *Chorzow Factory* davası, PCIJ, Series A, No. 7, s. 30 ve *German Settlers in Upper Silesia* davası, PCIJ, Series B, No. 6, s. 6. Ancak karşı görüş için bkz. *Peter Pazmany University* davası, PCIJ, Series A/B, No. 61, s. 236.

<sup>167</sup> Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1970, cilt II, ss. 136-43 ve *a.g.e.*, 1981, cilt II, s. 23; karşı görüş için bkz. O'Connell, *State Succession*, cilt I, ss. 202-3.

<sup>168</sup> Opinion No. 14, 96 ILR, s. 732.

<sup>169</sup> 1983 Viyana Sözleşmesi'nin 10. maddesi selef devletin devlet mallarının devir tarihinin 'ilgili devletler tarafından aksine antlaşma yoksa veya uygun bir uluslararası kurum tarafından aksine karar verilmedikçe' devletlerin halefiet tarihi olacağını öngörmektedir. 21. madde bu prensibi devlet arşivleri ve 35. madde ise devlet borçları bağlamında tekrar etmektedir.

<sup>170</sup> Örneğin bkz., Tahkim Komisyonu, Opinion No. 11, 96 ILR, s. 719. Karşı görüş için bkz. Haziran 2001 Halefiet Meselelerine Dair Yugoslavya Antlaşması, 41 ILM, 2002, s. 3. Ayrıca bkz., *AY Bank Ltd v. Bosnia and Herzegovina and Others* [2006] EWHC 830 (Ch) ve *Croatia v. Serbia* [2010] Ch 200. Bkz., C. Stahn, 'The Agreement on Succession Issues of the Former Socialist Federal Republic of Yugoslavia', 96 AJIL, 2002, s. 379.

<sup>171</sup> Bkz., 2001 Halefiet Meselelerine Dair Yugoslavya Antlaşması, Ek A madde 3 ve 7 ve Ek B madde 4(3).

olmasıdır. Komisyon bu durumun söz konusu malların orijini veya ilk finansman kaynağı ne olursa olsun bunların YSFC'ye ait sayılamayacağı sonucuna götürdüğüne hükmetmiştir.<sup>172</sup> İkinci problem ise Komisyon'un YSFC'de oldukça fazla gelişmiş bir kavram olan 'sosyal mülkiyet' kavramı ile karşılaşmış olmasıdır. Bu konuda Komisyon bu ikilemi ülkesellik prensibi ile fonksiyonel yaklaşımın bir karışımını benimseyerek çözmüştür. Buna göre 'sosyal mülkiyetin' çoğunlukla tek bir cumhuriyette faaliyet gösteren ve bunun münhasır yetkisi içinde bulunan kendi hukuk kişiliğine sahip yapılar olan "ortak işçi örgütlerine" ait olduğuna dikkat çekilmiş ve 'bunların mal, borç ve arşivlerinin devletin halefiyeti amaçları uyarınca bölünmesine gerek yoktur; herbir halef devlet egemen yetkilerini bunlar bakımından kullanır' denilmiştir.<sup>173</sup> Ancak diğer bazı örgütlerin 'sosyal mülkiyeti' gerek federal seviyede gerek iki veya daha fazla cumhuriyette işletmesi halinde 'şayet bunlar YSFC'nin münferit cumhuriyetleri adına kamusal yetki kullanmışlarsa, bunların mal, borç ve arşivlerinin söz konusu halef devletler arasında bölünmesi gerekecektir' denilmektedir. Bu tür bir kamusal yetkinin kullanılmamış olduğu hallerde ise, bu kurumlar devletlere halefiyetin uygulanmadığı özel sektör girişimi sayılacaktır.<sup>174</sup>

Ancak 2001 Halefiyet Meselelerine Dair Yugoslav Antlaşması'nda 'bu Ek'in amaçları açısından, uluslararası hukuk uyarınca malların YSFC'nin kamusal malı olup olmadığına karar vermek, taşınmaz ve maddi taşınır malların ülkesinde bulunduğu halef devlete ait olacaktır' denilmektedir.<sup>175</sup>

Bir selef devlete ait kamu mallarının ilgili olduğu ülke bakımından halef devlete geçeceği uluslararası örf ve adet hukukunun kabul edilmiş bir prensibidir.<sup>176</sup> Bu yüzden genel bir kural olarak bir selef devletin hukuku uyarınca kamusal veya devlet malları şeklinde karakterize edilmiş mallara uygulanacak olan halefiyet testi ülkesel bir testtir.

Ancak burada taşınmaz ve taşınır mallar arasında bir ayırım yapmaya ihtiyaç vardır. Halefiyetin ilgili olduğu ülkede bulunan taşınmaz devlet malları halef devlete geçer.<sup>177</sup> Bu kural 1983 Viyana Sözleşmesi'nde de öngörülmektedir.<sup>178</sup> Bu durum ayrıca devlet uygulaması açısından da açıkça belli olup,<sup>179</sup> çok yakın zamanda Yugoslavya Tahkim Komisyonu<sup>180</sup> ve 2001 Halefiyet Meselelerine Dair Yugoslav Antlaşması tarafından da tasdik olunmuştur.<sup>181</sup>

<sup>172</sup> Opinion No. 14, 96 ILR, s. 732.

<sup>173</sup> A.g.e.

<sup>174</sup> A.g.e.

<sup>175</sup> Ek A, madde 6. Bu kural ilgili zamanda geçerli olan iç hukuka başvurma yöntemi ile karşılaştırılmalıdır.

<sup>176</sup> Örnek olarak bkz., *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, ss. 102 vd.; Brownlie, *Principles*, ss. 624-5, ve O'Connell, *State Succession*, cilt I, ss. 199-200. Ayrıca bkz., *Peter Pazmany University* davası, PCIJ, Series A/B, No. 61, 1933, s. 237 ve *Haile Selassie v. Cable and Wireless Ltd (No. 2)* [1939] Ch. 182; 9 AD, s. 94. Ayrıca bkz., *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon* 536 F. Supp. 829, 855 (1981); 94 ILR, ss. 133, 180. Esas olarak uygulamayı yansıtan 11. madde uyarınca aksine antlaşma olmadıkça devredilen devlet malları için herhangi bir tazminat ödenmeyecektir. 12. maddede selef devletin ülkesindeki üçüncü devletlerin mallarının halefiyettten etkilenmeyeceği öngörülmektedir.

<sup>177</sup> Örnek olarak, sabit askeri tesisler, hapisaneler, hava alanları, devlet binaları, devlet hastaneleri ve üniversiteler: bkz., *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, kısım 2, s. 33.

<sup>178</sup> 14. madde (bir devletin bir kısmının bir başka devlete devri bakımından); madde 15(i)a (yeni bağımsız devletler bakımından); madde 16 (bir halef devleti kurmak üzere devletlerin birleşmesi üzerine); madde 17 (yeni bir devleti kurmak üzere devletin bir parçasının ayrılması bakımından) ve madde 18 (bir devletin dağılması bakımından).

<sup>179</sup> Örnek olarak bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt I, ss. 220-1. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, kısım 2, s. 29.

<sup>180</sup> Opinion No. 14, 96 ILR, s. 731.

<sup>181</sup> Ek A madde 2(1).

Halef devlet veya devletlerin ülkesi dışında kalan taşınmaz mallar durumunda geleneksel devlet uygulaması, selef devletin var olmaya devam ettiği hallerde bu malların (elbette ilgili devletlerin aksine anlaşmasına tabi olarak) selef devlette kalması gerekeceğini varsaymaktadır. Yalnızca özel durumlar bu prensibi değiştirebilecektir.<sup>182</sup> Selef devletin sona erdiği hallerde ise, bu durumda ülke dışındaki malların halef devletler arasında orantılı olarak bölünmesi gerekecektir.<sup>183</sup>

Sözleşme'nin 15(1)b maddesinde 'yeni bağımsız devletler' için özel ve oldukça tartışmalı bir düzenleme yapılmaktadır. Buna göre 'devletlerin halefiyetiyle ilgili ülkeye ait olup buranın dışında bulunan ve bağımsızlık dönemi sırasında selef devletin devlet malı haline gelmiş olan taşınmaz mallar halef devlete geçecek, ülke dışında bulunan diğer taşınmaz devlet malları ise 'bağımlı ülkenin katkısı oranına göre halef devlete geçecektir'. Bu varsayımların hiçbiri uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçası sayılmamaktadır ve bu yüzden bunların geçerliliği, eğer gerçekleşirse, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesine bağlı olacaktır.<sup>184</sup>

Söz konusu ülke ile bağlantılı olan taşınır mallar açısından da,<sup>185</sup> ülkesellik prensibi belirleyici olmaya devam etmektedir. O'Connell 'bu tür mallar içinde özellikle yerel kullanım için ayrılanların halef devletin eline geçeceğine' dikkat çekerken,<sup>186</sup> 1983 Viyana Sözleşmesi'ndeki formülasyon daha esnek tutulmuştur. Buna göre 'devletlerin halefiyetinin uygulandığı ülke açısından selef devletin faaliyeti ile bağlantılı selef devletin taşınır devlet malları halef devlete geçecektir'.<sup>187</sup> Ancak bu konuda neyin 'özellikle yerel kullanım için ayrılmış' mal ya da 'ülkede...selef devletin faaliyeti ile bağlantılı' mal olarak kabul edilebileceğine yönelik belirsiz durumlara ilişkin bazı hallerde kesinlik oluşturma açısından zorluklar yaşanması muhtemeldir. Tahkim Komisyonu'nun 14 No'lu Görüşü'nde benimsenen yaklaşımda sadece 'kamu malı ülkesinde bulunduğu halef devlete geçer' denilerek çok daha esnek davranılmıştır.<sup>188</sup> Bazı özel nitelikte mal çeşitleri de farklı şekilde ele alınabilmektedir. Örnek olarak Halefiyet Meselelerine Dair Yugoslavya Antlaşması'nda, bağımsızlık tarihinde başka yerde bulunsalar da, halef devletlerden birinin kültürel mirası için büyük önemde olan ve orijini burası olan somut devlet mallarına yukarıdaki kuralın uygulanmayacağı öngörülmektedir. Bu tür mallar kimin kültürel mirası ise o devlete gidecektir.<sup>189</sup> Ayrıca, askeri malların da özel düzenlemelerin konusu olması gerekmektedir.<sup>190</sup>

<sup>182</sup> Örnek olarak bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 223, dipnot 6.

<sup>183</sup> *A.g.e.*, s. 221. 1983 Viyana Sözleşmesi, madde 18(1)b'de 'selef devletin kendi ülkesinin dışında bulunan taşınmaz devlet malları halef devletlere hakkaniyet oranında devredilecektir' denilmektedir. 2001 Halefiyet Meselelerine Dair Yugoslavya Antlaşması diplomatik ve konsolosluk alanlarına ilişkin paylaşımı özel olarak düzenlemektedir. B.z., Ek B.

<sup>184</sup> 15. maddenin diğer halefiyet durumlarının aksine selef ile halef devletler arasındaki antlaşmalardan bahsetmediğine dikkat edilmelidir. Bu bilinçli olarak yapılmıştır; zira Sözleşme'nin dayandığı taslak maddeleri hazırlayan Uluslararası Hukuk Komisyonu, bu durumun sömürgecilikten kurtulmanın özel şartlarının ve bu tür pek çok antlaşmanın yeni bağımsız devletler açısından uygun olmayabileceği gerçeğinin tanınması açısından gerekli olduğunu düşünmüştür: bkz., *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, kısım 2, s. 38. Bu maddenin bir başka sıra dışı yönü ise, 'oluşturulmasına bağımlı ülkenin katkıda bulunduğu' ülke dışında bulunan taşınmaz devlet malları ve madde kapsamındaki mallar dışındaki taşınır devlet mallarının halef devlete bağımlı ülkenin katkısının hak ettiği ölçüde devredileceğini öngörmesidir. Bu kural ilgili duruma hakkaniyetin uygulanmasını sağlamayı amaçlamış ve diğerlerinin yanı sıra 'ilgili bağımlı ülkede yaşayan halkın tarihi ve kültürel mal varlığı ve mirasını' korumak üzere tasarlanmıştır, *a.g.e.* Bu katkının ölçüsünün ne olduğu belli değildir. Ülkenin bağımlı olduğu zamanda uluslararası kurumlara yapılmış olan katkılar buna dahil edilebilirse de bundan ötesi durumlar spekülasyona açıktır.

<sup>185</sup> Örnek olarak, döviz ve kamu fonları, *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, kısım 2, ss. 35-6.

<sup>186</sup> O'Connell, *State Succession*, cilt I, s. 204.

<sup>187</sup> Madde 17. Ayrıca bkz., madde 14(2)b, 15(1)d ve 18(1)c.

<sup>188</sup> 96 ILR, s. 731. Ayrıca bkz., 2001 Halefiyet Meselelerine Dair Yugoslavya Antlaşması, Ek A, madde 3(1).

<sup>189</sup> Ek A, madde 3 (2).

<sup>190</sup> Madde 4 (1).

Söz konusu ülkenin dışında bulunan taşınır mallar bakımından durum daha karmaşıktır. 1983 Viyana Sözleşmesi'nin 17(1)c maddesi bu tür malların (bir devletin bir kısmının ayrılması halinde) 'hakça bir oranda halef devlete geçeceğini' öngörmektedir. Bu kural devlet mallarına halefiyette hakim olan ülkesellik yaklaşımını değiştirmekte olduğundan tartışmalı bir varsayım sayılmıştır.<sup>191</sup> Ancak bir selef devletin çözülmesi durumunda, halefiyetin ortaya çıktığı ülke ile bağlantılı olmayan taşınır malların hakça bölüşümü lehine olan bir iddia çok daha güçlüdür.<sup>192</sup> Yugoslavya Tahkim Komisyonu bu konuda kendisini, YSFC'nin devlet malları, borçları ve arşivlerinin (herbir halef devletin içindeki taşınmaz mallar dışında) halef devletler arasında bölünmesi gerektiği<sup>193</sup> ve her bir varlıklar ve yükümlülükler kategorisinin hakça bölünmesi gerekmesi de toplam sonucun hakça bir bölüşüm olması gerektiği genel prensibine dikkat çekerek sınırlamıştır.<sup>194</sup>

Devletin halefiyeti durumlarından genel olarak en az problem oluşturanı katılma veya birleşme halleridir; zira duruma göre katılınan veya yeni oluşan devlet sona eren devletin varlıklarını ve borçlarını doğrudan üstlenecektir. Ancak bunlarla ilgili meseleler detaylı olarak Alman birleşmesi bağlamında tartışılmıştır. Birleşme Antlaşması'nın 21. maddesinde doğrudan devletin idari işlerinde kullanılan Demokratik Alman Cumhuriyeti varlıklarının, Federal varlıklar haline geleceği<sup>195</sup> ve bunların eski DAC'nin ülkesindeki kamusal işlerin yerine getirilmesi için kullanılacakları öngörülmüştür. Madde 22'de ise doğrudan idari işlerde kullanılmayan tarım sektörüne ait toprak ve varlıklar dahil bu ülkedeki hukuki kurumların kamusal varlıkları ele alınmaktadır.<sup>196</sup> Bu tür finansal varlıklar Federal Hükümet tarafından emaneten idare edilecek ve bir tarafta Federal Hükümet ve diğer tarafta eski DAC'nin eyaletleri arasında, yerel otoritelerin eyaletlerin payının uygun bir kısmını alması suretiyle, federal hukuk tarafından eşit olarak tanzim edilecektir. Federal Hükümet'in kendi payını eski DAC'nin ülkesindeki kamusal işleri yerine getirmek üzere kullanması gerekli olup, eyalet paylarının münferit eyaletlere dağıtımı nüfus oranları temelinde gerçekleşecektir. Konut sunumunda kullanılan kamuya ait varlıklar, özelleştirme nihai amacıyla, yerel otoritelerin malı haline gelmekte ve ayrıca bu birimler borçların nisbi bir kısmını da üstlenmektedir.

Aslına bakılırsa devlet uygulaması bazı açık ve temel kurallar haricinde her şeyin özel şartlar uyarınca varılan belli antlaşmalara bağlı olduğunu göstermektedir. Eski Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti olayında, iki halef devlet selef devlete ait varlıkları ve yükümlülükleri<sup>197</sup> ikiye bir oranında (yeni iki devletin yaklaşık nüfus oranları) bölmek üzere anlaşmıştır.<sup>198</sup> Eski Sovyetler Birliği olayında, Rusya ve halef devletler 1991 ve 1992 antlaşmalarını imzalayarak selef devletin varlık ve yükümlülüklerini Rusya'nın payı yüzde 61.34 ve Ukrayna'nınki yüzde

<sup>191</sup> Bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt I, s. 204. Karşı görüş için bkz. *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, kısım 1, ss. 46-7.

<sup>192</sup> Bkz., 1983 Viyana Sözleşmesi, madde 18(1)d. Ayrıca bkz., Avusturya Yüksek Mahkemesi kararı, *Republic of Croatia et al. v. Girocredit Bank AG der Sparkassen* 36 ILM, 1997, s. 1520.

<sup>193</sup> Opinion No. 14, 96 ILR, ss. 731-2. Ayrıca bkz., yukarıda tartışılmış olan 2001 Halefiyet Meselelerine Dair Yugoslavya Antlaşması.

<sup>194</sup> Opinion No. 13, *a.g.e.*, s. 728. 2001 Halefiyet Meselelerine Dair Yugoslavya Antlaşması'nda malların paylaşımı YFSC'nin devlet mallarının 'ciddi olarak eşitsiz bir paylaşımı' ile sonuçlanırsa, konunun Ek'in 5. maddesi uyarınca kurulan Ortak Komite'ye götürülebileceği öngörülmektedir.

<sup>195</sup> Bunlar 1 Ekim 1989 tarihi itibarıyla FAC Anayasasına göre eyalet, yerel otoriteler veya kamu idari organları tarafından yerine getirilen idari işlere tahsis edilmiş iseler, ilgili uygun kamu idaresi kuruluşlarına devredilecektir. Ağırlıklı olarak eski Güvenlik Bakanlığı/Milli Güvenlik Ofisi'nin vazifelerinde kullanılmış olan idari varlıklar ise 17 Haziran 1990'da eski kamu şirketlerini özelleştirmek amacıyla çıkarılmış Kamu Varlıklarının Özelleştirilmesi ve Yeniden Organizasyonu Kanunu uyarınca kurulan Emanet Ajansı'na geçmektedir.

<sup>196</sup> Bunlara 'finansal varlıklar' adı verilmiş olup sosyal sigorta varlıkları bilinçli olarak hariç tutulmuştur.

<sup>197</sup> Ülkesellik prensibi uyarınca ilgili cumhuriyetlere devredilen her bir cumhuriyetteki taşınmaz varlıklardan ayrı olarak.

<sup>198</sup> Örnek olarak bkz., Degan, 'State Succession', s. 144.



16.37 olacak şekilde paylaşmıştır.<sup>199</sup> Eski Yugoslavya olayında 2001 Halefiyet Meselelerine Dair Antlaşma'da, yukarıda bahsolunan hükümlere ek olarak,<sup>200</sup> varlıkların anlaşılmalı olan oranlar uyarınca dağıtılması öngörülmüştür.<sup>201</sup> Uluslararası Para Fonu (IMF) ve Dünya Bankası'ndaki finansal varlıklar ise biraz daha farklı bir orana göre (buna IMF anahtarı adı verilmiştir) bölüşülmüştür.<sup>202</sup> IMF anahtarı ayrıca Uluslararası Ödemeler Bankası'ndaki varlıkların bölüşülmesi bakımından 10 Nisan 2001 tarihli düzenlemede de kullanılmıştır.<sup>203</sup>

### Devlet Arşivleri

Arşivler özel nitelikleri olan devlet mallarıdır. Bunlardan birçoğunu kendi niteliği itibariyle bölüşmek zor olsa da aynı zamanda kolaylıkla çoğaltılabilir ve kopya edilebilirler. Arşivler bir toplumun mirasının mühim bir parçası olup, belgeler, parasal koleksiyonlar, ikonografik dökümanlar, fotoğraf ve filmleri ihtiva edebilirler. Bu meseleyle yakından ilgilenen UNESCO teşkilatı, milli kültürel mirasın yeniden kurulması ve korunmasının bir parçası olarak arşivlerin sahiplerine iadesi çağrısı yapmış ve yeri doldurulmaz nitelikteki kültürel mirasın onu ortaya çıkaranlara geri verilmesini istemiştir.<sup>204</sup> Bu açıdan 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 149. ve 303. maddeleri ayrıca dikkate alınmalıdır. İlk madde Uluslararası Deniz Tabanı Alanı'nda bulunmuş olan bütün arkeolojik ve tarihi nitelikte objelerin 'orijin devlet veya ülkenin, ya da tarihi ve arkeolojik orijin devletinin, tercihli hakları özel olarak gözetilerek' bir bütün olarak insanlığın yararına korunmasını ve kullanılmasını öngörmektedir. İkinci madde ise devletlere denizde bulunmuş arkeolojik ve tarihi nitelikteki objeleri koruma ve bu amaçla işbirliği yapma yükümlülüğü getirmektedir.

Genel olarak Avrupa devletleri arasında ülke devri ile ilgili antlaşmalar arşivlerin tasfiyesi açısından bir arşiv hükmü içermekteyken, benzer hükümlere sömürgecilikten kurtulma durumlarında nadiren rastlanmaktadır.<sup>205</sup>

1983 Viyana Sözleşmesi'nin 20. maddesi, mevcut bağlamda devlet arşivlerinin şu anlama geleceğini öngörmektedir:

*"Devletlerin halefiyeti tarihinde kendi iç hukukuna göre selef devletin kendine ait faaliyetlerinin icrası sırasında selef devlet tarafından üretilmiş veya alınmış ve her ne amaçla olursa olsun*

<sup>199</sup> Bkz., Müllerson, *International Law*, s. 144, ve Stern, 'Succession', ss. 379 vd. Oranlar dört kriter kullanılarak bulunmuştur: İlgili cumhuriyetlerin eski SSCB'nin ithalat ve ihracatına yaptığı katkılar, GSMH oranı ve nüfus oranları: bkz., W. Czaplinski, 'Equity and Equitable Principles in the Law of State Succession', *Succession of States*, ss. 61, 71. Ancak bazı halef devletler buna karşı çıkmış ve bu düzenlemeler uygulanamamıştır. 1993'de Rusya eski SSCB'nin bütün varlıkları ve yükümlülüklerini üstlenmiş, bkz., Stern, 'Succession', s. 405, ve bu durumu gösteren bir kaç ikili antlaşma imzalanmıştır, bkz., Uluslararası Hukuk Derneği, *Final Report*, ss. 7 vd. Birkaç başarısız girişimin ardından 1997'de Ukrayna tarafından Kırım'da bulunan Karadeniz askeri filosunun bölüşümü için özel bir antlaşma yapılmıştır. Bkz., Stern 'Succession', s. 386.

<sup>200</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>201</sup> Buna göre Bosna ve Hersek yüzde 15.5; Hırvatistan yüzde 23; Makedonya yüzde 7.5; Slovenya yüzde 16 ve Yugoslavya yüzde 38: bkz., Ek C, madde 4. Bu oranlar Antlaşmaların kapsamında olmayan YSFC'nin diğer bütün hak ve menfaatleri için de (patentler, ticari markalar, fikri haklar ve lisanslar gibi) kullanılmıştır, bkz., Ek F.

<sup>202</sup> Bu oranlar şu şekildedir: Bosna ve Hersek yüzde 13.20; Hırvatistan yüzde 28.49; Makedonya yüzde 5.40; Slovenya yüzde 16.39 ve YFC yüzde 36.52. Bkz., IMF Press Release No. 92/92, 15 December 1992. Ayrıca bkz., P. Williams, 'State Succession and the International Financial Institutions', 43 ICLQ, 1994, ss. 776, 802, dipnot 168, ve I. Shihata, 'Matters of State Succession in the World Bank's Practice', *Succession of States*, ss. 75, 87.

<sup>203</sup> Bkz., 2001 Halefiyet Meselelerine Dair Yugoslavya Antlaşması'nın Eki.

<sup>204</sup> UNESCO, Records of the General Conference, 18th Session, Resolutions, 1974, ss. 68 vd., 20 C/102, 1978, paragraf 18-19; ve UNESCO Records of the General Conference, 20th Session, Resolutions, 1978, ss. 92-3. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1979, cilt II, kısım 1, ss. 78-80. Ayrıca Yeni Uluslararası Kültürel Düzen çağrısı için örnek olarak bkz., M. Bedjaoui, *Towards a New International Economic Order*, Paris, 1979, ss. 75 vd. ve 245 vd. ve Genel Kurul Kararları 3026A (XXVII); 3148 (XXVIII); 3187 (XXVIII); 3391 (XXX) ve 31/40. Ayrıca bkz. A. Jakubowski, *State Succession in Cultural Property*, Oxford, 2015.

<sup>205</sup> *Yearbook of the ILC*, 1979, cilt II, kısım 1, s. 93.

*kendisi tarafından arşiv olarak doğrudan korunmuş veya kendi kontrolü altına alınmış, tarihi ve cinsi ne olursa olsun, bütün belgeler.”*

Genellikle bu arşivler, ilgili ülkede bulunan üçüncü bir devletin sahip olduğu arşivlerin durumunu etkilemeksizin, halefiyet tarihinde ve karşılıksız olarak halef devlete geçecektir.<sup>206</sup>

Bir devletin ülkesinin bir kısmının bu devlet tarafından bir başka devlete devredildiği hallerde, bu konuda bir anlaşmanın yokluğunda, selef devletin arşivlerinin, devredilen ülkenin normal idaresi için ülkenin devredildiği devletin kullanımında olması gereken kısmı, münhasıran ve öncelikle o ülkeyle ilgili devlet arşivlerinin bütün parçaları ile beraber halef devlete geçecektir.<sup>207</sup> ‘Yeni bağımsız devletler’ durumunda aynı genel kural,<sup>208</sup> ancak bazı değişikliklerle uygulanmaktadır. Bağımsızlık dönemi sırasında selef devletin devlet arşivinde bulunan ve söz konusu ülkeyle ilgili arşivler halef devlete geçecektir. Burada devlet arşivinde bulunan arşivlerden kasıt ister merkezi hükümet veya yerel hükümetler, ister kabileler, dini kurumlar, özel girişimler veya bireyler tarafından tutulsun sömürge dönemindeki bütün materyallerdir.<sup>209</sup> Bu çerçevede 1947 İtalya ile Barış Antlaşması’nda Etiyopya’ya veya buranın yerlilerine ait olan ve Ekim 1935’den itibaren İtalya tarafından Etiyopya’dan götürülen bütün arşivler ve tarihi değeri olan objelerin İtalya tarafından geri verilmesi öngörülmüştür.<sup>210</sup> Vietnam açısından 1950 Fransa-Vietnam Antlaşması’nda bütün tarihi arşivlerin doğruca geri verilmesi öngörülmüşken,<sup>211</sup> Fransa ile Cezayir arasında Fransa’ya götürülmüş sömürge dönemi materyalleri konusunda Cezayir’in bağımsızlığından bu yana bir uyuşmazlık bulunmaktadır.<sup>212</sup>

Madde 28(2)’de selef devletin arşivlerinden söz konusu ülkeyi ilgilendiren kısmının (yukarıda tartışılmış olanlarının dışında kalanların) geçişi veya uygun şekilde çoğaltılması hususunun ‘bu devletlerin her birinin [yani, selef ve halef] selef devletin devlet arşivlerinin o kısımlarından mümkün olan en geniş ve hakça faydalanabileceği bir şekilde’ antlaşma yoluyla kararlaştırılacağı öngörülmektedir. Burada kast edilen öncelikle sömürgeleştirme ve sömürge dönemine ilişkin materyeller olup, bu açıdan Fransa kendisinin Cezayir’deki sömürgeleştirilmesi bağlamında 1975 yılındaki bir düzenleme ile benimsediği mikrofilm uygulamasına özellikle dikkat çekmiştir.<sup>213</sup> Madde 28(3)’de ise selef devletin yeni bağımsız devlete ülkesel sahiplik ve sınır meselelerine ilişkin kendi devlet arşivlerindeki mevcut en iyi delilleri vermesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu husus önemlidir; zira sömürge sonrası ülkesel uyuşmazlıkların birçoğu sürekli olarak sınırları belirleyen sömürge antlaşmalarının ve söz konusu alana ilişkin sömürgeci idari uygulamaların yorumundan kaynaklanmaktadır.<sup>214</sup>

İki veya daha fazla devletin bir halef devlet oluşturmak üzere birleşmesi halinde eski devletlerin devlet arşivleri sonraki devlete geçecektir.<sup>215</sup> Bir devletin bir parçası bir başka devlet kurmak üzere ayrıldığında, devletler aksine anlaşmadıkça, selef devletin devlet arşivlerinin söz konusu ülke parçasının normal idaresi için o ülkede bulunması gereken kısmı, halefiyete tabi olan ülkeyle doğrudan ilgili devlet arşivleriyle birlikte yeni kurulan devlete geçecektir.<sup>216</sup>

<sup>206</sup> Madde 21–4.

<sup>207</sup> Madde 27.

<sup>208</sup> Madde 28(1)b ve c.

<sup>209</sup> *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, kısım 2, s. 62.

<sup>210</sup> 49 UNTS, s. 142.

<sup>211</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1979, cilt II, kısım 1, s. 113.

<sup>212</sup> *A.g.e.*, ss. 113–14.

<sup>213</sup> *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, kısım 2, s. 64.

<sup>214</sup> Örnek olarak bkz., Mali–Upper Volta (Burkina Faso) sınır uyuşmazlığı, Shaw, *Title to Territory*, ss. 257–8, ve *Burkina Faso/Mali* davası, ICJ Reports, 1986, s. 554; 80 ILR, s. 459.

<sup>215</sup> Madde 29.

<sup>216</sup> Madde 30.

Aynı hükümler, aksine bir anlaşmanın yokluğunda, iki veya daha fazla halef devletin selef devletin yerine geçtiği bir devletin dağılması durumunda da uygulanmakta olup, bunların dışında kalan diğer devlet arşivlerinin de halef devletlere, ilgili bütün şartlar dikkate alınmak suretiyle, hakkaniyetli bir şekilde geçmesi gerekecektir.<sup>217</sup> Bu prensipler 2001 Halefiyet Meselelerine Dair Yugoslav Antlaşması'nda da aynen tasdik edilmiş<sup>218</sup> ve ayrıca bu kategorilerin dışında kalan arşivlerin halef devletler arasında hakça paylaşımına yönelik bir antlaşmaya tabi olacakları öngörülmüştür.<sup>219</sup>

Madde 28, 30 ve 31'de ayrıca devlet arşivleri hakkındaki ilgili antlaşmaların 'bu devletlerin halklarının kalkınma, kendi tarihleri ve kültürel mirasları konusunda bilgilenme hakkına zarar vermemesi gerektiğini' açıklayan bir paragraf bulunmaktadır. Böyle bir hakkın uluslararası hukukta bir hak olarak gerçekten mevcut olup olmadığı ve bu hükmün somut durumlarda uygulamada tam olarak nasıl yorumlanacağı hakkındaki tartışmalara rağmen, bir halkın miras bilinci ve bilgisini teşvik edici nitelikte bir genel fikrin desteklenmesi gerektiği açıktır.<sup>220</sup>

### **Kamu Borcu<sup>221</sup>**

Bu konu özellikle belirsiz bir alan oluşturmaktadır ve bu gibi durumlara ilişkin bir halefiyet kuralının bulunup bulunmadığı hususunda kuşkuvar mevcuttur. Devlet halefiyetinin diğer konularında olduğu gibi, siyasi ve ekonomik gereklilikler burada da geniş bir rol oynamakta ve uygulama çoğunlukla ilgili taraflar arasında yapılmış antlaşmalar etrafında şekillenmektedir.

Kamu borcu (veya milli borç) bir merkezi hükümet tarafından devletin tamamının menfaatine üstlenilen borçtur. Bu durum borçlunun hüviyetinde bir değişikliği kabulde çoğunlukla isteksiz olan üçüncü tarafları da ilgilendirdiğinden, özellikle hassas bir mesele teşkil etmektedir. Bu nedenle söz konusu borç için devam eden sorumluluğa dayalı ve borcun bölünmesi halinde bir halef devletin kendi payı için doğrudan borç verenler yerine selef devlete (elbette bu devletin halen mevcut olduğu hallerde) borçlu olmaya devam ettiği bir yaklaşım teşvik edilmektedir. Ayrıca 1983 Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesinde de devletlerin halefiyetinin kendiliğinden borç verenlerin hakları ve yükümlülüklerini etkilemeyeceğine dikkat çekilmektedir.<sup>222</sup>

Kamu borçları<sup>223</sup> kendi içinde bir devletin bir bütün olarak sahip olduğu borçlar olan milli borçlara; bir alt-idari ülke birimi veya diğer yerel idarelerin üstlendiği borçlar olan yerel borçlara ve bir merkezi hükümetin yerel proje veya alanların amaçları için üstlendiği borçlar olan yerele özgü borçlara ayrılmaktadır.<sup>224</sup>

<sup>217</sup> Madde 31. Özellikle aralarındaki Birliğin dağılmasından sonra bazı değerli eserler hakkında Danimarka ve İzlanda arasındaki uyuşmazlık için bkz., Verzijl, *International Law*, cilt VII, 1974, s. 153, ve *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, kısım 1, ss. 68-9. Ayrıca bkz., farklı yeni veya yeniden oluşturulan devletlerin arşivlerine halefiyete ilişkin hükümler içeren 1919 St. Germain Antlaşması.

<sup>218</sup> Bkz., Ek D.

<sup>219</sup> *A.g.e.*, madde 6.

<sup>220</sup> Ayrıca 2001 Halefiyet Meselelerine Dair Yugoslavya Antlaşması, Ek A, madde 3(2) bakımından bkz., yukarıda.

<sup>221</sup> Genel olarak bkz, O'Connell, *State Succession*, cilt I, 15-17. Bölümler; *Yearbook of the ILC*, 1977, cilt II, kısım 1, ss. 49 vd., ve Zemanek, 'State Succession'.

<sup>222</sup> Sözleşme'nin özel borç verenler konusunu ele almadığına dikkat ediniz, bu hususun eleştirisi için bkz., *Third US Restatement on Foreign Relations Law*, s. 106, ancak Sözleşme'nin 6. maddesi bu açıdan bir ihtiyat hükmü oluşturmaktadır.

<sup>223</sup> Sözleşme kamu borçlarını ele almakta olup bu kavram 33. maddede 'bir selef devletin bir başka devlet, bir uluslararası örgüt veya uluslararası hukukun diğer bir sujesine karşı uluslararası hukuka uygun şekilde oluşturmuş herhangi bir finansal yükümlülüğü' şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>224</sup> Bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt I, 15-17. Bölümler, ve *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, kısım 1, s. 76. Diğer başka ayrımlar da yapılmıştır, *a.g.e.*

Uluslararası örf ve adet hukuku uyarınca yerel borçlar, artık halef devletin yetki alanına transfer edilmiş alt-idari ülke biriminin üstlendiği borçlar olduğundan ve halefiyet bu birimleri doğrudan etkilemediğinden, şüphesiz halef devlete geçecektir. Esasen bunlar söz konusu ülke parçası tarafından taşınan borçlar olmaya devam edecektir.<sup>225</sup> Benzer şekilde yerele özgü borçlar da halefiyetin ilgili olduğu ülke parçasıyla yakından ilişkili olduklarından aynı ülkesellik prensibi uyarınca halef devlete geçecektir.<sup>226</sup>

Milli borçların paylaşılması sorununa gelince, bu konuda kesin bir yanıt yok gibi gözükmemektedir. Katılma veya birleşme durumunda yerine göre genişleyen ya da yeni kurulan devlet, sona eren devletin milli borcunu tamamen üstlenecektir.<sup>227</sup> Bu açıdan Alman birleşmesi örneği öğreticidir. Birleşme Antlaşması'nın 23. maddesi Demokratik Alman Cumhuriyeti'nin toplam milli bütçe borcunun Federal Finans Bakanlığı'nın idare ettiği özel bir federal fon tarafından üstlenileceğini öngörmüştür. Borcu ödeyecek olan ve ayrıca borçları geri ödemek ve faizler ile ödünç alma maliyetlerini karşılamak üzere dışardan borç alabilecek olan bu özel fonun yükümlülüklerinden Federal Hükümet sorumlu olacaktır. 31 Aralık 1993'e kadar Federal Hükümet ve Vakıf Ajansı bu özel fon tarafından yapılmış faiz ödemelerinin yarısını telafi etmiştir. 1 Ocak 1994'den itibaren Federal Hükümet, Vakıf Ajansı ve eski DAC'nin Eyaletleri bu tarihte tasfiye edilmiş olan söz konusu özel fonda birikmiş olan toplam borcu üstlenmişlerdir. Bizzat DAC tarafından üstlenilmiş olan kefalet, güvence ve teminatlar Federal Cumhuriyet'e geçmişken, DAC'nin Berlin Devlet Bankası'ndaki menfaatleri ise eski DAC'nin Eyaletleri'ne transfer edilmiştir. Ancak DAC'nin Berlin Devlet Bankası'ndaki borçlarından kaynaklanan yükümlülükler Federal Hükümet tarafından üstlenilmiştir.

Selef devletin var olmaya devam ettiği bir bölünme veya ayrılma durumunda, selef devletin genel kamu borcunun bölünmenin ardından selef devlette kalmaya devam edeceği varsayımı bulunmaktadır.<sup>228</sup> Bu bir devletin bir parçasının diğer bir devlete transfer edildiği hallerde kesinlikle böyledir.<sup>229</sup> Genel olarak bu konulardaki uygulamanın yetersizliği, insanı bu tür durumlar bakımından yeni bir uluslararası hukuk kuralının oluşmuş olduğunu iddia etmekte çekimser davranmaya yönelmekte ve kamu borcunun bölünmezliğine yönelik genel prensip geçerliliğini sürdürmektedir. Ancak halef devletler uluslararası hukuka göre aslen bunun gerekli olmamasına rağmen, bir borç paylaşım düzenlemesine müdahil olmak suretiyle kendi uluslararası kredibilitelerini oluşturmaya istekli olabilmektedir.<sup>230</sup> Dahası hakça dağıtım kavramının gittikçe artan önemi de bu gibi haller üzerinde bir etki oluşturabilmektedir.

Bazı uygulamaların kısaca gözden geçirilmesi bu alandaki karmaşıklığı göstermeye yardımcı olabilir. Örnek olarak Texas'ın 1840'da Meksika'dan ayrılması sırasında, mevcut şartlar uyarınca *ex gratia* bir ödeme yapılmışsa da, Meksika'nın borçlarına ilişkin her hangi bir sorumluluk kabul edilmemiştir. Ayrıca 1903'de Panama bağımsızlığının ardından, Kolombiya'nın hiçbir borcunu üstlenmemiştir. 1919 ve 1923 barış antlaşmalarında yapılmış düzenlemeler de oldukça karmaşıktır. İmparatorlukların çökmesi sonucu ortaya çıkan bazı ülkeler bakımından kamu borcunun bölünmesi gerçekleşmemişken, pek çok durumda bu konu müzakere edilmiş ve genellikle karmaşık bir sonuç ortaya çıkmıştır. Örnek olarak Avustura-Macaristan İmparatorluğu'nun halefi devletler, Tazminatlar Komitesi tarafından belirlenmiş savaş öncesi borçların ilgili kısımlarını üstlenmişken, Türkiye devleti bir gelir nisbeti temelinde Osmanlı

<sup>225</sup> Örnek olarak bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt I, ss. 416 vd.

<sup>226</sup> A.g.e. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, kısım 1, s. 90, ve *Ottoman Public Debt* davası, 1 RIAA, s. 529 (1925).

<sup>227</sup> Sözleşme'nin 39. maddesi iki veya daha fazla devletin bir halef devlet oluşturmak üzere birleşmesi halinde eski devletlerin kamu borçlarının halef devlete geçeceğini öngörmektedir.

<sup>228</sup> Bkz., *Ottoman Public Debt* davası, 1 RIAA, s. 529.

<sup>229</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1977, cilt II, kısım 1, s. 81.

<sup>230</sup> Bkz., Williams, 'State Succession', ss. 786 ve 802-3.

kamu borcunun bir kısmını üstlenmiştir.<sup>231</sup> İrlanda Özgür Devleti'nin 1921'de İngiltere'den ayrılışı sırasında, İngiltere'nin kamu borcunun, mahsup etme ve karşı talep yoluyla gelen talepler de dikkate alınarak, 'adil ve hakça olacak şekilde' paylaştırılması öngörülmüştür.

Hindistan (İngiliz Hindistanı'nın devamı olan devlet) ile Pakistan devleti (yeni devlet) arasındaki antlaşmada İngiliz Hindistanı'nın borç alınanlar ve teminatlar dahil bütün mali yükümlülükleri bakımından Hindistan'ın sorumluluğu öngörülmüştür. Bu suretle Hindistan eski milli borcun tek borçlusu olarak kalırken, Pakistan'ın İngiliz Hindistanı'nın varlıklarından kendi aldığı payına ilişkin nisbeti temelinde tesis olunan borcu Hindistan'ın Pakistan'dan alacağı haline gelmiştir.<sup>232</sup>

Teminatlı borçlar bakımından genel görüş, belli bir ülke parçasında bulunan varlıkların ipoteği yoluyla teminatlandırılmış olan borçların ülkenin transferi halinde dahi geçerli kalmaya devam edeceği yönündedir. Örnek olarak 1919 St Germain ve Trianon Antlaşmaları'nda (sırasıyla madde 203 ve 186'da) bu şekilde teminat gösterilmiş varlıkların, milli borcun ilgili halef devlete geçeceği kabul edilmiş kısmı bakımından teminatlı olarak kalacağı öngörülmüştür. Bu tür borçların özel olarak teminatlandırılmış olması zorunlu olup, bu teminatların 'demiryolları, tuz madenleri veya diğer mülkler' şeklinde olmuş olması gereklidir.<sup>233</sup> Ancak borçların yerel gelirlere bağlanmamış olduğu hallerde, bu konudaki varsayım aksi yönde olacaktır.

Ayrılma halinde borçlar hususunda pek çok şey şartlara bağlı olacaktır. Ayrılan devletin bir selef devletin esaslı veya anlamlı bir parçası olması halinde, hakkaniyet düşüncesi milli borcun belli bir biçimde paylaştırılmasını öngörebilir. 1921 İngiltere-İrlanda Özgür Devleti Antlaşması örneği çerçevesinde bu düşünceyi dikkate alan Uluslararası Hukuk Komisyonu, 1983 Viyana Sözleşmesi'nin 40. maddesinde bu konuya yer vermiştir.

Madde 40'da, aksine bir anlaşma olmadıkça, devletin bir parçasının bir başka devlet kurmak üzere ayrılması halinde selef devletin kamu borcundan, özellikle o borçla ilişkili halef devlete geçen mallar, haklar ve menfaatler dikkate alınarak tespit edilen, 'hakça bir oranın' halef devlete geçeceği öngörülmektedir.<sup>234</sup> Devletlerin bu tarihe kadarki düzensiz ve farklı uygulamaları ışığında bu hükmün mevcut örf ve adet hukukunun kodifikasyonunu temsil ettiği hususu şüpheliyse de, uygulanabilir bir yaklaşımı yansıttığı söylenebilir.

Bununla beraber bir selef devletin ortadan kalktığı bir bölünme durumunda, kamu borcunun belli bir biçimde paylaştırılması gerekli olup, madde 41'de öngörülen böyle bir borcun halef devletlere geçen özellikle mallar, haklar ve menfaatler dikkate alınmak suretiyle hakça bölünmesine yönelik hüküm makuldür ve ayrıca ilgili uluslararası uygulamayı yansıttığı da kabul edilebilir.<sup>235</sup> Borçların hakça paylaşımının temeli açıkça ilgili taraflara bağlıdır ve bir antlaşma yoluyla düzenlenmesi gerekebilecektir. Bu açıdan vergilendirme oranları, ülkenin büyüklüğü, nüfusu, kredi verenlerin vatandaşlığı, varlıkların gerçek gelir katkısından ayrı olarak vergilendirilebilir değeri ve söz konusu ülkenin merkezi idareye katkıları dahil çok çeşitli ihtimaller mevcuttur.<sup>236</sup>

<sup>231</sup> Örnek olarak bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt I, ss. 397-401, ve Feilchenfeld, *Public Debts*, ss. 431 vd.

<sup>232</sup> O'Connell, *State Succession*, cilt I, ss. 404-6.

<sup>233</sup> *A.g.e.*, s. 411.

<sup>234</sup> Aynı kural bir devletin bir parçasının başka bir devlete devredilmesi durumunda da uygulanır. Bkz., madde 37.

<sup>235</sup> Örnek olarak bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 221.

<sup>236</sup> 1919 barış antlaşmalarında, devredilen ülkelerin, savaş öncesi yıllarda yapılmış gelir katkıları referans alınarak ölçülen, gelecekteki ödeme kapasitesiyle orantılı dağılım prensibinden yararlanmışlardır. Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşünün sonuçlarına ilişkin 1923 Lozan Antlaşması'nda ise yalnızca borçların amortismanına yapılan gerçek geçmiş katkılara dayalı orantılı dağılım prensibi dikkate alınmıştır: bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt I, ss. 454-6. Karşı görüş için bkz. *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, kısım 2, s. 113. Viyana Sözleşmesi'nde nihai olarak 'özellikle kamu borcu bakımından halef devlete geçen mallar, haklar ve menfaatleri dikkate alarak' ifadesi kabul edilmiştir. Diğer bir deyişle, varlıkların borçlara oranı faktörüne vurgu yapılmıştır.

2001 Halefiyet Meselelerine Dair Yugoslav Antlaşması'nda 'tahsisli borçların', yani borcun nihai lehtarının belli bir halef devlet veya halef devletler grubunda bulunduğu dış borçların, nihai lehtarın bulunduğu ülkenin halef devleti tarafından kabul edilmesi gerektiği öngörülmüştür.<sup>237</sup>

1983 Sözleşmesi'nde diğer kısımlar ile ortak bir şekilde, 'yeni bağımsız devletler'in durumuna ilişkin özel bir madde getirilmiştir. Madde 38'de 'bir selef devletin halefiyetin ilişkili olduğu ülkedeki faaliyetleri ile bağlantılı kamu borcu ile yeni bağımsız devlete geçen mallar, haklar ve menfaatler arasındaki bağlantı göz önüne alındığında', taraflar arasında aksini öngören bir antlaşmanın yokluğunda, 'selef devlete ait hiçbir kamu borcunun yeni bağımsız devlete geçmeyeceği' öngörülmektedir. Birleşik Devletlerin bağımsızlığına kadar geri giden sömürgecilikten kurtulma sürecinde genel olarak devlet uygulamaları, bir selef devletin genel kamu borcunun bir kısmına halef olunmayacağını gösterir niteliktedir; fakat bu durum söz konusu ülkeyle özel olarak ilişkili borçlar açısından farklı olabilecektir.<sup>238</sup> Ayrıca bu hükmün örf ve adet hukukunu yansıttığı da söylenemez.

### Özel Haklar

Devletlerin halefiyetinin özel kişilerin haklarını, eğer etkileyecekse, nereye kadar etkileyeceğine ilişkin bir soru da bazen ortaya çıkabilir. Devlet egemenliği ve kazanılmış veya varlığını sürdüren haklara saygı prensipleri bu soruya verilecek cevap açısından ilgili olup, bu konuda bağlamı genelde kamulaştırma sorunları oluşturmaktadır. Halef devletin vatandaşı olan yerleşik halk bakımından, bunlar tamamen bu devletin hukukuna ve düzenlemelerine tabi olacaktır ve uluslararası insan hakları kurallarının uygulanmasının dışında, bu kişiler doğrudan uluslararası hukuka bu şartlarda çok sınırlı hallerde başvurabilirler. Dolayısıyla bu konuda tartışmaya açık olan asıl konu, egemenlikteki bir değişim üzerine haklara ve yükümlere halefiyete ilişkin uluslararası hükümler uyarınca yabancılara sağlanacak olan korumadır.

Kazanılmış haklar doktrini<sup>239</sup> bu bağlam içinde formüle edilmiştir. Bu doktrin yabancı vatandaşlar tarafından elde edilmiş haklara ilişkin olup, bazı yazarlar tarafından hemen her çeşit hukuki menfaati içerdiği kabul edilmektedir. Bu açıdan bu tür haklar halefiyetin ardından devam etmekte ve yeni egemene karşı uygulanabilmektedir. Bazı yazarlar bu hükmün uluslararası hukukun temel bir prensibi olduğunu ifade ederken,<sup>240</sup> diğer bazıları ise bunu yalnızca bir karmaşa kaynağı olarak tanımlamaktadır.<sup>241</sup> Dolayısıyla bu kavramın kapsamı bakımından belli bir ölçüde anlaşmazlık mevcuttur. Bir taraf bu kavramın bir egemenlik geçişinin bu haklar üzerinde hiçbir etkiye sahip olmayacağı anlamına geldiğini, diğer taraf ise bunun yabancıların egemenlik sonucu değişikliklerden mümkün olduğu kadarıyla korunması gerekliliğinden daha fazlasını içermediğini savunmuştur.

Kazanılmış haklar prensibi iki dünya savaşı arasında eski Alman, Rus ve Avusturya İmparatorlukları'nın ülkelerinden bağımsız bir Polonya'nın oluşturulması ile ilgili Uluslararası Daimi Adalet Divanı önüne gelen bir kaç davada tartışılmıştır. Bu konuda problemler özellikle yeni Polonya devleti otoritelerinin Alman hakimiyeti sırasında elde

<sup>237</sup> Ek C, madde 2(1) b.

<sup>238</sup> Bkz., *Yearbook of the ILC*, 1981, cilt II, kısım 1, ss. 91–105 ve *a.g.e.*, 1977, cilt II, kısım 1, ss. 86–107. Sömürgeleştirme sürecinde üstlenilen kamu borçlarına halefiyet bakımından farklılıklar içeren uygulamalar için, *a.g.e.*, ss. 87–8, ve ilhak bakımından, *a.g.e.*, ss. 93–4. Ayrıca bkz., *West Rand Gold Mining Co. v. R* [1905] 2 KB 391, ve O'Connell, *State Succession*, cilt I, ss. 373–83.

<sup>239</sup> Özellikle bkz., O'Connell, *State Succession*, Bölüm 10; *Oppenheim's International Law*, ss. 215 vd., ve T. H. Cheng, *State Succession and Commercial Obligations*, New York, 2006. Ayrıca bkz. O. Shoyele, 'Acquired Rights, State Succession and the African States: Perspectives in International Law', 10 *Sri Lanka Journal of International Law*, 1998, s. 243.

<sup>240</sup> Örnek olarak bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt I, ss. 239–40.

<sup>241</sup> Örnek olarak bkz., *Brownlie's Principles of Public International Law*, s. 429.

edilmiş haklara ilişkin itirazları bakımından ortaya çıkmıştır. *German Settlers* davasında,<sup>242</sup> Polonya devleti Alman asıllı yerleşimcilerinden birçoğunun topraklardaki mülkiyet hakkını ateşkesten önce almamalarından ötürü buralardan meşru şekilde çıkartılabileceklerini iddia ederek, bunları kendi topraklarından atmak istemiştir. Alman hukuk sistemine göre bu yerleşimciler mülkiyeti ya sözleşme yoluyla ya da alış fiyatını düzenli aralıklarla taksitle ödedikleri ve son taksitin ödenmesinden sonra toprağın kendilerinin olacağı bir düzenleme yoluyla kazanabilmektedir. Divan mevcut şartlar altında ülkenin nihai transferine kadar bu konuda Alman hukukunun uygulanacağına ve bu suretle elde edilmiş toprak mülkiyetinin 1919 Azınlıklar Antlaşması şartları uyarınca korunacağına hükmetmiştir. Daha önemlisi Divan söz konusu antlaşmanın yokluğu halinde bile şu hususa dikkat çekmiştir:

*“Mevcut hukuk uyarınca kazanılmış özel haklar egemenliğin değişimi üzerine ortadan kalkmaz...uluslararası hukukta bir devlet halefiyeti genel prensibinin mevcut olduğuna itiraz edenler bile, mülkün sahibi olarak bir devletten elde edilmiş olanlar dahil özel hakların, egemenliğe halef olana karşı geçersiz olduğunu söyleyecek kadar ileri gitmemektedir.”<sup>243</sup>*

Sömürgeleştirme projesinin arkasında siyasi bir amacın bulunması, bu sırada kazanılmış özel hakları etkilemeyecek ve bunlar yeni egemene karşı ileri sürülebilecektir. Ancak bu kuralın günümüzde kabul edilebileceği oldukça şüphelidir. Esasen kazanılmış hakların devamını tasdik eden iki savaş arası davalarda ortaya çıkan prensipler, yeni egemenin önceki egemen tarafından benimsenmiş akdi haklar ve borçlardan hangilerine saygı duymak istediğini seçebileceğine yönelik, *West Rand Central Gold Mining Company* davasında<sup>244</sup> ifade edilmiş olan görüşleri değiştirmiştir.

Bu açıdan iki savaş arası davalar özel hakların halefiyet sonrası devamına ilişkin kavramın doruk noktasıdır; ancak bunlar yeni egemenin bu hakları değiştiremeyeceği anlamına gelecek şekilde de yorumlanamaz. Uluslararası hukuka göre yabancıların mallarının kamulaştırılması bazı şartlara bağlı olarak mümkündür.<sup>245</sup> Dolayısıyla söz konusu doktrinin gerçekte işaret ettiği şey yabancı kazanılmış hakların devamına ilişkin bir varsayımdır; ancak bu mesele aslında en iyi biçimde bir antlaşma ile düzenlenebilir. Yalnızca müktesep veya kazanılmış olan özel haklar bu doktrinin kapsamındadır. Bu yüzden ilgili hakların gelecekte yürürlüğe girecek olduğu hallerde bunlar yeni egemen için bağlayıcı olmayacaktır.<sup>246</sup> Benzer biçimde hesaplanmamış tazminat bedellerine yönelik talepler de halefiyet sonrasında devam etmeyecektir. Hesaplanmamış tazminat bedeli talepleri konusu tartışmalı bir meselenin bir yargı otoritesinin önüne gelmediği ve tazminat konusunun henüz yetkili bir mahkeme veya hakem tarafından karara bağlanmadığı hallerde ortaya çıkmaktadır. *Robert E. Brown* davasında<sup>247</sup> bir Amerikan vatandaşına ait maden arama lisansı 1890'larda Güney Afrika Boer Cumhuriyeti tarafından meşru bir gerekçe olmaksızın iptal edilmiş ve Brown'ın tazminat talebi Boer mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. 1900'de İngiltere bu cumhuriyeti ilhak etmiş ve Brown (Amerikan hükümeti aracılığıyla) bu devleti sorumlu tutmaya çalışmıştır.

<sup>242</sup> PCIJ, Series B, No. 6, 1923; 2 AD, s. 71. Aynı gerekçe *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* davasında tasdik edilmiştir, PCIJ, Series A, No. 7, 1926; 3 AD, s. 429 ve *Chorzow Factory* davası, PCIJ, Series A, No. 17, 1928; 4 AD, s. 268. Ayrıca bkz., *Mavrommatis Palestine Concessions* davası, PCIJ, Series A, No. 5, 1924 ve *US v. Percheman* 7 Pet. 51 (1830).

<sup>243</sup> Ayrıca bkz., *El Salvador/Honduras*, ICJ Reports, 1992, ss. 351, 400, 'kazanılmış haklara tam saygı gösterilmesi' ilkesine atfı yapılmıştır, *German-Poland Border Treaty Constitutionality* davası, 108 ILR, s. 656, ve karşı. *Gosalia v. Agarwal* 118 ILR, s. 429.

<sup>244</sup> [1905] 2 KB 391.

<sup>245</sup> Bkz., yukarıda, 13. Bölüm.

<sup>246</sup> *Alisic v. Bosnia and Herzegovina and Others* davasında, 17 Ekim 2011 tarihli Kanun Edilebilirlik kararı, paragraf 53-4, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi eski Yugoslavya'nın halefi olan bütün devletlerin, eski Yugoslavya ticari bankalarında döviz hesabı olan kişilerin bu paralarını istedikleri zaman faiziyle birlikte çekmeye hakları olduğunu, kabul ettiklerine dikkat çekmiştir. Ayrıca bkz., aynı davada 6 Kasım 2012 tarihli Karar, paragraf 67.

<sup>247</sup> 6 RIAA, s. 120 (1923); 2 AD, s. 66. Ayrıca bkz., *Hawaiian Claims* davası, 6 RIAA, s. 157 (1925); 3 AD, s. 80.

Bu iddia tahkim mahkemesi tarafından, adaletin inkarı durumu Boer mahkemelerinin Brown'ın davasını hatalı şekilde reddetmelerinden ötürü talebin tazminata bağlanmasının engellenmesinden kaynaklandığından, Brown'ın talebinin bir kazanılmış hak teşkil etmediği gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkeme ayrıca bir devlet tarafından işlenen hatalı bir eylemden kaynaklanan sorumluluğun halefiyet sonrasında yeni egemene geçmeyeceğine dikkat çekmiştir.

Önceki egemenin kaybolmasının onun işlemiş olabileceği bir yanlıştan kaynaklanan sorumluluğu da otomatik olarak sona erdireceği uluslararası hukukun bir kuralı olarak kabul edilmektedir; ancak yeni devlet sefelin hukuka aykırı eylemlerini benimserse bu sorumluluğu devir alabilir. Zira yanlışı artık kendisi yapmaktadır. Bu mesele Fransa ve Yunanistan arasında, sonradan Yunanistan'a geçmiş olan bir ülke parçasına ilişkin bir Fransız şirketine Türkiye tarafından verilmiş imtiyazlara Yunanistan'ın saygı gösterme sorumluluğu ile ilgili, 1956 *Lighthouses* tahkiminde<sup>248</sup> ortaya çıkmıştır. Halefiyet ertesi yabancı vatandaşların haklarının devam etmesine ilişkin problem kaçınılmaz olarak ideolojik farklılıklar ve ekonomik baskılar ile de yakından bağlantılı olacaktır.

### Devletin Halefiyeti ve Vatandaşlık<sup>249</sup>

Devletin halefiyeti ile vatandaşlık meseleleri yalnızca bu iki farklı alanı değil ayrıca insan hakları konusunu da birbirine bağlar. Bir devletin vatandaşlık verme şartları tamamen kendi kontrolü altında olan bir husustur,<sup>250</sup> fakat halefiyet bağlamında bazı problemler ortaya çıkabilmektedir. Prensip olarak vatandaşlık meselesi selef ve halef devletin iç düzenlemelerine bağlı olacaktır. Selef devletin hukuku egemenlik değişiminin ardından bir başka otoriteye devredilen ülkede yaşayanların vatandaşlıklarını koruyacakları ölçüyü belirlerken, halef devletin hukuku ise yeni vatandaşlığın verileceği şartları ortaya koyacaktır. Bu konuda genel kural vatandaşlığın egemenlikle değişeceği şeklinde olsa da, yeni egemen bir ülkede doğmuş olan veya orada mukim olan ya da önceki rejimin vatandaşı olan ebeveynlerden yurt dışında doğmuş olanlarla ilgili kuralları açıklamak gerekmektedir. Benzer biçimde ayrılan bir devlet pekala söz konusu ülkede yaşayanların kendi eski vatandaşlıklarını korumalarını öngörerek bu sayede bir çifte vatandaşlık durumu yaratabilir. Ancak elbette bu durum önceki devletin tamamen ortadan kalktığı hallerde ortaya çıkmayacaktır.

Yeni bir ülkeyi elde eden bazı devletler orada yaşayanların yeni vatandaşlığı otomatik olarak kazanacaklarını öngörebilmekteyken, diğer bazıları ise yaşayanlara oradan ayrılma ve kendi orijinal vatandaşlıklarını koruma tercihi sunmaktadır. Bu konudaki uygulama çeşitlilik arz etmekte ve çoğunlukla şartlara bağlı olmaktadır. Ancak 1961 Vatansızlığın Azaltılması Sözleşmesi ile bir ülkenin devredilmesi halinde ilgili devletlerin egemenlikteki söz konusu değişim neticesinde kimsenin vatansız kalmamasını sağlamak zorunda olduklarının öngörülmüş olduğu dikkate alınmalıdır. Uluslararası hukukta gerçekten de bir halef devletin kendisi tarafından devralınan bir ülkede yaşayan veya orayla esaslı bağı sahip olan

<sup>248</sup> 12 RIAA, s. 155 (1956); 23 ILR, s. 659. Karşı görüş için bkz. Namibya Yüksek Mahkemesi'nin Namibya Anayasası'nın hükümlerini dikkate alan *Minister of Defence, Namibia v. Mwandighi* kararı, 91 ILR, s. 341.

<sup>249</sup> Bkz., O'Connell, *State Succession*, cilt I, 20 ve 21. Bölümler; P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2. Baskı, Alphen aan den Rijn, 1979; I. Ziemele, *State Continuity and Nationality: Past, Present and Future as Defined by International Law*, The Hague, 2005; P. Dumberry, 'Obsolete and Unjust: The Rule of Continuous Nationality in the Context of State Succession', 76 *Nordic Journal of International Law*, 2007, s. 153; C. Economides, 'Les Effets de la Succession d'Etats sur la Nationalite', 103 *RGDIP*, 1999, s. 577; *Nationalite, Minorites et Succession d'Etats en Europe de l'Est* (ed. E. Decaux ve A. Pellet), Paris, 1996; European Commission for Democracy Through Law, *Citizenship and State Succession*, Strasbourg, 1997; *Oppenheim's International Law*, s. 218, ve Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporları, A/50/10, 1995, s. 68; A/51/10, 1996, s. 171; A/52/10, 1997, s. 11; A/53/10, 1998, s. 189 ve A/54/10, 1999, s. 12. Ayrıca bkz., yukarıda 11. Bölüm ve 13. Bölüm.

<sup>250</sup> Örneğin bkz., 1930 Vatandaşlık Hukuku Çatışmalarına İlişkin Bazı Sorunlara Dair La Hey Sözleşmesi, madde 1, *Nationality Decrees in Tunis and Morocco* davası, PCIJ, Series B, No. 4, s. 24 (1923); 2 AD, s. 349, *Acquisition of Polish Nationality* davası, PCIJ, Series B, No. 7, s. 16; 2 AD, s. 292 ve *Nottebohm* davası, ICJ Reports, 1955, s. 23; 22 ILR, s. 349.



selef devlet vatandaşlarına böyle bir imkan sağlanmasına yönelik bir prensip bulunduğu söylenebilir.<sup>251</sup> Öte yandan, her ne kadar bu konuda bir açıklık olmasa da, bu nitelikteki vatandaşların bu gibi durumlarda kendi vatandaşlıklarını seçme hakkına gerçek anlamda sahip olması da mümkündür. Yugoslavya Tahkim Komisyonu bu bağlamda her iki 1966 Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri'nin 1. maddelerinde açıklanmış olan kendi kaderini belirleme prensibine atıf yapmıştır. Komisyon 'bu hakka binaen her birey istediği etnik, dini veya dilsel topluluğun hangisine ait olacağını seçebilir' demiştir. Ayrıca şu hususa da dikkat çekilmiştir:

*"Komisyon'un görüşüne göre bu prensibin bir olası neticesi Cumhuriyetlerin arasındaki antlaşmalara göre tanınmış olan Bosna ve Hersek ile Hırvatistan'daki Sırp nüfusun mensuplarının kendi seçecekleri vatandaşlığa, bunun ilgili devletler bakımından getireceği bütün haklar ve yükümlülüklerle birlikte, sahip olması olabilir."*<sup>252</sup>

1997 yılında Vatandaşlığa Dair Avrupa Sözleşmesi kabul edilmiştir.<sup>253</sup> Madde 19'da taraf devletlerin vatandaşlık ve devletin halefiyetine ilişkin meselelerde kendi aralarında antlaşma yoluyla çözüm aramak zorunda oldukları öngörülmektedir. Madde 18 uyarınca bir devletin halefiyeti durumunda vatandaşlığın verilmesi veya korunmasına karar verilirken, ilgili her taraf devletin özellikle söz konusu kişinin devletle özgün ve etkin ilişkisini; ilgili kişinin devletin halefiyeti sırasındaki mutad meskenini; ilgili kişinin isteğini ve bu kişinin ülkesel orijinini dikkate alması şart koşulmaktadır. Vatandaş olmayanlar bakımından, madde 20'de bir halef devlete devredilmiş bir ülkede mutad meskeni olan ve halef devletin vatandaşlığını kazanmamış olan selef devlet vatandaşlarının, halef devlette kalma hakkına sahip olacakları prensibine saygı gösterilmesi istenmektedir.

1999'da Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından, Devletlerin Halefiyetine İlişkin Gerçek Kişilerin Vatandaşlığına Dair Taslak Maddeler kabul edilmiştir.<sup>254</sup> Madde 1'de (taslak maddelerin 'ana temeli' olarak tanımlanmıştır<sup>255</sup>) bir vatandaşlık hakkı tasdik edilmekte ve halefiyet tarihinde selef devletin vatandaşlığına sahip olan bireylerin, bu vatandaşlığı kazanma biçimine bakılmaksızın, ilgili devletlerden en az birinin vatandaşlık hakkına sahip oldukları öngörülmektedir. Bütün devletler halefiyet tarihinde selef devletin vatandaşlığına sahip olan kişilerin halefiyet neticesi vatansız kalmalarını önleyecek uygun tedbirleri almak zorunda olup,<sup>256</sup> ilgili ülkede mutad ikametgahı olan kişilerin halef devletin vatandaşlığını kazanacağı varsayılmaktadır.<sup>257</sup> Bu son hükümler amaçlanan halefiyet tarihi ile vatandaşlığı veren bir antlaşma ya da yasanın yapılması arasında geçen sürede bir boşluğun ortaya çıkmasından kaçınmaktadır.<sup>258</sup> Madde 11'de ilgili her devletin o devletle uygun bağlantıya sahip kişilere, şayet bu kişiler devletlerin halefiyeti neticesi vatansız olacaklarsa, kendi

<sup>251</sup> Bkz., *Oppenheim's International Law*, s. 219.

<sup>252</sup> Opinion No. 2, 92 ILR, ss. 167, 168-9. Komisyon bu görüşüne söz konusu Cumhuriyetler 'bu azınlıklar ve etnik grupların [yani Bosna-Hersek ve Hırvatistan'daki Sırp nüfus] üyelerine, uygun olması halinde kendi vatandaşlıklarını seçme hakkı dahil, uluslararası hukukta tanınmış olan bütün insan hakları ve temel özgürlükleri sağlamak zorundadır' diyerek son vermiştir. *A.g.e.*, s. 169.

<sup>253</sup> Ayrıca bkz., Devletin Halefiyetinin Gerçek Kişilerin Vatandaşlığına Etkilerine Dair Deklarasyon, European Commission for Democracy Through Law, 1996, CDL-NAT (1996)007e-rev-restr. Ayrıca bkz., 2006 Devletin Halefiyeti Bakımından Vatansızlığın Önlenmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi. Bu belgede devletin halefiyeti sonucu vatansız kalabilecek selef devlet vatandaşı bir kişinin, Sözleşme uyarınca ilgili bir devletin vatandaşlığını kazanma hakkı olduğu öngörülmektedir.

<sup>254</sup> Bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu, 51. Toplantı, A/54/10, 1999, s. 12.

<sup>255</sup> *A.g.e.*, s. 29.

<sup>256</sup> Madde 4. 16. madde ilgili kişinin ne bir selef devletin vatandaşlığından keyfi şekilde yoksun bırakılacağını, ne de bir halef devletin vatandaşlığını kazanma hakkının keyfi olarak reddedileceğini öngörmektedir.

<sup>257</sup> Madde 5. 12. maddede mutad mukim sayılan kişilerin statüsünün devletin halefiyetinden etkilenmeyeceği ifade edilmektedir.

<sup>258</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu, 51. Toplantı, s. 40.

vatandaşlığını seçme hakkı vereceği ve bu hakkın kullanılması üzerine vatandaşlığı seçilen devletin bu kişilere kendi vatandaşlığını vereceği şart koşulmaktadır. Dolayısıyla bunların vatandaşlığından vazgeçtikleri bir devlet bu kişilerden, bunlar bu suretle vatansız hale gelmeyeceklerse, kendi vatandaşlığını geri alacaktır. Madde 12'de ise devletlerin halefiyeti yüzünden vatandaşlığın kazanılması veya kaybedilmesi bir ailenin birliğine zarar verecek ise, ilgili devletlerin o ailenin beraber olması veya tekrar bir araya getirilmesine imkan tanıyan uygun tedbirleri alacakları öngörülmektedir.<sup>259</sup>

Taslak maddelerin ikinci kısmı belli halefiyet halleri ve bunların vatandaşlığa etkileri ile ilgilidir. Madde 20'de bir devletin ülkesinin bir kısmının bir başka devlete devredilmesi durumu düzenlenmektedir. Bu açıdan bir halef devlet devredilen ülkede mutad ikametgaha sahip kişilere, bunlara tanınacak bir seçme hakkının kullanılması suretiyle aksi gösterilmedikçe, kendi vatandaşlığını verecek ve selef devlet ise kendi vatandaşlığını bu kişilerden geri alacaktır. Ancak bir selef devlet kendi vatandaşlığını bu kişiler halef devletin vatandaşlığını kazanmadan önce geri alamayacaktır. İki veya daha fazla devletin bir halef devlet oluşturmak üzere birleşmesi halinde, halef devlet halefiyet tarihinde selef devletlerin vatandaşlığını taşıyan bütün kişilere kendi vatandaşlığını verecektir.<sup>260</sup>

Hem bir selef devletin iki veya daha fazla halef devlet oluşturmak üzere dağıldığı, hem de bir devletin bazı birimleri bir veya daha fazla halef devletler oluşturmak üzere ayrılırken selef devletin var olmaya devam ettiği durumlarda da aynı temel kural uygulanacaktır. Sırasıyla madde 22 ve 24'de her halef devletin, bir seçme hakkının kullanılması suretiyle aksi gösterilmedikçe,<sup>261</sup> (a) kendi ülkesinde mutad ikametgaha sahip kişilere; (b) o halef devletin bir parçası haline gelen selef devletin bir birimi ile uygun hukuki bağlantıya sahip diğer ilgili kişilere ve (c) ilgili devletlerden birinin vatandaşlığına başka bir şekilde hakkı olmayan ve bir üçüncü devlette mutad ikametgaha sahip olsa da selef devlette doğmuş veya selef devletten ayrılmadan önce ilgili halef devletin ülkesi haline gelmiş olan ülkede son mutad ikametgahu olan ya da ilgili halef devletle diğer bir uygun bağlantısı olan kişilere, kendi vatandaşlığını vereceği öngörülmektedir.<sup>262</sup> Bu hükümler eski Yugoslavya ve Çekoslavakya'nın bazı halef devletleri bakımından ortaya çıkmış olan, bir halef devletin vatandaşlığına yönelik kriterin mutad ikametgahdan ziyade önceki bileşen cumhuriyetlerin vatandaşlığına sahiplik etrafında yoğunlaştığı ve bu yüzden bazı kişilerin halef devletin vatandaşlığından yoksun kaldığı durumların önlenmesini amaçlamaktadır.<sup>263</sup>

<sup>259</sup> Halefiyet tarihinden sonra doğmuş olup, henüz bir vatandaşlık kazanmamış bir çocuk ülkesinde doğmuş olduğu ilgili devletin vatandaşlığına hak kazanır, madde 13.

<sup>260</sup> Madde 21. Komisyon bu kuralın bir örf ve adet kuralı olduğu sonucuna varmıştır. Bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu, 51. Toplantı, A/54/10, s. 42.

<sup>261</sup> Madde 23'de halef devletlerin, 22. maddenin hükümleri kapsamında iki veya daha fazla halef devletin vatandaşlığını kazanma niteliğine haiz kişilere, bir seçme hakkı tanyacakları öngörülmekteyken, 22. maddenin hükümleri kapsamında olmayan kişilere her halef devlet kendi vatandaşlığını seçme hakkı tanyacağı öngörülmektedir. Selef devletin varlığını sürdürdüğü hallerde, 26. maddede hem selef hem de halef devletin veya iki veya daha fazla halef devletin vatandaşı olma niteliğine haiz bütün ilgili kişilere, hem selef hem de halef devletlerin bir seçme hakkı tanyacağı öngörülmektedir.

<sup>262</sup> (b) ve (c) kategorilerine dair hükümler, üçüncü bir devlette mutad ikametgahu olan ve ayrıca ya o devletin ya da başka bir devletin vatandaşı olan kişilere uygulanmaz. Bkz., madde 8.

<sup>263</sup> Bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu Raporu, 51. Toplantı, ss. 83–5, ve J. F. Rezek, 'Le Droit International de la Nationalite', 198 HR, 1986, ss. 342–3. Taslağın 25. maddesinde selef devletin devam etmesi halinde, bu devletin 24. madde uyarınca bir halef devletin vatandaşlığını kazanma niteliğine haiz ilgili kişilerden vatandaşlığını geri alacağı öngörülmektedir. Ancak bu devlet söz konusu kişiler bir halef devletin vatandaşlığını kazanmadan önce kendi vatandaşlığını geri alamaz. Bir seçme hakkının kullanılması ile aksi ortaya konmadıkça, selef devlet kendi vatandaşlığını şu kişilerden geri alamayacaktır: (a) kendi ülkesinde mutad ikametgahu olanlar; (b) önceki paragraf kapsamında olmayan ve selef devleti oluşturan bir birim veya selef devletin parçası olarak kalan devlet ile uygun hukuki bağa haiz olanlar; (c) üçüncü bir devlette mutad ikametgahu olup selef devlette doğmuş olanlar veya selef devletten ayrılmadan önce son mutad ikametgahları selef devletin ülkesinin parçası olarak kalan yerde bulunanlar veya selef devletle uygun diğer herhangi bağa haiz olanlar.

**Devletin Halefiyeti ve Sorumluluk<sup>264</sup>**

Bir halef devletin selef devletin hukuka aykırı eylemlerinden sorumlu olmadığı genel bir prensip olarak sıkça ifade edilir.<sup>265</sup> Ancak bu prensip söz konusu durumu yeterince ifade etmemektedir. Örnek olarak *Lighthouses Arbitration* davasında<sup>266</sup> mahkeme, ilgili halef devletin (Yunanistan) kendi seleflerinin (Türkiye ve Girit) bir hukuka aykırı eylemini benimseyebilmesi ve bu nedenle sorumlu olmasının mümkün olduğuna karar vermiştir. Ayrıca bu konuda bir mutlak sorumsuzluk kuralının bulunmadığına ve halefiyet metodu dahil pek çok şeyin şartlara bağlı olacağına dikkat çekilmiştir. Önemli bir yazar ise bir halef devlete karşı öne sürülebilecek talepleri, sürülemeyecek olanlardan ayıran evrensel hiçbir kriterin bulunmadığı sonucuna varmıştır.<sup>267</sup> İlâveten, muhtemel halef olmama ya da uluslararası hukuka aykırı eylemlere olgulara bağlı yaklaşım kuralını uygulayan uluslararası teamül hukukunun aynı zamanda iç hukuk mahkemelerindeki halefiyet sorununa da cevap verip vermeyeceği açık değildir.<sup>268</sup> 2015 tarihli kararıyla Uluslararası Hukuk Enstitüsü, sadece tek bir devletin olmadığı halefiyet durumlarında, ilgili devletler ya da uluslararası hukukun kişileri tarafından aksi kararlaştırılmadıkça, bütün halef devletlerin hak sahibi olacağını ya da uluslararası hukuka aykırı eylemin işlenmesinden doğan sorumluluğu hakkaniyete uygun biçimde üstleneceklerini önermektedir.<sup>269</sup> Selef devletin devam etmesi halinde, bir eylemin sonuçları ile o devletten ayrılmış ve bağımsız olmuş veya bir üçüncü devlet ile birleşmiş kısmın ülkesi ve nüfusu arasında açık, doğrudan ve özgün bir bağlantı bulunmadıkça ya da ilgili halef devlet, selef devletin hukuka aykırı eyleminden sorumluluğunu açıkça kabul etmedikçe, prensip olarak selef devlet kendi hukuka aykırı eylemleri bakımından sorumlu olmaya devam edecektir.<sup>270</sup> Selef devletin dağıldığı ve yeni iki veya daha fazla devletin olduğu hallerde, Uluslararası Hukuk Enstitüsü 2015 tarihli kararıyla selef işlemin bulunduğu hukuka aykırı eyleminden ya da selef mağdur olmasından hak sahibi olmaya veya sorumlu tutulmaya ilişkin genel bir halefiyet kuralı önermiştir.<sup>271</sup> Bununla birlikte bu konunun, vakanın özel şartlarına bağlı olacağı kabul edilmelidir ve bir yönde ya da diğer yönde uluslararası hukukun bir kuralının oluştuğunu ileri sürebilmek için erkendir.

**HONG KONG<sup>272</sup>**

Devletin halefiyeti ve sömürgecilikten kurtulma süreci bağlamında özel ilgi çeken bir konu Hong Kong bakımından ortaya çıkan durumdur. Hong Kong adası ve Kowloon yarımadasının

<sup>264</sup> Bkz. O'Connell, *State Succession*, cilt I, Bölüm 19; P. Dumberry, *State Succession to International Responsibility*, The Hague, 2007; W. Czaplinski, 'State Succession and State Responsibility', 28 Canadian YIL, 1990, s. 339; M. J. Volkovitch, 'Righting Wrongs: Towards a New Theory of State Succession to Responsibility for International Delicts', 92 *Columbia Law Review*, 1992, s. 2162; J. Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, 2013, Bölüm 13 ve V. Mikulka, 'Succession of States in Respect of Rights of an Injured State' in *The Law of International Responsibility* (ed. J. Crawford, A. Pellet ve S. Olleson), Oxford, 2010, s. 965. Ayrıca bkz. Report, 'State Succession in Matters of State Responsibility', 76 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Paris, 2015, s. 509 ve kabul edilen Karar, *a.g.e.* s. 693. Ayrıca bkz. *Minister of Defence v. Mwandighi* (SA 5/91) [1991] NASC 5; 1992 (2) SA 355 (NmS) (25 Ekim1991).

<sup>265</sup> Ayrıca bkz. *Hawaiian Claims* davası, 6 UNRIAA, 1925, s.157.

<sup>266</sup> 23 ILR, s. 81, 91–2. Ayrıca bkz. *Croatia v Serbia*, ICJ Reports, 2015, para. 106 vd.

<sup>267</sup> O'Connell, *State Succession*, cilt 1, s. 486. Devlet uygulaması, birçok örnekte ilgili tarafların selef devletlerin haklarına, menfaatlerine ve borçlarına halef olmaya dair antlaşma yaptıklarını göstermektedir. Örneğin bkz. Crawford, *State Responsibility*, ss. 447 vd.

<sup>268</sup> *A.g.e.*, s. 482 ve ayrıca bkz. *Mutua v Foreign and Commonwealth* [2011] EWHC 1913 (QB), para. 89 ve 95.

<sup>269</sup> Madde 7, 76 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Paris, 2015, ss. 693, 697.

<sup>270</sup> Madde 11-13, *a.g.e.*, ss. 699 vd.

<sup>271</sup> Madde 15, *a.g.e.*, s. 700. Ayrıca bkz., *Gabcikovo–Nagyymaros Project (Hungary/Slovakia)*, ICJ Reports, 1997, s. 7.

<sup>272</sup> Örneğin bkz., R. Mushkat, *One Country, Two International Legal Personalities*, Hong Kong, 1997, ve Mushkat, 'Hong Kong and Succession of Treaties', 46 ICLQ, 1997, s. 181. Ayrıca bkz., Aust, *Treaties*, ss. 336 vd.

(Stonecutters adası dahil) güney ucu süresiz olarak İngiltere'ye devredilirken,<sup>273</sup> Yeni Topraklar kısmı (ülkenin toplam kara alanının yaklaşık yüzde 92'si) 1 Temmuz 1898'den başlayarak doksan dokuz yıllığına İngiltere'ye kiralanmıştır.<sup>274</sup> Bu sürenin sonuna doğru İngiliz ve Çin hükümetleri görüşmelere başlamış ve 1984'de yeni bir antlaşmaya varmıştır. Bir Ortak Açıklama ve Üç Ek'ten oluşan bu Antlaşma,<sup>275</sup> 1 Temmuz 1997'den itibaren Hong Kong'un idare edileceği yeni sistemin temellerini atmaktadır. Bu doğrultuda dışişleri ve savunma konuları hariç yüksek derecede otonomiye sahip bir Hong Kong Özel Bölgesel İdare'si (SAR) kurulmuştur. Buna icrai ve teşrii yetkiler ile finansal yargılama dahil bağımsız yargısal yetkiler verilmiştir. Hong Kong'un yürürlükteki kanunları esasen değişmeden kalmıştır. SAR bölgesinin hükümeti yerel halden meydana gelmekte ve mevcut sosyal ve ekonomik sistem değişmeden devam etmektedir. SAR ayrıca bir serbest liman ve ayrı bir gümrük alanı statüsünü korumakta ve serbestçe dövizle çevrilebilen bir paraya sahip uluslararası finansal merkez olarak kalmaktadır. 'Hong Kong, Çin' adını kullanan SAR bölgesi kendi başına ekonomik ve kültürel ilişkiler sürdürülebilmekte ve geliştirebilmekte ve devletler, bölgeler ve ilgili uluslararası örgütlerle antlaşmalar yapabilmektedir. Mevcut gemicilik idaresi sistemi devam etmekte ve gemicilik siciline ilişkin gemicilik sertifikaları 'Hong Kong, Çin' adı altında verilmektedir.

SAR'ın Temel Kanunu'nda yazılı olan bu politikalar elli yıl için değişmeden kalacaktır. Antlaşmanın EK I'i ayrıca polis ve yargı mensupları dahil Hong Kong'un mevcut kamu görevlilerinin çalışmaya devam edeceklerini ve emekliliğin ardından kendilerine eskisinden daha az lehte olmayan şartlarda ve vatandaşlıklarına ya da ikametgahlarına bakılmaksızın emekli maaşı ve diğer özlük haklarının verileceğini öngörmektedir. Hong Kong'da kurulmuş ve şirket iş merkezi burada olan havayolları işlemeye devam edecek ve sivil havacılık idaresi sistemi de devam edecektir. SAR bu konuda geniş bir antlaşmalar yapma yetkisine sahiptir. Kişi, ifade, basın, toplanma, inanç, seyahat, grev ve sendikalara katılma özgürlükleri dahil haklar ve özgürlükler Hong Kong'da devam etmektedir. Önemli bir hüküm olan EK I, madde XIII, 1966 Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri hükümlerinin yürürlükte kalmaya devam etmesini şart koşmaktadır. Dolayısıyla yüksek bir halefiyet seviyesi öngörülmüş olan Hong Kong örneği sıra dışı bir durum oluşturmaktadır.

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

M. Craven, *The Decolonisation of International Law: State Succession and the Law of Treaties*, Oxford, 2007.

D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, Cambridge, 2 cilt, 1967.

M. N. Shaw, 'State Succession Revisited', 5 Finnish YIL, 1994, s. 34

*Succession of States* (ed. M. Mrak), The Hague, 1999.

<sup>273</sup> Bkz., 1842 Nanking Antlaşması, 30 BFSP, s. 389 ve 1860 Pekin Konvansiyonu, 50 BFSP, s. 10.

<sup>274</sup> 90 BFSP, s. 17. Bu üç antlaşma da Çin tarafından 'eşitsiz antlaşmalar' olarak geçersiz sayılmıştır.

<sup>275</sup> Bkz., 23 ILM, 1984, s. 1366.



## BÖLÜM 17

# UYUŞMAZLIKLARIN BARIŞÇIL YOLLARLA ÇÖZÜMÜ

Uluslararası hukukun barışın korunmasını daima temel amacı olarak gördüğünü söylemek yerinde olur.<sup>1</sup> Etik kaygılar uluslararası hukukun gelişimini tetiklemiş ve onun büyümesini yönlendirmiş olmakla beraber, uluslararası hukuk tarihsel olarak uluslararası toplum tarafından temelde dünya barışı ve güvenliğini tesis etme ve korumanın bir aracı olarak görülmüştür. Bu bölüm, uyuşmazlık ve çatışmaların barışçıl çözümü için uluslararası düzen içerisindeki mevcut usulleri (başka bölümde incelenen yargısal usuller hariç) ele almaktadır.<sup>2</sup>

Uyuşmazlık yönetimi teknikleri esas olarak iki kategoriye ayrılır: diplomatik usuller ve yargısal usuller. İlki, uyuşmazlık içindeki tarafların kendileri tarafından ya da başka kuruluşların yardımı ile müzakere ve araştırma yöntemlerinin kullanımıyla farklılıkları çözmeye teşebbüsünü içerir. Yargı usulleri ise, hukuki ya da olgusal konuların objektif üçüncü bir tarafça hakemlik yoluyla ya da yargı organlarının kararı ile belirlenmesini kapsar.

Uyuşmazlık çözümüne yönelik politik yaklaşım iki bölüme ayrılmaktadır. Birleşmiş Milletler tarafından uygulanabilen tedbirler kendine mahsus ayırt edici özelliklere sahip oldukları için ayrı olarak 21. Bölümde incelenmiştir. Kolaylık sağlamak açısından uyuşmazlık çözümünün Bölüm yöntemi ayrı olarak incelenecek olmakla birlikte, herhangi bir verili durumda çeşitli mekanizmaların değerlendirilebileceği de belirtilmelidir. Bunun iyi bir örneği, Çad-Libya sınır uyuşmazlığının başarılı bir şekilde çözümüdür. 1973'de anlaşmazlığın patlak vermesini müteakip uzun bir silahlı çatışma dönemi sonrası iki devlet 31 Ağustos 1989 tarihinde Toprak Uyuşmazlığının Barışçıl Yollardan Çözümü konusunda bir Çerçeve Anlaşma imzalamışlar ve bu anlaşma çerçevesinde bir yıl içerisinde barışçıl bir çözüme ulaşmayı taahhüt etmişlerdi. Politik çözüme ulaşılamaması durumunda taraflar konuyu Uluslararası Adalet Divanı'na götürecekleri taahhüdünde bulunmuşlardı.<sup>3</sup> Sonuca varılamayan müzakerelerden sonra uyuşmazlık iki devlet tarafından Çerçeve Anlaşma'ya atıfla Uluslararası Adalet Divanı'na

<sup>1</sup> Geneli için bkz., *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (ed. L. Boisson de Chazournes, M. Kohen ve J. Vinuales), Leiden, 2012; *International Dispute Settlement: Room for Innovations?* (ed. R. Wolfrum ve I. Gatzschmann, Heidelberg, 2013; *International Law and Dispute Settlement: New Problems and Techniques* (ed. D. French, M. Saul ve N. White), Oxford, 2010; J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 5. Baskı, Cambridge, 2011 ve Merrills, 'The Mosaic of International Dispute Settlement Procedures: Complementary or Contradictory?', 54 NILR, 2007, s. 361; K. Oellers-Frahm ve A. Zimmermann, *Dispute Settlement in Public International Law*, 2. Baskı, Berlin, 2001; F. Orrego Vicuna, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society: Constitutionalization, Accessibility, Privatization*, Cambridge, 2004; J. Collier ve V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, Cambridge, 1999; United Nations, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, New York, 1992; D. W. Bowett, 'Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes', 180 HR, 1983, s. 171 ve B. S. Murty, 'Settlement of Disputes', *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, s. 673. Ayrıca bkz., P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 918; K. Oellers-Frahm ve A. Zimmermann, *Dispute Settlement in Public International Law*, Berlin, 2001; C. P. Economides, 'L'Obligation de Règlement Pacifique des Différends Internationaux', *Mélanges Boutros-Ghali*, Brussels, 1999, s. 405; A. Peters, 'International Dispute Settlement: A Network of Cooperational Duties', 14 EJIL, 2003, s. 1; P. Pazartzis, *Les Engagements Internationaux en Matière de Règlement Pacifique des Différends entre États*, Paris, 1992 ve *The UN Decade of International Law: Reflections on International Dispute Settlement* (ed. M. Brus, S. Muller ve S. Wiemers), Dordrecht, 1991.

<sup>2</sup> Bölgesel insan hakları mahkemeleri için 6. Bölüm; uluslararası ceza mahkemeleri için 7. Bölüm; Deniz Hukuku Sözleşmesine göre uyuşmazlık çözümü için 10. Bölüm ve Uluslararası Adalet Divanı için 18. Bölüme bakınız.

<sup>3</sup> Bkz., 27 Nisan 1994 tarih ve S/1994/512 sayılı BM Genel Sekreteri Raporu, 33 ILM, 1994, s. 786 ve genel olarak M. M. Ricciardi, 'Title to the Aouzou Strip: A Legal and Historical Analysis', 17 *Yale Journal of International Law*, 1992, s. 301.

götürüldü.<sup>4</sup> Mahkeme 3 Şubat 1994'de kararını verdi. Mahkeme, Çad'ın iki devlet arasındaki sınırının 10 Ağustos 1955 tarihli Fransız-Libya Antlaşması ile tayin edildiği görüşünü kabul etti.<sup>5</sup> Bu karar sonrası iki devlet Libya'nın Aouzou bölgesinden 30 Mayıs 1994'e kadar geri çekilmesini öngören bir anlaşma imzaladılar. Anlaşma, bu çekilmenin Birleşmiş Milletler gözlemcileri tarafından denetlenmesini öngörmekteydi.<sup>6</sup> İki taraf, sınırın Uluslararası Adalet Divanı'nın kararına uygun olarak belirlenmesi için ortak bir uzmanlar grubu kurulması hususunda da anlaşmaya vardılar.<sup>7</sup> Güvenlik Konseyi 4 Mayıs 1994'de BM Aouzou Bölgesi Gözlemci Grubu'nun (UNASOG) kurulmasına ve 40 günlük bir dönem için bölgeye gözlemci ve destek personeli gönderilmesine yetki veren 915 (1994) sayılı kararı kabul etti.<sup>8</sup> Libya ve Çad 30 Mayıs'ta, Libya yönetimi ve güçlerinin geri çekilişinin UNASOG'un denetiminde her iki tarafı da tatmin edecek bir tarih itibarıyla sonuçlanacağını açıklayan ortak bir deklarasyon imzaladı.<sup>9</sup> Güvenlik Konseyi, geri çekilişin başarılı bir şekilde sonuca varması üzerine 13 Haziran'da 926 (1994) sayılı kararıyla UNASOG'un görevini sona erdirmiştir.<sup>10</sup>

Bununla birlikte, devletler, aralarındaki farklılıkları çözmekle yükümlü değildir; bu durum, ciddi hukuki uyuşmazlıklar durumunda olduğu kadar periferideki politik anlaşmazlıklar için de geçerlidir. Uyuşmazlık çözümü için mevcut tüm yöntemler ancak söz konusu devletlerin rızaları durumunda işlevseldir.<sup>11</sup> Bu, kuşkusuz ki, ulusal sistemlerin içerisindeki durum ile zıtlık arz edebilir. Bu durum, uluslararası ve ulusal hukuk düzenlerindeki mahkemelerce yerine getirilen farklı işlevlerde yansımaları bulmaktadır ve dünya toplumu içerisinde istikrarlı ve merkezi bir odak noktasının olmayışının bir boyutunu teşkil etmektedir.

Uyuşmazlıkların barışçıl yollardan çözümü ile ilgili mekanizmalar ilk olarak bir uyuşmazlığın varlığını gerektirir. Uyuşmazlığın tanımı Uluslararası Adalet Divanı nezdinde mütalaa konusu olmuştur,<sup>12</sup> ancak Uluslararası Adalet Divanı tarafından *Mavrommatis Palestine Concessions (Jurisdiction)* davasında<sup>13</sup> 'iki kişi arasındaki çıkarların ya da hukuki görüşlerin çatışması veya bir olgu ya da hukuki konu hususunda anlaşmazlık'a atıfta bulunulması bu konuda yetkin bir ölçü teşkil etmektedir. Bazen hukuki ve politik uyuşmazlıklar ya da yargılanabilir ve yargılanamaz uyuşmazlıklar arasında bir ayrım yapılır.<sup>14</sup> Bu ayrımın bazı uluslararası antlaşmalarda da yapılmış olmasına karşın, herhangi bir uyuşmazlığın bazı politik değerlendirmeleri içereceği ve açıkça politik nitelikte olan birçok anlaşmazlığın yargı yoluyla çözümlenebileceği düşünülecek olursa bu ayrım belli ölçüde sağlıksızdır. Herhangi bir uyuşmazlığın hukuki mi yoksa politik olarak mı tanımlanacağı, söz konusu olayın belli bazı koşullarına, ilgili taraflarca benimsenen görüşlere ve farklılıklarını tanımlamada seçtikleri yola bağlı olabilir. Gerçekten, ikisini birbirinden açıkça farklılaştıran objektif genel kriterlere işaret etmek son derece güçtür.<sup>15</sup> Bununla birlikte, bu durum sorunların çözümü

<sup>4</sup> Libya 31 Ağustos 1990 ve Çad 3 Eylül 1990 tarihinde: Bkz., *Libya/Chad* davası, ICJ Reports, 1994, ss. 6, 14; 100 ILR, ss. 1, 13.

<sup>5</sup> ICJ Reports, 1994, s. 40; 100 ILR, s. 39.

<sup>6</sup> 100 ILR, s. 102, 1. madde. Ayrıca bkz., 33 ILM, 1994, s. 619.

<sup>7</sup> 100 ILR, s. 103, 6. madde. Ayrıca 13 Nisan 1994 tarih ve S/1994/432 sayılı BM Güvenlik Konseyi Genel Sekreteri'nin mektubuna bakınız, *a.g.e.*, ss. 103-4.

<sup>8</sup> 14 Nisan'da Güvenlik Konseyi, BM'ye ait ilk keşif ekibinin 748 (1992) sayılı karara istinaden Libya aleyhine yaptırımlardan muaf tutulmasıyla ilgili 910 (1994) sayılı kararı kabul etmiştir. Gözlemci grup 915 B sayılı karara istinaden benzer şekilde muaf tutulmuştur.

<sup>9</sup> Bkz., 6 Haziran 1994 tarih ve S/1994/672 sayılı BM Genel Sekreteri Raporu, 100 ILR, ss. 111 vd. Ortak Deklarasyon tanık olarak UNASOG Baş Askeri Gözlemcisi tarafından imzalanmıştır.

<sup>10</sup> *A.g.e.*, s. 114.

<sup>11</sup> Bağlayıcı Güvenlik Konseyi kararları haricinde: Daha fazlası için bkz., aşağıda 21. Bölüm.

<sup>12</sup> Daha fazlası için bkz., aşağıda 18. Bölüm.

<sup>13</sup> PCIJ, Series A, No. 2, 1924, s. 11.

<sup>14</sup> Bkz., H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, London, 1933, özellikle ss. 19-20.

<sup>15</sup> Daha fazlası için bkz., bu bölümde aşağıda.

için mevcut hukuki ve politik usuller arasında önemli farklar olmadığı anlamına gelmez. Tam olarak hukuki bir yaklaşım, belli bir mahkemenin sahip olabileceği herhangi bir reformcu eğilime bakılmaksızın, o noktadaki mevcut kuralın hükümlerine bağlı olacaktır; oysa sorunun çözümüne ilişkin politik teknikler ise çok sınırlandırılmış değildir. Politik ve hukuki kurumların aynı temel durumun değişik boyutları ile ilgilenmeleri de olağandışı değildir.<sup>16</sup>

Devletler arası uyuşmazlıklarda politik etkilerin ve mütalaaların rolü açıkçası hayati öneme sahiptir ve çoğu uyuşmazlık çözümü tam olarak sadece daha geniş uluslararası politik bağlam içerisinde anlaşılabilir. Ayrıca, bir devletin bir uyuşmazlık hususunda nasıl davranacağı politik faktörlere bağlıdır. Uyuşmazlık eğer hayati çıkarları etkileyen bir uyuşmazlık olarak algılanıyorsa, söz konusu devlet konuyu bağlayıcı karar alacak üçüncü bir tarafa götürme hususunda - konunun daha teknik bir konu olması durumuna göre - daha az istekli olacaktır. Bölgesel mekanizmaların varlığı çoğunlukla politik anlama sahip olacaktır.

BM Antlaşması'nın 2 (3). maddesi 'tüm üyelerin, uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarını, uluslararası barış ve güvenlik ile ve adaleti tehlikeye düşürmeyecek biçimde, barışçıl yollarla çözmelerini' öngörmektedir.

1970 yılındaki Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk Prensipleri Hakkındaki Deklarasyon<sup>17</sup> bu prensibi geliştirmiştir ve 'devletlerin müzakere, soruşturma, arabuluculuk, uzlaşma, hakemlik, yargı, bölgesel kuruluşlara ya da anlaşmalara başvurma ya da kendi seçecekleri diğer barışçıl yollar vasıtasıyla uluslararası uyuşmazlıklarının acil ve adil çözümünü aramalarını' belirtmiştir.

Uyuşmazlık çözümüne ilişkin aynı yöntemler - süregitmesi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebilecek nitelikte olan uyuşmazlıklar bağlamında olmakla birlikte - BM Antlaşması'nın 33 (1). maddesinde de öngörülmektedir. 1970 Deklarasyonu tarafların acil ve adil bir çözüm arayışında uyuşmazlığın niteliğine ve koşullarına uygun gördükleri barışçıl yöntemler hususunda anlaşmaya varmalarını önermektedir.

Bu nedenle belirlenmiş yöntemlere ilişkin temel bir hiyerarşinin ya da herhangi bir verili durumda zorunlu olan belirli bir yöntemin olmadığı görülmektedir. Devletler uyuşmazlıklarının çözümü için benimseyecekleri mekanizmalara ilişkin seçim hakkına sahiptirler.<sup>18</sup> Bu yaklaşım Amerika Kıtası Devletleri Örgütü'nün (1948) Amerika Kıtası Barışçıl Çözüm Antlaşması (Bogota Paketi), Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollardan Çözümüne Dair Avrupa Sözleşmesi (1957) ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Helsinki Nihai Senedi (1975) gibi birçok bölgesel anlaşmada da kabul edilmiştir. Ayrıca, belli bir yöntemin başarısızlığı durumunda, uyuşmazlığın taraflarının üzerinde uzlaşmaya varılmış diğer barışçıl yöntemlerle bir çözüm aramaya devam etme yükümlülüğü olduğu not edilmelidir. Kullanılan yöntemler bir uyuşmazlığı çözmeye başarısız olursa ve uyuşmazlığın süregitmesi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye sokacaksa BM Antlaşması'nın 37 (1). maddesi uyarınca taraflar 'konuyu Güvenlik Konseyi'ne sunarlar.'<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Bkz., *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1980, ss. 3, 22-3; 61 ILR, ss. 530, 548-9 ve *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 392, 435-6; 76 ILR, ss. 104, 146-7.

<sup>17</sup> 2625 (XXV) sayılı Genel Kurul kararı. Ayrıca bkz., Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne Dair Manila Deklarasyonu, 37/590 sayılı Genel Kurul kararı; kararlar 2627 (XXV); 2734 (XXV); 40/9; Uluslararası Barış ve Güvenliği Tehdit Edebilecek Uyuşmazlık ve Durumların Giderilmesi ve Önlenmesine Dair Deklarasyon. 43/51 sayılı karar ve Bulgu Tespiti Deklarasyon, 46/59 sayılı karar.

<sup>18</sup> BM Şartı'nın 33(1). maddesine ve Manila Deklarasyonu'nun I(3) ve (10). bölümlerine bakınız.

<sup>19</sup> Vurgu eklenmiştir. Uluslararası Divan, *Nicaragua v. US* davasında (ICJ Reports, 1986, ss. 14, 145) sürdürülmesi halinde, uluslararası barış ve güvenliğin muhafazasını tehlikeye atma olasılığı bulunan herhangi bir uyuşmazlığın taraflarının, uluslararası teamül hukuku prensibi olarak barışçıl yollarla bir çözüm aramaları gerektiği ilkesine atıfta bulunmuştur.



## UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNÜN DİPLOMATİK YÖNTEMLERİ

### Müzakere<sup>20</sup>

Farklılıkları çözmek için kullanılan bütün usullerin arasında en basit ve en çok yararlanılan yöntem, anlaşılabilir bir şekilde, müzakeredir. Müzakere temel olarak farklı görüşleri uzlaştırmak ya da, en azından, savunulan farklı pozisyonları anlamak amacıyla ilgili taraflar arasında yapılan görüşmelerdir. Üçüncü tarafları, en azından o aşamada, içermez ve bu nedenle uyuşmazlık yönetiminin diğer biçimlerinden farklıdır. Müzakere, kendi başına uyuşmazlık çözümünün son derece etkin bir yöntemi olmasının yanı sıra, taraflar farklılıklarını en iyi şekilde nasıl çözeceklerine kendi aralarında karar verdikleri için normal olarak diğer çözüm usullerinin de başlatıcısıdır.<sup>21</sup> Komplike anlaşmazlıkların – her zaman çözümü için değilse de - açıklığa kavuşturulması için son derece uygundur. Farklılıkların temeli karşılıklı tartışmalar yoluyla açığa çıkacak ve karşıt görüşler aydınlığa kavuşacaktır. Müzakereler, taraflar doğrudan müdahil oldukları için, uyuşmazlıkların çözümünde en tatmin edici yöntemdir. Müzakereler belli ölçülerde karşılıklı iyi niyet, esneklik ve hassasiyete bağlı olduğundan kuşkusuz ki her zaman başarı ile neticelenmez. Uluslararası Adalet Divanı, müzakerelerin salt itirazlar ve münakaşalardan farklı olduğu ve en azından ‘uyuşmazlığı çözmek amacıyla uyuşmazlığın taraflarından birinin diğer taraf ile görüşmeler yürütmek için samimi bir çabasını’ gerektirdiğini ifade etmiştir.<sup>22</sup>

Belli bazı durumlarda iki ya da çok taraflı anlaşmalardan kaynaklanan müzakerelere birme hususunda bir yükümlülük olabilir.<sup>23</sup> Örneğin, Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin (1982) 283 (1). maddesi sözleşmenin yorumu ya da uygulamasına ilişkin taraf devletler arasında bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, ‘uyuşmazlığın taraflarının müzakereler ya da diğer barışçıl yollarla sorunun çözümüne ilişkin süratle görüş alış verişi başlatmalarını

<sup>20</sup> Bkz. UN Handbook, Bölüm II; Collier ve Lowe, *Settlement*, Bölüm 2; Merrills, *International Dispute Settlement*, Bölüm 1, ve Merrills, ‘Mosaic’; K. Wellens, *Negotiations in the Caselaw of the International Court of Justice: A Functional Analysis*, Cheltenham, 2014; B. Starkey, M.A. Boyer ve J. Wilkenfeld, *International Negotiation in a Complex World*, 4. Baskı, Lanham, 2015 ve H. Lachs, ‘The Law and Settlement of International Disputes’, Brus ve diğerleri, *Dispute Settlement*, ss. 287–9. Ayrıca bkz. Murty, ‘Settlement’, ss. 678–9; A. Watson, *Diplomacy*, London, 1982; F. Kirgis, *Prior Consultation in International Law*, Charlottesville, 1983; P. J. De Waart, *The Element of Negotiation in the Pacific Settlement of Disputes between States*, The Hague, 1973; A. Lall, *Modern International Negotiation*, New York, 1966; G. Geamanu, ‘Théorie et Pratiques des Négociations en Droit International’, 166 HR, 1980 I, s. 365; B. Y. Diallo, *Introduction à l’Étude et à la Pratique de la Négociation*, Paris, 1998; N. E. Ghazali, ‘La Négociation Diplomatique dans la Jurisprudence Internationale’, *Revue Belge de Droit International*, 1992, s. 323 ve D. Anderson, ‘Negotiations and Dispute Settlement’, *Remedies in International Law* (ed. M. Evans), Oxford, 1998, s. 111. Manila Bildirgesi’nin 10. İşlem fıkrasının doğrudan müzakerelerin ‘barışçıl çözümün esnek ve etkili araçlarından biri’ olduğunu vurguladığı not edilmelidir.

<sup>21</sup> Bkz. Judge Nervo, *Fisheries Jurisdiction* davası, ICJ Reports, 1973, ss. 3, 45; 55 ILR, ss. 183, 225. Ayrıca bkz. ‘Bir uyuşmazlığın hukuka göre bir eylem konusu yapılabilmemesinden önce uyuşmazlığın konusunun diplomatik müzakereler tarafından açıkça tanımlanmış olması gerekir’ notunu düşen *Mavrommatis Palestine Concessions* davası, PCIJ, Series A, No. 2, 1924, s. 15 ve *the Right of Passage (Preliminary Objections)* davası, ICJ Reports, 1957, ss. 105, 148; 24 ILR, ss. 840, 848–9. Divan *Free Zones of Upper Savoy ve District of Gex* davasında (PCIJ, Series A, No. 22, s. 13; 5 AD, ss. 461, 463) uyuşmazlıkların adli çözümü, ‘taraflar arasındaki bu tür uyuşmazlıkların doğrudan ve dostça çözüme kavuşturulmasına yalın bir alternatif’ notunu düşmüştür.

<sup>22</sup> *Georgia v. Russian Federation*, ICJ Reports, 2011, ss. 70, 132. Bazı antlaşmaların belirli şartlar altında istişareyi öngördüğü not edilmelidir: Bkz., Devletlerin Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Temsillerine Dair (1975) Viyana Sözleşmesi’nin 84. maddesi; Devletlerin Antlaşmalar Çerçevesindeki Halefiyetine Dair (1978) Viyana Sözleşmesi’nin 41. maddesi ve Devletlerin Mülkiyet, Arşiv ve Borçlar Konusunda Halefiyetine Dair (1983) Sözleşmesi’nin 42. maddesi.

<sup>23</sup> Bkz. *Fisheries Jurisdiction* davası, ICJ Reports, 1974, s. 3; 55 ILR, s. 238. Ayrıca bkz., Antarktik Antlaşması (1959) 8(2). madde; Ay Antlaşması (1979) 15. madde; Devletlerin Antlaşmalar Çerçevesindeki Halefiyetine Dair (1978) Viyana Sözleşmesi (1978), 41. madde; Devletlerin Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Temsillerine Dair (1975) Viyana Sözleşmesi (1975) 84. madde ve Deniz Hukuku Sözleşmesi (1982) 283. madde.

öngörmektedir.<sup>24</sup> Diğer bazı antlaşmalar müzakerelerin başarısızlığı durumunda üçüncü taraf mekanizmalarına başvuruyu esas alabilmektedir.<sup>25</sup> Ayrıca, 'sözleşmede ya da uluslararası hukukun diğer kaynaklarında diplomatik müzakere yolunun tüketilmesinin konunun mahkemeye taşınması hususunda bir ön şart teşkil edeceğine dair genel bir kural olmadığı'<sup>26</sup> vurgulanmakla birlikte, mahkemelerin tarafları iyi niyetle müzakere yürütmeye yönlendirebilmesi ve taraflar arasındaki müzakereler süresince göz önüne alınacak faktörlere işaret edebilmesi mümkündür.<sup>27</sup> Müzakere yürütülmesi hususunda bir yükümlülük olduğu durumlarda bu, bu tür müzakereleri mümkün olduğu kadar anlaşmaya varma amacıyla gerçekleştirme konusunda bir yükümlülük anlamına da gelir.<sup>28</sup> Mahkeme *North Sea Continental Shelf* davalarında 'tarafların bir anlaşmaya varma amacıyla müzakereler gerçekleştirme yükümlülüğü altında olduğu (sadece bir çeşit ön koşul olarak şekli müzakere sürecini geçirme yükümlülüğü değil)... müzakereleri anlamlı olacak şekilde yürütme sorumluluğunda olduğu ve tarafların hiç birinin kendi pozisyonlarında herhangi bir değişiklik düşünmeksizin ısrar etmeleri durumunun buna uygun olmadığı'ni ifade etmiştir.<sup>29</sup>

Mahkeme, *German External Debts* davasında müzakere gerçekleştirilmesi hususunda anlaşmaya varmanın her halükarda bir anlaşmaya varma yükümlülüğünü kastetmemekle birlikte 'bu amaca yönelik ciddi çabaların gösterileceği anlamına geldiği'ni vurgulamıştır.<sup>30</sup> *Lac Lanoux* tahkim davasında mahkeme, 'iki devlet arasındaki istişare ve müzakerelerin samimi olması ve iyi niyet kurallarına uyması, sadece formaliteden ibaret olmaması gerektiğini' açıklamıştır.<sup>31</sup> Görüşmenin haksız yere kesilmesi, olağandışı geciktirmeler ve getirilen önerileri ya da çatışan çıkarları

<sup>24</sup> Bu hüküm Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi tarafınca görüşülmüştür. Örneğin bkz., *Southern Bluefin Tuna* davaları, 28 ILM, 1999, s. 1624 ve *Mox* davası, 41 ILM, 2002, s. 405. *Land Reclamation* davasında (126 ILR, s. 487), görüş alış verişinin olumlu bir sonuç vermeyebileceğinin açık olduğu durumlarda bu sürece devam etmeye hiç gerek olmadığı belirtilmiştir, a.g.e., 48. paragraf. *Barbados v. Trinidad and Tobago* davasında, (11 Nisan 2006 tarihli tahkim kararı, prg. 201-3) 283(1). maddenin, birkaç yıldır süren müzakerelerin uyuşmazlığın çözümünde başarısız olması durumunda, daha ileri bir görüş teatisinin gerekli olabileceğinin gerektiği şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Müzakereyle çözüm sağlanması için 283 (1). maddenin gerekliliğinin, müzakerelerin bir parçası olarak halihazırda uygulanması gereken 74 ve 83. maddeler uyarınca bir sınırlandırma üzerinde uzlaşmaya varılması yükümlülüğü ile ilgili olduğu kaydedilmiştir.

<sup>25</sup> Örneğin bkz., 1949 tarihli Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Gözden Geçirilmiş Genel Senedi; 1948 Uluslararası Denizcilik Örgütü Antlaşması ve 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi.

<sup>26</sup> *Cameroon v. Nigeria (Preliminary Objections)*, ICJ Reports, 1998, ss. 275, 303.

<sup>27</sup> Bkz., *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 53-4; 41 ILR, ss. 29, 83. Ayrıca bkz., *the Fisheries Jurisdiction* davası, ICJ Reports, 1974, ss. 3, 32; 55 ILR, ss. 238, 267.

<sup>28</sup> Bkz. *Railway Traffic between Lithuania and Poland* davası, PCIJ, Series A/B, No. 42, s. 116; 6 AD, ss. 403, 405. Manila Bildirisi I. Bölüm, 10. paragraf, devletlerin müzakerelere başvurduğu zaman, 'tarafların kabul edebileceği erken bir çözüme ulaşmak için anlamlı müzakerelerde bulunmaları' gerektiğini bildirir. Uluslararası Hukuk Derneği'nin Uzay Çöplüğünün Neden Olduğu Zararlardan Çevrenin Korunması Hakkında Uluslararası Belge tasarısının 4(e). maddesi, 'iyi niyet çerçevesinde müzakere etmenin... bir çözüme ulaşma amacıyla, diğer şeylerin yanı sıra istişarelerde veya görüşmelerde bulunmak anlamına geldiğini' belirtir. Bkz., Report of the Sixty-sixth Conference, Buenos Aires, 1994, s. 319.

<sup>29</sup> ICJ Reports, 1969, ss. 3, 47; 41 ILR, ss. 29, 76. Divan, uluslararası hukuktaki müzakerelerdeki tüm benzer yükümlülüklerde olduğu gibi, müzakerelerin iyi niyet çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir, *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 423. Bkz., *Nicaragua v. Honduras* (ICJ Reports, 1988, ss. 69, 99) ve *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda* (ICJ Reports, 2006, ss. 6, 46 vd.) davalarında ortaya çıkan uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin sorular.

<sup>30</sup> 47 ILR, ss. 418, 454. Ayrıca bkz., *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports, 2010, ss. 14, 68 ve *Georgia v. Russian Federation*, ICJ Reports, 2011, ss. 70, 132-3. Yargıç Greenwood'ın Ayrı Görüşü için bkz., a.g.e., s. 226.

<sup>31</sup> 24 ILR, ss. 101, 119. Divan, yalnızca protesto ve tartışmalardan ayrı olarak müzakerelerin gerçekleşip gerçekleşmediği ve başarısız olup olmadığı veya boşa çıkıp çıkmadığı veya çıkmaza girip girmediği sorularının esasen her davada dikkate alınması gereken gerçekler olduğuna dikkat çekmiştir. Ayrıca bkz., *Georgia v. Russian Federation*, ICJ Reports, 2011, ss. 70, 133.

dikkate almayı sistematik olarak reddetme gibi durumlar, iyi niyet kurallarının ihlaline örnek olarak gösterilmiştir.<sup>32</sup>

Bu konu Uluslararası Adalet Divanı tarafından *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davasında da vurgulanmış ve Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Antlaşması'nın 'nükleer silah yarışının yakın tarihte durdurulması ve nükleer silahsızlanmaya ilişkin etkili önlemler ile sıkı ve etkili uluslararası denetim altında genel ve tam silahsızlanmaya ilişkin bir anlaşma akdi için görüşmelerin iyi niyetle yürütülmesi'ni öngören 4. maddesine atıfta bulunulmuştur. Mahkeme bu yükümlülüğün hukuki anlamının sırf müzakere yürütme yükümlülüğünün ötesine geçtiğini, burada ele alınan yükümlülüğün belli bir tutum benimseyerek - yani konu hakkındaki müzakerelerin iyi niyet çerçevesinde izlenmesi - somut bir sonuç elde etmeye (bütün yönleriyle nükleer silahsızlanmanın gerçekleşmesi) yönelik bir yükümlülük olduğunu açıklamıştır.<sup>33</sup>

BM Antlaşması'nın 33. maddesi süregitmesi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebilecek uyuşmazlıklar durumunda, tarafların herşeyden önce müzakere, soruşturma ya da arabuluculuk yollarına başvurarak bir çözüm aramalarını, bu çabalar sonuç vermezse sonrasında çözüm için daha kompleks yöntemlere başvurmalarını öngörmektedir.<sup>34</sup>

### Dostane Girişim ve Arabuluculuk<sup>35</sup>

Dostane girişim ve arabuluculuk usullerine başvurma, tarafların bir çözüme ulaşmalarını teşvik etmek amacıyla bir üçüncü tarafın (birey ya da bireyler, bir devlet ya da devletler grubu veya bir uluslararası organizasyon) kullanılmasını içerir. Hakemlik ve mahkeme tekniklerinden farklı olarak, süreç, uyuşmazlığın taraflarını söz konusu uyuşmazlığın bizzat kendileri tarafından sona erdirerek tatmin edici bir sonuca ulaşmaları hususunda ikna etmeyi hedefler. Uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasına yönelik hükümler öngörülmez.

Teknik olarak, dostane girişim bir üçüncü tarafın çatışan tarafları müzakereye girme yönünde etkilemeye çalıştığı durumda görülürken, arabuluculuk üçüncü tarafın müzakere sürecine bizzat aktif katılımı anlamına gelir. Gerçekte iki yaklaşım arasındaki ayırım çizgisini belirlemek, koşullara bağlı olarak iç içe geçmeye meyilli oldukları için, çoğu kez güçtür. Dostane girişim yöntemine örnek olarak, ABD Başkanı'nın 1906'da Rus-Japon Savaşı'nın sona erdirilmesinde oynadığı rol<sup>36</sup> ya da SSCB'nin 1965'deki Hindistan-Pakistan ihtilafının barışçıl yönden çözüme kavuşturulmasına yardım edilmesinde gösterdiği çaba<sup>37</sup>

<sup>32</sup> *A.g.e.*, s. 128. Ayrıca bkz., *the Tacna-Arica Arbitration*, 2 RIAA, ss. 921 vd.

<sup>33</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 226, 263-4; 110 ILR, ss. 163, 213-14. Mahkeme geçici tedbirler alan (ya da kaldıran) talimatlar vererek tarafları çoğunlukla müzakere etmeye zorlar. Örneğin bkz., *Great Belt* davası, ICJ Reports, 1991, s. 12 ve 13 Temmuz 2006 ve 23 Ocak 2007 tarihli Uruguay Nehri kıyısındaki Pulp Mills emirleri. Geçici tedbirlerle ilgili daha fazlası için bkz., aşağıda Bölüm 19.

<sup>34</sup> Bkz., *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 47; 41 ILR, ss. 29, 77 ve *Fisheries Jurisdiction* davaları, ICJ Reports, 1974, ss. 3, 32; 55 ILR, s. 267.

<sup>35</sup> Bkz., UN Handbook, s. 33; Collier ve Lowe, *Settlement*, s. 27; Merrills, *International Dispute Settlement*, Bölüm 2; R. R. Probst, 'Good Offices' In the Light of Swiss International Practice and Experience, Dordrecht, 1989; New Approaches to International Mediation (ed. C. R. Mitchell ve K. Webb), New York, 1988; J. Brierly, *The Law of Nations*, 6. Baskı, Oxford, 1963, ss. 373-6 ve Murty, 'Settlement', ss. 680-1. Ayrıca bkz. *International Mediation in Theory and Practice* (ed. S. Touval ve I. W. Zartman), Boulder, 1985; J. Greig ve P. Diehl, *International Mediation*, Cambridge, 2012 ve *Mediation in International Relations* (ed. J. Bercovitch ve J. Z. Rubin), London, 1992. Ayrıca bkz., uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümü, uyuşmazlıkların önlenmesi ve çözümlenmesi konusunda arabuluculuk rolünün güçlendirilmesi hakkında 65/238 sayılı BM Genel Kurul kararı, 2011. Ayrıca bkz. United Nations, *Guidance for Effective Mediation*, 2012.

<sup>36</sup> Murty, 'Settlement', s. 681. Ayrıca, Kamboçya ve Tayland himayesine ilişkin olarak Fransa ile arasındaki toprak uyuşmazlığına dair ABD'nin dostane girişim uygulamasına bakınız, SCOR, İlk Yıl, 81. Oturum, ss. 505-7.

<sup>37</sup> Bkz., GAOR, 21. Oturum, Ek, No. 2, Kısım I, Bölüm III.

verilebilir. Diğer bir örnek de, 1970'lerin başında Paris'te başlayan ABD-Kuzey Vietnam müzakerelerinin teşvik edilmesinde Fransa'nın oynadığı roldür.<sup>38</sup> Bir arabulucu - 1973-74'de Orta Doğu'da ABD Dışişleri Bakanı örneğinde olduğu gibi<sup>39</sup> - çatışan tarafların genellikle kendi teklifi olan noktaları kabul etmeleri için ikna etmeye çalışmada etkin ve hayati bir işleve sahiptir. Tartışmalar esnasındaki atmosferi iyileştirmek ve farklı iddialar arasında arabuluculuk yapmak onun sorumluluğudur. BM Genel Sekreteri bazen dostane girişimde bulunarak önemli bir rol oynayabilir.<sup>40</sup> Bunun bir örneği 1988'de Afganistan'a ilişkin durumda yaşanmıştır. Aynı yıl yapılan Cenevre Anlaşmaları, Genel Sekreter temsilcisinin taraflara yönelik dostane girişimde bulunacağını özel olarak belirtmiştir.<sup>41</sup> Ayrıca Genel Sekreter bölgesel örgütlerin yöneticileri ile birlikte de dostane girişimde bulunabilir.<sup>42</sup> İlâveten, BM'nin arabuluculukta bulunması hususunda artan bir ilgi siz konusudur.<sup>43</sup> 2015 tarihli BM Genel Sekreteri'nin, BM ve Uyuşmazlıkların Önlenmesine Dair Raporu 'dostane girişim, önleyici diplomasi ve arabuluculuk' başlığı altında çok iş yapıldığını ve 'bu terimlerin Birleşmiş Milletlerin neyi yerine getirmek için kurulduğunu özetlediğini' ifade etmektedir.<sup>44</sup> Ayrıca BM ile bölgesel ve alt bölgesel örgütler arasında arabuluculuğa ilişkin artan bir işbirliği de mevcuttur.<sup>45</sup>

1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri bu iki süreci belirleyen kuralların birçoğunu ortaya koymuştur. Antlaşmaların imzacılarının husumet dönemlerinde bile dostane girişim ya da arabuluculuk önerme hakkına sahip oldukları ve bu hakkın kullanılmasının çatışan taraflarca asla düşmanca bir davranış olarak görülemeyeceği ifade edilmiştir.<sup>46</sup> Ayrıca, bu tür usullerin bağlayıcı olmadığı da belirtilmiştir. Sözleşmeler ciddi bir uyuşmazlık ya da çatışma durumunda taraflara silahlı müdahalede bulunmadan önce koşullar izin verdiği ölçüde dostane girişim ya da arabuluculuğa başvurma yükümlülüğü getirmiştir.<sup>47</sup> Kuşkusuz ki bu durum, güç kullanımına ilişkin olarak BM Şartı'nın ilgili hükümleri ışığında değerlendirilmelidir. Bu yükümlülük diplomatik usullerce yerine getirilmesi gereken kısma işaret etmektedir.

<sup>38</sup> Bkz., AFDI, 1972, ss. 995-6. 1978-1985 yılları arasında Arjantin ve Şili arasındaki Beagle Kanalı uyuşmazlığında bir arabulucu olan Kardinal Samore'nin oynadığı role de dikkat çekmek gerekir. Bkz. Merrills, *International Dispute Settlement*, s. 30 ve 24 ILM, 1985, ss. 1 vd. Bkz., aşağıda.

<sup>39</sup> Bkz., DUSPIL, 1974, ss. 656-8 ve a.g.e., ss. 759-62.

<sup>40</sup> Bkz., BM Genel Sekreteri'nden Kıbrıs'a dostane girişim misyonu üstlenmesini talep eden 367 (1975) Güvenlik Konseyi kararı. Dostane girişim görevi hakkında Genel Sekreter tarafından yapılan açıklama için bkz., Handbook, ss. 35-6. Ayrıca bkz., B. G. Ramcharan, 'The Good Offices of the United Nations Secretary-General in the Field of Human Rights', 76 AJIL, 1982, s. 130. Uluslararası Barış ve Güvenliği Tehdit Eden Uyuşmazlıkların ve Durumların Önlenmesi ve Kaldırılmasına Dair Deklarasyon'un 12. paragrafına dikkat ediniz, 1988, 43/51 sayılı Genel Kurul kararı. Ayrıca bkz., aşağıda Bölüm 22.

<sup>41</sup> S/19835, Ek. Ayrıca bkz., 622 (1988) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>42</sup> Batı Sahra ve Mayotte durumlarıyla ilgili olarak Afrika Birliği Örgütü Başkanı örneğine bkz. UN Handbook, s. 39 ve Orta Amerika'ya ilişkin olarak Amerika Devletleri Örgütü Genel Sekreteri örneği için bkz., a.g.e.

<sup>43</sup> Örneğin bkz. 65/283 (2011), 66/291 (2012), 68/203 (2014) ve 70/304 (2016) sayılı Genel Kurul kararları ile 2171 (2014) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>44</sup> S/2015/730, para. 24. Ayrıca bkz. UN Secretary-General's Report on 'Strengthening the Role of Mediation in the Peaceful Settlement of Disputes, Conflict Prevention and Resolution', A/66/811 (2012). Özellikle bkz. UN Guidance for Effective Mediation, a.g.e., Ek I. Ayrıca BM Siyasi İşler Departmanı Siyasi ve Arabuluculuk Bölümü içerisinde Arabuluculuk Destek Biriminin ve bu birim içerisinde arabuluculuk uzmanlarından oluşan Hazır Takım'ın oluşturulduğunu not ediniz. <http://peacemaker.un.org/mediation-support>

<sup>45</sup> Bkz. UN Secretary-General's Report on 'Cooperation between the United Nations and regional and subregional organizations on mediation', A/70/328 (2015).

<sup>46</sup> 1899 tarihli I. ve 1907 tarihli II. Lahey Sözleşmelerinin 3. maddesi.

<sup>47</sup> A.g.e., 2. madde.

**Soruşturma**<sup>48</sup>

Olgusal konular hakkında görüş farklılıklarının taraflar arasında bir uyuşmazlığı ortaya çıkardığı durumlarda mantıki çözüm, genellikle, tartışma konusu hakkındaki gerçekleri tam olarak ortaya çıkaracak bir soruşturma komisyonu oluşturmaktır.<sup>49</sup> Bu tür soruşturmalar için hükümler ilk olarak 1899 yılındaki Lahey Konferansı'nda hakeme başvurma yoluna muhtemel bir alternatif olarak geliştirilmiştir.<sup>50</sup> Fakat bu teknik sadece, tarafların haysiyet ya da hayati çıkarlarını ilgilendirmeyen, uyuşmazlığın tarafsız ve vicdanlı bir soruşturmaya başvurarak çözülebilecek olan ve belirli olgulara ilişkin gerçek bir çatışma etrafında gelişen uluslararası anlaşmazlık vakalarında anlamlı olabileceği için sınırlı uygulama alanı bulabilmektedir.<sup>51</sup>

Soruşturma, Rus donanmasına ait gemilerin düşman Japon mayın gemileri olduğu düşüncesiyle İngiliz balıkçı teknelerine ateş açtığı 1904 yılındaki Dogger Bank olayında oldukça başarılı olarak uygulanmıştır.<sup>52</sup> Lahey hükümleri uygulamaya koyulmuş<sup>53</sup> ve uluslararası soruşturma komisyonunun raporu sorunun barışçıl çözümüne katkıda bulunmuştur.<sup>54</sup> Bu, 1907 tarihli Lahey Konferansı'na tekniğin detaylı bir şekilde incelenmesini<sup>55</sup> ve usulle ilgili bir destek oluşmasını teşvik etmiştir.<sup>56</sup> Birleşik Devletler, örneğin, 1913 ve 1940 yılları arasında her birinde kalıcı bir soruşturma komisyonu oluşturulması için hükümler içeren kırk sekiz ikili antlaşma imzalamıştır. Bu antlaşmalar "Bryan Antlaşmaları" olarak bilinmektedir.<sup>57</sup>

Bununla birlikte, 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi uyarınca soruşturma komisyonlarının kullanılmasının uygulamada çok nadir olduğu görülmüştür. 1962 tarihli *Red Crusader* soruşturması<sup>58</sup> öncesindeki son soruşturma kırk yıl önce gerçekleştirilmiştir. Bu, bir İngiliz

<sup>48</sup> Bkz. Collier ve Lowe, *Settlement*, s. 24; Merrills, *International Dispute Settlement*, Bölüm 3 ve N. Bar-Yaacov, *The Handling of International Disputes by Means of Inquiry*, London, 1974. Ayrıca bkz., UN Handbook, ss. 24 vd.; T. Bensalah, *L'Enquete Internationale dans le Règlement des Conflits*, Paris, 1976; P. Ruegger, 'Quelques Reflexions sur le Role Actuel et Futur des Commissions Internationales d'Enquête', *Melanges Bindschedler*, Paris, 1980, s. 427, ve Ruegger, 'Nouvelles Reflexions sur le Role des Procedures Internationales d'Enquête' dans la Solution des Conflits Internationaux', *Etudes en l'Honneur de Robert Ago*, Milan, 1987, s. 327.

<sup>49</sup> Burada göz önünde bulundurulması gereken özel bir usul olarak soruşturma, BM veya diğer kurumlar aracılığıyla, anlaşmazlığın çözümüne ilişkin diğer mekanizmaların bir parçası olarak genel tahkikat veya soruşturma sürecinden ayrılmalıdır. Bkz. *Fact-Finding Before International Tribunals* (ed. R. B. Lillich), Charlottesville, 1992.

<sup>50</sup> Bkz. Bar-Yaacov, *International Disputes*, Bölüm 2. Amerika-İspanya Savaşı'na zemin hazırlayan 1898'de ABD savaş gemisi Maine'nin imha edilmesi olayı, özellikle önemli bir 'güvenlik valfi' mekanizması olarak soruşturmanın gelişiminde itici bir güç olarak belirtilmiştir, *a.g.e.*, ss. 33-4. Bu, özellikle bu olaydaki sonuçlara karşı çıkan muhalif ulusal soruşturmalar ışığında yapılmıştır: Bu davadaki soruşturma komisyonu hakkında bkz., *Annual Register*, 1898, s. 362.

<sup>51</sup> 9. Madde, 1899 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne Dair Lahey Sözleşmesi.

<sup>52</sup> Bar-Yaacov, *International Disputes*, Bölüm 3. Ayrıca bkz. Merrills, *International Dispute Settlement*, ss. 42 vd., ve J. B. Scott, *The Hague Court Reports*, New York, 1916, s. 403.

<sup>53</sup> Soruşturma Komisyonu Birleşik Krallık, Rus, Fransız ve Amerikan filolarında görevli dört deniz subayına ek olarak bu dörtlü tarafından seçilen (bu olayda bir Avusturya-Macaristanlı) beşinci bir üyeden oluşmuştu. Komisyonun özellikle yükümlülük ve suçlama bakımından her durumu incelemesi gerekiyordu.

<sup>54</sup> Rus saldırısı için herhangi bir gerekçe olmadığı tespit edilmiştir. Olayda her iki taraf da söz konusu raporu kabul etmiş ve Rusya tarafından Birleşik Krallık'a toplam 65.000 Sterlin ödenmiştir, Bar-Yaacov, *International Disputes*, s. 70.

<sup>55</sup> *A.g.e.*, Bölüm 4. Ayrıca *Tavignano* tahkikatı, Scott, *Hague Court Reports*, New York, 1916, s. 413; *Tiger* tahkikatı, Bar-Yaacov, *International Disputes*, s. 156, ve *Tubantia* tahkikatı, Scott, *Hague Court Reports*, New York, 1932, s. 135. Ayrıca bkz., Merrills, *International Dispute Settlement*, ss. 49 vd., ve Bar-Yaacov, *International Disputes*, ss. 141-79.

<sup>56</sup> Bar-Yaacov, *International Disputes*, Bölüm 5.

<sup>57</sup> Bunlar, 1911'de Taft veya Knox Antlaşmaları (yürürlüğe girmeyen) tarafından öngörülmüştür, *a.g.e.*, ss. 113-17. SSCB ayrıca sınır ötesi olaylarla ilgili ortak soruşturmalara izin veren bir dizi antlaşma imzalamıştır, *a.g.e.*, ss. 117-19.

<sup>58</sup> *A.g.e.*, ss. 179-95, ve Merrills, *International Dispute Settlement*, ss. 48 vd. Ayrıca bkz. 35 ILR, s. 485; Cmnd 776, ve E. Lauterpacht, *The Contemporary Practice of the UK in the Field of International Law*, London, 1962, Cilt. I, ss. 50-3.

trol teknesi ile Danimarka'ya ait sahil güvenlik gemisi arasında meydana gelen ve sonrasında bir İngiliz firkateyninin de dâhil olduğu bir olayla ilgiliydi. Bir bulgu tespiti olarak başlatılmış olsa da soruşturma hukuki bir boyut içeriyordu. Komisyonun çoğunluğu hukukçuydu ve prosedürler hukuki bir yol izledi. Ayrıca raporda belirtilen hususlar yasadışı balık avlama iddiasıyla tutuklanmaktan kaçan trol teknesine Danimarka gemisinin onu durdurmak için ateş etmesinin 'silahlı kuvvetlerin meşru kullanımı şartını aştığı' beyanı gibi hukuki bulguları yansıtıyordu.<sup>59</sup> *Letelier and Moffitt* davasında, Bryan Antlaşmalarının birinde o zamana kadar verilmiş tek karar olarak, Şili tarafından Washington D.C.'de gerçekleştirildiği iddia edilen bir suikast ile ilgili olarak Şili tarafından ABD'ye ödenecek tazminat miktarını belirlemek amacıyla ABD-Şili Komisyonu kurulmuştur.<sup>60</sup> *Red Crusader* tahkikatında olduğu gibi, Komisyon 1992 yılı Ocak ayındaki kararında bir takım yargısal tespitlerde bulunmuş ve hukuki işlemler, bir araştırma tahkikatından daha çok tahkim usulüyle yürütülmüştür.<sup>61</sup>

Bununla birlikte, Belirtilen kurumsal çerçeveler içerisinde soruşturmanın önemi ortadadır. Soruşturmanın kullanımı genel olarak Birleşmiş Milletler<sup>62</sup> ve uzmanlaşmış kurumlarında<sup>63</sup> artmıştır. Soruşturma, genel araştırma bağlamında diğer uyuşmazlık çözümleme süreçlerinin de bir parçasıdır.<sup>64</sup> Fakat 1907 Lahey Sözleşmesi'ne göre ayrı bir mekanizma olan soruşturma gözden düşmüş durumdadır.<sup>65</sup> Kuşkusuz, soruşturmanın üçüncü tarafların katılımını gerektiren doğası bazı devletleri bu tekniği kullanmaktan vazgeçirmekte ve birçok uyuşmazlıkta sadece ilgili bulguların belirlenmesi çözüme yeterli olamamaktadır.

### Uzlaştırma<sup>66</sup>

Uzlaştırma süreci, uyuşmazlığın temelini üçüncü bir taraf tarafından soruşturulmasını ve çözüm için öneriler içeren bir raporun sunulmasını içerir. Bu itibarla hem soruşturma hem de arabuluculuk unsurlarını içinde barındırır. Uzlaştırma süreci, aslında daimi soruşturma

<sup>59</sup> Lauterpacht, *Contemporary Practice*, s. 53; Merrills, *International Dispute Settlement*, s. 50, ve Bar-Yaacov, *International Disputes*, s. 192.

<sup>60</sup> Şili sorumluluğu reddetmiş ancak sorumluluğu bulunması üzerine ödenecek tazminat tutarına eşit Komisyon tarafından belirlenecek miktarda nezaketen bir bedel (ex gratia) ödemeyi kabul etmiştir.

<sup>61</sup> 88 ILR, s. 727, ve bkz. Merrills, *International Dispute Settlement*, ss. 51 vd.

<sup>62</sup> 1988'de İran'a ve Irak'a, bu ülkelerin talebi üzerine, savaş esirlerinin durumunu soruşturması için Birleşmiş Milletler Genel Sekreterince ilan edilen misyona bkz. S / 20147. Ayrıca, Doğu Timor hakkındaki 384 (1975) sayılı Güvenlik Konseyi kararına bakınız. Ayrıca, Genel Kurul 46/59 (1991) sayılı kararlar Soruşturma Hakkında Bildiri'yi kabul etmiştir. 1990'da Irak'ın Kuveyt'i işgali sonucunda ortaya çıkan Irak'a karşı iddiaları çözmek için kurulan ve BM Genel Sekreteri tarafından 'temel işlevinin soruşturma yürütmek' olduğu belirtilen BM Tazminat Komisyonu'nun işleyişine bkz. S/2259, 1991, 20. Paragraf. Bkz., Collier ve Lowe, *Settlement*, s. 42, ve Merrills, *International Dispute Settlement*, s. 55, ve Dünya Bankası İnceleme Heyeti'nin çalışması.

<sup>63</sup> Bkz. Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası 26. madde. Ayrıca bkz., 1983 yılında Uluslararası Sivil Havacılık Teşkilatı tarafından Kore uçaklarının vurulmasıyla ilgili soruşturma, Collier ve Lowe, *Settlement*, s. 26. BM İnsan Hakları Konseyi, Libya'daki Uluslararası Soruşturma Komisyonu'nu atamıştır, A/HRC/19/68, 2012, ve Suriye, A/HRC/19/69, 2012; AB, 2009'da Gürcistan için komisyon atamıştır. 2011 tarihli BM Genel Sekreteri Uzman Heyetinin Hesapverebilirlik Hakkındaki Raporu.

<sup>64</sup> Örneğin, Uluslararası Araştırma Komisyonu kurulmasını öngören Cenevre Kızılhaç Sözleşmelerinin 1. Protokol'ünün 90. maddesi ile Eski Yugoslavya'daki uluslararası insanlık hukuk ihlallerini incelemek üzere bir Uzmanlar Komisyonu kuran Güvenlik Konseyi'nin 780 (1992) sayılı kararı: Bkz. M. C. Bassiouni, 'The United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)', 88 AJIL, 1994, s. 784.

<sup>65</sup> Daimi Tahkim Mahkemesi'nin Bulgu Tespiti Soruşturma Komisyonları Hakkındaki Seçimli Kuralları Aralık 1997'de yürürlüğe girmiştir.

<sup>66</sup> Bkz., UN Handbook, ss. 45 vd.; Lauterpacht, *Function of Law*, ss. 260-9; Merrills, *International Dispute Settlement*, 4. Bölüm; Collier ve Lowe, *Settlement*, s. 29; Murty, 'Settlement', ss. 682-3; H. Fox, 'Conciliation', David Davies Memorial Institute, *International Disputes*, s. 93; J. P. Cot, *La Conciliation Internationale*, Paris, 1968; Bowett, 'Contemporary Developments', 2. Bölüm; V. Degan, 'International Conciliation: Its Past and Future', *Völkerrecht und Rechtsphilosophie*, 1980, s. 261; *Conciliation in International Law; The OSCE Court of Conciliation and Arbitration* (ed. C. Tomuschat, R.P. Mazzeschi ve D. Thurer), The Hague, 2016 ve R. Donner, 'The Procedure of International Conciliation: Some Historical Aspects', 1 *Journal of the History of International Law*, 1999, s. 103.

komisyonlarını öngören antlaşmalardan ortaya çıkmıştır.<sup>67</sup> Uzlaştırma raporları sadece tekliftir ve doğal olarak bağlayıcı kararlar meydana getirmezler.<sup>68</sup> Bu nedenle tahkim kararlarından farklıdırlar. Dünya savaşları arasındaki dönem, uzlaştırma komisyonlarının altın çağıydı ve birçok antlaşma, uyuşmazlıkların çözümünde bir yöntem olarak bu komisyonlara dair hükümler ortaya koymuştu. Fakat bu süreç yaygın bir şekilde benimsenmemiş ve 1920-1938 yılları arasında devlet uygulamaları bu sürece olan güvensizliği kanıtlamıştır.<sup>69</sup>

Bununla birlikte, uzlaştırma süreçlerinin oynadığı bir rol de söz konusudur. Bu süreçler oldukça esnek ve gerçekleri aydınlatarak ve önerileri tartışarak taraflar arasındaki müzakereleri canlandırabilirler. Uzlaştırmayla ilgili kurallar 1928 tarihli (1949'da revize edilen) Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Genel Senedi'nde detaylandırılmıştır. Komisyonların işlevi, soruşturmaları ve arabuluculuk tekniklerini içerecek şekilde tanımlanmıştır. Bu komisyonlar, birer tanesi Bölüm karşı tarafca atanan ve diğer üçü ise üçüncü devlet vatandaşları arasından anlaşma yoluyla atanan beş kişiden oluşacaktı. Hukuki işlemler altı ay içinde sonuçlandırılacak ve kamuya açıklanmamış olacaktı. Uzlaştırma usulü, karma hukuki-fiili durumları ele almak ve hızlı ve gayri resmi olarak yürütmek için tasarlanmıştır.<sup>70</sup>

Uzlaştırma tekniğini yeniden etkinleştirmek için son zamanlarda çok sayıda tasarı söz konusudur. Ancak bu tasarıların amaçlarına ulaşmakta ne kadar başarılı olacağı halen belirsizliğini korumaktadır.<sup>71</sup> Bununla birlikte, birçok çok taraflı antlaşma uzlaştırmayı uyuşmazlıkların çözümünde bir araç olarak öngörmektedir. Örneğin, 1948 Amerika Kitası Barışçıl Çözüm Antlaşması, 1957 Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollardan Çözümüne Dair Avrupa Sözleşmesi, Afrika Birliği Örgütü (güncel ismiyle Afrika Birliği) Şartı Arabuluculuk, Uzlaşma ve Tahkim Komisyonuna Dair 1964 Protokolü, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Doğu Karayip Devletleri Örgütü'nü Kuran 1981 Antlaşması, Devletlerin Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Temsillerine Dair 1975 Sözleşmesi, Devletlerin Antlaşmalar Çerçevesindeki Halefiyetine Dair 1978 Viyana Sözleşmesi, 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi ile Ozon Tabakasının Korunmasına Dair 1985 Viyana Sözleşmesi'nin tümü uzlaştırma ile ilgili hükümler içermektedir.

<sup>67</sup> Bkz. Murty, 'Settlement'. Merrills 1940 yılı itibarıyla yaklaşık 200 uzlaştırma antlaşması imzalandığını belirtmektedir, *International Dispute Settlement*, s. 60.

<sup>68</sup> Bkz. Antlaşmalar Hukuna Dair (1969) Viyana Sözleşmesi'nin ekinin 6. paragrafı. Ozon Tabakasının Korunmasına Dair (1985) Viyana Sözleşmesi uzlaştırma kararlarının iyiniyetli olarak değerlendirilmesi gerektiğini öngörürken Devletlerin Uluslararası Örgütlerle İlişkilerinde Temsillerine Dair (1975) Viyana Sözleşmesi'nin 85(7). maddesi uyuşmazlık taraflarından herhangi birinin tek taraflı olarak raporda belirtilen kendilerini ilgilendiren önerilere bağlı kalacağını beyan edebileceğini öngörmektedir. Doğu Karayip Devletleri Örgütünü Kuran Antlaşma'nın (1981) 14(3). maddesinin, üye ülkelerin uzlaştırma usulünü zorunlu olarak kabul edeceklerini taahhüt etmelerini şart koştuğu not edilmelidir.

<sup>69</sup> Ayrıca Chaco Komisyonu (1929), Franco-Siamese Uzlaştırma Komisyonu (1947) ve Franco-Swiss Komisyonu (1955): bkz. Merrills, *International Dispute Settlement*, ss. 61 vd. Ayrıca bkz. Bar-Yaacov, *International Disputes*, Bölüm 7.

<sup>70</sup> Değiştirildiği haliyle, Cenevre Genel Senedi'nin 15(1). maddesi uyarınca, "Uzlaştırma Komisyonu'nun görevi, uyuşmazlık konusu olan soruları aydınlatmak, bu konuyla ilgili gerekli tüm bilgileri soruşturma veya başka yollarla toplamak ve tarafları bir anlaşmaya vadmaya çalışmaya çalışmak olmalıdır. Vaka incelendikten sonra taraflar, uygun görünen çözüm koşullarını bildirir ve kararlarını verecekleri süreyi belirleyebilir".

<sup>71</sup> Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından kabul edilen Uzlaşmaya İlişkin Usuller Hakkında Yönetmelik'e bakınız, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1961, ss. 374 vd. Ayrıca bkz. 1995 tarihli Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıkların Uzlaştırılması İçin BM Model Kuralları, 50/50 sayılı Genel Kurul Kararı ve 1996 tarihinde Daimî Tahkim Divanı tarafından kabul edilen İhtiyari Uzlaştırma Kuralları: bkz. *Basic Documents: Conventions, Rules, Model Clauses and Guidelines*, The Hague, 1998. Ayrıca Nisan 2002'de Daimî Tahkim Divanı tarafından kabul edilen Doğal Kaynaklar ve Çevre İle İlgili Uyuşmazlıkların Uzlaştırılması İçin İhtiyari Kurallar. Bkz. <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag id=1188>

Uzlaştırma usulü, İzlanda ve Jan Mayen adası arasındaki kıta sahanlığı sınırlaması konusunda İzlanda-Norveç arasındaki uyuşmazlıkta uygulanmıştır.<sup>72</sup> Uzlaştırma Komisyonunun sağladığı anlaşma, sorunun devam etmekte olan müzakerelerin konusu olduğunu ve Komisyon raporunun bağlayıcı olmayacağını vurgulamıştır ki; bu iki esas uzlaştırma yönteminin karakteristiğini teşkil etmektedir. Komisyon, İzlanda'nın bölgedeki güçlü ekonomik çıkarlarını ve diğer faktörleri de hesaba katmak durumunda kalmıştır. Kıta sahanlığı sınırlaması kapsamındaki doğal uzantı prensibinin rolü ile birlikte adaların hukuki statüsü, ilgili devlet uygulamaları ve mahkeme kararları incelenmiştir. Komisyon tarafından önerilen çözüm, ortak bir geliştirme bölgesi oluşturulmasına yönelik olmuştur ki; bu sadece tarafların hukuki haklarına dayanarak bir karara varan bir yargı merciinden gelmesi beklenilmeyen bir fikirdi. Diğer bir deyişle, taraflar arasında devam eden müzakereler bağlamındaki uzlaştırma sürecinin esnekliği gösterilmiştir.<sup>73</sup>

Bu komisyonlar, özel antlaşmaların çerçevesinin dışında, örneğin Birleşmiş Milletler tarafından, kurulmuştur. Genel Kurul'un 1948 yılı 194 (III) sayılı kararı uyarınca kurulan Filistin Uzlaştırma Komisyonu ile 1960 yılı 1474 (ES-IV) sayılı kararı ile kurulan Kongo Uzlaştırma Komisyonu bunun örneklerindedir.

## ULUSLARARASI KURULUŞLAR VE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ<sup>74</sup>

### Bölgesel Kuruluşlar<sup>75</sup>

BM Şartı'nın VIII. Bölümünün 52(1). maddesi, bu Antlaşma'nın hiçbir hükmünün, uluslararası barış ve güvenliği sağlama konularıyla ilgilenen bölgesel anlaşma ya da kuruluşların varlığına, bunların Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkeleri ile bağdaşır olması şartıyla, engel olmadığını belirtmektedir.<sup>76</sup> Madde 52(2), bu tür anlaşmalara giren ya da bu tür kuruluşları oluşturan Birleşmiş Milletler üyelerinin, yerel uyuşmazlıkları Güvenlik Konseyi'ne sunmadan önce, bunları söz konusu anlaşmalar ya da kuruluşlar aracılığıyla ve barışçıl yollarla çözmek için çaba harcamalarını şart koşar. Bununla birlikte, 52(4). maddesi, BM Şartı'nın Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'un rolleri ile ilgili 34. ve 35. maddelerinin uygulanmasının hiçbir biçimde etkilenmeyeceğini vurgular.<sup>77</sup> Güvenlik Konseyi'nin üstünlüğü, "Güvenlik Konseyi'nin gerekirse kendi yetkisi altında alınan zorlayıcı önlemlerin uygulanması için bölgesel anlaşma ya da kuruluşlardan yararlanacağını; bununla birlikte, Güvenlik Konseyi'nin izni olmaksızın bölgesel anlaşmalar uyarınca ya da bölgesel kuruluşlar tarafından hiçbir zorlama eylemine girilmeyeceğini" temin eden 53(1). madde uyarınca pekiştirilmektedir. Ayrıca, Şartın 103. maddesinde BM üyelerinin bu antlaşmadan doğan yükümlülükleri ile herhangi bir başka uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin

<sup>72</sup> 20 ILM, 1981, s. 797; 62 ILR, s. 108. Komisyon Raporu taraflarca kabul edilmiştir, 21 ILM, 1982, s. 1222.

<sup>73</sup> Ayrıca bkz., Chaco Uzlaştırma Komisyonu (1929); Franco-Siamese Komisyonu (1947); 1952 Belçika-Danimarka Komisyonu; 1954-5 Franco-Swiss Komisyonu ve 1958 Franco-Mexican Komisyonu. Bkz. UN Handbook, s. 48 ve Nguyen Quoc Dinh ve diğerleri, *Droit International Public*, s. 838.

<sup>74</sup> Uyuşmazlıkların Birleşmiş Milletler vasıtasıyla barışçı yollarla çözümü için bkz. 21. Bölüm ve genel olarak uluslararası kuruluşlar için bkz. 22. Bölüm.

<sup>75</sup> Bkz., *Bowett's Law of International Institutions* (ed. P. Sands ve P. Klein), 6. Baskı, London, 2009; Merrills, *International Dispute Settlement*, Bölüm 11; Murty, 'Settlement', ss. 725-8; K. Oellers-Frahm ve N. Wuhler, "Dispute Settlement in Public International Law", New York, 1984, ss. 92 vd., ve Daillier ve diğerleri, *Droit International Public*, ss. 951 vd.

<sup>76</sup> Bkz., *The Charter of the United Nations* (ed. B. Simma, D-E Khan, G. Nolte ve A. Paulus), 3. Baskı, Oxford, 2012, ss. 1429 vd. Ayrıca bkz. H. Saba, 'Les Accords Regionaux dans la Charte des Nations Unies', 80 HR, 1952 I, s. 635; D. E. Acevedo, 'Disputes under Consideration by the UN Security Council or Regional Bodies' in *The International Court of Justice at a Crossroads* (ed. L. F. Damrosch), Dobbs Ferry, 1987; B. Andemicael, *Regionalism and the United Nations*, Dobbs Ferry, 1979; J. M. Yepes, 'Les Accords Regionaux et le Droit International', 71 HR, 1947 II, s. 235.

<sup>77</sup> Daha fazlası için bkz., aşağıda 21. Bölüm.



çatışması durumunda bu antlaşmadan doğan yükümlülüklerinin üstün geleceği vurgulanırken, 24. madde uyarınca ‘uluslararası barışın ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğun Güvenlik Konseyi’ne ait olduğu’ belirtilmektedir.<sup>78</sup> Buna ilaveten, 36. madde uyarınca Güvenlik Konseyi, (...) ‘bir uyuşmazlığın herhangi bir evresinde uygun düzeltme yöntem ya da yollarını tavsiye edebilir’,<sup>79</sup> 37. maddede ise uyuşmazlığın taraflarının söz konusu uyuşmazlığı çözmeyi başaramaması hâlinde, ‘uyuşmazlığı Güvenlik Konseyi’ne sunacakları’ ifade edilmektedir. Ayrıca, Güvenlik Konseyi bir uyuşmazlığın süregitmesinin gerçekten uluslararası barışın ve güvenliğin korunmasını tehlikeye soktuğu kanısına varırsa, ‘36. madde uyarınca mı hareket edeceğini yoksa uygun gördüğü başka çözüm yollarını mı tavsiye edeceğini kendisi kararlaştırır’,<sup>80</sup> Dolayısıyla, uluslararası kuruluşlara ve düzenlemelere uygun referanslara yer verilse de, bu durum devletler arası uyuşmazlıklarla çeşitli şekillerde başa çıkmada Güvenlik Konseyi ya da Genel Kurul aracılığıyla BM’nin kapsamlı rolünü etkilememektedir.<sup>81</sup> Bölgesel antlaşmalarda yer alan hükümler, bu araçların dışındaki mekanizmalara başvurmayı engelleyebilir ya da kısıtlayabilir iken,<sup>82</sup> bu durum BM’nin otoritesini ya da yetkisini kısıtlayamaz.<sup>83</sup> Pekçok davada, dava konusunun eş zamanlı olarak hem BM hem de bir bölgesel kuruluş önüne gelmesi ve yargılamanın eş zamanlı yürütülmesi BM açısından hukuki bir sorun teşkil etmemektedir.<sup>84</sup> Uygulamada ve aktif önlemlerin benimsenmesine ilişkin olarak, eğer bölgesel bir anlaşma gerçekçi bir şansa sahipse, BM uygun bölgesel mekanizmaların tahsisi için büyük oranda konuyu ağırdan almaktadır.<sup>85</sup>

Çeşitli bölgesel kuruluşlar uyuşmazlıkların çözümü konusunda mekanizmalar geliştirmişlerdir.

### **Afrika Birliği (Eski Afrika Birliği Örgütü)<sup>86</sup>**

Afrika Birliği Örgütü (OAU) 1963 yılında kurulmuştur. Şartının XIX. maddesi ‘uyuşmazlıkların müzakere, uzlaşma veya hakemlik yoluyla barışçıl çözümü’ ilkesine atıfta

<sup>78</sup> Bkz., *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 392, 440; 76 ILR, ss. 104, 151.

<sup>79</sup> Bu uluslararası barış ve güvenliğin devamını tehlikeye atması muhtemel uyuşmazlıkların devamına atıfta bulunur, 33. madde.

<sup>80</sup> 37(2). madde.

<sup>81</sup> İlgili bölgesel düzenlemelere veya kuruluşlara taraf olan devletlerin uyuşmazlıkların bu tür mekanizmalarla çözmek için her türlü çabayı göstereceklerini, ancak bunun, ‘Birleşmiş Milletler Sözleşmesi uyarınca, devletlerin herhangi bir uyuşmazlığı Güvenlik Konseyi’nin dikkatine sunmalarını engellemeyeceğini’ öngören 1982 tarihli 37/10 sayılı Genel Kurul kararında kabul edilen Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne Dair Manila Deklarasyonu I. Bölüm 6. Paragrafı not ediniz.

<sup>82</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>83</sup> Bkz., M. Bartos, ‘L’ONU et la Co-operation Regionale’, 27 RGDIP, 1956, s. 7.

<sup>84</sup> Uluslararası Divan, *Nicaragua* davasında (ICJ Reports, 1984, s. 392, 440), ihtilafli bölgesel tartışmalar bağlamında, ‘her iki tarafın da katılacağı aktif müzakerelerin varlığı bile gerek Güvenlik Konseyi gerekse Divan’ın Şart ve Divan Hükümleri uyarınca kendi ayrı işlevlerini yerine getirmelerini engellememesi gereğini’ belirtmiştir.

<sup>85</sup> Bu gibi durumlarda, Güvenlik Konseyi’nin uyuşmazlığı gündemine alması ve uyuşmazlığın uluslararası barışı ve güvenliği fiilen tehlikeye attığı bir durum değilse, 52 (2). ve (3). maddeleri uyarınca, yakından takip ederek, konuyu uygun bölgesel ajansa havale etmesi beklenir. Bkz., UN Handbook, s. 96.

<sup>86</sup> Örneğin bkz., K. D. Magliveras ve G. J. Naldi, *The African Union and the Predecessor Organization of African Unity*, The Hague, 2004. Afrika Birliği Örgütü 1963 yılında kurulmuş ve Mayıs 2001’de Kurucu Senet’in yürürlüğe girmesiyle Afrika Birliği’nin yerini almıştır. OAU ile ilgili genel bilgi için bkz. T. Maluwa, ‘The Peaceful Settlement of Disputes among African States, 1963–1983: Some Conceptual Issues and Practical Trends’, 38 ICLQ, 1989, s. 299; S. G. Amoo ve I. W. Zartman, ‘Mediation by Regional Organizations: The Organization of African Unity (OAU) in Chad’, Bercovitch ve Rubin, *Mediation in International Relations*, s. 131; B. Boutros Ghali, *L’Organisation de l’Unité Africaine*, Paris, 1968; M. Bedjaoui, ‘Le Reglement Pacifique des Différends Africains’, AFDI, 1972, s. 85; B. Andemicael, *Le Reglement Pacifique des Différends Survenant entre Etats Africains*, New York, 1973; E. Jouve, *L’Organisation de l’Unité Africaine*, Paris, 1984; T. O. Elias, *Africa and the Development of International Law*, Leiden, 1972; Z. Cervenka, *The Organisation of African Unity and its Charter*, London, 1968, ve M. N. Shaw, ‘Dispute Settlement in Africa’, 37 YBWA, 1983, s. 149. Ayrıca bkz. *African Union Handbook*, 3. Baskı, Addis Ababa, 2016.

bulunmuş ve bunu başarmak amacıyla 21 Temmuz 1964 tarihli Protokol ile Arabuluculuk, Uzlaşma ve Tahkim Komisyonu kurulmuştur.<sup>87</sup> Fakat Komisyonun yetkisi zorunlu kılınmadığı için kullanılmamıştır. Afrika devletleri, tarihsel olarak, uyuşmazlıkların çözümü konusunda yargı ya da hakemlik yöntemlerine başvurmak konusunda isteksiz davranmışlar ve genellikle Afrika Birliği aracılığıyla gayri resmî üçüncü tarafların katılımını tercih etmişlerdir. Örneğin; Cezayir-Fas sınır uyuşmazlığında,<sup>88</sup> OAU 1963 yılındaki çatışmalar sonucunda ortaya çıkan uyuşmazlıkları bir çözüme ulaştırabilmenin yollarını aramak amacıyla 7 Afrika devletinin temsilcilerinden oluşan geçici (*ad hoc*) bir komisyon kurmuştur.<sup>89</sup> Benzer şekilde, Somali-Etiyopya çatışmasında,<sup>90</sup> arabuluculuk amacıyla OAU tarafından bir komisyon kurulmuştur.<sup>91</sup> Bağımsızlık döneminde tespit edildiği hâliyle üye devletlerin sınırlarının dokunulmazlığı ilkesini bir kez daha teyit etmesine rağmen, söz konusu komisyon uyuşmazlığı çözmekte başarısız olmuştur.<sup>92</sup> Üçüncü örnek olay olan Batı Sahara anlaşmazlığında,<sup>93</sup> Temmuz 1978'de bir Afrika Birliği komitesi kurulmuş ve uyuşmazlıkta anlaşmaya varmak konusunda başarısız olmuştur.<sup>94</sup> Afrika Birliği ayrıca Çad iç savaşında arabuluculuk amacıyla komiteler kurmuş, fakat yine çok az başarı sergilemiştir.<sup>95</sup> Karma başarılarla sonuçlanmasına rağmen, Afrika devletleri arasındaki uyuşmazlıklarda geçici komisyonlar ya da komiteler başta olmak üzere OAU mekanizmalarının ilk başvuru merci olması, oldukça yerleşik bir uygulama hâline gelmiştir.

Uygun mekanizmaları geliştirmek amacıyla OAU, 1993 yılında (Kahire Deklarasyonunda belirlenen) Uyuşmazlık Önleme, Yönetim ve Çözüm Mekanizmasını onaylamıştır.<sup>96</sup> Bu mekanizma, potansiyel uyuşmazlıkları öngörmek ve bunların daha ileri gitmesini engellemek için tasarlanmış olsa da başarılı olmamıştır. OAU Meclisi 2001 yılında Mekanizma'nın Merkezi Organı'nı Afrika Birliği'nin bir organı olarak bünyesine katmaya karar vermiştir (aynı yılın Mayıs ayında yürürlüğe girmiştir).<sup>97</sup> 9 Haziran 2002 tarihli Afrika Birliği Meclisi'nin İlk Olağan Genel Kurulu'nda, Afrika Birliği'nin Barış ve Güvenlik Konseyine İlişkin Protokol, kabul edilmiştir.<sup>98</sup> Bu antlaşma, Afrika Birliği'nin Komisyonu,<sup>99</sup> Akil İnsanlar Heyeti,<sup>100</sup> Kıta Afrikası Erken Uyarı

<sup>87</sup> Elias, *Africa*, 9. Bölüm.

<sup>88</sup> Bkz., I. Brownlie, *African Boundaries*, London, 1979, s. 55, ve M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986, ss. 196-7.

<sup>89</sup> Bkz., *Keesing's Contemporary Archives*, ss. 19939-40, ve Shaw, 'Dispute Settlement', s. 153.

<sup>90</sup> Bkz., Brownlie, *African Boundaries*, s. 826. Ayrıca bkz., Shaw, *Title to Territory*, ss. 197-201.

<sup>91</sup> *Africa Research Bulletin*, Mayıs 1973, s. 2845 ve *a.g.e.*, Haziran 1973, ss. 2883-4 ve 2850.

<sup>92</sup> *A.g.e.*, Ağustos 1980, ss. 5763-4. Bu, savaş sonrası sınırların değişmemesi (*uti possidetis*) ilkesidir: daha fazlası için bkz., 9. Bölüm.

<sup>93</sup> Bkz., Shaw, *Title to Territory*, ss. 123 vd.

<sup>94</sup> *A.g.e.*, ve Shaw, 'Dispute Settlement', ss. 160-2.

<sup>95</sup> Shaw, 'Dispute Settlement', ss. 158-60.

<sup>96</sup> AHG/Dec. 1 (XXVIII) ve bkz. OAU Genel Sekreteri Raporu, Doc. CM/1747 (LVIII) ve AHG/Dec. 3 (XXIX), 1993. Ayrıca bkz., M. C. Djiena-Wembon, 'A Propos du Nouveau Mecanisme de l'OUA sur les Conflits', 98 RGDI, 1994, s. 377, ve R. Ranjeva, 'Reflections on the Proposals for the Establishment of a Pan-African Mechanism for the Prevention and Settlement of Conflicts', *Towards More Effective Supervision by International Organizations* (ed. N. Blokker ve S. Muller), Dordrecht, 1994, Cilt: 1, s. 93.

<sup>97</sup> Örneğin bkz., C. A. A. Packer ve D. Rukare, 'The New African Union and its Constitutive Act', 96 AJIL, 2002, s. 365.

<sup>98</sup> Bunun 1993 Kahire Bildirisi'nin yerini alacağı ve Protokol ile uyumlu olmayan Çatışma Önlenmesi, Yönetimi ve Çözümü Mekanizması'na ilişkin OAU kararlarının yerine geçeceği belirtilmiştir. Bkz. 22(1) ve (2). madde. Ayrıca bkz. *African Union Handbook*, s. 50.

<sup>99</sup> Daha fazlası için bkz., 10. madde.

<sup>100</sup> Heyet, ilgili üye devletlere danışarak Komisyon başkanı tarafından seçilen beş saygın Afrikalı şahsiyetten oluşacaktır ve Konsey'in ya da Komisyon başkanının talebi üzerine ya da uyuşmazlıkların önlenmesi için kendi inisiyatifleriyle uygun gördüğü takdirde, bu eylemi üstlenecektir. Bkz. 11. madde.

Sistemi,<sup>101</sup> bir Afrika İhtiyat Kuvveti<sup>102</sup> ve Özel Fon<sup>103</sup> tarafından desteklenecek olan 'önleme, yönetme ve çözüme ilişkin daimi bir karar alma organı olarak' Barış ve Güvenlik Konseyi'ni meydana getirir. Krizlere erken müdahale, hukukun üstünlüğü ve insan hakları, üye devletlerin egemenliği ve toprak bütünlüğüne saygı, bağımsızlığın elde edilmesiyle kazanılan sınırlara saygı da dâhil olmak üzere bir dizi rehber ilke belirlenmiştir.<sup>104</sup> Konsey, eşit bölgesel temsil ve rotasyon temelinde 15 üyeden oluşur.<sup>105</sup> Konseyin görevleri Afrika'daki barış, güvenlik ve istikrarı teşvik etmek; erken uyarı sistemi ve önleyici diplomasi; dostane girişim, arabuluculuk, uzlaşma ve soruşturma da dahil olma üzere barışın temini; barış destek operasyonları ve müdahale; barışın inşası ve insani eylemi kapsamaktadır.<sup>106</sup> 9. Madde 'Konseyin, potansiyel ya da tamamen ortaya çıkmış çatışma durumlarına ilişkin, gerek Konseyin bizzat ortak müdahalesi yoluyla gerekse de Konsey Başkanı ve/veya Komisyon Başkanı, Akil İnsanlar Heyeti ve/veya bölgesel mekanizmaların işbirliği yoluyla, uygun gördüğü girişim ve eylemlerde bulunabileceğini ve bunların yürürlüğe girmesi için takdir yetkisini kullanabileceğini belirtir.<sup>107</sup> Söz konusu Protokol, 26 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İki adet tali komite kurlumuştur: Uzmanlar Komitesi ve Askeri Personel Komitesi. Kurulmuş bulunan başka komiteler şunlardır: Çatışma Sonrası Yeniden İmar ve Geliştirme Komitesi, Yapıtlar Komitesi ve Terörizme Karşı Komite.<sup>108</sup>

Buna ilaveten, Afrika'da uyuşmazlıkların çözümü konusunda artan şekilde rol oynayan bir dizi altbölge kuruluşları bulunmaktadır. Bunlardan ilki ve en önemlisi, 1975'te kurulan Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu'dur (ECOWAS). Kurucu antlaşma 1993 yılında revize edilmiş olup<sup>109</sup> revize edilen antlaşmanın 58. maddesi, ECOWAS Ateşkes İzleme Grubu'nu (ECOMOG) bölgesel müdahale gücü olarak kabul ederek, bölgesel uyuşmazlıkların önlenmesi ve sona erdirilmesi konusunda ECOWAS'ın sorumluluğuna işaret etmektedir. ECOWAS'ın görevi, ekonomik bütünleşmeyi teşvik etmek olup, kurumları ise Devlet ve Hükümet Başkanları Makamı, Bakanlar Kurulu, Topluluk Parlamentosu, Ekonomik ve Sosyal Konsey, Topluluk Adalet Divanı, Sekreteryaya (komisyona dönüşmüştür) ve İş Birliği Fonu'dur. ECOWAS, 1990 yılında ECOMOG aracılığıyla Liberya iç savaşına müdahale etmiş<sup>110</sup> ve Sierra Leone ile Gine Bisav'daki çatışmalarla ilgilenmiştir.<sup>111</sup> ECOWAS Çatışmaların Önlenmesi, Yönetimi ve Çözümü, Barışı Koruma ve Güvenlik Mekanizması 1999 yılında kurulmuş ve Demokrasi ve İyi Yönetişim Hakkında Protokol 2001 yılında kabul edilmiştir.<sup>112</sup> 2008 yılında, kapsamlı operasyonel uyuşmazlık önleme ve barış inşa stratejisini saptamak amacıyla ECOWAS Uyuşmazlık Önleme Çerçevesi kabul edilmiştir.<sup>113</sup>

<sup>101</sup> Bu, Afrika Birliği'nin Uyuşmazlık Yönetimi Genel Müdürlüğü'nde yer alan 'durum odası' olarak bilinen bir gözlem ve izleme merkezi ile birlikte Bölgesel Mekanizmalar'ın gözlem ve izleme birimlerinden oluşacaktır. Bkz., 12. madde.

<sup>102</sup> Çok disiplinli yedek birlikleri kapsayacak ve gözlem misyonları, barış destek misyonları, müdahaleler, önleyici konuşlandırma, barışın inşası ve insani yardım gibi işlevleri yerine getirecektir. Bkz. 13-15. maddeler.

<sup>103</sup> 2. madde.

<sup>104</sup> 4. madde.

<sup>105</sup> 5. madde.

<sup>106</sup> 6. madde. Ayrıca 7. maddedeki yetki listesine bakınız.

<sup>107</sup> Daha fazlası için bkz., 16. madde.

<sup>108</sup> *African Union Handbook*, s. 53.

<sup>109</sup> Dakar'da kabul edilen 2001 Protokolünde yeniden bir revizyon yapılmıştır.

<sup>110</sup> Örneğin bkz. *Regional Peace-Keeping and International Enforcement: The Liberian Crisis* (ed. M. Weller), Cambridge, 1994, ve daha fazlası için bkz., aşağıda 22. Bölüm.

<sup>111</sup> Örneğin bkz., 1132 (1997) ve 1233 (1999) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>112</sup> Mekanizma'nın en yüksek karar organı; uyuşmazlık önleme, yönetimi ve çözümü, barışın korunması, güvenlik, insani yardım, barış inşası, sınır-ötesi suçların kontrolü ve küçük silahların yayılması gibi tüm konularda hareket etme yetkisine sahip olan ve devlet başkanlarından oluşan bir otoritedir. Bkz. Madde 6. Dokuz kişilik Arabuluculuk ve Güvenlik Konseyi ise Kurum adına Protokol uyarınca uygun kararlar almakla görevlidir, bkz. 7-10. maddeler. Ayrıca bkz., 1197 (1998) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>113</sup> Regulation MSC/REG.1/01/08. Ayrıca bkz. G.O. Yabi, *The Role of ECOWAS in Managing Political Crisis and Conflict: The Cases of Guinea and Guinea-Bissau*, Abuja, 2010 ve L. I. Okere, 'Ecowas Conflict Management and Peace-Keeping Initiatives in West Africa', *37 Journal of Law, Policy and Globalisation*, 2015, s. 30.

Güney Afrika Kalkınma Komitesi (The Southern African Development Community, SADC) 1992 yılında kurulmuştur.<sup>114</sup> 1996'da Politika, Savunma ve Güvenlik İşbirliği Örgütü'nü kurmaya karar vermiş ve 2001'de Politika, Savunma ve Güvenlik İşbirliği Örgütü Hakkında Protokol'ü kabul etmiştir.<sup>115</sup> Bu Protokol kapsamında, örgütün amacı bölgedeki barışın ve güvenliğin artırılması ve özellikle 'icrai eylemlerin, uluslararası hukuka uygun olarak ve barışçıl araçların başarısızlığa uğraması durumunda son çare olarak, dikkate almak'tır.<sup>116</sup> Örgüt bünyesinde<sup>117</sup> bir Başkan,<sup>118</sup> (bir önceki yılın başkanı, mevcut başkan ve bir sonraki yılın başkanından oluşan) Troika, Bakanlar Komitesi,<sup>119</sup> Devletlerarası Politika ve Diplomasi Komitesi<sup>120</sup> ve Devletlerarası Savunma ve Güvenlik Komitesi'ni<sup>121</sup> kapsayan bir dizi yapı kurulmuştur. Örgüt, 'önemli herhangi bir devletlerarası<sup>122</sup> ya da devlet-içi<sup>123</sup> çatışmayı' çözenin yollarını aramak konusunda yetki sahibidir. Diplomasi, müzakere, arabuluculuk, hakemlik ve uluslararası bir mahkeme tarafından hüküm verme gibi çeşitli barışçıl araçları kullanabilir ve bir uyuşmazlığın patlak vermesini ya da artmasını önlemek için erken uyarı sistemi oluşturacaktır. Barışçıl araçların başarısızlığa uğradığı durumlarda, Başkan, Bakanlar Komitesi'nin önerisi üzerine harekete geçerek, Topluluk Zirvesine icrai eylemlerin uygulanmasını tavsiye edebilir; ancak böyle bir eylem kararı yalnızca son çare olarak ve BM Güvenlik Konseyi'nin yetkisiyle alınabilir.<sup>124</sup>

### Amerika Kıtası Devletleri Örgütü<sup>125</sup>

1948 yılında Bogota'da imzalanan ve 1985 Cartagena de Indias Protokolü ile tadil edilen Amerika Kıtası Devletleri Örgütü (OAS) Şartı'nın 23. maddesi, üye devletler arasındaki uluslararası anlaşmazlıkların barışçıl çözümü için Örgüte götürülmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak bu, üye devletlerin BM Şartı madde 34 ve 35 uyarınca belirlenen hakları ve yükümlülüklerine hanel getirecek şekilde yorumlanmamalıdır.<sup>126</sup> 1948 Amerika Kıtası Barışçıl Çözüm Antlaşması (Bogota Paketi olarak anılmaktadır ve OAS Şart'ı ile karıştırılmamalıdır) dostça girişim, arabuluculuk ve uzlaştırmadan tahkim ve Uluslararası Adalet Divanı tarafından yargısal çözüme uzanan prosedürleri detaylı

<sup>114</sup> Örneğin bkz., B. Chigora, 'The SAD Community', 11 *African Journal of International and Comparative Law*, 2000, s. 522. 1979 tarihli Güney Afrika Kalkınma Koordinasyonu Konferansı'ndan doğmuştur.

<sup>115</sup> Bkz. [www.sadc.int/index.php?lang=english&path=legal/protocols/&page=p\\_politics\\_defence\\_and\\_security\\_cooperation](http://www.sadc.int/index.php?lang=english&path=legal/protocols/&page=p_politics_defence_and_security_cooperation).

<sup>116</sup> 2(f). madde.

<sup>117</sup> 3. madde.

<sup>118</sup> Daha fazlası için bkz., 4. madde.

<sup>119</sup> Daha fazlası için bkz., 5. madde.

<sup>120</sup> Daha fazlası için bkz., 6. madde.

<sup>121</sup> Daha fazlası için bkz., 7. madde.

<sup>122</sup> Bölgesel sınırlar ya da doğal kaynaklara veya üzerinde saldırı ya da askeri güç oluşumuna veya bölgenin ya da uyuşmazlığın tarafı olmayan bir başka tarafın barış ve güvenliğinin tehdit edilmesine ilişkin, bkz., 11(2) a. madde.

<sup>123</sup> Bkz., soykırım ve ağır insan hakları ihlali ya da bir askerî darbe ya da bir iç savaş ya da bölgenin veya başka bir taraf devletinin barışı ve güvenliğini tehdit eden bir uyuşmazlık da dahil olmak üzere geniş çaplı şiddet içeren, 11(2) b. madde.

<sup>124</sup> 11(3). madde. Ayrıca bkz. G. Cawthra, *The Role of SADC in Managing Political Crisis and Conflict: The Cases of Madagascar and Zimbabwe*, Maputo, 2010. SADC'nin 2014 Lesotho krizindeki rolüne ilişkin olarak ayrıca bkz. <http://www.accord.org.za/conflict-trends/appraising-the-efficacy-of-sadc-in-resolving-the-2014-lesotho-conflict/>

<sup>125</sup> Bkz., Merrills, *International Dispute Settlement*, ss. 267 vd., ve *Bowett's International Institutions*, ss. 209 vd. Ayrıca bkz., E. Jimenez de Arechaga, 'La Co-ordination des Systemes de l'ONU et de l'Organisation des `Etats Americains `pour le Reglement Pacifique des Différends et la Sécurité Collective', 111 HR, 1964 I, s. 423, ve A. CancadoTrindade, 'Mecanismos de Reglement Pacifiquos des Différends en Amérique Centrale: De Contadora à Esquipulas `II', AFDI, 1987, s. 798.

<sup>126</sup> 1948 tarihli Şart'ın ilk taslağına göre, 20. madde (o zamanki) OAS prosedürlerine başvurunun Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne sevk edilmeden önce yapılmasını öngörmekte olduğunu belirtmek gerekir.

olarak düzenlemektedir. Ancak bu antlaşma, başarılı olamamış<sup>127</sup> ve uygulamada, OAS uyuşmazlıkların barışçıl çözümü için 1940 yılında oluşturulan Amerika Ülkeleri Barış Komitesi'nden (Inter-American Peace Committee) yararlanmıştır. Söz konusu komite, 1970 yılında Barışçıl Çözüm İçin Amerika Ülkeleri Barış Komitesi adını alarak Konsey'in bir yan kuruluşuna dönüştürülmüştür. 1950'lerin sonlarından bu yana, elçilik düzeyinde bir genel kurul olan OAS Daimî Konseyi, giderek daha önemli bir rol oynamıştır.<sup>128</sup> Sınırlarla ilgili bir örnek olarak 1985 yılında Kostarika ve Nikaragua sınırındaki vaka gösterilebilir. Konsey, bir soruşturma komitesi kurmuş; bu komitenin raporunu dinledikten sonra, Contadora müzakere süreci kapsamında görüşmelerin yapılması çağrısında bulunan bir kararı kabul etmiştir.<sup>129</sup> 14 Kasım 1987 Esquipulas II Anlaşması, BM ve OAS genel sekreterlerinin yanı sıra Destek Grubu Ülkeleri ve Contadora Dışişleri Bakanlarından oluşan bir Uluslararası Tahkik ve İzleme Komisyonu kurmuştur.<sup>130</sup>

### Arap Birliği<sup>131</sup>

1945 yılında kurulan Arap Birliği, Arap devletleri arasındaki işbirliğini artırmayı amaçlamaktadır. Ancak üyeleri arasındaki uyuşmazlıkların barışçıl çözümü konusunda öngördüğü olanakları çok gelişmiş olmayıp uygulamada öncelikli olarak gayri resmî uzlaşma girişimlerini kapsamaktadır. Bunun en önemli istisnası, Irak ve Kuveyt arasındaki barışı sağlamak amacıyla 1961 yılında Arap Ülkeleri Gücü'nün kurulmasıdır.<sup>132</sup> 1976 yılında Lübnan'a bir Arap Güvenlik Gücü gönderilmiş; 1976 ve 1983 yılları arasında ise yerini Arap Caydırıcı Gücü almıştır. Arap Birliği, ne 1990-91 Kuveyt ya da 2002-03 Irak krizlerinde ne de örneğin 2010 yılı sonunda başlayan 'Arap Baharı' sürecinin ardından ortaya çıkan Libya ve Suriye iç savaşlarında önemli bir rol oynayabilmiştir.

### Avrupa<sup>133</sup>

Avrupa Konseyi tarafından 1957 yılında kabul edilen Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Hakkında Avrupa Konvansiyonu, (Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 36(2). maddesinde tanımlandığı gibi) hukuki uyuşmazlıkların, bu adım atılmadan önce uzlaşma denenmiş olsa da, Uluslararası Adalet Divanı'na gönderilmesini öngörmektedir.<sup>134</sup> Diğer uyuşmazlıklar, taraflar uzlaşmayı kabul etmeyi kararlaştırmadığı takdirde, tahkime gitmelidir.

NATO ittifakı içinde,<sup>135</sup> dostça girişim olanakları mevcut olup soruşturma, arabuluculuk,

<sup>127</sup> Divan'ın Bogota Paketi'nin XXXI. maddesi gereğince yargı yetkisine sahip olduğunu kabul ettiği *Nicaragua v. Honduras* davası, ICJ Reports, 1988, ss. 69, 88; 84 ILR, ss. 218, 243. Ayrıca bkz. *Peru v. Chile*, ICJ Reports, 2014, 2. paragraf ve Merrills, *International Dispute Settlement*, s. 275.

<sup>128</sup> Bkz., OAS Şartı 82-90. maddeler.

<sup>129</sup> OAS Daimi Konsey kararları CP/Res. 427 (618/85); CP/doc. 1592/85 ve A/40/737-S/17549, Ek IV.

<sup>130</sup> Contadora müzakere sürecine katılan ülkeler Kolombiya, Meksika, Panama ve Venezuela iken, Destek Grubu Arjantin, Brezilya, Peru ve Uruguay'dan oluşmuştur. Bkz. A/43/729-S/20234.

<sup>131</sup> Bkz., H. A. Hassouna, *The League of Arab States and Regional Disputes*, Leiden, 1975; Bowett, 'Contemporary Development', s. 229; M. Abdennabi, *La Ligue des Etats Arabes et les Conflits Inter-Arabes (1962-1980)*, 1985; B. Boutros Ghali, 'The Arab League 1945-1970', 25 *Revue Egyptienne de Droit International*, 1969, s. 67; ve S. Al-Kadhém, 'The Role of the League of Arab States in Settling Inter-Arab Disputes', 32 *Revue Egyptienne de Droit International*, 1976, s. 1.

<sup>132</sup> Ayrıca 1976 ve 1982 yılları arasında Lübnan'da pan-Arap "barışı koruma gücü"nü de not düşmek gerekir. Bkz. *Keesing's Contemporary Archives*, ss. 28117 vd. Ayrıca bkz., I. Pogany, *The Arab League and Peacekeeping in Lebanon*, London, 1987. Konsey, 1963 Cezayir-Fas ve Yemen Demokratik Halk Cumhuriyeti-Yemen Arap Cumhuriyeti sınır uyuşmazlıklarını ele alacak komiteler de atamıştır, H. A. Hassouna, 'The League of Arab States and the United Nations: Relations in the Peaceful Settlement of Disputes', New York, 1979, s. 312. Ayrıca bkz., Simma, *Charter of the United Nations*, s. 1461.

<sup>133</sup> Bkz., L. Caflisch, 'Vers des Mécanismes Pan-Européennes de Règlement Pacifique des Différends', 97 ' *Revue Générale de Droit International Public*, 1993, s. 1.

<sup>134</sup> Bazı devletlerin bu hükme çekince koyduğunu not düşmek gerekir.

<sup>135</sup> Bkz., *Bowett's International Institutions*, s. 194, ve Merrills, *International Dispute Settlement*, s. 258. Ayrıca bkz. [www.nato.int/](http://www.nato.int/).

uzlaştırma ve tahkim prosedürleri başlatılabilir. Aslında, Örgüt bazılarının kullanımını, örneğin iki NATO ortağı olan Britanya ve İzlanda arasında uzun süredir devam eden morina balığı uyuşmazlığında kısmen kanıtlamıştır.<sup>136</sup> Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) giderek uyuşmazlıkları çözüm mekanizmaları kurmaktadır.<sup>137</sup> Söz konusu teşkilatın temel belgelerine göre,<sup>138</sup> katılımcı devletler çeşitli araçları kullanarak hızlı ve hakça bir çözüme varmak için iyi niyetle çalışacaklardır. 1992 Stockholm Kararı ile değiştirilen 1991 Valletta Raporu'na göre, bir uyuşmazlığın tarafları uyuşmazlığın tarafları arasındaki müzakereler hususunda yorum yapabilen ya da tavsiyede bulunabilen bir Uyuşmazlık Çözümü Mekanizması'nın ya da uygun herhangi bir diğer barışçıl çözüm sürecinin kurulmasını talep edebilir; soruşturma ve diğer uzlaştırma yöntemlerinde yer alabilir. Uzlaştırma ve Tahkim Hakkında Konvansiyon 1992 yılında imzalanmış ve iki yıl sonra yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Konvansiyon kapsamında, Cenevre'de Uzlaştırma ve Tahkim Mahkemesi<sup>139</sup> kurulmuştur. Uzlaştırma, Bölüm uyuşmazlık için kurulmuş ve Konvansiyon uyarınca oluşturulan bir listeden seçilmiş bir Uzlaştırma Komisyonu tarafından yapılabilir.<sup>140</sup> Komisyon, uyuşmazlığın barışçıl çözümüne yönelik önerilerini içeren bir rapor hazırlayacak ve taraflar bu önerileri incelemek için otuz günlük bir süreye sahip olacaklardır. Taraflar önerilen çözümü kabul etmiyorlarsa, bunun üzerine rapor Üst Konsey (eski Üst Düzey Yetkililer Komitesi) aracılığıyla AGİT Konseyi'ne gönderilecektir.<sup>141</sup> Konvansiyon, ayrıca, benzer şekilde Bölüm uyuşmazlık için kurulmuş ve bir listeden seçilmiş, Tahkim Mahkemelerinin kurulmasını öngörmüştür.<sup>142</sup> Böyle bir mahkeme, uyuşmazlık tarafları arasında yapılan açık anlaşmayla (sarih akit)<sup>143</sup> ya da tahkime giden devletin Mahkemenin yetkisini önceden kabul etmiş olması halinde kurulacaktır.<sup>144</sup> Mahkeme kararı, nihai ve taraflar bakımından bağlayıcı olacaktır.<sup>145</sup>

Buna ek olarak, AGİT erken uyarı, çatışmayı önleme ve kriz yönetimi sorumluluklarının bir parçası olarak çeşitli katılımcı ülkelere, rızaları dahilinde, Misyona gönderilebilir. Bu tür Misyona Kosova, Sancak ve Voyvodina halkları ve devlet yetkilileri arasındaki diyalogu geliştirmek amacıyla Yugoslavya; Gürcistan; Moldova; Tacikistan; Estonya; Ukrayna ve Çeçenistan'a gönderilmiştir. İlave Misyona Arnavutluk ve Kosova<sup>146</sup> ile Moldova ve Gürcistan'da<sup>147</sup> faaliyet göstermiştir. 21 Kasım 1995'te Dayton'da başlatılan ve 14 Aralık 1995 tarihinde Paris'te imzalanan Bosna-Hersek'te Barış İçin Genel Çerçeve Antlaşması uyarınca, AGİT'e; seçimlerin denetimi,<sup>148</sup> güven ve güvenlik inşa edici önlemler konusunda Bosnalı taraflar arasındaki görüşmelerin yürütülmesi için bir çerçeve sağlamak

<sup>136</sup> Merrills, *International Dispute Settlement*, s. 287.

<sup>137</sup> Genel olarak bkz., yukarıda 6. Bölüm, ve aşağıda 22. Bölüm.

<sup>138</sup> Bkz., 1975 Helsinki Nihai Senedi; 1990 Paris Şartı ve 1991 Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Hakkında Uzmanlar Toplantısı Valletta Raporu.

<sup>139</sup> Bu mahkeme, 3. ve 4. maddeler uyarınca atanan uzlaştırıcılardan ve hakemlerden oluşmaktadır.

<sup>140</sup> Bkz. 1 ve 2. maddeler. Bölüm taraf devlet iki uzlaştırıcı atamaktadır, bkz. 3. madde.

<sup>141</sup> 25. madde.

<sup>142</sup> 2. ve 4. maddeler. Taraf devletlerin Bölümü, bir hakem ve bir vekil tayin edecektir.

<sup>143</sup> Ya Konvansiyon'a taraf olan iki veya daha fazla devlet arasındaki veya Konvansiyon'a taraf olan bir devlet ile AGİT üyesi bir veya daha fazla devlet arasındaki uyuşmazlık, 26(1). madde.

<sup>144</sup> 26. madde.

<sup>145</sup> 31. madde. Ayrıca bkz. UN Handbook, s. 87, ve *OSCE Handbook 2000*, Vienna, s. 37 ve bkz. [www.osce.org/library](http://www.osce.org/library)

<sup>146</sup> Bkz. *OSCE Handbook 1996*, ss. 16 vd., ve 2001 Yıllık Raporu. AGİT/AB Yaptırım Koordinatörü'nün rehberliğinde faaliyet gösteren bir dizi Yaptırım Yardım Misyonu, Yugoslavya krizinde Güvenlik Konseyi tarafından uygulanan yaptırımların muhafazasına yardımcı olmak amacıyla çeşitli ülkelere gönderilmiştir, *a.g.e.*, s. 36.

<sup>147</sup> Bkz. Annual Report for 2007, ss. 54 ve 60. Ermenistan ile Azerbaycan arasındaki Dağlık Karabağ uyuşmazlığını çözmek için 1995 yılında AGİT tarafından kurulan Minsk Süreci'ni de ayrıca not düşmek gerekir: [www.osce.org/mg](http://www.osce.org/mg).

<sup>148</sup> Bkz. Antlaşma Ek 3.

ve yerel (subregional) silah kontrolü önlemleri<sup>149</sup> ile Bosna İnsan Hakları Komisyonu'nun kurulmasına yardım etmek<sup>150</sup> konularında sorumluluk verilmiştir.

### **Uzmanlanmış Kurumlar<sup>151</sup>**

Fonksiyonel (işlevsel) alanlarda uluslararası işbirliğini teşvik eden çeşitli uzmanlaşmış kurumlar<sup>152</sup> kurucu anlaşmaların yorumlanmasına ilişkin üyeleri arasındaki uyuşmazlıkların çözümü konusunda kendi prosedürlerine sahiptirler. Genel eğilim müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda kurumun ana birimlerinden birine başvurulması olsa da, bu prosedürler kuruluşun kuruluşa değişiklik göstermektedir. Eğer bu bir uzlaşma ile sonuçlanmazsa, mesele, aksi kararlaştırılmadığı takdirde, Uluslararası Adalet Divanı'na ya da tahkime taşınır.<sup>153</sup> Bu tür meselelerde Divana başvuru, kurucu anlaşma hükümleri gereğince Divanın kararı istişari değil bağlayıcı olduğu halde, Danışma Görüşü<sup>154</sup> talebi şeklinde gerçekleştirilir.<sup>155</sup> Diğer durumlarda, Divan ya da bir tahkim mahkemesi tarafından verilen görüşler bağlayıcı olmayacaktır.<sup>156</sup> Bir dizi kuruluş, soruşturma ve uyuşmazlıkların çözümü konusunda farklı mekanizmalar öngörür.<sup>157</sup>

### **Uluslararası Ekonomik Uyuşmazlıkların Çözümü<sup>158</sup>**

Belirli alanlarda, genellikle ekonomik ve devletler ya da devlet dışı hukuk kişileri arasındaki karma uyuşmazlıkları içeren, uyuşmazlıkları çözmeye çalışan bazı prosedürler mevcuttur. Söz konusu prosedürler oldukça önem kazanmaktadır ve bunların çoğu genel uluslararası hukuk üzerinde anlamlı bir etkiye sahiptir. Gerçekten Yatırımcı-Devlet Uyuşmazlık Çözümü (çoğunlukla YTUÇ (ISDS) olarak belirtilir) ciddi biçimde gelişmektedir; ancak yabancı yatırımın teşviki ve korunması ile devletlerin siyasi ve ekonomik egemenliklerine saygı

<sup>149</sup> Antlaşma Ek 1-B. Yerel silah kontrolü Yugoslavya, Hırvatistan ve Bosna'yı kapsamaktadır.

<sup>150</sup> Antlaşma Ek 6. Ayrıca bkz. ASEAN üyeleri arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının muhafazası ve kurulmasını talep eden 2007 tarihli ASEAN Şartı'nın 26. maddesi. Uyuşmazlıkların Çözümü Mekanizmalarına İlişkin 2010 tarihli ASEAN Şartına Ekli Protokol için bkz. Naldi, 'The ASEAN Protocol on Dispute Settlement Mechanisms: An Appraisal', 5 *Journal of International Dispute Settlement*, 2014, s. 105. Ayrıca bkz. aşağıda 22. Bölüm.

<sup>151</sup> Genel bilgi için bkz. C. A. Colliard, 'Le Reglement des Différends dans les Organisations Intergouvernementales de Caractere Non Politique', *Mélanges Basdevant*, Paris, 1960, s. 152. Ayrıca, bazı uluslararası antlaşmaların, uyuşmazlıkların başarılı yollarla çözülmesi için açık bir şekilde mekanizmalar ve yöntemler öngördüğünü de belirtmek gerekir: örneğin Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne ilişkin olarak bkz., yukarıda 10. Bölüm ve Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne ilişkin olarak bkz., 15. Bölüm.

<sup>152</sup> Bkz. Murty, 'Settlement', ss. 729-32. Daha fazlası için bkz. aşağıda 22. Bölüm.

<sup>153</sup> Bkz. Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası'nın 37. maddesi; UNESCO Anayasası'nın 14 (2) maddesi; Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nın 75. maddesi; Gıda ve Tarım Örgütü Anayasası'nın 17. maddesi; Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu Tüzüğü'nün XVII. maddesi ve Uluslararası Telekomünikasyon Birliği Sözleşmesi'nin 50 ve 82. maddeleri.

<sup>154</sup> Bkz. BM Şartı'nın 96(2). maddesi.

<sup>155</sup> Örneğin bkz. Uluslararası Çalışma Örgütü İdari Mahkemesi Statüsü Ek XII. Maddesi. Ayrıca bkz. ICJ Advisory Opinion on Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the ILO upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development, ICJ Reports, 2012, s. 10. Daha fazlası için bkz. 18. Bölüm

<sup>156</sup> Bkz. BM Sınai Kalkınma Örgütü (UNIDO) Anayasası'nın 22 (1). maddesi ve Uluslararası Denizcilik Örgütü Anayasası'nın 65. maddesi.

<sup>157</sup> Bkz. Uzlaştırma ve Dostane Girişim Komisyonu öngören Eğitimde Ayrımcılığa Karşı UNESCO Sözleşmesi 1962 Özel Protokolü ve Uzlaştırma ve Dostane Girişim Komisyonu öngören Eğitimde Ayrımcılığa Karşı ILO Sözleşmesi 1962 Özel Protokolü: bkz. Murty, 'Settlement', ss. 729-30, ve *Bowett's International Institutions*, 3. Bölüm. Ayrıca bkz., Dünya Fikri Mülkiyet Hakları Örgütü Arabuluculuk, Tahkim ve Hızlandırılmış Tahkim Kuralları 1994, 34 ILM, 1995, s. 559.

<sup>158</sup> Örneğin bkz. *Establishing Judicial Authority in International Economic Law* (ed. J. Jemielniak, L. Nielsen ve H.P. Olsen), Cambridge, 2016 ve G. Malinverni, *Le Règlement des Différends dans les Organisations Internationales Economiques*, Leiden, 1974

arasında bir denge arandığından tartışmalı bir alandır.<sup>159</sup> Bu bölüm, bu mekanizmalardan bazılarını inceleyecektir.

Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması<sup>160</sup> (GATT) uyarınca kurulan uyuşmazlık çözümü prosedürleri, madde 22 uyarınca ikili istişare (danışma) ile başlamıştı.<sup>161</sup> Bu noktadan hareketle madde 23, bir tarafın, GATT kapsamında ‘doğrudan ya da dolaylı olarak elde edilen herhangi bir yararın’ ‘geçerliliğini yitmiş veya bozulmuş’ olduğu durumlarda, uyuşmazlığı uzlaştırmaya<sup>162</sup> havale etmesini öngörmüştü. GATT Genel Müdürlüğü tarafından seçilen uzmanlardan oluşan bir heyet, ardından, ilgili olguları tespit etmeye ve bir çözüme ulaşmaya çalışacaktı.<sup>163</sup> Bu yaklaşım pragmatik olmakla birlikte taraflar arasında bir çözümün elde edilmesine odaklanıyordu. Heyetin raporu, genellikle oybirliği ile kabul edecek olan GATT Konseyi’ne gönderilecekti. Uyuşmazlık taraflarının makul bir sürede önerileri uygulamaması durumunda, şikayetçi taraf, Konsey’in izniyle, misilleme önlemleri alabilirdi. Bu tür örnekler aslında oldukça nadirdir.<sup>164</sup> 1989 yılında, Uruguay Turu (Uruguay Round) görüşmeleri sonuçlarına kadar bir dizi iyileştirme kaydedilmiştir. Söz konusu iyileştirmeler, Konsey’in şikâyeti takiben normalde 15 ay içerisinde heyet raporunu kabul etmesine ve arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkime ilişkin hükümleri kapsıyordu.<sup>165</sup>

GATT süreci, 1 Ocak 1995 tarihinde vücut bulan Dünya Ticaret Örgütü’ne (DTÖ) devredilmiştir. 1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü’nü Kuran Marakeş Anlaşması Ek 2, ‘Anlaşmazlıkların Çözümü Kural ve Usulleri Hakkındaki Mutabakat Metni’ olarak adlandırılır.<sup>166</sup> DTÖ sistemi uyarınca, Uruguay Tur’u Nihai Senedi’nde yer alan anlaşmalardan doğan uyuşmazlıklar, Anlaşmazlıkların Çözümü Organı görevini yapan DTÖ Genel Konseyi tarafından ele alınır. Bir üye devletin başka bir üye devletin kabul ettiği bir önlem nedeniyle GATT ya da kapsamındaki diğer anlaşmalar uyarınca doğrudan veya dolaylı olarak elde ettiği bir menfaatten yoksun bırakıldığını düşünmesi halinde, diğer taraf ile istişarede bulunmak isteyebilir. Bu durumda diğer taraf on gün içinde cevap vermek ve talebi izleyen otuz gün içinde de istişarede bulunmak zorundadır. İkili görüşmeler uyuşmazlığı çözmekte başarısız olursa, taraflar uyuşmazlığı dostane girişim,

<sup>159</sup> Örneğin bkz. *The Backlash Against Investment Arbitration* (ed. M. Wiabel, A. Kaushal, K-H. L. Chung ve C. Balchin), The Hague, 2010. Daha fazlası için bkz., aşağıda 193 ve 196.

<sup>160</sup> Daha fazlası için bkz., aşağıda 23. Bölüm.

<sup>161</sup> Bkz. UN Handbook, ss. 136 vd.; J. H. Jackson, *The World Trading System*, 2. Baskı, Cambridge, MA, 1997, 4. Bölüm, ve T. Flory, ‘Les Accords du Tokyo Round du GATT et la Reforme des Procedures de Règlement des Différends dans la Systeme Commercial Interétatique’, 86 RGDIP, 1982, s. 235.’

<sup>162</sup> Bu aşamadan önce, bir taraf, gizli uzlaştırmadan yararlanmak için GATT Genel Müdürü’nün dostane girişimini talep edebilir: Bkz. 1982 GATT Bakanlar Deklarasyonu.

<sup>163</sup> Özellikle bkz. 1979 Uyuşmazlıkların Çözümü Mutabakatı (the 1979 Understanding on Dispute Settlement).

<sup>164</sup> Bkz. L. Henkin, R. C. Pugh, O. Schachter ve H. Smit, *International Law: Cases and Materials*, 3. Baskı, St Paul, 1993, s. 1414.

<sup>165</sup> Bkz., E. Canal-Forgues ve R. Ostrihansky, ‘New Developments in GATT Dispute Settlement Procedures’, 24 *Journal of World Trade*, 1990, ve J.-G. Castel, ‘The Uruguay Round and the Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures’, 38 ICLQ, 1989, s. 834.

<sup>166</sup> Örneğin bkz. A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, 2. Baskı, Oxford, 2008, 3. Bölüm; *The Law and Policy of the World Trade Organization* (ed. P. Van den Bossche), 2. Baskı, Cambridge, 2008; J. H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, 2006, 5. Bölüm; M. Herdegen, *Principle of International Economic Law*, 2. Baskı, Oxford, 2016, 3. Bölüm; *Dispute Settlement in the WTO* (ed. J. Cameron ve K. Campbell), London, 1998; Collier ve Lowe, *Settlement*, s. 99; R. Yerxa ve B. Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement – The First Ten Years*, Cambridge, 2005; M. Matsushita, T. J. Schoenbaum ve P. C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, 3. Baskı, Oxford, 2015; T. Broude, *International Governance in the WTO: Judicial Boundaries and Political Capitulation*, London, 2004; D. Z. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford, 2005; *Bowett’s International Institutions*, s. 385; A. H. Qureshi ve A. Ziegler, *International Economic Law*, 3. Baskı, London, 2011; J. Pauwelyn, ‘Enforcement and Countermeasures in the WTO’, 94 *AJIL*, 2000, s. 335, ve J. Cameron ve K. R. Gray, ‘Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body’, 50 *ICLQ*, 2001, s. 248. Ayrıca bkz. <http://www.wto.org/english/tratop e/dispu e/dispu e.htm>



uzlaşma ya da arabuluculuk hizmeti sunabilecek olan DTÖ'ye taşımak konusunda anlaşılabilir. İstisnaların atmış gün içinde bir çözüm üretmediği durumlarda, şikâyetçi devlet Anlaşmazlıkların Çözümü Organı'na başvurabilir. Bu Organ, altı ay içerisinde raporunu oluşturması gereken üç üyeden oluşan bir heyet kurabilir. Usullerin detayları, Mutabakat metninde düzenlenmiştir. Heyet raporu, raporun kabulüne ilişkin karşı bir oydaşma (konsensüs) olmadıkça ya da taraflardan biri yasa gereğince itirazda bulunma (temyiz) niyetini belirtmedikçe, Anlaşmazlıkların Çözümü Organı tarafından altı gün içerisinde kabul edilir. Anlaşmazlıkların Çözümü Organı tarafından kurulan daimî Temyiz Organı, üçü herhangi bir zamanda itirazları dinlemek için bulunan yedi uzmandan oluşur. Temyiz davaları, genellikle atmış gündenden (ya da en fazla doksan) fazla sürmez. Otuz gün içerisinde kabulüne karşın bir oydaşma olmadıkça Anlaşmazlıkların Çözümü Organı, Temyiz Organı raporunu kabul edecektir. Raporun kabul edilmesinden itibaren otuz gün içinde tarafların tavsiyelere uyacağını kabul etmesi gerekir ve bu makul bir sürede gerçekleşmezse, ilgili taraf karşılıklı olarak kabul edilebilir bir tazminat teklif etmelidir. Yirmi gün sonra tatmin edici bir tazminata karar verilmezse, şikâyetçi devlet, diğer tarafa karşı olan imtiyazların ve yükümlülüklerin askıya alınması için Anlaşmazlıkların Çözümü Organı'ndan yetkilendirme talep edebilir ve bu makul süre bitiminden sonra otuz gün içinde verilmelidir. Her halükârda Anlaşmazlıkların Çözümü Organı, kararların ya da tavsiyelerin uygulanmasını izleyecektir.<sup>167</sup>

İşaret edilmesi gereken iki önemli nokta söz konusudur. İlki, Anlaşmazlıkların Halli Organı'ndan önce başlatılmış önemli sayıda dava olmuştur;<sup>168</sup> ikincisi ise ticaret hukuku uzmanlarından oluşan Temyiz Organı'nın kuruluşu, uluslararası ticaret hukukunun ve hatta daha geniş anlamda uluslararası hukukunun gelişimi üzerinde önemli bir etkiye sahiptir.<sup>169</sup> İkincisinin bir yansıması olarak, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin incelenmesi ve antlaşma yorumlanmasından<sup>170</sup> ispat yükü gibi usul konularıyla ilgili sorunlara kadar genel uluslararası hukuk alanındaki bir dizi konu ele alınmıştır.<sup>171</sup>

Ekonomik meselelerle ilgili bir dizi bölgesel uyuşmazlık mekanizması oluşturulmuştur. En gelişmiş olanı, geniş kapsamlı yargı yetkisiyle Lüksemburg'daki Adalet Divanı ile tam işleyen bir yargı sistemine sahip olan Avrupa Birliği'dir.<sup>172</sup> Daha mütevazı bölgesel

<sup>167</sup> Davranış Kuralları Aralık 1996'da kabul edilmiştir: bkz. WT/DSB/RC/1 ve [www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/rc\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/rc_e.htm). Ayrıca bkz. 2010'da yakın zamanda tadil edilen Temyiz Değerlendirmesine İlişkin Çalışma Usulleri. Ayrıca bkz. 2013 yıllık raporu, WT/DSB/61/Add.1.

<sup>168</sup> 2000'lerin ortası itibarıyla 200'ü aşkın: Bkz. Cameron ve Gray, 'WTO Dispute Settlement', s. 250, ve 2016 Ağustos itibarıyla 509: [www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_current\\_status\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm).

<sup>169</sup> Örneğin bkz. D. M. McRae, 'The Emerging Appellate Jurisdiction in International Trade Law', Campbell ve Cameron, *Dispute Settlement*, s. 1, ve Jackson, *Sovereignty, the WTO*, ss. 163 vd. 2014 yılı sonu itibarıyla 129 temyiz bildirim yapılmıştır: bkz. Annual Report of the Appellate Body, 2014, 2015 Ek 6 ve [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/appellate\\_body\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm). Lowenfeld (*International Economic Law*, s. 211) DTÖ Uyuşmazlıkların Çözümü Mekanizması'nın 'büyük bir başarı olduğu -hükümet düzeyinde uluslararası hukuki uyuşmazlıkların çözümü için yapılan diğer herhangi bir düzenlemeden çok daha fazla- sonucuna varmaktadır.

<sup>170</sup> Örneğin bkz. *Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* davası, 1996, WT/DS2/AB/R ve *Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* davası, 1998, WT/DS58/AB/R. Ayrıca bkz. D. Palmeter ve P. C. Mavroidis, 'The WTO Legal System: Sources of Law', 92 AJIL, 1998, s. 398, ve Jackson, *Sovereignty, the WTO*, ss. 182 vd.

<sup>171</sup> Örneğin bkz. Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products, 1999, WT/DS90/AB/R.

<sup>172</sup> Örnekler için bkz. P. Craig ve G. De Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 6. Baskı, Oxford, 2015; D. Chalmers, G. Davies ve G. Monti, *European Union Law: Text and Materials*, Cambridge, 2016; S. Weatherill *Law and Values in the European Union*, Oxford, 2016 ve Weatherill, *Cases and Materials on EU Law*, 12. Baskı, Oxford, 2016; ve A. Arnulf, *The European Court of Justice*, 2. Baskı, Oxford, 2006. Ayrıca bkz. R. Schütze, *Foreign Affairs and the EU Constitution*, Cambridge, 2014.

mekanizmalar arasında MERCOSUR (Arjantin, Brezilya, Paraguay ve Uruguay),<sup>173</sup> COMESA<sup>174</sup> ve ECOWAS<sup>175</sup> yer almaktadır.

ABD, Meksika ve Kanada'yı bağlayıcı 1992 Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) malların, hizmetlerin, kişilerin ve yatırımın serbest dolaşımı ve serbestleştirilmesini amaçlar ve ayrıca uyuşmazlık çözümü hükümlerini de içerir.<sup>176</sup> Ana mekanizmalar, Anlaşmanın 11, 14, 19 ve 20. Bölümlerinde yer almaktadır. 11. Bölüm'e göre her NAFTA tarafı devlet diğer NAFTA tarafları devletlerden yatırımcılara (ayrımcı olmayan) ulusal muamele sağlamalıdır ve bu yatırımcıların yatırımlarını uluslararası hukuka uygun olmadıkça kamulaştırmamalıdır. NAFTA taraf devletinden bir yatırımcı bu Bölüm'ü ihlal ettiğini öne sürdüğü başka NAFTA tarafı devletin almış olduğu önlemler için parasal tazminat talep edebilir. 11. Bölüm<sup>177</sup> uyarınca, yatırım uyuşmazlıkları bir taraf devletin bireysel yatırımcıları tarafından diğer taraf devlet aleyhine öne sürülebilir ve, eğer müzakereler yoluyla çözülmemişse, ya Dünya Bankası'nın Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID) ya da ICSID Ek İmkânı (Additional Facility) uyarınca veya Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) kuralları uyarınca tahkime sunabilir.<sup>178</sup> NAFTA kapsamında kurulan mahkemeler hem NAFTA Antlaşması'nı hem de uluslararası hukukun uygulanabilir kurallarını uygulamalıdır.<sup>179</sup> Geçici koruma önlemleri alınabilir ve mahkemenin kararı nihai ve bağlayıcıdır.<sup>180</sup> Antlaşmanın yorumlanmasıyla ilgili meseleler, kararları bağlayıcı olan Serbest Ticaret Komisyonu'na<sup>181</sup> gönderilmelidir.<sup>182</sup> 19. Bölüm, anti-damping, telafi edici vergiler ve nihai zarar tespitleri ile ilgili iki-uluslu (bi-national) heyet görüşlerini öngörür. Söz konusu heyetler, ayrıca taraf devletlerin kendi anti-damping ya da telafi edici vergi hukukuna ilişkin taraf devletlerden herhangi biri tarafından yapılan değişiklikleri gözden geçirebilir.<sup>183</sup> Panel kararları bağlayıcıdır. Ancak, panel üyelerinden birinin ciddi bir çıkar çatışması içinde olması yahut panelin temel bir usul hukuku kuralından sapması veya Antlaşma uyarınca yetkisini aşması sebebiyle devletlerden birinin kararın esaslı biçimde etkilendiğine inandığı durumda bir prosedür mevcuttur. Böyle bir durumda

<sup>173</sup> Bkz. 1991 tarihli Mercosur Antlaşması. 1991 Brasilia Protokolü (17 Aralık 1998 tarihli Komisyon tarafından tamamlanmıştır), tahkimle yapılan diplomatik görüşmelere dayanarak nihai merci olarak taraf devletler için temel bir uyuşmazlık çözüm sistemi oluşturmuştur. Tahkim 1999 yılına kadar kullanılmamış olup ilk tahkim kararı *Siscomex* davasıdır; bkz D. Ventura, 'First Arbitration Award in Mercosur – A Community Law in Evolution?', 14 *Leiden Journal of International Law*, 2000, s. 447. Ayrıca bkz., [www.mercosur.int/msweb/](http://www.mercosur.int/msweb/);

<sup>174</sup> Bkz. 1993 tarihli Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarını Kuran Antlaşma, [www.comesa.int/](http://www.comesa.int/).

<sup>175</sup> Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu. Bkz., 1975 antlaşması ile 1993 ve 2001 revizyonları ve 1991 Topluluk Adalet Divanı Hakkında 1. Protokol 1 ve 2005 ve 2006 ek protokolleri, <http://www.comm.ecowas.int/institutions/community-court-of-justice/>

<sup>176</sup> Bkz. 32 ILM, 1993, ss. 682 vd. Ayrıca bkz. *Bowett's International Institutions*, s. 226; D. S. Huntington, 'Settling Disputes under the North American Free Trade Agreement', 34 *Harvard International Law Journal*, 1993, s. 407; Collier ve Lowe, *Settlement*, s. 111; N. Kinneer, A. Bjorkland ve J. Hannaford, *Investment Disputes under NAFTA*, The Hague, 2006, ve *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects* (ed. T. Weiler), Ardsley, 2004. Ayrıca bkz. [www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=85&language=en-US](http://www.nafta-sec-alena.org/Default.aspx?tabid=85&language=en-US).

<sup>177</sup> Anlaşmanın 1101-14. maddeleri.

<sup>178</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>179</sup> Bkz., 1131. madde.

<sup>180</sup> 1134. ve 1136. maddeler.

<sup>181</sup> 20. Fasılın 2001. maddesi uyarınca kurulmuştur ve anlaşmanın uygulanmasını denetlemek ve de yorumlanması ve uygulanması ile ilgili uyuşmazlıkları çözmek üzere tarafların bakanlar düzeyinde temsilyetlerinden oluşur. Komisyon ayrıca ulusal bölümlerden oluşan NAFTA sekreteryasını kurmuş ve denetlemektedir, 2002. madde.

<sup>182</sup> Bkz., 1131. ve 1132. maddeler. 1105. madde uyarınca "adil ve eşit muamele" ve "tam koruma ve güvenlik" terimleri ile ilgili olarak örneğin bkz. *Mondev International Ltd v. USA* 6 ICSID Reports, 2002, s. 192, prg. 100 vd.; *United Parcel Service of America v. Canada* 7 ICSID Reports, 2002, s. 288, 97. paragraf; *Loewen Group v. USA* 7 ICSID Reports, 2003, s. 442, 124 vd. paragraflar ve *Methanex v. USA*, 3 Ağustos 2005 tarihli kararı, Bölüm II, Fasil H, 23. paragraf.

<sup>183</sup> Bkz., 1903-5. madde.

tarafardan biri hakimler ve eski hakimlerden oluşan üç kişilik iki uluslu Olağanüstü İtiraz Komitesi'ne inceleme için müracaat edebilir. Bu Komite'nin kararları bağlayıcıdır.<sup>184</sup>

20. Bölümün uyuşmazlıkların çözümü hükümlerine, esasen, 14. Bölümün finansal hizmetlere ilişkin hükümleri de dahil olmak üzere, NAFTA'nın yorumlanması veya uygulanmasıyla ilgili devletlerarası uyuşmazlıklarda başvurulabilir. Belirli bir uyuşmazlığı çözüme, belirlenen zaman sınırlamaları dahilinde istişare ve yine belirlenen zaman sınırlamaları dahilinde Serbest Ticaret Komisyonu tarafından dostane girişim, arabuluculuk ve uzlaştırma girişimleri başarısız olursa, taraflar Komisyon'dan beş kişilik bir Hakem Heyeti kurulmasını talep edebilir.<sup>185</sup>

Tarafsız bir başkan, uyuşmazlık taraflarınca (veya anlaşma yoksa, kurayla seçilen tarafların biri tarafından) on beş gün içinde seçilir ve, takip eden on beş gün içinde, Bölüm taraf tarafından karşı tarafın uyuşmazlığından olan iki heyet üyesi seçilir.<sup>186</sup> Heyet, uzman tavsiyesi alabilir ve taraflarca gündeme getirilen teknik konularla ilgili meseleler hakkında yardım sağlamak üzere bir Bilimsel İnceleme Kurulu oluşturabilir. Heyet, son heyet üyesinin atanmasını takiben doksan gün içinde, bulgularına ve önerilerine ilişkin bir İlk Rapor sunar. Daha sonra taraflardan yorumları alınır ve bunun üzerine heyet, raporunu yeniden gözden geçirebilir. İlk Rapordan sonra otuz gün içinde, heyet Son Raporunu Komisyon'a gönderecektir.<sup>187</sup> O zaman taraflar, heyetin önerileri ışığında, otuz gün içinde bir uyuşmazlık çözümünde anlaşmak zorundadırlar.<sup>188</sup> Bu gerçekleşmezse şikayetçi taraf, uyuşmazlığın çözümüne ilişkin tarafların bir anlaşmaya varacağı zamana kadar, benzer etkiye sahip menfaatlerin şikayetçi olunan tarafa uygulanmasını askıya alabilir.<sup>189</sup>

Dünya Bankası (yani Uluslararası Yeniden Yapılanma ve Kalkınma Bankası ve Uluslararası Kalkınma Birliği), 1993 yılında, Dünya Bankası tarafından finanse edilen bir proje nedeniyle çıkarlarının zarar gördüğüne ya da görebileceğine inanan sivil vatandaşlar için bağımsız bir forum sağlayan İnceleme Heyeti kurmuştur.<sup>190</sup> Böyle özel kişiler tarafından bir talep geldiğinde, üç kişilik Heyet talebin kendi yetki alanında olup olmadığına karar verir. Kendi yetki alanında ise, talebi Heyet için bir cevabi karşılık hazırlayan Banka Yönetimi'ne gönderir. Heyet tarafından, Banka Yönetimi'nin cevabının esasının bağımsız bir değerlendirmesini içeren ön inceleme başlatılır. Ardından iddiaların soruşturulup soruşturulmayacağına ilişkin tavsiyesi için Banka Yönetim Kurulu'na sunulur. Eğer Kurul soruşturma yapılması doğrultusunda bir tavsiyeyi onaylarsa, Heyet soruşturma ile devam eder ve ardından bulguları Kurul'a ve Banka Yönetimi'ne gönderilir. Yönetim, altı hafta içinde, Heyet'in bulgularına cevap olarak Banka'nın yapması gereken işlemlere ilişkin tavsiyelerini Kurul'a sunmak zorundadır. Kurul, daha sonra, Heyet'in bulguları ve Banka Yönetimi'nin tavsiyeleri uyarınca yapılacak eylemlere ilişkin nihai kararını verecektir.<sup>191</sup>

<sup>184</sup> Madde 1904.13.

<sup>185</sup> Bkz., 2003-8. madde.

<sup>186</sup> Bkz. 2011. madde.

<sup>187</sup> Bkz. 2014-17. madde.

<sup>188</sup> 2018. madde.

<sup>189</sup> 2019. madde.

<sup>190</sup> Örneğin bkz., I. Shihata, *The World Bank Inspection Panel*, Oxford, 1994; A. Naude Fourie, *The World Bank Inspection Panel and Quasi-Judicial Oversight*, 2009; D. L. Clark, *A Citizen's Guide to the World Bank Inspection Panel*, 2. Baskı, Washington, 1999; D. Clark, *Demanding Accountability: Civil Society and the World Bank Inspection Panel*, Lanham, 2003; G. Alfredsson, R. Ring ve G. Melander, *The Inspection Panel of the World Bank: A Different Complaints Procedure*, The Hague, 2001; 'Conclusions of the Second Review of the World Bank Inspection Panel', 39 ILM, 2000, s. 243, ve A. Gowlland Gualtieri, 'The Environmental Accountability of the World Bank to Non-State Actors', 72 BYIL, 2002, s. 213. Ayrıca bkz. the Inspection Panel's Annual Report, 2014-5. <http://ewebapps.worldbank.org/apps/ip/Pages/Annual-Report.aspx>

<sup>191</sup> Ağustos 2016 itibarıyla, Heyet'e 110 talep iletilmiştir: bkz. [http://ewebapps.worldbank.org/apps/ip/Pages/Panels\\_Cases.aspx](http://ewebapps.worldbank.org/apps/ip/Pages/Panels_Cases.aspx)

Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID), 1965 Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Sözleşme ile Dünya Bankası himayesinde kurulmuştur ve geçici (*ad hoc*) tahkimleri yürütür.<sup>192</sup> Bu, içerisinde uzlaştırma ve tahkimin yer aldığı bir çerçeve oluşturur ve devletler ve (üye ülkelerden) devlet-dışı yatırımcıların uyuşmazlıkları çözebileceği, ulusal hukuklardan muaf, bir özerk sistem öngörür. Sözleşmeye taraf devletler,<sup>193</sup> Merkez'in himayesinde hareket eden tahkim mahkemelerince alınan nihai ve kendi topraklarında bağlayıcı nitelikte olan kararları tanımakla ve bu kararları, ulusal mahkemelerinin nihai kararınımsı gibi, uygulamakla yükümlüdür.<sup>194</sup> Merkez'in yargı yetkisi, 'bir yatırıma taraf bir devlet ... ve diğer taraf devletin bir vatandaşı arasında doğrudan doğruya bir yatırımdan doğan ve uyuşmazlık taraflarının yazılı rızası ile Merkez'e iletilen herhangi bir hukuki uyuşmazlık' konusunda genişletilebilir.<sup>195</sup> Buna göre, devletler, sadece Sözleşmeye taraf olmayıp, aynı zamanda belirli uyuşmazlıkların çözüm prosedürlerine ilişkin taleplerinde, bu yatırımcı ve ilgili devlet arasındaki bir imtiyaz sözleşmesiyle mutabakata varılmış olsa dahi, yazılı olarak kabul etmek zorundadırlar. Aslında Sözleşmeye taraf devletler arasındaki ikili yatırım anlaşmaları, sıklıkla, bir yatırım uyuşmazlığı olması durumunda, Merkez'in himayesinde, tahkime başvurulmasını öngörür.<sup>196</sup> Ayrıca, bir dizi çok taraflı antlaşma artık ortaya çıkan uyuşmazlıkların ICSID'e gönderilmesini öngörür.<sup>197</sup> 1978 yılında, Merkez, yalnızca taraflardan birinin sözleşmeci devlet ya da sözleşmeci devletin vatandaşı olduğu

<sup>192</sup> Bkz. Lowenfeld, *International Economic Law*, ss. 536 vd.; R. Dolzer ve C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2. Baskı, Oxford, 2012, ss. 238 vd.; C. Schreuer ve diğerleri, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2. Baskı, Cambridge, 2009; Broches, 'The Convention on the Settlement of Investment Disputes', 3 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1966, s. 263, ve Broches, 'The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States', 136 HR, 1972, s. 350; *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (ed. M. Kinnear ve G.R. Fischer), The Hague, 2015; *The International Arbitral Process: Public and Private* (ed. J. G. Wetter), Dobbs Ferry, 1979, cilt. II, s. 139; Collier ve Lowe, *Settlement*, s. 59; P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, 2. Baskı, Oxford, 2007, ve *The Oxford Handbook of International Investment Law* (ed. P. Muchlinski, F. Ortino ve C. Schreuer), Oxford, 2008. Ayrıca bkz. [www.worldbank.org/icsid/](http://www.worldbank.org/icsid/).

<sup>193</sup> Taraf olunca, devletler belli türdeki uyuşmazlıkları açıkça dahil edebilir veya hariç tutabilir: bkz. madde 25(4). 2016 Haziran itibariyle, 161 sözleşmeci ve 153 onaylayan devlet bulunmaktaydı. Bkz. ICSID Annual Report 2016, s. 14 ve bkz. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx>. Bununla birlikte, Bolivya (2007), Ekvator (2009) ve Venezuela (2012) sözleşmeden çekilmiştir. Söz konusu çekilmeler, uluslararası tahkimin, devletin halkının ekonomik veya çevresel refahını amaçlayan meşru hükümet politikalarını alt üst edebileceği fikrine olan artan kaygıyı vurgulamaktadır. Bu tür endişeler, AB ile ABD arasında hâlihazırda mevcut Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı görüşmeleri bağlamında değerlendirilmektedir, örneğin bkz. C. J. Tams, 'Procedural Aspects of Investor-State Dispute Settlement: The Emergence of a European Approach?', 2014, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2402141](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2402141) adresinden erişilebilir.

<sup>194</sup> Wetter, *Arbitral Process*, Cilt: 2, s. 139.

<sup>195</sup> Sözleşmenin 25(1). maddesi.

<sup>196</sup> Bkz. I. Pogany, 'The Regulation of Foreign Investment in Hungary', 4 *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 1989, ss. 39, 51. Ayrıca bkz. *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka davası* 30 ILM, 1991, s. 577. 2007 Lizbon Antlaşması'ndan bu yana, AB'nin, öncesinde üye ülkelerin imtiyaz sahibi olduğu, üçüncü ülkelerle olan uluslararası yatırım anlaşmalarını yerine getirme yetkisine sahip olması, özellikle dikkat çekici bir husustur, bkz. 206. ve 207. maddeler. Nihayetinde, AB, özellikle Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı ile ilgili ABD ile yapılan görüşmelerden dolayı, bir yabancı yatırım politikası geliştirmektedir, örneğin bkz. A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, 2011; A. Reinisch, 'The EU on the Investment Path – Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements', 12 *Santa Clara Journal of International Law*, 2014, s. 111, ve N. J. Calamita, 'The Making of Europe's International Investment Policy: Uncertain First Steps', 39 *Legal Issues of European Integration*, 2012, s. 301.

<sup>197</sup> Örneğin bkz. 1992 NAFTA Antlaşması'nın 1120. maddesi ve *Metalclad Corporation v. United Mexican States* 119 ILR, s. 615. Ayrıca bkz. 1995 Enerji Şartı Antlaşması'nın 26(4). maddesi. Enerji Şartı Antlaşması'nın uygulanması için örneğin bkz. *Hulley Enterprises v The Russian Federation* (the Yukos arbitration). 18 Temmuz 2014 tarihli karar, Rusya'nın kamulaştırma ile ilgili antlaşmanın 13. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle, Rusya'nın antlaşmanın uygulama hükümleri uyarınca tahkime mecbur olduğuna ve davacılar toplam 50 milyar ABD Doları ödenmesine hükmetmiştir. Bununla beraber, Nisan 2016'da bu kararlar Lahey Bölge Mahkemesi tarafından göz ardı edilmiştir. C/09/477160 / HA ZA 15-1, <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2016:4230>

uyuşmazlıklar ile, yapılan işlemin sıradan bir ticari işlemde ayıran özellikleri olması kaydıyla, doğrudan yatırımdan doğmayan uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde yargı yetkisini genişleten ve ayrıca araştırma işlemlerini öngören ICSID Ek İmkânı'nı ortaya çıkarmıştır.

Sözleşme, bireylerin şikâyetinde bulunulan devletten başka bir uyuşmazlığa sahip olmasını şart koşar ve 25(2). madde çifte vatandaşlığı özellikle kapsam dışı bırakmaktadır. Uyuşmazlık, vatandaşlığın iddia edildiği devletin kurallarına göre belirlenir ve hem tarafların uyuşmazlığı uzlaştırma ya da tahkime götürme talebinde uzlaştığı hem de bu talebin kayıtlara geçtiği tarihte söz konusu uyuşmazlığın mevcut olması zorunludur. Aynı ilkeler, 25(2). madde kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözüme taşınmasında uzlaştığı tarihte ve 'dış kontrol nedeniyle tarafların, Sözleşme'nin amaçları uyarınca diğer sözleşmeci devlet vatandaşı gibi muameleye tabi olmasında anlaşılması' tarihinde sözleşmeci taraf devletin uyuşmazlığına sahip tüzel kişiler hariç, şirketler için de geçerlidir. Bu, ikili yatırım antlaşmalarında sağlanabileceği gibi, gerekli durumlarda da belirtilebilir.<sup>198</sup>

Uyuşmazlıklar, ICSID himayesinde kurulan uzlaştırma komisyonlarına ya da tahkim mahkemelerine de havale edilebilir. Uzlaştırma nadir olsa da, tahkim daha sıklıkla söz konusudur.<sup>199</sup> Genel Sekretere, ICSID yargı yetkisine giren bir uyuşmazlığın herhangi bir tarafınca, bir Tahkim Mahkemesi kurması talep edilebilir. Taraflar, tek sayıda hakemi aday gösterirler; seçilen hakemler ise mahkemenin tarafsız başkanı konusunda karar verirler. Geçerli mevzuat, taraflarca kararlaştırıldığı gibidir. Aksi takdirde uyuşmazlığa taraf olan sözleşmeci devletin mevzuatı buna ilişkin uluslararası hukuk kuralları ile birlikte geçerli mevzuat sayılır.<sup>200</sup> Kararlar bağlayıcıdır ve Sözleşme sisteminde sağlananın dışında herhangi bir itiraz ya da diğer başvuru yolları söz konusu değildir.<sup>201</sup> Bölüm sözleşmeci devlet ICSID kararlarını tanımakla ve maddi yükümlülükleri kendi mahkemelerinin nihai kararıymış gibi uygulamakla yükümlüdür.<sup>202</sup> Bu şekilde bir dizi önemli karara hükmedilmiştir.<sup>203</sup> Gittikçe önem kazanan bir diğer prosedür, Uluslararası Ticaret Odası Uluslararası Tahkim Divanı'dır.<sup>204</sup> Uluslararası Ticaret Odası Kuralları uyarınca tahkim yoluyla uyuşmazlıkların çözümü konusunda bir dizi anlaşma sağlanmış ve pek çok dava görülmüştür.<sup>205</sup> 1966 yılında Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından kabul edilen ve en son 2013 yılında tadil edilen kurallar dizisini de ayrıca belirtmek gerekir.<sup>206</sup>

<sup>198</sup> Örneğin bkz. *AMCO v. Indonesia* 1 ICSID Reports, s. 377.

<sup>199</sup> Ağustos 2016 itibarıyla, sonuçlanan dava sayısı 377, görülmekte olan dava sayısı ise 217'dir: Bkz. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>.

<sup>200</sup> Bkz. Sözleşme'nin IV. Bölümü.

<sup>201</sup> 53. madde.

<sup>202</sup> 54. madde. Bununla birlikte, bu, egemen dokunulmazlık konusunda ulusal mevzuata tabidir. Bkz., 55. madde.

<sup>203</sup> Bkz., P. Lalive, 'The First "World Bank" Arbitration (*Holiday Inns v. Morocco*): Some Legal Problems', 51 BYIL, 1980, s. 123. Ayrıca bkz. *AGIP Spa v. Government of the Popular Republic of the Congo* 67 ILR, s. 318; *Benvenuti and Bonfant v. Government of the Popular Republic of the Congo*, a.g.e., s. 345, (devlet sorumluluğu ve zararlara ilişkin meseller ile ilgili), ve *LETCO v. Government of Liberia* 89 ILR, s. 313 ve *Tradex Hellas SA v. Albania*, 1999, ARB/94/2 (kamulaştırma ile ilgili). Ayrıca devlet sorumluluğu, kamulaştırma ve tazminata ilişkin bkz. *Metalclad Corporation v. United Mexican States* 119 ILR, s. 615, ve örneğin yerel mahkemeler ile ICSID mahkemeleri arasındaki ilişkiler ve yatırım tanımı için *SGS Société de Surveillance SA v. Pakistan* 129 ILR, s. 360.

<sup>204</sup> Bkz., Wetter, *Arbitral Process*, Cilt: 2, s. 145. Ayrıca bkz. [www.iccwbo.org/about-icc/organization/disputeresolution-services/icc-international-court-of-arbitration/](http://www.iccwbo.org/about-icc/organization/disputeresolution-services/icc-international-court-of-arbitration/).

<sup>205</sup> Bkz., *Dalmia Cement v. National Bank of Pakistan* 67 ILR, s. 611 ve *Westland Helicopters* davası, 80 ILR, s. 595.

<sup>206</sup> Örneğin bkz., C. Croft, C. Kee ve J. Waincymer, *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*, Cambridge, 2013 ve I. Dore, *The UNCITRAL Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*, London, 1993. Ayrıca bkz. [www.uncitral.org/uncitral/en/index.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html) ve <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf>.

Bu noktada iki taraflı yatırım antlaşması sistemlerine değinmek gerekir.<sup>207</sup> 13. Bölüm'de belirtildiği üzere<sup>208</sup> sayıları artık 3000'den fazla olan bu antlaşmalar söz konusu antlaşmaya taraf olan bir devletin vatandaşlarına (şirketler dahil) taraf olan diğer devlette ilgili uluslararası hukuk kuralları uyarınca yatırım yapma imkanı içeren bir çerçeve sunarlar. Uluslararası hukukun bu alandaki kuralları adil ve hakça muamele, en çok gözetilen ulus muamelesi ve kamu yararı ile yapılan, ayrımcı olmayan, gecikmeksizin, zamanında ve etkin tazminat ödemesi ile gerçekleştirilme dışında kamulaştırma yasağını içermektedir. Bu antlaşmalar ayrıca uyuşmazlık çözümü hükümleri içermektedir. Bu hükümler, diğerleri yanında, ilgili devletlerin, devletler ve yabancı vatandaşlar ya da şirketler arasında belirli antlaşmaya dair uyuşmazlıkları bağlayıcı üçüncü taraf hakemliğine sunmaya mutabık kalmalarını öngörmektedir. Bu hakemlik genellikle ICSID (Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi), Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi ya da UNCITRAL (BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) Tahkim Kuralları uyarınca gerçekleşecek bir hakemliktir.<sup>209</sup> Uyuşmazlık çözümü hükümleri bir antlaşmadan diğerine değişiklik gösterir. Ancak belirtmek gerekir ki, bir çok antlaşma uyuşmazlığı müzakere ile çözmeye teşebbüs için bir başlangıç sürecini ya da ilgili vatandaş veya şirketin talebi üzerine uluslararası tahkime müracaat öncesinde iç başvuru yollarının kullanılmasını öngörmektedir.

Antlaşmaya taraf iki devlet arasında antlaşmanın uygulanması ya da yorumuna ilişkin bir uyuşmazlık varsa ve bu uyuşmazlık diplomatik yöntemlerle çözülememişse, taraflardan herhangi biri uluslararası tahkime başvurabilir.<sup>210</sup> Ev sahibi devlet ile yatırımcının vatandaşlığına sahip olduğu devlet arasında iki taraflı yatırım antlaşmaları uyarınca artan sayıda yatırımcı-devlet tahkimi gerçekleşmektedir ve 1987 yılında bu alandaki ilk davadan beri çok ve önemli bir içtihat hukuku oluşmuş durumdadır.<sup>211</sup> İki taraflı yatırım antlaşması yaklaşımında bir gelişme, önceki model üzerine inşa edilmiş uyuşmazlık çözümü öngören bölgesel ticaret antlaşmalarının kurulmasıdır. Önerilen bu tür üç düzenleme halihazırda masa üzerinde bulunmaktadır. Atlantik Aşan Ticaret Yatırım Ortaklığı (TTIP) olarak bilinen ABD-Avrupa Birliği ticaret ortaklığına dair antlaşma müzakere edilmektedir. Bu antlaşma mal ve hizmetlerin ihrac ve ithalatındaki maliyetleri düşürmeyi, düzenleyici işbirliğini arttırmayı ve

<sup>207</sup> Katılım öncesi iki taraflı yatırım antlaşmaları ile Avrupa Birliği arasındaki ilişki konusuna ve bu antlaşmaların devamına Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 344. maddesi ışığında müsaade edilip edilmediğine dikkat ediniz. Bu madde şunu öngörmektedir: 'Üye devletler (AB) antlaşmalarının yorumlanmasına ve uygulanmasına dair uyuşmazlıkları bu antlaşmalarda öngörülenlerin dışında başka bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasına götürmemeyi yükümlenirler'. Haziran 2015'de Avrupa Komisyonu beş üye devlete karşı onlardan aralarında akdetmiş buldukları AB içi yatırım antlaşmalarını sona erdirmelerini talep ederek ihlal davası açmıştır. Press Release, 18 Haziran 2015, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm). 3 Mart 2016 tarihinde Alman Federal Adalet Mahkemesi (Bundesgerichtshof) *Achmea v Slovakia* davasında (PCA Case No. 2008-13, 7 Aralık 2012) verilen tahkim mahkemesi kararının uygulanmasına ilişkin davayı Avrupa Birliği üyesi devletler arasında akdedilmiş bulunan iki taraflı yatırım antlaşmalarında ihtiva edilen yatırımcı-devlet tahkim antlaşmalarının geçerliliği hususu nedeniyle ön karar için AB Adalet Divanı'na havale etmiştir. (I ZB 2/15). Örneğin bkz. <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=122db355-827a-4dc0-b4e2-ff1b777c07a3>. Ayrıca bkz. M. Wierzbowski ve A. Gubrynowicz, 'Conflict of Norms Stemming From Intra-EU BITs and EU Legal Obligations: Some Remarks on Possible Solutions' in *International Investment Law for the 21<sup>st</sup> Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (ed. C. Binder ve C. Schreuer), Oxford, 2009, s. 544 ve B. de Witte, 'A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union', *The European Court of Justice and External Relations Law* (ed. M. Cremona ve A. Thies), Oxford, 2014, s. 33.

<sup>208</sup> Bkz. bu bölümde yukarıda.

<sup>209</sup> Madde 8, Model UK Bilateral Investment Treaty 2008; madde 24 ve 25, US Model Bilateral Investment Treaty 2012.

<sup>210</sup> Örneğin bkz. madde 7, 8 ve 9, UK Model Bilateral Investment Treaty 2008 ve madde 23- 25, ve 37, US Model Bilateral Investment Treaty 2012. Ayrıca bkz. J.Pohl, K. Mashigo ve A. Nohen, 'Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey', OECD Working Papers on International Investment, 2012/02, OECD Publishing, 2012, <http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en>

<sup>211</sup> *Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka* (registered in 1987) ICSID Case No ARB/87/3. 2015 yılında rekor sayıda (70) yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü müracaatı gerçekleşmiş ve toplam sayı bilinebildiği kadarıyla 700'e ulaşmıştır. Bkz. UNCTAD, International Investment Agreements, Issues Note , Haziran 2016.

teknik engelleri düşürmeyi hedeflemektedir.<sup>212</sup> Bu müzakerelerin bir parçası olarak Avrupa Komisyonu Kasım 2015'te ABD'ye bir 'yatırım mahkemesi sistemi'nin kurulması önerisini sunmuştur. Öneri, bir İlk Derece Mahkemesi ve AB ile ABD tarafından tayin edilecek bir Temyiz Mahkemesi'nden oluşan yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarına bakacak iki kademelikli bir Mahkeme öngörmektedir.<sup>213</sup> Bu, *ad hoc* tahkime vurgu yapmak ve temyiz mekanizmasının yokluğu sureti ile iki taraflı yatırım anlaşması modeline ciddi bir değişiklik getirmektedir. Hiyerarşik ve daimi bir yargı sistemine doğru yönelme çok önemlidir ve bu önerinin başarılı olup olmayacağı ileride görülecektir.

İkinci düzenleme Ağustos 2014'te Avrupa Birliği ile Kanada arasında imzalanmış bulunan Kapsamlı Ekonomi ve Ticaret Antlaşması'dır (CETA). Bu, taraflar arasında bir dizi tarife indirimi öngören bir serbest ticaret düzenlemesidir. Bunun ilk uyuşmazlık çözüm hükümleri iki taraflı yatırım antlaşması modelini yansıtmaktaydı. Fakat AB'nin TTIP müzakereleri bağlamında Kasım 2015'te yaptığı önerilerin getirilmesiyle 2016 yılı başlarında revize edildi. Kanada bu önerileri kabul etmiştir.<sup>214</sup> Buna göre yatırım koruma hükümlerinin ihlali dolayısıyla yatırımcıların yapmış oldukları talepleri incelemek için on beş kişilik (AB ve Kanada'dan beşer kişi ve diğer devletlerden beş kişi) daimi bir mahkeme öngörülmektedir.<sup>215</sup> Oluşumu ve diğer konular henüz kararlaştırılmamış olmasına rağmen, bir Temyiz Mahkemesi de öngörülmüştür.<sup>216</sup> Davalar üçer üyeden (üçüncü bir devletten gelen üyenin başkanlığında AB ve Kanada'dan birer üye ile) oluşan dairelerce görülecektir. Bu hükümler, Kanada ile belirli AB üyesi devletler arasındaki mevcut sekiz adet iki taraflı yatırım antlaşmasının yerine geçecektir.

Üçüncü düzenleme ABD ile Japonya, Avustralya ve Kanada dahil, diğer on bir devleti bağlayacak Pasifik Aşan Ortaklık (TPP) düzenlemesidir.<sup>217</sup> Bu antlaşma 4 Şubat 2016 tarihinde imzalanmıştır. Yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü bağlamında, antlaşmanın 9. Bölümü bir uyuşmazlığın altı ay içinde danışma ya da müzakere ile çözülmediği durumda, davacının (yatırımcı) talebini tahkime sunabileceğini öngörmektedir. Hakemlik, eğer davalı ve davacının tarafı ICSID'e taraf ise ICSID Konvansiyonu ve ICSID Hakemlik İşlemleri Usul Kuralları, veya eğer davalı ya da davacının tarafı ICSID'e taraf ise ICSID Ek İmkan Kuralları, ya da UNCITRAL Tahkim Kuralları; veya davacı ve davalı anlaşır ise diğer hakemlik kuruluşları yahut tahkim kuralları uyarınca gerçekleşebilir.<sup>218</sup> Herhangi bir temyiz mekanizması öngörülmemiştir. Ancak madde 9.23(11) başka kurumsal düzenlemeler uyarınca ileride yatırımcı-devlet uyuşmazlığı mahkemeleri tarafından verilen kararları gözden geçirme mekanizmalarının geliştirilmesi durumunda taraf devletlerin bu antlaşma uyarınca verilen kararların bu temyiz mekanizmasına tabi olup olmayacağını değerlendireceklerini belirtmektedir. CETA madde 8.29'un yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için taraf devletlerin çok taraflı yatırım mahkemesi ve temyiz mekanizması kurmaya çaba sarf edeceklerini öngördüğüne dikkat edilmelidir. Bu çok taraflı mekanizma kurulduktan sonra, CETA Ortak Komitesi CETA F Bölümü uyarınca çok taraflı mekanizmaya uygun olarak yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için bir karar alacak ve uygun geçici düzenlemeleri yapacaktır. Bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bu enstrümanlar, yürürlüğe girerse ve girdiklerinde, iki taraflı yatırım antlaşması yöntemlerini ihtiva eden bir kapsamlı çok taraflı yatırım mahkemesi düzenlemesinin temellerini atmaktadır. Bununla beraber, bu tür yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözüm mekanizmaları ile karşılaştıklarında devletlerin kendi ekonomilerini

<sup>212</sup> Örneğin bkz. [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_en.htm) ve <https://ustr.gov/ttip/>.

<sup>213</sup> Bkz. [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc\\_153955.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf)

<sup>214</sup> Bkz. Press Release of the European Commission, 29 Şubat 2016, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468>. Ayrıca bkz. the EU-Vietnam Free Trade Agreement of January 2016, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc\\_154224.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154224.pdf)

<sup>215</sup> Bkz. CETA, Kısım 8, Bölüm F, madde 8.18 vd.

<sup>216</sup> Ibid, madde 8.28.

<sup>217</sup> Örneğin bkz. <https://ustr.gov/tpp/>

<sup>218</sup> Bkz. madde 9.18 ve 9.19.

düzenleme yetkilerinin küçüldüğüne dair endişelerinin gündeme getirildiği ve önerilen düzenlemelerin tartışmalı olduğu da kabul edilmelidir.<sup>219</sup>

Devletlerarası tahkim unsurları ile devlet-birey tahkim unsurlarını birleştirerek karma bir model oluşturan bir kurum, 1981 tarihli İddiaların Çözümü Deklarasyonu ile Lahey'de kurulan İran-Amerika Birleşik Devletleri İddia Mahkemesi'dir.<sup>220</sup> Mahkeme, İran'a karşı ABD vatandaşlarının ve ABD'ye karşı İran vatandaşlarının, rehine krizini kapsayan koşulların bir sonucu olarak mülkiyet hakkı ihlallerinden kaynaklanan iddialarını yargulamak için kurulmuş olan bir uluslararası tahkim organıdır. Mahkeme, aynı zamanda, ABD ve İran arasında, mal ve hizmet alım satımı konusunda sözleşmeye bağlı düzenlemeler ile İddiaların Çözümü Anlaşması'nın yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklardan kaynaklanan bazı resmî iddiaları dinleme yetkisine sahiptir. Karma özelliğinin bir başka göstergesi olarak, İddiaların Çözümü Deklarasyonu 5. maddesi, Mahkemenin 'Mahkeme, ticari kullanım, sözleşme şartları ve değişen koşulları göz önünde bulundurarak geçerli kabul ettiğinden dolayı bu tür hukuk kuralları ile ticari ve uluslararası hukuk ilkelerini' uygulayacağını öngörür.

ABD vatandaşlarına tazminatların ödenmesini sağlamak için, rehine krizinin bir sonucu olarak ABD'de hesapları dondurulan İran hesaplarındaki bir milyar dolar ile bir Güvenlik Hesabı kurulmuştur. Toplam 500 milyon dolara düştüğünde, İran hesaba takviye yapma yükümlülüğüne sahiptir.<sup>221</sup> Anlaşma hükümleri uyarınca, tüm taleplerin 19 Ocak 1982 tarihine kadar yapılması gerekiyordu.<sup>222</sup> Mahkeme üçü İran, üçü ABD ve üçü de geri kalan altı hakim tarafından seçilen dokuz hakimden oluşur. Taraflar ya da Mahkeme tarafından değiştirilmedikçe, UNCITRAL Kuralları uyarınca faaliyet gösterir.<sup>223</sup> Kararlar nihai ve bağlayıcıdır ve herhangi bir yabancı mahkemede yerel hukuka uygun olarak uygulanır.<sup>224</sup>

Mahkeme, çifte vatandaşlık iddialarını ele almaya ilişkin<sup>225</sup> ve özellikle kamulaştırmayla ilgili meseleler dahil olmak üzere, çeşitli önemli konuları değerlendirmeye almıştır.<sup>226</sup> 250 bin doların altındaki talepler ilgili ulusun hükümeti tarafından temsil edildiği halde, iki

<sup>219</sup> Örneğin bkz. Roberts CJ'nin ABD Yüksek Mahkemesi'ndeki *BG v Republic of Argentina* davasındaki karşı oyu. 572 U. S. (2014) Ayrıca bkz. <http://rooseveltinstitute.org/beware-tpps-investor-state-dispute-settlement-provision>.

<sup>220</sup> Bkz., 1 Iran-US CTR, ss. 3-56; 20 ILM, 1981, ss. 223 vd. Ayrıca bkz. *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (ed. G. H. Aldrich), Oxford, 1996; Lowenfeld, *International Economic Law*, ss. 541 vd.; *The Iran-US Claims Tribunal at 25* (ed. C. Gibson ve S. Drahozal), Oxford, 2007; Stewart ve Sherman, 'Development at the Iran-United States Claims Tribunal: 1981-1983', 24 Va. JIL, 1983, s. 1; D. Lloyd Jones, 'The Iran-United States Claims Tribunal: Private Rights and State Responsibility', 24 Va. JIL, 1984, s. 259; *The Iran-US Claims Tribunal 1981-83* (ed. R. Lillich), Charlottesville, 1984; *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (ed. R. Lillich ve D. B. Magraw), New York, 1998; S. J. Toope, *Mixed International Arbitration*, Cambridge, 1990, Bölüm 9; D. D. Caron, 'The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution', 84 AJIL, 1990, s. 104; A. Avanessian, *Iran-United States Claims Tribunal in Action*, The Hague, 1993; R. Khan, *The Iran-United States Claims Tribunal*, Dordrecht, 1990; W. Mapp, *The Iran-United States Claims Tribunal: The First Ten Years 1981-1991*, Manchester, 1993, ve the *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, 1981'den bugüne kadar. Ayrıca bkz. [www.iusct.net/](http://www.iusct.net/).

<sup>221</sup> 1989 yılı başı itibarıyla, bu, 26 kere gerçekleşmiştir. Bkz., 83 AJIL, 1989, s. 915.

<sup>222</sup> İki hükümet arasında Cezayir Bildirilerinin yorumlanmasıyla ilgili uyuşmazlıklar için geçerli olmayan süre içinde, 250.000 ABD doları veya daha fazla tutarındaki yaklaşık 1.000 talep ve 250.000 ABD dolarının altındaki 2.800 talep müracaatı olmuştur. Mayıs 2016 itibarıyla, 602 karar ve 83 geçici ve ara karar verilmiş ve 136 müracaat yapılmıştır. Toplamda 3.936 dava, hüküm, karar ya da emir ile sonuçlandırılmıştır. Bkz. Communiqué of 9 Mayıs 2016 ve [http://www.iusct.net/General%20Documents/Communique%2016.1%20\(9%20May%202016\).pdf](http://www.iusct.net/General%20Documents/Communique%2016.1%20(9%20May%202016).pdf).

<sup>223</sup> İddiaların Çözümü Bildirisi III. madde.

<sup>224</sup> İddiaların Çözümü Bildirisi IV. madde.

<sup>225</sup> Bkz., yukarıda 13. Bölüm.

<sup>226</sup> A.g.e.



devletin temsilcilerinin duruşmada bulunma hakkıyla duruşma boyunca hazır bulunma hakkı varken bu miktarı aşan talepler bireysel davacıların kendileri tarafından temsil edilir.<sup>227</sup> Yine de Mahkeme, farklı zamanlarda, klasik devlet sorumluluğu durumlarında olduğu gibi, taleplerin devletin değil bireyi olduğunu vurgulamıştır.<sup>228</sup>

Bu modelin, özellikle Soğuk Savaş sonrası dönemde eğilim bu tür uyuşmazlıkların tazminine yöneldiğinden, diğer benzeri durumlarda kullanıp kullanılamayacağı açık uçlu bir sorudur.<sup>229</sup> Fakat genel anlamda Mahkeme'nin söz konusu taleplerden pekçoğunu çözmedeki ve önemli uluslararası hukuk konularına değinmesi hususundaki değeri inkar edilemez.

BM Tazminat Komisyonu'nun kuruluşu, ilginç ve önemli bir gelişmeyi teşkil eder.<sup>230</sup> Güvenlik Konseyi'nin 692 (1991) sayılı kararıyla, 'Irak'ın yasadışı istilası ve Kuveyt'in işgalinin bir sonucu olarak her türlü doğrudan kayıp, çevreye zarar ve doğal kaynakların tükenmesi de dahil hasar ya da yabancı hükümetlerin, vatandaşlarının ve şirketlerin zarar görmesine' ilişkin tazminat taleplerini işleme koymak için kurulmuştur.<sup>231</sup> Komisyon, Güvenlik Konseyi'nin yan kuruluşu hükmündedir ve (belirli bir zaman aralığındaki Güvenlik Konseyi'nin on beş üyesinden oluşan) bir Guvernörler Konseyi, bir sekreteryaya ve iddiaları gözden geçirmek ve çözmek için atanan Komisyon üyelerinden oluşur.<sup>232</sup> 705 (1991) sayılı kararında, VII. Bölüm uyarınca hareket eden Güvenlik Konseyi, Irak tarafından ödenmesi gereken tazminatın Irak'tan petrol ve petrol ürünleri ihracatının yıllık değerinin yüzde 30'unu aşmamasına karar vermiştir.<sup>233</sup> 706 (1991) sayılı kararında, Konsey, Irak tarafından temel gıda alımlarının ve insanî yardımın sağlanması ve Tazminat Fonu aracılığıyla BM Tazminat Komisyonu'na ödeme yapması amacıyla, Irak petrol ve petrol ürünlerini belirli miktarda ithal etmek konusunda devletleri yetkilendirmiştir.<sup>234</sup> Irak en başta işbirliği yapmayı reddetmiştir;<sup>235</sup> fakat, 1996 yılında, 986 (1995) sayılı kararda öngörülen 'gıda karşılığı petrol' programı işlemeye başlamıştır. Bu karar, aynı zamanda, petrol satışlarından elde edilen gelirlerin yüzde 30'unun Tazminat Fonu'na tahsisini öngörmüştür. Bu oran, 1330 (2000) sayılı kararda, yüzde 25'e indirilmiştir. Tazminat Komisyonu çok sayıda talep almıştır. Yaklaşık 100 devletten

<sup>227</sup> Bkz., H. Fox, 'States and the Undertaking to Arbitrate', 37 ICLQ, 1988, ss. 1, 21.

<sup>228</sup> Bkz., State Party Responsibility for Awards Rendered Against Its Nationals, Case A/21, 14 Iran-US CTR, ss. 324, 330. Bkz. Award No. 602-A15(IV)/A24-FT, 2 Temmuz 2014. Bu karar ABD'nin Algiers Bildirgesi uyarınca ABD vatandaşlarının Amerikan mahkemelerinde İran'a karşı açmış oldukları davaları düşürme yükümlülüğünde olduğuna ilişkindir.

<sup>229</sup> Bkz., yukarıda 13. Bölüm.

<sup>230</sup> Örneğin bkz., *War Reparations and the UN Compensation Commission* (ed. C. S. Gibson, T. M. Rajah ve T.J. Feighery), Oxford, 2015; D. Campanelli, 'The United Nations Compensation Commission (UNCC): Reflections on its Judicial Character', 4 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2005, s. 107; V. Heiskanen, 'The United Nations Compensation Commission', 296 HR, 2002, s. 314; Collier ve Lowe, *Settlement*, s. 41; *The United Nations Compensation Commission: A Handbook* (ed. M. Frigessi di Ratalma ve T. Treves), The Hague, 1999; A. Kollopoulos, *La Commission d'Indemnisation des Nations Unies et le Droit de la Responsabilite Internationale*, Paris, 2001; A. Grattini, 'The UN Compensation Commission: Old Rules, New Procedures on War Reparations', 13 EJIL, 2002, s. 161; D. Caron ve B. Morris, 'The United Nations Compensation Commission: Practical Justice, Not Retribution', 13 EJIL, 2002, s. 183, ve M. B. Fox, 'Imposing Liability for Losses from Aggressive War: An Economic Analysis of the UN Compensation Commission', 13 EJIL, 2002, s. 201. Ayrıca bkz. <http://www.uncc.ch/>

<sup>231</sup> 687 (1991) sayılı Kararın 16. paragrafı "Irak'ı kurdu. . . Irak'ın Kuveyt'teki yasadışı istilası ve işgali sonucu ortaya çıkan çevresel zararları ve doğal kaynakların tükenmesi ya da yabancı hükümetlerin, uyrukluların ve şirketlerin yaralanması da dahil olmak üzere doğrudan zarar ve hasardan uluslararası hukuk çerçevesinde sorumlu tutulduğunu" saptamıştır ve kararın 18. paragrafı, bu tür talepler için, bir komisyon ile birlikte idare edilmek üzere, tazminat ödemeye yönelik bir fon kurmuştur.

<sup>232</sup> Bkz. Genel Sekreter'in 2 Mayıs 1991 tarihli Raporu, S/22559.

<sup>233</sup> Ayrıca bkz. Genel Sekreter Raporu, S/22661, Mayıs 1991.

<sup>234</sup> Ayrıca bkz. Genel Sekreter Raporu, S/23006, 1991 ve 712 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>235</sup> Konsey, 778 (1992) sayılı kararında, Irak petrolünün satışından elde edilen geliri temsil eden donmuş varlıkları elinde tutan devletleri, yüzde 30'u Tazminat Fonu'na devredilecek olan, özel bir emanet hesaba aktarmaya davet etmiştir.

2.6 milyon civarında talep gelmiştir.<sup>236</sup> Talepler altı kategoriye ayrılmıştır.<sup>237</sup> A'dan D'ye kadar olan kategorilerdeki talepler için son başvuru tarihi 1 Ocak 1995 olarak belirlenmiştir; E ve F kategorileri için 1 Ocak 1996 ve çevresel talepleri kapsayan F kategorisi için ise son tarih 1 Şubat 1997 olarak belirlenmiştir. 1992'de Komisyon tarafından Geçici Kurallar kabul edilmiştir.<sup>238</sup> Talepler, sekreteryaya tarafından bir ön değerlendirmeye tabi tutulur ve ardından komisyon üyelerinden oluşan ve özel olarak kurulan heyetlere gönderilir.<sup>239</sup> Sonrasında öneriler, temyizi olmayan karar için Governörler Konseyi'ne gönderilir. İlk tazminat kararı, 1995 ilkbaharında verilmiştir.<sup>240</sup> Mart 2013 itibariyle, 2.597.527 talep karara bağlanmış ve 16,708,302,236 dolar tazminat ödenmiştir.<sup>241</sup> Komisyon, çatışma sırasında ateşlenen Irak Scud füzeleri nedeniyle Suudi Arabistan, İsrail, Ürdün ve Körfez ülkelerinde oluşan hasara ilişkin olarak tazminata hükmetmiştir.<sup>242</sup>

Komisyon, siyasi bir araştırma organı ve yarı-yargısal mekanizma arasında ilginç bir melez sistemdir.<sup>243</sup> Güvenlik Konseyi ya da Governörler Konseyi'nce verilen özel bir talimatın yokluğunda, uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasının heyetler için gerekli olduğuna işaret edilmiştir.<sup>244</sup> Komisyon, çok sayıda talebi büyük bir başarıyla ele almış ve daha küçük taleplere, adli bir duruşma aşaması olmaksızın, bilgisayar ortamında ele almak suretiyle hızlandırılmış bir şekilde bakmıştır.<sup>245</sup>

## DEVLETLERARASI BAĞLAYICI UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ USULLERİ

Görüldüğü üzere, uluslararası hukuk alanında uyuşmazlıkları çözmek için oluşturulan çok sayıda çeşitli araç, mekanizma ve kurum bulunmaktadır. Fakat yargısal organların

<sup>236</sup> Bkz. 35 ILM, 1996, s. 942, ve Collier ve Lowe, *Settlement*, s. 43 (yaklaşık 1 milyon Mısırlı işçiyi de kapsayan talepler). Ayrıca bkz. [www.unog.ch/uncc/theclaims.htm](http://www.unog.ch/uncc/theclaims.htm). Talep edilen miktar 300 milyar doları aşmaktadır.

<sup>237</sup> 'A' kategorisi, kişilerin, Irak'ın Kuveyt'i istila ettiği 2 Ağustos 1990 tarihi ve ateşkes tarihi olan 2 Mart 1991 tarihi arasında Irak'tan veya Kuveyt'ten ayrılmalarından doğan hak taleplerini ve beraberinde Governörler Konseyince kabul edilebilir bulunan bireysel iddialar için 2.500 ABD doları ve aileler için 5.000 ABD doları sabit tutar üzerinden karar verilen tazminatı kapsar. 'B' kategorisindeki hak talepleri, bireysel talepler için 2.500 ABD doları ve aileler için ise 10.000 dolara kadar bir miktar olarak kararlaştırılan, ciddi kişisel yaralanma veya eş, çocuk veya ebeveyn ölümüyle ilgili talepleri kapsar.

<sup>238</sup> Bkz. S/AC.26/1992/10 ve 31 ILM, 1992, s. 1053.

<sup>239</sup> Komisyonerlerin talepleri doğrulama ve değerlendirme ile söz konusu zararların Irak'ın Kuveyt'i istila ve işgalinin doğrudan sonucu olup olmadığının saptanmasına dair görevlerini tamamladığını not ediniz. <http://www.uncc.ch/commissioners>.

<sup>240</sup> S/AC.26/1995/2-5. Ayrıca bkz. 35 ILM, 1996, s. 956. Örnek talepler için bkz. 109 ILR, s. 1 ve the *Egyptian Workers' Claims* 117 ILR, s. 195.

<sup>241</sup> Taleplerin ve ödemelerin ayrıntıları şurada bulunabilir: <http://www.uncc.ch/claims>

<sup>242</sup> Bkz. 'E2' Taleplerinin Üçüncü Taksidi İle İlgili Rapor ve Öneriler (the Report and Recommendations Concerning the Third Instalment of 'E2' Claims), S/AC.26/1999/R.40, 77. paragraf. Irak'ın bütün petrol, petrol ürünleri ve doğal gaz ihracatından elde ettiği gelirin yüzde beşini ve petrol, petrol ürünleri ve doğal gaz için hizmet sağlayıcılara yapılan parasal olmayan ödemelerin değerinin yüzde beşini Tazminat Fonu'na yatırması yükümlülüğünün Irak'taki son yıllardaki güvenlik durumundan dolayı ertelendiğini not ediniz. Örneğin bkz. *Governor Council Decisions* 272 (2014), S/AC.26/Dec.272 (2014), ve 273 (2015), S/AC.26/Dec.273 (2015).

<sup>243</sup> Bkz. 2 Mayıs 1991 tarihli BM Genel Sekreteri Raporu, S/22559. Bu Rapor, özellikle, Tazminat Komisyonu'nun ne bir Divan ne de Tahkim Mahkemesi olmaktan ziyade 'hak taleplerini incelemek, geçerliliğini doğrulamak, kayıplarını değerlendirmek, ödemeleri değerlendirmek ve uyuşmazlık iddialarını çözmek için gerekli araştırma işlevini icra eden bir siyasi organ olduğunu" vurgulamıştır. Bununla birlikte, "sürecin gerekli bazı unsurlarının usulüne uygun yapılması gereğini" kabul etmiştir, *a.g.e.*, 20. paragraf. Bkz., Collier ve Lowe, *Settlement*, s. 42, ve Merrills, *International Dispute Settlement*, s. 55. Ayrıca bkz. 2 Ağustos 1991 tarihinde Governörler Konseyince Kabul Edilen Yönlendirici İlkeler, S/22885. İki doküman da yeniden basılmıştır 30 ILM, 1991, ss. 1703 vd. Collier ve Lowe'nin, "en dikkate değer güncel yenilikler" arasında BM Tazminat Komisyonu'nu öne çıkardığını belirtmek gerekir, *Settlement*, s. 41.

<sup>244</sup> Bkz. Kuralların 31. maddesi ve the *Egyptian Workers' Claims* 117 ILR, ss. 195, 247.

<sup>245</sup> Bkz. Collier ve Lowe, *Settlement*, s. 43. 2005 yılında sonuçlanan iddia-işleme uygulaması ve 2007'de sonuçlanan bireylere yapılan ödemeler ve o yıl BM Tazminat Komisyonu Sekreterliği kalanlara bakılması formatına dönüşmüştür. <http://www.uncc.ch/ata glance.htm>.

kurulmasına özel bir önem verilmiştir. Bu tür divanlar ve mahkemeler sadece devletlerarası olabilir ya da bireylere davacı veya davalı olarak bulunma izni verebilir.<sup>246</sup> Kalıcı nitelikte ya da belirli bir uyuşmazlığı çözmek için kurulan geçici mahkemeler olabilirler. Uyuşmazlıkların çözümünde, çeşitli tekniklerin kullanılması muhtemel olmakla birlikte, yargısal organlara yapılan göndermeler barışçıl çözümün daha geniş bir süreci olarak görülmelidir. Jennings'in belirttiği gibi, 'yargılama süreci yalnızca klasik hukuki uyuşmazlıkları çözmek için değil, ayrıca daha karmaşık durumlarda önleyici diplomasinin önemli bir aracı olarak da hizmet edebilir.'<sup>247</sup> Aşağıda tahkim ve izleyen bölümde ise Uluslararası Adalet Divanı ele alınacaktır.

### Tahkim<sup>248</sup>

*Laguna del Desierto* davasında Mahkeme, bir anlaşmazlığı çözmek için devletlerce kurulan bir organın hukuki, idari veya siyasi nitelikte olup olmadığını belirlemek için, 'uluslararası hukukun uygulanışının, ilgili mahkeme önündeki devletlerce izlenen usullerin niteliğine bakmak olduğunu' vurgulamıştır.<sup>249</sup>

Tahkim usulü, bir dereceye kadar diplomatik çözüm süreçlerinden doğmuştur ve gelişmiş bir uluslararası hukuk sistemine doğru ilerleme göstermiştir. Modern haliyle, taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlıkların çözümünde karma komisyonların kurulması Birleşik Krallık ile Amerika arasındaki 1794 tarihli Jay Antlaşması ile ortaya çıkmıştır.<sup>250</sup> Bu usul, iki ülke arasında, Birleşik Krallık'ta inşa edilen İttifak savaş gemisinin neden olduğu zarar için Birleşik Krallık'ın tazminat ödemek zorunda kalmasıyla sonuçlanan 1872 tarihli *Alabama Claims* tahkiminde<sup>251</sup> başarıyla kullanılmıştır. Bu başarı, 19. yüzyılın sonlarında, *Behring Sea*<sup>252</sup> ve *British Guiana and Venezuela Boundary*<sup>253</sup> tahkim örneklerindeki gibi daha başka tahkimlere ön ayak olmuştur.<sup>254</sup>

<sup>246</sup> Bkz., yukarıda 2. dipnot.

<sup>247</sup> R. Y. Jennings, 'Presentation', *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice* (ed. C. Peck ve R. S. Lee), The Hague, 1997, s. 79. Ayrıca bkz. *Litigating International Law Disputes: Weighing the Options* (ed. N. Klein), Cambridge, 2014; *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation* (ed. L. Gruszczynski ve W. Werner), Oxford, 2014; *The Oxford Handbook of International Adjudication* (ed. C.P.R. Romano, K. Alter ve Y. Shany), Oxford, 2015 ve P. Webb, *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford, 2016.

<sup>248</sup> Örneğin Bkz. Merrills, *International Dispute Settlement*, 5. Bölüm; Wetter, *Arbitral Process; Practising Virtue: Inside International Arbitration* (ed. D. D. Caron, S. W. Schill. A. Cohen Smutny ve E. E. Trantafilou), Oxford, 2015; L. Simpson ve H. Fox, *International Arbitration*, London, 1959; L. Malintoppi, 'Methods of Dispute Resolution in Inter-State Litigation: When States Go To Arbitration Rather Than Adjudication', 5 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2006, s. 133; L. Caflisch, 'L'Avenir de l'Arbitrage Interetatique', AFDI, 1979, s. 9; B. S. Murty, 'Settlement'. Ayrıca bkz. Daillier, Forteau ve Pellet, *Droit International Public*, s. 964; Oellers-Frahm ve Zimmermann, *Dispute Settlement*; Economides, 'L'Obligation de Reglement Pacifique'; S. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, 1987; A. M. Stuyt, *Survey of International Arbitrations (1794–1984)*, Dordrecht, 1990; V. Coussirat-Coustere ve P. M. Eisemann, *Repertory of International Arbitral Jurisprudence*, Dordrecht, 4 Cilt, 1989–91; C. Gray ve B. Kingsbury, 'Developments in Dispute Settlement: International Arbitration since 1945', 63 BYIL, 1992, s. 97; L. Sohn, 'International Arbitration Today', 108 HR, 1976, s. 1; *International Arbitration* (ed. F. Soons), Dordrecht, 1990, ve H. Fox, 'States and the Undertaking to Arbitrate', 37 ICLQ, 1988, s. 1.

<sup>249</sup> 113 ILR, ss. 1, 42.

<sup>250</sup> Bkz. Simpson ve Fox, *International Arbitration*, ss. 1–4, ve R. C. Morris, *International Arbitration and Procedure*, New Haven, 1911. Ayrıca, komisyona tarafsız bir unsur kavramını dahil eden 1814 tarihli Ghent Antlaşması'nı not düşmek gerekir, *a.g.e.* Ayrıca bkz. G. Schwarzenberger, 'Present-Day Relevance of the Jay Treaty Arbitrations', 53 *Notre Dame Lawyer*, 1978, s. 715.

<sup>251</sup> J. B. Moore, *International Arbitrations*, Washington, DC, 1898, Cilt: 1, s. 495.

<sup>252</sup> *A.g.e.*, s. 755.

<sup>253</sup> 92 BFSP, s. 970.

<sup>254</sup> Ayrıca bkz. 'Projet de Reglement pour la Procedure Arbitrale Internationale', *Annuaire de l'Institute de Droit International*, 1877, s. 126.

1899 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne Dair Lahey Sözleşmesi, amacı 15. madde uyarınca ‘devletler arasındaki farklılıkların hakimler tarafından kendi tercihleri doğrultusunda ve hukuka saygı temelinde çözülmesi’ olan uluslararası tahkime ilişkin bir dizi hüküm içermektedir. Bu, uluslararası hukukta tahkim için kabul edilen tanım haline gelmiştir. 1907 tarihli Lahey Sözleşmesinin 37. maddesinde tekrar edilmiş olup *Lozan Antlaşması’nın 3. Maddesinin 2. Paragrafının Yorumlanması (Interpretation of Article 3, paragraph 2, of the Treaty of Lausanne)*<sup>255</sup> ile ilgili davada Uluslararası Daimi Adalet Divanı tarafından ve Uluslararası Adalet Divanıca kabul edilmiştir.<sup>256</sup>

Uluslararası tahkim, diplomasinin başarısız olduğu yerlerde, uyuşmazlıkların çözümünün en etkili ve hakkaniyete uygun usulü olarak sayılmıştır. 18. madde uyarınca tahkime başvurmaya ilişkin bir anlaşma, kararın şartlarını kabul etmek konusundaki hukuki yükümlülüğü de kapsar. Buna ek olarak, Daimi Tahkim Divanı (*Permanent Court of Arbitration, PCA*) kurulmuştur.<sup>257</sup> Söz konusu Divan, aslında sabit bir hakemler kurulundan oluşmadığı için gerçek bir mahkeme değildir. Sözleşmeciler devletler<sup>258</sup> tarafından aday gösterilen (Bölümü en fazla dört aday), ‘uluslararası hukukta söz konusu ehliyete sahip, üst düzey ahlaki itibara sahip ve bir hakemin görevlerini kabul etmekte istekli olan’ kişilerden oluşan bir heyetten oluşur.<sup>259</sup> Sözleşmeciler devletlerin tahkime gitmeye istekli olduğu durumlarda, heyet içerisinde mahkemenin üyelerini seçme hakkına sahiptirler. Dolayısıyla bu, esasında tahkim mahkemelerinin kuruluşunu kolaylaştıran bir mekanizmadır. PCA ayrıca Divan’ın kayıt dairesi olarak çalışan ve kayıtlarını tutan bir Uluslararası Büro’dan ve Büro üzerinde idari kontrol görevini yürüten bir Daimi İdari Konsey’den oluşur. Bu bağlamda idari bir destek, *Heathrow Airport User Charges* tahkim davasında Büro tarafından sağlanmıştır.<sup>260</sup> PCA, ilk zamanlardan bu yana çok çeşitli davalar için kullanılmıştır.<sup>261</sup>

1900-1932 yılları arasında, yirmi civarındaki uyuşmazlık PCA usulüyle karara bağlanmıştır, ancak bu noktadan itibaren rakamlar hızlı şekilde düşmeye başlamıştır. Bununla birlikte, son dönemde PCA giderek artan şekilde önemli bir rol oynamaya başlamıştır; öyle ki tahkimin ‘kurumsallaşması’ bazı yazarlar tarafından tespit edilmektedir.<sup>262</sup> Örneğin; *Eritre-Yemen tahkiminin*<sup>263</sup> iki aşamasında, *Eritre-Yemen Sınır Komisyonu*<sup>264</sup> için ve *İddia Komisyonu*<sup>265</sup> ile *Larsen v. Hawaiian Kingdom* tahkiminde<sup>266</sup> kayıt bürosu olarak hizmet etmiştir. Birleşik Krallık

<sup>255</sup> PCIJ, Series B, Sayı 12, s. 26.

<sup>256</sup> Bkz. *Qatar v. Bahrain*, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 76–7. Ayrıca bkz. the *Dubai/Sharjah Border Arbitration* 91 ILR, ss. 543, 574 ve 575.

<sup>257</sup> Bkz. Murty, ‘Settlement’, s. 685; M. Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920–1942*, New York, 1943, s. 11; *The Permanent Court of Arbitration: International Arbitration and Dispute Settlement* (ed. P. Hamilton, H. C. Requena, L. van Scheltinga ve B. Shifman), The Hague, 1999; J. Allain, *A Century of International Adjudication: The Rule of Law and its Limits*, The Hague, 2000, 1. Bölüm, ve J. Jonkman, ‘The Role of the Permanent Court of Arbitration in International Dispute Resolution’, 279 HR, 1999, s. 9. Ayrıca bkz. [www.pca-cpa.org/](http://www.pca-cpa.org/).

<sup>258</sup> Hâlihazırda 121, <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/member-states/>.

<sup>259</sup> 1907’de revize edilen Sözleşmenin 44. maddesi.

<sup>260</sup> Bkz. 88 AJIL, 1994, s. 739, 4. dipnot.

<sup>261</sup> Örneğin bkz. tarafların “hayati çıkarları”nın dahil olmadığı sürece, Daimi Tahkim Divanı’nın hukuki doğasındaki yasal nitelikteki farklılıklara atıfta bulunan 1903 tarihli İngiltere-Fransa Anlaşması, Cd 1837.

<sup>262</sup> Bkz. Malintoppi, ‘Methods of Dispute Resolution’, s. 135. Genel olarak bkz., H. Von Mangoldt, ‘Arbitration and Conciliation’, Wetter, *Arbitral Process*, Cilt: 5, ss. 243 vd., ve D. Johnson, ‘International Arbitration Back in Favour?’, 34 YBWA, 1980, s. 305. PCA 8 devletler arası tahkimde ve 34 tahkimde veya sözleşme yahut başka anlaşmalar uyarınca başka başvurularda kayıt bürosu rolünü üstlenmiştir. Bunlara bir devlet, devletin kontrolündeki birim ya da hükümetlerarası kuruluş taraftır. Bkz. <https://pcacases.com/web/allcases>

<sup>263</sup> Bkz. 114 ILR, s. 1 (1. Aşama: Ülke Egemenliği) ve 119 ILR, s. 417 (2. Aşama: Deniz Sınırlandırılması).

<sup>264</sup> 13 Nisan 2002 tarihli karar: bkz. 129 ILR, s. 1.

<sup>265</sup> Bkz. S/2001/608. Bazı Eritre–Etiyopya İddia Komisyonu kararlarına ilişkin olarak bkz., yukarıda 13. Bölüm.

<sup>266</sup> Bkz. 119 ILR, s. 566.

ve İrlanda arasındaki Mox tahkimi<sup>267</sup> ve *Saluka Investments v. Czech Republic*<sup>268</sup> gibi davalarda kolaylık sağlamıştır. PCA ayrıca ikili ve çok taraflı yatırım antlaşmaları ya da yatırım hukuku çerçevesindeki pekçok tahkim kararında kayıt bürosu olarak rol almış;<sup>269</sup> ayrıca, örneğin, 2001 yılında, İki Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkimine İlişkin İhtiyari Kurallar,<sup>270</sup> Sadece Bir Tarafın Devlet Olduğu İki Taraf Arasındaki Uyuşmazlıkların Tahkimine İlişkin İhtiyari Kurallar,<sup>271</sup> Uluslararası Kuruluşları ve Devletleri Kapsayan İhtiyari Tahkim Kuralları,<sup>272</sup> Uluslararası Kuruluşlar ve Özel Taraflar Arasında Tahkim İçin İhtiyari Kurallar<sup>273</sup> ile Doğal Kaynaklar ve/veya Çevre İle İlgili Uyuşmazlıkların Tahkimine İlişkin İhtiyari Kurallar<sup>274</sup> kabul edilmiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun bizzat kendisi, 1958'de Genel Kurul tarafından kabul edilen Tahkim Usulü Hakkında Model Kurallar setini oluşturmuştur.<sup>275</sup>

Tahkim mahkemeleri farklı şekillerde oluşturulabilir.<sup>276</sup> Tek bir hakem ya da bir heyet olabilir. İkinci durumda, Bölüm taraf eşit sayıda hakem ile birlikte taraflarca ya da hâlihazırda görevlendirilmiş hakemlerce atanan başkan ya da üçüncü hakem atayacaktır. Pekçok durumda, bir devlet başkanı tek bir hakem olarak önerilir ve bu kişi daha sonra, kendisi için çalışacak olan uluslararası hukuk alanında ya da diğer disiplinlerde uzman olan birini ya da uzmanlar grubunu görevlendirir.<sup>277</sup> PCA sistemi uyarınca ve aksine bir anlaşma olmadığı durumlarda, Bölüm taraf heyetten yalnızca bir tanesi kendi devletinin uyuşmasına sahip olabilen iki hakem seçer. Bu hakemler ardından üçüncü hakemi seçerler; fakat bunu yapmakta başarısız olurlarsa, söz konusu görev, anlaşmada belirlenen, üçüncü bir tarafa bırakılır. Ayrıca bunun bir sonuca ulaşmaması durumunda, o zaman kura çekimi ile sonuçlanan daha karmaşık bir süreç birbirini takip eder.<sup>278</sup> *Croatia v. Slovenia* davasında alışık olmayan bir durum meydana gelmiştir.<sup>279</sup> Temmuz 2015'te iki Sloven avukattan birinin Tahkim Mahkemesi'nin Slovenya tarafından aday gösterilen üyesi ile irtibat kurduğu ortaya çıkmıştı. Bunun bir sonucu olarak hem avukat hem de mahkeme üyesi istifa etti. Mahkeme üyesi yerine Hakim Abraham (Uluslararası Adalet Divanı Başkanı) tayin edildi. Sonrasında

<sup>267</sup> Bkz. 126 ILR, s. 310.

<sup>268</sup> 17 Mart 2006 tarihli Kısmi Karar.

<sup>269</sup> PCA halihazırda 75 yatırımcı-devlet uyumazlığında kayıt bürosu olarak görev ifa etmektedir. <https://pcacases.com/web/allcases/>.

<sup>270</sup> 1992 yılında: bkz. 32 ILM, 1993, s. 572, [www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag id=1188](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag id=1188). Bunlar, BM Genel Kurulu tarafından 15 Aralık 1976'da 31/98 sayılı kararda kabul edilen UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) Tahkim Kurallarına dayanır.

<sup>271</sup> 1993 yılından itibaren geçerli olmak üzere: bkz. <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitrating-Disputes-between-Two-Parties-of-Which-Only-One-is-a-State-1993.pdf>.

<sup>272</sup> 1996 yılından itibaren geçerli olmak üzere: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitration-Between-International-Organizations-and-States-1996.pdf>.

<sup>273</sup> 1996 yılından itibaren geçerli olmak üzere: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitration-Between-International-Organizations-and-Private-Parties-1996.pdf>

<sup>274</sup> Bkz., <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and-or-Natural-Resources.pdf>. Ayrıca not ediniz: İhtiyari Uzlaştırma Kuralları, Soruşturma Komisyonları İçin İhtiyari Kurallar, Doğal Kaynaklar ve Çevre ile İlgili Uyuşmazlıkların Uzlaştırılması Hakkında İhtiyari Kurallar, Çok Taraflı Anlaşmalar ve Çok Taraflı Sözleşmeler Uyarınca Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklara PCA Tahkim Kurallarını Uyarlama Yönergeleri ve Uzakla İlgili Uyuşmazlıkların Tahkimi Hakkında İhtiyari Kurallar.

<sup>275</sup> 1262 (XI) sayılı karar. Fakat bunlar yalnızca ihtiyaridir. Ayrıca bkz. Report of the ILC, 1958, A/3859. Ayrıca not ediniz: the 1928 General Act, the 1929 General Treaty of Inter-American Arbitration and the 1949 Revised General Act. Ayrıca bkz. *Yearbook of the ILC*, 1953, Cilt: 2, s. 208.

<sup>276</sup> Örneğin bkz. *Merrills, International Dispute Settlement*, ss. 87 vd. Tabi ki bu, tarafların karar vermesi gereken bir konudur.

<sup>277</sup> Örneğin *Argentina–Chile* davası, 38 ILR, s. 10 ve *Beagle Channel* davası, HMSO, 1977; 52 ILR, s. 93. Ayrıca *Interpretation of Peace Treaties* davası, ICJ Reports, 1950, s. 221; 17 ILR, s. 318.

<sup>278</sup> Örneğin *Argentina–Chile* davası, 38 ILR, s. 10 ve *Beagle Channel* davası, HMSO, 1977; 52 ILR, s. 93. Ayrıca *Interpretation of Peace Treaties* davası, ICJ Reports, 1950, s. 221; 17 ILR, s. 318.

<sup>279</sup> 30 Haziran 2016 tarihli Tahkim Kararı, para. 37 vd.

Mahkeme'nin Hırvatistan tarafından önerilen üyesi de istifa etti ve Hırvatistan kendisine antlaşmayı sonlandırma hakkı tanıyacak şekilde Slovenya'nın hakemlik antlaşmasını esaslı biçimde ihlal ettiğine inandığını ifade eden bir bildirimde bulundu.<sup>280</sup> Bunun üzerine Hakim Abraham Mahkeme'den istifa etti. Slovenya Hırvatistan'ın bildirimine itiraz etti ve Mahkeme'nin davayı görme yetkisi ve görevi bulunduğunu ilan etti. Hakim Abraham'ın yerine bir üye atamaktan kaçındı. Bunun üzerine, Mahkeme Başkanı onun yerine bir kişiyi ve Hırvatistan tarafından önceki önerilen üyenin yerine bir kişiyi tayin etti. Yeniden oluşturulan Mahkeme tahkim anlaşmasının sona ermediğini ve davanın devam edeceğini ilan eden Kısmi Karar'ını 20 Haziran 2016 tarihinde açıklamıştır.<sup>281</sup> Burada iki hususa dikkat çekilmelidir. İlk olarak Mahkeme, bir uluslararası mahkemenin kendi yetkisine karar verme hakkının ve bu amaçla bu yetkiyi düzenleyen belgeleri yorumlama yetkisinin mevcut olduğu yönündeki (*Kompetenz-Kompetenz* or *competence de la competence* olarak da bilinen-Yazarın orijinal ifadeleri-Ç.N.) genel ilkeyi teyid etmiştir.<sup>282</sup> İkinci olarak, meydana gelen hadiselerin Tahkim Mahkemesi'nin üyelerinin bağımsızlık ve tarafsızlığını ihlal ettiğini teyid etmiştir.<sup>283</sup> Bununla beraber, bu şartlar altında tahkimin devamına karar vermiştir.<sup>284</sup>

Devletler, bir uyuşmazlığı rızaları olmadan tahkim usulüne götürmekle yükümlü değildir.<sup>285</sup> Bu rıza, sözleşmeciler devletlerin aralarında çıkabilecek belirli bir uyuşmazlığı tahkime sunmayı kabul ettikleri tahkim antlaşmalarında ya da, uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümünü ele alan antlaşmaların sayısının 1945'ten bu yana azalmasına rağmen, antlaşmanın kendisine ilişkin uyuşmazlıkları tahkime sunmayı öngören genel antlaşmaların özel hükümlerinde<sup>286</sup> belirtilebilir.<sup>287</sup> Bir uyuşmazlıkta halihazırda ortaya çıkan meselelere ilişkin tahkime gidilmesi konusundaki rıza, genellikle, bir *compromis* (uzlaşma) ya da özel anlaşmada ve onun oldukça önemli olduğunu beyan ettiği koşullarında ifade edilir. Çünkü mahkemenin yargı yetkisi, antlaşma ya da uzlaşma (söz konusu durumda ilgili belge hangisi ise) hükümlerine ilişkin olarak tanımlanır. Bununla birlikte, genellikle, mahkeme *compromis* ya da davayla ilgili diğer belgeleri yorumlayarak kendi yetkisine karar verebilir.<sup>288</sup>

Tahkim davalarında uygulanacak hukuk, uluslararası hukuktur;<sup>289</sup> ancak taraflar, mahkeme tarafından dikkate alınacak belirli ilkeleri kabul edip bunu *compromis* içinde açıkça belirtebilir.

<sup>280</sup> Esaslı ihlal ve antlaşmanın sona ermesi konusu için bkz. yukarıda 15. Bölüm.

<sup>281</sup> Bkz. Karar para. 145 vd.

<sup>282</sup> *A.g.e.*, para. 148 vd. Ayrıca bkz. *Nottebohm Case (Preliminary Objections) (Liechtenstein v. Guatemala)*, ICJ Reports 1953, ss. 111, 119; *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol)*, Advisory Opinion, PCIJ, Series B, No. 16, s. 20; *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, ICJ Reports 1991, ss. 53, 68-69 ve *Abyei Arbitration (The Government of Sudan/The Sudan People's Liberation Army/Movement)*, Final Award of 22 July 2009, para. 499: 48 ILM, s. 1258.

<sup>283</sup> Karar para. 175.

<sup>284</sup> *A.g.e.*, para. 178 vd.

<sup>285</sup> Örneğin bkz. *Eastern Carelia* davası, PCIJ, Series B, No. 5, 1923, s. 27; 2 AD, s. 394 ve *Ambatielos* davası, ICJ Reports, 1953, s. 19; 20 ILR, s. 547.

<sup>286</sup> Bkz., *Arbitration and Security: The Systematic Survey of the Arbitration Conventions and Treaties of Mutual Security Deposited with the League of Nations, Geneva, 1927, ve Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes 1928-1948*, New York, 1949.

<sup>287</sup> Bkz., L. Sohn, 'Report on the Changing Role of Arbitration in the Settlement of International Disputes', International Law Association, 1966, ss. 325, 334.

<sup>288</sup> Aksi bir anlaşma bulunmadıkça. Örneğin bkz. *Nottebohm* davası, ICJ Reports, 1953, ss. 111, 119; 20 ILR, ss. 567, 572. Ayrıca bkz. 1899 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 48. maddesi, 1899, ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi 73. maddesi.

<sup>289</sup> Örneğin bkz. *Norwegian Shipowners' Claims* davası, 1 RIAA, 1921, s. 309 ve *Dubai/Sharjah* davası, 91 ILR, ss. 543, 585-8. 1949'da revize edilen 1928 tarihli Uluslararası Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümü Genel Senedi 28. maddenin, tahkim anlaşmasında davanın esası için uygulanacak olan hukuk ile ilgili hiçbir şey belirtilmediğinde, mahkemenin, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde belirtilen temel kuralları (yani uluslararası antlaşmalar, örf ve hukukun genel ilkeleri) uygulamasını öngördüğünü not düşmek gerekir. Daha fazlası için bkz. 3. bölüm.

Bu durumda, mahkeme belirlenen ilkeleri uygulamakla yükümlüdür. Örneğin; *British Guiana and Venezuela Boundary* uyuşmazlığında,<sup>290</sup> elli yıllık işgali zaman aşımı ile kazanılmış bir toprak olarak kabul edilmiştir. Ayrıca *Trail Smelter* davasında,<sup>291</sup> uygulanacak hukuk, bu tür hususlarla ilgili ABD yasaları ve uygulamalar ile uluslararası hukuk olarak belirlenmiştir.<sup>292</sup>

Antlaşmalar, bazen, 'hukuk ve hakkaniyet' ilkelerine uygun olarak karara varılması gerektiğini açıkça belirtir ve bu, uluslararası hukuk hükümleri kadar hukuk sistemine özgü genel adalet ilkelerinin dikkate alınması gerektiği anlamına gelir. Bu tür genel ilkeler görüşülmekte olan vakayı kapsayan belirli kurallar bulunmadığında da düşünülebilir.<sup>293</sup> Mahkeme usul kuralları çoğunlukla *uzlaşımın* içinde açıkça belirtilir ve süreç başlarken taraflarca anlaşmayla karar verilir. 1899 tarihli Lahey I Sözleşmesi, 1907'de revize edildiği üzere, sarıh şartların yokluğunda uygulanacak uzlaşmış usul ilkelerini içermektedir. Mahkemenin kendi yargı yetkisini belirleme yetkisi ve bu bağlamda söz konusu yargı yetkisini belirleyen ilgili entrümanları yorumlaması tahkimin bir özelliğidir.<sup>294</sup> Tahkim kararı verildiğinde nihaidir ve tarafları bağlayıcıdır,<sup>295</sup> fakat bazı şartlar altında kararın kendisi hükümsüz addedilebilir.<sup>296</sup> Hukukçular arasında böyle bir kararın alınabileceği gerekçeler konusunda anlaşmazlık bulunmaktadır. Bununla birlikte, *compromis* uyarınca bir mahkemenin yetkisini aştığı durumda, yaygın olmasa da, kararın hükümsüz sayılması genel kabul görmektedir. Böyle bir yetki aşımı (*excès de pouvoir*), mahkemenin kendisine gönderilmeyen bir soruda karar vermesi ya da başvurma yetkisi olmadığı kurallara başvurması halinde ortaya çıkabilir. Geçmişteki en temel örnek, hangi iki hattın sınırı oluşturduğu sorulan hakemin fillen üçüncü bir hattı seçtiği Kanada ve Birleşik Devletler arasındaki *North-Eastern Boundary*<sup>297</sup> davasıdır. Bazen uzlaşımın geçersizliğinin bir hükümsüzlük gerekçesi olduğu<sup>298</sup> tartışılır. Mahkemenin bir üyesinin yolsuzluğu ya da usule ilişkin temel bir kuraldan ciddi şekilde sapma, hükümsüzlük gerekçesi sayılabilecek diğer olasılıklardır.<sup>299</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Tahkim Usulü Hakkında Model Kurallar'ın 35. maddesi, örneğin, üç hükümsüzlük öngörür: yetki aşımı, bir mahkeme üyesinin yolsuzluğu ya da kararın

<sup>290</sup> 92 BFSP, s. 970.

<sup>291</sup> 3 RIAA, 1938, s. 1908; 9 AD, s. 315.

<sup>292</sup> Uluslararası ticari tahkimlerde, çoğunlukla yerel hukuklar referans alınmaktadır: 'Uluslararası hukuk ilkelelerine özgü Libya hukuku ilkelerinin temel referans alındığı örnekler için bkz., *BP* davası, 53 ILR, s. 297. Ayrıca, 'hukuka saygı temelinde, Mahkeme'nin uygulanabilir olduğuna karar verdiği şekliyle, hukuk kurallarının ve ticari ve uluslararası hukuk ilkelerinin bu doğrultuda uygulayarak, ticaretin, sözleşme koşullarının ve değişen koşulların' ilgili kullanımlarını göz önünde bulundurarak tüm vakalarını kararlaştırarak İran-Amerika Birleşik Devletleri İddia Mahkemesi'ne yapılan yaygın atıflara bakınız. Buna karşın, OSPAR Sözleşmesi'nin 32. maddesine dayanarak yürütülen OSPAR (*İrlanda v. Birleşik Krallık*) davasındaki mahkeme, uygulanacak hukukun yalnızca Sözleşme'nin kendisi olduğunu kabul etmiştir, 126 ILR, s. 334.

<sup>293</sup> Örneğin bkz., *Re Competence of the Conciliation Commission* 22 ILR, s. 867 ve yukarıda 3. Bölüm. Ayrıca bkz. 1949'da revize edilen 1928 tarihli Genel Senet'in 28. maddesi, Uluslararası Hukuk Komisyonu Model Kurallar'ın 10. maddesi ve Uyuşmazlıkların Barışçıl Çözümüne İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 26. ve 28. maddeleri. Ayrıca *Rann of Kutch* davası, 50 ILR, s. 520.

<sup>294</sup> Bkz., *Nottebohm (Preliminary Objections)* davası, ICJ Reports, 1953, ss. 111, 119; 20 ILR, ss. 567, 571-3. Ayrıca bkz. Arbitration Commission on Yugoslavia, Interlocutory Decision of 4 July 1992, 92 ILR, ss. 194, 197.

<sup>295</sup> 1907 I. Lahey Sözleşmesi 81. ve 84. maddeleri. *Res judicata* ilkesi ayrıca tahkim kararlarında da uygulanır: Örneğin bkz. *Trail Smelter* davası, 3 RIAA, 1938, s. 1905; 9 AD, s. 324 ve *Orinoco Steamship Co.* davası, 11 RIAA, 1910, s. 227.

<sup>296</sup> Örneğin bkz. W. M. Reisman, *Nullity and Revision*, New Haven, 1971; E. K. Nantwi, *The Enforcement of International Judicial Decisions and Arbitral Awards in Public International Law*, Leiden, 1967, ve O. Schachter, 'The Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions', 54 AJIL, 1960, s. 1.

<sup>297</sup> Bkz., C. C. Hyde, *International Law*, 2. Baskı, Boston, 1945, Cilt: 3, s. 1636. Ayrıca bkz. *Pelletier* davası, *a.g.e.*, s. 1640; *Panama-Costa Rica Boundary* davası, 11 RIAA, 1900, s. 519 ve *US Foreign Relations*, 1914, s. 994; *Chamizal* davası, 11 RIAA, s. 309, ve *Cerruti* tahkimleri, 6 AJIL, 1912, s. 965.

<sup>298</sup> Örneğin bkz., Murty, 'Settlement', ss. 693-4, ve A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, ss. 66-77.

<sup>299</sup> Bkz., Schachter, 'Enforcement', s. 3. Yolsuzluk konusunda ayrıca bkz. Moore, *International Arbitrations*, cilt. II, ss. 1660-4, ve *Buraimi* tahkimi, Wetter, *Arbitral Process*, cilt. III, s. 357 ve 545 HC Deb., col. 199, 1955.

gereçlerini belirtmemek dahil usule ilişkin temel bir kuraldan ciddi şekilde sapma.<sup>300</sup> 'Temel usul hatası' hükümsüzlük gerekçesi olarak öne sürülmüştür, ancak tanımı netlikten oldukça uzaktır.<sup>301</sup> Bu, belgelerin ve kanıtların değerlendirmesini<sup>302</sup> kapsamamaktadır; ancak ilgili bir antlaşmayı dikkate almamak ve uygun iç hukuka ilişkin açık bir hata gibi bariz hataları<sup>303</sup> kapsayabilir.<sup>304</sup> Doğal olarak, bir taraf kararı geçerli ve nihai olarak tanıdıktan sonra, bir sonraki aşamada kararın geçerliliğine itiraz edemeyecektir.<sup>305</sup> Belirli durumlarda, bir taraf, kararın tashihi ya da dava sırasında bilinmeyen bir olgunun ele alınması için kararın revizyonunu ya da davanın yeniden açılmasını talep edebilir. Böyle bir talepte bulunan taraf sonuç hakkında önemli bir etkiye sahip olabilmektedir.<sup>306</sup>

Uyuşmazlıkların çözümü yöntemlerinden biri olarak tahkim, hem diplomatik usullerin hem de yargısal usullerin unsurlarını bir araya getirir. Başarısı, büyük ölçüde, hem *uzlaşımı* oluşturmak ve mahkemeyi kurmak hem de kararın verilmesini takiben fiilen uygulanmasını sağlamak konusunda taraflar arasındaki iyi niyete bağlıdır. Büyük bir bölümü müzakere süreçlerine dayanır. Öte yandan tahkim, kararın nihai ve bağlayıcı olduğu yargısal bir tekniktir ve hakemler kararlarını hukuka dayandırmak zorundadır.<sup>307</sup> Tahkimin, Uluslararası Adalet Divanı'nın uyuşmazlıkların yargısal çözümüne ne kadar yakın olduğu bir sonraki bölümde görülecektir ve 1920'lerde Daimi Uluslararası Adalet Divanı'nın kurulması ve güçlendirilmesiyle beraber PCA yoluyla tahkim usulünün azalmaya başlaması tesadüf değildir.

Son yıllarda, devletler arası tahkim sayısında artış söz konusudur. *Rann of Kutch*,<sup>308</sup> *Anglo-French Continental Shelf*,<sup>309</sup> *Beagle Channel*<sup>310</sup> ve *Taba*<sup>311</sup> davalarının hepsi de tahkim kararlarının konusu idi ve çoğunlukla başarıyla sonuçlandı.<sup>312</sup> Daha güncel örnekler ise *Eritre-Yemen* tahkimi,<sup>313</sup> *Eritre-Étiyopya* sınırların çizimi,<sup>314</sup> *Barbados v. Trinidad and Tobago* deniz sınırlandırması<sup>315</sup> ve *Philippines v China South China Sea* tahkim<sup>316</sup> davalarıdır. Seçilecek

<sup>300</sup> Bkz. *British Guiana and Venezuela Boundary* davası, 92 BFSP, s. 160, ve Wetter, *Arbitral Process*, cilt. III, ss. 81 vd. Ayrıca bkz. *Arbitral Award by the King of Spain* davası, ICJ Reports, 1960, ss. 188, 216; 30 ILR, ss. 457, 476.

<sup>301</sup> Örneğin bkz., Murty, 'Settlement', s. 696, ve Merrills, *International Dispute Settlement*, ss. 113 vd.

<sup>302</sup> *Arbitral Award by the King of Spain*, ICJ Reports, 1960, ss. 188, 215-16; 30 ILR, ss. 457, 475. *Beagle Channel* kararındaki Arjantin'in hükümsüzlük iddiası konusunda ayrıca bkz. 17 ILM, 1978, s. 738; 52 ILR, ss. 267-85.

<sup>303</sup> Bkz., *Trail Smelter* davası, 3 RIAA, 1938, ss. 1905, 1957; 9 AD, s. 331.

<sup>304</sup> Örneğin bkz., *Schreck* davası, Moore, *International Arbitrations*, Cilt: 2, s. 1357.

<sup>305</sup> *Arbitral Award by the King of Spain*, ICJ Reports, 1960, ss. 188, 213; 30 ILR, s. 473.

<sup>306</sup> Örneğin bkz., Wetter, *Arbitral Process*, Cilt: 2, ss. 539 vd. Ayrıca bkz., Uluslararası Hukuk Komisyonu Model Kurallar, 29. madde.

<sup>307</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu Yılığında geçen tahkim tanımı için bkz., *Yearbook of the ILC*, 1953, Cilt: 2, s. 202.

<sup>308</sup> 50 ILR, s. 2. Ayrıca bkz., J. G. Wetter, 'The Rann of Kutch Arbitration', 65 AJIL, 1971, s. 346.

<sup>309</sup> Cmnd 7438, 1978; 54 ILR, s. 6. Daha fazlası için bkz., yukarıda 10. Bölüm.

<sup>310</sup> HMSO, 1977; 52 ILR, s. 93. Bkz., M. N. Shaw, 'The Beagle Channel Arbitration Award', 6 *International Relations*, 1978, s. 415.

<sup>311</sup> 80 ILR, s. 244. Ayrıca bkz., D. W. Bowett, 'The Taba Award of 29 September 1988', 23 *Israel Law Review*, 1989, s. 429; G. Lagergren, 'The Taba Tribunal 1986-89', 1 *African Journal of International and Comparative Law*, 1989, s. 525, ve P. Weil, 'Some Observations on the Arbitral Award in the Taba Case', 23 *Israel Law Review*, 1989, s. 1.

<sup>312</sup> *Beagle Channel* davasında Arjantin ilk önce kararı reddetmiştir, fakat daha sonra arabuluculuk ve müzakereler meseleyi çözmüştür. Bkz., 17 ILM, 1978, s. 738 ve 24 ILM, 1985, s. 1.

<sup>313</sup> 114 ILR, s. 1 ve 119 ILR, s. 417.

<sup>314</sup> Bkz., 129 ILR, s. 1. Ayrıca bkz., M. N. Shaw, 'Title, Control and Closure? The Experience of the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission', 56 ICLQ, 2007, s. 755.

<sup>315</sup> 11 Nisan 2006 tarihli kararı. Ayrıca bkz. the *Guyana v. Suriname* deniz sınırlandırılması davası, 17 Eylül 2007 tarihli kararı, deniz sınırlandırmaları konusunda ayrıca bkz., yukarıda 11. Bölüm.

<sup>316</sup> 12 Temmuz 2016 tarihli Karar. <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf>. Ayrıca bkz. yukarıda 10. Bölüm.



uyuşmazlık çözüm yönteminin hangisi olacağı, kendi özel çıkarları ve gereksinimleri ışığında tarafların en tatmin edici olarak değerlendirmede bulunmasına bağlıdır ancak, belirtilen bu konular ve benzeri daha başka bir çok konu tahkimle çözülebilir. Bununla birlikte, özellikle ilgi çeken, Sudan hükümeti ile Sudan Halk Kurtuluş Hareketi arasındaki Abyei Sınırları Komisyonu uzmanlarının çalışmaları ile ilgili olan *Abyei* tahkimi<sup>317</sup> olmuştur. Esas olarak bu tahkim, Mahkeme'nin Sudan ile 2011 yılında yeni kurulan Güney Sudan arasındaki sınırın bir parçası haline gelen bir alana dair sınırın çizilmesini içermiştir.<sup>318</sup>

Tahkim, belirli teknik uzmanlık gerektiren ya da Uluslararası Divan talebinden önce daha fazla esneklik ve hız sağlayan son derece faydalı bir süreçtir.<sup>319</sup> Devletler hakemleri kendileri seçerler, hem yürürlükteki hukuk ve usul kurallarını hem de zaman çizelgesini belirlerler. Buna ek olarak, ilgili devletler, Uluslararası Divan'da kamuya açık sözlü duruşmalar ve yazılı işlemlerin yayınlanmasıyla alenilik kazanabilecek bir davanın mahrem kalmasını isteyerek tahkimi tercih edebilirler. Bununla birlikte, taraflar, kayıt memurları ve hakemlere ilişkin ücretler de dahil olmak üzere tahkim masraflarının tamamını karşılarken, Uluslararası Adalet Divanı'nda hakim ve kayıt üye masrafları BM tarafından ödenir.<sup>320</sup>

Tahkim, devletler ve uluslararası kurumlar arasındaki meseleler için de uygun bir mekanizma olabilir, zira sadece devletler Uluslararası Adalet Divanı yargılamalarında taraf olabilirler. Tahkim mahkemelerinin kuruluşu, çoğunlukla, örneğin toprak sorunlarını çözmek için I. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan karma mahkemeler ya da Meksika'ya karşı ileri sürülen çeşitli iddiaları yürüten Meksika Halkı İddia Komisyonları gibi, belirli kategorilerdeki bir dizi sorunu nispeten sessizce ve ucuz yoldan ele almak için taahhüt edilmiştir.<sup>321</sup> Bir Tahkim Komisyonu'nun kurulmasıyla Eski Yugoslavya'daki durumun ortaya çıkardığı sorunlarla baş edilmeye çalışılmıştır.<sup>322</sup> Bununla birlikte, Komisyon, devlet olma durumu, tanınma, insan hakları ve sınır meseleleri ile ilgili bir dizi Görüş yayınlarken tam olarak bir tahkim mahkemesi görevi görememiştir.

Yargısal çözüm de, tahkim gibi, fakat tahkimden farklı olarak sabit ve daimi bir organ vasıtasıyla, bağlayıcı bir uyuşmazlık çözümü metodudur. Uluslararası hukuk kuralları ve ilkelerine uygun olarak, uluslararası hukuk sükeleri arasındaki uyuşmazlıkları karara bağlayan bir dizi uluslararası ve bölgesel mahkeme bulunmaktadır.<sup>323</sup> Bununla birlikte, şimdiye kadar hem prestij hem de yargı yetkisi açısından en önemlisi, bir sonraki bölümün konusu olan, Uluslararası Adalet Divanı'dır.

<sup>317</sup> <https://pcacases.com/web/view/92> (22 Temmuz 2009).

<sup>318</sup> Ayrıca bkz., *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)*, 18 Şubat 2013 tarihli kısmi karar ve 20 Aralık 2013 tarihli nihai karar.

<sup>319</sup> Örneğin, 1966 tarihli Arjantin-Şili davasında, mahkeme bir hukukçu ve iki coğrafi uzmandan oluşuyordu, 38 ILR, s. 10. Bkz. Malintoppi, 'Methods of Dispute Resolution', ve R. Y. Jennings, 'The Differences Between Conducting a Case in the ICJ and in an *Ad Hoc* Tribunal – An Insider's View', *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (ed. N. Ando, E. McWhinney ve R. Wolfrum), The Hague, 2002, s. 893.

<sup>320</sup> 1982 tarihli Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 287. Maddesine göre, bir devletin yazılı bir bildiri ile belirlenen uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birini seçmediği durumlarda, Sözleşme'nin VII. Eki uyarınca tahkimi tercih edebileceği varsayılabilir. Bu tür tahkim davalarında, taraflar beş üyeli mahkemenin birer adayını belirlerken geri kalan üyeler anlaşma yoluyla seçilir. Böyle bir anlaşmanın yokluğunda, Deniz Hukuku Uluslararası Tahkim Başkanı gerekli atamaları yapacaktır. Örneğin bkz., 11 Nisan 2006 *Barbados v. Trinidad ve Tobago* tahkimi ve 17 Eylül 2007 tarihli *Guyana v. Suriname* tahkimi.

<sup>321</sup> Örneğin bkz., A. H. Feller, *Mexican Claims Commissions 1923–1934*, New York, 1935.

<sup>322</sup> 27 Ağustos 1991 tarihli Avrupa Topluluğu Deklarasyonu'nu takiben kurulmuştur. Bkz., Bull. EC, 7/8 (1991). Genel olarak bkz., M. Craven, 'The EC Arbitration Commission on Yugoslavia', 66 BYIL, 1995, s. 333.

<sup>323</sup> Bkz., yukarıda 2. dipnot.

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

J. Collier ve V. Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law*, Cambridge, 1999.

J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 5. Baskı, Cambridge, 2011.

F. Orrego Vicuna, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society: Constitutionalization, Accessibility, Privatization*, Cambridge, 2004.

*Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (ed. L. Boisson de Chazournes, M. Kohen ve J. Vinuales), Leiden, 2012.

*International Law and Dispute Settlement: New Problems and Techniques* (ed. D. French, M. Saul ve N. White), Oxford, 2010.



## BÖLÜM 18

# ULUSLARARASI ADALET DİVANI<sup>1</sup>

Uluslararası toplum için bir dünya mahkemesi kurma arzusu 1897 ve 1907 Lahey Konferansı'nın oluşturduğu atmosferin bir sonucu olarak gelişmiştir. Daimi Tahkim Mahkemesinin kurulması – aslında daimi de, mahkeme de değildi – uluslararası hukuki sistemin takviye edilmesinde önemli bir ileri adıma işaret etmişti.<sup>2</sup> Bununla birlikte Birinci Dünya Savaşı'nın bitmesinin sonrasına kadar kalıcı somut adımlar atılmadı. Milletler Cemiyeti Sözleşmesi bir dünya mahkemesinin kurulması için öneriler geliştirilmesi çağrısında bulundu ve 1920'de Uluslararası Daimi Adalet Divanı (UDAD) kuruldu. Bu, uluslararası yargılama mekanizmaları geliştirme çabalarını tetikledi. Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın, tahkimle birlikte, uluslararası topluma hizmet eden uygun bir kapsayıcı sistem temin etmesi amaçlanmıştı. Divan, oluşturulacak bir hukuki ve örgütsel çerçeve bağlamında uyuşmazlık çözümü konusunda kolaylıkla ulaşılabilir yöntemlere imkan vererek şiddet patlamalarını önlemenin bir yolu olarak düşünülmüştü.<sup>3</sup>

Uluslararası Daimi Adalet Divanı, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yerini BM Şartı'nın 92. maddesinde BM'nin "başlıca yargı organı" olarak tanımlanan Uluslararası Adalet Divanı'na (UAD) bırakmıştır. Temel itibarıyla Uluslararası Adalet Divanı, hemen hemen aynı statü ve yargı yetkisine sahip olarak ve Uluslararası Daimi Adalet Divanı ile Uluslararası Adalet Divanı tarafından hükme bağlanan davalar arasında ayırım yapmaksızın devam edegelen davaları ile birlikte Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın devamı mahiyetindeydi.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Örneğin bkz., *Rosenne's Law and Practice of the International Court, 1920–2015* (ed. M. N. Shaw), 5. Baskı, The Hague, 4 Cilt, 2016, ve *Rosenne, The World Court*, 6. Baskı, Dordrecht, 2005; *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (ed. A. Zimmermann, C. Tomuschat ve K. Oellers-Frahm), 2. Baskı, Oxford, 2012; R. Kolb, *The International Court of Justice*, Oxford, 2013; H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 2 Cilt, Oxford, 2013; H. Thirlway, *The International Court of Justice*, Oxford, 2016, *The Development of International Law by the International Court of Justice* (ed. C. Tams ve J. Sloan), Oxford, 2013; P. Couvreur, *The International Court of Justice and the Effectiveness of International Law*, The Hague, 2016; G. Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford, 2014; J. J. Quintana, *Litigation at the International Court of Justice*, The Hague, 2015; A. M. Weisburd, *Failings of the International Court of Justice*, Oxford, 2016; G. Guillaume, *La Cour Internationale de Justice à l'Aube du XXIe Siècle: Le Regard d'un Juge*, Paris, 2003; *Fifty Years of the International Court of Justice* (ed. A. V. Lowe ve M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996; G. G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, 2 Cilt, 1986; R. Y. Jennings, 'The International Court of Justice after Fifty Years', 89 AJIL, 1995, s. 493, ve Jennings, 'The Role of the International Court of Justice', 68 BYIL, 1997, s. 1; G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la CIJ*, Paris, 1983; T. O. Elias, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, Alphen aan den Rijn, 1983; J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge, 5. Baskı, 2011, 6. ve 7. Bölümler; E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge, 1991; T. M. Franck, 'Fairness in the International Legal and Institutional System', 240 HR, 1993 III, ss. 13, 302; R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, 11. Bölüm; *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice* (ed. C. Peck ve R. S. Lee), The Hague, 1997; *The International Court of Justice: Its Future Role after Fifty Years* (ed. A. S. Muller, D. Raic ve J. M. Thuranszky), The Hague, 1997; P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 985; *The Rules, Practice and Jurisprudence of International Courts and Tribunals* (ed. C. Giogetti), Leiden, 2012; K. H. Kaikobad, *The International Court of Justice and Judicial Review*, The Hague, 2000, ve E. McWhinney, *Judicial Settlement of International Disputes*, Alphen aan den Rijn, 1991.

<sup>2</sup> Bkz., yukarıda, 17. Bölüm.

<sup>3</sup> Divan'ın çalışması hakkında bir değerlendirmeye için bkz., örneğin, *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 1, 1. Bölüm, I.4. paragraf.

<sup>4</sup> Bkz., örneğin, M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, Cambridge, 1996, ss. 22 vd.

## DİVANIN YAPISI<sup>5</sup>

Uluslararası Adalet Divanı 'yüksek ahlaki karaktere sahip, kendi ülkelerinde en yüksek adli görevlerin yerine getirilmesi için gerekli koşulları benliklerinde toplayan ya da uluslararası hukuk alanında yetkinlikleri herkesçe kabul edilmiş birer hukukçu niteliğinde olan kişiler arasından uyruklarına bakılmaksızın seçilen' on beş üyeden oluşmaktadır.<sup>6</sup>

Hakimlerin atanma usulü, onlar üzerinde ulus devletlerin etkisini mümkün olduğu kadar dışlamaya çalışırken, hem hukuki hem de siyasi unsurları içermesi yönüyle ilginçtir. 1920'de Root-Phillimore planı tarafından kurulmuş olan sistem esas olarak devam ettirilmiştir. Bu plan Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın fiili olarak oluşturulmasında geniş bir rol oynamış ve önerilen mahkemenin kompozisyonuna ilişkin çoğu endişelerin giderilmesinde başarılı olmuştur.<sup>7</sup>

Divanın üyeleri Daimi Tahkim Mahkemesi'ndeki ulusal gruplarca aday gösterilen ya da Daimi Tahkim Mahkemesi'nde temsil edilmeyen Birleşmiş Milletler üyeleri durumunda ise hükümetlerce özel olarak atanmış ulusal gruplar tarafından belirlenen nitelikli kişiler listesinden Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi tarafından (ayrı oylamayla) seçilir.<sup>8</sup> Bu hüküm hakimlerin seçimindeki siyasi baskıları sınırlandırmak için koyulmuştur. Seçimler kademelendirilmiştir ve her seferinde beş hakim için olmak üzere her üç yılda bir yapılır. Bu şekilde Divan üyeleri arasında belli ölçüde bir devamlılık sağlanmaktadır.

Uygulamada hakimlerin seçiminde Genel Kurul ile Güvenlik Konseyi arasında yakın bir koordinasyon mevcuttur ve özellikle UAD Statüsü'nün 9. maddesinde yer alan koşul hesaba katıldığında politik faktörler ister istemez işe karışmaktadır. Söz konusu madde 'seçmenlerin seçilecek kişilerin yalnızca aranan niteliklere şahsi olarak sahip olmalarını değil, aynı zamanda kurul olarak belli başlı uygarlık biçimlerinin ve dünyanın başlıca hukuk sistemlerinin temsilini de göz önünde bulunduracakları'nı ifade etmektedir.

Bu süreç, beraberinde getirdiği siyasallaşma nedeniyle çok eleştiri almıştır; ancak bu koşullar altında bundan tümüyle kaçınabilmenin bir yolunu bulmak güçtür.<sup>9</sup> Özellikle hassas davalarda her bir hakimin görüşleri önemli olabilmektedir. Divanın *Namibya* davasına ilişkin benimsediği yaklaşımda 1966<sup>10</sup> ile 1971<sup>11</sup> yılları arasındaki değişim büyük ölçüde ara dönemde divanın kompozisyonunda yer alan değişikliklere bağlanabilir. Adaylar, hem Genel Kurul hem de Konsey'de oyların mutlak çoğunluğunu elde etmek zorundadır<sup>12</sup> ve aynı uyruktan iki başarılı aday olamaz.<sup>13</sup>

<sup>5</sup> Bkz., örneğin, *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 1, 6. Bölüm ve Cilt: 3, 17. Bölüm. Ayrıca bkz., B. Fassbender, 'Article 9', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 292; Kolb, *International Court*, s. 109; H. Thirlway, 'Procedural Law and the International Court of Justice', Lowe ve Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, s. 389.

<sup>6</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, 2. madde.

<sup>7</sup> Bkz., örneğin, Murty, 'Settlement', s. 700. Ayrıca bkz., L. Lloyd, *Peace Through Law*, London, 1997.

<sup>8</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, 4. ve 5. maddeler. Uygulamada hükümetler ulusal grupların aday gösterme sürecinde büyük bir etkiye sahiptir. Bkz., Merrills, *International Dispute Settlement*, ss. 134 vd.

<sup>9</sup> Örneğin bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 1, 6. Bölüm, I.88. paragraf, ve Rosenne, 'The Composition of the Court', Gross, *Future of the International Court of Justice*, Cilt: 1, ss. 377, 381-6. Ayrıca bkz., G. Abi-Saab, 'The International Court as a World Court', Lowe ve Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, s. 3.

<sup>10</sup> ICJ Reports, 1966, s. 6; 37 ILR, s. 243.

<sup>11</sup> ICJ Reports, 1971, s. 16; 49 ILR, s. 2.

<sup>12</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, 10. madde.

<sup>13</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, 3. madde.

Divanın hakimleri dokuz yıl için seçilir ve yeniden seçilmek mümkündür.<sup>14</sup> Hakimler, resmi görevleri sırasında diplomatik ayrıcalık ve muafiyetlerden yararlanırlar<sup>15</sup> ve gerekli şartları yerine getiremediğine dair divanın diğer üyelerinin oy birliği olmaksızın görevden alınamazlar.<sup>16</sup> Bu şartlar hiçbir üyenin herhangi mesleki nitelikteki diğer bir iş ya da herhangi bir siyasi ya da idari görev üstlenemeyeceğini de içermektedir. Hiçbir üye herhangi bir vakada temsilcilik, danışmanlık ve avukatlık yapamaz ve daha önce taraflardan birinin temsilcisi, danışmanı ya da avukatı, ulusal ya da uluslararası bir mahkemenin veya bir uluslararası soruşturma komisyonunun üyesi olarak ya da herhangi bir başka sıfatla karışmış oldukları hiçbir vakanın çözümüne katılamazlar.<sup>17</sup> Divan üç yıl için bir Başkan, bir de Başkan Yardımcısı seçer; bu kişiler yeniden bu görevlere seçilebilirler<sup>18</sup> ve Divan Lahey'de konuşlanmıştır.<sup>19</sup>

Divan'ın kompozisyonuna ilişkin seçim prosedürlerinin amacı devlet temsilcilerinden ziyade bağımsız üyelerden oluşan bir yargı organı oluşturmak olduğu için, Statü 31. maddesinde taraflardan her birinin uyrukluğunda bulunan hakimlerin, Divan önüne getirilen davanın görülmesine katılma hakkını koruyacaklarını öngörmektedir. Bununla beraber söz konusu maddedeki, Divan önüne getirilen bir davanın taraflarının Divan'da kendi uyruklarından bir hakim olmaması durumunda dava süresince hakim olarak oturumlara katılmak üzere bir kişiyi seçme hakkına sahip olduğuna dair hüküm ile bunun etkisi bir ölçüde azaltılmıştır.<sup>20</sup> Bu tür *ad hoc* hakimlerin atanması usulü, Divan'ın hukuk uzmanlarından oluşan bağımsız bir organ olma niteliğini muhtemelen olumsuz olarak etkileyebileceği gerekçesiyle eleştirilebilir.<sup>21</sup> Söz konusu hükmün konulması ve korunmasının nedeni uluslararası politika alanı içerisinde ve politik meşruiyet ihtiyacı çerçevesinde değerlendirilebilir ve yalnızca

<sup>14</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, 13. madde.

<sup>15</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, 19. madde.

<sup>16</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, 18. madde.

<sup>17</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, 16. ve 17. maddeler. Hakimlerin daha önce bir uyumsuzluğa, bir başka sıfatla da olsa, müdahil olmuş olmaları meselesi özellikle *Namibia* davasında (Bkz., ICJ Reports, 1971, ss. 3, 6 ve 9) gündeme gelmiştir. Divan sözkonusu hakimlerin görevden alınması gerektiği görüşünü kabul etmemiştir. Bununla birlikte bu konudaki uygulama farklıdır. Örneğin, Hakim Fleischhauer (BM Eski Hukuk Danışmanı) ve Hakim Higgins (İnsan Hakları Komitesi eski üyesi) *Application of the Genocide Convention* davasında yer almayacaklarını düşünmüşlerdir. Bkz., CR 96/5, 29 April 1996, s. 6. *The Construction of a Wall* davası (ICJ Reports, 2004, ss. 136, 142; 129 ILR, ss. 37, 58–9) ve 30 Ocak 2004 tarihli Divan Kararında Divan, Hakim Elaraby'nin katılımına yönelik Divan seçiminden önce Çok Acil Özel Oturum'da, ki bundan ötürü şimdi istişari görüş talebi ortaya çıkmıştır, geçtiğimiz yıllarda önde gelen bir rol oynadığı ve Orta Doğu sorununa diğer diplomatik ve siyasi açılardan müdahil olduğu gerekçesiyle yapılan itirazları *Namibia* davasındaki görüşü aktararak reddetmiştir. Ayrıca bkz., Rosenne, 'Composition', ss. 388–90, ve *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 1, 6. Bölüm, I.94. paragraf, ve Cilt: 3, 17. Bölüm, III.260. paragraf; P. Couvreur, 'Article 16' ve 'Article 17', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 357 vd.; Kolb, *International Court*, s. 132; H. Thirlway, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989', 72 BYIL, 2001, s. 38, ve M. N. Shaw, 'The International Court of Justice: A Practical Perspective', 46 ICLQ, 1997, ss. 831, 845–6.

<sup>18</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, 21. madde. Ayrıca bkz., M. N. Shaw, 'Article 21', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 410.

<sup>19</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, 22. madde. Ayrıca bkz., M. N. Shaw, 'Article 22', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 426. Statü'nün 31 (5). maddesi "aynı menfaate sahip" birkaç taraf varsa, bunların *ad hoc* hakimlerin atanması amacıyla tek bir taraf sayılacağını öngörmektedir. Bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 3, 17. Bölüm, III.269. paragraf ve *Serbia and Montenegro v. Belgium*, ICJ Reports, 2004, ss. 279, 287.

<sup>20</sup> Devletlerin bu durumda *ad hoc* hakimler atamaması mümkündür. Örneğin bkz., *Temple of Preah Vihear* davası, ICJ Reports, 1962, s. 6; 33 ILR, s. 48. *Djibouti v. France* davasında (bkz., ICJ Reports, 2008, ss. 177, 181–2) Divan'daki Fransız hakim davadan çekilmeyi talep ettiği için bir *ad hoc* hakim atanmıştır.

<sup>21</sup> Örneğin bkz., H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 1933, ss. 215 vd. Bu hüküm, mahkemeye benzeri şekilde bir *ad hoc* hakim atanmasını öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 27 (2). maddesinden ayrılmalıdır. Bu durumda, mahkeme Avrupa Konseyi'nin üye devletlerinin iç hukuk hükümlerini ele almakta ve onların Sözleşme ile uyumunu karşılaştırmaktadır. Dolayısıyla bu durumda yerel sisteme ilişkin belli bir uzmanlığın vekil olarak bulundurulması zaruridir. Bir *ad hoc* hakim daimi hakimlerden biri ile aynı uyruğa sahip olması mümkündür. Örneğin bkz., *Liechtenstein v. Germany*, ICJ Reports, 2005, s. 6, ve *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 3, s. 1125, 76. dipnot.

bu şekilde anlaşılabilir.<sup>22</sup> Buna karşın, söz konusu prosedürün, atamayı yapan devletin görüşlerinin tam olarak değerlendirilebilmesine imkan vererek Divan'ın kullanabileceği yargı kaynaklarını artırdığı da ileri sürülebilir.<sup>23</sup> *Application of the Genocide (Provisional Measures)* davasında *ad hoc* hakimin niteliğine dair bir tartışmada *ad hoc* hakim Lauterpacht, bir *ad hoc* hakimin tarafsızlık görevi ile birlikte, meslektaşlarıyla eşit sorumluluk sahibi olduğu süreç içinde makul olduğu ölçüde onu atayan tarafın lehindeki ilgili her görüşün tam olarak değerlendirildiğini temin etme hususunda özel bir yükümlülüğü olduğunu açıklamıştır.<sup>24</sup> Pratikte yerleşik uygulama Uluslararası Adalet Divanı'nın işleyişinde herhangi bir aksaklığa neden olmamıştır.<sup>25</sup> *Ad hoc* hakimlerin kendilerini atayan devleti desteklemesi büyük oranda görülen bir vakia ise de, bu her durumda görülen bir durum da değildir.<sup>26</sup> Divan *ad hoc* hakimlerin istişari kararlarda kullanılmasına da izin vermiştir; ancak bu sadece iki ya da daha fazla devlet arasında fiilen karara bağlanmamış "hukuki bir sorun" hakkında görüş istenildiği durumlarda geçerlidir.<sup>27</sup>

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 29. maddesi işlerin hızlı bitirilmesi için beş hakimli Acele Muhakeme Usulü Dairesi'nin oluşturulmasını öngörmektedir. Ancak şimdiye değin bu gerçekleştirilmemiştir. Daha ihtilaflı olarak, 1993'de yedi üyeli bir Çevre Meseleleri Dairesi kurulmuştur.<sup>28</sup> 26. madde Divanın, belirli bir vaka ya da belirli dava kategorileri ile ilgili vakalara bakmak için<sup>29</sup>, üç ya da daha çok hakimden oluşan daireler kurabilmesine imkan vermektedir. Bu usul 1978 tarihli Divan Kuralları'nda değişikliğe uğramış<sup>30</sup> ve ilk kez *Gulf of Maine* davasında uygulanmıştır.<sup>31</sup> Dairenin kompozisyonu konusuna

<sup>22</sup> Örneğin bkz., S. Schwebel, 'National Judges and Judges Ad Hoc of the International Court of Justice', 48 ICLQ, 1998, s. 889; N. Valticos, 'L' 'Evolution de la Notion de Judge Ad Hoc', 50 *Revue Hellenique de Droit International*, 1997, ss. 11-12; H. Thierry, 'Au Sujet du Juge Ad Hoc', *Liber Amicorum Judge Ruda* (ed. C. A. Armas Barea ve diğerleri), The Hague, 2000, s. 285; P. Kooijmans, 'Article 31', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 495; *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 3, ss. 1085 vd., ve L. V. Prott, *The Latent Power of Culture and the International Judge*, Abingdon, 1979.

<sup>23</sup> Bkz., Franck, 'Fairness', s. 312. Ayrıca bkz., N. Singh, *The Role and Record of the International Court of Justice*, Dordrecht, 1989, ss. 193-4.

<sup>24</sup> ICJ Reports, 1993, ss. 325, 408-9; 95 ILR, ss. 43, 126-7, ayrıca davanın Karşı İddialar Kararı aşaması için bkz., ICJ Reports, 1997, ss. 243, 278; 115 ILR, s. 206. Hakim Lauterpacht'ün görüşü, *ad hoc* hakim Franck tarafından *Indonesia/Malaysia* davasındaki Karşı Oy Görüşünde onaylanarak atıfta bulunulmuştur; ICJ Reports, 2002, ss. 625, 693.

<sup>25</sup> Divan'ın 7. Uygulama Talimatı 'Statü'nün 31. maddesi ve Divan Kuralları'nın 35. maddesine istinaden bir *ad hoc* hakim seçilirken taraflar Divan'ın önündeki diğer bir davada temsilci, danışman ya da avukat olan veya aday olma tarihinden önceki üç yıl içerisinde bu sıfatlarla görev almış olan kişileri aday olarak göstermekten kaçınmalıdır. Ayrıca, taraflar benzeri şekilde Divan önündeki diğer bir davada *ad hoc* hakim olarak görev yapan bir kişiyi Divan önündeki bir davada temsilci, danışman ya da avukat olarak göstermekten kaçınmalıdır.' 8. Uygulama Talimatı, ilaveten, 'tarafların atama tarihinden önceki üç yıl içerisinde Divan üyesi, *ad hoc* hakim, kayıt müdürü, kayıt müdür yardımcısı ya da Divan'ın üst düzey görevlisi olan bir kişiyi Divan önündeki bir davada temsilci, danışman ya da avukat olarak aday göstermekten kaçınması gerektiğini öngörmektedir.

<sup>26</sup> Örneğin *Tunisia /Libya* davasında yapılmış kararın yenilenmesi ve yorumlanması başvurusu hakkında bkz., ICJ Reports, 1985, s. 192; 81 ILR, s. 419, ve *Great Belt (Finland v. Denmark)* davası, ICJ Reports, 1991, s. 12; 94 ILR, s. 446.

<sup>27</sup> Bkz., 1978 Divan Kuralları'nın 102 (3). maddesi. Bkz., *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, s. 12; 59 ILR, s. 30. Karşılaştırma için bkz., *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, s. 16; 49 ILR, s. 2. Ayrıca bkz., L. Gross, 'The International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing its Roles in the International Legal Order', Gross, *Future of the International Court of Justice*, Cilt: 1, s. 61.

<sup>28</sup> Bkz., *International Court of Justice, Yearbook 1993-1994*, The Hague, 1994, s. 18. Daireye şu ana kadar bir başvuru yapılmamıştır. Kuşkusuz ki bu, kısmen, bir konunun çevresel bir konu olup olmadığı büyük ölçüde taraflar arasındaki uyumsuzlukla ilgili olması nedeniyle. Bkz., R. Higgins, 'Respecting Sovereign States and Running a Tight Ship', 50 ICLQ, 2001, ss. 121, 122.

<sup>29</sup> Yapılara ilişkin işler, nakil ve ulaştırma işleri özel olarak anılmaktadır.

<sup>30</sup> Bkz., Divan Kuralları'nın 15-18. ve 90-93. maddeleri.

<sup>31</sup> ICJ Reports, 1982, s. 3 ve a.g.e., 1984, s. 246; 71 ILR, s. 58. Daire, Hakim Ago (Başkan), Hakim Gros, Hakim Mosler ve Hakim Schwebel ile *ad hoc* Hakim Cohen'den oluşmaktadır.

Divan tarafından taraflara danışıldıktan sonra karar verilir ve bu tür durumlarda daireyi oluşturacak hakimlerin kimliği şüphesiz kritik öneme sahiptir. *Gulf of Maine* davasında Kanada ve ABD'nin, dairenin kompozisyonu hakkında kendi istekleri yerine getirilmediği takdirde davayı geri çekmekle tehdit ettikleri iddia edilmiştir.<sup>32</sup> Hakim Oda, Daire, Divan'ın bir unsuru olmasına ve "meydana geldiği seçim sürecinin sonraki işleyişi gibi hukuksal açıdan tarafsız olması gerekmesine rağmen" "pratik anlamda eğer daire kendi ayakları üzerinde durabilecekse kompozisyonunun taraflar ile Divan arasında bir uzlaşma sonucu ortaya çıkmasının kaçınılmaz olduğu" nun altını çizmiştir.<sup>33</sup>

Bir daireye başvurma davanın görülmesi için hakimlerin seçilmesinde taraflara esneklik sağlar ve bu bakımdan tahkime benzerlik gösterir.<sup>34</sup> Divan dairelerinin önündeki ilk iki vaka arasında, muhtemelen Uluslararası Adalet Divanı'nın gelecekteki gelişimi perspektifi bakımından daha ilginç olanı *Burkino Faso-Mali* davasıydı.<sup>35</sup> Çünkü Afrika devletleri o ana kadar uyuşmazlıkları hususunda üçüncü tarafların bağlayıcı nitelikli çözüm getirmelerine izin verme konusunda en gönülsüz devletlerdi. Divan'ın dairelerinden, *Elettronica Sicula* davası<sup>36</sup>, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute between El Salvador and Honduras (Nikaragua müdahil)* davası<sup>37</sup>, *Application for Revision of the Judgment in El Salvador/Honduras Honduras (Nikaragua müdahil)* davası<sup>38</sup> ve *Benin/Nijer* davasında<sup>39</sup> da yararlanılmıştır.

Divan'ın usulünü ve işlemlerini belirleyen Divan Kuralları 1946'da kabul edilmiş, 1972 ve 1978 yıllarında da değişikliğe gidilmiştir.<sup>40</sup> 1978 tarihli Divan Kuralları'nın 79. ve 80. maddeleri 2000 ve 2005'de değişikliğe uğramıştır.<sup>41</sup> Divan'ın iç yargı pratiği geçtiğimiz yıllarda tartışma kaynağı olmuş<sup>42</sup> ve bazı değişiklikler yapılmıştır.<sup>43</sup> Divan, örneğin,

<sup>32</sup> Örneğin bkz., Merrills, *International Dispute Settlement*, s. 150, ve Brauer, 'International Conflict Resolution: The ICJ Chambers and the Gulf of Maine Dispute', 23 Va. JIL, 1982-3, s. 463. Ayrıca bkz., Singh, *Role and Record*, s. 110.

<sup>33</sup> ICJ Reports, 1987, ss. 10, 13; 97 ILR, ss. 139, 142.

<sup>34</sup> Öte yandan, dairelerin amaca özel olarak sık sık kullanılmasının Divan'ın yargı yetkisinin bütünlüğü üzerindeki etkisine dair endişeler ifade edilmiştir. Bkz., H. Mosler, 'The Ad Hoc Chambers of the International Court of Justice', *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1989, s. 449. Ayrıca bkz., S. Schwebel, 'Chambers of the International Court of Justice formed for Particular Cases', a.g.e., s. 739; E. Valencia-Ospina, 'The Use of Chambers of the International Court of Justice', Lowe ve Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, s. 503; *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 3, 17. Bölüm, III.262. paragraf; P. Palchetti, 'Article 26', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 465, ve Franck, 'Fairness', ss. 314 vd. Dairelerin kararlarının emsal niteliği taşıyan değerine ilişkin bkz., Shahabuddeen, *Precedent*, ss. 171 vd. Ayrıca bkz., Thirlway, *Law and Procedure*, ss. 902 vd.

<sup>35</sup> Bkz., 22 ILM, 1983, s. 1252 ve Communiqué of the ICJ No. 85/8, 1 May 1985. Divan, hakim Bedjaoui (Başkan), Hakim Lachs ve Hakim Ruda ile *ad hoc* Hakimler Luçaire ve Abi-Saab'den oluşmuştu. Bkz., ICJ Reports, 1986, s. 554; 80 ILR, s. 441.

<sup>36</sup> ICJ Reports, 1989, s. 15; 84 ILR, s. 311.

<sup>37</sup> Bkz., ICJ Reports, 1987, s. 10; 97 ILR, ss. 112 ve 139 ve ICJ Reports, 1992, s. 351.

<sup>38</sup> ICJ Reports, 2003, s. 392; 129 ILR, s. 1

<sup>39</sup> ICJ Reports, 2005, s. 90.

<sup>40</sup> Bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 3, s. 1106.

<sup>41</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>42</sup> Örneğin bkz., D. Bowett ve diğerleri, *The International Court of Justice: Process, Practice and Procedures*, London, 1997. Ayrıca bkz., örneğin, Jennings, 'Role', ss. 8 vd.; M. Bedjaoui, 'La "Fabrication" des Arrêts de la Cour Internationale de Justice', *Mélanges Virally*, Paris, 1991, s. 87, ve S. Oda, 'The International Court of Justice Viewed from the Bench', 244 HR, 1993 VII, s. 13. Ayrıca bkz., Shaw, 'International Court', ss. 862 vd.

<sup>43</sup> Bkz., the 1976 Resolution on Practice, International Court of Justice, *Acts and Documents Concerning the Organization of the Court*, The Hague, 1989, s. 165. Ayrıca bkz., Higgins, 'Respecting Sovereign States'.



Uygulama Talimatları'nı kabul etmiştir.<sup>44</sup> Divan, kendi usulünü düzenleme yetkisine sahiptir.<sup>45</sup> Yazılı dava beyanları Divan Kuralları'nın 44 ile 53. madde arasındaki hükümleri ile düzenlenmiştir; ki bunlar aslında taraflara önemli oranda serbestlik tanımaktadır. Dava beyanları dosyalarının sayısı, düzeni ve zamanlaması Divan tarafından belirleniyor olmakla birlikte, bu taraflar ile danışılarak gerçekleştirilir ve Divan tarafların süre sınırlarını uzatmalarına ya da, örneğin, daha fazla beyan oturumu olup olmayacağını belirlemelerine izin vermeye hazırdır.<sup>46</sup>

## DİVANIN YARGI YETKİSİ<sup>47</sup>

### Genel Olarak

Uluslararası Adalet Divanı, davaları karar tarihinde mevcut olan uluslararası hukuk temelinde hükme bağlayan bir yargı kurumudur. Divan bir yasama organı olmadığı için resmi olarak kural koyamaz.<sup>48</sup> Uluslararası Adalet Divanı'nın vurguladığı üzere, 'Divan mevcut hukuku belirtir ve yasama faaliyetinde bulunmaz. Bu durum, hukukun belirtilmesi ve uygulanmasında Divan genellikle kendi alanını açıkça belirlemek ve bazen genel eğilimi işaret etmek zorunda olsa bile böyledir.'<sup>49</sup> Divan'ın mevcut hukukun ne olduğuna dair görüşleri üstün bir konuma sahiptir. Bununla beraber, Divan'ın önüne gelen konular her zaman siyasi faktörler ile iç içe geçmiştir.

Zaman zaman bu tür konular, BM ya da diğer uluslararası örgütlerin siyasi organlarının önünde değerlendirme konusu veya gerçekten ilgili taraflar arasında karşılıklı müzakerelerin konusu da olmuştur. Bu durum Divan'ın rolü ve asli işlevine dair meselelerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Uluslararası Adalet Divanı BM Şartı'nın 92. maddesine binaen 'Birleşmiş Milletler'in başlıca yargı organı'dır. Divan, ayrıca, Hakim Lachs'ın ortaya koyduğu üzere, 'hem Birleşmiş Milletler içerisinde ve hem de BM dışında, uluslararası toplumun tümünün meşruiyetinin koruyucusu'dur.<sup>50</sup> 'Divan'ın

<sup>44</sup> 2001'de kabul edilmiş ve 2009 ve 2013'de değişiklikler yapılmış olmak üzere günümüzde 13 Uygulama Talimatı vardır (Uygulama Talimatı 9 dört bölümden oluşmaktadır), çoğunluğu temel olarak tarafların önergelere ilişkin Kurallara katı olarak uymalarını sağlamayı ve çok sayıda lahika üretme eğilimini sınırlandırmayı amaçlamaktadır. Uygulama Talimatı 12, istişari davalarda uluslararası hükümet dışı örgütler tarafından verilen yazılı beyanların ve belgelerin dava dosyasının bir parçası olarak değil, daha ziyade kamusal alanda ve danışma için başvurulabilecek yayınlar olarak değerlendirileceğini öngörmektedir.

<sup>45</sup> Örneğin Hakim Weeramantry'nin Nükleer Denemeler Davası'nın 63. Paragrafına Uygun Olarak Durumun İncelenmesi Talebine dair Karşı Oy Görüşü için bkz., ICJ Reports, 1995, ss. 288, 320; 106 ILR, ss. 1, 42. Hakim Weeramantry görüşünde bu yetkinin Divan'a *sui generis* (kendine özgü) bir usül geliştirme imkanı verdiğini belirtmiştir.

<sup>46</sup> Talepname, ilgili olaylara ilişkin bir rapor, hukuk açıklaması ve savunmaları içermektedir. Karşı talepname ise talepnamede açıklanan olayların reddi ya da kabulü, gerekli ise herhangi bir ek bilgi, talepnamedeki hukuk açıklaması hakkında mülahazalar ve ona cevaben verilen bir hukuk açıklaması ve savunmaları içermektedir. Divan Kuralları'nın 49 (1) ve (2). maddelerine bakınız. 49 (3). maddeye göre, cevap ve – eğer Divan tarafından izin verildiyse – karşı cevap hala tarafların anlaşamadığı konuların üzerinde durulmasına matuf olacaktır.

<sup>47</sup> Örneğin bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 2, ve C. Tomuschat, 'Article 36', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 589. Ayrıca bkz., M. N. Shaw, 'The Security Council and the International Court of Justice: Judicial Drift and Judicial Function', Muller ve diğerleri, *International Court of Justice: Future Role*, s. 219; Y. Shany, *Questions of Jurisdiction and Admissibility before International Courts*, Cambridge, 2015; W. M. Reisman, 'The Supervisory Jurisdiction of the International Court of Justice: International Arbitration and International Adjudication', 258 HR, 1996, s. 9, ve S. A. Alexander, 'Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice with Reservations', 14 *Leiden Journal of International Law*, 2001, s. 89. Ayrıca Thirlway'in *the British Year Book of International Law*'ın 1989'dan günümüze kadar sayılarında yayımlanan "The Law and Procedure of the International Court of Justice" başlıklı makale serisine bakınız. Makalelerin toplu hali için bkz., H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 2 Cilt, Oxford, 2013.

<sup>48</sup> Bkz., *Fisheries Jurisdiction* davası, ICJ Reports, 1974, ss. 3, 19; 55 ILR, ss. 238, 254.

<sup>49</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 237.

<sup>50</sup> *Lockerbie* davası, ICJ Reports, 1992, ss. 3, 26; 94 ILR, ss. 478, 509

işlevi(nin) hukuku belirtmek<sup>51</sup> olduğu ve ancak hukuk temelinde karar verebileceği<sup>52</sup> vurgulanmıştır. Yargısal işlev konusu *Serbia and Montenegro v. UK* davasında yedi hakim tarafından yapılan önemli bir ortak deklarasyonda incelenmiştir.<sup>53</sup> Bu dava, 1999'daki Kosova çatışmasından kaynaklanan ve NATO ülkelerine karşı o dönemde Yugoslavya Federal Cumhuriyeti olarak anılan devlet tarafından açılan davalardan biriydi. Yargılamayı kabul ya da ret ederken dayanacağı çeşitli mesnetler arasında tercihte bulunurken Divan'ı yönlendiren üç kriter olduğu belirtilmişti. İlk olarak, 'tutarlılık hukuki muhakemenin temeli' olduğu için öngörülebilirliği sağlayabilmek amacıyla önceki içtihat ile tutarlı olması aranılır. İkincisi katıyettir ve Divan hukukta en emin dayanağı tercih etmelidir. Üçüncü olarak ise Birleşmiş Milletler'in başlıca yargı organı olan Divan 'karara bağlanmamış diğer davaların muhtemel çıkarımları ve sonuçlarını dikkate almalıdır.'<sup>54</sup>

Bununla birlikte, siyasi faktörler hukuk meseleleri ile karıştırılmaz. Uluslararası Adalet Divanı kendi önüne getirilen herhangi bir hukuki uyuşmazlıkta siyasi boyutlar olabileceğini, ancak kendisinin sadece söz konusu uyuşmazlığın 'uluslararası hukuk kuralları ve ilkelerinin uygulanması ile çözüme kavuşturulabilecek bir uyuşmazlık anlamında' bir hukuki uyuşmazlık olup olmadığını belirlemek ile ilgilendiğini belirtmiştir.<sup>55</sup> Diğer unsurların mevcudiyeti, uyuşmazlığı bir hukuki uyuşmazlık olarak nitelendirilmekten alıkoymaz.<sup>56</sup> Ayrıca Uluslararası Adalet Divanı uluslararası hukuki yükümlülüklerle ilişkin devletlerin muhtemel uygulamalarının hukukiliğinin değerlendirilmesine "esas itibarıyla yargısal bir görev" olarak atıfta bulunmuştur.<sup>57</sup> Dolayısıyla, 'Divan'ın görevi önüne getirilen belirli bir hukuki uyuşmazlığa uluslararası hukuk temelinde cevap verilmesi olmak durumundadır. Divan hukuku yorumlar ve uygularken bağlamı da göz önünde bulunduracaktır; ancak görevi bunun ötesine geçemez."<sup>58</sup>

Aynı genel siyasi durumun BM'nin farklı organlarının önüne gelebileceği gerçeği eş zamanlı yargılama sorununu ortaya çıkarmıştır. Bununla birlikte Uluslararası Adalet Divanı, kendi önüne gelen konunun aynı zamanda taraflar arasındaki aktif müzakerelerin konusu olması<sup>59</sup> ya da BM Genel Sekreteri'nin iyi niyet faaliyetinin konusu olması<sup>60</sup>

<sup>51</sup> *Northern Cameroons* davası, ICJ Reports, 1963, ss. 15, 33; 35 ILR, ss. 353, 369.

<sup>52</sup> Bkz., *Haya de la Torre* davası, ICJ Reports, 1951, ss.71, 79; 18 ILR, s. 349. Ayrıca Hakim Weeramantry'nin *Lockerbie* davasındaki Karşı Oy Görüşüne bkz., ICJ Reports, 1992, ss. 3, 56; 94 ILR, ss. 478, 539.

<sup>53</sup> ICJ Reports, 2004, s. 1307.

<sup>54</sup> A.g.e., ss. 1353-4.

<sup>55</sup> *Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)* davası, ICJ Reports, 1988, ss. 16, 91; 84 ILR, ss. 218, 246. Ayrıca bkz., *Certain Expenses of the United Nations* davası, ICJ Reports, 1962, ss. 151, 155; 34 ILR, ss. 281, 285, ve *Tadic case before the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, IT-94-1-AR72, s. 11. Ayrıca bkz., R. Higgins, 'Policy Considerations and the International Judicial Process', 17 ICLQ, 1968, ss. 58, 74.

<sup>56</sup> ICJ Reports, 1988, s. 92; 84 ILR, s. 247. Ayrıca bkz., *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1980, ss. 7, 19-20; 61 ILR, ss. 530, 545-6 ve *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 234; 110 ILR, ss. 163, 184. Hukuki ve politik sorunların tanımlarına odaklanmaktan ziyade uyuşmazlık çözümünün politik ve hukuki yöntemleri arasındaki ayrımlara odaklanmak gerektiği yönündeki görüş için bkz., R. Y. Jennings, 'Gerald Gray Fitzmaurice', 55 BYIL, 1984, ss. 1, 18, ve R. Higgins, 'Policy Considerations', s. 74.

<sup>57</sup> Bkz., *Advisory Opinion on the Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, ICJ Reports, 1996, ss. 66, 73; 110 ILR ss. 1, 13. Ayrıca örneğin bkz., *Certain Expenses* davası, ICJ Reports, 1962, ss. 151, 155; 34 ILR, ss. 281, 284-5.

<sup>58</sup> *Democratic Republic of Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 190. Ayrıca Hakim Simma'nın *Ayrı Oy Görüşü* için bkz., a.g.e., s. 335.

<sup>59</sup> Bkz., *Aegean Sea Continental Shelf* davası, ICJ Reports, 1976, ss. 3, 12; 60 ILR, ss. 562, 571.

<sup>60</sup> Bkz., *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1980, ss. 7, 21-2; 61 ILR, ss. 530, 547-8.

veya Güvenlik Konseyi<sup>61</sup> ya da bölgesel örgütlerin değerlendirme konusu olmasının<sup>62</sup> Divan'ı yetkisinden veya yargısal işlevini yerine getirmesinden mahrum bırakmayacağı hususunda daima net olmuştur. Uluslararası Adalet Divanı, Güvenlik Konseyi'nin siyasi nitelikte işlemlere sahip olmasına karşılık, kendisinin hukuki nitelikli işlevleri olduğunu ve bu nedenle her iki organın aynı meselelere ilişkin olarak birbirlerinden ayrı ancak birbirini tamamlayıcı işlevlerini yerine getirebileceklerini belirtmiştir.<sup>63</sup> BM Genel Sekreteri aynı olayları soruşturmak için bir araştırma heyeti organize ederken aynı zamanda Divan da korumaya yönelik geçici önlemler saptayabilir.<sup>64</sup> Divan'ın temel fonksiyonu önündeki uyumsuzluklara uluslararası hukuka uygun olarak çözüm getirmek<sup>65</sup> ve tarafların son savunmalarında yer verilmemiş konular hususunda karar vermektir.<sup>66</sup> Uluslararası hukuka ilişkin ilgili hüküm, Divan tarafından uygulanabilmesi için mevcut olan hukuk kaynakları ile bağlantılıdır ve davada bilahare değerlendirmeye alınır.<sup>67</sup> Karar verme yükümlülüğüne *Libya / Malta (Müdahil Olma İzni Müracaatı)* davasında<sup>68</sup> Divan tarafından atıfta bulunulmuştur. Davada "her bir davanın kendi şartlarında verilebilecek en iyi kararı verme"nin Divan'ın görevi olduğu kaydedilmiştir.<sup>69</sup> Bununla beraber, bu yükümlülük, örneğin, yargısal sınırlandırmalara (misal olarak, üçüncü devletlerin haklarına ilişkin olan)<sup>70</sup> ve yargısal yerindelik ile ilgili meselelere<sup>71</sup> tabi olarak yerine getirilir.

### Hukuki Uyuşmazlığın Niteliği

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 36(2). maddesi Divan'ın önüne getirilen bir konunun hukuki bir uyumsuzluk olması gerektiğini öngörmektedir.<sup>72</sup> Her ne kadar özel bir tanıma işaret etmek mümkün değilse de *Mavrommatis Palestine Concessions (Yetki)* davasında<sup>73</sup> Uluslararası Daimi Adalet Divanı tarafından benimsenen yaklaşım uygun bir başlangıç noktası oluşturmaktadır. Divan, uyumsuzluğun "bir hukuk konusu ya

<sup>61</sup> Bkz., *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 392, 431-4; 76 ILR, ss. 104, 142-5.

<sup>62</sup> ICJ Reports, 1984, s. 440 ve *Cameroon v. Nigeria (Preliminary Objections)*, ICJ Reports, 1998, ss. 275, 307.

<sup>63</sup> ICJ Reports, 1984, s. 435; 76 ILR, s. 146.

<sup>64</sup> *Cameroon v. Nigeria (Provisional Measures)*, ICJ Reports, 1996, ss. 13, 22.

<sup>65</sup> Örneğin bkz., *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 190. Ayrıca, *Lockerbie* davasında Hakim Weeramantry'nin Karşı Oy Görüşü için bkz., ICJ Reports, 1992, ss. 3, 56; 94 ILR, ss. 478, 539.

<sup>66</sup> Bu kural (*non ultra petita* olarak da bilinir) Hakim Buergenthal tarafından *Oil Platforms (Iran v. USA)* davasındaki Ayrı Oy Görüşü'nde şu şekilde ifade edilmiştir: 'Tarafların nihai taleplerinde Divan'dan karar vermesini istemedikleri hususlarda, Divan'ın (uygulama hükümlerindeki) kararında bu hususu ele almasına müsaade etmeyen temel kuraldır.' (ICJ Reports, 2003, ss. 161, 271; 130 ILR, ss. 323, 426). Bkz., *Request for the Interpretation of the Judgment in the Asylum* davası, ICJ Reports, 1950, ss. 395, 402; *Qatar v. Bahrain* davası, ICJ Reports, 2001, ss. 40, 96-7 ve *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* davası, ICJ Reports, 2002, ss. 3, 18-19; 128 ILR, ss. 60, 73-5. Ayrıca bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt 2, 9. Bölüm, II.160. paragraf.

<sup>67</sup> Bkz., aşağıda.

<sup>68</sup> ICJ Reports, 1984, ss. 3, 25; 70 ILR, ss. 527, 554.

<sup>69</sup> Ayrıca Hakim Weeramantry'nin *East Timor* davasındaki Karşı Oy Görüşüne bkz., ICJ Reports, 1995, ss. 90, 158; 105 ILR, ss. 226, 299. Ayrıca genel olarak bkz., M. Bedjaoui, 'Expediency in the Decisions of the International Court of Justice', 71 BYIL, 2000, s. 1.

<sup>70</sup> Örneğin bkz., *Monetary Gold* davası, ICJ Reports, 1954, s. 32; 21 ILR, s. 399, ve *East Timor* davası, ICJ Reports, 1995, ss. 90, 105; 105 ILR, ss. 226, 246.

<sup>71</sup> Daha ayrıntılı bilgi için aşağıya bakınız.

<sup>72</sup> Divan *Nuclear Tests* davasında (Bkz., ICJ Reports, 1974, ss. 253, 270-1; 57 ILR, ss. 398, 415-16) 'bir uyumsuzluğun varlığının Divan'ın yargı fonksiyonunu kullanması için temel şart olduğu'nu belirtmiştir. Bu, 'aslen başlangıç niteliğinde' olan bir husustur. Bkz., ICJ Reports, 1974, s. 260; 57 ILR, s. 405.

<sup>73</sup> PCIJ, Series A, No. 2, 1924, s. 11. Ayrıca bkz., *Chorzow Factory (Interpretation)* davası, PCIJ, Series A, No. 13, ss. 3, 10 (1927); *South-West Africa* davaları, ICJ Reports, 1962, ss. 319, 328; 37 ILR, ss. 3, 10; *Nuclear Tests* davası, ICJ Reports, 1974, s. 253; 57 ILR, s. 398; *Liechtenstein v. Germany*, ICJ Reports, 2005, ss. 6, 18; *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, ICJ Reports, 2006, ss. 6, 40, ve *Marshall Islands v. UK*, ICJ Reports, 2016, 37. paragraf.

da olguya dair anlaşmazlık veya iki kişi arasında çıkarların ya da hukuki görüşlerin çatışması” olarak görülebileceğini belirtmiştir. Bu tanım, uluslararası bir farklılığa yol açabilecek ya da uyuşmazlık doğurabilecek bir durumdan ayırt edilmelidir. Çözüm sürecinin başarıyla gerçekleşmesi için çözüme kavuşturulacak kolayca tanımlanabilir konular ya da belirli bir konunun mevcut olması gerekmektedir. Bu yüzden aralarında hemen göze çarpmayan, ancak önemli olan bir farklılık bulunmaktadır. Prensip olarak, bir uyuşmazlığın varlığını belirleme tarihi, başvurunun Divana sunulduğu tarihtir.<sup>74</sup>

Divan, *Interpretation of Peace Treaties* davasında<sup>75</sup>, ‘uluslararası uyuşmazlığın mevcut bulunup bulunmadığının bir objektif tespit konusu’ olduğunu kaydetmiş ve söz konusu davada “iki tarafın belli antlaşma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ya da getirilmemesi meselesine ilişkin açıkça zıt görüşlere sahip olduğu ve bu nedenle de uluslararası uyuşmazlıkların ortaya çıktığı”na işaret etmiştir. Yalnızca bir iddiada bulunmak yeterli değildir; bir tarafın iddiasına pozitif olarak diğeri tarafından karşı çıkıldığının gösterilmesi gerekir.<sup>76</sup> Bu durum, *Marshall Islands v. UK* davasında<sup>77</sup> ‘davalının, delillere dayanarak gösterildiğinde, kendi görüşlerine ‘davacı tarafından pozitif olarak karşı çıkıldığı’ hususunda bilgi sahibi olduğu ya da bilgi sahibi olmamasının mümkün olmadığı bir durumda uyuşmazlığın ortaya çıktığı’ şeklinde Divan tarafından bir ölçüde yeniden tarif edilmiştir. Bu temel yaklaşım, *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement* davasında yeniden teyit edilmiştir.<sup>78</sup> Bu vakadaki istişari görüşünde Divan, ABD’deki FKÖ ofislerinin kapatılmasına ilişkin (ki zaruri olarak New York’taki Birleşmiş Milletler FKÖ Misyonu’nu da içermektedir) ABD Kongresi ve Yönetimi tarafından hazırlanan karar taslağına ve sonrasında da kabul edilen kararlara BM Sekreteri’nin sürekli olarak karşı çıkmasının, ABD ile BM arasında Genel Merkez Antlaşması’na dair bir uyuşmazlık olduğunu gösterdiğini kaydetmiştir. *East Timor* davasında<sup>79</sup> Divan tekrar önceki içtihatını teyit etmiş ve ‘Portekiz’in, doğru ya da yanlış olarak, Avustralya’ya karşı onun reddettiği olgusal ve hukuki şikayetlerde bulunduğunu ve bu reddetme dolayısıyla hukuki uyuşmazlığın mevcut olduğunu’ kaydetmiştir. *Application of the Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)* davasında bu şekilde göreceli olarak düşük bir eşğin kabulünün altı çizilmiştir.<sup>80</sup> Bu davada Divan ‘Bosna-Hersek tarafından kendisine karşı öne sürülen şikayetlerin Yugoslavya tarafından reddedilmesi nedeniyle aralarında bir hukuki uyuşmazlık vardır’ açıklamasında bulunmuştur. Yugoslavya’ya karşı yapılan bu ithamların reddi ‘geçici tedbirlerin tayinine yönelik taleplere ilişkin yargılama aşamasında ya da bu itirazlara ilişkin mevcut yargılama aşamasında’ ortaya çıkmıştı.<sup>81</sup> Diğer bir deyişle, bir konunun hukuki bir uyuşmazlık

<sup>74</sup> *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2016, 52. paragraf ve *Marshall Islands v. UK*, ICJ Reports, 2016, 42. paragraf.

<sup>75</sup> ICJ Reports, 1950, ss. 65, 74; 17 ILR, ss. 331, 336. Ayrıca bkz., *Georgia v. Russia, Preliminary Objection*, ICJ Reports, 2011, ss. 70, 84 ve *Burkina Faso/Niger*, ICJ Reports, 2013, 49. paragraf.

<sup>76</sup> *South-West Africa* davaları, ICJ Reports, 1962, ss. 319, 328; 37 ILR, ss. 3, 10 ve *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 392, 429–41; 76 ILR, ss. 104, 140. Ayrıca bkz., *Larsen v. Hawaiian Kingdom* 119 ILR, ss. 566, 587. Ayrıca, Kelsen de ‘bir uyuşmazlığın, hukuk kurallarının uygulanması (ki bu mevcut bir kanunun uygulanması demektir) ile çözüme kavuşacak ise, hukuki bir uyuşmazlık olduğunu yazmıştır. Bkz., *Principles of International Law* (ed. R. W. Tucker), 2. Baskı, New York, 1966, s. 526. Ayrıca bkz., *Rosenne’s Law and Practice*, Cilt: 2, ss. 517 vd. Higgins genel olarak Divan’ın neyin bir “hukuk” konusu olduğuna ilişkin sağlam bir tutum benimsediğini öne sürmüştür. Bkz., *Problems and Process*, s. 195. Ayrıca bkz., V. Gowlland-Debbas, ‘The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case’, 88 AJIL, 1994, s. 643.

<sup>77</sup> ICJ Reports, 2016, 41. paragraf. Ancak karşı oy görüşünde “objektif farkındalık” şartını öne sürerek bu formülasyona karşı çıkan Hakim Crawford’ın eleştirileri için bkz., 1 vd. paragraflar.

<sup>78</sup> ICJ Reports, 1988, ss. 12, 30; 82 ILR, ss. 225, 248.

<sup>79</sup> ICJ Reports, 1995, ss. 90, 99–100.

<sup>80</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 595, 615. Ayrıca bkz., *Liechtenstein v. Germany*, ICJ Reports, 2005, ss. 6, 19.

<sup>81</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 595, 614.

oluşturması için, Divanın yargı yetkisi sorgulanıyor olsa bile davalının Divan önündeki bir başvuruya yönelik olarak öne sürülen iddiaları yalnızca reddetmesi yeterlidir.<sup>82</sup>

Divan'ın karar vermesi için uyuşmazlıkta kendi görüşlerini ortaya koymak taraflara, özellikle de davacıya düşmekle birlikte<sup>83</sup> önündeki uyuşmazlık konusununun objektif dayanağını belirleyecek olan Divan'ın kendisidir ve Divan 'vakadaki gerçek konuyu belirleyecek ve iddianın konusunu saptayacaktır'.<sup>84</sup> Divan Kuralları, başvurunun 'iddianın dayandığı olgu ve temelleri' belirtmesi ve dava dosyasının 'ilgili olgular'a dair bir beyanı içermesi gerektiğini öngörmektedir (madde 38(2) ve 49(1)). Uyuşmazlığın konusu tespit edilirken, Divan başvuru ve aynı zamanda tarafların Divan önündeki yazılı ve sözlü argümanlarını dikkate alır.<sup>85</sup> Özellikle de, davacının kendi iddiasının dayanağı olarak gösterdiği olguları göz önünde bulundurur. Söz konusu uyuşmazlığın, Divan'ın kararını verinceye kadar olan zaman içinde - örneğin iddianın konusu diğer yöntemlerle çözüme kavuşturulduğu için - ortadan kalkmış olduğuna Divan'ın hükmetmesi halinde, 'gerekli sonuçlar' belirtilecek ve herhangi bir karar verilmeyebilecektir.<sup>86</sup> Her halükarda bir uyuşmazlığın varlığının objektif dayanağı hususunda karar verme yetkisi bizzat Divan'a aittir.<sup>87</sup> Ayrıca, diplomatik müzakere yönteminin tüketilmesinin Divana müracaat edebilmenin bir ön şartı olmadığı da açıktır.<sup>88</sup>

<sup>82</sup> Ayrıca bkz., *El Salvador/Honduras*, ICJ Reports, 1992, ss. 351, 555; 97 ILR, s. 112. Ayrıca bkz., *Georgia v. Russia (Preliminary Objections)*, ICJ Reports, 2011, ss. 70, 84 vd. Bu davada Divan, konunun bir şekil konusu değil, içerik konusu olduğunu ve bir uyuşmazlığın varlığı ile müzakerelere girilmesinin prensip itibarıyla farklı olmakla birlikte müzakerelerin uyuşmazlığın varlığını göstermeye ve konusunu izah etmeye yardımcı olabileceğini vurgulamıştır. Ayrıca bkz., *Belgium v. Senegal*, ICJ Reports, 2012, ss. 422, 442-3. Divan, Statü'nün 60. maddesi çerçevesindeki bir uyuşmazlığın varlığının 36 (2). madde çerçevesindeki bir uyuşmazlığın varlığının tespiti için gerekli olanlarla aynı kriteri yerine getirmesi gerekmediğine işaret etmiş, öte yandan bir kararın anlamı ve kapsamına dair bir uyuşmazlığın kendini resmi olarak göstermesinin gerekli olmadığını belirtmiştir. Söz konusu iki devletin, kararın anlamı ve kapsamına ilişkin farklı görüşlere sahip olduklarını göstermelerini yeterli saymıştır. Bkz., *Avena (Interpretation)* davası, ICJ Reports, 2008, ss. 311, 325-6 ve *Temple (Interpretation)* davası, ICJ Reports, 2013, ss. 281, 295-296.

<sup>83</sup> Statü'nün 40 (1). maddesi başvurunun uyuşmazlığın konusunu belirtmesini, Divan Kuralları'nın 38 (2). maddesi de başvuruda "iddianın tam olarak niteliği"nin belirtilmesini zorunlu kılmaktadır.

<sup>84</sup> *Nuclear Tests (Australia v. France)*, ICJ Reports, 1974, ss. 253, 262 ve *Bolivia v Chile*, ICJ Reports, 2015, 26. paragraf. Örneğin bkz., *Spain v. Canada*, ICJ Reports, 1998, ss. 432, 449; 123 ILR, ss. 189, 209-10 ve *Nicaragua v. Colombia (Preliminary Objections)*, ICJ Reports, 2007, ss. 832, 848. Ayrıca bkz., *Marshall Islands v UK*, ICJ Reports, 2016, 39. paragraf.

<sup>85</sup> *Nuclear Tests* davası, ICJ Reports, 1974, ss. 253, 263; 57 ILR, ss. 398, 408. Yargılama aşamasında öne sürülen yeni iddiaların - kabul edilmesi halinde Divan önüne başvuruda ilk olarak getirilen uyuşmazlık konusunu değiştirmeye ihtimali olması durumunda - kabul edilemeyeceği deklare edilecektir. Örneğin bkz., *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, s. 659, 695, ve *Bolivia v Chile*, ICJ Reports, 2015, 26. paragraf. Divan *Marshall Islands v. UK* davasında (ICJ Reports, 2016, para. 39) 'çok taraflı ortamlarda yapılan her tür karşılıklı değişimi olduğu kadar... taraflar arasında karşılıklı olarak verilen belgeler ya da açıklamaları da özellikle dikkate alacağını belirtmiştir. Divan, böyle yaparak, "belge ya da açıklamanın sahibi, arzulanana ya da gerçek muhatabı ve içeriğine" özel önem gösterir' (referans çıkarılmış). Tarafların uygulamasının da - özellikle diplomatik teatinin mevcut olmadığı durumlarda - ilgili olabileceğinin de altı çizilmiştir. *A.g.e.*, 40. paragraf ve *Nicaragua v Colombia*, ICJ Reports, 2016, 71. ve 73. paragraflar.

<sup>86</sup> *Nuclear Tests* davası, ICJ Reports, 1974, ss. 253, 271; 57 ILR, s. 416. Ayrıca bkz., *Northern Cameroons* davası, ICJ Reports, 1963, ss. 15, 38; 35 ILR, s. 353 ve *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, ICJ Reports, 2002, ss. 3, 14-15; 128 ILR, ss. 60, 69-71.

<sup>87</sup> *Spain v. Canada*, ICJ Reports, 1998, ss. 432, 448; 123 ILR, ss. 189, 208-9.

<sup>88</sup> *Cameroon v. Nigeria (Preliminary Objections)*, ICJ Reports, 1998, ss. 275, 303. İç hukuk yollarının tüketilmemesi olması sorunu kabul edilebilirlik ile ilgili bir konudur.

### Çekişmeli Yargılama<sup>89</sup>

Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisi iki farklı kısma ayrılır: Devletler arası uyuşmazlıklara karar verme yetkisi ve belirli uzman kurumlar tarafından istendiğinde istişari görüşler verme yetkisi. İkincisi, müteakip bölümde ele alınacaktır.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 36(6). maddesi uyarınca Divan bir uyuşmazlık durumunda kendi yargı yetkisine karar verme yetkisine sahiptir ve birçok davada da yargı yetkisinin tespitine ilişkin meselenin Divan'ın bizatihi kendi konusu olduğunun altını çizmiştir.<sup>90</sup> Bir olguyu ortaya koymaya çalışan tarafın onu kanıtlamak zorunda olmasına karşın, yargı yetkisi konusu Divan tarafından ilgili olgular ışığında çözülecek bir hukuk meselesidir.<sup>91</sup> Ayrıca, yargı yetkisi yargısal işlemleri başlatan eyleme geçildiği anda belirlenmek durumundadır; ki böylece Divan o tarihte yargı yetkisine sahipse sonraki olaylar her ne olursa olsun yargı yetkisine sahip olmaya devam edecektir.<sup>92</sup> Sonraki olaylar bir başvurunun tartışmalı hale geldiği sonucuna yol açabilir, ancak Divan'ı yargı yetkisinden mahrum bırakmaz.<sup>93</sup> İlâveten, yargı yetkisi konuları ile ilgilendiğinde Divan'ın iç hukukta olduğunun aksine şekil konularına çok önem vermediği de ifade edilmelidir.<sup>94</sup>

Divan, bu şekilde karar vermek için kendinden mündemiç bir yargı yetkisine sahiptir; çünkü bir kez saptandıktan sonra davanın esasına ilişkin yargı yetkisini kullanmasının engellenmediğinin ve uyuşmazlıktaki bütün konuların muntazaman çözüme kavuştuğunun temin edilmesi, Divan'ın yargı fonksiyonunun uygulanabilmesi konusundaki kendine içkin sınırlamaların gerçekleştirilmesi ve 'yargısal niteliğinin sağlanması' gereklidir.<sup>95</sup> Divan, ayrıca, belli bir konu hakkındaki bir uyuşmazlık hususunda yargı yetkisinin olduğu durumda, düzeltim (giderim) yolları konusunu dikkate almak için ayrı bir yetki dayanağının gerekmediğine de hükmetmiştir.<sup>96</sup>

<sup>89</sup> Örneğin bkz., Rosenne, *Law and Practice*, Cilt: 2; Kolb, *International Court*, s. 159 vd. ve R. Szafarz, *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht, 1993.

<sup>90</sup> Bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 2, 13. Bölüm, II.215 paragraf ve I. Shihata, *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction*, The Hague, 1965. Bu, genel olarak yargı fonksiyonunun bir özelliğidir. Örneğin bkz., *Effect of Awards davası*, ICJ Reports, 1954, ss. 47, 51-2; 21 ; *Tadić davası* (Uluslararası Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi), IT-94-1-AR72, pp. 7-9; *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement*, PCIJ, Series B, No. 16, s. 20 (1928) ve *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, ICJ Reports, 1991, s. 53, 68-69. Ayrıca bkz., *Croatia v Slovenia*, Partial Award of 30 June 2016, 148 vd. paragraflar.

<sup>91</sup> Bkz., *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) davası*, ICJ Reports, 1998, ss. 432, 450; 123 ILR, ss. 189, 210-11. Ayrıca bkz., *Armed Actions (Nicaragua v. Honduras) davası*, ICJ Reports, 1988, s. 76; 84 ILR, s. 231 ve *Serbia and Montenegro v. UK*, ICJ Reports, 2004, ss. 1307, 1322.

<sup>92</sup> Örneğin bkz., *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, ICJ Reports, 2006, ss. 6, 29, ve *Nicaragua v. Colombia (Continental Shelf)*, ICJ Reports, 2016, 31. paragraf. Bununla birlikte, Divan başvuru sahibinin kolaylıkla düzeltilebileceği usuldeki bir kusuru cezalandırmayacağı kararını vermiştir. Bkz., *a.g.e.* Benzer şekilde, bir başvurunun kabul edilebilirliğine, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren karar verilecektir; bkz., *Belgium v. Senegal (Provisional Measures)*, ICJ Reports, 2009, ss. 139, 148-9; ve uyuşmazlığın mevcudiyetinin tarihinin belirlenmesine ilişkin olarak bkz., *Marshall Islands v UK*, ICJ Reports, 2016, 42. paragraf.

<sup>93</sup> *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, ICJ Reports, 2002, ss. 3, 12-13; 128 ILR, ss. 60, 67-8.

<sup>94</sup> Bkz., *Application of the Genocide Convention (Preliminary Objections) davası*, ICJ Reports, 1996, ss. 595, 613; 115 ILR, ss. 10, 26. Ayrıca bkz., *Mavrommatis Palestine Concessions davası*, PCIJ, Series A, No. 2, s. 34; 2 AD, s. 27, ve *Northern Cameroons davası*, ICJ Reports, 1963, ss. 15, 28; 35 ILR, ss. 353, 363. Divan, *Cameroon v. Nigeria (Provisional Measures) davasında* (ICJ Reports, 1994, s. 105; 106 ILR, s. 144,) tarafların ilgili süre sınırını belirlerken, Kamerun'un ilk başvurusundan sonra anlaşmazlığın amacını genişletmeyi hedefleyen ek bir başvuru yaptığını belirtmiştir. Kamerun bu ek başvuru ile uyuşmazlığın amacını genişletmeyi hedeflemişti. Böylece ilk başvuruda bir değişiklik yapılması arzulanmıştı. Divan'ın Statüsü ve Divan Kuralları'nda başvurunun tadiline dair bir hüküm mevcut değildir. Bununla birlikte bu davada Nijerya bu talebe rıza göstermiş ve Divan da uygun bulmuştur..

<sup>95</sup> *Nuclear Tests davaları*, ICJ Reports, 1974, ss. 253, 259; 57 ILR, ss. 398, 404 (*Northern Cameroons davası*, ICJ Reports, 1963, ss. 15, 29; 35 ILR, ss. 353, 365'den alıntı yapılmıştır). Ayrıca bkz., aşağıda.

<sup>96</sup> *LaGrand davası*, ICJ Reports, 2001, ss. 466, 485; 134 ILR, ss. 1, 24.

Yargı yetkisine ilişkin bir kararın işlevinin sadece davanın esasa ilişkin olarak devam edip etmeyeceğine karar vermek olduğu ve 'itiraz edilen konuya dair genel bir açıklama' olmadığı Divan tarafından vurgulanmıştır. Dava, taraflardan birinin öne sürülen saikleri ya da kararın başka bir dava hakkında etkileri olabileceği sebebiyle reddedilemez.<sup>97</sup> Divan, hükmünü üzerine kuracağı gerekçeyi seçme özgürlüğüne sahiptir ve yargı yetkisine farklı temellere dayanarak meydan okunduğunda kararını kendi seçtiği bir ya da daha fazla gerekçe, özellikle de 'kararındaki daha sarıh ve kati gerekçe'<sup>98</sup>, üzerinde temellendirmekte özgürdür. Divan yargı yetkisi hakkında bir karara vardığında o karar *res judicata* niteliği taşır<sup>99</sup>; ki bu şekilde karar nihaidir ve tarafları bağlayıcıdır. Statü'nün 61. maddesi uyarınca hükmün yenilenmesi ihtimali saklı kalmak üzere<sup>100</sup>, kararın bulguları - taraflar arasında ve davanın amaçları için - doğru olarak kabul edilecektir, ve sonraki olayların onlar üzerinde şüphe uyandırdığı iddiaları gerekçesiyle yeniden açılmayacaktır.<sup>101</sup>

Esasen tarafların rızalarına dair konularla ilgilenen Divan'ın yargı yetkisi meselesi kadar başvurunun kabul edilebilir nitelikte olması da zaruridir.<sup>102</sup> Kabul edilebilirlik, uluslararası hukukun ilgili genel kurallarının (diplomatik korunmaya ilişkin davalarda iç hukuk yollarının tüketilmesi gibi) uygulanmasına işaret etmektedir.<sup>103</sup> Kabul edilebilirliğe yönelik itirazlar normal olarak, Divan yargı yetkisine sahip olsa ve davacı devlet tarafından açıklanan olguların doğru olduğu varsayılsa bile, Divan'ın davanın esasını incelemeye girişmemesi için sebepler olduğu iddiası çerçevesinde gerçekleşir.<sup>104</sup> Rıza ve kabul edilebilirlik birlikte bir davanın esasına girmek için Divan'ın yargılama yapabilmesinin gerekli ön koşulunu oluşturmaktadır. Ayrıca, Divan'a yapılan bir başvuruda davanın esasına geçmeden değerlendirilmesi gereken bir husus dava ehliyeti ya da kişi yönünden (*ratione personae*) yetki konusudur. Mantıksal olarak bu husus Divan'ın yargı yetkisinin veya kabul edilebilirlik konusunun ele alınmasından önce gündeme gelmektedir. Bu husus talebin alınabilir (*receivability*), ya da bazen ifade edildiği gibi ele alınabilir, olma meselesiyle ilgilidir. Bununla birlikte Divan'ı geçerli bir şekilde konuyu ele alıp almaması yargı yetkisi meselesiyle alakalıdır.<sup>105</sup> İlave olarak uluslararası hukuk uyarınca belirli bir yükümlülüğün yerine getirilmesine dair bir uyuşmazlığı çözmek için Divan'ın yetkisinin bulunmamasının, bu yükümlülüğün mevcudiyeti ve bağlayıcılığını etkilemediğini de belirtmek gerekir. Divan'ın vurguladığı gibi, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklananlar dahil olmak üzere, devletlerin uluslararası hukuk uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmesi gereklidir ve kendilerine atfedilebilen uluslararası hukuka aykırı eylemler bakımından sorumlu olmaya devam ederler.<sup>106</sup>

<sup>97</sup> *Serbia and Montenegro v. UK*, ICJ Reports, 2004, ss. 1307, 1323.

<sup>98</sup> *A.g.e.*, s. 1325.

<sup>99</sup> Bkz., *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 91 vd. *Res judicata* hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda, 3. Bölüm.

<sup>100</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>101</sup> *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 92-3.

<sup>102</sup> Örneğin bkz., *Serbia and Montenegro v. UK*, ICJ Reports, 2004, ss. 1307, 1322. Divan, kabul edilebilirliğin yargı yetkisinden farklı olduğunu vurgulamıştır. Bkz., *Costa Rica v. Nicaragua*, ICJ Reports, 2009, ss. 213, 264. Ayrıca bkz., *Croatia v. Serbia, Preliminary Objections*, ICJ Reports, 2008, ss. 412, 456; ve Tomuschat, 'Article 36', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, ss. 633, 698 vd. ve *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 2, 9. Bölüm.

<sup>103</sup> Örneğin bkz., *Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 276 ve *Diallo (Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* davası, ICJ Reports, 2007, 33. vd. paragraflar. Ayrıca bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 2, ss. 817 vd.; Tomuschat, 'Article 36' Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 633 ve Divan Kuralları'nın 79. maddesi. Divan, *Djibouti v. France* davasında (ICJ Reports, 2008, ss.177, 200) taraflardan birinin yargı yetkisine dair muvafakatının kapsamının belirlenmesinin kabul edilebilirlik ile ilgili bir konu değil, bir yargı yetkisi konusu olduğunu belirtmiştir.

<sup>104</sup> Bkz., *Oil Platforms (Iran v. USA)* davası, ICJ Reports, 2003, ss. 161, 177; 130 ILR, ss. 323, 337.

<sup>105</sup> *Qatar/Bahrain*, ICJ Reports, 1995, ss. 6, 23-4; 102 ILR, ss. 1, 64-5.

<sup>106</sup> Örneğin bkz., *Croatia v Serbia*, ICJ Reports, 2015, 86. paragraf.

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 34. maddesi Divan önündeki davalarda yalnız devletlerin taraf olabileceğini belirtmektedir. Bu madde özel kişilerin ve uluslararası örgütlerin Divan'a başvurusunu – uluslararası örgütlerinin bazılarının istişari görüş alabilmesi dışında – engellediği için sonuçları itibarıyla çok büyük öneme sahiptir. Divan, Statü'ye taraf olan bütün devletlere aşıktır.<sup>107</sup>

BM Şartı'nın 93. maddesi Birleşmiş Milletler'in tüm üyelerinin, *ipso facto* (bu üyeliğin bir sonucu olarak), Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ne taraf olduğunu ve Birleşmiş Milletler üyesi olmayan devletlerin Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul'ca belirlenen şartlar çerçevesinde Statü'ye taraf olabileceğini öngörmektedir. Örneğin İsviçre vakasında Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi İsviçre'nin Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün hükümlerini, BM Şartı'nın 94. maddesi çerçevesinde bir BM üyesinin tüm yükümlülüklerini (yani Divan'ın kararına uymayı taahhüt etme) ve Divan'ın harcamalarına yönelik belli bir miktar ödemeyi kabul ettiği takdirde Statü'ye taraf olabileceğini belirtmiştir.<sup>108</sup> Nitekim Güvenlik Konseyi, Statü'nün tarafı olmayan bir devletin Divan'a başvuru hakkının, bu devlet daha önce Divan'ın yargı yetkisini kabul eden ve Uluslararası Adalet Divanı'nın kararı ya da kararlarına iyi niyet çerçevesinde uymayı taahhüt eden bir (genel ya da özel) deklarasyonu Divan kalemine tevdi ettiği takdirde mümkün olduğu kararına varmıştır.<sup>109</sup> Batı Almanya BM'ye katılmadan önce bu şekilde Uluslararası Adalet Divanı'na bir genel deklarasyon ibraz etmiş<sup>110</sup>, Arnavutluk<sup>111</sup> ve İtalya<sup>112</sup> da dahil oldukları davalara ilişkin deklarasyonlar sunmuşlardır.

Statü'nün 35 (2). maddesi Divan'ın Statü'ye taraf olanlardan başka öteki devletlere de hangi koşullarda açık olacağını, 'yürürlükteki antlaşmaların özel hükümleri saklı kalmak üzere' Güvenlik Konseyi'nce belirleneceğini öngörmektedir.<sup>113</sup> Divan, Statü'nün yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan ve o zamanlar yeni olan Divan'a yargı yetkisi veren antlaşmalara atıfta bulunmak için bu şartı daha ziyade sınırlayıcı bir şekilde yorumlamıştır.<sup>114</sup> Divan önünde sadece devletlerin taraf olabilmesine rağmen, Divan uluslararası kamu örgütlerinden önündeki davalarla ilgili bilgi talep edebilir ve bu örgütlerin kendi inisiyatifleriyle sundukları bilgileri alabilir.<sup>115</sup>

Bir tarafın Statü çerçevesinde Divan'da hazır bulunma hakkına sahip olup olmadığına ilişkin mesele rızaya bağlı değildir ve yargı yetkisi ve kabul edilebilirliğe yönelik herhangi

<sup>107</sup> Örneğin bkz., P. M. Dupuy, 'Article 34', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 585.

<sup>108</sup> 91 (I) sayılı Genel Kurul kararı. İsviçre Eylül 2002'de Birleşmiş Milletler üyesi oldu. Ayrıca bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 2, s. 598. Japonya, Lihtenştayn, Nauru ve San Marino da 1956, 1990, 1999 ve 1992'ye kadar aynı konumdaydı.

<sup>109</sup> 9 (1946) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>110</sup> *North Sea Continental Shelf* davası, ICJ Reports, Pleadings, Cilt: 1, ss. 6, 8.

<sup>111</sup> *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, 1949, s. 4; 16 AD, s. 155.

<sup>112</sup> *Monetary Gold* davası, ICJ Reports, 1954, s. 19; 21 ILR, s. 399.

<sup>113</sup> Bu koşullar 9 (1946) sayılı Güvenlik Konseyi kararında ortaya konulmuştur. Ayrıca bkz., A. Zimmermann, 'Article 35', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 606.

<sup>114</sup> ICJ Reports, 2004, ss. 1307, 1350. Divan, Divan'ın yargı yetkisine atıfta bulunan bu türden daha önceki antlaşmaların dikkatinden kaçtığı kabul etmiştir. *A.g.e.*

<sup>115</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 34 (2). maddesi. Ayrıca bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 2,10. Bölüm, II.165. paragraf. Bireyler, gruplar ve şirketlerin Divan'a erişim hakkı yoktur. Bkz., H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, 1950, s. 48. Hakim Higgins 'istişari görüş davalarında STK'ların uzmanlık açıklaması yapmasının mümkün olduğu hususunda esneklik bulunduğunu ve bunun Divan'ın başvurabileceği faydalı bir imkan olduğunu' ifade etmiştir. 'Respecting Sovereign States', s. 123. İstişari yargılmalarda hükümet dışı kuruluşların yazılı beyan sunmalarına ilişkin olarak Uygulama Talimatı 12'ye bakınız. Buna göre bir hükümet dışı kuruluş kendi isteğiyle istişari görüş davasında yazılı beyan ve/veya belge sunarsa, bu belge ve/veya beyan dava dosyasının bir parçası olarak değerlendirilmeyecektir. Bununla beraber, bu beyan ve/veya belgeler halihazırda mevcut döküman olarak değerlendirilecek ve davada yazılı ve sözlü beyan sunan devletler ve hükümetlerarası kuruluşlarca bunlara halka açık diğer yayınlar olarak atıfta bulunulabilecektir.



bir itirazı değerlendirmeden önce Divan'ın kendisinin incelemesi ve belirlemesi gereken bir konudur.<sup>116</sup> Statü'nün 35 (1). maddesi Divan'ın Statü'ye taraf olan devletlere açık olacağını öngörmektedir. Divan'ın bizatihi kendisinin belirttiği gibi 'Divan yargı fonksiyonunu sadece 35. madde çerçevesinde kendisine erişme hakkına sahip olan devletlere ilişkin olarak kullanabilir'. Bu nedenle yalnızca Divan'a erişme hakkına sahip olan devletler, Divan'a yargı yetkisi tanıma konumundadırlar.<sup>117</sup> Divan, *Serbia and Montenegro v. UK* davasında<sup>118</sup> Sırbistan ve Karadağ'ın başvuru tarihinde Statü'ye taraf olarak görülemeyeceği sonucuna varmıştır.<sup>119</sup>

Divan bir yargı organı olarak bu rolünden kaynaklanan belli bazı doğal yetkilere sahiptir.<sup>120</sup> Bu yetkiler, belli durumlarda bir davada yargılamayı resen sona erdirmeye hakkını içermektedir.<sup>121</sup> Bununla beraber, bu hakkın iki durum ile sınırlandırıldığı görülmektedir: İlki, Divan Kuralları'nın 38 (5). maddesinin kabulünden önceki davalardır ve bu davalarda başvuru yargı yetkisi olmaksızın diğer devletin kabul edeceği ümidiyle yapılır.<sup>122</sup> İkinci durumda Divan yargı yetkisinin açıkça olmadığı gerekçesiyle davalı devletlerin listeden davaların silinmesi yönündeki talebini yerine getirir.<sup>123</sup> Divan'ın *Serbia and Montenegro v. UK* davasındaki bu yaklaşımı Hakim Kooijmans<sup>124</sup> ve Hakim Higgins<sup>125</sup> tarafından eleştirilmiştir. Bu hakimler, Divan içtihatında, davaya devam edilmemesi durumunda, Divan'ın sahip bulunduğu yetkilerin kullanılmasının Divan tarafından atıfta bulunulan iki durumla sınırlı olduğunu gösterecek hiçbir şey olmadığını belirtmişlerdir. Hakim Higgins "Divan'ın kendi yargı yetkisinin, yargısal niteliğinden ve adalet yönetimiyle bağlantılı konuları düzenlemek için yetkilere olan ihtiyaçtan kaynaklandığı ve her hususun Divan Kurallarında öngörülemeyebileceğini" vurgulamıştır. Bu tür kendine ait yetkileri uygulamak için "çok arızı bir ihtiyaç", bir davanın baştan reddinden esasa ilişkin yargı yetkisi ile ilgili sorunlara kadar herhangi bir aşamada ortaya çıkabilir.<sup>126</sup>

Divan Kuralları'nın 79 (9). maddesi uyarınca Divan'ın yargı yetkisine yönelik ilk itirazı karara bağlayabilmesinin üç yolu vardır. Divan itirazı kabul edebilir, reddedebilir ya da itirazın davanın şartlarına göre münhasıran bir öncelik niteliği taşımadığını ve itiraz konusunun davanın esasına ilişkin değerlendirme aşamasında birlikte ele alınacağını belirtebilir.<sup>127</sup> Divan, ortaya konulan soruna karar vermek için gerekli bütün bilgilere sahip olmaması ya da ilk itiraza cevap vermesinin uyuşmazlığı veya bu nedenle esasa ilişkin bazı unsurları belirlemesi durumları dışında, yargı yetkisine yönelik ilk itirazı ortaya koyan tarafın, prensip olarak, hukuki yargılamanın ön aşamasında bu itirazına cevap alma hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir.<sup>128</sup>

<sup>116</sup> *Serbia and Montenegro v. UK*, ICJ Reports, 2004, ss. 1307, 1322 ve 1326.

<sup>117</sup> *A.g.e.*, s. 1326.

<sup>118</sup> ICJ Reports, 2004, s. 1307. Bu, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (Sırbistan ve Karadağ'ın selefi) tarafından 1999'da NATO ülkelerine karşı Divan önüne getirilen bir dizi davadan biridir; sözkonusu husus diğer davalı devletler için de geçerlidir.

<sup>119</sup> *A.g.e.*, ss. 1336–7. Davanın ilgili detayları hakkında bkz., yukarıda, 16. Bölüm.

<sup>120</sup> Örneğin bkz., C. Brown, 'The Inherent Powers of International Courts and Tribunals', 76 BYIL, 2005, s. 195.

<sup>121</sup> *Serbia and Montenegro v. UK*, ICJ Reports, 2004, ss. 1307, 1321. Kurallar, bu tür bir usül öngörmemektedir.

<sup>122</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>123</sup> Örneğin bkz., *Yugoslavia v. Spain*, ICJ Reports, 1999, ss. 761, 773–4 ve *Yugoslavia v. USA*, ICJ Reports, 1999, ss. 916, 925–6.

<sup>124</sup> ICJ Reports, 2004, ss. 1307, 1370 vd.

<sup>125</sup> *A.g.e.*, s. 1361.

<sup>126</sup> *A.g.e.*, ss. 1361–2. Bu yüzden Hakim Higgins, Divan'ın bu davada ele alması gereken meselenin 'Divan'ın yargılama sürecinin dürüstlüğüne korumak amacıyla sahip olduğu yetkiyi kullanarak davayı düşürmesi için şartların makul, gerekli ve uygun' olup olmadığına karar vermek olduğunu ifade etmiştir. *A.g.e.*, s. 1362.

<sup>127</sup> Örneğin bkz., *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2007, ss. 832, 850. Ayrıca *Cameroon v. Nigeria* davasında ilk itiraz kararı için bkz., ICJ Reports, 1998, s. 275.

<sup>128</sup> *Nicaragua v. Columbia*, ICJ Reports, 2007, 51. paragraf. Bununla birlikte, Divan tarafından yargı yetkisi belirlenirken "davanın esasının belli bazı yönlerine değinilmesi" mümkündür. Bkz., *a.g.e.*

**36 (1). Madde**

Divan, Statü'nün 36 (1). maddesi uyarınca taraflarca kendine sunulan bütün vakalarda ve BM Şartı'nda ya da yürürlükteki antlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörülmüş bütün konularda yargı yetkisine sahiptir.<sup>129</sup> Tahkim davasında olduğu gibi, taraflar belirli bir uyumsuzluğa ilişkin şartları ve Divan'ın bunu ele alacağı çerçeveyi belirleyen özel bir anlaşma ya da bir tahkimname (*compromis*) aracılığıyla uyumsuzluğu Uluslararası Adalet Divanı'na sunabilirler.<sup>130</sup> Bu yöntem *Minguers and Erehos* davasında<sup>131</sup> ve diğer bazı davalarda<sup>132</sup> kullanılmıştır.

Divan'ın yargı yetkisi tarafların rızaları üzerine kuruludur.<sup>133</sup> Bu rıza belirli bir biçimde olmak zorunda değildir ve bazı şartlarda Divan bu rızanın varlığını tarafların yaklaşımından çıkarmaktadır. Divan, *Corfu Channel (Ön İtirazlar)* davasında<sup>134</sup> rızayı davacı devletin (Birleşik Krallık) tek taraflı başvurusu ve Divan'ın yargı yetkisinin kabulünü ifade eden diğer tarafın (Arnavutluk) bu başvuruyu izleyen yazışmalarından çıkarmıştır. Bir devletin Divan'ın yargı yetkisine yönelik rızasının hukuki işlemlerin başlatılmasını müteakiben gerçekleşen eylemler aracılığıyla ortaya çıkması düşüncesi *forum prorogatum* doktrini olarak adlandırılır.<sup>135</sup> Bu, genellikle, ele alınan konuya ilişkin başka türlü bir yargı yetkisinin mevcut olmadığı durumlarda bir tarafın bir uyumsuzluğa ilişkin Divan'ın yargı yetkisini kabul etmek için diğer devleti davet eden tek taraflı bir başvuru yaptığı durumlarda ortaya çıkar. Diğer devlet bunu kabul ederse bu durumda Divan yargı yetkisine sahip olacaktır.<sup>136</sup>

Doktrin, Divan'ın kendi yargı alanını varsayımlar yoluyla yayarak yavaş yavaş genişlettiği algısı vermektan kaçınmak için dikkatli olarak yorumlanmıştır. Rızanın net olarak mevcut

<sup>129</sup> Bkz., C. Tomuschat, 'Article 36', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 633 ve Kolb, *International Court*, s. 370 vd. ve M. Papadaki, 'Compromissory Clauses as the Gatekeepers of the Law to be "Used" in the ICJ and the PCIJ', 5 *Journal of International Dispute Settlement*, 2014, s. 560. Ayrıca Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 40. maddesi ve Divan Kuralları'nın 39. maddesine bakınız.

<sup>130</sup> Örneğin bkz., L. C. Marion, 'La Saisine de la CIJ par Voie de Compromis', 99 RGDIP, 1995, s. 258.

<sup>131</sup> ICJ Reports, 1953, s. 47; 20 ILR, s. 94.

<sup>132</sup> Örneğin bkz., *Belgium/Netherlands Frontier Land* davası, ICJ Reports, 1959, s. 209; 27 ILR, s. 62, *Tunisia/Libya Continental Shelf* davası, ICJ Reports, 1982, s. 18; 67 ILR, s. 4 ve *Libya/Chad* davası, ICJ Reports, 1974, s. 6; 100 ILR, s. 1.

<sup>133</sup> Bkz., *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 3, 32; 76 ILR, ss. 349, 366. Divan, *Interpretation of Peace Treaties* davasına (ICJ Reports, 1950, s. 71; 17 ILR, ss. 331, 335) atıfta bulunarak *Application for the Interpretation and Revision of the Judgment in the Tunisia/Libya* davasında, 'bir uyumsuzluğun tarafı olan devletlerin muvafakatının, çekişmeli davalarda Divan'ın yargı yetkisinin temeli olması bir ana prensiptir' görüşünü belirtmiştir. Bkz., ICJ Reports, 1985, ss. 192, 216; 81 ILR, ss. 419, 449. Ayrıca bkz., *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 421 ve *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, ICJ Reports, 2006, ss. 6, 18. Divan, ayrıca, 'yargı yetkisinin tarafların muvafakatına dayandığını ve onlar tarafından kabul edilen ölçüyle sınırlı olduğu'nu ve 'bu tür bir muvafakatın tabii olduğu koşulların, sınırları teşkil ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini'... 'bu tür koşulların incelenmesinin başvurunun kabul edilebilirliği ile değil, yargı yetkisi ile ilgili olduğu'nu belirtmiştir. Bkz., *a.g.e.*, s. 39. Ayrıca bkz., *Djibouti v. France*, ICL Reports, 2008, ss. 177, 200.

<sup>134</sup> ICJ Reports, 1948, s. 15; 15 AD, s. 349.

<sup>135</sup> Örneğin bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 2, 11. Bölüm, II. 181-9 paragraflar, ve S. Yee, 'Forum Prorogatum in the International Court', 42 *German YIL*, 1999, s. 147.

<sup>136</sup> Bkz., Kurallar'ın 38 (5). maddesi. Kongo Cumhuriyeti 9 Aralık 2002 tarihinde Fransa'ya karşı bir başvuruda bulunmuş ve 11 Nisan 2003 tarihinde rıza göstermiştir. Bkz., UAD Basın Bülteni 2003/14 ve Court's Order, 17 Haziran 2003. Fransa, Cibuti tarafından 9 Ocak 2006 tarihinde yapılan bir başvuruya ilişkin yargı yetkisine rıza göstermiştir. Bkz., *Djibouti v. France*, ICJ Reports, 2008, ss. 177, 204, 206 ve 211-2. Bu davada, Divan, '*forum prorogatum* temelinde yargı yetkisini uygulaması için rıza unsurunun ya sarıh ya da bir devletin ilgili uygulamadan açıkça çıkarsanabilir olması gerektiğini' ve rızanın (dolayısıyla da Divan'ın yargı yetkisinin) ölçüsünün, yapılan başvuru ile rıza gösteren tarafça yapılmış açıklamanın uygunluğuna bağlı olduğunu belirtmiştir. 'Yargı yetkisinin *forum prorogatum*'a dayandığı durumda davalı devletçe sınırlandırıldığı şekliyle rızanın kapsamına ilişkin büyük bir özen gösterilmesi gerektiği' vurgulanmıştır. 18 Nisan 2007 tarihinde Ruanda Fransa'ya karşı bir başvuruda bulunmuş, fakat şu ana kadar Fransa yargı yetkisine dair bir rıza vermemiştir. Bkz., UAD Basın Bülteni 2007/11.

olması gerekir. Mevcut olduğuna dair bazen çıkarımda bulunulmuşsa da, rıza tamamen yapay olarak üretilemez.<sup>137</sup> Divan bu tür bir rızanın “gönüllü ve tartışılmaz” olması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>138</sup> *Corfu Channel* davasında Birleşik Krallık, Divan’ın yargı yetkisini *inter alia* (diğerlerine ilaveten) Güvenlik Konseyi’nin söz konusu uyuşmazlığın Divan’a yönlendirilmesi gerektiği hakkındaki tavsiyesi üzerine dayandırmaya çalışmıştır, ki bu tavsiyenin BM Şartı’nın 25. maddesi uyarınca BM’nin üye devletler üzerinde bağlayıcı bir “karar” olduğu hususunda uzlaşmıştır.<sup>139</sup> Bu nedenle Birleşik Krallık, rızası olup olmadığına bakılmaksızın Arnavutluk’un Divan’ın yargı yetkisini kabul etmekle yükümlü olduğunu öne sürmüştür. Uluslararası Adalet Divanı fiilen rızanın olduğu sonucunu çıkardığından bu görüş ile ilgilenmemiş, ancak ortak ayrı görüşlerinde Divan’ın yedi hakimi bu argümanı zorunlu yargı yetkisine yeni bir anlam verme çabası olarak görerek reddetmiştir.<sup>140</sup> İlgili olayların bir davayı Divan’a sunma hususunda taraflar arasında bir anlaşma teşkil edip etmediğine dair soruna ilişkin özellikle güç bir dava da *Qatar v. Bahrain* davasıdır.<sup>141</sup> Konu, Aralık 1990’da iki devletin Dışişleri Bakanları tarafından imzalanan bir toplantının tutanakları (Doha Minutes) üzerinde odaklanmıştır. Bu tutanakların statüsü tartışmalıdır<sup>142</sup>, ancak Divan bunların uluslararası hukuk uyarınca bir anlaşma olduğuna hükmetmiştir.<sup>143</sup> Ayrıca tutanakların içeriği ve bu nedenle Divan önüne getirilecek uyuşmazlığın konusu hakkında da bir ihtilaf mevcuttu. Bahreyn uyuşmazlığı Zubarah üzerindeki “egemenlik” sorununu içerecek şekilde tanımlarken, Katar bunu sadece Bahreyn’in konuyu nitelendirme biçimi olarak kabul etmişti.<sup>144</sup> Divan, bunun uyuşmazlığın tamamını, bu husus da dahil olmak üzere, Divan’ın önüne getirmek için yeterli olduğu sonucuna varmıştır.<sup>145</sup> Bu yüzden bu karar sonrasında karşılıklı rıza prensibinin boyutuna dair sorunlar mevcudiyetini aynen sürdürmüştür.<sup>146</sup>

Divan’ın sadece rızası olan bir devlet üzerinde yargı yetkisini kullanacağı<sup>147</sup> ve ‘bu nedenle yargılamaya taraf olmayan üçüncü devletlerin hukuki hakları hususunda karar veremeyeceği’<sup>148</sup> yerleşmiş bir prensiptir. Bu prensibin bir sonucu olarak, Divan, aslında

<sup>137</sup> Örneğin bkz., *Monetary Gold* davası, ICJ Reports, 1954, ss. 19, 31; 21 ILR, ss. 399, 406. Öte yandan, karşılaştırma için bkz., *Treatment in Hungary of Aircraft of the USA* davası, ICJ Reports, 1964, ss. 99, 103; *Aerial Incident (USA v. USSR)* davası, ICJ Reports, 1956, ss. 6, 9, 12, 15 ve iki *Antarctic* davası, ICJ Reports, 1958, s. 158 ve *a.g.e.*, 1959, s. 276. Divan Kuralları (1978)’nin 38 (2). maddesi başvurunun, mümkün olduğunca, Divan’ın yargı yetkisinin dayandığı söylenen hukuki gerekçelerini belirtmesi gerektiğini öngörmektedir. Ayrıca bkz., *Djibouti v. France*, ICJ Reports, 2008, ss. 177, 234–5.

<sup>138</sup> *Corfu Channel (Preliminary Objection)*, ICJ Reports, 1948, s. 27. Ayrıca bkz., *Application of the Genocide Convention*, ICJ Reports, 1996, ss. 595, 621.

<sup>139</sup> Arnavutluk, BM üyesi olmamasına rağmen, uyuşmazlığa ilişkin üyelik yükümlülüklerini üstlenmeyi kabul etmiştir. Bu başvuru, 36 (1). maddenin Divan’ın yargı yetkisinin ‘BM Şartı’nda spesifik olarak öngörülen bütün konuları’ da içerdiğine dair hükmüne dayanmaktadır.

<sup>140</sup> Reports, 1948, ss. 15, 31–2; 15 AD, ss. 349, 354.

<sup>141</sup> ICJ Reports, 1994, s. 112 ve ICJ Reports, 1995, s. 6; 102 ILR, ss. 1 ve 47. Bkz., M. Evans, ‘Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain (*Qatar v. Bahrain*)’, *Jurisdiction and Admissibility*, 44 ICLQ, 1995, s. 691.

<sup>142</sup> Yapılan tartışma, Divan’a yapılan herhangi bir başvurunun iki tarafça mı yapılması gerektiği ya da tek taraflı bir başvurunun da yapılıp yapılamayacağı hakkındaydı.

<sup>143</sup> ICJ Reports, 1994, s. 121; 102 ILR, s. 18.

<sup>144</sup> ICJ Reports, 1995, ss. 9–11; 102 ILR, ss. 50–2.

<sup>145</sup> ICJ Reports, 1995, ss. 17 ve 25; 102 ILR, ss. 58 ve 66. Bu durum muhalif görüş belirten beş hakimin dördü tarafından tartışılmış ve Zubarah’ın egemenliği konusunun uygun bir şekilde Divan’a sunulmadığı savunulmuştur. Bkz., ICJ Reports, 1995, ss. 49, 55 vd., 72 ve 74–5; 102 ILR, ss. 90, 96 vd., 113 ve 115–16.

<sup>146</sup> Ayrıca bkz., E. Lauterpacht, ‘“Partial” Judgments and the Inherent Jurisdiction of the International Court of Justice’, Lowe ve Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, s. 465.

<sup>147</sup> Örneğin bkz., *Libya/Malta* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 3, 24; 70 ILR, ss. 527, 553, *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 392, 431; 76 ILR, ss. 104, 142, *El Salvador/Honduras* davası, ICJ Reports, 1990, ss. 92, 114–16; 97 ILR, ss. 214, 235–7, ve *Nauru* davası, ICJ Reports, 1992, ss. 240, 259–62; 97 ILR, ss. 1, 26–9.

<sup>148</sup> *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, ss. 303, 421.

rızası mevcut olmayan bir üçüncü devlet aleyhine dava açan devletlerin arasındaki davalara bakmayacaktır. *Monetary Gold* davasında<sup>149</sup> bu kuralın altı çizilmiş ve üçüncü tarafın hukuki çıkarlarının 'kararın ana konusunu oluşturduğu' bir durumda Divan'ın o devletin yokluğunda davaya bakamayacağı kaydedilmiştir. *Nicaragua* davasında Divan, *Monetary Gold* davasının koşullarının 'muhtemelen, yargı yetkisini kullanmayı reddetme bakımından Divan'ın yetkisinin sınırını gösterdiğini' belirtmiştir.<sup>150</sup> *Nauru* davasında bu yaklaşımın altı çizilmiştir. Söz konusu davada Divan, müdahil olmak için üçüncü tarafın bir talebinin olmamasının 'karardan etkilenmesi muhtemel üçüncü devletin hukuki çıkarları talep edilen kararın ana konusunu teşkil etmediği takdirde, Divan'ı kendine sunulan iddialar hakkında yargılama yapmasına hiçbir şekilde mani olmayacağı'ni vurgulamıştır.<sup>151</sup> Burada ortaya konan ölçüt, üçüncü devletin sorumluluğuna karar verilmesinin bir tarafın diğer tarafa karşı Divan önünde ileri sürdüğü iddialar için bir ön şart oluşturup oluşturmadığı idi.<sup>152</sup> Divan *East Timor* davasında<sup>153</sup> davaya taraf olmayan diğer bir devletin davranışının hukukiliği hakkında karar veremeyeceğine hükmetmiştir.<sup>154</sup> İhlali söz konusu olan yükümlülüklerin niteliği ne olursa olsun (hatta self determinasyon hakkına ilişkin bu davada olduğu gibi bunlar *erga omnes* yükümlülükler olsa bile) Divan karar veremeyecektir. Bu davada Divan'ın Avustralya'ya karşı Portekiz'in iddiaları hakkında karar verebilmesi için bir ön şart olarak Doğu Timor'a ilişkin Endonezya'nın tavrının hukukiliği hakkında karar vermek zorunda olduğu<sup>155</sup> değerlendirilmiş ve böyle bir kararın talep edilen yargı kararının ana konusunu teşkil ettiğinden *Monetary Gold* prensibini ihlal edeceği düşünülmüştür.<sup>156</sup> Bununla birlikte *Croatia v. Serbia* davasında Divan bu prensibin artık mevcut olmayan bir devlet bakımından geçerli olmadığına hükmetmiştir. Çünkü ortadan kalkmış bir devlet artık herhangi bir hakka sahip olamaz ve Divan'ın yargı yetkisine rıza verme ya da vermeme kapasitesine sahip değildir.<sup>157</sup>

Devletlerin spesifik olarak bir uyumsuzluğu Divan'a sunduğu durumlardan başka, Divan'a yargı yetkisi tanıyan "uzlaşma hükmü" içeren uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan uyumsuzluklar hususunda da Divan'a yargı yetkisi verilebilir.<sup>158</sup> Nitekim, oldukça çok sayıda uluslararası antlaşma (hem iki taraflı hem de çok taraflı) bu antlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasından doğabilecek sorunlara ilişkin Uluslararası Adalet Divanı'na yargı yetkisi tanıyan bir hüküm içermektedir.<sup>159</sup> Bu tür antlaşmaların önemli olanlarının örnekleri arasında; 1948 Soykırım Sözleşmesi, 1965 Yatırım Uyuşmazlıkları Sözleşmesi, 1965 Irk Ayrımcılığının Her Türünün Ortadan Kaldırılması Hakkında Uluslararası Sözleşme<sup>160</sup> ve

<sup>149</sup> ICJ Reports, 1954, ss. 19, 32; 21 ILR, ss. 399, 406. Bu davada, İtalya; 14 Ocak 1946 tarihli Paris Antlaşması'nın 3. Bölümü uyarınca Birleşik Krallık, ABD ve Fransa hükümetlerinin Arnavutluk'a verecekleri parasal altın payının - Arnavutluk tarafından kendisinin maruz bırakıldığını iddia ettiği zararları tazmin etmek amacıyla - kendisine verilmesini talep etmişti. Arnavutluk davaya müdahil olmamayı tercih etmiştir.

<sup>150</sup> ICJ Reports, 1984, ss. 392, 431; 76 ILR, ss. 104, 142.

<sup>151</sup> ICJ Reports, 1992, ss. 240, 261; 97 ILR, s. 28.

<sup>152</sup> A.g.e. Ayrıca bkz., *Democratic Republic of Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 237-8.

<sup>153</sup> ICJ Reports, 1995, ss. 90, 101 vd.

<sup>154</sup> A.g.e., s. 102.

<sup>155</sup> A.g.e., s. 104.

<sup>156</sup> A.g.e., s. 105. Ayrıca bkz., *Larsen v. Hawaiian Kingdom* 119 ILR, ss. 566, 588-92 ve *Philippines v. China*, Güney Çin Denizi Tahkim Kararı, 12 Temmuz 2016, 640. paragraf.

<sup>157</sup> ICJ Reports, 2015, 116. paragraf.

<sup>158</sup> Ayrıca Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 40. maddesi ve Divan Kuralları'nın 38. maddesine bakınız. Ayrıca bkz., C. Tomuschat, 'Article 36', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, ss. 633, 665 vd.

<sup>159</sup> Bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 2, 11. Bölüm. Divan'ın websitesinde halihazırda listelenmiş olan neredeyse 300 civarında bu tür iki taraflı ya da çok taraflı antlaşma vardır. Bkz., [www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=4](http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=4). Uluslararası Daimi Adalet Divanı'na yargı yetkisi verilmesine ilişkin olarak Divan Statüsü'nün 37. maddesine bakınız. Ayrıca bkz., J. Charney, 'Compromisory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice', 81 AJIL, 1989, s. 85.

<sup>160</sup> Bkz., *Georgia v. Russia, Preliminary Objections*, ICJ Reports, 2011, s. 70.

1970 Uçak Kaçırma Hakkındaki Lahey Sözleşmesi yer almaktadır. *Application of the Genocide Convention (Bosnia v. Yugoslavia)* davasında<sup>161</sup> Divan yargı yetkisini Soykırım Sözleşmesi'nin 9. maddesine dayandırmıştır. *US Diplomatic and Consular Staff in Tehran* davasında (*Iranian Hostages* davası)<sup>162</sup> ise Divan yargı yetkisini 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi ve 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'ne eşlik eden Uyuşmazlıkların Zorunlu Çözümüne İlişkin İhtiyari Protokoller'in (hem ABD hem de İran bunlara taraftı) 1. maddesi üzerine inşa etmiştir. Protokol'ün ortak 1. maddesi Sözleşmelerin yorumlanması ya da uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların Uluslararası Adalet Divanı'nın zorunlu yargı yetkisi kapsamında olduğunu öngörmektedir. Divan, ayrıca, *Nicaragua* davasında<sup>163</sup> yargı yetkisini *inter alia* bir antlaşma hükmüne dayandırmıştır. Bu hüküm antlaşmanın yorumlanması ya da uygulanması hususundaki uyuşmazlıkların, tarafların diğer yollarla bu uyuşmazlıkları çözüme kavuşturamamaları durumunda, Uluslararası Adalet Divanı'na sunulmasını öngören 1956 tarihli ABD-Nikaragua Dostluk, Ticaret ve Seyrüsefer Antlaşması'nın 24 (2). maddesidir.

Uluslararası Adalet Divanı *Case Concerning Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)* davasındaki yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik hakkındaki kararında<sup>164</sup> yargı yetkisinin varlığının bir hukuk sorunu olduğu ve tarafların iradesine bağlı olduğunu vurgulamıştır. Davada yargı yetkisi konusu, Divan'ın görüşüne göre, 1948 Bogota Paktı'nın 31. maddesi etrafında şekillenmektedir. Bu madde tarafların, bir antlaşmanın yorumlanması, uluslararası hukuka dair herhangi bir sorun, bir uluslararası yükümlülüğün ihlalini oluşturan bir olgunun varlığı ya da bir uluslararası yükümlülüğün ihlali nedeniyle yapılacak onarımın içeriği ya da boyutuna ilişkin 'aralarında ortaya çıkan hukuki bir niteliğe sahip bütün uyuşmazlıklarda diğer herhangi bir Amerika kıtası devleti bakımından, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 36 (2). maddesine uygun biçimde, Divan'ın yargı yetkisini zorunlu olarak *ipso facto* tanıdığını' belirtmektedir. Honduras'ın, 31. maddenin bağımsız bir güce sahip olmasının arzulanmamış olduğu ve sadece Divan'ın zorunlu yargı yetkisinin kabul edilmesi yönünde tek taraflı bildirimde bulunmak için tarafları teşvik amaçlı olduğu ve 31. maddenin sadece 32. maddede atıfta bulunulan uzlaştırma usüllerinin tüketilmesi sonrasında işleyebileceği gerekçeleriyle yaptığı yargı yetkisine yönelik itirazlarını Divan, maddeyi yorumlama suretiyle reddetmiştir.<sup>165</sup>

31. madde, barındırdığı taahhütün sonradan tek taraflı bir bildirimle değiştirilebileceğini hiçbir yerde öngörmemektedir ve Statü'nün 36 (2). maddesine yapılan atıf bunun olabileceğini sağlamak bakımından yeterli değildir.<sup>166</sup> Pakt'ın 32. maddesinde uzlaştırmanın başarısızlığa uğraması durumunda Uluslararası Adalet Divanı'na başvurma hakkından söz edilmesi Divan'ın yargı yetkisinin ikinci dayanağını teşkil etmektedir ve ilk dayanağa dair bir sınırlama getirmemektedir.<sup>167</sup> Diğer bir deyişle, Pakt'ın 31. maddesinde yer alan taahhüt, Divan'ın yargı yetkisini uygulamasına imkan vermek için yeterlidir.<sup>168</sup>

<sup>161</sup> İlk itirazlar hakkında bkz., ICJ Reports, 1996, ss. 595, 615–17. Ayrıca geçici tedbirler hakkındaki iki mahkeme kararı için bkz., ICJ Reports, 1993, ss. 3 ve 325; 95 ILR, ss. 18 ve 43.

<sup>162</sup> ICJ Reports, 1980, ss. 3, 24; 61 ILR, ss. 530, 550.

<sup>163</sup> ICJ Reports, 1984, ss. 392, 426–9; 76 ILR, ss. 104, 137. Bkz., Briggs, '*Nicaragua v. United States: Jurisdiction and Admissibility*', 79 AJIL, 1985, s. 373.

<sup>164</sup> ICJ Reports, 1988, ss. 69, 76; 84 ILR, ss. 218, 231.

<sup>165</sup> ICJ Reports, 1988, ss. 78–90. Yargı yetkisi ve kabul edilebilirliği onaylayan karar oy birliği ile alınmıştır. Ayrıca bkz., *Peru v. Chile*, ICJ Reports, 2014, s. 3.

<sup>166</sup> *A.g.e.*, ss. 85–8.

<sup>167</sup> *A.g.e.*, ss. 88–90.

<sup>168</sup> Pakt'ın 6. maddesi uyarınca, tarafların aralarındaki düzenlemeler ile, ya da tahkim kararıyla veya uluslararası bir mahkeme kararıyla halihazırda çözülmüş buldukları konulara ve yahut Pakt'ın kabul edilmesi esnasında yürürlükte olan antlaşmalarca düzenlenen konulara 31. madde uygulanmayacaktır. Bkz., *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2007, ss. 832, 852 vd. ve 869. Bu davada Divan 31. maddeye dayanarak Kolombiya'nın yargı yetkisine itirazını reddetmiştir. Ayrıca bkz., *Bolivia v. Chile*, ICJ Reports, 2015, 37 vd. paragraflar.

Yürürlükteki bir antlaşmanın bir konunun Uluslararası Daimi Adalet Divanı'na ya da Milletler Cemiyeti tarafından kurulmuş bir mahkemeye getirilmesini öngördüğü durumda Statü'nün 37. maddesi - uyuşmazlığın taraflarının Statü'ye de taraf olmaları şartıyla - bu tür bir konunun Uluslararası Adalet Divanı'na getirilebileceğini belirtmektedir. Bu, esasen bir köprü hükümdür ve eski mahkeme (Uluslararası Daimi Adalet Divanı) ile yeni mahkeme (Uluslararası Adalet Divanı) arasında belli ölçüde bir devamlılık sağlamaktadır.<sup>169</sup> Statü'nün 36 (6). maddesi uyarınca, yukarıda belirtildiği üzere, Divan bir uyuşmazlık durumunda kendi yargı yetkisine karar verme yetkisine sahiptir.<sup>170</sup>

### 36 (2). Madde<sup>171</sup>

Bu madde Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisini genişletmekte büyük bir öneme sahip olmuştur. "İhtiyari hüküm" olarak bilinen 36 (2). madde şu şekildedir:

"Bu Statü'ye taraf olan devletler, herhangi bir anda, aynı yükümlülüğü kabul eden herhangi bir başka devlete karşı, ipso facto ve özel anlaşma olmaksızın;

- a. Bir antlaşmanın yorumlanmasına;
- b. Uluslararası hukuka ilişkin her konuya;
- c. Saptandığı takdirde, uluslararası bir yükümlülüğe aykırılık oluşturabilecek her olayın gerçekliği;
- d. Uluslararası bir yükümlülüğe aykırı bir davranışın gerektirdiği zarar gideriminin niteliği ya da kapsamına ilişkin bütün hukuki uyuşmazlıklarda

*Divan'ın yargı yetkisini zorunlu olarak tanıdıklarını bildirebilirler."*

Bu hükmün, zaman içinde daha çok devletin kabulüyle, Divan'ın yargı yetkisini artırmanın bir yöntemi olarak işlev görmesi amaçlanmıştı. 1984'ün sonuna kadar 47 bildirim yürürlükteydi ve bunlar BM Genel Sekreterliği'ne iletilmişti. Bu rakam Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ne taraf olan devletlerin üçte birinden daha azını teşkil etmekteydi. Ağustos 2016'ya kadar bu rakam 72'ye ulaşmıştır.<sup>172</sup>

Divan, *Cameroon v. Nigeria (Preliminary Objections)* davasında bu tür bildirimlerin niteliğini tartışmış ve şunu ifade etmiştir:

*"Madde 36 paragraf 2 uyarınca Divan'ın yargı yetkisine tabi olmuş bulunan Statü'ye taraf her devlet, daha önce bu hükme tabi olmuş devletlerle olan ilişkilerinde yargı yetkisini kabul etmektedir. Aynı zamanda bu devlet henüz kabul bildiriminde bulunmamış olan Statü'ye taraf diğer devletlere de teklifte bulunmaktadır. Bu devletlerden birinin kabul bildiriminde bulunmak suretiyle teklifi kabul ettikleri gün, muvafakat bağı tesis edilmiş olur ve başka bir şartı yerine getirmeye ihtiyaç yoktur."*<sup>173</sup>

<sup>169</sup> Örneğin bkz., *Ambatielos davası (Preliminary Objections)*, ICJ Reports, 1952, s. 28; 19 ILR, s. 416 ve *Barcelona Traction davası (Preliminary Objections)*, ICJ Reports, 1964, s. 6; 46 ILR, s. 18. Mukayese için bkz., *Aerial Incident davası*, ICJ Reports, 1959, s. 127; 27 ILR, s. 557.

<sup>170</sup> Bkz., yukarıda, 88. dipnot.

<sup>171</sup> Örneğin bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 2, 12. Bölüm ve C. Tomuschat, 'Article 36', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, ss. 633, 676 vd. Ayrıca bkz., J. G. Merrills, 'The Optional Clause Today', 50 BYIL, 1979, s. 87, ve Merrills, 'The Optional Clause Revisited', 64 BYIL, 1993, s. 197; L. Gross, 'Compulsory Jurisdiction under the Optional Protocol: History and Practice', Damrosch, *International Court of Justice at a Crossroads*, s. 19; E. Gordon, ' "Legal Disputes" Under Article 36(2) of the Statute', *a.g.e.*, s. 183; M. Vogiatzi, 'The Historical Evolution of the Optional Clause', *2 Non-State Actors and International Law*, 2002, s. 41, ve M. Fitzmaurice, 'The Optional Clause System and the Law of Treaties', 20 *Australian YIL*, 2000, s. 127.

<sup>172</sup> Bkz., [www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3](http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3). İtalya (Kasım 2014), Birleşik Krallık (Aralık 2014), Yunanistan (Ocak 2015), Romanya (Haziran 2015) ve Japonya'nın (Ekim 2015) yeni deklarasyonlarını not ediniz. Bkz. aynı web adresi.

<sup>173</sup> ICJ Reports, 1998, ss. 275, 291.

36 (2). madde uyarınca yapılan bildirimler çoğunlukla şartlı yapılır ve ifade edilmiş olduğu gibi uygulanabilmesi için karşılıklılık şartına bağlıdır. Bu, Divan'ın 36 (2). madde çerçevesinde yalnızca, uyumsuzluğun her iki tarafının bildirimlerinin de aynı konu ya da konuları kapsadığı durumda yargı yetkisine sahip olacağı anlamına gelmektedir. İhtiyari hüküm yoluyla Divan'ın yargı yetkisinin bir devlet tarafından kabulü, aynı yükümlülüğü kabul eden diğer bir devlet bakımından geçerli olacağından en küçük ortak payda doktrini uygulanmaktadır. Tarafların tıpa tıpa aynı ifadelerle bildirimde bulunmaları gerekli değildir, ancak her iki bildirimde Divan'a söz konusu uyumsuzluğa ilişkin yargı yetkisi vermesi zaruridir.

Pratikte bu, bir tarafın diğer tarafın bildiriminde belirtilen bir şart ya da çekinceye dayandığı bir duruma yol açabilir. Bu durum Fransa ile Norveç arasındaki *Norwegian Loans* davasında<sup>174</sup> ortaya çıkmıştır. Divan, 'tek taraflı iki bildirim mevcut olduğu için, bildirimler yargı yetkisi vermede örtüştüğü ölçüde ancak Divan'ın yetkisi bulunabilir. İki bildirim arasındaki mukayese Fransa'nın bildiriminin Norveç bildiriminden daha dar sınırlar içerisinde Divan'ın yargı yetkisini kabul ettiğini göstermektedir. Bunun sonucu olarak, Divan'ın yargı yetkisinin dayanağı olan tarafların ortak iradesi, Fransa'nın çekincesinde belirtilen daha dar sınırlar içerisinde mevcuttur' ifadelerine yer vermiştir.<sup>175</sup> Bu nedenle Norveç Divan'ın yargı yetkisine karşı çıkmak için Fransa'nın çekincesini öne sürme hakkına sahip olmuştur. Bununla beraber, bir çok konu bildirimlerde geçen ifadelerle bağlıdır. Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü'ndeki ihtiyari hüküm çerçevesinde yapılmış ve hala yürürlükte olan bildirimlerin Uluslararası Adalet Divanı'na ilişkin olarak da devam ettiği kabul edilmektedir<sup>176</sup>; ancak İsrail ile Bulgaristan arasındaki *Aerial Incident* davasında<sup>177</sup> Divan bunun aslında yalnızca 1945'deki Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nü imzalayan devletlere uygulandığını ve Bulgaristan gibi Birleşmiş Milletler'e girmesinin bir sonucu olarak çok daha sonraki yıllarda Statü'ye taraf olan devletler ile ilgili olmadığını ifade etmiştir.

Bu konu *Nicaragua* davasının yargı yetkisi aşamasında da ortaya çıkmıştır.<sup>178</sup> Nikaragua 1929'da Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın zorunlu yargı yetkisini kabul edeceğini bildirmiş, ancak bunu onaylamamıştır. ABD, bu yüzden Nikaragua'nın Uluslararası Daimi Adalet Divanı'na asla taraf olmadığını ve bu nedenle de 36 (5). maddeye dayanamayacağını öne sürmüştür. Divan, ilginç bir kararla, süre bakımından şartsız ve sınırsız olan Nikaragua'nın bildiriminin 'belli bir potansiyel etki'ye sahip olduğunu ve 36 (5). maddedeki "hala yürürlükte olma" ifadesinin bağlayıcı olmayan sadece potansiyel etkiye sahip bildirimleri de kapsayacak şekilde yorumlanabileceğini belirtmiştir. Divan, Nikaragua'nın 1945'deki Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nü onaylamasının bu potansiyel taahhütü etkin bir taahhüte dönüştürme etkisine sahip olduğunu benimsemiştir.<sup>179</sup> Bundan dolayı Nikaragua Divan'ın zorunlu yargı yetkisini kabul eden 1946'daki ABD bildirimine gerekli karşılıklılık unsuru olarak dayanabilirdi.<sup>180</sup>

<sup>174</sup> ICJ Reports, 1957, s. 9; 24 ILR, s. 782.

<sup>175</sup> ICJ Reports, 1957, s. 23; 24 ILR, s. 786. Öte yandan, Hakim Lauterpacht'in ayrı görüşü için bkz., ICJ Reports, 1957, s. 34; 24 ILR, s. 793. Ayrıca bkz., *Right of Passage* davası, ICJ Reports, 1957, ss. 125, 145; 24 ILR, ss. 840, 845 ve *Interhandel* davası, ICJ Reports, 1959, ss. 6, 23; 27 ILR, ss. 475, 487.

<sup>176</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 36 (5). madde. Ayrıca bkz., Tomuschat, 'Article 36', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, ss. 633, 692 vd.

<sup>177</sup> ICJ Reports, 1959, s. 127; 27 ILR, s. 557.

<sup>178</sup> ICJ Reports, 1984, ss. 392, 403–12; 76 ILR, ss. 104, 114.

<sup>179</sup> Divan'ın yayınlarında 36(5). madde uyarınca Nikaragua'nın UAD'nin zorunlu yargı yetkisini kabul eden devletler listesinde bulunmasından ve hiçbir devletin buna itiraz etmemesinden dolayı Divan, yukarıdaki yorumun teyid edilmiş olduğu sonucuna varılabileceğini ifade etmiştir. *A.g.e.* Divan ayrıca 36(5). madde görüşülürken tarafların takındıkları tutumun, Nikaragua'nın yükümlülüğüne muvafakat gösterilmesini yansıtmakta olduğu şeklinde değerlendirmiştir. ICJ Reports, 1984, ss. 411–15; 76 ILR, s. 122.

<sup>180</sup> Ayrı Görüşler için bkz., *a.g.e.*, ss. 517–27 ve Jennings, *a.g.e.*, ss. 533–45, ve Hakim Schwebel'in Karşı Oy Görüşü için bkz., *a.g.e.*, Hakim Mosler, ICJ Reports, 1984, ss. 461–3; Oda, *a.g.e.*, ss. 473–89; Ago, ss. 562–600; 76 ILR, ss. 172, 184, 228, 244 ve 273.

İhtiyari hüküm çerçevesinde bildirimlerdeki devletler tarafından yapılmış Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisini sınırlayan çekinceler<sup>181</sup> devletten devlete büyük ölçüde farklılık göstermektedir ve genellikle Divan'ın hayati menfaatlerle ilgili olduğu düşünülen uyuşmazlıklarda müdahil olmasını engellemeye yönelik bir teşebbüstür. Bazı devletler, özellikle de ABD, tarafından ortaya konulan bir şart, iç yetki alanında bulunduğu ilgili devlet tarafından 'karar verilen' konularda Divan'ın yetkisinin otomatik olarak dışlanmış olduğunu öngörmektedir.<sup>182</sup> Bu tür çekincenin (ilgili mevzuatın Amerikalı başlatıcısından kaynaklı olarak "*Connally* değişikliği" olarak bilinen) geçerliliği yaygın olarak sorgulanmıştır.<sup>183</sup> Çünkü bu, özellikle 36 (6). madde uyarınca Divan'ın kendi yargı yetkisine karar verebilmesi yetkisi ile çatışır görünmektedir ve aslında bildirim tarafından verilen yargı yetkisini Divan'dan geri almaktadır. Gerçekten de iç yargı yetkisinin tanımlanmasının iç hukukun değil, uluslararası hukukun bir konusu olduğu uluslararası hukukun yerleşik bir prensibidir.<sup>184</sup>

Birçok çekince süre şartı (*ratione temporis*) ile alakalıdır<sup>185</sup>. Buna göre yargı yetkisinin kabulünün, belli bir süre sonra ya da sürenin nihayete erdiği yönündeki BM Genel Sekreteri'ne verilen bildirimden sonra belli bir zaman içinde otomatik olarak sona ereceği değerlendirilir.<sup>186</sup> Bazı devletler bildirimlerindeki belli bir tarihten önce ya da sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisini dışlarlar. Ayrıca kişi bakımından da, örneğin İngiliz Milletler Topluluğu'nun üye devletleri arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin Birleşik Krallık çekincesi gibi, çekince yapılabilir.<sup>187</sup> Konu bakımından da çekinceler yapılabilir ve bunlar uyuşmazlık çözümünün diğer yöntemleri hususunda anlaşılması durumundaki uyuşmazlıkları kapsam dışı bırakılabilir.<sup>188</sup> Diğer sınırlayıcı durumlar da mevcuttur.<sup>189</sup> Ancak, bir kez Divan bir uyuşmazlığı ele almışsa daha sonradan tarafların yapacağı uzatma ya da sona erdirme bildirimini davadaki yargı yetkisini etkilemez.<sup>190</sup>

<sup>181</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 36 (3). maddesi. Ayrıca bkz., Tomuschat, 'Article 36', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, ss. 633, 683 vd. ve Kolb, *International Court*, s. 459 vd.

<sup>182</sup> Bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 2, 12. Bölüm, II.202. paragraf.

<sup>183</sup> Örneğin bkz., L. Henkin, 'The Connally Reservation Revisited and, Hopefully, Contained', 65 AJIL, 1971, s. 374, ve Preuss, 'The International Court of Justice, the Senate and Matters of Domestic Jurisdiction', 40 AJIL, 1946, s. 720. Ayrıca bkz., Hakim Lauterpacht, *Norwegian Loans* davası, ICJ Reports, 1957, ss. 9, 43-66; 24 ILR, ss. 782, 800; *Interhandel* davası, ICJ Reports, 1959, ss. 6, 77-8 ve 93; 27 ILR, ss. 475, 524, 534, ve A. D'Amato, 'Modifying US Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the World Court', 79 AJIL, 1985, s. 385.

<sup>184</sup> Bkz., yukarıda, 11. Bölüm. Ayrıca ABD'nin "*Vandenberg*" çekincesine de bakınız. Bu çekince uyarınca çok taraflı antlaşma durumunda, antlaşmaya taraf olan tüm devletler aynı zamanda davaya da taraf olmadıkça, Divan'ın yargı yetkisi tanınmamıştır. Bkz., Tomuschat, 'Article 36', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, ss. 633, 689-90.

<sup>185</sup> Bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 2, 12. Bölüm, II.203. paragraf ve Merrills, 'Revisited', ss. 213 vd.

<sup>186</sup> *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 2, 12. Bölüm, II. 204. paragraf. Birleşik Krallık, örneğin, 1963 yılındaki deklarasyonunda 3 Eylül 1939 ile 2 Eylül 1945 tarihleri arasında meydana gelen olaylardan kaynaklanan uyuşmazlıkları hariç tutmuştur. Bu durum, sadece 24 Ekim 1945 tarihinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıkları kapsadığı açıklanan 1969 deklarasyonunda değiştirilmiştir. Bkz., Cmnd 3872. Birleşik Krallık'ın Aralık 2014 Deklarasyonu 1 Ocak 1984 tarihinden itibaren ortaya çıkan uyuşmazlıklara atıfta bulunmaktadır.

<sup>187</sup> Bkz., Merrills, 'Revisited', ss. 219 vd.

<sup>188</sup> *A.g.e.*, ss. 224 vd. Bkz., *Nauru* davası, ICJ Reports, 1992, ss. 240, 245-7; 97 ILR, ss. 1, 12-14. Divan, 36 (2). madde çerçevesinde yapılmış olan deklarasyonların sadece devletler arasındaki uyuşmazlıklar ile ilgili olduğunu ve bu nedenle idareci otorite ile yerli halk arasındaki bir vesayet anlaşmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamadığını vurgulamıştır. Bkz., *a.g.e.* Ayrıca bkz., *Guinea-Bissau/Senegal* davası, ICJ Reports, 1990, s. 64 ve *a.g.e.*, 1991, s. 54; 92 ILR, ss. 1 ve 30.

<sup>189</sup> Örneğin, toprak konularına ilişkin çekinceler hakkında bkz., Merrills, 'Revisited', ss. 234 vd.

<sup>190</sup> Örneğin bkz., *Nottebohm* davası, ICJ Reports, 1953, s. 111; 20 ILR, s. 567. Ayrıca Hakim Shahabuddeen'in Ayrı Görüşü için bkz., *Request for an Examination of the Situation in the Nuclear Tests* davası, ICJ Reports, 1995, ss. 288, 315.



Bir devlet bildirimini geri çekebilir ya da değiştirebilir.<sup>191</sup> 1946 tarihli ABD bildirim ilanından altı ay sonra sona ereceğini öngörmekteydi. *Nicaragua* davasının yargılama aşamasında<sup>192</sup> Divan değiştirici bildirim, ilk bildirim üzerinde hemen sonuç doğuracak şekilde etki yapıp yapmayacağına karar vermek durumunda kalmıştır.<sup>193</sup> Divan altı aylık süre hükmünün ve Nikaragua tarafından ABD'ye öne sürülebileceğine karar vermiştir: Çünkü bu süre hükmü onu ihtiva eden belgenin ayrılmaz bir parçasını teşkil eden bir taahhüttür.

36 (2). madde bildirimleri, tek taraflı işlem teşkil etmektedir ve Divan bunları yargı yetkisine yönelik olarak karşılıklı rızanın verilip verilmediğini tespit etmek için yorumlayacaktır. Bu yorumlamayı yaparken Divan 'ilgili devletin (kendisinin) zorunlu yetkisini kabul etme anındaki niyetine bakarak doğal ve makul bir biçimde' hareket edecektir.<sup>194</sup>

Divan, 'bir uyuşmazlık hususunda Divan'ın yargı yetkisinin mevcudiyeti ile uyuşmazlığın konusu olan eylemlerin uluslararası hukuka uygunluğu arasında temel bir farklılık olduğunu' vurgulamıştır.<sup>195</sup> Bu farklılık, *erga omnes* hak ve yükümlülüklerle ilişkin ya da genel uluslararası hukukun emredici normlarına (*jus cogens*) ilişkin bile geçerlidir. Bir prensibin uluslararası hukuk sisteminde sırf yüksek bir niteliğe sahip olması kendiliğinden yargı yetkisi tanımak için yeterli değildir; yargı yetkisinin tanınması tarafların rızasına bağlıdır.<sup>196</sup> Bununla birlikte Divan, ayrıca, belli bir uyuşmazlık bakımından yargı yetkisine sahip olup olmadığına karar vermekten bağımsız olarak, tarafların 'diğer devletlerin haklarını ihlal eden ve kendilerine atfedilebilen eylemlerden ötürü her durumda sorumluluklarının devam ettiğini' de vurgulamıştır.<sup>197</sup>

Divan yargı yetkisinin mevcut olduğuna karar verdikten sonra uyuşmazlığın esasına yönelik yaklaşımının çerçevesi, var olduğunu tespit ettiği yargı yetkisinin hükümleri tarafından belirlenecektir. Divan ilke olarak, sözkonusu uyuşmazlığa ilişkin olarak var olduğunu belirlediği uzlaşma çerçevesinin dışında kalan konuları ele alamaz.<sup>198</sup> Öte yandan, Divan kendi yargı yetkisinin anlamını belirleme yetkisine (ki bu *kompetenz kompetenz* prensibi olarak ifade edilir) sahiptir ve uygun olduğunu değerlendirmesi durumunda ilgili bir tahkimnamenin, antlaşmanın ya da bildirim hükümlerini yorumlayabilir.<sup>199</sup> Örneğin *Oil Platforms (Iran v. USA)* davasında Divan yargı yetkisini, 1955 tarihli ABD – İran Dostluk, Ekonomik İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Antlaşması'nın antlaşmanın yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklara dair 21 (2). maddesine dayandırmıştır. Söz konusu antlaşmanın 20 (1) d. maddesi, antlaşmanın 'uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması ya da yeniden kurulması veya kendi temel güvenlik çıkarlarını koruması için bir Yüksek Sözleşme

<sup>191</sup> Örneğin bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 2, 12. Bölüm, II.210. paragraf. Bir devlet yargı yetkisi çekincesinden vazgeçebilir, ancak bu tartışmaya mahal vermeyecek şekilde yapılmalıdır. Bkz., *Application for Revision and Interpretation of the Judgment in the Tunisia/Libya* davası, ICJ Reports, 1985, ss. 192, 216; 81 ILR, ss. 419, 449, ve *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 33; 76 ILR, ss. 349, 367.

<sup>192</sup> ICJ Reports, 1984, ss. 392, 415–21; 76 ILR, s. 126.

<sup>193</sup> Orta Amerika'ya ilişkin uyuşmazlıkları iki yıl süre ile muaf tutmuştur. Örneğin bkz., A. Chayes, 'Nicaragua, the United States and the World Court', 85 *Columbia Law Review*, 1985, s. 1445; K. Highet, 'Litigation Implications of the US Withdrawal from the *Nicaragua* case', 79 *AJIL*, 1985, s. 992, ve ABD'nin Nikaragua tarafından Uluslararası Adalet Divanı'nda başlatılan yargılamadan çekilmesi hususundaki ABD Dış İşleri Bakanlığı Açıklaması, 22 *ILM*, 1985, s. 246.

<sup>194</sup> *Spain v. Canada*, ICJ Reports, 1998, ss. 432, 454; 123 ILR, ss. 189, 214.

<sup>195</sup> *Serbia and Montenegro v. UK*, ICJ Reports, 2004, ss. 1307, 1351.

<sup>196</sup> *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, ICJ Reports, 2006, ss. 6, 32 ve 52. *erga omnes* ve *jus cogens* yükümlülüklerle ilişkin bkz., yukarıda, 3. Bölüm.

<sup>197</sup> *Serbia and Montenegro v. UK*, ICJ Reports, 2004, ss. 1307, 1351.

<sup>198</sup> Örneğin bkz., *Oil Platforms (Iran v. USA)* davası, ICJ Reports, 2003, ss. 161, 183; 130 ILR, ss. 323, 342.

<sup>199</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 36 (6). maddesi ve *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 2, 13. Bölüm, II.215. paragraf. Ayrıca bkz., Tomuschat, 'Article 36', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, ss. 633, 694 ve yukarıda, 88. dipnot.

Taraf'ın yükümlülüklerini yerine getirmesi için gerekli olan tedbirlerin uygulanmasına engel oluşturmayacağını' öngörmüştür. Genişletici bir yaklaşım olarak görülebilecek şekilde Divan, 'bu maddenin yorumlanması ve uygulanmasının zorunlu olarak uluslararası hukuk çerçevesinde meşru müdafaa şartlarının değerlendirilmesini gerekli kıldığını' belirtmiş ve ayrıca bu maddenin uygulanması konusunun 'uluslararası hukukta kuvvet kullanımının yasaklanması prensibi ve meşru müdafaa hakkı ile buna getirilen istisnayı kapsamakta olduğuna' hükmetmiştir.<sup>200</sup>

### Hukukun Kaynakları, Elverişlilik ve Hukuki Menfaat

Divan, değerlendirmelerinde 38. maddede ortaya konulan uluslararası hukukun kurallarını (antlaşmalar, teamül, hukukun genel prensipleri) uygulayacaktır.<sup>201</sup> Bununla beraber Divan bir davada, tarafların anlaşması halinde, *ex aequo et bono* yani teknik hukuki kurallar ile sınırlandırılmamış olarak adalet ve hakkaniyet temelinde karar verebilir.<sup>202</sup> Bu şekilde bir karar verme henüz ortaya çıkmamıştır. Ancak bu, Divan'ın bir davada belli hakkaniyet mülahazalarını uluslararası hukukun çerçevesi içerisinde uygulama yetkisi ile karıştırılmamalıdır.<sup>203</sup> Bir davaya bakarken uluslararası hukuktaki boşluklar meselesi *The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davasına ilişkin İstisari Görüş'te ortaya çıkmıştır.<sup>204</sup> Çekişmeli bir dava, dolayısıyla bağlayıcılığı, olmamasına rağmen, Divan'ın uluslararası hukuktaki hayati bir konu hakkında görüşünü sunamayacak olması durumu çetrefilli sonuçlara neden olabilir. Divan, 'bir devletin bekasının söz konusu olduğu meşru müdafaa gibi uç bir durumda, nükleer silah tehdidi ya da kullanımının hukuka uygun ya da hukuka aykırı olduğuna kesin olarak hükmedemeyeceği' görüşüne varmıştır.<sup>205</sup> İlkesel olarak bu açık olamama görüntüsü, söz konusu hukuki ilkenin esasından bağımsız olarak, bir endişe konusu olmuştur.<sup>206</sup>

Divan, bir kararın esası ile ilgilenmeden önce, yargı yetkisine ya da uygulamanın kabul edilebilirliğine yönelik ön itirazlar ile ilgilenmek zorunda kalabilir.<sup>207</sup> Ön itirazlar, davacı devletin talepnamesinin tesliminden sonraki üç ay içerisinde yapılmak zorundadır.<sup>208</sup> Divan, yargı yetkisine yapılan itirazlara yargılamanın başlangıç aşamasında karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>209</sup> Yargı yetkisine yönelik ön itirazlar hakkındaki karar esasa ilişkin konuları, ön itirazlarla bağlantılı olarak ilgilenilmiş durumlarda olsa bile, belirleyemez. Bu

<sup>200</sup> ICJ Reports, 2003, ss. 161, 182-3. Yargı yetkisi aşamasındaki ön itirazlara ilişkin olarak Divan, bu hükmü 'fırsat ortaya çıkarsa tarafların esasa dair savunmada bulunmalarına imkan tanıma ile sınırlama' yapar mahiyette değerlendirmiştir. ICJ Reports, 1996, ss. 803, 811.

<sup>201</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda, 3. Bölüm. Ayrıca bkz., P. Tomka, 'Custom and the International Court of Justice', 12 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2013, s. 195. Divan'ın belli bazı faktörleri göz önüne alması taraflarca spesifik olarak istenebilir. *Tunisia/Libya* davasında (ICJ Reports, 1982, ss. 18, 21; 67 ILR, ss. 3, 14), tahkimname (*compromis*) Divan'ın "Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı'nda kabul edilen yeni eğilimleri" dikkate almasını spesifik olarak istemişti.

<sup>202</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38 (2). maddesi. Ayrıca bkz., A. Pellet, 'Article 38', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 731 ve bkz., yukarıda, 3. Bölüm.

<sup>203</sup> Örneğin bkz., yukarıda, 10. Bölüm.

<sup>204</sup> ICJ Reports, 1966, s. 226; 110 ILR, 163.

<sup>205</sup> ICJ Reports, 1966, ss. 226, 263 ve 266. Bu, Hakim Higgins'in Karşı Oy Görüşü'nde güçlü bir çürütme konusudur. Bkz., *a.g.e.*, ss. 583, 584 vd.

<sup>206</sup> Bkz., yukarıda, 3. Bölüm.

<sup>207</sup> Davanın esasını ele almadan önce talep edilen karara ilişkin bir itiraz 'ya da başka itiraz'. Bkz., 1978 Divan Kuralları'nın 79. maddesi ve bu bölümün önceki alt bölümleri.

<sup>208</sup> Aralık 2000'de kabul edilen 79. madde değişikliğinden önce, bu tür itirazlar karşı talepten önce verilmesi için tanınan zaman (genellikle altı ya da dokuz ay) zarfında yapılmak durumundaydı. Örneğin bkz., *Cameroon v. Nigeria (Preliminary Objections)*, ICJ Reports, 1998, s. 275. Ayrıca bkz., S. Rosenne, 'The International Court of Justice: Revision of Articles 79 and 80 of the Rules of Court', 14 *Leiden Journal of International Law*, 2001, s. 77.

<sup>209</sup> *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 3, 30-1; 76 ILR, ss. 349, 364-5.

tür referans ancak geçici olabilir.<sup>210</sup> Divan'ın yargı yetkisini uygulama hakkınının mevcut olduğuna karar verdiği durumlarda, Divan elverişlilik gerekçesiyle bu hakkı uygulamaktan kaçınabilir. *Northern Cameroons* davasında<sup>211</sup> Divan şunu ifade etmiştir:

“(Divan) ancak yargılama anında taraflar arasındaki bir hukuki menfaat çatışmasına ilişkin ihtilaflın mevcut bulunduğu somut davalar bağlamında karar verebilir. Tarafların hukuki hak ve yükümlülüklerini etkileme, ve dolayısıyla hukuki ilişkilerindeki belirsizliği giderme, anlamında Divan'ın kararının bazı pratik hukuki sonuçları olmalıdır.”

Ayrıca yargısal dürüstlüğün koruyucusu taraflar değil, Divan'ın kendisidir. Hatta Divan'ın önüne getirilecek meseleyi tanımlayan bir tahkimname ya da özel antlaşma, Divan'ın yargı fonksiyonunun, kendisinin belirlediği, sınırlarını değiştiremez.<sup>212</sup> Üstelik, başvurunun yapılmasını takibeden ortaya çıkan başvuruyu konusuz bırakabilir ve bu yüzden Divan'ın bir karar vermesi gerekli olmayabilir.<sup>213</sup>

Ek olarak, ve 1966 yılındaki *South-West Africa* davalarından (İkinci Aşama) sonra<sup>214</sup>, talepte bulunan devletin uyuşmazlığın konusuna dair hukuki bir çıkarının olduğunun tespiti Divan için gerekli olabilir. Bir hukuki uyuşmazlığın bulunduğu aşikar olduğu müddetçe siyasi mülahazaların başvuruyu teşvik etmiş olabileceği hadisesi bir önem arz etmez. Benzeri şekilde, uyuşmazlığın diğer önemli boyutlara sahip olması başvurunun kabul edilemez olduğunu ortaya koymak için için bizatihi kendiliğinden yeterli değildir.<sup>215</sup>

### Deliller

Ulusal mahkemelerden farklı olarak, Uluslararası Adalet Divanı delillerin sunulmasına ilişkin esneklerdir.<sup>216</sup> Kabul edilebilirliğe dair ulusal hukuk sistemlerinde yaygın olarak mevcut bulunan katı kurallar burada yoktur.<sup>217</sup> Divan, *inter alia*, ispatlanması halinde bir uluslararası yükümlülüğün ihlalini teşkil eden herhangi bir olgunun varlığını belirleme yetkisine sahiptir.<sup>218</sup> Kanıtın teminine ilişkin bütün düzenlemeleri yapabilir<sup>219</sup>, gerekli olduğu takdirde temsilcilere herhangi bir belgeyi getirmeleri ya da açıklamayı sunmaları

<sup>210</sup> Bkz., *South-West Africa* davaları, ICJ Reports, 1966, ss. 3, 37; 37 ILR, ss. 243, 270. Kabul edilebilirlik konularının davanın esas aşamasında tartışılabilmesine dikkat edilmelidir. Örneğin bkz., *East Timor* davası, ICJ Reports, 1995, s. 90; 105 ILR, s. 226. Ayrıca bkz., C. M. Chinkin, 'East Timor Moves into the World Court', 4 EJIL, 1993, s. 206.

<sup>211</sup> ICJ Reports, 1963, ss. 15, 33–4; 35 ILR, ss. 353, 369.

<sup>212</sup> *A.g.e.*, s. 29 ve *Burkina Faso/Niger*, ICJ Reports, 2013, 45–6. paragraflar.

<sup>213</sup> Örneğin bkz., *Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)* davası, ICJ Reports, 1988, ss. 69, 95; 84 ILR, s. 218; *Nuclear Tests* davası, ICJ Reports, 1974, ss. 253, 272; 57 ILR, s. 348; *Lockerbie (Preliminary Objections)* davası, ICJ Reports, 1998, ss. 9, 26; 117 ILR, ss. 1, 24; ve *Democratic Republic of the Congo v. Belgium*, ICJ Reports, 2002, ss. 3, 14–15; 128 ILR, ss. 60, 69–70.

<sup>214</sup> ICJ Reports, 1966, s. 6; 37 ILR, s. 243.

<sup>215</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>216</sup> Örneğin bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 3, 16. Bölüm, III.257. paragraf; K. Highet, 'Evidence and Proof of Facts', Damosch, *International Court of Justice at a Crossroads*, ss. 355, 357, ve C. F. Amerasinghe, 'Presumptions and Inferences in Evidence in International Litigation', 3 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2004, s. 394. Ayrıca bkz., A. Riddell ve B. Plant, *Evidence before the International Court of Justice*, London, 2009; Kolb, *International Court*, s. 928 vd.; D. V. Sandifer, *Evidence before International Tribunals*, Charlottesville, 1975; S. Schwebel, *Justice in International Law*, Cambridge, 1994, s. 125; K. Highet, 'Evidence, the Court and the Nicaragua Case', 81 AJIL, 1987, s. 1; M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues*, The Hague, 1996, ve T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1995, ss. 335 vd.

<sup>217</sup> Divan Başkanı Schwebel BM Genel Kurulu'ndaki 27 Ekim 1997 tarihli konuşmasında Divan'ın 'delile ilişkin yaklaşımının bariz bir biçimde esnek olduğu'nu belirtmiştir. Bkz., <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=89&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>. Örneğin *Corfu Channel* davasında yasa dışı olarak elde edilmiş kanıtın mahkemeye sunulması hakkında bkz., ICJ Reports, 1949, ss. 4, 32–6; 16 AD, s. 155.

<sup>218</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 36. maddesi.

<sup>219</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 48. maddesi.

çağrısında bulunabilir<sup>220</sup>, veya her zaman bir soruşturma mekanizması kurabilir ya da bilirkişi görüşü alabilir.<sup>221</sup> Divan yerinde ziyaretlerde de bulunabilir.<sup>222</sup> Bununla birlikte, Divan'ın delil sunmaya zorlama ve şahit çağrılmasını emretme yetkisi yoktur; mahkemeye saygısızlık halinde eşdeğer bir usul de mevcut değildir.<sup>223</sup> Bilirkişi kullanımı<sup>224</sup> şahitlere başvurma<sup>225</sup> ile kıyaslandığında daha nadir görülmektedir. Temsilcilerin belge göstermeleri ya da açıklama sunmaları nadiren istenmektedir ve bugüne kadar sadece iki adet yerinde ziyaret gerçekleştirilmiştir.<sup>226</sup> Bu durum, Divan'ın çıkarımlar ve kabuller gibi hukuki teknikleri de kullanarak esas olarak sunulan yazılı delillerin incelenmesi üzerinden iddiaları değerlendirmeye çalıştığı anlamına gelmektedir.<sup>227</sup> Örneğin Divan yargılamaya dahil olan bir devletin hükümet ya da askeri şahıslarının delillerinin "önemli çekince" ile ele alınacağını ifade etmiştir.<sup>228</sup> Yeminli ifade şeklinde sunulan şahit beyanları ihtiyatla ele alınır ve bu yeminli ifadelerin değerlendirilmesinde, bunların devlet görevlileri tarafından mı yoksa yargılama sonucu ile ilgilenmeyen özel şahıslar tarafından mı yapıldığı, yeminli ifadenin olguların mevcudiyetini mi onayladığı yoksa bazı olaylara ilişkin sadece bir görüşü mü temsil ettiği de dahil olmak üzere, bir çok etmen dikkate alınır. Bununla birlikte söz konusu döneme ilişkin çağcıl deliller çok önemli kabul edilebilir. Ayrıca, yetkili bir devlet görevlisinin sınır hattına ilişkin beyanı, özel şahısların yeminli ifadelerinden daha fazla önem taşımaktadır.<sup>229</sup>

Divan olgular hakkında kendi tespitini yapacak ve sonrasında da mevcut olduğunu tespit ettiği ve savunmalar ve karşı iddiaları da içeren tarafların taleplerine cevap vermek için gerekli olan bu olgulara uluslararası hukukun ilgili kurallarını uygulayacaktır. Olgular hakkındaki bu bulgular, delillerin değerlendirilmesini gerektirmektedir ve bu da Divan'ın önündeki hangi materyalin iddia olunan olgular ile ilgili olduğuna ve ispat değeri taşıdığına karar vermesini zorunlu kılmaktadır. Divan bu yönde hareket ederek taraflarca gösterilen delilin ağırlığı, güvenilirliği ve değerine dair kendi değerlendirmesini yapacaktır.<sup>230</sup> Divan söz konusu dava için özel olarak hazırlanmış delil niteliğindeki materyallere ve tek bir kaynaktan gelen materyallere ihtiyatlı yaklaşacağını<sup>231</sup>, ancak olguları teyit eden güvenilir delillere ve devleti

<sup>220</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 49. maddesi.

<sup>221</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 50. maddesi. 43 (5). madde uyarınca Divan şahitlerin ve uzmanların yanı sıra temsilcileri, danışmanları ve avukatları da dinleyebilir.

<sup>222</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 44 (2). maddesi ve Divan Kuralları'nın 66. maddesi. Örneğin bkz., C. Foster, 'New Clothes for the Emperor? Consultation of Experts by the International Court of Justice', 5 *Journal of International Dispute Settlement*, 2014, s. 139, J. R. Rodriguez, *L'Expert en Droit International*, Paris, 2010 ve D. Peat, 'The Use of Court-Appointed Experts by the International Court of Justice', 84 *BYIL*, 2014, s. 271.

<sup>223</sup> Bkz., K. Highet, 'Evidence, the Court and the *Nicaragua* Case', s. 10.

<sup>224</sup> Öte yandan bkz., *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, 1949, s. 4; 16 AD, s. 155.

<sup>225</sup> Öte yandan bkz., *a.g.e.*, ve *Tunisia/Libya* davası, ICJ Reports, 1989, s. 18; 67 ILR, s. 4; *Libya/Malta* davası, ICJ Reports, 1985, s. 13; 81 ILR, s. 238, ve *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, s. 14; 76 ILR, s. 349.

<sup>226</sup> İlk olarak, *Diversion of the River Meuse* davasında (PCIJ, Series A/B, No. 70) ve ikinci olarak da *Gabcikovo-Nagymaros Project* davasında (ICJ Communique No. 97/3, 17 Şubat 1997) ziyaret gerçekleştirilmiştir. Bkz., ICJ Reports, 1997, ss. 7, 14; 116 ILR, s. 1.

<sup>227</sup> Örneğin bkz., *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1980, ss. 3, 9; 61 ILR, ss. 530, 535. Ayrıca bkz., F. A. Mann, 'Foreign Investment in the International Court of Justice: The *ELSI* Case', 86 *AJIL*, 1992, ss. 92, 94-5, ve *El Salvador/Honduras* davası, ICJ Reports, 1992, ss. 351, 574; 97 ILR, ss. 112, 490. Özel olarak *Nicaragua* davasına da bakınız (ICJ Reports, 1986, s. 14; 76 ILR, s. 349). Bu davada olayları kanıtlamanın zorlukları, esasa müteallik duruşmalar sırasında davalı devletin olmayışı nedeniyle daha da artmıştır.

<sup>228</sup> *Democratic Republic of the Congo v Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 203

<sup>229</sup> *Nicaragua v Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 731. Ayrıca bkz., *Croatia v Serbia*, ICJ Reports, 2015, 196. paragraf.

<sup>230</sup> *Democratic Republic of Congo v Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 200. Ayrıca bkz., *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports, 2010, ss. 14, 72-3 ve *Nicaragua v. Colombia*, ICJ Reports, 2012, ss. 624, 643 vd.

<sup>231</sup> Bununla birlikte Divan, yargılama maksadıyla hazırlanan yeminli ifadelerin şayet şahısların kişisel bilgisini belirtiyorsa alınabileceğine işaret etmiştir. Bkz., *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 731.

temsil eden şahıslarca gerçekleştirilen devletin aleyhine olan uygulamalara özel olarak dikkat edeceğini belirtmiştir.<sup>232</sup> İçerdiği bilgilerin doğruluğu hakkında tarafsız şahıslarca itiraz edilmemiş delillere ve uzman yargısal inceleme veya ilgili şahısların çapraz sorgusu sonucu elde edilen delillere de özel önem verilecektir.<sup>233</sup> Ancak, Divan yargılamaya dahil olan bir devletin hükümet ya da askeri şahıslarının delilleri “önemli çekince” ile ele alınacaktır.<sup>234</sup> Yeminli ifade şeklinde sunulan şahit beyanları ihtiyatla ele alınacaktır ve bu yeminli ifadelerin değerlendirilmesinde, bunların devlet görevlileri tarafından mı yoksa yargılama sonucu ile ilgilenmeyen özel şahıslar tarafından mı yapıldığı, yeminli ifadenin olguların mevcudiyetini mi onayladığı yoksa bazı olaylara ilişkin sadece bir görüşü mü temsil ettiği de dahil olmak üzere, birçok etmen dikkate alınacaktır. Bununla birlikte söz konusu döneme ilişkin çağcıl deliller çok önemli kabul edilebilir. Ayrıca, yetkili bir devlet görevlisinin sınır hattına ilişkin beyanı, özel şahısların yeminli ifadelerinden daha fazla önem taşımaktadır.<sup>235</sup>

Divan, ayrıca, ihtiyat gösterildiği ve raporlar tek bir kaynaktan çıkmadığı takdirde, asıl olarak medyada yayımlanması yoluyla kamusal bilgi haline gelen olguları da yargılamada dikkate alacaktır.<sup>236</sup> *Democratic Republic of Congo v. Uganda* davasında Divan basında yer alan bilginin değerlendirmesini yaparken de tutarlılık ve uyumun özel önemini vurgulamıştır.<sup>237</sup>

Uyuşmazlık hususlarını Divan’a takdim etmek davacıya<sup>238</sup> ve ispat yükü, bir olguyu iddia eden tarafa düşmektedir.<sup>239</sup> Ancak divan bu ilkenin mutlak olmadığını ve davacının “olumsuz olgu”yu ispat etmesinin gerekmediği durumlar olabileceğini belirtmiştir.<sup>240</sup> Ayrıca Divan bunun, ‘elinde mevcut bulunan ve Divan’a kendisine sunulmuş olan uyuşmazlığı çözümede yardımcı olabilecek delilleri sunma’ hususunda diğer tarafı işbirliği yapma yükümlülüğünden kurtarmayacağını

<sup>232</sup> *Democratic Republic of Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 201 ve 206. Ayrıca bkz., *Nicaragua v. USA*, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 41; 76 ILR, s. 349, ve *Croatia v. Serbia*, ICJ Reports, 2015, 196 vd. paragraflar.

<sup>233</sup> *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 201. Ayrıca bkz., *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 130-1. Bu davada Divan’ın, temyiz aşamasında bozulmadıkça, prensip olarak, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin ilgili bulgularını gayet ikna edici olarak kabul edeceğine kararı verilmiştir. Ayrıca söz konusu mahkemenin olgular hakkındaki herhangi bir değerlendirmesine de önem gösterilmelidir. Bununla birlikte kesin hükmü kapsamayan bir karardan önceki usul aşamalarına önem verilmemelidir. *A.g.e.*, ss. 132 vd. Ayrıca bkz., *Croatia v. Serbia*, ICJ Reports, 2015, 181 vd. paragraflar.

<sup>234</sup> *Democratic Republic of Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 203.

<sup>235</sup> *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 731. Divan, bilimsel ya da teknik bilgilerine veya şahsi deneyimlerine dayanarak kanıt sunanların avukat olarak değil, bilirkişi ya da şahit olarak ifade vermesi gerektiğini, ki böylece çapraz olarak sorgulama yapılabileceğini vurgulamıştır. Bkz., *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports, 2010, ss. 14, 72. Bu durum *Gabcikovo-Nagymaros Project* davasında (ICJ Reports, 1997, s. 7) meydana gelmemiş, ancak *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, davasında (ICJ Reports, 2014) olmuştur. (Bu paragrafın son kısmı ile bir üst paragrafın son kısmı kitabın orijinalinde de aynıdır. Ç.N.)

<sup>236</sup> Bkz., *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 24-5, 41 ve 97-8; 76 ILR, s. 349.

<sup>237</sup> ICJ Reports, 2005, ss. 168, 204. Delil olarak haritaların değerine ilişkin bkz., *a.g.e.*, s. 206 ve yukarıda, 10. Bölüm.

<sup>238</sup> *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 695.

<sup>239</sup> Örneğin bkz., *Croatia v. Serbia*, ICJ Reports, 2015, 170 vd. paragraflar; *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports, 2010, ss.14, 71; *Romania v. Ukraine*, ICJ Reports, 2009, ss. 61, 86; *Malaysia/Singapore*, ICJ Reports, 2008, ss. 12,31; *Nicaragua (Jurisdiction and Admissibility)* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 392, 437; 76 ILR, s. 1; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* davası, ICJ Reports, 1998, ss. 432, 450; *Avena (Mexico v. USA)* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 12, 41; 134 ILR, ss. 120, 144, ve *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 128-9. Brcko Bölgesindeki Inter-Entity Sınırı hususundaki uyuşmazlık hakkında Tahkim Mahkemesi’nin 14 Şubat 1997 tarihli kararındaki görüşüne de bakınız. Mahkeme kararının eki Kanıtların Kabul Edilebilirliğine Uygulanacak Prensipler’i ortaya koymakta ve *inter alia* her tarafın kendi davasını, ve özellikle de kendisi tarafından iddia edilen olguları, ispat yükünü taşıdığını belirtmektedir. İspat yükü olan taraf iddialarını desteklemek için delil göstermek zorunda olanın yanı sıra aynı zamanda bu delillerin gerçekliği hususunda mahkemeyi de ikna etmek zorundadır. Mahkeme delil konusunda, mahkemenin delilin ispat gücünü belirleme noktasında, katı yargısal kurallara bağlı olmak zorunda değildir. Bir olgunun ispatının çok güç olduğu durumlarda, mahkeme daha az kesin olan bir *prima facie* delili yeterli bulabilir. Bkz., 36 ILM, 1997, ss. 396, 402-3.

<sup>240</sup> *Croatia v. Serbia*, ICJ Reports, 2015, 172. paragraf ve *Diallo* davası, ICJ Reports, 2010, ss. 639, 660-1.

ifade etmiş<sup>241</sup> ve yetki konusunda yerine getirilecek bir ispat yükü olmadığını belirtmiştir.<sup>242</sup> Diğer yandan, ispat yükü ve göreceli olarak yüksek olan yük müdahale etmek isteyen davacı devletin üzerindedir. Bu devlet 'ikna edici bir şekilde neyi iddia ettiğini göstermek ve böylece ... ispat yükünü taşımak zorundadır'. Ancak söz konusu devletin menfaatinin etkileneceğini ya da etkilenmiş olması gerektiğini değil, sadece etkilenebileceğini göstermesi gerekir. Bu devlet davadaki hukuki nitelikteki menfaati belirtmek ve bu menfaatin nasıl etkilenebileceğini göstermek zorundadır.<sup>243</sup> Gerekli ispat standardı, olgunun belli bir konusunun niteliğine bağlı olarak değişecektir.<sup>244</sup> *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davasında Divan 'bir devlete karşı istisnai ağırlıktaki suçlamaları içeren iddiaların tam olarak kesin olan delillerle ispat edilmek zorunda olduğunu' uzun bir süredir kabul ettiğini vurgulamıştır. Divan'ın soykırım suçu ya da Soykırım Sözleşmesi'nin 3. maddesinde sayılan diğer fiillerin işlendiğine yönelik yargılamalarda yapılmış suçlamaların kesin olarak ispatlanmış olduğuna tamamen ikna edilmesi gerekir ve Divan aynı delil standartının bu fiillerin atfedilmesinin ispatında da uygulanacağına işaret etmiştir.<sup>245</sup>

Hukuka aykırı olarak ya da düzgün olmayan şekilde elde edilmiş deliller de dikkate alınabilir; ancak kuşkusuz ki bunun olduğu durumda delilin ispat değeri buna uygun olarak ayarlanacaktır.<sup>246</sup> Örneğin *Application of the Genocide Convention (Bosnia v. Yugoslavia)* davasındaki ikinci geçici önlemlere karar verilmesi safhasında Divan, duruşmaların hemen öncesinde ve duruşmalar sırasında sunulan 'Divan'ın önündeki usulün nizami olarak ilerlemesi ile ve tarafların eşitliği ilkesi ile uyuşması zor olan' belgeleri bile delil olarak kabul etmeye hazırdı.<sup>247</sup> Divan delil meseleleri ile ilgilenirken kararını, davanın esası hakkındaki duruşmaların sona ermesine kadar ortaya konulan olgulara dayandıracağı temeline oturtmaktadır.<sup>248</sup>

Divan'ın kararının kapsamı göz önüne alınacak olursa, *Nicaragua* davasında 'Divan'ın kararını, önündeki uyuşmazlığı çözüme kavuşturması için zaruri olan hukuki hususlarla sınırlı tutmak zorunda olduğu' belirtilmiştir.<sup>249</sup> Böyle yapmakla Divan, önüne gelmiş talepler, sözlü iddialar ve diğer belgeleri dikkate alarak 'uyuşmazlığın asıl konusunu' belirlemeye çalışacaktır.<sup>250</sup>

<sup>241</sup> *Croatia v Serbia*, ICJ Reports, 2015, 173. paragraf ve *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports, 2010, ss. 14, 71.

<sup>242</sup> Bkz., *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* davası, ICJ Reports, 1998, ss. 432, 450.

<sup>243</sup> *El Salvador/Honduras (Intervention)*, ICJ Reports, 1990, ss. 92, 117–18; 97 ILR, ss. 112, 238–9 ve *Indonesia/Malaysia (Intervention)*, ICJ Reports, 2001, ss. 575, 587. Üçüncü tarafın müdahil olmasına ilişkin aşağıya bakınız.

<sup>244</sup> Hakim Higgins *Oil Platforms (Iran v. USA)* davasındaki Ayrı Görüşünde 'Divan'ın asıl amacının, her davada olaylara ve koşullara dayanarak, kanıtı değerlendirilmede özgürlüğü muhafaza etmek gibi görüldüğü'nü kaydetmiştir. Bkz., ICJ Reports, 2003, ss. 161, 233; 130 ILR, ss. 323, 392. Ayrıca *Qatar v. Bahrain* davasında Hakim Shahabuddeen'in Karşı Oy Görüşü için bkz., ICJ Reports, 1995, ss. 6, 63; 102 ILR, ss. 1, 104.

<sup>245</sup> ICJ Reports, 2007, ss. 43, 129. Ayrıca bkz., *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, ICJ Reports, 1949, s. 17, ve *Croatia v Serbia*, ICJ Reports, 177-8. paragraflar. Hakim Higgins *Oil Platforms (Iran v. USA)* davasındaki Ayrı Görüşünde (ICJ Reports, 2003, ss. 161, 234) "suçlama daha ağır oldukça dayanılan kanıtın da daha güvenilir olması gerektiği"ni belirtmiştir.

<sup>246</sup> Örneğin bkz., *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, 1949, ss. 4, 32–6; 16 AD, s. 155. Ayrıca bkz., H. Thirlway, 'Dilemma or Chimera? Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudication', 78 AJIL, 1984, s. 622, ve G. Marston, 'Falsification of Documentary Evidence Before International Tribunals: An Aspect of the *Behring Sea* Arbitration, 1892–3', 71 BYIL, 2000, s. 357. Ayrıca *Qatar v. Bahrain* davasındaki güçlükler hakkında bkz., UAD, 17 Şubat 1999 tarihli karar.

<sup>247</sup> ICJ Reports, 1993, ss. 325, 336–7. Divan Kurallarının 56. maddesi yazılı savunmanın bitiminden sonra taraflarca Divan'a yeni bir belge sunulamayacağını öngörmektedir. Bunun istisnası ise, diğer tarafın muvafakatının olması durumu ya da bu muvafakatın olmamasına karşın Divan'ın tarafları dinledikten sonra belgelerin gerekli olduğuna karar vermesi üzerine bu belgelerin sunulmasına izin verdiği durumlardır.

<sup>248</sup> *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 39; 76 ILR, ss. 349, 373. Öte yandan, Divan *Lockerbie* davasında (ICJ Reports, 1992, ss. 3, 13; 94 ILR, ss. 478, 496) sözlü duruşmanın sona ermesinden üç gün sonra kabul edilen 748 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararına ayrıntılı olarak atıfta bulunmuştur.

<sup>249</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 3, 110; 76 ILR, ss. 349, 444.

<sup>250</sup> *Nuclear Tests* davası, ICJ Reports, 1974, ss. 466–7.

**Geçici Tedbirler<sup>251</sup>**

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 41. maddesi uyarınca, Divan her bir tarafın haklarını korumak için alınması gereken geçici (ya da ara) tedbirlere, eğer şartlar gerektiriyorsa, karar verme yetkisine sahiptir. Geçici tedbirlere ilişkin bir talep hakkında karar verirken Divan davanın esasına dair yetkisinin bulunduğu tamamen ikna olmak zorunda değildir. Ancak davacının talep ettiği geçici tedbirin, *prima facie* Divan'ın yargı yetkisinin dayandırılacağı bir gerekçenin mevcudiyetine işaret etmemesi halinde Divan'ın geçici tedbir kararı almaması gerektiği yönünde hüküm tesis edilmiştir.<sup>252</sup> Esasa ilişkin yargılamada davacı ya da davalı tarafından geçici tedbir kararı alınmasının talep edilmesi arasında fark bulunmamaktadır.<sup>253</sup> Divan davanın esasına dair *prima facie* yargı yetkisini tesis ederken, geçici tedbir kararı alınması yönündeki talep aracılığıyla korunması amaçlanan hakların niteliği ve kapsamı bir önem arz etmemektedir. Bu haklar davanın esasına dair Divan'ın yetkisi tesis edildikten sonra ele alınmaktadır.<sup>254</sup>

Divan geçici tedbir alınması yönündeki talebi ele alırken, yargılamanın bu aşamasında haklara ilişkin karar vermek zorunda olmaksızın,<sup>255</sup> 'davacı ya da davalıya ait olduğuna sonradan Divan tarafından hükmedilecek olan hakları korumakla ilgilenmek zorundadır.'<sup>256</sup> Bu yüzden yetkiyi kullanmanın amacı 'yargılamada uyumsuzluğun konusunu teşkil eden hakları' korumaktır<sup>257</sup> ve bu nedenle bu haklar hususundaki uyumsuzluk Divan'ın esasa ilişkin kararı ile çözümlendikten sonra tedbirler bir daha artık gerekli olmayacak şekilde olmak zorundadır.<sup>258</sup> Divan'ın bir tarafca ileri sürülen hakların en azından mantıklı olduğu

<sup>251</sup> Örneğin bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 3, 24. Bölüm, ve Rosenne, *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford, 2005; K. Oellers-Frahm, 'Article 41', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 1026; Kolb, *International Court*, s. 611 vd.; S. Oda, 'Provisional Measures', Lowe ve Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, s. 541; B. Oxman, 'Jurisdiction and the Power to Indicate Provisional Measures' Damrosch, *International Court of Justice at a Crossroads*, s. 323; C. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, 1987, ss. 69-74; Elias, *International Court*, 3. Bölüm; J. G. Merrills, 'Interim Measures of Protection and the Substantive Jurisdiction of the International Court', 36 *Cambridge Law Journal*, 1977, s. 86, ve Merrills, 'Reflections on the Incidental Jurisdiction of the International Court of Justice', *Remedies in International Law* (ed. M. Evans ve S. V. Konstantidis), Oxford, 1998, s. 51; L. Gross, 'The Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran: Phase of Provisional Measures', 74 *AJIL*, 1980, s. 395, ve M. Mendelson, 'Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction', 46 *BYIL*, 1972-3, s. 259. Ayrıca 1978 Divan Kuralları'nın 73-78. maddeleri.

<sup>252</sup> Örneğin bkz., *Avena (Mexico v. USA)* davası, ICJ Reports, 2003, ss. 77, 87; 134 ILR, ss. 104, 113; *Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*, ICJ Reports, 2002, s. 241 ve geçici önlemler için iki adet *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)* müracaatı, ICJ Reports, 2006, ss. 113, 128-9 ve ICJ Reports, 2007, s. 24. Ayrıca *Legality of the Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)* davasında geçici önlemler alınmasına ilişkin talebe bkz., ICJ Reports, 1999, ss. 124, 132; *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)* davası, ICJ Reports, 1990, ss. 64, 68; 92 ILR, ss. 9, 13, *Great Belt* davası, ICJ Reports, 1991, ss. 12, 15; 94 ILR, ss. 446, 453, ve *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 1996, ss. 13, 21. Divan *Application of the Genocide Convention (Bosnia v. Yugoslavia)* davasında (ICJ Reports, 1993, ss. 3, 12; 95 ILR, ss. 1, 27) yargı yetkisinin hem kişi bakımında (*ratione personae*) hem de konu bakımından (*ratione materiae*) yetkiyi içerdiğini belirtmiştir. Divan'ın eski başkanı Jiménez de Aréchega'nın 'hakimlerin çoğunluğunun esasa ilişkin yargı yetkisinin mevcut olduğuna inandıkları zaman geçici tedbirlere ilişkin karar verilebileceğini' belirttiğine dikkat ediniz. 'International Law in the Past Third of a Century', 159 *HR*, 1978 I, ss. 1, 161. Ayrıca bkz., *Timor-Leste v. Australia*, Provisional Measures, 3 Mart 2014 tarihli karar, ICJ Reports, 2014, s. 147 ve 22 Nisan 2015 tarihli karar, ICJ Reports, 2015.

<sup>253</sup> *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)* davası, Geçici Tedbirler, 23 Ocak 2007 tarihli karar, ICJ Reports, 2007, ss. 3, 10.

<sup>254</sup> *A.g.e.*

<sup>255</sup> *Avena (Mexico v. USA)* davası, Geçici Tedbirler, 5 Şubat 2003 tarihli karar, ICJ Reports, 2003, ss. 77, 89; 134 ILR, ss. 104, 115.

<sup>256</sup> *Cameroon v. Nigeria*, Geçici Tedbirler, 15 Mart 1996, ICJ Reports, 1996, ss. 13, 21-2.

<sup>257</sup> *Aegean Sea Continental Shelf* davası, ICJ Reports, 1976, ss. 3, 9; 60 ILR, ss. 524, 530 ve *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1979, ss. 7, 19; 61 ILR, ss. 513, 525. Ayrıca bkz., *Arbitral Award of 31 July 1989* davası, ICJ Reports, 1990, ss. 64, 69; 92 ILR, ss. 9, 14.

<sup>258</sup> *Arbitral Award of 31 July 1989* davası, ICJ Reports, 1990, s. 69; 92 ILR, ss. 9, 14.

hususunda ikna edilmesi gerekir.<sup>259</sup> Geçici tedbirlere yargılamanın dürüstlüğünü temin etmek için Divan'a yardımcı olmak maksadıyla karar verilir. *Fisheries Jurisdiction* davasında<sup>260</sup> (İzlanda'nın kendisine ait olduğunu iddia ettiği sularda İngiliz balıkçılık haklarını korumak için) ve yine *Nuclear Tests* davasında<sup>261</sup> Divan tarafından bu tür geçici tedbir kararı verilmiştir. *Fisheries Jurisdiction* davasında Divan, 41. maddenin 'yargılamada uyumsuzluğun konusunu teşkil eden haklara telafi edilemez zarar verilmemesi gerektiğini' varsaydığına işaret etmiştir.<sup>262</sup> Bununla birlikte *Lockerbie* davasında Libya tarafından talep edilen tedbirlerin '748 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı sayesinde Birleşik Krallık'ın sahip olduğu *prima facie* görünen hakları muhtemelen zayıflatabileceği' belirtilmiştir.<sup>263</sup> Divan ayrıca geçici tedbirler alma yetkisinin 'ancak haklara karşı telafisi imkansız zararı önlemek için acil bir zaruret varsa Divan nihai kararını vermeden' kullanılabilirliğini açıklamış<sup>264</sup> ve 'adaletin makul bir biçimde idaresinin Divan Kuralları'nın 73. maddesine dayanan geçici tedbir kararı talebinin uygun bir zamanda yapılmasını gerekli kıldığı'nı belirtmiştir.<sup>265</sup>

'Divan koşulların gerektirdiğini düşündüğü her durumda uyumsuzluğun kötüleşmesi ya da büyümesini' önlemek amacıyla, tarafların taleplerinden bağımsız olarak, ilgili uluslararası yükümlülüklerle ilişkin geçici tedbirler ya da tavsiyeler veya açıklamalar da öngörebilir.<sup>266</sup> *Cameroon v. Nigeria* davasında Divan sadece her bir tarafın haklarına açıkça atıfta bulunmakla kalmamış, aynı zamanda tarafları düşmanlıkların sona erdirilmesi için yapılmış bir antlaşmaya riayet edilmesi, uyumsuzluk olan bölgedeki ilgili delillerin korunması için gerekli bütün adımların atılması ve önerilmiş bulunan bir BM araştırma heyeti ile işbirliği yapılması çağrısında bulunmuştur.<sup>267</sup> Ayrıca, Divan tarafların korunmakta olan hakları ile uyumsuzluk bölgesindeki şahıslara yönelik tehlike arasında bağlantı kurma özenini de göstermiştir.<sup>268</sup>

Geçici tedbirleri belirten kararların hukuki sonuçları meselesi ilk kez Divan tarafından *LaGrand* davasında tartışılmış ve bunun hakkında karar verilmiştir. Divan, görevlerini yerine getirmesine ve özellikle de bağlayıcı kararlara hükmetmesine imkan veren Uluslararası

<sup>259</sup> Bkz., *Request for Interpretation of Temple Judgment (Cambodia v. Thailand)*, 18 Temmuz 2011, ICJ Reports, 2011, ss. 537, 545 vd. Ayrıca bkz., *Costa Rica v. Nicaragua*, Geçici Tedbirler, 8 Mart 2011, ICJ Reports, 2011, ss. 6, 18.

<sup>260</sup> ICJ Reports, 1972, s. 12; 55 ILR, s. 160. Ayrıca bkz., *Anglo-Iranian Oil Co.* davası, ICJ Reports, 1951, s. 89; 19 ILR, s. 501.

<sup>261</sup> ICJ Reports, 1973, s. 99; 57 ILR, s. 360. *Iranian Hostages* davasında da geçici tedbirlere karar verilmiştir. ICJ Reports, 1979, ss. 7, 19; 61 ILR, ss. 513, 525 ve *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1980, s. 169; 76 ILR, s. 35. Ayrıca bkz., *Great Belt* davası, ICJ Reports, 1991, s. 12; 94 ILR, s. 446, *Application of the Genocide Convention (Bosnia v. Yugoslavia)*, ICJ Reports, 1993, ss. 3 ve 325; 95 ILR, s. 1, ve *Cameroon v. Nigeria* davası, ICJ Reports, 1996, s. 13. Ayrıca bkz., *LaGrand* davası, ICJ Reports, 1999, s. 9; 118 ILR, s. 37.

<sup>262</sup> ICJ Reports, 1972, ss. 12, 16, 30, 34; 55 ILR, ss. 160, 164; 56 ILR, ss. 76, 80. Ayrıca bkz., *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1979, ss. 7, 19; 61 ILR, s. 525, *Application of the Genocide Convention (Bosnia v. Yugoslavia)*, ICJ Reports, 1993, ss. 3, 19; 95 ILR, ss. 1, 34 ve *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 1996, ss. 13, 21-2.

<sup>263</sup> ICJ Reports, 1992, ss. 3, 15; 95 ILR, ss. 478, 498.

<sup>264</sup> Örneğin bkz., *Great Belt (Finland v. Denmark)* davası, Geçici Tedbirler, 29 Temmuz 1991, ICJ Reports 1991, ss. 12, 17; *Republic of the Congo v. France*, Provisional Measures, 17 Haziran 2003, ICJ Reports 2003, s. 107, 22. paragraf, ve *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)* davası, Geçici Tedbirler, 23 Ocak 2007, ICJ Reports, 2007, 32. paragraf. Ayrıca bkz., *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 1996, ss. 13, 22 ve *Avena (Mexico v. USA)* davası, ICJ Reports, 2003, ss. 77, 90; 134 ILR, ss. 104, 116.

<sup>265</sup> *LaGrand (Germany v. USA)* davası, Geçici Tedbirler, 3 Mart 1999, ICJ Reports, 1999 (I), s. 14, 19. paragraf; 118 ILR, s. 44.

<sup>266</sup> *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 1996, ss. 13, 23. Ayrıca bkz., *Burkina Faso/Mali* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 3, 9; 80 ILR, ss. 440, 456 ve *Pulp Mills (Argentina v. Uruguay)* davası, Geçici Tedbirler, 23 Ocak 2007, ICJ Reports, 2007, 49. ve 53. paragraflar.

<sup>267</sup> Nihai karara bakınız. ICJ Reports, 1996, ss. 13, 24-5.

<sup>268</sup> *A.g.e.*, s. 23. Ayrıca bkz., J. D'Aspremont, 'The Recommendations Made by the International Court of Justice', 56 ICLQ, 2007, s. 185. Divan geçici tedbirler için bir karar vermeyi reddettiği durumlarda bile bu tür tavsiyelerde bulunabilir.



Adalet Divanı Statüsü'nün konu ve amacı doğrultusunda konuyu ele almıştır.<sup>269</sup> Divan burada şunu ifade etmiştir:

“Statü içerisinde 41. maddenin yer aldığı bağlam Divan’ın işlevlerini ifa etmesini engellemeyi önlemek olarak görülmelidir, çünkü Divan önündeki bir davaya taraf olanların hakları muhafaza edilmemiştir. Bu, Statü’nün konu ve amacı ile 41. maddenin hükümlerinin bu bağlamda okunmasından çıkarsanmaktadır. Geçici tedbir alma yetkisi, bu yetki gerekli olmaya dayandığı ve şartlar da bunu gerektirdiği müddetçe, Divan’ın nihai kararı tarafından belirlenen tarafların haklarını korumak ve onlara halel getirmemek için bu tedbirlerin bağlayıcı olmasını zaruri kılmaktadır. 41. madde uyarınca öngörülen geçici tedbirlerin bağlayıcı olamayabileceği yönündeki karşı argüman, bu maddenin konu ve amacına aykırıdır.”<sup>270</sup>

Geçici tedbirlere yönelik kararların esasa ilişkin yargı kararına kadar bağlayıcı olduğuna dair bu açık ve oy birliği ile alınmış karar muhtemelen önemli bir etkiye sahip olacaktır.<sup>271</sup> Bununla birlikte Divan, bazı davalarda hayal kırıklığı içinde, sonucu belirleyen nihai kararında geçici tedbirlerin ihlal edildiğine işaret etmiştir.<sup>272</sup> Prensip yerleşmiş bulunuyor olsa da, uygulama biraz geriden takip etmektedir.

### Davaların Birleştirilmesi<sup>273</sup>

48. maddenin tanıdığı imkan uyarınca Divan, aynı genel durumun söz konusu olduğu davaları tek bir yargılama olarak birleştirme yetkisine sahiptir. Bununla birlikte davaların birleştirilmesi nadiren görülür. Divan, Kosta Rika tarafından Nikaragua aleyhine açılan dava (Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area davası) ile Nikaragua tarafından Kosta Rika aleyhine açılan davayı (The Construction of a Road along the San Juan River davası) birleştirmiştir. Divan, Kurallar’ın 47. maddesi uyarınca ‘iki ya da daha fazla davada yargılamaları her zaman birleştirebileceğini’ ve bu davada ‘birleştirmenin sadece makul yönetim prensibine değil, aynı zamanda yargı ekonomisi gerekliliğine de uygun olduğu için’ birleştirme yaptığını ifade etmiştir. Birleştirme yönündeki karar, her davanın şartları dikkate alınarak verilmelidir. Divan, her iki davanın da aynı tarafları içerdiğini ve aynı genel alana ilişkin olduğunu belirtmiştir. Her iki dava da aynı nehir boyunca ya da nehrin yakınındaki çalışmalarla ilgili olgulara dayanmaktaydı ve her iki dava da bu çalışmaların çevreye ve nehirde ulaşım ile nehre erişime etkileri ile ilgiliydi. Divan davaların birleştirilmesinin taraflarca öne sürülen ve birbiriyle alakalı çeşitli çatışan hususları bir bütün olarak Divan’ın ele almasına imkan tanıdığını vurgulamıştır.<sup>274</sup>

<sup>269</sup> Divan burada, teamül hukukunu yansıttığını belirttiği Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969)’nin 33 (4). maddesine atıfta bulunmuştur. Bkz., ICJ Reports, 2001, ss. 466, 506.

<sup>270</sup> *A.g.e.*, ss. 502–3. Divan ayrıca ilişkili bir gerekçeye de atıfta bulunmuştur. Bu prensibe göre, davanın tarafları verilecek kararın uygulanmasını olumsuz etkileme imkanına sahip herhangi bir önlemi almaktan kaçınacaklar ve uyumsuzluğu kötüleştirerek ya da genişletecek herhangi bir adım atmaya izin vermeyeceklerdir. *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* (PCIJ, Series A/B, No. 79, s. 199, *a.g.e.*, s. 503) davasına atıfta bulunulmuştur. Divan ayrıca, 41. maddenin kabul edilmesi ile sonuçlanan hazırlık çalışmasının o madde altındaki hükümlerin bağlayıcı gücü olduğu sonucunu engellemediğine işaret etmiştir. *A.g.e.*, ss. 503 vd.

<sup>271</sup> Bkz., *Democratic Republic of Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 258 ve *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 230 ve 236.

<sup>272</sup> Bkz., *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 281; *Bosnia v. Serbia*, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 235; *Avena (Interpretation)* davası, ICJ Reports, 2009, ss. 3, 21 ve *Costa Rica v. Nicaragua*, ICJ Reports, 2015, 229(3). paragraf.

<sup>273</sup> Örneğin bkz., *Rosenne’s Law and Practice*, Cilt: 3, 20. Bölüm, III.302. paragraf; S. Torres Bernárdez, ‘Article 48’, Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, ss. 1215, 1223 ve Kolb, *International Court*, ss. 997 vd.

<sup>274</sup> Bkz., *Certain Activities Carried Out in the Border Area* (Costa Rica v. Nicaragua), 17 Nisan 2013, Birleştirilmiş Davalar, ICJ Reports, 2013, ss. 166, 170-1 ve *Construction of a Road* (Nicaragua v. Costa Rica), 17 Nisan 2013, Birleştirilmiş Davalar, ICJ Reports, 2013, ss. 184, 187-8. Sonuç olarak, Kosta Rika tarafından *Construction of a Road* davasında *ad hoc* hakim olarak görev yapması için seçilen Hakim Simma istifa etmiş ve daha önce *Certain Activities Carried out by Nicaragua* davası için Kosta Rika tarafından *ad hoc* hakim olarak atanmış bulunan Hakim Dugard bu göreve devam etmiştir. Bkz., ICJ Reports, 2015, 13-18. paragraflar. Ayrıca bkz., *South West Africa* davaları, ICJ Reports, 1961, s. 14 ve *North Sea Continental Shelf* davaları, ICJ Reports, 1969, ss. 3, 19. Mukayese için bkz., *Fisheries Jurisdiction* davaları, ICJ Reports, 1974, ss. 3,6 ve ss. 175, 177.

**Karşı İddialar<sup>275</sup>**

Divan bir tarafın, müracaatında zimni olarak belirtildiği takdirde ya da müracaatın konusunu teşkil eden meseleden doğrudan kaynaklandığı takdirde yeni bir iddia ortaya koyabileceğini belirtmiştir.<sup>276</sup>

Divan Kuralları'nın 80. maddesi Divan'ın bir karşı iddiayı ancak Divan'ın yargı yetkisi içerisinde olduğu ve 'diğer tarafın iddiasının konusu ile doğrudan bağlantılı olduğu' takdirde ele alabileceğini öngörmektedir.<sup>277</sup> Bir karşı iddia, ana iddia ile ilişkilendirilmesi gerekirken ayrı bir iddia ya da "özerk hukuki işlem" teşkil eder.<sup>278</sup> Karşı iddia ana iddianın esası hakkında sırf bir savunma olmanın ötesine geçer; ancak Divan'ın taraflarca tanınmış yargı yetkisinin sınırlarını aşan iddiaların Divan'a sunulmasının bir vasıtası olarak kullanılamaz.<sup>279</sup> Divan Kuralı doğrudan bağlantı ile neyin kastedildiğini tanımlamamaktadır ve bu konu Divan'ın takdirindedir. Divan 'iddialar arasındaki bağlantı derecesinin hem olgulara hem de hukuka göre değerlendirilmesi gerektiğini' ifade etmiştir.<sup>280</sup> Olguların doğrudan bağlantısına 'aynı olgusal bütünün parçasını oluşturan aynı nitelikteki olgular'<sup>281</sup> yönüyle atıfta bulunulmuştur. Application of the Genocide Convention davasında hukukun doğrudan bağlantısının iki tarafın da aynı hukuki amacı (Soykırım Sözleşmesi ihlalleri için hukuki sorumluluğun saptanması) araması olduğu görülmektedir.<sup>282</sup> Oil Platforms (Iran v. USA) davasında Divan, karşı iddialar daha önceden kabul edilebilir nitelikte bulunmuş olsa bile, tarafların yargılamanın esasına ilişkin aşamasında genel olarak karşı iddiaların kabul edilebilirliğine itiraz etme yolunun açık olduğu görüşünü ifade etmiştir. Çünkü, daha önceki yargılama sadece Divan Kuralları'nın 80. maddesinin şartlarının yerine getirilmesi ile, yani karşı iddianın ana iddianın konusu ile doğrudan bağlantılı olup olmadığı meselesi ile, ilgilenmektedir. Bu nedenle daha genel bir itiraz, 80. maddenin hükümlerinin ötesine geçerek, esas aşamasında mümkündür.<sup>283</sup>

<sup>275</sup> Örneğin bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 3, 20. Bölüm, III.305 paragraf ve Rosenne, 'Counter-Claims in the International Court of Justice Revisited', *Liber Amicorum Judge Ruda* (ed. C. A. Armas ve diğerleri), The Hague, 2000, s. 457. Ayrıca bkz., C. Antonopoulos, *Counterclaims before the International Court of Justice*, Heidelberg, 2011; Kolb, *International Court*, ss. 658 vd. ve S. Murphy, 'Counter-Claims: Article 80 of the Rules', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, ss. 1000 vd.

<sup>276</sup> *Nicaragua v. Honduras*, ICJ Reports, 2007, ss. 659, 695 ve 697 ve *Diallo (Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, ICJ Reports, 2010, ss. 639, 656-7.

<sup>277</sup> 2000'de düzeltildiği üzere. Önceki 80. maddenin metninden bir önemli fark Divan'ın rolünün vurgulanmasıdır. Bkz., Rosenne, 'Revision', s. 83. Kural ayrıca 'bir karşı iddianın Karşı Talepname'de yapılması gerektiği ve orada yer alan iddiaların bir parçası olarak görülmesi gerektiğini öngörmektedir. İlave bir yazılı savunma yapmaya ilişkin olarak bu Kuralların 45. maddesi, 2. paragrafı uyarınca, karşı iddia hakkında diğer tarafın görüşlerini ek bir beyan ile yazılı olarak sunma hakkı - Divan'ın herhangi bir kararından bağımsız olarak - muhafaza edilmelidir.' Karşı iddialar Karşı Talepname'de yapılmak zorundadır ve bunların orada yer alan iddiaların bir parçası olarak görülmesi gerekir. 80 (2). madde.

<sup>278</sup> *Application of the Genocide Convention (Counter-Claims)*, ICJ Reports, 1997, ss. 243, 256.

<sup>279</sup> *A.g.e.*, s. 257.

<sup>280</sup> *A.g.e.*, s. 258. Ayrıca bkz., *Oil Platforms (Iran v. USA) (Counter-Claims)* davası, ICJ Reports, 1998, ss. 190, 204-5. Divan, ayrıca, karşı iddiaların 80. maddenin "bağlantı" kriterini karşılamak için aynı belgelere dayanmaması gerektiğine işaret etmiştir. Bkz., *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 275.

<sup>281</sup> Bkz., *Application of the Genocide Convention (Counter-Claims)*, ICJ Reports, 1997, ss. 243, 258 ve *Cameroon v. Nigeria*, International Court of Justice, 30 Haziran 1999. Ayrıca bkz., *Oil Platforms (Iran v. USA) (Counter-Claims)* davası, ICJ Reports, 1998, ss. 190, 205; *Democratic Republic of Congo v. Uganda (Counter-Claims)*, 29 Kasım 2001, ICJ Reports, 2001, s. 664 *Democratic Republic of Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 259 vd.; *Germany v. Italy (Counter-Claim)*, 6 Temmuz 2010, ICJ Reports, 2010, ss. 310, 315 vd., ve *Costa Rica v. Nicaragua (Counter-Claims)*, 18 Nisan 2013, ICJ Reports, 2013, 32. vd. paragraflar. Burada Divan, daha önceki içtihatı aktararak, doğrudan bir bağ kurabilecek bir dizi faktöre (coğrafi etkenler ve geçici nitelikteki faktörlerden, olayların niteliği ve dayandığı hukuki prensipler ya da enstrümanlara kadar) atıfta bulunmuştur.

<sup>282</sup> *Application of the Genocide Convention (Counter-Claims)*, ICJ Reports, 1997, ss. 243, 258. *Cameroon v. Nigeria* davasında "aynı hukuki amaç", sınır olayları için hukuki sorumluluğun saptanmasıydı. Bkz., International Court of Justice, 30 Haziran 1999. Ayrıca bkz., *Oil Platforms (Iran v. USA) (Counter-Claims)* davası, ICJ Reports, 1998, ss. 190, 205.

<sup>283</sup> ICJ Reports, 2003, ss. 161, 210. Bkz., *Democratic Republic of Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 261.

Birleştirilen *Certain Activities (Costa Rica v. Nicaragua)* ve *Construction of a Road (Nicaragua v. Costa Rica)* davalarında Divan, 80 (1). maddenin iki şart öngördüğünü belirtmiştir: Karşı iddia meselesi yetki alanı içindedir ve karşı iddia diğer tarafın iddiasının konusu ile doğrudan bağlantılı olmalıdır. Bu şartlar karşı iddiaların kabul edilebilirliğine ilişkindir. Divan “kabul edilebilirlik” kavramının hem yetki şartını hem de doğrudan bağlantı şartını içerecek şekilde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>284</sup>

### Üçüncü Tarafların Müdahil Olması<sup>285</sup>

Divan’ın önündeki davalarda üçüncü tarafların genel bir müdahil olma hakkı, Divan’ın kendisi tarafından yeni tarafların katılımı için herhangi bir usul ya da Divan’ın üçüncü devletlerin yargılamaya taraf olmasını yönlendirmesine dair herhangi bir yetkisi yoktur.<sup>286</sup> Öte yandan, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 62. maddesi uyarınca bir davadaki hükümden etkilenebilecek bir hukuki menfaati olduğunu düşünen herhangi bir devlet davaya müdahil olmasına izin verilmesi talebinde bulunabilir.<sup>287</sup> 63. madde uyarınca da bir davada ilgili olanlardan başka devletlerin taraf olduğu bir sözleşmenin kurulmasının söz konusu olduğu durumlarda<sup>288</sup> Divan’ın Kayıt Müdürü bütün bu devletleri haberdar edecektir. Bu şekilde haber verilmiş her devlet yargılamada müdahil olma hakkına sahiptir. Bu nedenle bu hükümler arasında önemli bir ayırım vardır.<sup>289</sup> Divan yargılamada üçüncü devletlerin dikkatini çekebilmekle birlikte, onların davaya müdahil olabilmeleri hususunda karar veremez.<sup>290</sup>

Temel olarak davanın her iki tarafı ya da bir tarafı karşı çıksa bile Divan, bir üçüncü tarafın müdahil olmasına izin verebilir. Bu tür bir müdahil olmanın amacı özenle sınırlandırılır ve mevcut davadaki karardan etkilenebilecek hukuki nitelikteki bir devletin menfaatinin korunması açısından sıkıca tanımlanır. Sonuç itibarıyla müdahil olma, rızaya dayalı olan çekişmeli yargılama için bir alternatif olarak kullanılamaz. Bu nedenle müdahil olan devlet bu şekilde davanın bir tarafı olamaz.<sup>291</sup>

Divan’ın müdahaleye izin vermede oldukça yüksek bir eşik koyduğu görülmektedir. *Nuclear Test* davasında<sup>292</sup> Fiji, bir tarafta Fransa diğer tarafta da Yeni Zelanda ve Avusturalya olan

<sup>284</sup> ICJ Reports, 2013, ss. 200, 208 ve ICJ Reports, 2015, 15-6. paragraflar. *Jurisdictional Immunities (Germany v Italy) (Counter-Claim)* davasında Divan, İtalya’nın karşı iddia yoluyla önüne getirmek istediği uyuşmazlığın ilgili yargı yetkisine dair sözleşmelerin yürürlüğe girmesinden önceki olgular ve durumlar ile ilgili olduğu, dolayısıyla 80 (1). maddenin zorunlu kıldığı Divan’ın yargı yetkisi kapsamı içerisine girmediği sonucuna varmıştır.

<sup>285</sup> Örneğin bkz., *Rosenne’s Law and Practice*, Cilt: 3, 26. Bölüm, ve Rosenne, *Intervention in the International Court of Justice*, Dordrecht, 1993; J. M. Ruda, ‘Intervention Before the International Court of Justice’, Lowe ve Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, s. 487; C. M. Chinkin, ‘Third Party Intervention Before the International Court of Justice’, 80 AJIL, 1986, s. 495; Elias, *International Court*, 4. Bölüm, P. Jessup, ‘Intervention in the International Court’, 75 AJIL, 1981, s. 903 ve Thirlway, *Law and Procedure*, ss. 1026 ve 1836. Ayrıca 1978 Divan Kuralları’nın 81-86. maddelerine de bakınız.

<sup>286</sup> Bkz., *Libya/Malta* davası, ICJ Reports, 1984, s. 25; 70 ILR, s. 527, ve *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1984, s. 431; 76 ILR, s. 104.

<sup>287</sup> Bkz., C. Chinkin, ‘Article 62’, Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 1529 ve Kolb, *International Court*, s. 694. Ayrıca Divan Kuralları’nın 81. maddesine bakınız. Davaya dahil olma izni verilmesi talebi hususunda karar verecek olan Divan’ın kendisidir. Bkz., *Tunisia/Libya (Intervention)* davası, ICJ Reports, 1981, ss. 3, 12; 62 ILR, s. 608.

<sup>288</sup> Bkz., *SS Wimbledon* davası, PCIJ, Series A, No. 1 (1923); 2 AD, s. 4; *Haya de la Torre* davası, ICJ Reports, 1951, ss. 71, 76-7; 18 ILR, ss. 349, 356-7; *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 215-16; 76 ILR, ss. 74-5 ve *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, ICJ Reports, 2014, 3. paragraf. Ayrıca bkz., C. Chinkin, ‘Article 63’, Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 1573.

<sup>289</sup> Bkz., *Wimbledon* davası, PCIJ, Series A, No. 1 (1923), ss. 9-13, ve *Haya de la Torre* davası, ICJ Reports, 1951, s. 71; 18 ILR, s. 349.

<sup>290</sup> Örneğin bkz., Chinkin, ‘Article 62’, Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, ss. 1529, 1536.

<sup>291</sup> *El Salvador/Honduras (Intervention)*, ICJ Reports, 1990, ss. 92, 134-5; 97 ILR, s. 112. Ayrıca bkz., E. Lauterpacht, *Aspects*, ss. 26 vd.

<sup>292</sup> ICJ Reports, 1974, s. 253; 57 ILR, s. 398.

uyuşmazlıkta müdahil olmaya çalışmıştır. Ancak Divan bu talebin ele alınmasını tehir etmiş ve konunun farazi olduğuna dair hüküm verdikten sonra, Fiji'nin talebine ilişkin başka bir karar vermeyi açıkça gereksiz görmüştür. Malta, *Tunisia/Libya Continental Shelf* davasında<sup>293</sup> Libya ile karasuları sınırlarına dair uyuşmazlığı bağlamında Divan'a kendi görüşlerini sunmak için müdahil olmaya çalışmıştır. Divan, Malta'nın müdahil olmasının gerçek amacının net olmadığı ve Malta'nın müdahil olmasının Tunus ve Libya arasındaki yargılamada ya da kendisi ile bu ülkelerin herhangi biri arasındaki meselede kendisinin doğrudan bağlantılı bir hukuki menfaati ile alakalı olmadığı görüşündeydi.<sup>294</sup> Malta sözkonusu davada bölgedeki diğer devletlere benzer bir çıkara sahip olmakla birlikte, Divan 62. madde uyarınca Malta'nın müdahil olmak için halihazırdaki davada Divan'ın kararından etkilenebilecek hukuki nitelikte bir menfaatinin olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>295</sup> Bununla beraber Divan, Uluslararası Adalet Divanı ve selefinin tarihinde ilk kez *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)* davasında Statü'nün 62. maddesi uyarınca Nikaragua'nın üçüncü devlet olarak müdahil olmasına izin vermiştir. Divan, Nikaragua'nın davanın esasına ilişkin Daire'nin kararının bir kısmı<sup>296</sup> tarafından etkilenebilecek hukuki nitelikte bir menfaati olduğunu gösterdiği görüşünü ittifakla kabul etmiştir.<sup>297</sup>

Müdahil olan devlet yargı yetkisinin dayanağını göstermek zorunda değildir, çünkü Divan'ın yetkisi bu durumda tarafların rızası üzerine kurulu değildir. Fakat yargı yetkisi daha ziyade Divan'ın Statüsü'ne taraf olmaları münasebetiyle Divan'ın Statü tarafından verilmiş yetkilerin uygulamasına da taraf olmalarına devletler tarafından verilen rızadan çıkarılır.<sup>298</sup> Müdahil olmanın amacının, davanın tarafı olan diğer devletler arasındaki mevcut bir davadaki karardan etkilenebilecek (etkilenecek ya da etkilenmek zorunda kalacak değil) 'hukuki nitelikteki bir menfaatinin' korumak olduğu ve bu amacın üçüncü bir devlete 'yeni bir dava açma' imkanı sağlamadığı ifade edilmiştir.<sup>299</sup> Talep hakkında karar vermek ve onun sınırlarını ve kapsamını belirlemek Divan'a aittir.<sup>300</sup> Bu tür bir müdahil olma talebinin işlevi, etkilenebilecek hukuki nitelikteki bir menfaate sahip olan müdahil devletin menfaati hakkında Divan'ı bilgilendirmektir.<sup>301</sup>

*Cameroon v. Nigeria* davasında Divan, *El Salvador/Honduras* davasında<sup>302</sup> benimsenen formülü tekrar ederek, müdahil olmanın hukuki niteliği ve amacından, taraflar ile müdahil olmayı talep eden taraf arasında geçerli bir yargı yetkisi bağlantısının varlığının başvurunun

<sup>293</sup> ICJ Reports, 1982, s. 18; 67 ILR, s. 4.

<sup>294</sup> ICJ Reports, 1981, ss. 3, 12; 62 ILR, ss. 612, 621.

<sup>295</sup> ICJ Reports, 1981, s. 19; 62 ILR, s. 628. Divan ayrıca *Libya/Malta* davasında 62. madde uyarınca İtalya'nın davaya müdahil olmasına izin vermeyi reddetmiştir. Bkz., ICJ Reports, 1984, s. 3; 70 ILR, s. 527. Divan *Nicaragua* davasında 63. madde uyarınca El Salvador'un davaya müdahil olmasına izin vermeyi de reddetmiştir. Bkz., ICJ Reports, 1984, s. 215; 76 ILR, s. 74. Divan burada daha ihtilafı bir biçimde konu hakkında duruşma yapmayı da reddetmiştir. Bkz., *a.g.e.*, öte yandan, hakimlerin beşinin verdiği Ayrı Oy Görüşü için de bkz., ICJ Reports, 1984, s. 219; 76 ILR, s. 78.

<sup>296</sup> Yani, sadece Fonseca Körfezi içerisindeki suların hukuki rejimine ilişkin konular. (El Salvador ve Honduras arasındaki kara sınırının tayini ve deniz alanlarının sınırlandırılması gibi uyuşmazlıkta yer alan diğer konular değil).

<sup>297</sup> ICJ Reports, 1990, s. 92; 97 ILR, s. 112.

<sup>298</sup> ICJ Reports, 1990, s. 133; 97 ILR, s. 254. Divan, 'müdahale usulünün, çıkarları muhtemelen etkilenebilecek bir devletin (yargısal bir bağ olmasa, dolayısıyla da bir taraf olmasa bile) müdahil olmasına izin verilebilmesini sağlamak' olduğunu kaydetmiştir. Bkz., ICJ Reports, 1990, s. 135, 97 ILR, s. 256. Daha önceki davalarda bu konu hakkında karar verme zorunluluğu duyulmamıştır. Örneğin bkz., *Tunisia/Libya* davası, ICJ Reports, 1981, ss. 3, 20; 62 ILR, ss. 612, 629, ve *Libya/Malta* davası, ICJ Reports, 1984, ss. 3, 28; 70 ILR, ss. 527, 557.

<sup>299</sup> ICJ Reports, 1990, ss. 117-8 ve 133-4.

<sup>300</sup> *Nicaragua v. Colombia (Costa Rica Application to Intervene)*, ICJ Reports, 2011, ss. 348, 358 ve *Nicaragua v. Colombia (Honduras Application to Intervene)*, ICJ Reports, 2011, ss. 420, 433-4. Ayrıca bkz., *Germany v. Italy (Application to Intervene)*, 4 Temmuz 2011, ICJ Reports, 2011, ss. 494, 501.

<sup>301</sup> *Nicaragua v. Colombia (Costa Rica Application to Intervene)*, ICJ Reports, 2011, ss. 348, 360 ve *Germany v. Italy (Application to Intervene)*, 4 Temmuz 2011, ICJ Reports, 2011, ss. 494, 502.

<sup>302</sup> *A.g.e.*, s. 135.

başarısı için bir zaruret olmadığı sonucunu çıkardığını açıklamıştır. Nitekim gerçekten de, ‘müdahil olma prosedürü, herhangi bir yetki bağlantısı bulunmamasına ve dolayısıyla da taraf olamamasına rağmen, menfaatlerinin etkilenme ihtimali olan bir devletin müdahil olabilmesine izin verilebilmesini temin etmektedir’.<sup>303</sup> Davanın tarafları ile müdahil devlet arasındaki yargı yetkisi bağlantısı, sonuç itibarıyla, ancak müdahil devletin gerçekten davaya taraf olmayı istemesi durumunda gereklidir.<sup>304</sup>

Divan *Indonesia/Malaysia (Philippines Intervening)* davasında “hukuki nitelikteki bir menfaat” kavramının anlamını ele almış ve bu kavramın sadece kararın kesin hükmüne ya da hüküm bildiren paragraflarına değil, aynı zamanda bu kararın alınmasındaki gerekçelere de işaret ettiği sonucuna varmıştır.<sup>305</sup> Divan müdahil olma talebine izin verip vermemeye karar verirken, davanın tüm şartlarını dikkate alarak, müdahil olmak isteyen devletin ortaya koyduğu hukuki iddiaların tarafların arasındaki davada verilecek bir hükümden gerçekten etkilenip etkilenemeyeceğine karar vermek durumundadır. Müdahil olmak isteyen devlet ‘öne sürdüğü hususu ikna edici bir şekilde göstermek’ zorundadır<sup>306</sup> ve bu devlet, davanın bizatihi konusunun dışındaki başka bir hukuki nitelikteki menfaata dayanması durumunda, ‘sahip olduğunu iddia ettiği hukuki nitelikteki menfaatin mevcut olduğunu belirgin bir netlikle ortaya koyma yükünü kaçınılmaz olarak taşımaktadır’.<sup>307</sup>

Divan *El Salvador/Honduras* davasının<sup>308</sup> esasa ilişkin aşamasında müdahil devlet olarak Nikaragua’nın müdahil olmak suretiyle yargılamada taraf olamayacağını belirterek, Nikaragua’nın, bu nedenle, verilen hükümlerle bağlı olamayacağına karar vermiştir.<sup>309</sup> Müdahil olmak için Divan’dan izin alan devlet görüşlerini aktarma hakkını elde etmiş olur, ancak kararlarla bağlı olma yükümlülüğü yoktur.<sup>310</sup> Her iki taraf da Nikaragua’ya yargı kararına dayanmasına imkan sağlayabilecek bir konuma sahip olmasına imkan tanıyan bir muvafakat vermediklerinden<sup>311</sup> Divan’ın kararı Nikaragua için bağlayıcı değildir ve dolayısıyla da onun için *res judicata* kabul edilemez.<sup>312</sup>

Müdahil olma başvurularının ‘mümkün olan en kısa zamanda yapılması ve yazılı yargılama aşamasının bitmesinden sonra kalmaması’ gereklidir.<sup>313</sup>

<sup>303</sup> ICJ Reports, 1999, ss. 1034–5.

<sup>304</sup> *El Salvador/Honduras (Intervention)*, ICJ Reports, 1990, ss. 92, 135; 97 ILR, s. 112.

<sup>305</sup> ICJ Reports, 2001, ss. 575, 596.

<sup>306</sup> *El Salvador/Honduras (Intervention)*, ICJ Reports, 1990, ss. 92, 117–18; 97 ILR, s. 112. Ve yazılı delil temelinde göstermesi gerektiğine dair bkz., *Indonesia/Malaysia (Philippines Intervening)*, ICJ Reports, 2001, ss. 575, 603. Genel olarak ispat yüküne ilişkin yukarıya bakınız.

<sup>307</sup> *Indonesia/Malaysia (Philippines Intervening)*, ICJ Reports, 2001, ss. 575, 598. Divan, Filipinlerin sunduğu belgelerin ‘ana yargılamada Divan’ın gerekçe göstermesi ya da yorumda bulunmasını etkilemek için herhangi bir ilgisinin bulunmadığına’ hükmetmiştir. Çünkü bu belgeler Endonezya ve Malezya’nın argümanlarının bir bölümünü oluşturmamaktadır ve Filipinlerin tanımladığı şekliyle Sulu Sultanlığı’nın Kuzey Borneo’ya ilişkin egemenliğini koruduğuna dair meselede bu belgelere Endonezya ve Malezya dayanmamaktadır. *A.g.e.*, ss. 603–4.

<sup>308</sup> ICJ Reports, 1992, ss. 351, 609; 97 ILR, ss. 266, 525.

<sup>309</sup> Bu, kısmen, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 59. maddesinin sadece taraflar arasındaki ilişki bağlamında bir yargı kararının bağlayıcı etkisine atıfta bulunması nedeniyle. Bkz., ICJ Reports, 1992, s. 609; 97 ILR, s. 525.

<sup>310</sup> ICJ Reports, 1992, s. 610; 97 ILR, s. 526. Bu, dava önermeleri ve belgelerin fotokopilerinin alınması hakkını da içermektedir, 85 (1). Kural.

<sup>311</sup> Çünkü davaya müdahil olan devletin davanın bir tarafı olabilmesi için mevcut tarafların muvafakatı gereklidir. Bkz., *a.g.e.*

<sup>312</sup> *A.g.e.* Kural 85 (3) uyarınca, davanın tarafı olmayan bir müdahil devlet genel olarak dava konusunda değil, sadece müdahale ile ilgili konuda dinlenebilir. Ayrıca kendisine yönelik itirazın olmadığı, dolayısıyla konu hakkında sözlü duruşmaya da gerek duyulmayan taraf olmayan bir devletin müdahalesi örneği olarak bkz., *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, ICJ Reports, 2014, 7. vd. paragraflar.

<sup>313</sup> 81(1) Kural. Ayrıca bkz., *Indonesia/Malaysia (Philippines Intervening)*, ICJ Reports, 2001, ss. 575, 584 vd.

**Düzeltilme Yolları<sup>314</sup>**

Divan'ın düzeltme yollarına ilişkin yetkilerine dair kapsamlı analiz oldukça azdır.<sup>315</sup> Temel olarak davacı devlet, davalının uluslararası hukuku ihlal ettiğini beyan eden bir yargı kararı çıkartmaya çalışacaktır. Bu şekildeki kararlar geçmişteki eylemin nitelendirilmesi kadar gelecekteki tutum bakımından bir hüküm de içerebilir.<sup>316</sup> Beyan edici yargı kararları taleplerine, hukuka aykırı faaliyetlerin bir sonucu olarak ortaya çıkmış kayıpların ya da çeşitli hasarlardan kaynaklanan zararların (maddi olmayan zararlar da dahil) tazmini talebi de eşlik edebilir.<sup>317</sup> Zararlara yönelik bu tür talepler doğrudan söz konusu devlete verilen hasarı değil, aynı zamanda bu devletin vatandaşları ve mülklerine verilen hasarı da içerebilir. Divan *Corfu Channel* davası<sup>318</sup> ve sonra yine *Diallo* davasında para tazminine hükmetmiştir.<sup>319</sup>

Divan ayrıca ilgili olan bir uluslararası hukuk hükmünü, belli bir davadaki devletin hakları kadar bireyin haklarını da tanıyacak biçimde yorumlayabilir ve böylece bir vatandaşlık devleti tarafından bireysel haklar adına - bu tür haklarının ihlalinin olduğu durumlarda - zarar iddiasında bulunulmasına kapı aralayabilir.<sup>320</sup> Tazmin makul şekilde eski halin tamamen iadesini, ya da *restitutio in integrum*, içerebilir.<sup>321</sup> *Great Belt* davasında Divan, uyumsuzluk konusu olan yapıların tadili ya da yıkılması için bir karar verilmesi ihtimaline izin vermiştir.<sup>322</sup> Eski halin iadesi meselesi *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* davasında da gündeme gelmiştir. Divan bu davada, Belçika'nın tutuklama emrini eski halin iadesi gerekçesiyle iptal etme yükümlülüğü altında olduğuna hükmetmiştir.<sup>323</sup>

Tazmin konusu *Gabcikovo–Nagymaros Project* davasında<sup>324</sup> da ortaya çıkmıştır ve Divan iki tarafın da uluslararası hukuka aykırı fiil işlediği ve bu nedenle iki tarafın da tazminat alma ve ödeme durumunda olduğu sonucuna varmıştır. Divan, bu tür “kesişen hukuka aykırılık” durumlarında tazminat konusunun, bütün mali iddia ve karşı iddiaların iptali ya da bunlardan karşılıklı olarak feragatte bulunulması yoluyla toptan bir çözüm çerçevesinde tatmin edici bir şekilde çözülmesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>325</sup> Taraflar kendi aralarında henüz karar verilmemiş konulara ilişkin de Divan'ın yardımını talep edebilirler. Netice itibarıyla,

<sup>314</sup> Ayrıca bkz., yukarıda, 13. Bölüm.

<sup>315</sup> Bkz., Gray, *Judicial Remedies*, ve I. Brownlie, 'Remedies in the International Court of Justice', Lowe ve Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, s. 557. Divan, belli bir konu hakkındaki uyumsuzluk hususunda yargı yetkisinin var olduğu bir durumda, bir tarafın yükümlülüğün ihlali nedeniyle talep ettiği yasal yolları mütalaa etmek için Divan'ın yargı yetkisi hususunda ayrı bir gerekçeye ihtiyacı olmadığını açıklamıştır. Bkz., *LaGrand (Germany v. USA)* davası, ICJ Reports, 2001, ss. 466, 485; 134 ILR, ss. 1, 24, ve *Avena (Mexico v. USA)* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 12, 33; 134 ILR, ss. 120, 136–7.

<sup>316</sup> Bununla birlikte Divan'ın devam etmekte olan bir hukuka aykırılığı tespit ettiği durumda, özel koşullar olmadığı müddetçe buna *dispositif*de genellikle atıfta bulunmaz. Çünkü sona erdirme yükümlülüğü hem genel uluslararası hukuk çerçevesindeki bir yükümlülüktür hem de Statü'nün 59. maddesi uyarınca karara uyma hususunda Divan'ın önündeki uyumsuzluklardaki tarafların spesifik yükümlülüğünden kaynaklanır. *Costa Rica v. Nicaragua*, ICJ Reports, 2009, ss. 213, 267.

<sup>317</sup> Örneğin bkz., *I'm Alone* davası, 3 RIAA, 1935, s. 1609 ve *Rainbow Warrior* davası, 74 ILR, ss. 241, 274 ve 82 ILR, ss. 499, 575. Ayrıca bkz., *Democratic Republic of Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 279.

<sup>318</sup> *UK v. Albania (Compensation)*, ICJ Reports, 1949, s. 244.

<sup>319</sup> *Guinea v. Democratic Republic of the Congo (Compensation)*, ICJ Reports, 2012, ss. 324, 331.

<sup>320</sup> Bkz., *LaGrand* davası, ICJ Reports, 2001, ss. 466, 514 vd.; 134 ILR, ss. 1, 53, kararın 128. paragrafında yer alan hüküm fıkrasının 3. ve 4. paragrafları.

<sup>321</sup> Bkz., *Chorzów Factory* davası, PCIJ, Series A, No. 13, ve *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1980, s. 4; 61 ILR, s. 502. Ayrıca bkz., Gray, *Remedies*, ss. 95–6.

<sup>322</sup> ICJ Reports, 1991, ss. 12, 19; 94 ILR, s. 446.

<sup>323</sup> ICJ Reports, 2002, ss. 3, 31–2; 128 ILR, ss. 60, 87–8. Öte yandan, Hakim Higgins, Hakim Kooijmans ve Hakim Buergenthal'in 'ilgili kişinin Dışişleri Bakanı olması sona erir ermez, yakalama kararı ile bağlantılı sonuçlar da sona ermiştir' şeklindeki Ortak Ayrı Görüşü için bkz., *a.g.e.*, ss. 89–90. Ayrıca Hakim Van den Wyngaert'in Karşı Oy Görüşü için bkz., *a.g.e.*, s. 183.

<sup>324</sup> ICJ Reports, 1997, ss. 7, 81 vd.; 116 ILR, s. 1.

<sup>325</sup> *A.g.e.*, ss. 7, 80–1.

*Gabcikovo–Nagymaros Project* davasında Divan, tarafların geçmişteki fiilleri hakkında kararını verdikten sonra, süregelen yetkisini kullanarak kararında ‘tarafların gelecek fiillerinin nasıl olması gerektiğini de belirtmiştir.’<sup>326</sup>

Divan, ayrıca, taraflardan birinin bir beyanına da atıfta bulunabilir ve böylece bu beyanı kararına dahil edebilir. Bu suretle bu beyan tek taraflı bağlayıcılık kazanır.

*LaGrand* davasında Divan ABD’nin ilgili sözleşmeye uymak amacıyla yürüttüğünü belirttiği “önemli faaliyetler”e işaret etmiş ve bu davranışın bu yöndeki çabaları devam ettirme taahhütü anlamına geldiği ve Almanya’nın tekrarlamama genel teminatına yönelik talebinin karşılanmakta olduğu şeklinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.<sup>327</sup> *Cameroon v. Nigeria* davasında Divan, hem yargı kararının metninde hem de hüküm kısmında Kamerun’da yaşayan Nijeryalılara yapılan muameleye ilişkin olarak Kamerun Temsilcisi’nin beyanına atıfta bulunmuş ve “üstlenilen taahhüt”ü memnuniyetle karşıladığını belirtmiştir’.<sup>328</sup>

Divan *LaGrand* davasında Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Sözleşmesi çerçevesindeki haklarına saygı gösterilmemiş yabancı uyruklu bir kişiye verilen mahkumiyet ve ölüm cezası davalarında ABD’nin “yükümlülüklerinin incelenmesi”ne atıfta bulunduğu daha ileri bir adım atmış oldu.<sup>329</sup> Divan nihai hükmün 7. uygulama paragrafında on dörde karşı bir oy çoğunluğuyla, bu tür durumlarda ‘Amerika Birleşik Devletleri’nin sözkonusu sözleşmede öngörülen hakların ihlalini dikkate alarak, kendi tercih ettiği bir yöntemle mahkumiyet ve ölüm cezasının incelenmesi ve yeniden değerlendirilmesine izin vermesi gerektiği’ sonucuna varmıştır.<sup>330</sup> Divan, sorumlu devletin tekrarlamama garantileri ve teminatları sağlamasına karar verebilir, fakat bunu ancak şartların gerektirmesi halinde ve özel durumlarda yapacaktır.<sup>331</sup>

Divan tazmin meselesini, yargılamanın daha ileri bir safhasında ele alma hakkını saklı tutmaktadır. Taraflardan hiçbirisi, Divan’ın daha önceki kararındaki bulgularının *res judicata* olduğunu sorgulayamaz ve bulgular hususunda yeniden yargılama yapılmasını talep edemez. Tarafların doğrudan müzakerelerle bir çözüme ulaşmaya çalıştığı durumlarda Divan, bu tür müzakerelerin iyi niyet çerçevesinde ve Divan kararının bulgularına dayalı olarak üzerinde uzlaşmış bir çözüm bulmak için yürütülmesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>332</sup>

<sup>326</sup> *A.g.e.*, ss. 75–6. Divan, ‘uluslararası akarsular hukukunun prensipleri ve uluslararası çevre hukukunun normları kadar, ortak ve entegre bir şekilde takip edilmesi gereken antlaşma amaçlarını da göz önüne alan üzerinde uzlaşmış bir çözüm bulmanın tarafların kendilerine düştüğü’ hükmüne varmıştır. Bkz., *a.g.e.*, s. 78.

<sup>327</sup> ICJ Reports, 2001, ss. 466, 512–13 ve 513–14; 134 ILR, ss. 1, 50–1 ve 51–2. Ayrıca bkz., *Avena (Mexico v. USA)* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 12, 69; 134 ILR, ss. 120, 172.

<sup>328</sup> ICJ Reports, 2002, ss. 303, 452 ve 457, *dispositif*’in (hüküm fıkrası) V (C) paragrafı.

<sup>329</sup> ICJ Reports, 2001, ss. 466, 514; 134 ILR, ss. 1, 51–2. Ayrıca bkz., yukarıda, 12. Bölüm.

<sup>330</sup> ICJ Reports, 2001, ss. 466, 514 vd.; 134 ILR, ss. 1, 51 vd. Ayrıca bkz., R. Y. Jennings, ‘The *LaGrand* Case’, 1 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2002, ss. 1, 40; *Avena (Mexico v. USA)* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 12, 69–70. Bu davada Divan, Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi’ne ilişkin prensip konularını ele aldığını ve başvurunun konusu olan Meksika vatandaşlarına ilişkin yorumlarının, prensiplerin ABD’de benzer konumdaki bütün yabancı uyruklara uygulanmadığı şeklinde düşünülmesi gerektiğini ‘önemli bir husus’ olarak vurgulamıştır. Divan, ayrıca, ABD’nin sözkonusu bireylere ilişkin hükümde belirtilmiş kriterlere göre inceleme ve yeniden değerlendirme niteliğine sahip uygun bir düzeltme yolu bulması gerektiğine hükmetmiştir. *A.g.e.*, s. 70. ABD’nin cevabı ve ilgili ABD içtihatına ilişkin bkz., yukarıda 4. Bölüm. Ayrıca *Avena* davası kararının (Geçici Tedbirler) yorumlanması talebi için bkz., ICJ Reports, 16 Temmuz 2008 and ICJ Reports, 2009, s. 3.

<sup>331</sup> *Costa Rica v. Nicaragua*, ICJ Reports, 2009, ss. 213, 267.

<sup>332</sup> *Democratic Republic of Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 257.

### Kararın Uygulanması

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 60. maddesi uyarınca Divan'ın kararı, bir kez verildikten sonra artık nihaidir ve temyiz edilemez.<sup>333</sup> 59. madde uyarınca ilgili davadaki tarafların dışında bir bağlayıcılığa sahip olmamasına rağmen, Divan kararları uluslararası hukukun yeni kurallarının gelişiminde genellikle çok etkilidir.<sup>334</sup> Divan'ın kendisi karara riayet ile ilgilenmez ve 'Divan bir kez bir devletin gelecek fiiline ilişkin bir taahhüte girdiği sonucuna varmışsa sözkonusu devletin taahhütüne uymayacağını tasavvur etmenin Divan'ın görevi olmadığı' görüşünü esas alır.<sup>335</sup>

BM Şartı'nın 94. maddesi uyarınca her üye devlet taraf olduğu herhangi bir davada Divan'ın kararına uymayı taahhüt eder ve eğer bu gerçekleşmezse, diğer taraf tavsiye kararı ya da bağlayıcı karar alabilen Güvenlik Konseyi'ne başvurabilir. Divan kararlarına uymama örnekleri olarak *Corfu Channel* davasında Arnavutluk<sup>336</sup>, *Fisheries Jurisdiction* davasında İzlanda<sup>337</sup> ve *Iranian Hostages* davasında İran<sup>338</sup> sayılabilir. Bununla birlikte, 1990'dan bu yana Divan kararlarına uyma bilançosu genel olarak iyidir. Örneğin, Libya<sup>339</sup> ve Nijerya<sup>340</sup>, başlangıçtaki çekincelerine rağmen, ilgili davada karşıtlarının lehinde karar veren Divan'ın yargı kararlarını kabul etmiştir. İtaat etmeme potansiyeli olan devletler tarafından kararlara uymamanın siyasi maliyeti hesaba katılmak zorundadır.<sup>341</sup>

### Yargı Kararının Yorumlanması Başvurusu<sup>342</sup>

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 60. maddesi 'karar nihaidir ve temyiz edilemez. Kararın anlamı ya da kapsamına ilişkin uyuşmazlık durumunda Divan, taraflardan birinin talebi üzerine onu yorumlar' ifadelerine yer vermiştir. 98 (1). Kural da, bir kararın anlamı ya da kapsamına ilişkin uyuşmazlık durumunda<sup>343</sup> taraflardan birinin bu kararın yorumlanması için talepte bulunabileceğini belirtmektedir. Bu talebin amacı hüküm verilmemiş hususlara bir cevap elde etmek değil, yalnızca, Divan'ın bağlayıcı olarak karara bağladığı hükmün anlamı ve kapsamının açıklığa kavuşturulmasını

<sup>333</sup> Örneğin bkz., A. Zimmermann ve T. Thienel, 'Article 60', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 1469.

<sup>334</sup> Bkz., C. Brown, 'Article 59', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 1416 ve genel olarak da Shahabuddeen, *Precedent*. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Jones v. UK* davasındaki 14 Ocak 2014 tarihli kararının 198. paragrafında Uluslararası Adalet Divanı'nın *Germany v. Italy* davasındaki kararının (ICJ Reports, 2012, s. 99), yargı yetkisi ile ilgili muafiyetlere ilişkin uluslararası teamül hukuku bakımından yetkin olduğunu kaydetmiştir.

<sup>335</sup> *Nuclear Tests* davası, ICJ Reports, 1974, s. 477.

<sup>336</sup> ICJ Reports, 1949, s. 4; 16 AD, s. 155.

<sup>337</sup> ICJ Reports, 1974, s. 3; 55 ILR, s. 238.

<sup>338</sup> ICJ Reports, 1980, s. 3; 61 ILR, s. 530. 1970'lerde ve 1980'lerin bir döneminde bazı davalı devletlerin Divan huzuruna çıkma konusunda direnci vardı. Örneğin bkz., *Fisheries Jurisdiction* davası, ICJ Reports, 1974, s. 3; 55 ILR, s. 238; *Nuclear Tests* davası ICJ Reports, 1974, s. 253; 57 ILR, s. 350; *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1980, s. 3; 61 ILR, s. 530 ve *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, s. 14. Ayrıca bkz., Statü'nün 53. maddesi ve H. Thirlway, *Non-Appearance before the International Court of Justice*, Cambridge, 1985; G. G. Fitzmaurice, 'The Problem of the "Non-appearing" Defendant Government', 51 BYIL, 1980, s. 89, ve J. Elkind, *Non-Appearance before the ICJ, Functional and Comparative Analysis*, Dordrecht, 1984.

<sup>339</sup> Bkz., *Libya/Chad* davası, ICJ Reports, 1994, s. 40. Ayrıca bkz., yukarıda, 17. Bölüm.

<sup>340</sup> *Cameroon v. Nigeria*, ICJ Reports, 2002, s. 303.

<sup>341</sup> Örneğin bkz., C. Paulson, 'Compliance with Final Judgments of the International Court of Justice since 1987', 98 AJIL, 2004, s. 434, ve A. P. Llamzon, 'Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the International Court of Justice', 18 EJIL, 2007, s. 815.

<sup>342</sup> Örneğin bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 3, 28. Bölüm, III.395. paragraf ve Rosenne, *Interpretation, Revision and Other Recourse from International Judgments and Awards*, Leiden, 2007, ve K. H. Kaikobad, *Interpretation and Revision of International Boundary Decisions*, Cambridge, 2007, 3. Bölüm. Ayrıca bkz., Zimmermann ve Thienel, 'Article 60' Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 1469 ve Kolb, *International Court*, s. 776.

<sup>343</sup> Yorum talebinin kabul edilebilmesi için bir uyuşmazlık olması gerekir ve bu tür bir uyuşmazlığın olup olmadığına Divan karar verecektir. Bkz., *Avena (Mexico v. US) (Request for Interpretation)*, ICJ Reports, 2009, ss. 3, 10 ve 12 vd. ve *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Request for Interpretation)*, ICJ Reports, 2013, ss. 281, 295 vd. Divan, 60. maddenin anlamı içerisindeki bir uyuşmazlığın 'Divan tarafından verilen bir kararın anlamı ya da kapsamına ilişkin taraflar arasındaki görüş ya da bakış farkı' olarak anlaşılması gerektiğini ve 36 (2). madde çerçevesindeki bir uyuşmazlık tanımından farklı olduğunu belirtmiştir. Bkz., *a.g.e.*, s. 295.



temin etmektedir.<sup>344</sup> Sonuç itibarıyla yorumlama talebi kararın gerekçeleri ile değil, kararın gerekçelerinin kararın uygulama kısmından ayrılamaz olduğu durumlar hariç, bu kararın uygulama kısmı ile bağlantılı olmak zorundadır. Ancak istisnai olarak, yorumlama talebinde bulunulabilir.<sup>345</sup> Kararların nihaiğini zedelemekten ve uygulanmalarını geçiktirmekten kaçınma gerekliliği, yorumlama taleplerinin kabul edilebilirliğine “özellikle dikkat” gösterilmesi gerektirdiği anlamına gelmektedir.<sup>346</sup>

### Karar Düzeltme Başvurusu<sup>347</sup>

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 61. maddesi uyarınca bir kararın düzeltilmesi için başvuru ancak, karar verildiği anda Divan'ca ve kararın düzeltilmesini isteyen taraflarca bilinmeyen kesin etki yapabilecek nitelikte olan bir olgunun keşfedilmiş olması üzerine ve bilmemenin ihmalden kaynaklanmamış olması halinde yapılabilir. Başvuru yeni olgunun keşfedilmesinden altı ay ve yargı kararının verildiği tarihten itibaren de on yıl içerisinde yapılmak zorundadır. *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libya)* davasında<sup>348</sup> Divan, söz konusu “yeni olgu”nun (yani Libya'nın Batı sınırlarındaki petrol ayrıcalıklarının düzenleyen Libya Bakanlar Konseyi'nin 28 Mart 1968 tarihli kararının metni) normal özen gösterilmesi yoluyla bilinebilecek bir olgu olduğuna karar vermiştir. Tunus'un bu olgulardan habersiz olması kendi ihmali nedeniyleydi.<sup>349</sup> Ayrıca, ileri sürülen yeni olguların, 61. maddenin gerekli kıldığı üzere, kesin bir etki yapabilecek nitelikte olduğu söylenilemezdi.<sup>350</sup> *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 Concerning Application of the Genocide Convention (Preliminary Objections)* davasında Divan, prosedürün ilk aşamasının talebin kabul edilebilirliği meselesini incelemek olduğunu kaydetmiştir.<sup>351</sup> Divan 61. maddenin, düzeltme için yapılacak başvurunun karar verildiğinde bilinmeyen bir olgunun keşfedilmesine dayanmak zorunda olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle, söz konusu olgunun karar tarihinde mevcut olan ve sonradan keşfedilen bir olgu olması gerekir. Karardan birkaç yıl sonra meydana gelen bir olgu “yeni” olarak görülemez.<sup>352</sup> Karar sonrası olgulardan hukuki sonuçlar çıkarmak ya da *ex post facto* bir hukuki durumu yeniden yorumlamak 61. maddenin hükümleri içerisine girmeyecektir. *Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 Concerning the El Salvador/Honduras (Nicaragua Intervening)* davasında<sup>353</sup> El Salvador kendisi ile Honduras arasında daha önceki bir kararda Divan tarafından belirlenmiş olan kara sınırının bir hattınının değiştirilmesini istemiştir. Divan, 61. maddenin gerekliliklerini detaylandırmış<sup>354</sup> ve

<sup>344</sup> Bkz., *Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum* davası, ICJ Reports, 1950, s. 402; 17 ILR, s. 339 ve *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libya)*, ICJ Reports, 1985, ss. 191, 214–20; 81 ILR, ss. 420, 447.

<sup>345</sup> Bkz., *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 (Cameroon v. Nigeria)*, ICJ Reports, 1999, ss. 31, 35 ve *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *Request for Interpretation*, ICJ Reports, 2013, s. 296.

<sup>346</sup> *Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 (Cameroon v. Nigeria)*, ICJ Reports, 1999, ss. 31, 36. Divan, ‘Statü’nün 60. maddesinin dili ve yapısının *res judicata* prensibinin üstünlüğünü yansıttığını, bu prensibin korunması gerektiğini’ belirtmiştir. A.g.e. *Res judicata* hakkında yukarıya bakınız.

<sup>347</sup> Örneğin bkz., *Rosenne’s Law and Practice*, Cilt: 3, 28. Bölüm, III.397. paragraf, Rosenne, *Interpretation*, 6. Bölüm, ve Kaikobad, *Interpretation and Revision*, 4. Bölüm. Ayrıca bkz., A. Zimmermann ve R. Geiss, ‘Article 61’, Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 1497 ve Kolb, *International Court*, s. 802.

<sup>348</sup> ICJ Reports, 1985, ss. 191, 198–214; 81 ILR, s. 431.

<sup>349</sup> ICJ Reports, 1985, ss. 206–7; 81 ILR, s. 439.

<sup>350</sup> ICJ Reports, 1985, ss. 213–14; 81 ILR, s. 446.

<sup>351</sup> ICJ Reports, 2003, ss. 7, 11. Ayrıca bkz., *Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992 Concerning the El Salvador/Honduras (Nicaragua Intervening)* davası, ICJ Reports, 2003, ss. 392, 398. Bu dava, Divan tarafından verilen ilk 61. madde kararıdır, bkz., M. N. Shaw, ‘Application for Revision of the Judgment of 11 September 1992’, 54 ICLQ, 2005, s. 999.

<sup>352</sup> ICJ Reports, 2003, ss. 7, 30.

<sup>353</sup> ICJ Reports, 2003, ss. 392, 398–9.

<sup>354</sup> Başvuru bir “olgu”nun “keşfi”ne dayanıyor olmalıdır; “belirleyici bir faktör olacak niteliğe sahip olan” bir olgunun keşfine dayanılıyor olmalıdır; olgu karar verildiğinde Divan'ca ve düzeltme isteyen tarafça o ana kadar “bilinmeyen” bir olgu olmalıdır; bu olguyu gündeme getirmeme “ihmal nedeniyle” olmamalıdır; ve düzeltme başvurusu ‘yeni olgunun keşfinden en geç altı ay içerisinde ve hükmün verildiği tarihten on yıl geçmeden önce yapılmalıdır.’

söz konusu maddede yer alan şartların her birinin yerine getirilmek zorunda olduğuna, aksi takdirde başvurunun reddedileceğine karar vermiştir.<sup>355</sup>

### Karar Sonrası Bir Durumun İncelenmesi

Divan, daha önceki bir kararda ele alınmış bir durumu - eğer bu kararın hükümleri imkan veriyorsa - yeniden inceleme yetkisine sahiptir. Sırf bazı şartlar değiştiği için hükme bağlanmış bir konu hakkında, tarafların yeniden dava açmasına izin verme riski taşıdığı için bu durum oldukça nadirdir. *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France)* davasında<sup>356</sup> Divan'dan Güney Pasifik'te yapılması önerilen Fransız nükleer denemelerine yönelik Divan'ın 1974 yılında verdiği kararın 63. paragrafına uygun hareket etmesi istenmiştir. 63. paragrafta 'yargı kararının temeli etkilenecek olursa başvuran devletin Statü'nün hükümlerine uygun olarak sözkonusu durumun yeniden incelenmesini isteyebileceği' belirtilmişti.<sup>357</sup> Divan'ın 1974 yılındaki kararı, Fransa atmosferde daha fazla nükleer deneme yapmama taahhütü verdiği için Fransız nükleer denemesine ilişkin Yeni Zelanda'nun iddiaları hakkında bir karara ihtiyaç olmadığını hükme bağlamıştı.

Divan değişen şartlar ışığında bir durumun yeniden incelenmesi bağlamında, 60. madde uyarınca kararın yorumlanması ya da 61. madde uyarınca kararın düzeltilmesi anlamına gelmeyen, ilk kararın hükümlerinin bir sonucu olarak "bir özel prosedür" tesis edilebileceğini zımni olarak kabul etmiştir.<sup>358</sup> Nitekim, bu tür bir prosedür ilk kararda değişiklikler yapılmasını sağlama amaçlı değil, daha sonraki bir tarihte taraflardan birince ilk karara yönelik açık bir meydan okuma karşısında kararı zarar görmekten korumak amaçlı olmalıdır. Hakim Weeramantry'nin belirttiği gibi, 'Divan *sui generis* bir prosedür tertip etmek için kendi prosedürünü düzenlemeye yönelik kuşku götürmez yetkilerini kullanmıştır.'<sup>359</sup> Bununla birlikte görülmekte olan davada Divan, 1974 kararının dayanağının Fransa'nın atmosferde başka nükleer denemeler yapmayacağına dair taahhütü olduğunu belirtmiş ve bu nedenle yalnızca atmosferdeki nükleer denemelerin yeniden başlamasının (ki gerçekleşmemiştir) bu kararın dayanağını etkileyebileceğine karar vermiştir<sup>360</sup> Sonuç olarak, Yeni Zelanda'nın durumun yeniden incelenmesine yönelik talebi reddedilmiştir.

### Divan'ın İstisari Yargı Yetkisi<sup>361</sup>

Devletler arasındaki uyuşmazlıklar hususunda karar verme yetkisine sahip olmanın yanı sıra Uluslararası Adalet Divanı istisari görüşler de verebilir. Statü'nün 65. maddesi 'Divan'ın Birleşmiş Milletler Şartı gereğince ya da bu Şart hükümlerine uygun olarak görüş istemeye yetkili kılınmış her organın talebi üzerine her türlü hukuki sorun konusunda görüş verebileceği'ni ifade etmektedir. BM Şartı'nın 96. maddesi de Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi gibi, Genel Kurul

<sup>355</sup> ICJ Reports, 2003, ss. 392, 399 ve 404.

<sup>356</sup> ICJ Reports, 1995, s. 288; 106 ILR, s. 1.

<sup>357</sup> ICJ Reports, 1974, s. 477.

<sup>358</sup> *A.g.e.*, ss. 303-4. Hakim Weeramantry durumun incelenmesi talebinin 'Divan'ın tarihinde muhtemelen eşine rastlanılmamış' olduğunu ve bir yargı kararının düzeltilmesi ya da yorumlanması için Divan Kurulları'nda kabul edilen standart taleplerin herhangi biri ile uyumlu olmayan bir talep olduğunu belirtmiştir. *A.g.e.*, s. 320.

<sup>359</sup> *A.g.e.*, s. 320.

<sup>360</sup> *A.g.e.*, ss. 305-6. Fransa bir dizi yeraltı nükleer denemesi gerçekleştirmeyi tasarlıyordu. Nitekim nihayetinde bunu gerçekleştirdi.

<sup>361</sup> Örneğin bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 1, 5. Bölüm, Cilt: 2, 15. Bölüm ve Cilt: 3, 30. Bölüm; Kolb, *International Court*, s. 1019; D. Negulesco, 'L'Evolution de la Procedure des Avis Consultatif de la Cour Permanente de Justice Internationale', 57 HR, 1936, s. 1; K. Keith, *The Extent of the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Leiden, 1971; M. Pomerance, *The Advisory Jurisdiction of the International Court in the League and UN Eras*, Baltimore, 1973; D. Pratap, *The Advisory Jurisdiction of the International Court*, Oxford, 1972; D. Greig, 'The Advisory Jurisdiction of the International Court and the Settlement of Disputes Between States', 15 ICLQ, 1966, s. 325; R. Higgins, 'A Comment on the Current Health of Advisory Opinions', Lowe ve Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice*, s. 567; G. Abi-Saab, 'On Discretion: Reflections on the Nature of the Consultative Function of the International Court of Justice', *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (ed. L. Boisson de Chazournes ve P. Sands), Cambridge, 1999, s. 36, ve Daillier ve diğerleri, *Droit International Public*, s. 1007.

tarafından yetkili kılınan BM organları ve uzmanlık kuruluşlarının da kendi çalışma alanları içinde ortaya çıkan hukuki sorunlar hususunda istişari görüş isteyebileceğini belirtmektedir.<sup>362</sup>

Çekişmeli davalardan farklı olarak Divan'ın istişari yargı yetkisinin amacı devletler arası uyumsuzlukları - en azından doğrudan ya da kendiliğinden - çözüme kavuşturmak değil, daha ziyade 'görüş isteyen organ ya da kuruluşlara hukuki tavsiye sunmak'tır.<sup>363</sup> Sonuç itibarıyla, Divan'ın önüne gelen sorunun belirli bir uyumsuzluk ile bağlantılı olmaması Divan'ın yetkisini etkilemez ya da ortaya konulan sorunun niteliği gereği soyut olması önemli değildir.<sup>364</sup> Benzer şekilde, bir hukuki sorunun siyasi yönlere de sahip olması, Divan'ı yargı yetkisinden ya da uluslararası hukuk tarafından kendilerine getirilen yükümlülüklerle ilişkin devletlerin muhtemel eylemlerinin hukukiliğini değerlendirmek görevinden mahrum bırakmayacaktır.<sup>365</sup> Divan istişari görüş için kendisine yöneltilen sorunların 'uyumsuzluk teşkil eden hukuki neticeleri öne sürerek değil tarafsız bir terminoloji ile' sunulması gerektiğini ve bunların gerekçe ya da tartışma içermemesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>366</sup> BM'nin bir siyasi organı tarafından önüne getirilen sorunu ele aldığı anda Divan, talebin kökenleri ya da siyasi geçmişini veya ilgili karara dair oyların dağılımını göz önüne almayacaktır. Divan tarafından verilen herhangi bir cevabın diğer düzlemlerde söz konusu talebin konusu hususunda bir etken olabileceği gerçeği, Divan'ın istişari görüş için yapılan talebe uygun cevabı belirlemede önem arz etmez.<sup>367</sup> Dahası, sorunun açık ve net olarak ortaya konulmamış olması Divan'ın yargı yetkisini ortadan kaldırmaz. Bu tür bir muğlaklık Divan tarafından bir yorumlama konusu olarak açıklığa kavuşturulabilir. Nitekim Divan kendi rolünü, temel olarak ilgili prensipleri ve kuralları tanımlama, onları yorumlama ve uygulama olarak görerek, ve böylece 'hukuka dayalı olarak ortaya konulmuş soruna bir cevap vererek', 'önüne getirilen sorunları genişletebilir, yorumlayabilir ve hatta yeniden formüle edebilir.'<sup>368</sup>

Divan, başlangıçta, taraflardan birinin davada yer almayı reddettiği durumlarda taraflar arasındaki bir uyumsuzlukta ana sorun hususunda istişari yargı yetkisini kullanmayacağı görüşünü benimsemişti.<sup>369</sup> Ancak, devletlerin egemenlik ve bağımsızlığını yansıtmayı amaçlayan bu prensibin alanı, Divan'ın önüne daha sonra gelen davalarda daraltılmış ve dolayısıyla mevcut karine, yargı yetkisi konularına bağlı olarak istişari görüş talebine Divan'ın cevap vereceği yönünde gelişmiştir. Örneğin, Bulgaristan, Macaristan ve Romanya arasındaki 1947 tarihli Barış Antlaşmalarının yorumlanması ile ilgili *Interpretation of Peace Treaties* davasında,<sup>370</sup> çekişmeli davalarda Divan'ın yargı yetkisinin dayanağının uyumsuzluğun taraflarının rızasına dayanıyor olmasına karşın, istişari görüşlere ilişkin aynı kuralın geçerli olmadığı vurgulanmıştır. İstişari görüşler herhangi bir taraf üzerinde bağlayıcılığa sahip değildir ve belli bir devlete ya da devletlere değil, onları talep eden

<sup>362</sup> Bkz., J. Frowein ve K. Oellers-Frahm, 'Article 65', Zimmermann ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 1605, ve K. Oellers-Frahm, 'Article 96 UN Charter', *a.g.e.*, s. 207. Ayrıca, bağlayıcı nitelikte kabul edilecek istişari kararlara dair bkz., aşağıda, 22. Bölüm.

<sup>363</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davası, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 236; 110 ILR, s. 163. *Construction of a Wall* davasında (ICJ Reports, 2004, ss. 136, 162-3; 129 ILR, ss. 37, 80), Divan 'istişari görüşler, talep eden kurumların eylemlerinde onlar için gerekli olan hukuk unsurlarının sözkonusu kurumlara verilmesi amacına mütealliktir' görüşünü ifade etmiştir. Sonrasında Divan'ın hükümlerinden sonuçlar çıkarmak talep eden kuruma kalmıştır.

<sup>364</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davası, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 236; 110 ILR, s. 163. Ayrıca bkz., *Construction of a Wall* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 154; 129 ILR, s. 37.

<sup>365</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davası, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 234 ve *Construction of a Wall* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 155 ve 159-60. Ayrıca bkz., *Kosovo UDI* davası, ICJ Reports, 2010, ss. 403, 415.

<sup>366</sup> *International Fund for Agricultural Development (Advisory Opinion)*, ICJ Reports, 2012, ss. 10, 36.

<sup>367</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davası, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 236.

<sup>368</sup> *Construction of a Wall* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 153-4 ve 160. Ayrıca bkz., *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davası, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 234.

<sup>369</sup> Bkz., *Eastern Carelia* davası, PCIJ, Series B, No. 5, 1923; 2 AD, s. 394. Divan, ilgili tarafın rızasını Divan'ın yargı yetkisi ya da yetkinliğinin bir konusu olarak değil, bir görüş vermenin yargısal açıdan uygunluğu konusu olarak ele almıştır. Bkz., *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, s. 25 ve *Construction of a Wall* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 157-8.

<sup>370</sup> ICJ Reports, 1950, ss. 65, 71; 17 ILR, ss. 331, 335.

organlara yönelik olarak verilmektedir. ‘Bizatihi kendisi de ‘Birleşmiş Milletler’in bir organı’ olan Divan, ‘görüşünün BM’nin çalışmalarına katılmasını ifade ettiğini ve prensip itibarıyla reddedilmemesi gerektiği’ni belirtmiştir. Benzer şekilde Divan, *Reservations to the Genocide Convention* davasında istisari görüşlerin amacının ‘kendi görevi bakımından Birleşmiş Milletler’e kılavuzluk yapmak’ olduğunu vurgulamıştır. Bu yüzden Divan, bir uluslararası antlaşmanın uygulanmasına ilişkin uluslararası bir kurum için kılavuzluk yapması söz konusu olduğunda, ilgili bir tarafın itirazlarına rağmen, istisari yargı yetkisini kullanmaya eğilim gösterecektir. Nitekim Divan, ancak “zorlayıcı sebepler”in (yargı yetkisinin olmadığı gerekçesinden farklı olarak) elverişlilik gerekçesine dayanarak Divan’ın bir görüş veremeyi reddetmesine yol açabileceğini belirtmiştir.<sup>371</sup>

Uluslararası Adalet Divanı *Western Sahara* davasında<sup>372</sup> yöneten devlet olan İspanya’nın itirazlarına rağmen, sömürgecilik zamanında bölgenin niteliği ve Fas ile Moritanya’nın bu bölge ile olan hukuki bağları hususunda bir istisari görüş vermiştir. Divan, söz konusu davayı bazı gerekçelerle *Eastern Carelia* uyuşmazlığından farklı tutmuştur. Bu gerekçelerin en önemlisi *Western Sahara* davasındaki uyuşmazlığın BM Genel Kurulu’nun sömürgeciliğin sona erdirilmesi işlemleri çerçevesinde ortaya çıktığı ve Genel Kurul tarafından istenen istisari görüşün amacının Divan’dan bölgenin sömürgecilikten kurtulmasında Genel Kurul’a yardımcı olacak bir görüş almak olduğu idi.<sup>373</sup> Bundan ötürü, konu *Peace Treaties / Reservations* davalarındaki BM’ye kılavuzluk eden istisari görüşler kategorisi kapsamına girmekteydi.<sup>374</sup> Divan, *Eastern Carelia* konusunda Uluslararası Daimi Adalet Divanı’nu değerlendirme yapmayı reddetmeye zorlayan noktanın, (her ne kadar bu durum taraflardan birinin davaya katılmayı reddetmesi nedeniyle vuku bulmuşsa da) bir görüş verebilmesi için yeterli materyalin bulunmaması olduğunu kaydetmiştir. *Western Sahara* davasında ise Divan’ın başvurabileceği çok sayıda yazılı materyal mevcuttu.<sup>375</sup> Bu nedenle, *Eastern Carelia* davasında belirtilmiş bulunan genel kuralın büyük ölçüde zayıflamış olduğu açıktır.<sup>376</sup> Ancak, tümüyle aşınmaya uğradığını söylemek doğru olmaz. Nitekim, ilgili bir tarafın rızasının mevcut olmayışının Divan’ın hukuki niteliğine aykırı bir istisari görüş verilmesine imkan tanıyabildiği durumlar sözkonusu olabilir.<sup>377</sup> Ayrıca, Divan’ın bir hukuki sonuca ulaşmasına imkan verecek “yeterli bilgi ve kanıt” a sahip olma ihtiyacı hala önemlidir.<sup>378</sup> Bununla beraber istisari görüş talebinin ana kriterinin, talep eden kurumun görevlerini muntazam olarak yürütmesine yardım sağlama amacıyla yapıp yapılmadığı olduğu görülmektedir. Bu da görevlerin muntazam yürütülmesine ilişkin hususu öne çıkarmaktadır.<sup>379</sup>

<sup>371</sup> Örneğin bkz., *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davası, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 235 ve *Construction of a Wall* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 156 ve 164. Ayrıca bkz., *Kosovo UDI*, ICJ Reports, 2010, ss. 403, 417 vd. ve *International Fund for Agricultural Development (Advisory Opinion)*, ICJ Reports, 2012, ss. 10, 25.

<sup>372</sup> ICJ Reports, 1975, s. 12; 59 ILR, s. 14.

<sup>373</sup> ICJ Reports, 1975, ss. 24–5; 59 ILR, s. 42. Ayrıca, *Eastern Carelia* davasında Rusya’nın Divan’ın yargı yetkisine itiraz ettiği ve (o dönemdeki) Milletler Cemiyeti’nin üyesi ve Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü’nün bir tarafı olmadığı, oysa *Western Sahara* davasında İspanya’nın BM üyesi olduğu ve dolayısıyla da Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’ne taraf olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle İspanya istisari yargı yetkisini kullanması için Divan’a genel olarak muvafakat vermişti. Ayrıca İspanya’nın yaptığı itiraz, Divan’ı Sahara sorununun tarihsel boyutlarına yapılan referansla sınırlamaktı. *A.g.e.*

<sup>374</sup> Divan, konunun ana noktasının İspanya ile Fas arasındaki uyuşmazlık değil, daha ziyade kolonizasyon zamanında Fas’ın (ve Moritanya’nın) haklarının niteliği olduğunu vurgulamıştır. Bkz., ICJ Reports, 1975, s. 27; 59 ILR, s. 44.

<sup>375</sup> ICJ Reports, 1975, ss. 28–9; 59 ILR, s. 45. Ayrıca *Construction of a Wall* davasında Divan, kendisine BM ve diğer kaynaklardan gelen detaylı bilgiye işaret etmişti. Bkz., ICJ Reports, 2004, ss. 136, 161–2.

<sup>376</sup> Ayrıca bkz., *Difference Relating to Immunity from Legal Process* davası, ICJ Reports, 1999, ss. 62, 78–9; 121 ILR, s. 405 ve *the Construction of a Wall case*, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 156–7. Bu davada Divan, “zorlayıcı sebepler” kriterine referans vererek, yargısal görevini uygulamasının elverişliliği hakkında istisari görüş talep edildiği her durumda tatmin edici nitelikte cevap verme yükümlülüğü olduğuna hükmetmiştir. *A.g.e.*, s. 157.

<sup>377</sup> Bkz., *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, ss. 12, 25. Ayrıca, örneğin, *Construction of a Wall* davasında Hakim Higgins’in Ayrı Oy Görüşü için bkz., ICJ Reports, 2004, ss. 136, 209–10.

<sup>378</sup> Bkz., *Western Sahara* davası, ICJ Reports, 1975, ss. 12, 28–9.

<sup>379</sup> *A.g.e.*, s. 210.

Divan görüş talep eden organ tarafından ortaya konulan sorunu incelerken delillerin niteliği, ispat yükü ve standardı bakımından çekişmeli davalardaki ile aynı temel üzerinden hareket edecektir.<sup>380</sup> Ancak çekişmeli ve istişari yargılamaların farklı amaçları da göz önüne alınmak zorundadır. Ayrıca, Divan'ın çekişmeli davalardan farklı olarak istişari nitelikli yargılamalarda belli bir serbestisi vardır. Çünkü görevi davanın taraflarının hak ve yükümlülüklerini belirlemek değil, gündeme getirilen sorunun içerdiği hukuki konulara ilişkin talep eden kuruma tavsiye vermektir. Özellikle bütün ilgili hukuki konulara atıfta bulunma anlamında söz konusu olayda devletler arasında açıkça bir uyuşmazlığın mevcut olduğu bir durumda, ilgili bağlam dikkate alınarak, "dengeli bir görüş" sunmak için Divan'a bir sorumluluk yüklediği görülmektedir.<sup>381</sup>

Bir görüş beyan etmek için Divan'ın yetkisine ilişkin BM Şartı'nın 96 (2). maddesi Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'un yanı sıra 'Genel Kurul tarafından herhangi bir zamanda yetkili kılınabilecek olan diğer Birleşmiş Milletler organları ve uzmanlık kuruluşlarının da kendi çalışma alanları içinde ortaya çıkan hukuki sorunlar konusunda Divan'dan istişari görüş isteyebileceğini' öngörmektedir.

Divan, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* davası<sup>382</sup> hakkında Dünya Sağlık Örgütü'nün istişari görüş talebi üzerine bu tür durumlarda Divan'ın yetkisini dayandırmak için üç şartın gerekli olduğu kararına varmıştır: İlk olarak, söz konusu uzmanlık kuruluşunun Divan'dan görüş istemek için Genel Kurul tarafından tam olarak yetkilendirilmiş olması zaruridir; ikinci olarak istenilen görüş bir hukuki sorun hakkında olmalıdır; üçüncü olarak da sorunun, talep eden kuruluşun çalışmaları kapsamında içerisinde ortaya çıkan bir sorun olması gerekir.<sup>383</sup> Divan, Dünya Sağlık Örgütü'nün görevlerini örgütün anayasası ışığında incelemiştir<sup>384</sup> ve Dünya Sağlık Örgütü'nün nükleer silahların kullanımı ve diğer tehlikeli faaliyetlerin sağlık üzerindeki etkileri ile ilgilenmek ve bu tür silahların kullanılması ya da bu tür faaliyetlere girişilmesi durumunda toplumların sağlığını koruma amacıyla önleyici tedbirler almakla yetkili kılındığı sonucuna varmıştır. Bununla beraber, Divan önüne getirilen sorunun nükleer silahların kullanımının sağlık üzerindeki etkileri ile değil, sağlık açısından ve çevresel etkileri göz önüne alındığında bu tür silahların kullanımının hukukiliği ile ilgili olduğunu vurgulamıştır. Sonuç olarak Divan, istişari görüş talebinde ortaya konulan sorunun Dünya Sağlık Örgütü'nün anayasasında tanımlanmış çalışmalar kapsamında ortaya çıkmadığına hükmetmiştir.<sup>385</sup>

*Difference Relating to Immunity from Legal Process* davasındaki istişari görüş, Birleşmiş Milletler Ayrıcalıklar ve Muafiyetler Genel Sözleşmesi (1946)'nin 30. Bölüm, 8. maddesi çerçevesinde Divan'a yapılan bir talep üzerine verilmesi yönüyle bir ilktir. Bu madde, BM ile bir üye devlet arasında bir fikir ayrılığının ortaya çıktığı durumlarda istişari görüş vermesi için Divan'a başvuru yapılabilmesine izin vermektedir. Bu maddede özellikle önemli olan nokta, maddenin Divan tarafından verilen görüşün 'taraflarca

<sup>380</sup> Hakim Higgins *Construction of a Wall* davasındaki Ayrı Oy Görüşü'nde, diğerlerine ilaveten, Divan'ın Arap-İsrail uyuşmazlığının tarihine ilişkin naklini 'ne dengeli ne de tatmin edici' bulduğunu açıklamıştır. Bkz., ICJ Reports, 2004, ss. 136, 211, 213 ve 214. Ayrıca Hakim Kooijmans'ın Ayrı Oy Görüşü için bkz., a.g.e., s. 220.

<sup>381</sup> ICJ Reports, 2004, s. 136. Ayrıca Hakim Kooijmans'ın Ayrı Oy Görüşü için bkz., a.g.e., s. 223 ve Hakim O'Connell'ın Ayrı Oy Görüşü için bkz., a.g.e., ss. 267 vd. Genel olarak bkz., *Agora*, 99 AJIL, 2005, s. 1.

<sup>382</sup> ICJ Reports, 1996, s. 66.

<sup>383</sup> A.g.e., ss. 71-2. Ayrıca bkz., *Application for Review of Judgment No. 273 (Mortished)* davası, ICJ Reports, 1982, ss. 325, 333-4; 69 ILR, ss. 330, 344-5. *International Fund for Agricultural Development (Advisory Opinion)*, ICJ Reports, 2012, ss. 10, 20 (Divan Genel Kurul'un 96 (2). madde çerçevesindeki "bekçilik rolü"ne atıfta bulunmuştur.)

<sup>384</sup> 22 Temmuz 1946 tarihinde kabul edilmiş ve 1960, 1975, 1977, 1984 ve 1994 yıllarında değişikliğe uğramış Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nın 2. maddesinin a'dan v bendine kadar olan bendlerine bakınız.

<sup>385</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 66, 75 vd.; 110 ILR, s. 1.

kesin olarak kabul edileceği'ni şart koşmasıdır. Bu nedenle Divan'ın verdiği istişari görüşlerin önemi küçümsenmemelidir.<sup>386</sup>

### Divan'ın Rolü

Divan'ın halihazırda karşılaştığı **çeşitli** başka konular mevcuttur. Divan'a erişim dikkate alındığında, örneğin, BM Genel Sekreterine<sup>387</sup>, devletlere ve ulusal mahkemelere<sup>388</sup> istişari görüş isteme yetkisinin verilmesi önerilmektedir. Ayrıca uluslararası örgütlerin çekışmeli davalara taraf olmasına izin verilmesi imkanı gündeme gelmiştir.<sup>389</sup> Belki de daha önemlisi, Divan ile BM'nin siyasi organları, özellikle de artan faaliyetleri ve son yıllarda yeniden canlanması sonucu olarak Güvenlik Konseyi, arasındaki ilişkiler konusu tekrar gündeme taşınmıştır.<sup>390</sup> Divan, BM'nin başlıca yargı organı olmasına ve bu sıfatıyla birçok vesileyle BM organlarının ve kararlarının anlamı ile ilgilenmesi rağmen, BM'nin çalışmalarının yargısal incelenmesine dair açık bir yetki sahibi değildir.<sup>391</sup> Lockerbie davasında<sup>392</sup> Divan yeni bir konuyla (antlaşma yükümlülükleri ve Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen bağlayıcı kararların nispi durumunun incelenmesi) karşılaşmıştı. Divan, geçici tedbirler hakkındaki kararında, BM Şartı'nın 103. maddesi uyarınca Antlaşma çerçevesindeki yükümlülüklerin (Güvenlik Konseyi'nin yaptırım uygulayan kararları da dahil olmak üzere) diğer uluslararası antlaşmalarda yer alan yükümlülüklerden üstün olduğunu kabul etmiştir.<sup>393</sup>

Uluslararası Adalet Divanı'nın (ve ondan önce Uluslararası Daimi Adalet Divanı) kararları ve istişari görüşleri uluslararası hukukun gelişiminde hayati bir rol oynamıştır.<sup>394</sup> Dahası,

<sup>386</sup> Uluslararası Adalet Divanı tarafından verilen diğer etkili istişari görüşler arasında *Reparations* davasındaki görüş de vardır. Bkz., ICJ Reports, 1949, s. 174; 16 AD, s. 318; *Admissions* davası, ICJ Reports, 1948, s. 57; 15 AD, s. 333, ve *Certain Expenses* davası, ICJ Reports, 1962, s. 151; 34 ILR, s. 281. Ayrıca bkz., *WHO-Egypt* davası, ICJ Reports, 1980, s. 73; 62 ILR, s. 451; *Administrative Tribunal* davaları, ICJ Reports, 1973, s. 166; 54 ILR, s. 381; ICJ Reports, 1982, s. 325; 69 ILR, s. 330; ICJ Reports, 1987, s. 18; 83 ILR, s. 296 ve *Applicability of the Obligation to Arbitrate* davası, ICJ Reports, 1988, s. 12; 82 ILR, s. 225. Ayrıca istişari görüşlerin etkisi hakkında *Mara'abe v. PM* davasında İsrail Yüksek Mahkemesi'nin kararına da bakılabilir (129 ILR, ss. 241, 285 ve 298).

<sup>387</sup> Örneğin bkz., Higgins, 'Current Health', s. 569, ve S. Schwebel, 'Authorising the Secretary-General of the United Nations to Request Advisory Opinions', 78 AJIL, 1984, s. 4. Ayrıca bkz., UN Secretary-General, *Agenda for Peace*, New York, 1992, A/47/277, 38. paragraf.

<sup>388</sup> Örneğin bkz., S. Schwebel, 'Preliminary Rulings by the International Court of Justice at the Instance of National Courts', 28 Va. JIL, 1988, s. 495, ve S. Rosenne, 'Preliminary Rulings by the International Court of Justice at the Instance of National Courts: A Reply', 29 Va. JIL, 1989, s. 40.

<sup>389</sup> Örneğin bkz., D. Bowett ve diğerleri, *The International Court of Justice: Process, Practice and Procedures*, London, 1997.

<sup>390</sup> Örneğin bkz., M. Bedjaoui, *The New World Order and the Security Council*, Dordrecht, 1994. Ayrıca bkz., aşağıda, 21. Bölüm.

<sup>391</sup> Örneğin bkz., BM'nin hukuki kişiliğine ilişkin *Reparation* davası, ICJ Reports, 1949, s. 174; 16 AD, s. 318, *Certain Expenses* davası ICJ Reports, 1962, s. 151; 34 ILR, s. 281. Bu son dava sayesinde BM Güvenlik Konseyi çerçevesinin dışındaki yaptırım uygulaması sayılmayan, dolayısıyla barışı koruma misyonunun kurulmasına imkan veren, faaliyetler yapabilmıştır. Bkz., *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, s. 56; 94 ILR, s. 2. Bu dava, manda yönetimi altındaki bölgelere ilişkin BM'nin Milletler Cemiyeti'ne halef olduğunu tanımış ve uluslararası hukuktaki self determinasyon prensibini güvence altına almıştır. Ayrıca bkz., *East Timor* davası, ICJ Reports, 1995, ss. 90, 103-4; 105 ILR, s. 226.

<sup>392</sup> ICJ Reports, 1992, s. 3; 94 ILR, s. 478.

<sup>393</sup> ICJ Reports, 1992, s. 15; 94 ILR, s. 498.

<sup>394</sup> Nitekim, uluslararası hukukun gelişiminde dava öngelerinin önemine de işaret edilmiştir. Örneğin bkz., P. Sands, 'Pleadings and the Pursuit of International Law', *Legal Visions of the 21st Century* (ed. A. Anghie ve G. Sturges), The Hague, 1998. Ayrıca bu gelişimde karşı oy görüşleri de önemlidir. Örneğin *Indonesial/Malaysia* davasında Hakim Franck'ın Karşı Oy Görüşü'ne (ICJ Reports, 2002, s. 3) ve H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London, 1958, ss. 68-9'a bakınız. Ayrıca uluslararası mahkemelere ilişkin bkz., Shaw, 'A Practical Look at the International Court of Justice', Evans, *Remedies*, ss. 11, 12 vd.; A. Watts, 'Enhancing the Effectiveness of Procedures of International Dispute Settlement', 5 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, ss. 21, 24 vd., ve *Ad Hoc* Hakim Cot'un 'Grand Prince' davasındaki ifadelerine bakınız, *International Tribunal for the Law of the Sea*, 2001, s. 3; 125 ILR, s. 272.

son yıllarda artan sayıdaki başvuru, Divan'ın günümüzde uluslararası hukuk sistemi içerisinde muhtemelen 20 yıl önce düşünülenden daha merkezi bir rol oynadığını göstermektedir.<sup>395</sup> Kuşkusuz ki devletlerin kendi hayati çıkarlarını üçüncü bir tarafın bağlayıcı karar vermesine teslim etme hususundaki isteksizliği nedeniyle çok ciddi uluslararası çatışmaların çoğu asla Divan'ın önüne gelemeyebilir. Ancak uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bölgesel ve küresel nitelikli diğer imkanların artması da ihmal edilemez.

### Mahkemelerin Yaygınlaşması

Uluslararası ve bölgesel düzeyde yargı organlarının yaygınlaşması geçtiğimiz on yılların özelliklerinden birisidir.<sup>396</sup> Bu durum, bir yandan uluslararası hukukun genişleyen kapsamı ve artan kullanımını, diğer yandan uyuşmazlıkların tarafsız üçüncü taraf mekanizmalarınca çözülmesinin değeri hususundaki giderek artan hissiyatı yansıtmıştır. Günümüzde artık uluslararası işbirliğindeki artışın ve hukuk devletinin yansıması olan bir yaklaşımla farklılıkları oldukça etkili bir şekilde çözüme yolu olarak, bu tür mekanizmalara başvurma yönünde kabul gören bir uluslararası uygulamayı gözlemlemek mümkündür. Bu uygulamanın uluslararası hukukun gelişimine yaptığı katkı aşikardır. Zorunlu yargılamanın eşlik ettiği hukuk kurumlarının kurulması süreci ve hukuk kurallarının gelişimi birlikte gerçekleşmektedir.

Avrupa Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Afrika İnsan Hakları Mahkemesi, Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi'ne Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Bosna ve Ruanda'daki savaş suçlarını inceleyen iki mahkeme eklenmiştir.<sup>397</sup> Ayrıca Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi faaliyettedir<sup>398</sup> ve Dünya Ticaret Örgütü'nün bir temyiz mahkemesi kuran uyuşmazlık çözümü hükümlerinden<sup>399</sup> idari mahkemeler ve ekonomi mahkemelerine kadar çeşitli diğer ilgili mekanizmalar ortaya çıkmıştır.<sup>400</sup> Yine, ister bir davaya isterse benzeri nitelikteki bir dizi davaya bakmak için kurulmuş olsun, temyiz mahkemelerinin çalışmaları da doğrudan bu süreç ile ilgilidir.

Bu sürecin Uluslararası Adalet Divanı'nın çalışmasına uzun dönemde nasıl bir etki yapabileceği belirsizdir. Bazıları mahkemelerin yaygınlaşmasının tutarsızlığa ve karışıklığa yol açacağı görüşünü ileri sürmekte, diğerleri ise küreselleşme çağında uluslararası hukukun

<sup>395</sup> Örneğin bkz., K. Highet, 'The Peace Palace Hots Up: The World Court in Business Again?', 85 AJIL, 1991, s. 646. Ayrıca bkz., örneğin, A. Pellet, 'Strengthening the Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations', 3 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2004, s. 159; P. Kooijmans, 'The ICJ in the 21st Century: Judicial Restraint, Judicial Activism, or Proactive Judicial Policy', 56 ICLQ, 2007, s. 741, ve R. Higgins, 'A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench', 55 ICLQ, 2006, s. 791.

<sup>396</sup> Örneğin bkz., *Rosenne's Law and Practice*, Cilt: 1, 1. Bölüm, 1.4A. paragraf; S. Rosenne, 'The Perplexities of Modern International Law', 291 HR, 2002, ss. 13, 125; J. I. Charney, 'The Implications of Expanding International Dispute Settlement Systems: The 1982 Convention on the Law of the Sea', 90 AJIL, 1996, s. 69, ve Charney, 'The Multiplicity of International Tribunals and Universality of International Law', 271 HR, 1998, s. 101; Oda, 'The International Court of Justice from the Bench', 244 HR, 1993 VII, ss. 9, 139 vd. Ayrıca bkz., Kolb, *International Court*, s. 1199 ve G. Gaja, 'Relationship of the ICJ with Other International Courts and Tribunals', Zimmerman ve diğerleri, *Statute of the International Court*, s. 571.

<sup>397</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda, 6. ve 7. Bölümler. Ayrıca genel olarak uluslararası hukukun bölümlere ayrılmasına ilişkin bkz., yukarıda, 2. Bölüm.

<sup>398</sup> Bkz., yukarıda, 10. Bölüm.

<sup>399</sup> Bkz., yukarıda, 17. Bölüm.

<sup>400</sup> Örneğin, bkz., Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Bağımsız Devletler Topluluğu Ekonomi Mahkemesi, Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı Adalet Divanı ve Afrika Birliği Adalet Divanı. Bkz., Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2003, s. 5. Ekonomi mahkemeleri hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda 17. Bölüm; çevre hukuku alanında uymama mekanizmalarına ilişkin bkz., yukarıda, 14. Bölüm.

gücü ve öneminin altını çizdiğini belirtmektedir.<sup>401</sup> Bugüne kadarki emareler ilkinden ziyade, ikinci görüşün daha geçerli olduğu izlenimini vermektedir. Tutarsızlık bazen uyumsuzluk konusundan ya da anılan mahkemelerin farklı işlevlerinden kaynaklanabilir, ancak uluslararası hukukun gelişimi açısından çok da vahim bir durum değildir. Önemli, ancak bir ölçüde istisnai olduğu için kısmen önemli, bir nokta da, devletlerin (üzerinde etkiye bulunduğu) devlet-dışı organların faaliyetlerine ilişkin sorumluluğuna yönelik kontrol kriteri hakkındaki, bir tarafta Uluslararası Adalet Divanı ile diğer tarafta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi arasındaki görüş farklılığı konusu olmuştur.<sup>402</sup> Mahkemeler günümüzde artık devamlı olarak birbirlerinin kararlarına atıfta bulunmaktadır<sup>403</sup> ve antlaşma yorumlama prensipleri gibi bazı uluslararası hukuk konuları düzenli olarak birçok mahkemede tartışılmaktadır.<sup>404</sup> Ayrıca aynı durumun iki ya da daha çok uyumsuzluk çözümü mekanizmalarının önüne gelebildiği de görülmektedir.<sup>405</sup>

Kuşkusuz ki, birçok mahkeme devletlerarası uyumsuzlıklardan ziyade devletler ile bireyler arasındaki uyumsuzluklar ve insan hakları, yatırım sorunları ya da iş konuları gibi uzmanlık alanlarındaki uyumsuzluklar ile ilgilenmektedir. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi deniz sınırı uyumsuzlukları kadar Uluslararası Adalet Divanı önüne gelen yargı yetkisi, uyrukluk ve geçici tedbir konuları gibi sorunları da ele almaya başlamıştır: Bu mahkeme aynı zamanda özellikle, alıkonulmuş yabancı gemilerin acilen serbest bırakılması gibi belirli ve sınırlı konularla da ilgilenmektedir ve devlet-dışı taraflar bu mahkemenin önündeki davalarda taraf olabilmektedir.<sup>406</sup> Bununla birlikte, bütün bu mahkemeler ve diğer kurumlar uluslararası hukukla bir şekilde bağlantılıdır; uluslararası hukukun gelişimine ve genişleyen alanına katkıda bulunabilir. Kurumların giderek artan bir şekilde yayılması ile birlikte bu tür mahkemelerin çalışmaları hakkında bilgi ve ilgi artışının olması bir zaruret haline gelmiştir. BM'nin başlıca yargı organı ve en önde gelen devletlerarası forum olarak Uluslararası Adalet Divanı'nın özel konumu, bazılarının bu Divan'ın diğer mahkemelere danışmanlık yapmasına imkan verecek bir sevk ve istişari rol önermelerine yol açmıştır. Bu öneriyi gerçekçi ve pratik bir proje olarak görmek güç olmakla birlikte, Uluslararası Adalet Divanı ve diğer yargı

<sup>401</sup> Örneğin bkz., G. Guillaume, 'The Future of International Judicial Institutions', 44 ICLQ, 1995, s. 848; S. Rosenne, 'Establishing the International Tribunal for the Law of the Sea', 89 AJIL, 1995, s. 806; T. Buergenthal, 'Proliferation of International Courts and Tribunals: Is it Good or Bad?', 14 *Leiden Journal of International Law*, 2001, s. 267; R. Higgins, 'The ICJ, ECJ, and the Integrity of International Law', 52 ICLQ, 2003, ss. 1, 12 vd., ve Higgins, 'A Babel of Judicial Voices?'; Shany, *Competing Jurisdictions*; F. K. Tiba, 'What Caused the Multiplicity of International Courts and Tribunals?', 10 *Gonzaga Journal of International Law*, 2006, s. 202; B. Kingsbury, 'Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?', 31 *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, s. 679; P. M. Dupuy, 'The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the ICJ', 31 *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, s. 791, ve J. Charney, 'Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?', 271 HR, 1998, s. 101. Ayrıca Uluslararası Adalet Divanı başkanlarının çoğalmaya atıfta buldukları konuşmaları için bkz., Schwebel (1999), [www.icj-cij.org/court/index.php?pr=87&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1](http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=87&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1); Guillaume (2001), [www.icj-cij.org/court/index.php?pr=82&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1](http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=82&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1); Higgins (2006), <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=1874&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>; Tomka (2013), [www.icj-cij.org/presscom/files/8/17848.pdf](http://www.icj-cij.org/presscom/files/8/17848.pdf) ve Abraham (2015), <http://www.icj-cij.org/presscom/files/6/18766.pdf>. Ayrıca bkz., S. D. Murphy, 'What a Difference a Year Makes: The International Court of Justice's 2012 Jurisprudence', *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, ss. 539, 540.

<sup>402</sup> Bkz., yukarıda, 14. Bölüm.

<sup>403</sup> Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Thomas Lubanga Dyilo* davasındaki suçlamaları onaylamasında Uluslararası Adalet Divanı'nın *Democratic Republic of Congo v. Uganda* davasındaki kararına yaptığı atıf için bkz., ICC-01/04-01/06, 29 Ocak 2007, 212 vd., ve *Nicaragua v. Honduras* davasında Orta Amerika Adalet Divanı'nın bir kararına yapılan atıf için bkz., ICJ Reports, 2007, ss. 659, 683 vd. Ayrıca Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi kararları hakkında Uluslararası Adalet Divanı tarafından yapılan bir tartışma için bkz., *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davası, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 125 vd. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerika Kitası İnsan Hakları Mahkemesi uzun bir dönemdir birbirlerinin kararlarına atıfta bulunmaktadır. Genel olarak bkz., yukarıda, 7. Bölüm.

<sup>404</sup> Genel olarak bkz., yukarıda, 16. Bölüm.

<sup>405</sup> Örnek olarak *Mox* davası hakkında bkz., Shany, *Competing Jurisdictions*, s. 9, ve yukarıda 11. Bölüm.

<sup>406</sup> Genel olarak bkz., yukarıda, 11. Bölüm.



organları arasındaki giderek artan bir işbirliği görülmektedir ve bütün ilgili mahkemeler birbirlerinin çalışmalarından yakından haberdardır.<sup>407</sup>

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

R. Kolb, *The International Court of Justice*, Oxford, 2013.

*Rosenne's Law and Practice of the International Court, 1920–2015* (ed. M. N. Shaw), 5. Baskı, The Hague, 4 Cilt, 2016.

*The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (ed. A. Zimmermann, C. Tomuschat ve K. Oellers-Frahm), 2. Baskı, Oxford, 2012.

---

<sup>407</sup> Bkz., Divan Başkanı Higgins'in Dış İşleri Bakanlıkları Hukuk Müşavirlerine yapmış olduğu konuşma, 29 Ekim 2007, [www.icj-cij.org/presscom/files/7/14097.pdf](http://www.icj-cij.org/presscom/files/7/14097.pdf).

## BÖLÜM 19

# ULUSLARARASI HUKUK VE DEVLETLERİN KUVVET KULLANMASI

Kuvvete başvurmayı düzenleyen kurallar, uluslararası hukukun merkezî bir unsuru olup ülke egemenliği ve devletlerin bağımsızlığı ve eşitliği gibi diğer ilkelerle birlikte uluslararası düzenin çerçevesini oluşturmaktadır.<sup>1</sup> Ulusal sistemler otoritenin ve kontrolün hiyerarşik yapısını güçlendirerek, genel olarak, hükümet kurumları için kuvvet kullanımı üzerinde fiili bir tekel düzeni oluşturmayı başarmış olsa da, uluslararası hukuk farklı bir durumda bulunmaktadır. Uluslararası hukuk, devletlerin kuvvete başvurmasını, kendi iradesini zorla kabul ettirmeden, azaltmaya ve düzenlemeye çalışmalıdır. Güven; rıza, fikir birliği, müteakabiliyet ve iyi niyet üzerine inşa edilmelidir. Dünya topluluğunda kuvvetin rolü ve tezahürü, elbette, mevcut hukuk düzeninin yanı sıra siyasi ve diğer hukuki olmayan faktörlere bağlıdır; ancak hukuk, şiddete başvurmayı sınırlamak ve cezalandırmak için mekanizmalar oluşturmaya çalışmalıdır.

### “HAKLI SAVAŞ” TAN BİRLEŞMİŞ MİLLETLERE HUKUK VE KUVVET<sup>2</sup>

“Haklı savaş” (*just war*) doktrini, Roma İmparatorluğu’nun Hristiyanlaşması ve bunu takiben Hristiyanların barışseverlikten (pasifizm) vazgeçmesinin bir sonucu olarak doğmuştur. Kuvvet, ilahi iradeye uymak kaydıyla kullanılabilir. Haklı savaş kavramı, Yunan ve Roma felsefesinin unsurlarını içermiş ve düzenli bir toplumun muhafazası için nihai yaptırım olarak kullanılmıştır. St Augustine (354-430),<sup>3</sup> suçlu tarafın telafi etmeyi reddettiği durumlarda hak ihlalden doğan mağduriyetin intikamı üzerinden haklı savaşı tanımlamıştı. Savaşa, -daha fazlası için değil- sadece haksızlıkları cezalandırmak ve barışçıl statükoyu geri getirmek için girişilirdi. Saldırancılık haksız olarak görülmekte ve şiddete başvurma sıkı bir şekilde kontrol

<sup>1</sup> Örneğin bkz. Y. Dinstejn, *War, Aggression and Self-Defence*, 5. Baskı, Cambridge, 2011; C. Gray, *International Law and the Use of Force*, 3. Baskı, Oxford, 2008; S. Neff, *War and the Law of Nations: A General History*, Cambridge, 2005; O. Corten, *The Law against War*, Oxford, 2012 ve *Le Droit Contre La Guerre*, Paris, 2008; M. Byers, *War Law*, London, 2005; D. Kennedy, *Of Law and War*, Princeton, 2006; T. M. Franck, *Recourse to Force*, Cambridge, 2002; D. W. Bowett, *Self-Defence in International Law*, Manchester, 1958; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963; J. Stone, *Aggression and World Order*, Berkeley, 1958; J. Stone, *Legal Controls of International Conflict*, 2. Baskı, Berkeley, 1959, ve Stone, *Conflict Through Consensus*, Berkeley, 1977; M. S. McDougal ve F. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order*, New Haven, 1961, ve McDougal ve Feliciano, *The International Law of War*, New Haven, 1994; H. Waldock, ‘The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law’, 81 HR, 1982, s. 415; J. Murphy, *The United Nations and the Control of International Violence*, Totowa, 1982; A. Cassese, *Violence and Law in the Modern Age*, Cambridge, 1988; *Law and Force in the New International Order* (eds. L. Damrosch ve D. J. Scheffer), Boulder, 1991; J. Maogoto, *Technology and the Law on the Use of Force*, London, 2014; *The Oxford Handbook on the Use of Force* (ed. M. Weller), Oxford, 2015; P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 1032, ve M. Pinto, ‘L’Emploi de la Force dans la Jurisprudence des Tribunaux Internationaux’, 331 HR, 2009, s. 9.

<sup>2</sup> Örneğin bkz. L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 3. Baskı, Manchester, 2008; G. Best, *War and Law Since 1945*, Oxford, 1994; S. Bailey, *Prohibitions and Restraints in War*, Oxford, 1972; M. Walzer, *Just and Unjust Wars*, 4. Baskı, New York, 2006, ve T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1995, 8. Bölüm. Ayrıca bkz. Brownlie, *Use of Force*, ss. 5 vd.; Dinstejn, *War*, 3. Bölüm, ve C. Greenwood, ‘The Concept of War in Modern International Law’, 36 ICLQ, 1987, s. 283.

<sup>3</sup> Bkz. J. Eppstein, *The Catholic Tradition of the Law of Nations*, 1935, ss. 65 vd.; Bailey, *Prohibitions*, ss. 6–9, ve Brownlie, *Use of Force*, s. 5.

edilmek zorunda idi. 13. yüzyılda St Thomas Aquinas,<sup>4</sup> objektif olarak yanlış eylemden ziyade, cezalandırılması gereken faillerin öznel suçluluğunu ilan ederek haklı savaşın tanımını daha ileriye taşımıştır. Savaşın, egemen otorite tarafından sürdürülmesi, meşru bir sebebin (yani, faillerin cezalandırılmasının) beraberinde gelmesi ve savaşan tarafların haklı niyetleriyle desteklenmesi koşuluyla haklı gösterilebileceğini yazmıştır.

Avrupa ulus devletlerinin ortaya çıkışıyla birlikte, söz konusu doktrin değişmeye başlamıştır.<sup>5</sup> Devlet egemenliği ile bağlantılı hâle gelmiş ve her bir tarafın kendi davasının haklılığına kani olduğu Hristiyan devletler arasındaki savaş paradoksuyla karşı karşıya kalmıştır. Bu durum, haklı savaş yaklaşımının değişmesine hizmet etmiştir. Bir uyumsuzluğun, kuvvete başvurulmadan önce, barışçıl yollarla çözümüne yönelik ciddi girişimlerin gerekliliği konusundaki ihtiyaç ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu, uluslararası ilişkilerin yeni durumunu yansıtmaktaydı; zira artık Avrupa'da başlangıcında olan bir güç dengesi sistemi içerisinde sıkıntılı şekilde bir araya gelen bir dizi bağımsız devlet bulunuyordu. Diğer devletlere karşı kuvvet kullanımı, düzeni güçlendirmek bir yana, düzenin kendisine yönelik ciddi sorunlar ortaya çıkarmış ve zayıflamasına ilişkin bir tehdit oluşturmuştur. Bu sebeple, hukuk doktrini bağlamında vurgu, haksızlığa neden olanları bastırmak amacıyla kuvvete başvurulmasından (zaman zaman belirgin değilse de) barışçıl yollarla düzeni sağlamaya doğru kaymıştır. Onaltıncı yüzyılın önemli İspanyol yazarı Vitoria,<sup>6</sup> her türlü ve her derece yanlışlığın savaşın başlatılması için yeterli olmadığını vurgularken, Suarez<sup>7</sup> ise devletlerin kuvvet kullanmadan önce karşı tarafa haklı bir neden göstermek ve daha öncesinde zararlarının tazmini için talepte bulunmak zorunda olmaları gerektiğini belirtmiştir. Haklı savaş, ayrıca masum kişilerin doğrudan saldırılarda dokunulmaz olması ve karşı tarafa galip gelmek için orantılı güç kullanımı konularını kapsamıştır.<sup>8</sup>

Gittikçe, durum her ne kadar sübjektif ve objektif adalete göndermelerle karıştırılsa da, her iki tarafın da belirli ölçüde haklı olabileceği kabul edilmeye başlanmıştır. En nihayetinde, savaşa başvurmanın meşruluğu hukukun resmî süreçlerine bağlı olarak görülmüştür. Bu yaklaşım, ancak rızaya dayalı olarak bağlı olabilecek egemen devlete odaklanarak pozitivizmin doğuşuna işaret etmiştir. Grotius,<sup>9</sup> sistematize edici biçimde, Onyedinci yüzyıldaki yıkıcı dini çatışmalar ışığında, haklı savaşın temeli olarak ideolojik düşünceleri dışlamaya ve ayrıca meşru müdafaa, mülkiyetin korunması ve vatandaşlara zarar verenlerin cezalandırılması bağlamında haklı savaş kavramını yeniden tanımlamaya çalışmıştır.

Ancak, pozitivizm ve 1648 Westphalia Barışı'ndan sonra Avrupa'daki güç dengesi sisteminin kurulması ile birlikte, haklı savaş kavramı kendiliğinden uluslararası hukukta kaybolmuştur.<sup>10</sup> Devletler, egemen ve eşitti ve bu nedenle hiçbir devlet diğerinin nedeninin haklı olup olmadığını yargılamaya kalkamazdı. Devletler, anlaşmalara sadık kalmak ve diğer ülkelerin bağımsızlığına ve bütünlüğüne saygı göstermekle zorunlu tutulup barışçıl yöntemlerle farklılıkları çözmeyle çalışmak zorunda kalmışlardır.

Ancak savaş meydana geldiğinde, bir dizi hukuki sonuç doğurmuştur. Tarafsızlık ve savaş hukuku, taraflar ve üçüncü devletler arasında işlemeye başlamış ve birdenbire farklı hukuki

<sup>4</sup> *Summa Theologica*, II, ii, 40. Bkz. Bailey, *Prohibitions*, s. 9. Ayrıca bkz. Von Elbe, 'The Evolution of the Concept of the Just War in International Law', 33 AJIL, 1939, s. 669, ve C. Parry, 'The Function of Law in the International Community' in *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, ss. 1, 27.

<sup>5</sup> Brownlie, *Use of Force*, ss. 7 vd.

<sup>6</sup> *De Indis et de Jure Belli Relectiones*, ss. 14, 20–3, 29 ve 60, aktaran Bailey, *Prohibitions*, s. 11.

<sup>7</sup> Bkz. *a.g.e.*, ss. 11–12. Suarez, tek haklı sebebin, intikamı alınamayan veya başka türlü tamir edilemeyen ciddi bir haksızlık olduğunu düşünüyordu, *a.g.e.*

<sup>8</sup> *A.g.e.*, ss. 12–15.

<sup>9</sup> *A.g.e.*, 2. Bölüm, ve Brownlie, *Use of Force*, s. 13. Bkz. *De Jure Belli ac Pacis*, 1625.

<sup>10</sup> Örneğin bkz. Brownlie, *Use of Force*, ss. 14 vd. Ayrıca bkz. L. Gross, 'The Peace of Westphalia, 1648–1948', 42 AJIL, 1948, s. 20.

durumlar ortaya çıkmıştır. Savaşın herhangi bir ahlaki standart uyarınca haksız olduğunun düşünülmesi, ne egemen devletin bir aracı olarak kuvvet kullanımının meşruluğunu ne de bir kez savaş başladığında yürürlüğe giren savaş ve tarafsızlık kurallarını herhangi bir şekilde etkilemiştir. Savaş sebebinin meşru olup olmadığı, herhangi bir hukuki şekilde, (tabii ki siyasi bağlamda önemli olmakla birlikte) uluslararası toplum ile ilgisiz hâlde gelmiş ve temel mesele fiiliyatta bir savaş hali olup olmadığı etrafında dönmüştür.<sup>11</sup> Haklı savaş doktrini, Hristiyanlığın artan gücü ile ortaya çıkmış ve Hristiyanlar arasında dini savaşların patlak vermesi ve laik egemen devlet düzeninin kurulması ile birlikte çökmüştür. Savaş, kuvvet kullanımına izin veren ve bir dizi düzenleyici koşulun tanındığı hukuki bir olgu halini almış olmasına rağmen, tarafsız ülkelere ve ortaya çıkan gidişata ilişkin olarak tüm hukuki sonuçlarıyla savaşa varmayan diğer kuvvete başvurma yöntemleri de varlık göstermiştir. Misilleme ve barışçı abluka,<sup>12</sup> kuvvet kullanmanın “savaşa varmayan düşmanca yöntemlere” ilişkin örneklerindendi.

Söz konusu faaliyetler, hakları savunmak veya uygulamak veya haksız fiilleri cezalandırmak için yapılmıştır. On dokuzuncu yüzyılda, özellikle de Latin Amerika ve Asya'nın daha zayıf devletlerine karşı bu şekilde uygulanan kuvvet kullanımı örnekleri mevcuttur.<sup>13</sup> Uluslararası hukukta bu tür önlemlere başvurma hakkına ilişkin sınırlamalar mevcut olsa da söz konusu önlemler muhtemelen uluslararası ilişkilerin güç dengesi mekanizması bağlamında en iyi şekilde anlaşılır ki bu, on dokuzuncu yüzyılda kuvvete başvurmayı büyük oranda azaltmaya yardımcı olmuş ya da en azından uygulanmasını kısıtlamıştır.

Birinci Dünya Savaşı, güç dengesi sisteminin sona erdiğine işaret ederken haksız savaş meselesini yeniden gündeme taşımıştır. Ayrıca, uluslararası meseleleri, saldırının bir daha gerçekleşmeyeceğini garanti altına almak için dünya toplumunun tutumunu denetleyecek genel bir uluslararası kurum temeli üzerine yeniden inşa etme çabalarıyla sonuçlanmıştır. Milletler Cemiyeti'nin kuruluşu, uluslararası düzende kuvvet sorunlarına ilişkin tamamen farklı bir tutumu yansıtmıştır.<sup>14</sup>

Milletler Cemiyeti Statüsü, üye devletlerin, ilişkilerinin bozulmasına yol açacak uyuşmazlıklarını tahkim, yargı yolu veya Milletler Cemiyeti Konseyi tarafından sağlanacak soruşturma yöntemlerine havale etmeleri gerektiğini belirtmektedir. Hiçbir koşulda üye devletler, tahkim veya yargı kararı ya da Konsey raporu ile ulaşılan sonuç üzerinden üç ay geçmedikçe savaşa başvuramazlar. Bu, bir yatışma (erteleme) dönemi sağlamak amacıyla öngörülmüş olup bu tür bir ertelemenin, Saraybosna'daki Avusturyalı Arşidük suikastinin Avrupa'da genel bir savaşın patlak vermesine yol açan görünürdeki bağlantısı sonucu geri döndürülemez şekilde vuku bulan trajedi zincirini kırabileceği görüşünü yansıtmaktaydı. Milletler Cemiyeti üyeleri, bu tür bir tahkim veya yargı kararı ya da Konsey'in ittifak raporuna riayet eden üyeler ile savaşa girmemeyi kabul etmişlerdir.<sup>15</sup>

Milletler Cemiyeti sisteminin savaşı ya da kuvvet kullanımını yasaklamadığını, fakat bunu kabul edilebilir seviyelerde kısıtlamak için tasarlanmış bir prosedür oluşturduğunu belirtmek gerekir. İki savaş arası dönemde, savaşın tamamen yasaklanmasına ilişkin Statü'deki boşluğun uluslararası hukukta doldurulması çabaları, nihayetinde 1928 tarihli 'Savaşın Ulusal Politikaların Bir Aracı Olarak Yasaklanmasına İlişkin Genel Antlaşma'nın,

<sup>11</sup> Brownlie, *Use of Force*, ss. 26–8.

<sup>12</sup> *A.g.e.*

<sup>13</sup> *A.g.e.*, ss. 28 vd.

<sup>14</sup> *A.g.e.*, 3. Bölüm. Fakat 1907 tarihli II. Lahey Sözleşmesi, tarafların, bir ülkenin hükümetinin diğer hükümetin vatandaşlarından almış olduğu vadesi gelmiş bulunan akdi borçlarının ödenmesi için silahlı kuvvete başvuramayacaklarını öngörmektedir.

<sup>15</sup> Brownlie, *Use of Force*, 4. Bölüm. Özellikle Statü'nün 10-16. maddelerine bakınız.

yani Kellogg-Briand Paktı'nın, imzalanmasıyla sonuçlanmıştır.<sup>16</sup> Antlaşmaya taraf devletler, savaşa başvurmayı kınamış ve diğer devletlerle olan ilişkilerinde savaşı ulusal politikalarının bir aracı olarak ortadan kaldırma hususunda anlaşmaya varmışlardır.<sup>17</sup>

Söz konusu antlaşma feshedilmemiş olup, yaygın kabulü göz önünde alındığında,<sup>18</sup> savaşa başvurma yasağının günümüzde uluslararası hukukun geçerli bir ilkesi olduğu açıktır. Uluslararası toplumda haklı savaş ilişkisini kurmak artık mümkün değildir. Bu nedenle, örneğin, meşru bir şekilde silahlı çatışmaya girmek için savaş ilan etmek gereksizdir.<sup>19</sup>

Bununla birlikte, savaşa başvurma yasağı, her koşulda kuvvet kullanımının hukuka aykırı olduğu anlamına gelmez. Bazı devletler tarafından antlaşmaya koyulan çekinceler, meşru müdafaa konusunda kuvvete başvurma hakkının uluslararası hukukta hâlâ kabul gören bir ilke olduğunu ortaya koymuştur.<sup>20</sup> Misilleme gibi fiili savaş niteliğine ulaşmayan yöntemlerin yasaklanıp yasaklanmadığı ya da antlaşmanın savaşı yasaklaması nedeniyle bu konuya değinip değinmediği belirsizdir ve bu da çelişkili yorumlara yol açmıştır.<sup>21</sup>

## BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ŞARTI<sup>22</sup>

Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2(4). maddesi şu düzenlemeyi beyan etmektedir:

*“Tüm üyeler uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı gerek Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar.”*

Söz konusu hüküm, günümüzde bir teamül ilkesi olarak kabul görmektedir ve bu itibarla dünyadaki tüm devletleri bağlayıcıdır.<sup>23</sup> Savaştan ziyade 'kuvvet' kavramına göndermede bulunulması yararlıdır ve dolayısıyla savaş durumunun teknik koşullarını karşılayamayan şiddetin uygulandığı durumları kapsar.

Madde 2(4), 1970 tarihli 'Uluslararası Hukuk Prensipleri Üzerine Deklarasyon'da, uluslararası hukuk ilkesi olarak ele alınmış ve sistematik olarak analiz edilmiştir. Birincisi, saldırı savaşları, uluslararası hukuk uyarınca sorumluluk doğuran, barışa karşı suç teşkil eder. İkincisi, devletler mevcut uluslararası sınırları (sınır çizgisi veya ateşkes hatları dâhil) ihlal etmek veya uluslararası

<sup>16</sup> Örneğin bkz. Dinstein, *War*, 4. Bölüm; A. K. Skubiszewski, 'The Use of Force by States', Sørensen, *Manual of Public International Law*, ss. 739, 742-4, ve Brownlie, *Use of Force*, ss. 74-92.

<sup>17</sup> I. madde.

<sup>18</sup> 24 Temmuz 1929 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve hala yürürlükte. Paktın öngördüğü sorumluluklar iki savaş arasındaki pek çok antlaşmada teyit edilmiştir: Örneğin bkz. Brownlie, *Use of Force*, ss. 75-6.

<sup>19</sup> Örneğin bkz. *Yossi Beilin v. The Prime Minister of Israel* HCJ 6204/06, 2006. Ayrıca bkz. C. Greenwood, 'Scope of Application of Humanitarian Law', *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (ed. D. Fleck), Oxford, 1999, s. 43, ve I. Detter, *The Law of War*, 2. Baskı, Cambridge, 2004, ss. 9 vd.

<sup>20</sup> Örneğin bkz. Cmd 3153, s. 10.

<sup>21</sup> Bkz. Brownlie, *Use of Force*, s. 87. Cf. Bowett, *Self-Defence*, s. 136.

<sup>22</sup> Bkz. *La Charte des Nations Unies: Commentaire Article par Article* (eds. J. P. Cot, A. Pellet ve M. Forteau), 3. Baskı, Paris, 2005, ve *The Charter of the United Nations* (ed. B. Simma ve diğerleri), 3. Baskı, Oxford, 2012.

<sup>23</sup> Örneğin bkz. Skubiszewski, 'Use of Force', s. 745, ve L. Henkin, R. C. Pugh, O. Schachter ve H. Smit, *International Law: Cases and Materials*, 3. Baskı, St Paul, 1993, s. 893. Ayrıca bkz. the *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, St Paul, 1987, s. 27; Cot et. al., *Charte*, s. 437, ve ayrıca bunun uluslararası hukukun buyruk kurallarından (*jus cogens*) birini oluşturduğunu belirten Simma, *Charter*, s. 203. Ayrıca bkz. . See also T. Ruys, 'The Meaning of "Force" and the Boundaries of the *Jus Ad Bellum*: Are "Minimal" Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)?', 108 AJIL, 2014, s. 159.

uyuşmazlıkları çözmek için tehditte bulunmamalı veya kuvvet kullanmamalıdır. Üçüncüsü, devletler, kuvvet kullanımını içeren misilleme eylemlerinden kaçınma sorumluluğuna sahiptirler. Dördüncüsü, devletler, kendi kaderlerini ve bağımsızlığını tayin hakkından halkları mahkûm bırakmak maksadıyla güç kullanmamalıdır. Beşinci olarak, devletler, başka bir devlette iç çekişmeye veya teröre yönelik eylemleri organize etmek, kışkırtmak, desteklemek ya da bunlara katılmaktan kaçınmalı ve başka bir devletin topraklarında istila amaçlı silahlı grupların oluşumunu teşvik etmemelidir. Bu öğelerin birçoğu oldukça önemli olmakla birlikte belirsizdir. Deklarasyonun kendisi bağlayıcı bir hukuki belge olmasa da ilgili Şart'ın hükümlerinin bir yorumu olması bakımından önemlidir.<sup>24</sup> Birleşmiş Milletler tarafından alınan kolektif tedbirler<sup>25</sup> ve meşru müdafaa hakkı<sup>26</sup> ile ilgili olarak madde 2(4) hükmüne getirilen önemli istisnalar mevcuttur. İnsani müdahale konusunda böyle bir istisnanın var olup olmadığı ise bazı tartışmalara konu olmaktadır.<sup>27</sup>

BM Şartı madde 2(6) uyarınca, “Örgüt, Birleşmiş Milletler üyesi olmayan devletlerin de, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasının gerektirdiği ölçüde bu ilkelere uygun biçimde hareket etmesini sağlar”. Aslında BM tarafından kabul edilen kararların birçoğu açıkça ‘tüm devletlere’ yöneliktir. Özellikle, Şart'ın VII. Bölümü uyarınca kabul edilen ve bundan dolayı tüm üye ülkeleri bağlayıcı olan Güvenlik Konseyi'nin Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne (Sırbistan ve Karadağ) kapsamlı yaptırımlar uygulanmasına ilişkin 757 (1992) sayılı kararı örnek gösterilebilir. Bununla birlikte, bu kararda çağrı, ‘üye devletlere’ değil ‘tüm devletlere’ yapılmıştır.

#### “Kuvvet”

Geçmişte düşünülmüş<sup>28</sup> ve günümüzde tekrar gözden geçirilen bir husus, 2. maddenin 4. paragrafında yer alan “kuvvet” kavramının yalnızca silahlı kuvveti<sup>29</sup> değil, örneğin, ekonomik gücü de kapsayıp kapsamadığıdır.<sup>30</sup> Belirli devletlere veya devlet gruplarına karşı

<sup>24</sup> Örneğin bkz. G. Arangio-Ruiz, *The UN Declaration on Friendly Relations and the System of Sources of International Law*, Alphen aan den Rijn, 1979, ve R. Rosenstock, ‘The Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations’, 65 AJIL, 1971, s. 713. Ayrıca bkz., 1987 tarihli 42/22 sayılı Genel Kurul Kararı'na ekli Uluslararası İlişkilerde Kuvvet Tehdidi ya da Kuvvet Kullanmaktan Kaçınma Prensibinin Etkinliğinin Artırılmasına İlişkin Deklarasyon.

<sup>25</sup> Bkz., aşağıda, 21. Bölüm.

<sup>26</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>27</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>28</sup> Brezilya'nın madde 2(4)'te ‘ekonomik tedbirlerin’ yasaklanmasına ilişkin girişimi reddedilmiştir, 6 UNCIO, Documents, s. 335. Ayrıca bkz. L. M. Goodrich, E. Hambro ve A. P. Simons, *Charter of the United Nations*, 3. Baskı, New York, 1969, s. 49.

<sup>29</sup> Örneğin bkz. Nikaragua limanlarının ABD tarafından işletilmesi, *Nicaragua davası*, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 128; 76 ILR, s. 349.

<sup>30</sup> Bkz. Simma, *Charter*, s. 208. Bir başka mesele, meşru müdafaa hakkı tanıyacak şekilde siber faaliyetlerin madde 2 (4)'e aykırı bir biçimde olası bir kuvvet kullanma teşkil edip etmeyeceğidir. Bkz. aşağıda. *The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (ed. M.N. Schmitt), Cambridge, 2013, ss. 45 vd. Bir uzmanlar grubu tarafından hazırlanan bu Rehber siber operasyonların ‘düzey ve etkilerinin, kuvvet kullanma seviyesine erişmiş bulunan siber olmayan operasyonlarla mukayese edilebilir olması durumunda’ kuvvet kullanma teşkil edecekleri görüşünü benimsemektedir. İlgili olarak sekiz faktör belirlenmiştir: ağırlık, ivedilik, doğrudanlık, mütecevizlik, ölçülebilirlik, askeri nitelikte olma ve hukukilik karinesi. *A.g.e.*, ss. 48-51. ABD, siber saldırıların belirli durumlarda madde 2(4) bağlamında silahlı saldırı teşkil edebileceğini ve bunun da gerçekleşmiş ya da gerçekleşmesi muhakkak silahlı saldırı boyutuna ulaşması halinde meşru müdafaa hakkı tanıyacağını ifade etmiştir. Bu tür durumlarda, kişilerin maruz kaldığı zarar veya ölüm ile mülke verilen zarar veya mülkün tahribinin niteliği ve boyutu dikkate alınmalıdır. Bkz. DUSPIL, 2014, s. 734. Ayrıca bkz. örneğin R. Buchan, ‘Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?’, 17 *Journal of Conflict and Security Law*, 2012, s. 211; M. Roscini, ‘Cyber Operations as a Use of Force’, *Research Handbook on International Law and Cyberspace* (eds. N. Tsagourias ve R. Buchan), Cheltenham, 2015, s. 233; M.C. Waxman, ‘Cyber Attacks as “Force” under UN Charter Article 2(4)’, *International Law and the Changing Character of War* (eds. R. Pedraza ve D.P. Wollschlaeger), 87 *International Law Studies*, US Naval War College, 2011, s. 43 ve H.H. Dinmiss, *Cyber Warfare and the Laws of War*, Cambridge, 2012. Ayrıca bkz. Birinci Cenevre Sözleşmesinin 2. Maddesine Dair Güncellenmiş UKHK Yorumu, Mart 2016, para. 253 vd. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary>.

boykot veya ambargo uygulanması madde 2(4)'te yer almakta mıdır, bu bağlamda bunlar hukukdışı olarak mı yorumlanmalıdır?<sup>31</sup> Bu hüküm herhangi bir şekilde değiştirilmemesine rağmen, Şart'ın Başlangıç bölümü, ortak yarar dışında "silahlı kuvvet" kullanılmamasını sağlamak için gereken ihtiyaca atıfta bulunurken, meşru müdafaa ile ilgili 51. madde, diğer zorlama biçimlerine cevaz verme konusunda kesin olmasa da, özel olarak silahlı kuvvete atıfta bulunur.

1970 tarihli Uluslararası Hukuk Prensipleri Üzerine Deklarasyon, siyasi, ekonomik veya herhangi bir devletin siyasi bağımsızlığı veya toprak bütünlüğüne karşı dayatılmış herhangi bir zorlama biçiminden...devletlerin kaçınmakla yükümlü olduğunu hatırlatmış ve 1966'da kabul edilen Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ise tüm halkların ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimlerini özgürce sürdürme hakkını vurgulamıştır. Bu yaklaşım, 1974 yılında Genel Kurul tarafından onaylanan Devletlerin Ekonomik Hakları ve Ödevleri Antlaşması'nda özellikle vurgulanmıştır. Buna göre, "Hiçbir devlet, egemenlik haklarının kullanılmasının itaat altına alınması için başka bir devlete baskı yapmak amacıyla ekonomik, siyasi veya diğer tür tedbirleri kullanamaz veya kullanmasını teşvik edemez". Devletler tarafından bir politika değişikliğini telkin etmek için ekonomik baskıların açık kullanımının meşruluğu sorusu, İsrail lehtarları oldukları varsayılan devletlere karşı 1973-4 yıllarında Arapların kullandıkları petrol silahı ışığında yenilenen ilgiyle bir kez daha sorgulanmıştır.<sup>32</sup> Bu tür eylemlerin, Birleşmiş Milletler Şartı'na aykırı olduğunu destekleyen, birçok kararda ve bildiride yorumlandığı üzere, lehte bir görüş en azından var gibi gözükmektedir. Ancak, bu tür bir eylemin madde 2(4)'ü ihlal anlamına gelip gelmediği tartışmalıdır.<sup>33</sup>

Madde 2(4)'ün kuvvet kullanmanın yanı sıra kuvvet tehdidini de kapsadığını belirtmek gerekir.<sup>34</sup> Bu konu Uluslararası Divan tarafından *Nükleer Silahların Kullanımı ya da Kullanılması Tehdidinin Meşruluğu* Hakkında Genel Kurul'a iletilen Danışma Görüşü'nde ele alınmıştır. Divan, 'belirli olayların meydana gelmesi durumunda kuvvet kullanma sinyali veren niyetin', kuvvet kullanma tasavvurunun kendisinin hukukdışı olduğu öngörülen 2. maddenin 4. fıkrası uyarınca tehdit oluşturabileceğini belirtmiştir. Verilen örnekler, başka bir devletin topraklarının güvenliğine ilişkin veya "belli siyasi veya ekonomik yolları takip etmesi ya da etmemesi"ne neden olan tehditleri içermiştir.<sup>35</sup> Divan, sadece nükleer silah bulundurulmasının kendisinin bir tehdit oluşturmadığını kabul etmiş görünmektedir. Bununla birlikte, nükleer caydırıcılık politikasının belirli koşullar altında bu silahlara başvurma imkânının güvenilirliğine dayanarak işlev gördüğüne dikkat çekerek, bunun bir tehdit olup olmadığının, öngörülen kuvvet kullanımının devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına ya da BM'nin amaçlarına karşı yöneltilip yöneltilmediğine bağlı olduğunu belirtmiştir. Öngörülen silah kullanımının bir savunma aracı olarak tasarlanması ve gereklilik ile orantılılık ilkelerinin nihai ve muhakkak ihlali halinde, bu durum madde 2(4)'e aykırı bir tehdidin var olduğunu ortaya çıkarır.<sup>36</sup> Buradaki temel husus, orantılılığın tanımı olacaktır; özellikle de bu, neden olabilecek hasarla mı yoksa daha ziyade tehdide karşı meşru

<sup>31</sup> Örneğin bkz. *Economic Coercion and the New International Economic Order* (ed. R. B. Lillich), Charlottesville, 1976, ve *The Arab Oil Weapon* (eds. J. Paust ve A. Blaustein), Dobbs Ferry, 1977.

<sup>32</sup> Paust ve Blaustein, *Arab Oil Weapon*.

<sup>33</sup> Örneğin bkz. Dinstein, *War*, s. 86.

<sup>34</sup> Brownlie, *Use of Force*, s. 364, Kuvvet kullanma tehdidi, 'bir hükümetin, söz konusu hükümetin bazı taleplerinin kabul edilmemesi üzerine koşullu olarak kuvvete başvuracağını açık veya zımni olarak belirtmesidir'. Ayrıca bkz. N. Sturchler, *The Threat of Force in International Law*, Cambridge, 2007; M. Roscini, 'Threats of Armed Force and Contemporary International Law', 54 NILR, 2007, s. 229; R. Sadurska, 'Threats of Force', 82 AJIL, 1988, s. 239; F. Grimal, *Threats of Force: International Law and Strategy*, London, 2012 ve N. White ve R. Cryer, 'Unilateral Enforcement of Resolution 687: A Threat Too Far?', 29 *California Western International Law Journal*, 1999, s. 243.

<sup>35</sup> *Guyana v. Suriname* davasında, 17 Eylül 2007 tarihli kararda, tahkim mahkemesi, Surinam donanma gemileri tarafından bölgeyi on iki saat içinde terk etmek veya sonuçlarıyla yüzleşmek üzere bir petrol platformuna gönderilen bir emirin böyle bir tehdit oluşturduğunu varsayarak onaylamıştır, bkz., 439. ve 445. paragraflar.

<sup>36</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 226, 246-7; 110 ILR, s. 163.

müdafaa kapsamında verilmesi planlanan karşılığın kapsamı ile mi ilişkilendirilecektir? İkinci durum söz konusuysa ve mantık bunu öne sürüyorsa, o takdirde, nükleer veya muhtemel kimyasal veya bakteriyolojik silahların kullanılmasından önce karşılık olarak nükleer silah kullanma tehdidi daha az sorunlu hale gelmektedir.<sup>37</sup>

Uluslararası olarak kuvvete başvurma koşullarını düzenleyen hükümler, bir devletin, kendi yetkisi dâhilinde düzeni sağlamak için tedbirler alma hakkını etkilemez. Buna göre, böyle bir devlet, madde 2(4)'e aykırı olmamak kaydıyla, isyanları zor kullanarak yatıştırabilir, ayaklanmaları bastırabilir ve isyancıları cezalandırabilir. Yabancı kişilerin yaralanması veya mülklerin hasar görmesi durumunda, devletin yabancı uyruklu kişinin durumunu düzeltmesi istenebilir<sup>38</sup> ancak bunun dışında, uluslararası hukuktaki kuvvet kullanma yasağı, ulusal yargı içinde uygulanabilir genel bir hüküm değildir.<sup>39</sup> Buna göre, uluslararası hukuk, kuvvet kullanımına genel bir yasak getirmektedir. Kuvvet kullanımının meşru olabilmesi için, kabul edilen istisnalardan birinin kapsamında olması gerekir. Söz konusu istisnalar, esas olarak meşru müdafaa hakkı<sup>40</sup> ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin silahlı kuvvet kullanma kararıdır.<sup>41</sup> Olağanüstü insani ihtiyaç durumlarında kuvvet kullanılıp kullanılmayacağı konusu ise aşağıda tartışılmaktadır.<sup>42</sup>

***“Herhangi bir devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı”***

BM Şartı'nın 2(4). maddesi, gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığa karşı gerekse de Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanılmasını yasaklar.<sup>43</sup> Bu ifadelerin, söz konusu hükme aykırı olmayan bir kuvvete izin vermek veya asıl yasağı güçlendirmek amacıyla,<sup>44</sup> kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanıp yorumlanmaması gerektiği konusunda tartışmalar mevcuttur;<sup>45</sup> ancak ağırlıklı görüş ikinci durumdan yana ön plana çıkmaktadır. 1965 tarihli Devletlerin İçişlerine Müdahalenin Kabul Edilmezliği Deklarasyonu<sup>46</sup> şunu vurgulamaktadır:

*“Hiçbir devlet, doğrudan veya dolaylı olarak, herhangi bir nedenle başka herhangi bir devletin iç veya dış işlerine müdahale etme hakkına sahip değildir. Bu nedenle, silahlı müdahale ve devletin şahsiyetine karşı veya siyasi, ekonomik ve kültürel unsurlarına karşı müdahale ve her türlü diğer müdahale veya tehdit teşebbüsleri kınanır.”*

Söz konusu hüküm, yalnızca bu gibi durumların kınanması değil, aynı zamanda uluslararası hukuku ihlal ettiği gerekçesiyle, 1970 tarihli Uluslararası Hukuk Prensipleri Hakkında Deklarasyon'da<sup>47</sup> bir kez daha teyit edilmiştir. *Corfu Channel* davasında<sup>48</sup> Uluslararası Adalet

<sup>37</sup> Silahlı Çatışmaların Antlaşmalar Üzerindeki Etkileri Taslak Maddelerinden 2(b). maddesi, “silahlı çatışmayı”, ‘devletler arasında silahlı kuvvetlere başvurulması durumu ya da hükümet yetkilileri ile organize silahlı gruplar arasında uzun süreli silahlı kuvvetlere başvurulması durumu’ olarak tanımlar, A/66/10, 2011.

<sup>38</sup> Bkz., yukarıda, 13. Bölüm.

<sup>39</sup> Meşru müdafaa ile ilgili olarak bkz., aşağıda ve iç savaş ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için ise 20. Bölüm.

<sup>40</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>41</sup> Bkz., 21. Bölüm.

<sup>42</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>43</sup> Uluslararası Divan, kuvvet kullanma yasağını “Birleşmiş Milletler Şartı'nın temel taşı” olarak tanımlamıştır, *Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 223. Ayrıca bkz., Simma, *Charter*, s. 215.

<sup>44</sup> Bkz., Brownlie, *Use of Force*, s. 268. Ayrıca bkz., Skubiszewski, ‘Use of Force’, ss. 745–6.

<sup>45</sup> Örneğin bkz. Bowett, *Self-Defence*, s. 152.

<sup>46</sup> 2131 (XX) sayılı Genel Kurul kararı.

<sup>47</sup> 2625 (XXV) sayılı Genel Kurul kararı.

<sup>48</sup> ICJ Reports, 1949, ss. 4, 35; 16 AD, ss. 155, 167. Ayrıca bkz., Brownlie, *Use of Force*, ss. 283–9, ve H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London, 1958, s. 90.



Divanı, İngilizlerin yargısal işlemlere ilişkin kanıtları güvence altına almak için, kanalın mayından temizlenmesi işleminde, müdahale hakkına uygun olarak hareket ettikleri iddiasına karşılık, özel olarak, şunu beyan etmiştir:

*“İddia edilen müdahale hakkı, geçmişte ciddi ihlallere neden olmuş ve uluslararası hukukta ... yer bulamamış bir kuvvet politikasının tezahürü [idi].”*

Divan, mevcut davada, Arnavutluk’un ülkesel egemenliğinin bozulması (derogasyon) olarak böyle bir hakkın kullanılmasına izin verilmesinin kabul edilemez olduğunu belirtmiştir:

*“Çünkü, tabiatıyla, en güçlü devletler lehine bir durum yaratırdı ve kolayca uluslararası adalet yönetiminin kendisinin çarpıtılmasına yol açabilirdi.”*

Divan, uluslararası ilişkilerin esasının bağımsız devletlerin birbirlerinin ülkesel egemenliğine saygı duymalarında yattığı sonucuna varmıştır.<sup>49</sup> Buna ek olarak, Eritre-Etiyopya Hak Talepleri Komisyonu, ilgili toprağın bir kısmı kuvvete başvuran devletin geçerli bir iddiası bulunduğu topraklarda olsa bile, kuvvete başvurmanın uluslararası hukuku ihlal edeceği yönünde tavır almıştır. Divan, “Devletler arasındaki sınır uyuşmazlıkları o kadar sık yaşanmaktadır ki, hukukdışı olarak işgal edildiği iddia edilen bir toprak için kuvvet tehdidi veya kuvvet kullanımına ilişkin herhangi bir istisnanın, uluslararası hukukun temel bir kuralında büyük ve tehlikeli bir delik açacağını” belirtmiştir.<sup>50</sup> Müdahale ve, koşullara bağlı olarak, saldırganlık, ülkedeki meşru yabancı güçlerin, kalışlarını düzenlemeye izin verilen koşulların ötesinde veya söz konusu belirli sözleşmenin bitiminin ötesinde eylemde bulunması durumunda da ortaya çıkabilir (Saldırının Tanımlanması Kararı madde 3(e)). Örneğin; 1997’de imzalanan (2010 yılında ise uzatılan) anlaşma uyarınca Ukrayna’nın Kırım bölgesinde meşru olarak bulunan Rus kuvvetleri, Ukrayna’da Cumhurbaşkanının ülkeyi terk etmesi ve yeni bir hükümetin kontrolü devralmasıyla sonuçlanan ayaklanmaları takiben, 2014 yılı Şubat sonu/Mart başında doğrudan veya dolaylı olarak kontrolü ele geçirmek için yarımadada kendisine izin verilen üs ve alanların ötesine geçmiştir.<sup>51</sup>

## KUVVET ÇEŞİTLERİ

Meşru müdafaa hakkına dayanarak ekonomik misillemeden kuvvet kullanımına kadar uzanan çeşitli kendi kendine yetme (*self-help*) tedbirleri tarihsel olarak kullanılmagelmiştir. BM rejiminin kuruluşundan bu yana, uluslararası hukuk uyarınca, temelde, devletlerin kullanımına açık üç zorlama biçimi bulunmaktadır. Bunlar misilleme, zararlar karşılık ve meşru müdafaa.<sup>52</sup>

### Misilleme<sup>53</sup>

Misilleme (*retorsion*), bir devletin, başka bir devletin zarar verici yasal faaliyetlerine karşı, hukuki olmakla birlikte hasmane ve zarar veren bir eylemi mukabele (aynen karşılık

<sup>49</sup> Bkz. *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 109–10; 76 ILR, ss. 349, 443–4, ve daha fazlası için bkz., s. 820.

<sup>50</sup> Kısmi Karar, *Jus Ad Bellum*, Ethiopia’s Claims 1–8, 2005, 10. paragraf; bkz., 45 ILM, 2006, ss. 430, 433. Bu beyana *Guyana v. Suriname* davasında, tahkim mahkemesi tarafından 17 Eylül 2007 tarihli kararında atf yapılmıştır, bkz., 423. paragraf. Ayrıca bkz., C. Gray, ‘The Eritrea/Ethiopia Claims Commission Oversteps Its Boundaries: A Partial Award?’, 17 EJIL, 2006, s. 699.

<sup>51</sup> Örneğin bkz., [www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-26248275](http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-26248275). Ayrıca bkz. 3 Mart 2014 tarihli Güvenlik Konseyi tartışması (S/PV.7125) ve 27 Mart 2014 tarihli Genel Kurul kararı (68/262). Ayrıca bkz., T. Grant, *Aggression Against Ukraine*, New York, 2015.

<sup>52</sup> BM uyarınca kuvvet kullanımına ilişkin olarak bkz., aşağıda, 21. Bölüm.

<sup>53</sup> Örneğin bkz. Daillier ve diğerleri., *Droit International Public*, s. 1056; Skubiszewski, ‘Use of Force’, s. 753, ve G. von Glahn, *Law Among Nations*, 7. Baskı, Boston, 1996, ss. 533 vd.

verme) yöntemi olarak kabul etmesidir. Diplomatik ilişkilerin kesilmesi ve yabancıların sınır dışı edilmesi veya sınırlandırılması yanı sıra çeşitli ekonomik kısıtlamalar ve seyahat kısıtlamaları misilleme örnekleridir. Misilleme, hukukilik sınırları içinde kalmasına rağmen, diğer devlete zarar verecek bir yolla hoşnutsuzluğunu göstermenin meşru bir metodudur. Amerikan Dış Yardım Yasası Hickenlooper Değişiklikleri'ne, Birleşik Devletleri Başkanı'na, Amerikan mülklerini uygun bir tazminat ödemediği kamulaştıran herhangi bir ülkeye yapılan dış yardımı askıya alma yetkisi tanınması nedeniyle, sıklıkla bir misilleme örneği olarak atıfta bulunulur. Bu prosedür, 1963 yılında Seylan'a (bugünkü Sri Lanka) karşı bir kez uygulanmış ve 1973 tarihli Amerikan Dış Yardım Yasası tarafından yürürlükten kaldırılarak geçerliliğini yitirmiştir.<sup>54</sup> Misilleme, daha önce yasalara aykırı bir faaliyete karşılık olarak işlenmiş meşru bir tasarrufun örneğini de kapsadığı izlenimi verebilir.<sup>55</sup>

### Zararla Karşılık<sup>56</sup>

Zararla karşılık (*reprisal*), bir devlet tarafından başka bir devletin daha önce hukuk dışı bir eylemi için aynen karşılık olarak benimsenen ve kendisi de hukuk dışı olan eylemlerdir. Dolayısıyla, hukuka uygun olan misilleme eylemlerinden farklıdır. Zararla karşılık kuralı ile ilgili klasik dava, 1928 tarihli Portekiz ve Almanya arasındaki *Naulilaa*<sup>57</sup> uyuşmazlığıdır. Söz konusu vaka, Portekiz topraklarında üç Alman'ın yanlışlıkla öldürülmesine meşru şekilde bir karşılık olarak, Angola'daki sömürge mülkleri tahrip eden bir Alman askerî baskını ile ilgiliydi.

Mahkeme, Portekiz'in tazminat talebini tartışırken, zararlar karşılık yapılmadan önce, uluslararası hukuka aykırı önceki davranış biçiminde yeterli gerekçenin bulunması gerektiğini vurgulamıştır. Söz konusu gereklilik kuruldu ise zararlar karşılığın, tatmin edilmemiş bir tazminat talebinden önce yapılmış olması ve suç ve zararlar karşılık arasında bir orantı olması gerekiyordu. Nitekim, Almanların meşru olarak eylemde buldukları iddiası üç gerekçeyle reddedilmiştir. Bu genel kurallar hâlâ geçerli olmakla birlikte günümüzde Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2(4). maddesi tarafından öngörülen kuvvet kullanma yasağının ışığında yorumlanmalıdır. Bu nedenle, kuvvete varmayan zararlar karşılık (genellikle karşı tedbirler olarak anılmaktadır)<sup>58</sup> hâlâ meşrulaştırılabilirken, silahlı kuvvetleri içeren zararlar karşılık, meşru müdafaa hakkına uygun olarak başvurulduğunda, hukuki olabilir.<sup>59</sup> Barış zamanlarında başvuru zararlar karşılık, meşru müdafaa ilkesi çerçevesinde olmadıkça,

<sup>54</sup> Örneğin bkz., R. B. Lillich, 'Requiem for Hickenlooper', 69 AJIL, 1975, s. 97, ve C. F. Amerasinghe, 'The Ceylon Oil Expropriations', 58 AJIL, 1964, s. 445.

<sup>55</sup> Karşı tedbirlere ilişkin olarak bakınız, yukarıda, 13. Bölüm.

<sup>56</sup> Örneğin bkz., Skubiszewski, 'Use of Force', ss. 753-5; Brownlie, *Use of Force*, ss. 219-23 ve 281-2; D. W. Bowett, 'Reprisals Including Recourse to Armed Force', 66 AJIL, 1972, s. 1, ve R. W. Tucker, 'Reprisals and Self-Defence: The Customary Law', 66 AJIL, 1972, s. 581.

<sup>57</sup> 2 RIAA, s. 1011 (1928); 4 AD, s. 526. Ayrıca bkz., G. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington, 1943, Cilt 6, s. 154.

<sup>58</sup> Bkz., yukarıda, 13. Bölüm. Ayrıca, karşı tedbirlerin, zararlar karşılığı yasaklayan insani yükümlülükleri etki lemediğini belirten Devletlerin Sorumluluklarına İlişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu Maddeleri'nin 50. maddesine de dikkat çekmek gerekir.

<sup>59</sup> Bkz., Dinstein, *War*, s. 222. Fakat bkz., Bowett, 'Reprisals'. Ayrıca Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'na aykırı olan zararlar karşılık eylemlerini ve İngiltere'nin Fort Harib'i bombalamasını kınaması hakkında bkz. SCOR, 19. Yıl, 111. Oturum, 8 Nisan 1964, ve R. B. Lillich, 'Forcible Self-Help under International Law', 62 *US Naval War College International Law Studies*, 1980, s. 129. ABD Dışişleri Bakanlığı, 'ABD'nin, kuvvet kullanımını içeren zararlar karşılığın uluslararası hukuk uyarınca hukuk dışı olması yönünde açıkça kategorik bir tavır almış olduğu2 ilan etmiştir, 'Memorandum on US Practice with Respect to Reprisals', 73 AJIL, 1979, s. 489. Zararla karşılık ve meşru müdafaa arasındaki konularla ilgili olarak örneğin bkz., R. A. Falk, 'The Beirut Raid and the International Law of Retaliation', 63 AJIL, 1969, s. 415, ve Y. Blum, 'The Beirut Raid and the International Double Standard', 64 AJIL, 1970, s. 73.

hukuka aykırıdır.<sup>60</sup> Barışçıl ablukanın tesisi, bazen zararlar karşılığın bir biçimi olarak kabul edilir.<sup>61</sup> Bu, on dokuzuncu yüzyılda gelişmiş ve daha zayıf devletlere karşı kuvvetli bir baskı uygulaması olarak yaygın bir şekilde kullanılmıştır. Savaş veya silahlı husumet olmaması halinde, bazı yazarlar tarafından tartışmalı bulunsa da, üçüncü devlet gemileri muhtemelen bu tür bir ablukadan muaf tutulmuştur.

Barışçıl ablukalar, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından oluşturulabilir<sup>62</sup> ancak günümüzde, Birleşmiş Milletler Şartı'nın yürürlüğe girmesinden bu yana, devletler tarafından başvurulamaz. Amerika Birleşik Devletleri tarafından Ekim 1962'de belirli silahların adaya ulaşmasını önlemek için Küba'ya uygulanan sözde 'karantina'nın meşruluğu tartışmalı olan abluka barışçıl abluka doktrinine de dayandırılmamalıdır.<sup>63</sup>

### Meşru Müdafaa Hakkı<sup>64</sup>

Uluslararası teamül hukukunda meşru müdafaa hakkının geleneksel tanımı, *Caroline* davasından ortaya çıkmıştır.<sup>65</sup> Söz konusu uyuşmazlık, 1837'de İngilizlerin bir Amerikan limanındaki gemiyi ele geçirip imha ettiği bir olay etrafında dönmüştür. *Caroline*, Kanada topraklarına baskın düzenleyen Amerikan uyruklu gruplarca donatıldığı için bu uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Olayı takiben İngiliz makamlarıyla yapılan yazışmalarda ABD Dışişleri Bakanı, meşru müdafaa'nın esaslarını ortaya koymuştur. Buna göre, 'başka bir seçenek ve müzakereler için zaman kalmamasına bağlı olarak ivedi, kuvvetli bir meşru müdafaa gerekliliğinin var olması gerekir. Meşru

<sup>60</sup> Uluslararası Divan, *Nükleer Silahların Kullanımı ya da Kullanılması Tehdidinin Meşruluğu* belgesinde 'barış zamanında silahlı zararlar karşılık ... hukukdışı olarak kabul edilir ... meşru müdafaa gibi herhangi bir [mütacaviz] zararlar karşılık hakkı, en başta orantılılık ilkesiyle beraber kullanılır' şeklinde beyanda bulunmuştur, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 246; 110 ILR, s. 163. Silahlı bir çatışmanın (savaşla zararlar karşılık) söz konusu olduğu zararlar karşılığı, karşı taraf tarafından yapılan silahlı çatışma hukukunun ihlaline karşılık olarak izin verildiğini not düşmek gerekir: bkz. Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2. Baskı, Cambridge, 2010, ss. 253 vd., ve C. Greenwood, 'The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals', 20 Netherlands YIL, 1989, ss. 35, 38. Ayrıca bkz. J. M. Henckaerts ve L. Doswald Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cilt. 1, Cambridge, 2005, Rule 145, s. 513 ve *Kupreski v. c.*, ICTY, IT-95-16-T, 14 Ocak 2000, 256. ve 528. paragraflar.

<sup>61</sup> Örneğin bkz. Skubiszewski, 'Use of Force', ss. 755-7, ve Brownlie, *Use of Force*, ss. 223-4.

<sup>62</sup> Bkz., aşağıda, 21. Bölüm.

<sup>63</sup> Örneğin bkz., Q. Wright, 'The Cuban Quarantine', 57 AJIL, 1963, s. 546, ve M. S. McDougal, 'The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defence', *a.g.e.*, s. 597. Ayrıca bkz., A. Chayes, *The Cuban Missile Crisis*, Oxford, 1974. Falkland uyuşmazlığı sırasında Birleşik Krallık tarafından ilan edilen oldukça farklı Genel Yasak Bölge (Total Exclusion Zone) deklarasyonunu da not etmek gerekir, bkz. 22 HC Debs., cols. 296-7, 28 Nisan 1982 ve R.P. Barston ve P.W. Birnie, 'The Falkland Islands/Islands Malvinas Conflict. A Question of Zones', 7 *Marine Policy*, 1983, s. 14. Silahlı çatışmalarda deniz ablukasının hukuka aykırı olmadığı açıktır. Örneğin bkz., International Institute of Humanitarian Law, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge, 1995, ss. 176 vd. Ayrıca bkz. the Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident, September 2011, s. 80 vd. Panel bu raporda, iki taraf arasındaki silahlı uyuşmazlığın şartları bağlamında İsrail'in Gazze'ye karşı uyguladığı deniz ablukasının hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Bkz. ss.40-44.

<sup>64</sup> Bkz., Bowett, *Self-Defence*, ve Brownlie, *Use of Force*, 13. Bölüm. Ayrıca bkz., I. Brownlie, 'The Use of Force in Self-Defence', 37 BYIL, 1961, p. 183; Dinstein, *War*, 7. ve 8. Bölümler; Gray, *Use of Force*, 4. Bölüm; Franck, *Recourse*, 3-7. Bölümler; Corten, *Law Against War*, 7. Bölüm; S. Alexandrov, *Self-defence against the Use of Force in International Law*, The Hague, 1996; J. Delivanis, *La Legitime Defense en Droit International*, Paris, 1971; Byers, *War Law*, Part Two; M.C. Alder, *The Inherent Right of Self-Defence in International Law*, Heidelberg, 2013; S. Schwebel, 'Aggression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law', 136 HR, 1972, s. 411; O. Schachter, 'The Right of States to Use Armed Force', 82 *Michigan Law Review*, 1984, s. 1620; Schachter, 'Self-Defence and the Rule of Law', 83 AJIL, 1989, s. 259, ve Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991, 8. Bölüm; N. Ochoa-Ruiz ve E. Salamanca-Aguado, 'Exploring the Limits of International Law relating to the Use of Force in Self-defence', 16 EJIL, 2005, s. 499; Cot ve diğerleri, *Charte*, s. 506 (A. Cassese); Daillier ve diğerleri, *Droit International Public*, s. 1038, ve Simma, *Charter*, s. 1397.

<sup>65</sup> 29 BFSP, s. 1137 ve 30 BFSP, s. 195. Ayrıca bkz., R. Y. Jennings, 'The Caroline and McLeod Cases', 32 AJIL, 1938, s. 82.

müdafaanın meşru sayılması için sadece bu tür koşulların gerekliliği yeterli değildir, aynı zamanda bunu takiben başvurulacak eylemin de makul olması veya aşırı olmaması gerekir; “meşru müdafaa” gerekçesiyle meşrulaştırılan eylem, söz konusu zorunluluk uyarınca sınırlandırılmalı ve açıkça bu sınırlar içinde kalmalıdır’. Bu ilkeler, söz konusu dönemde, İngiliz hükümeti tarafından benimsenmiş ve uluslararası teamüllerin bir parçası olarak kabul edilmiştir.<sup>66</sup>

BM Şartı’nın 51. maddesi şunu öngörmektedir:

*“Bu Antlaşma’nın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri almaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru müdafaa hakkına halel getirmez.*

*Üyelerin söz konusu meşru müdafaa hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi’ne bildirilir ve Konsey’in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez.”*

51. madde ışığında meşru müdafaa hakkının kapsamına ilişkin<sup>67</sup> olarak yaygın bir ihtilaf söz konusudur. Bazı yazarlar, 51. maddenin madde 2(4) ile bağlantılı olarak kaleme alındığını savunurken,<sup>68</sup> bazıları ise 51. maddenin başında yer alan ‘bu antlaşmanın hiçbir hükmü doğal olan...meşru müdafaa hakkına halel getirmez’ ifadesinin, 51. maddenin sadece silahlı bir saldırının meydana geldiği duruma atıfta bulunan belirli hükümleri üzerinde ve ötesinde uluslararası teamül kurallarında bir meşru müdafaa hakkının var olduğu anlamının çıkarılabileceğini iddia etmektedir.<sup>69</sup>

Bununla birlikte, *Nicaragua* davasında<sup>70</sup> Uluslararası Adalet Divanı, meşru müdafaa hakkının, BM Şartı’nın yanı sıra uluslararası teamül hukuku uyarınca doğal bir hak olarak var olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Divan şuna vurgu yapmıştır:

*“Şartın 51. maddesi, sadece meşru müdafaa hakkının ‘doğal’ veya ‘temel’ bir hak olmasına dayandığında anlamlıdır ve halihazırdaki içeriği Şart tarafından onaylanmış ve geçerli kılınmış olsa bile bu hakkın teamülün doğasından başka bir şey olabileceğini, Şart tarafından teyit edilmiş ve hükmedilmiş olsa bile, belirtmek güçtür. ... Dolayısıyla, 51. maddenin, uluslararası teamül hukukunu kapsayan ve ondan sonra gelen bir hüküm olduğuna hükmedilemez.”*

<sup>66</sup> Örneğin bkz., ABD Dış İşleri Bakanlığı Hukuk Danışmanı’nın ‘Meşru müdafaanın doğasında var olan hakın kullanılması, bir devletin temel fiili bir hakkını ani ve büyük bir şekilde tehlikeye atan hukuk dışı bir eylemin gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Bu koşullar mevcut olduğunda, kullanılan araçların tehdit veya tehlikenin ağırlığı ile orantılı olması gerekir’ şeklindeki ifadesi, DUSPIL, 1975, s. 17.

<sup>67</sup> 2001 tarihli Uluslararası Hukuk Komisyonu Devlet Sorumluluğuna İlişkin Maddelerinin 21. maddesi uyarınca “bir devletin bir eyleminin haksızlığı, söz konusu eylem Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca başvurulacak yasal bir meşru müdafaa önlemini teşkil ediyorsa engellenir”.

<sup>68</sup> Örneğin bkz., Brownlie, *Use of Force*, ss. 112–13 ve 264 vd., ve E. Jimenez de Arechaga, ‘International Law in the Past Third of the Century’, 159 HR, 1978, ss. 1, 87–98. Ayrıca bkz., Skubiszewski, ‘Use of Force’, ss. 765–8, ve H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, 1950, s. 914.

<sup>69</sup> Örneğin bkz., Bowett, *Self Defence*, ss. 185–6; Stone, *Aggression and World Order*, ss. 43, 95–6. Ayrıca bkz., H. Waldock, ‘General Course on Public International Law’, 166 HR, 1980, ss. 6, 231–7; Simma, *Charter*, ss. 1403 vd.; Gray, *Use of Force*, ss. 117 vd.; ve D. P. O’Connell, *International Law*, 2. Baskı, London, 1970, Cilt. I, s. 317. Ayrıca “meşru müdafaa silah kullanımını kabul eden” belgeler için örnek olarak bkz. 6 UNCIO.

<sup>70</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 14, 94; 76 ILR, ss. 349, 428.

Buna göre, bu alanda teamül hukuku antlaşma hukukuyla birlikte (yani BM Şartı) varlığını sürdürmüştür.<sup>71</sup> Kesin bir örtüşme olmamakla birlikte kuralların içeriği de aynı değildir. Divan aynı zamanda “silahlı saldırı” kavramını tartışmış ve bunun yalnızca uluslararası bir sınırdaki düzenli silahlı kuvvetler tarafından uygulanan eylemleri değil; ayrıca düzenli silahlı kuvvetler tarafından gerçekleştirilen fiili bir silahlı saldırı ya da bu saldırıya önemli bir katılımı sağlayacak ağırlığa sahip bir silahlı eylem gerçekleştiren silahlı çetelerin ya da grupların devlet adına veya devlet tarafından sevkiyatını kapsadığını belirtmiştir.<sup>72</sup> Bu durumda, odak noktası, söz konusu devleti sorumlu tutmak ve kendisine karşı gerçekleştirilen meşru müdafaa eylemlerini meşru kılmak bakımından bu devletin dahline kaymıç olacaktır.

Meşru müdafaa bağlamında kuvvete başvurabilmek için bir devletin silahlı bir saldırının mağduru olduğunu göstermesi gerekir. Silahlı saldırı kavramı, madde 2(4)'e aykırı olarak kuvvet kullanma ile bağlantılıdır; ancak aynı şey değildir. İspat yükü bu devlete aittir.<sup>73</sup> Divan, tek bir askerî geminin mayınlamasının yeterli olabileceğini,<sup>74</sup> ancak bir devletin sahip olduğu fakat bayrak taşımayan gemilere yapılan bir saldırının bu devlete yapılan bir saldırı ile eş değer sayılamayacağını kaydetmiştir.<sup>75</sup> Bununla birlikte, meşru müdafaa bağlamında kuvvete başvurma arayışındaki devletin kasıtlı olarak saldırıya uğradığını göstermesi gerekir. *Oil Platforms* davası kapsamında Divan tarafından görüşülen bir dizi olayda, Divan, bu olayların hiçbirinin özellikle ve kasten ABD hedef alınarak yapılmadığı kanaatine varmıştır.<sup>76</sup>

*Nicaragua* davasında<sup>77</sup> Divan, meşru müdafaaanın bir karşılık olarak hukuki sayılabilmesi için saldırının ne kadar ciddi olması gerektiğini belirlemeye çalışırken, “kuvvet kullanma biçimlerinin en ağır olanlarını (silahlı saldırı oluşturanlar) daha hafif olanlarından” ayırmış ve bunu *Oil Platforms* davasında<sup>78</sup> tekrar teyit edilmiştir. Yine de bunu en ince ayrıntısına kadar tanımlamak son derece zordur.

Bununla birlikte, çoğu durumda, 51. maddenin ve meşru müdafaa kapsamında kuvvete başvurmaın gereklerine riayet etmek için silahlı saldırının başladığı anın saptanması zor olabilir. Örneğin; hava araçlarına karşı eylemler konusunda, uçaksavar füzesine yön veren radarın “kilitlendiği” anda silahlı saldırının başladığı iddia edilmektedir.<sup>79</sup> Dahası, Haziran 1967’de İsrail’in ilk hava saldırısıyla ilgili yapılan bir tartışma, söz konusu koşulların kendisine karşı silahlı bir saldırının başlatıldığı anda oluştuğu varsayımına dayanmaktadır.<sup>80</sup>

<sup>71</sup> Uluslararası Hukuk Enstitüsü 2007’de meşru müdafaa hakkında bir kararı kabul etmiştir. Bu kararın 1. paragrafı, ‘uluslararası teamül hukukuyla tamamlanan Birleşmiş Milletler Şartı’nın 51. maddesinin, bireysel ve ortak meşru müdafaa hakkının uygulanmasını yeterince düzenlediğini’ belirtmektedir. [http://www.justitiaet-pace.org/idiE/resolutionsE/2007\\_san\\_02\\_en.pdf](http://www.justitiaet-pace.org/idiE/resolutionsE/2007_san_02_en.pdf)

<sup>72</sup> Divan, 1974 tarihli ve 3314 (XXIX) sayılı Genel Kurul kararına ekli Saldıranglılığın Tanımı’nın 3(g) maddesinde yer alan bu hükmün, uluslararası teamül hukukunu yansıttığını belirtmiştir, ICJ Reports, 1986, s. 103; 76 ILR, s. 437. Ayrıca bkz., T. Ruys, ‘Armed Attacks’ and Article 51 of the UN Charter, Cambridge, 2010.

<sup>73</sup> The *Oil Platforms (Iran v. US)* davası, ICJ Reports, 2003, ss. 161, 189 ve 190; 130 ILR, ss. 323, 348–50.

<sup>74</sup> A.g.e., s. 195.

<sup>75</sup> A.g.e., s. 191.

<sup>76</sup> A.g.e. Söz konusu vakalar; ‘Kuveyt sularındaki bazı hedeflerden’ farklı olarak, belirli bir gemiye (ABD *Sea Isle City*) özellikle hedef alınmayacağı anlaşılan bir mesafeden füze saldırısını; ABD-dışı bayrak taşıyan bir gemiye yapılan saldırı; İranlı savaş gemilerinden ABD’li helikopterlere açıldığı iddia edilen fakat Divan tarafından ispatlanmamış olan ateş; ve ABD’nin hedef alındığı kanıtlanamayan mayın dökme olaylarını içermektedir, a.g.e., ss. 191–2. Fakat, salt gelişigüzel bir saldırıdan ziyade, hedef devlete bilinçli ve kasıtlı olarak saldırı yapılması koşulu ihtilafıdır ve tartışmaya açıktır.

<sup>77</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 14, 101.

<sup>78</sup> ICJ Reports, 2003, ss. 161, 187; 130 ILR, ss. 323, 346.

<sup>79</sup> Bkz. Gray, *Use of Force*, s. 128, 57. dipnot.

<sup>80</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

Silahlı saldırıyı neyin oluşturduğuyla ilgili sorunun bir diğer yönü, söz konusu amaçlar için belirli kuvvet kullanımlarını kategorize etme zorluğudur. Örneğin; yurtdışındaki bir elçiliğe veya diplomatlara yönelik bir saldırı, meşru müdafaa kapsamında silahlı bir saldırıyı yasallaştıran bir eylemi teşkil eder mi? 7 Ağustos 1998 tarihinde, Kenya ve Tanzanya'daki ABD büyükelçilikleri bombalanmış ve 250'den fazla can kaybına ve mülke önemli ölçüde zarar verilmesine neden olmuştur. 20 Ağustos'ta ABD, saldırıların sorumlusu olarak görülen Bin Ladin'in örgütü ile bağlantılı olarak Afganistan ve Sudan'daki tesislere yönelik bir dizi füze saldırısı başlatmıştır. Bunu yaparken, ABD kendisinin BM Şart'ın 51. maddesine uygun hareket ettiğini ve meşru müdafaa hakkını kullandığını beyan etmiştir.<sup>81</sup>

Meşru müdafaa hakkının diğer devletler tarafından gerçekleştirilen silahlı saldırı karşısında uygulanması hususu açık olsa da bu hakkın devlet-dışı aktörlerin saldırılarına karşılık olarak uygulanıp uygulanmaması sorusu gündeme gelmiştir.<sup>82</sup> Düzenli silahlı kuvvetler tarafından yürütülen fiili bir silahlı saldırıyla eşdeğer ağırlığa sahip bir silahlı eylem gerçekleştirmek için devletin kendisinin silahlı çeteleri sevk etmesi halinde, meşru müdafaa bağlamında kuvvet meşru olarak kullanılabilir. Sorunlar ise daha belirsiz koşullarda ortaya çıkmaktadır. *Nicaragua* davasında, Divan, meşru müdafaa hakkının üçüncü bir devletin silah, lojistik veya diğer destek sağlama biçiminde isyanlara yardım ettiği durumlara genişletilmesini, söz konusu yardım şekli tehdit veya kuvvet kullanımı veya devletin iç ya da dış işlerine müdahale anlamına geldiği halde, kabul etmemiştir.<sup>83</sup> Bu, belirli durumlarda, başka bir devletin desteklediği grupların saldırısı altında olan bir devletin, bu tanım kapsamında, diğer devlet tarafından verilen destek belirlenen eşige ulaşmadığı takdirde, askerî olarak yanıt veremeyebileceği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Hakim Jennings, *Karşı Oy Görüşü'nde* bu konuya "hem kuvvete kuvvetle karşılık vermenin yasaklandığı hem de buna rağmen bu boşluğu doldurmak için tasarlanan Birleşmiş Milletler'in kuvvet kullanma görevlendirmesinin olmadığı geniş bir alan bırakacak şekilde, hukuki meşru müdafaa koşullarını gereksiz ölçüde katı tanımlamanın tehlikeli görüldüğünü belirterek" yer vermiştir.<sup>84</sup>

Bir devletin üçüncü bir devlete karşı meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanımını meşru hale getiren söz konusu üçüncü devletin (ister terörist ister isyancı isterse de özgürlük savaşçıları olarak nitelendirilsin) gruplara yardımı ile bunun altında kalan yardımlar arasındaki çizginin fiiliyatta belirlenmesi zordur. Uluslararası Divan'ın, *Construction of a Wall* davasındaki<sup>85</sup> istişari görüşünde, 51. maddenin "bir devletin başka bir devlet tarafından silahlı bir saldırıya hedef olması halinde doğal bir meşru müdafaa hakkının varlığını" tanıdığını belirterek ve bu hükmün İsrail'in eylemleri için geçerli olmadığını; zira söz konusu eylemlerin işgal altındaki topraklardan kaynaklanan ve başka bir devlete atfedilemeyen tehditlerle ilgili alındığını beyan ederek ilk bakışta kısıtlayıcı bir yaklaşımı benimsediği görülmüştür. Bununla birlikte, bu, hedef devletin kontrolü dışındaki bir bölgeden gelen devlet olmayan bir birim tarafından yapılan bir saldırıya karşı meşru müdafaa hakkının var olmadığı anlamında okunamaz. Dahası,

<sup>81</sup> Bkz. 'Contemporary Practice of the United States', 93 AJIL, 1999, s. 161. ABD, füze saldırılarının 'ABD'li personel ve tesislere yönelik daha sonraki yakın terörist saldırısı tehdidine karşı gerekli ve orantılı bir karşılık olduğunu belirtmiştir'. *A.g.e.*, s. 162 ve S/1998/780.

<sup>82</sup> Örneğin bkz., Dinstein, *War*, ss. 224 vd., Corten, *Law Against War*, 3. Bölüm ve Gray, *Use of Force*, s. 132 vd. Ayrıca bkz., N. Lobell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford, 2010 ve L. Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, 2002.

<sup>83</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 103-4; 76 ILR, ss. 437-8.

<sup>84</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 543-4; 76 ILR, s. 877. Franck, 11 Eylül 2001'de Dünya Ticaret Merkezi'ne yapılan saldırıyı takiben Güvenlik Konseyi uygulamalarının Hakim Jennings'in yaklaşımını takip ettiğini öne sürmektedir. Bkz. *Recourse*, s. 63 ve s. 824.

<sup>85</sup> ICJ Reports, 2004, ss. 136, 194. Karşılaştırma için bkz., Hakim Higgins (*a.g.e.*, s. 215) ve Hakim Kooijmans'ın (*a.g.e.*, s. 230)Ayrı Görüşleri.

işgal altındaki topraklardaki İsrail eylemlerinin hukuki kaynağı, duvarın veya güvenlik bariyerinin tamamının veya bir kısmının inşasının hukuki hale getirilip getirilmediğine bakılmaksızın, bilakis silahlı çatışma hukuku (uluslararası insancıl hukuk) ve işgal altındaki bir devletin kamu düzenini ve kendi güçlerini korumak için harekete geçme yetkisine dayandırılmış görünmektedir.<sup>86</sup>

Divan, *Nicaragua* kararının belirsizliklerini *Congo v. Uganda* davasında yeniden gözden geçirme fırsatını değerlendirmekte başarısız olmuştur.<sup>87</sup> Bu davada, Divan, Uganda'ya yönelik saldırılarda Kongo hükümetinin doğrudan veya dolaylı olarak dahline ilişkin delilleri tatmin edici bulmamış ve bu tür saldırıların Kongo tarafından veya Kongo adına gönderilen silahlı gruplardan ya da düzensiz birliklerden kaynaklanmadığını tespit etmiştir. Söz konusu saldırılar bu nedenle Kongo'ya atfedilebilir nitelikte bulunmamıştır. Divan, Uganda'nın Kongo'ya karşı meşru müdafaa hakkını kullanmasına ilişkin hukuki ve fiili koşulların mevcut olmadığına karar verdiği için, 'buna göre' konunun modern uluslararası hukukun düzensiz kuvvetlerce gerçekleştirilen geniş çaplı saldırılara karşı meşru müdafaa hakkını öngörüp öngörmediğine ve hangi koşullarda öngördüğüne değinmesine gerek kalmamıştır.<sup>88</sup> Yalnızca Uganda'nın Kongo'ya karşı alabileceği ya da almayacağı eylemlere değinmesi nedeniyle, Divan, başka bir devletten farklı olarak devlet-dışı bir aktör tarafından girilen silahlı bir saldırıya karşı meşru müdafaa kapsamında bir eylemde bulunup bulunamayacağı konusunda giderek artan önemdeki bir soruyla ilgilenmemiştir.<sup>89</sup>

Söz konusu husus, uluslararası terörizmle ilgili olarak gelişmekte olan devlet uygulamaları ve özellikle de terör eylemlerinin "silahlı saldırı" oluşturup oluşturamayacağı konusunda BM Şartı veya aslında teamül hukukunun anlamı göz önüne alındığında muhtemelen şaşırtıcıdır.<sup>90</sup> New York'ta bulunan Dünya Ticaret Merkezi'ne yapılan 11 Eylül 2001 saldırılarından bir gün sonra, Güvenlik Konseyi, 'BM Şartı doğrultusunda bireysel ya da ortak meşru müdafaa'nın doğal bir hak olduğuna' özel olarak atıfta bulunan 1368 sayılı kararı kabul etmiştir. 1373 (2001) sayılı karar, bunu teyit etmiş ve VII. Bölüm uyarınca hareket ederek, bütün devletlerin 'terör eylemlerinin başlatılmasını önlemek için gerekli önlemleri alması' hükmünü içeren bir dizi bağlayıcı kararı onaylamıştır. Uluslararası terörizmin, meşru müdafaa hakkının kullanılmasına ilişkin olarak uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturduğunu beyan eden bu tür bağlayıcı Güvenlik Konseyi kararları, devlet dışı aktörlerle gerçekleştirilen geniş çaplı saldırıların, 51. maddenin anlamı dahilinde, başka bir devlete dayandırılmasına gerek olmaksızın ve bu nedenle saldırıya uğrayan devletlere

<sup>86</sup> Bkz., 1907 tarihli Lahey Tüzüğü'nün 43. maddesi. Daha fazlası için bkz., aşağıda, 20. Bölüm.

<sup>87</sup> ICJ Reports, 2005, s. 168.

<sup>88</sup> *A.g.e.*, ss. 222-3.

<sup>89</sup> Hakim Kooijmans ve Hakim Simma'nın Ayrı Görüşleri için bkz., *a.g.e.*, s. 314 ve ss. 336 vd. 2007 tarihli Meşru Müdafaa Hakkında İnsan Hakları Enstitüsü Kararı 10. paragrafı, 'Devlet-dışı aktörler tarafından bir devlete silahlı saldırı yapılması halinde, uluslararası teamül hukuku ile birlikte Şart'ın 51. maddesinin, prensip olarak geçerli' olduğunu belirtmektedir, [http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2007\\_san\\_02\\_en.pdf](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2007_san_02_en.pdf). Meşru Müdafaa Kapsamında Kuvvet Kullanımına Dair *Chatham House* İlkeleri, meşru müdafaa hakkının, devlet-dışı aktörlerin geniş çaplı saldırılarına; meşru müdafaa hakkı bir başka ülkenin topraklarında kullanılıyorsa ve bu devlet, devlet-dışı aktörlerin kendisi ile başa çıkamıyor veya başa çıkmak istemiyorsa ve ayrıca söz konusu ülkenin sahibi olan devletin rızasının alınmadığı koşullarda tehditle baş etmek için dışardan güç kullanmak gerekiyorsa uygulanabileceğini; ve meşru müdafaa kapsamında kullanılan kuvvetin, saldırıyı önlemek veya durdurmak için gerekli olduğu ölçüde, yalnızca saldırganın bulunduğu devletin hükümetine yöneltilebileceğini öngörür. Bkz., the Chatham House Principles on International Law on the Use of Force in Self-Defence, 55 ICLQ, 2006, ss. 963, 969.

<sup>90</sup> Örneğin bkz., Dinstein, *War*, ss. 228 vd.; Franck, *Recourse*, 4. Bölüm, ve Gray, *Use of Force*, 6. Bölüm. Ayrıca bkz., M. Byers, 'Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September', 51 ICLQ, 2002, s. 401; L. Condorelli, 'Les Attentats du 11 Septembre et Leur Suite', 105 RGDIP, 2001, s. 829; C. Tams, 'The Use of Force against Terrorists' 20 EJIL, 2009, s. 359 ve F. Sperotto, 'The Use of Force against Terrorists: A Reply to Christian J. Tams', 20 EJIL, 2010, s. 1043. Terörizme ilişkin olarak bkz., aşağıda.

meşru müdafaa bağlamında kuvvet kullanılmasını haklı bulma bakımından “silahlı saldırı” anlamına gelebileceği sonucunu doğurmuştur.<sup>91</sup>

7 Ekim 2001 tarihinde ABD, Güvenlik Konseyi’ne, 11 Eylül saldırılarından sorumlu olan El-Kaide örgütüne ve bu örgüte üs sağlamakla suçlanan Taliban rejimine karşı Afganistan’da harekete geçme konusunda meşru müdafaa hakkını kullandığını bildirmiştir.<sup>92</sup> NATO ittifakı üyeleri, NATO Antlaşması’nın 5. maddesine<sup>93</sup> başvurmuş ve 1947 tarihli Amerikan Devletleri Arasında Karşılıklı Yardım Antlaşması’nın tarafları, benzer bir hükmü yürürlüğe koymuşlardır.<sup>94</sup> Her iki hüküm de hem “silahlı saldırı” kavramına hem de Şart’ın 51. maddesine atıfta bulunmaktadır. Buna göre, her iki ittifakın da üyeleri 11 Eylül’de yaşananların Şart’ın 51. maddesi anlamında silahlı bir saldırı düzenlendiğini kabul etmişlerdir. Aslında, ABD, uluslararası toplumun desteğiyle veya rızasıyla meşru müdafaa hakkına dayanarak belirli müttefikleriyle (özellikle de İngiltere) kendi inisiyatifiyle eyleme giriştiği için söz konusu iki antlaşmanın hiçbirisi harekete geçirilmemiştir.<sup>95</sup> Bu yaklaşım, IŞİD (ya da ISIS, ‘İslam Devleti’ ya da Daeş olarak da adlandırılır) dahil Irak ve Suriye’deki çeşitli silahlı gruplara karşı gerçekleştirilen kuvvet kullanma operasyonları bağlamında destek bulmuştur. 2249 (2015) sayılı kararıyla Güvenlik Konseyi ‘her tür ve tezahürüyle terörizmin uluslararası barış ve güvenliğe en büyük tehditlerden birisini teşkil ettiğini’ teyid ederek, El-Kaide ile ilişkili El-Nusra Cephesi ve diğer kişi ve grupların uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturduğunu ve özellikle de IŞİD’in ‘uluslararası barış ve güvenliğe küresel ve eşî görülmemiş bir tehdit olduğunu’ belirtmiştir. Bu karar, bu gruplarca işlenen terör eylemlerini önleme ve bastırma, ve Irak ile Suriye’nin önemli bir kesiminde bunların oluşturduğu bölgelerin ortadan kaldırılması için, imkanı olan üye devletlere uluslararası hukuka uygun olarak (kuvvet kullanmayı içeren BM terminolojisini kullanarak) ‘gerekten her türlü önlemi alma’ çağrısı yapmıştır.<sup>96</sup>

Bir diğer konu ise beklenen ya da *önleyici* meşru müdafaa hakkının mevcut olup olmadığıdır. Bu, meşru müdafaa’nın fiili silahlı saldırılara verilen karşılıkla sınırlı olduğu fikri benimsenirse mümkün görünmemektedir. Önleyici meşru müdafaa kavramı, hedef devletin, özellikle bu devlet coğrafi olarak küçük ise, kendisine yönelik silahlı saldırı başarıya ulaşmadan önce, bu

<sup>91</sup> *Congo v. Uganda* davasında Hakim Kooijmans ve Hakim Simma’nın kendi ayrı görüşleri için sırasıyla bkz., ICJ Reports, 2005, ss. 168, 314 ve 337. Devlet-dışı aktörler tarafından gösterilen belirli düşmanca eylemlerin “saldırısı” anlamına geldiğini kabul eden diğer örnekler, Güvenlik Konseyi’nin 1701 (2006) sayılı kararında bulunabilir; burada hem Lübnan’da silahlı bir milis olan Hizbullah tarafından İsrail’e yapılan “saldırılar” (2006 yazında silahlı çatışma zeminine ulaşmıştır) ve hem de İsrail’in “taarruzi askeri operasyonları” kınanmıştır.

<sup>92</sup> Bkz. S/2001/946. Ayrıca bkz., ‘Contemporary Practice of the United States’, 96 AJIL, 2002, s. 237.

<sup>93</sup> Bkz. [www.nato.int/terrorism/factsheet.htm](http://www.nato.int/terrorism/factsheet.htm) ve [http://www.nato.int/cps/en/natohq/topics\\_77646.htm](http://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_77646.htm). 5. madde uyarınca ‘Taraflar, Kuzey Amerika’da veya Avrupa’da içlerinden bir veya daha çoğuna yöneltilen silahlı bir saldırının hepsine yöneltilmiş bir saldırı olarak değerlendirileceği ve eğer böyle bir saldırı olursa BM Antlaşması’nın 51. maddesinde tanınan bireysel ya da ortak meşru müdafaa hakkını kullanarak, Kuzey Atlantik bölgesinde güvenliği sağlamak ve korumak için bireysel olarak ve diğerleri ile birlikte, silahlı kuvvet kullanımı da dahil olmak üzere gerekli görülen eylemlerde bulunarak saldırıya uğrayan Taraf ya da Taraflara yardımcı olacakları konusunda anlaşmışlardır’.

<sup>94</sup> Madde 3(1) uyarınca ‘Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, herhangi bir Devletin bir Amerikan Devleti’ne karşı yaptığı silahlı saldırının tüm Amerika Devletleri’ne yönelik bir saldırı olarak değerlendirilecektir ve dolayısıyla sözü geçen Sözleşmeciler Tarafların her birinin, Birleşmiş Milletler Şartı’nın 51. Maddesi tarafından tanınan bireysel veya ortak meşru müdafaa hakkına sahiptir’.

<sup>95</sup> Örneğin bkz., Byers, ‘Terrorism’, ss. 409–10; E. Cannizzaro, ‘Entites Non-etatique et Regime Internationale de l’Emploi de la Force – une Etude sur le Cas de la Reaction Israelienne au Liban’, 111 *Revue Generale de Droit International Public*, 2007, s. 333, ve K. N. Trapp, ‘Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence against Non-State Terrorist Actors’, 56 ICLQ, 2007, s. 141.

<sup>96</sup> Birleşik Krallık, Güvenlik Konseyi Başkanı’na göndermiş olduğu 7 Eylül 2015 tarihli mektupta Birleşik Krallık’ın ‘Irak ve Şam İslam Devleti (IŞİD)’ne karşı doğal olan bireysel ve ortak meşru müdafaa hakkını kullanarak askeri operasyon düzenlediğini’ belirtmiştir. Mektupta özellikle ‘Birleşik Krallık’a karşı olması muhtakkak silahlı saldırılar planlayan ve yönelten’ bir IŞİD taşıtına karşı gerçekleştirilen hava saldırısının Birleşik Krallık’ın ‘bireysel meşru müdafaa hakkının gerekli ve orantılı kullanımını’ teşkil ettiği ifade edilmiştir. S/2015/688.



saldırıya karşılık vermesine çok az zaman bırakacak derecede büyük bir saldırı başlatabilen modern silahlar göz önüne alındığında konuyla yakından ilgilidir.<sup>97</sup> Devletler, meşru müdafaa kapsamında önleyici saldırılar uygulamaktadır. İsrail, 1967’de, güneyindeki Eilat limanının abluka altına alınmasını ve Ürdün ile Mısır arasında bir askerî paktın imzalanmasını takiben, Arap komşularına karşı saldırı başlatmıştır. Bu, Mısır kuvvetlerinin İsrail sınırında harekete geçirilmesiyle ve Birleşmiş Milletler barış gücünün Mısır Cumhurbaşkanı tarafından bölgeden çıkarılmasıyla yoğunlaşan bir dizi olayın tamamlayıcısı olmuştur.<sup>98</sup> Elbette, Mısır ablukasının kendisinin de kuvvet kullanımını teşkil ettiğini ve dolayısıyla, özellikle de diğer olaylarla birlikte ele alındığında, “önleyici meşru müdafaa” kavramına gerek olmaksızın İsrail’in eylemlerini meşrulaştırdığı tartışılabilir.<sup>99</sup> Birleşmiş Milletler’in 1967 yazında yaptığı tartışmalarda, savaşın patlak vermesinden dolayı İsrail’i hiçbir şekilde sorumlu tutmaması ve İsrail’in meşru müdafaa uygulamasını kınamamış olması dikkate değerdir.

Uluslararası Divan, *Nicaragua* davasında,<sup>100</sup> davanın unsurları hakkında bu sorun gündeme getirilmediğinden, çok yakın (*imminent*) bir silahlı saldırı tehdidinde verilen karşılığın yasallığı konusunda herhangi bir görüş belirtmemiştir. Tabii ki, önleyici meşru müdafaa kavramıyla ilgili sorun, diğer tarafın farklı adımlarının ince hesaplamalarını gerektirmesidir. Çok erken başlanan bir önleyici saldırı, bir ihlal/tecavüz oluşturabilir, dolayısıyla ince bir çizgi söz konusudur. Sorun şu ki, uluslararası sistemin doğası, bu tür kararları almak hususunu devletlerin kendilerine bırakır ve kabul edilebilir, kurumsal bir alternatifin yokluğunda ise bunun değişimini öngörmek zordur. Devletler genel olarak “önleyici meşru müdafaa” kavramı konusunda müsterih değillerdir, ancak<sup>101</sup> “silahlı saldırı” kavramına odaklanmak, böylece nispeten esnek bir şekilde yorumlanabilsin diye, bir olasılık olarak belirmektedir.<sup>102</sup> Bir öneri, silahlı bir saldırının öngörülebilir olduğu önleyici meşru müdafaa’yı, silahlı bir saldırının çok yakın ve kaçınılmaz olduğu ön alıcı meşru müdafaa’dan ayırt etmektir; böylece, tehdit edilen devleti uluslararası hukuku ihlal etmek ve fiili saldırıya uğramak arasında bir seçim yapmaya mahkum etmeksizin, önleyici meşru müdafaa kavramının

<sup>97</sup> Bu konuda birbiriyle çelişen görüşler vardır: Örneğin; ‘Hiçbir devletin, mevcut silahlanma durumunda, daha ileri bir mukavemet için devletin kapasitesini tamamen yıkabilecek ve bu nedenle varlığını tehlikeye atabilecek bir ön saldırıya hazır olmasının beklenemeyeceğini’ (Bowett, *Use of Force*, ss. 118–92) ve ‘böylesi koşullarda ‘önleyici meşru müdafaa’ düşüncesinin hem rasyonel hem de çekici geldiğini’ belirten görüşler bkz., Franck, *Fairness*, s. 267 ve Brownlie, *Use of Force*, s. 275, ve L. Henkin, *How Nations Behave*, 2. Baskı, New York, 1979, ss. 141–5. Ayrıca bkz., R. Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963, ss. 216–21; ve Franck, *Recourse*, 7. Bölüm.

<sup>98</sup> Genel olarak bkz., *The Arab–Israeli Conflict* (ed. J. N. Moore), Princeton, 4 Cilt, 1974–2014.

<sup>99</sup> Grey, İsrail’in önceden meşru müdafaa çerçevesinde hareket ettiğini iddia etmemekte, bundan ziyade İsrail’in uyuşmazlığın başlangıcını müteakiben meşru müdafaa da bulunduğunu yazmaktadır, *Use of Force*, s. 161. Ayrıca bkz., Dinstein, *War*, s. 206–7.

<sup>100</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 14, 103; 76 ILR, s. 437. Ayrıca bkz., *Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 222.

<sup>101</sup> Örneğin, önceden meşru müdafaa’ya dayanarak İsrail’in 1981’de Irak’taki nükleer reaktörü bombalaması hakkındaki Güvenlik Konseyi tartışmalarına ve kınama kararına bakınız, 20 ILM, 1981, ss. 965–7. Hedef devletin yaşamını tehlikeye atacak silahlı bir saldırının yakınlığının kanıtı ve saldırıyı önleme amaçlı barışçıl araçların yokluğuna ilişkin katı koşullar altında, önleyici meşru müdafaa yapılmasına izin verilmesi konusunda artan bir uzlaşma sağlandığı sonucunu çıkaran çalışmalar için ayrıca bkz., A. Cassese, *International Law in a Divided World*, Oxford, 1986, ss. 230 vd., ve s. 233. Ancak Cassese, ‘Yasağın ihlalinin ahlaki ve politik gerekçelerle haklı görülebileceği ve toplumun sonunda buna göz yumacağı veya daha yumuşak kınamada bulunacağı vakaların olabileceğini tanıyarak, böyle bir eylemi [önleyici meşru müdafaa] kanunen yasaklandığını düşünmenin daha makul olduğunu’ belirtir (orijinal vurgu), *International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2005, s. 362. *Nuclear Weapons under International Law* (eds. G. Nystuen, S. Casey-Maslen ve A.G. Bersagel), Cambridge, 2014.

<sup>102</sup> Örneğin bkz., the Dissenting Opinion of Judge Schwebel, *Nicaragua* case, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 347–8; 76 ILR, ss. 349, 681. Fakat bkz., Dinstein, *War*, ss. 196 vd. Bilgisayar ağlarına yapılan saldırılar, örneğin su işleri ve barajları düzenleyen bilgisayar kontrollü sistemlerin devre dışı bırakıldığı durumlarda, ölümlere neden olursa, silahlı saldırı tanımı kapsamına da girebileceği konusunda fikirler olduğunu da belirtmek gerekir. Bkz., Y. Dinstein, ‘Computer Network Attacks and Self-Defence’, *76 International Law Studies, US Naval War College*, 2001, s. 99. Ayrıca bkz. H. Dinniss, *Cyber Warfare and the Laws of War*, Cambridge, 2012 ve M. N. Schmitt, ‘Classification in Future Conflicts’, Wilmshurst, *Classification*, ss. 455, 457.

ispat sorunlarından ve çekiciliklerinden kaçınılmış olur.<sup>103</sup> Bu yaklaşıma göre, meşru müdafaa hem teamül hukuku hem de Şart'ın 51. maddesi uyarınca silahlı saldırının yakın olduğu durumlarda meşrudur. O takdirde de bu durumun ilgili zamanda mevcut bilgiler ışığında doğru bir şekilde değerlendirilip değerlendirilmediğine dair ispat sorunu gündeme gelecektir. Bu, önleyici meşru müdafaa'nın gevşek konseptinden ziyade ispatlanması daha kolay bir husustur ve, *Caroline* davasında yorumlandığı üzere, teamül hukukunda meşru müdafaa hakkının mevcut olduğu düşüncesiyle tutarlı bir dayanağa sahiptir.<sup>104</sup> Her durumda, birçok husus tehdidin özelliğine ve karşılığın niteliğine bağlı olacaktır; zira verilen karşılığın orantılı olması gerekir.<sup>105</sup> Bununla birlikte, meşru müdafaa kavramının, anlamsal olarak da olsa, makul şekilde ve deliller neticesinde çok yakın olarak algılanan bir saldırıya karşılık verme biçiminde genişletilebileceği sonucuna varılabilir. *Caroline* kriterleri önemini korumaktadır.<sup>106</sup>

Bununla birlikte, önleyici meşru müdafaa kavramının, tartışmalı da olsa, muhtemel saldırılara karşı kendini savunmak veya bu saldırıları önlemek için kuvvet kullanımına olanak tanıyan *Caroline* kriterlerinin ötesine geçen "ön-alıcı (*pre-emptive*) meşru müdafaa" (bazen "önleyici (*preventive*) meşru müdafaa" olarak da adlandırılan) hakkına genişletilebileceği yönünde fikirler bulunmaktadır. ABD'nin Afganistan'daki harekâta ilişkin 7 Ekim 2001 tarihli BM'ye ilettiği belge, "Meşru müdafaa'nın diğer kuruluşlara ve diğer devletlere kıyasla daha ileri eylemleri gerektirdiği kanaatindeyiz" şeklindeki bir cümleyi de içeriyordu.<sup>107</sup> Bu yaklaşım, 2002 tarihli ABD Ulusal Güvenlik Stratejisi'nde<sup>108</sup> resmî olarak belirtilmiş ve ulusal güvenlik stratejisinde ön-almanın önemini vurgulayan 2006 Ulusal Güvenlik Stratejisi'nde tekrar teyit edilmiştir.<sup>109</sup> *Caroline* kriterlerinin ötesine geçen bu ön-alma doktrini, uluslararası hukuk kapsamında günümüzde kabul edilebilir olanın ötesine geçen bir doktrin olarak görülmelidir.<sup>110</sup>

<sup>103</sup> Bkz., Dinstein, *War*, ss. 191–2. Uluslararası Hukuk Enstitüsü, Meşru Müdafaa Hakkındaki 2007 tarihli kararının 3. paragrafı uyarınca ise 'Meşru müdafaa hakkı, hedef devlet için, fiili silahlı saldırı ya da açıkça çok yakın silahlı saldırı [tehdidi] durumunda ortaya çıkar ve yalnızca "silahlı saldırıyı önlemek, durdurmak veya püskürtmek için uygulamada yasal bir alternatif bulunmadığında" uygulanabilir', [http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2007\\_san\\_02\\_en.pdf](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2007_san_02_en.pdf).

<sup>104</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>105</sup> Bununla birlikte, BM raporunda, "öteden beri süregelen uluslararası hukuka göre, tehdit altındaki bir devlet, tehdit edilen saldırı çok yakın (*imminent*) olduğu, caydırıcı başka bir araç kalmadığı ve orantılı olduğu müddetçe, askerî eylemde bulunabilir" (orijinal vurgu), the Report of the UN High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A/59/565, 2004, prg. 188. *Larger Freedom* davasında, BM Genel Sekreteri'nin cevabında, çok yakın tehdidin meşru müdafaa hakkınca saklı tutulduğunu belirtilmiştir, bkz., The response of the UN Secretary-General, *In Larger Freedom*, A/59/2005, 124. paragraf.

<sup>106</sup> Ayrıca bkz., the Chatham House Principles on International Law on the Use of Force in Self-Defence, 55 ICLQ, 2006, ss. 963, 964–5.

<sup>107</sup> S/2001/946. Ayrıca bkz., Byers, 'Terrorism', s. 411.

<sup>108</sup> 41 ILM, 2002, s. 1478. Ayrıca bkz., M. E. O'Connell, 'The Myth of Preemptive Self-Defence', ASIL, Task Force on Terrorism, 2002; M. Bothe, 'Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force', 14 EJIL, 2003, s. 227, ve W. M. Reisman ve A. Armstrong, 'Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense', 100 AJIL, 2006, s. 525.

<sup>109</sup> Bkz., C. Gray, 'The Bush Doctrine Revisited: The 2006 National Security Strategy of the USA', 5 *Chinese Journal of International Law*, 2006, s. 555 ve Gray, *Use of Force*, ss. 209 vd.

<sup>110</sup> Örneğin bkz., Report of the UN High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A/59/565, 2004, 189. vd. paragraflar ve the UN Secretary-General's Report, *In Larger Freedom*, A/59/2005, 125. paragraf. Her iki belge de tehdidin çok yakın olmadığı durumlarda, mercinin Güvenlik Konseyi olması gerektiğini belirtmektedir. Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından 27 Ekim 2007 tarihinde kabul edilen kararın 6. paragrafına göre, 'Uluslararası hukukta, fiilen veya açıkça yakın bir silahlı saldırı yokluğunda "önleyici" meşru müdafaa doktrini için bir temel bulunmamaktadır', [http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2007\\_san\\_02\\_en.pdf](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2007_san_02_en.pdf). Ayrıca bkz., the Chatham House Principles on International Law on the Use of Force in Self-Defence, 55 ICLQ, 2006, ss. 963, 968.

Gereklilik ve orantılılık kavramları, uluslararası hukukta meşru müdafaanın merkezinde yer alan kavramlardır.<sup>111</sup> Divan, *Nicaragua* davasında, meşru müdafaanın yalnızca silahlı saldırı ile orantılı ve bu saldırıya karşılık vermek için gerekli olan önlemleri temin edecek olan, uluslararası teamül hukukuna yerleşmiş, spesifik bir kural" olduğunu belirtmiş<sup>112</sup> ve *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons İstisari Görüşü'*nde, meşru müdafaanın haklarının gereklik ve orantılılık koşulları çerçevesinde uygulanmasına riayet etmenin, uluslararası teamül hukukunun bir kuralı olduğunu vurgulamıştır.<sup>113</sup> Gerekli<sup>114</sup> ve orantılı<sup>115</sup> olanın ne olduğu ise davanın koşullarına bağlı olacaktır.<sup>116</sup> Gereklik kriteri, içerikle ilgili meselelerin yanı sıra önemli ispat meseleleri de doğurur. O sırada makul bilinen gerçekler temelinde makul bir sonuç olarak, meydana gelen veya makul surette çok yakın olduğuna inanılan silahlı saldırının önerilen karşılığı gerektirdiğini göstermek zorunludur. *Oil Platforms* davasında<sup>117</sup> Divan, özellikle platformların (mayın döşeme ve tarafsız gemilere saldırı gibi diğer olaylara ilişkin davranışlarına aykırı) askeri faaliyetleriyle ilgili olarak ABD'nin İran'a şikâyetinde bulunduğuna dair hiçbir kanıt olmadığını belirterek, *Sea Isle City*'deki saldırıya ve USS *Samuel B Roberts*'un mayın döşemesine karşılık vermek için söz konusu petrol platformlarına yapılan ABD saldırılarının gerekli olduğu konusunda tatmin olmadığına hükmetmiştir. Dahası, ABD, bir petrol platformuna yapılan bir saldırının 'fırsat hedefi' olduğunu kabul etmiştir. "Gerekliliğin bir eşik olduğu ve çok yakınlık (*imminence*) kıstasının, saldırının önlenmesi ya da durdurulması için makul bir risk nedeniyle kuvvet-dışı tedbirleri almayla zaman kalmadığı müddetçe, bir gereklik hali olarak görülebileceği" savunulmaktadır.<sup>118</sup>

Ne tür bir karşılığın orantılı olarak görülebileceğini ölçmek bazen zordur. Bu durum, orantılı tepkinin tam olarak ne olacağı hakkındaki konuyu gündeme getirmektedir. Fiili saldırı mı yoksa tehdit mi, yoksa daha fazla saldırı ihtimali mi? Ayrıca, söz konusu saldırı, şu ana kadar karşılık verilmemiş ya da savunulamamış peşi sıra devam eden saldırıların bir parçası olduğu takdirde ne olacaktır? *Oil Platforms* davasında, Divan, tek bir savaş gemisinden oluşan kimliği belirsiz bir unsur tarafından can kaybı olmadan mayın döşenmesine, ABD'nin diğerlerinin yanı sıra iki İranlı firkateynin ve bir takım diğer deniz kuvvetleri gemilerinin ve uçağın imha edilmesini içeren cevabını oluşturan tüm operasyonun ölçeğini dikkate almanın gerekli olduğunu düşünmüştür.<sup>119</sup> *Congo v. Uganda* davasında,<sup>120</sup> Divan, söz konusu koşullarda meşru müdafaaya uygulanmasının ön koşullarının bulunmadığı hükmüne varırken, "Uganda'nın

<sup>111</sup> Örneğin bkz., Brownlie, *Use of Force*, s. 279, dipnot 2; J. Graham, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*, Cambridge, 2004; Gray, *Use of Force*, ss. 148 vd., ve Dinstein, *War*, ss. 230 vd. Ayrıca bkz., Corten, *Law Against War*, s. 470 vd.; C. Greenwood, 'Self-Defence', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, ve the Institut de Droit International resolution on self-defence 2007, 2. paragraf, [http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2007\\_san\\_02\\_en.pdf](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2007_san_02_en.pdf).

<sup>112</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 14, 94 ve 103; 76 ILR, ss. 349, 428 ve 437.

<sup>113</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 226, 245; 110 ILR, s. 163. Divan, bu 'ikili koşulun', hangi kuvvet yoluna başvurulmuş olunursa olunsun, 51. madde için de geçerli olduğunu doğrulamıştır, *a.g.e.*

<sup>114</sup> Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu 8. Raporunda Hakim Ago şunu belirtmiştir: Gereklik kavramı, 'saldırıya uğrayan devlet, belirli koşullar altında, silahlı kuvvete başvurmadan başka bir saldırı durdurma olanağına sahip olamasın' diye saldırıyı durdurmak için başka araçların geçerliliğine yoğunlaşmaktadır; *Yearbook of the ILC*, 1980, Cilt 2, Kısım 1, s. 69.

<sup>115</sup> Hakim Ago, 'saldırıyı durdurması ve püskürtmesi gereken eylemin saldırı yapılan eylemlere kıyasla orantısız olduğuna tamamen hükmedilebilmesi' için, orantılılık konusundaki doğru ilişkinin, silahlı saldırıyı oluşturan davranışlar ve karşıt davranış arasında değil, daha çok meşru müdafaaya yönelik eylem ile silahlı saldırıyı durdurma ve püskürtme amacı arasında kurulabileceğini belirtmiştir, *a.g.e.*, s. 69. Ayrıca bkz., J. G. Gardam, 'Proportionality and Force in International Law', 87 AJIL, 1993, s. 391.

<sup>116</sup> Birleşik Krallık, 1998'de Kuzey Irak'taki Türk operasyonlarının 'tehditle orantılı olması' gerektiğini beyan etmiştir, UKMIL, 69 BYIL, 1998, s. 586.

<sup>117</sup> ICJ Reports, 2003, ss. 161, 198.

<sup>118</sup> The Chatham House Principles on International Law on the Use of Force in Self-Defence, 55 ICLQ, 2006, ss. 963, 967.

<sup>119</sup> ICJ Reports, 2003, ss. 161, 198; 130 ILR, ss. 323, 357-8.

<sup>120</sup> ICJ Reports, 2005, ss. 168, 223.

sınırından yüzlerce kilometre uzaklıktaki havaalanlarının ve kasabaların [Uganda güçleri tarafından] alınmasının, meşru müdafaa hakkına yol açtığını iddia ettiği sınır ötesi bir dizi saldırı ile orantılı görünmediğini ve bu amaçla gerekli olmadığını” belirtmiştir.

Meşru müdafaa kıstası olarak orantılılık, uluslararası insancıl hukuk ilkelerinin analizini gerektiren bir soruşturma olan silahlanma çeşidinin göz önüne alınmasını da gerektirebilir. Uluslararası Divan, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* davasında, orantılılık ilkesinin bizzat kendisi ‘nükleer silahların her koşulda meşru müdafaa kullanımı kapsamı dışı bırakabilir’, ancak ‘meşru müdafaa hukuku uyarınca orantılı bir kuvvet kullanımı, hukuka uygun olması için, silahlı çatışmada uygulanacak kanunların şartlarını yerine getirmelidir’ görüşünü benimsemiştir. Özellikle, bu tür silahların niteliği ve bunlarla ilgili şiddetli riskler, orantılılık gereklerine uygun olarak meşru müdafaa kapsamında nükleer bir karşılık verebileceklerine inanan devletler için dikkate alınacak bir husus olacaktır.<sup>121</sup> Karşılığın seviyesinin formüle edilmesindeki ayrı bir güçlük, meşru müdafaa eyleminin hemen öncesindeki saldırıdan ziyade, faaliyetler dizisinin dikkate alınıp alınmayacağı ile ilgilidir. Bu gibi faaliyetlerin açıkça bir olaylar silsilesi ya da zincirinin bir parçasını oluşturduğu durumlarda en olası cevap, bu durumda orantılılık ölçüsünün bunu kapsadığına ilişkin olarak yorumlanacak olmasıdır. Ayrıca, uluslararası toplum tarafından bir bütün olarak ve daha belirgin olarak 51. maddenin hükümleri uyarınca Güvenlik Konseyi tarafından değerlendirilecek olsa da, bu eylemi tasarlayan devletin öncelikle bu tespiti yapmak zorunda olması<sup>122</sup> kaçınılmaz gibi görünmektedir.<sup>123</sup>

51. maddenin devletlerin meşru müdafaa hakkını kullanırken aldıkları önlemleri hemen Güvenlik Konseyi’ne bildirmesini ve bu şekilde alınan önlemlerin ‘Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alana kadar’ devam edebilmesini şart koştuğunu vurgulamak da önemlidir.<sup>124</sup>

### Yurtdışındaki Vatandaşların Korunması<sup>125</sup>

On dokuzuncu yüzyılda, yurtdışındaki vatandaşları ve mülkleri korumak amacıyla kuvvet kullanmak hukuki olarak açıkça meşru sayılırdı ve bunun kabulünü kanıtlayan birçok olay meydana gelmiştir.<sup>126</sup> Ancak Birleşmiş Milletler Şartı’nın kabulünden bu yana, 51. maddedeki hükmün anlamı dahilinde saldırıya uğrayanın yetki alanı dışındaki belirli kişiler değil, bizzat devletin kendisinin olması gerektiğinden bu hükmün yurtdışındaki kişilere

<sup>121</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 226, 245; 110 ILR, s. 163. Daha fazlası için aşağıya bkz.

<sup>122</sup> Örneğin bkz., D. Grieg, ‘Self-Defence and the Security Council: What Does Article 51 Require?’, 40 ICLQ, 1991, s. 366.

<sup>123</sup> Örneğin bkz., H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, London, 1933, s. 179.

<sup>124</sup> Divan, *Congo v. Uganda* davasında, Uganda’nın meşru kapsamında eyleme geçmesi gerektirdiğini düşündüğü olayları Güvenlik Konseyi’ne bildirmediğine dikkat çekmiştir, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 222. Meşru müdafaa-anın uygulanmasında alınan önlemlerin bildirilmemesinin, ‘bu hakkın kullanılmasına ilişkin esas koşulların yerine getirilmesi kaydıyla vahim olmaması gerektiği’ doğrultusundaki görüşü için bkz. Dinstein, *War*, s. 241.

<sup>125</sup> *Brownlie’s Principles of Public International Law* (ed. J. Crawford), 8. Baskı, Oxford, 2012, s. 754. Örneğin ayrıca bkz., M. B. Akehurst, ‘The Use of Force to Protect Nationals Abroad’, 5 *International Relations*, 1977, s. 3, ve Akehurst, ‘Humanitarian Intervention’, *Intervention in World Politics* (ed. H. Bull), Oxford, 1984, s. 95; Dinstein, *War*, ss. 217 vd.; Gray, *Use of Force*, ss. 156 vd.; Franck, *Recourse*, 6. Bölüm; Waldock, ‘General Course’, s. 467; L. C. Green, ‘Rescue at Entebbe – Legal Aspects’, 6 *Israel Yearbook on Human Rights*, 1976, s. 312, ve M. N. Shaw, ‘Some Legal Aspects of the Entebbe Incident’, 1 *Jewish Law Annual*, 1978, s. 232. Ayrıca bkz., T. Schweisfurth, ‘Operations to Rescue Nationals in Third States Involving the Use of Force in Relation to the Protection of Human Rights’, *German YIL*, 1980, s. 159; J. R. d’Angelo, ‘Resort to Force to Protect Nationals’, 21 *Va. JIL*, 1981, s. 485; J. Paust, ‘The Seizure and Recovery of the *Mayaguez*’, 85 *Yale Law Journal*, 1976, s. 774; D. W. Bowett, ‘The Use of Force for the Protection of Nationals Abroad’ in *The Current Legal Regulation of the Use of Force* (ed. A. Cassese), Oxford, 1986, s. 39, ve N. Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Oxford, 1985.

<sup>126</sup> Örneğin bkz., Brownlie, *Use of Force*, ss. 289 vd.

karşı da “silahlı saldırı” olabileceğini reddeden yorumla birlikte,<sup>127</sup> hedef devletin ‘toprak bütünlüğünün ve siyasi bağımsızlığının’ ihlalinden ötürü gereklilik (zaruret hali) daha tartışmalı hale gelmiştir.<sup>128</sup>

Bu konu, son yıllarda çeşitli davalarda ortaya atılmıştır. 1964’te Belçika ve Birleşik Devletler, rehineleri (sözü edilen devletlerin vatandaşları da dahil) isyancıların elinden kurtarmak için, Kongo hükümetinin izniyle, Kongo’ya kuvvetlerini göndermiş;<sup>129</sup> 1975’te ise ABD, Kamboçya tarafından yakalanan bir Amerikan kargo gemisini ve mürettebatını kurtarmak için kuvvet kullanmıştır.<sup>130</sup> Bununla birlikte, en ünlü olay, Air France’a ait bir yolcu uçağının kaçırılmasını takiben Entebbe’deki Filistinli ve diğer teröristler tarafından tutulan rehinenin İsrail tarafından kurtarılmasıdır.<sup>131</sup> Bu olayda Güvenlik Konseyi tartışması sonuçsuz kalmıştır. Bazı devletler, ilgili yerel devlet hava korsanlarına yardım ederken, yurtdışındaki yurttaşlarını korumak için yasal olarak hareket ettiği doğrultusundaki İsrail görüşlerini desteklerken,<sup>132</sup> bazıları İsrail’in Uganda’ya karşı saldırganlık suçu işlediği veya aşırı güç kullandığı yaklaşımını benimsemiştir.<sup>133</sup>

Amerika Birleşik Devletleri, yurtdışındaki Amerikan vatandaşlarının kısmen korunması gerekmesiyle, son yıllarda diğer ülkelerdeki silahlı eylemleri gerekçelendirmektedir. Bu, 1984’te Grenada’nın işgali için ilan edilen üç gerekçeden<sup>134</sup> ve Aralık 1989’da Panama’ya müdahale için öne sürülen dört gerekçeden biriydi.<sup>135</sup> Ancak, her iki durumda da, ABD vatandaşlarına yönelik tehdidin düzeyi, orantılılık şartının yerine getirilmesiyle ilgili ciddi sorular ortaya çıkarmıştır.<sup>136</sup> ABD, 15 Nisan 1986’da Libya’nın Batı Berlin’deki ABD askerlerine yönelik bir saldırıda bulunduğu iddiasının bir sonucu olarak Libya’ya karşı bir bombalı saldırı düzenlemiştir. Bu saldırı, ABD tarafından meşru müdafaa olarak gerekçelendirilmiştir.<sup>137</sup>

ABD, 26 Haziran 1993 tarihinde, eski ABD Başkanı Bush’un Kuveyt’te öldürülmesini hedefleyen Irak suikastı iddiasının bir sonucu olarak, Bağdat’taki Irak askerî istihbarat merkez binasına füze fırlatmıştır. Kuvvete başvurma, gelecekte ABD vatandaşlarını

<sup>127</sup> Örneğin bkz., Brownlie, *Use of Force*, ss. 289 vd.

<sup>128</sup> Şüphesiz, ilgili devletin eyleme razı geldiği veya yurttaşların kanun ve düzenin bozulduğu bir devletten tahliye edilmesi halinde farklı bir durum söz konusudur. Bkz., Gray, *Use of Force*, ss. 159–60.

<sup>129</sup> Bkz. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1968, Cilt: 5, s. 475. Ayrıca bkz. R. B. Lillich, ‘Forcible Self-Help to Protect Human Rights’, 53 *Iowa Law Review*, 1967, s. 325.

<sup>130</sup> Paust, ‘Seizure and Recovery’. Ayrıca bkz., DUSPIL, 1975, ss. 777–83.

<sup>131</sup> Örneğin bkz., Akehurst, ‘Use of Force’; Green, ‘Rescue at Entebbe’, ve Shaw, ‘Legal Aspects’.

<sup>132</sup> Örneğin bkz., S/PV.1939, ss. 51–5; S/PV.1940, s. 48 ve S/PV.1941, s. 31.

<sup>133</sup> Örneğin bkz., S/PV.1943, ss. 47–50 ve S/PV.1941, ss. 4–10, 57–61 ve 67–72. Mısır’ın 1978’de Kıbrıs’ta başarısızlıkla sonuçlanan benzer bir operasyonu gerçekleştirmeye çalıştığını not etmek gerekir. Bkz., *Keesing’s Contemporary Archives*, s. 29305. 1980 yılında, ABD İran’da rehin tutulan vatandaşlarını kurtarma girişiminde bulunmuş ancak başarısız olmuştur. Bkz., S/13908 ve the *Iranian Hostages* davası, ICJ Reports, 1980, ss. 3, 43; 61 ILR, ss. 530, 569.

<sup>134</sup> Bkz., the statement of Deputy Secretary of State Dam, 78 AJIL, 1984, s. 200. Ayrıca bkz., W. Gilmore, *The Grenada Intervention*, London, 1984, ve bu bölümde aşağıda.

<sup>135</sup> ABD Başkanı ve Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan açıklamalara bkz., 84 AJIL, 1990, s. 545.

<sup>136</sup> Grenada olayında, Bazı Amerikalı öğrencilerin tehlike altında olduğu iddia edilmiştir. Bkz., Gilmore, *Grenada*, ss. 55–64. Panama olayında, bir Amerikalı öldürülmüş ve birkaçı taciz edilmiştir. Bkz., V. Nanda, ‘The Validity of United States Intervention in Panama Under International Law’, 84 AJIL, 1990, ss. 494, 497.

<sup>137</sup> Bkz., Başkan Reagan’ın konuşması, *The Times*, 16 Nisan 1986, s. 6. Birleşik Krallık Hükümeti bunu desteklemiştir. Bkz., *The Times*, 17 Nisan 1986, s. 4. Bununla birlikte, görünüşe göre hava saldırısının neden olduğu yaralanmalar ve hasar açısından orantılılık ile ilgili sorunlar bulunmaktadır. ABD’li bir asker Batı Berlin eyleminde öldürülmüştür. Baskın için İngiliz üslerinin kullanımına rıza göstermek için İngiltere’nin rolü konusu da ayrıca açılmıştır. Ayrıca bkz. UKMIL, 57 BYIL, 1986, ss. 639–42 ve 80 AJIL, 1986, ss. 632–6, ve C. J. Greenwood, ‘International Law and the United States’ Air Operation Against Libya’, 89 *West Virginia Law Review*, 1987, s. 933.

korumanın bir aracı olarak gerekçelendirilerek savunulmuştur.<sup>138</sup> Bu olaylarda ortaya konan birbiriyle çelişen görüşlerden uygun hukuk ilkelerini çıkarmak zordur. Bazı devletler, yurtdışındaki vatandaşları korumak için meşru müdafaa kapsamında güç kullanılmasına izin veren bir kuralın varlığını onaylarken, bazıları da uluslararası hukuk kapsamında işletilen böyle bir ilkenin mevcut olduğunu reddetmektedir. Bu konu hakkında görüşleri tam olarak oluşmamış veya tutarlı olmayan devletler mevcuttur. İngiltere Dışişleri Bakanı 28 Haziran 1993 tarihinde şu sonuca varmıştır:<sup>139</sup>

*“(a) Saldırıya uğrayan hedefin, diğer taraftan birinin vatandaşlarına yönelik terörist saldırıların desteklenmesi için diğer devlet tarafından kullanılmaya devam edeceğine dair tatminkâr kanıtlar varsa; (b) bir devletin vatandaşlarına yapılacak yakın gelecekteki saldırıları önlemenin başka hiçbir yolu yok ise; (c) kullanılan kuvvet, tehditle orantılı ise, o halde bir devletin kendi vatandaşlarına yönelik tehditlere karşı kuvvet, meşru müdafaa kapsamında kullanılabilir.”*

Her şeyi göz önünde tutarak ve tehdit altındaki vatandaşların hayatlarını kurtarmak ve devletlerin toprak bütünlüğünü koruma konusundaki muhalif ilkeleri dikkate alarak, *Caroline* davasında<sup>140</sup> ortaya konan şartlara uygun olarak itinayla sınırlandırılmış durumlarda kuralın geçerliliğini kabul etmek daha uygun gözükmektedir. Yurtdışındaki mülklerin korunmasına yönelik kuvvet kullanılıp kullanılmayacağı hususu daha az ihtilafıdır. Bugün sadece yurtdışındaki maddi mülkleri kurtarmak amacıyla kuvvete başvurmanın hukuki olmadığı evrensel olarak kabul edilmektedir.

### Sonuçlar

Meşru müdafaa hakkının kapsamı üzerindeki tartışmalara ve anlaşmazlıklara rağmen, tartışılmaz temel bir husus söz konusudur ki; bu, bir saldırıyı püskürtmek için kuvvet kullanımına başvurmanın devletlerin yetkisinde olduğudur. Bunun açık bir örneği, Falkland uyuşmazlığında görülmüştür. Adalar üzerindeki İngiliz haklarının mutlak dayanakları konusunda şüpheler ne olursa olsun, Arjantin’in bölgeyi işgal etmesinden sonra Birleşik Krallık, statükoyu eski haline getirmek ve Arjantin birliklerini çıkarmak için harekete geçme hakkına hukuken sahipti. Güvenlik Konseyi’nin 502 (1982) sayılı kararı, Arjantin kuvvetlerinin derhal çekilmesi çağrısında bulunarak ve bir barış ihlalinin söz konusu olduğunu karara bağlayarak, bunu pekiştirmiştir. Ayrıca bir devletin, söz konusu bölgeye sahip olması tartışmalara konu olsa dahi, meşru müdafaa hakkına dayanmaya yetkili olduğunun kabul edildiğine de işaret edilmelidir.<sup>141</sup>

### Ortak Meşru Müdafaa<sup>142</sup>

Tarihsel olarak, devletlerin kendilerini dış güce karşı korumaları için silaha sarılma hakkı, oldukça yerleşik bir uluslararası teamül hukuku kuralıdır. Bununla birlikte, 51. madde de ‘doğal .... ortak meşru müdafaa hakkı’na atıfta bulunmakta ve dolayısıyla bu noktada bir devletin başka bir devleti savunmak için ne ölçüde kuvvete başvurabileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Fakat ortak meşru müdafaa düşüncesi oldukça belirsizdir. Bazı yazarlar tarafından öne sürüldüğü gibi, ortak meşru müdafaa sadece belirli bir antlaşma ya da kurum çerçevesindeki birkaç münferit meşru müdafaa hakkının bir araya toplanması olarak

<sup>138</sup> Bkz., Security Council Debates S/PV. 3245, 1993, ve UKMIL, 64 BYIL, 1993, ss. 731 vd. Ayrıca bkz., D. Kritsiotis, ‘The Legality of the 1993 US Missile Strike on Iraq and the Right of Self-Defence in International Law’, 45 ICLQ, 1996, s. 162. Rusya, bir noktada, 2014 Şubat sonu/Mart başında Ukrayna’nın Kırım bölgesinde gerçekleşen faaliyetlerinin nedenlerinden birinin Rusları ve Rusça konuşanları korumak olduğunu açıkça iddia etmiştir. Örneğin bkz., <http://eng.news.kremlin.ru/news/6763>. Fakat, Rus vatandaşlarına, doktrinini ilgili hale gelmesi için gerekli olabilecek tehdit veya saldırı seviyesine dair bir kanıt bulunmamaktadır.

<sup>139</sup> 227 HC Deb., col. 658; 64 BYIL, 1993, s. 732.

<sup>140</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>141</sup> Örneğin bkz., Brownlie, *Use of Force*, ss. 382–3.

<sup>142</sup> Örneğin bkz., Dinstein, *War*, 9. Bölüm, ve Gray, *Use of Force*, 5. Bölüm.

görülebilir<sup>143</sup> veya geniş kapsamlı bölgesel güvenlik sistemlerinin temelini teşkil edebilir. Eğer ilki geçerli kabul edilirse (NATO Antlaşması dikkate alınmaksızın-Ç.N.), Türkiye'ye karşı eylemlerin, İzlanda'nın münferit meşru müdafaa hakkı çerçevesinde, İzlanda tarafından verilebilecek silahlı bir tepkiyi hiçbir şekilde haklı çıkarmayacağı için, Türkiye'nin çıkarlarını savunmak amacıyla İzlanda'nın kuvvete başvurması hukuki sıkıntılara sebep olabilirdi.

Aslında, devlet uygulamaları ikinci yaklaşımı benimsemiştir. NATO ve Varşova Paktı gibi özellikle 51. madde uyarınca ortak meşru müdafaa hakkını temel alan örgütler İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra kurulmuştur. Bu gibi anlaşmalara göre, bir tarafa yapılan bir saldırı herkese (örgütün tüm üyelerine) yapılmış bir saldırı olarak kabul edilmektedir;<sup>144</sup> dolayısıyla bu durum, ortak meşru müdafaa'nın münferit meşru müdafaa haklarının bir araya getirilmesinden daha fazlası ve tamamen başka bir oluşum olduğu sonucunu beraberinde getirmektedir.<sup>145</sup> Bu yaklaşım, *Nicaragua* davasında destek bulmuştur.<sup>146</sup> Mahkeme, ortak meşru müdafaa hakkının teamül hukukunda var olduğunu vurgulamış; ancak söz konusu hakkın kullanılmasının hem ilgili devlet tarafından bu devletin silahlı bir saldırının mağduru olduğuna dair (bu hakkın kullanılması) öncesinde yapacağı bir bildiriye hem de mağdur devletin yardım amacıyla yapacağı bir talebe bağlı olduğunu da eklemiştir.<sup>147</sup> Buna ek olarak, Mahkeme, 'bir devletin diğer bir devlete karşı, o devletin üçüncü bir devlete karşı hukuka aykırı kuvvet kullandığı gerekçesiyle kuvvet kullanmasının, karşılık vermeye sebep olan hukuka aykırı eylemin sadece silahlı bir saldırı olması durumunda, istisnai olarak hukuka uygun olarak görüldüğünü' vurgulamıştır.<sup>148</sup>

2 Ağustos 1990'da Kuveyt'in Irak tarafından istila edilmesi, fetih ve işgali sona erdirmek için koalisyondaki müttefik devletlerin vereceği karşılık bağlamında ortak meşru müdafaa konusunu gündeme getirmiştir. Sürgündeki Kuveyt hükümeti diğer devletlerden yardım talebinde bulunmuştur.<sup>149</sup> Silahlı müdahale BM Güvenlik Konseyi kararları uyarınca 16 Ocak 1991'den itibaren yapılmış olsa da,<sup>150</sup> ortak meşru müdafaa hakkının bu bağlamda geçerli olduğu gerçekten de tartışmaya açıktır.<sup>151</sup>

Ortak meşru müdafaa doktrini, Irak'a karşı IŞİD (ISIS, 'İslam Devleti' ya da Daes) tarafından gerçekleştirilen saldırılar bağlamında da kullanılmıştır. Örneğin, Birleşik Krallık 25 Kasım 2014 tarihinde BM Güvenlik Konseyi'ne bilgi vererek<sup>152</sup> Irak'a karşı silahlı saldırıda bulunan bu gruba karşı, Irak'ın ortak meşru müdafaa hakkı çerçevesinde ve bu devletin yardım talebi bağlamında askeri operasyon yaptığını belirtmiştir.<sup>153</sup> (Sadece Irak'ta değil) Suriye'de de IŞİD'e karşı bazı devletlerce operasyon yapılması

<sup>143</sup> Örneğin bkz., Bowett, *Self-Defence*, s. 245, cf. Goodrich, Hambro ve Simons, *Charter*, s. 348. Ayrıca bkz., Brownlie, *Use of Force*, ss. 328-9.

<sup>144</sup> Örneğin bkz., NATO Antlaşması'nın 5. maddesi, 1949.

<sup>145</sup> Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkeleri ile tutarlı olmaları koşuluyla, uluslararası barış ve güvenliğe dair bölgesel faaliyetler için uygun olan konularla ilgilenen bölgesel düzenlemelerin ve kuruluşların varlığını tanıyan BM Sözleşmesi'nin 52. maddesini not ediniz.: Daha fazlası için bkz., aşağıda, 21. Bölüm.

<sup>146</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 14, 103-5; 76 ILR, ss. 349, 437.

<sup>147</sup> Ayrıca bkz., 'Ortak meşru müdafaa'nın yalnızca, hedef devletin talebi üzerine uygulanabileceğini' kaydeden Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün Meşru Müdafaya dair Kararı 2007, 8. [http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2007\\_san\\_02\\_en.pdf](http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/2007_san_02_en.pdf)

<sup>148</sup> ICJ Reports, 1986, s. 110. Ayrıca bkz., a.g.e., s. 127; 76 ILR, ss. 444 ve 461. Bu *Oil Platforms (Iran v. USA)* davasında tekrar teyit edilmiştir, ICJ Reports, 2003, ss. 161, 186; 130 ILR, ss. 323, 346.

<sup>149</sup> Bkz., *Keating's Record of World Events*, ss. 37631 vd. (1990).

<sup>150</sup> Bkz., aşağıda, 21. Bölüm.

<sup>151</sup> Güvenlik Konseyi'nin 661 (1990) sayılı kararının, kararın giriş bölümünde, 'Irak'ın Kuveyt'e karşı silahlı saldırısına karşılık olarak doğal münferit veya ortak meşru müdafaa hakkına' atıfta bulunduğunu not ediniz. Ayrıca bkz., *Barcelona Traction* davası, ICJ Reports, 1970, ss. 3, 32; 46 ILR, ss. 178, 206.

<sup>152</sup> S/2014/851, 26 Kasım 2014 ve ayrıca bkz. S/2015/688.

<sup>153</sup> Bkz. S/2014/440, ek ve S/2014/691.

ile bu doktrinle alakalı bir gelişme yaşanmıştır. Örneğin, ‘terörist eylemleri önlemek ve bastırmak için’ ve ‘Irak ve Suriye’nin önemli kesimlerinde (İŞİD ve benzeri gruplar tarafından) oluşturulan bölgeleri ortadan kaldırmak amacıyla’ uluslararası hukuka uygun olarak ‘İŞİD ya da Daeş’in kontrolü altındaki topraklarda’ üye devletleri ‘gerekli her türlü önlemi almaya davet eden 2249 (2015) sayılı Güvenlik Konseyi kararının oylamasında ABD, BM Şartı ve Şart tarafından tanınan doğal bireysel ve ortak meşru müdafaa hakkı uyarınca, İŞİD’in sığınacak bölgeler oluşturulmaması için gerekli ve orantılı askeri operasyonlar yapmak üzere bir koalisyonun oluşturulduğunu duyurmuştur.<sup>154</sup> Belçika, 7 Haziran 2016 tarihinde Güvenlik Konseyi’ni bilgilendirerek, Irak Hükümeti’nin çağrısı üzerine ortak meşru müdafaa hakkı kullanılması bağlamında Suriye’de İŞİD’e karşı ‘gerekli ve orantılı önlemler’ almakta olduğunu açıklamıştır. Böylece, ve istisnai olarak, ‘Suriyenin bu bölgesinden kaynaklanan İŞİD saldırılarına uğrayan devletlerin BM Şartı’nın 51. maddesi uyarınca meşru müdafa için gereken önlemleri almasının meşrulaştırıldığı’ ifade edilmiştir.<sup>155</sup>

## MÜDAHALE<sup>156</sup>

Müdahale etmeme ilkesi, uluslararası teamül hukukunun bir parçasıdır ve devletlerin ülkesel egemenliğine saygı kavramı üzerine kurulmuştur.<sup>157</sup> Devlet egemenliği ilkesine bağlı olarak her devletin özgürce karar vermesine izin verilen konular ile ilgili olduğu durumlarda müdahale yasaklanmıştır. Uluslararası Adalet Divanı’nın *Nicaragua* davasında<sup>158</sup> belirttiği üzere, politik, ekonomik, sosyal ve kültürel sistemin belirlenmesi ve dış politikanın oluşturulması bu konular arasındadır. Müdahale, özgür olması gereken bu tür seçimler ile ilgili zorlayıcı yöntemler kullandığında hukuka aykırı hale gelir.<sup>159</sup> Uluslararası hukukta ‘başka bir devletteki muhalefete destek olmak için genel bir müdahale hakkı’ yoktur. Buna ek olarak, bir teamül kuralı olan müdahale etmeme ilkesini ihlal eden tasarruflar, doğrudan veya dolaylı olarak kuvvet kullanımını içeriyorsa, uluslararası ilişkilerdeki kuvvet kullanılmaması ilkesinin de ihlalini meydana getirecektir.<sup>160</sup> Devletlerin egemenliğine saygı ilkesi, müdahale etmeme ve kuvvet kullanımının yasaklanması ilkeleriyle yakından ilişkili diğer bir ilkedir.<sup>161</sup>

<sup>154</sup> DUSPIL, 2015, ss. 74 ve ayrıca bkz. ABD Dış İşleri Bakanı Kerry’nin 30 Eylül 2015 tarihinde Güvenlik Konseyi’nde yaptığı konuşma, *a.g.e.*, ss. 758-9.

<sup>155</sup> S/2015/523. Ayrıca bkz., 10 Aralık 2015 tarihli Almanya’nın benzer mektubu, S/2015/946 ve Irak’a yapılan saldırıları sone erdirmeye çerçevesinde ‘Suriye’deki İŞİD’e ait yer ve mevzilerin vurulmasını, gerekli ve orantılı önlemler olarak’ açıklayan 26 Kasım 2014 tarihli Birleşik Krallık mektubu.

<sup>156</sup> Örneğin bkz., Gray, *Use of Force*, 3. Bölüm; Daillier *ve diğerleri*, *Droit International Public*, s. 1046; T. Komarnicki, ‘L’Intervention en Droit International Moderne’, 62 RGDIP, 1956, s. 521; T. Farer, ‘The Regulation of Foreign Armed Intervention in Civil Armed Conflict’, 142 HR, 1974 II, s. 291, ve J. E. S. Fawcett, ‘Intervention in International Law’, 103 HR, 1961 II, s. 347. Ayrıca bkz., T. Ruys ve L. Ferro, ‘Weathering the Storm: Legality and Legal Implications of the Saudi-led Military Intervention in Yemen’, 65 ICLQ, 2016, s. 61. Ayrıca bkz., T. Ruys ve L. Ferro, ‘Weathering the Storm: Legality and Legal Implications of the Saudi-led Military Intervention in Yemen’, 65 ICLQ, 2016, s. 61.

<sup>157</sup> Örneğin *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, 1949, ss. 4, 35; 16 AD, ss. 155, 167 ve *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 106; 76 ILR, ss. 349, 440. Ayrıca bkz., yukarıda 1965 tarihli Devletlerin İçişlerine Müdahalenin Kabul Edilmezliği Deklarasyonu ve 1970 tarihli Uluslararası Hukuk Prensipleri Üzerine Deklarasyon.

<sup>158</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 14, 108; 76 ILR, s. 442. Ayrıca bkz., S. McCaffrey, ‘The Forty-First Session of the International Law Commission’, 83 AJIL, 1989, s. 937.

<sup>159</sup> ICJ Reports, 1986, s. 108.

<sup>160</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 109–10; 76 ILR, s. 443.

<sup>161</sup> ICJ Reports, 1986, s. 111; 76 ILR, s. 445.



**İç Savaşlar<sup>162</sup>**

Uluslararası hukuk iç savaşları, self-determinasyon çatışmalarının olası istisnasıyla, esasen iç meseleler olarak değerlendirmektedir.<sup>163</sup> BM Şartı'nın 2(4). maddesi, ulusal durumlarda değil, uluslararası ilişkilerde tehdit veya kuvvet kullanımını yasaklamaktadır. Uluslararası hukukta isyana karşı bir kural söz konusu değildir. Bu, devletlerin ulusal yargı yetkisi içerisindedir ve konunun iç hukuk tarafından ele alınması gerekmektedir. İsyan başarılı olursa, ortaya çıkan durum öncelikle tanıma bağlamında ele alınmaktadır. Üçüncü tarafları ilgilendirdiği ölçüde, geleneksel uluslararası hukukta isyan, ayaklanma ve muhariplik kategorileri ortaya çıkmıştır.

Bir devlet tutumunu belirlediği ve söz konusu durumun niteliklerini ortaya koyduğunda, farklı uluslararası hukuki hükümler uygulanır. İsyancılar eğer suçlu olarak ele alınırsa, konu tamamen ilgili ülkenin otoritelerinin alanına girer ve diğer hiçbir devlet meşru olarak müdahalede bulunamaz. İsyancılar eğer ayaklananlar olarak düşünülüyorsa, bu noktada diğer devletler ayaklananlara belirli haklar tanımayı kabul edebilir veya etmeyebilir. Bir ara statü söz konusu olduğu için bu (hakların tanınıp tanınmaması), ilgili diğer devletlerin takdirindedir. İsyancılar sadece suçlu olmasalar da, muharip olarak da tanınmamaktadırlar. Dolayısıyla, diğer devletler, söz konusu gruplarla olan hukuki ilişkilerini tanımlamakta serbesttirler. Ayaklanma tamamen geçici bir sınıflandırmadır ve, örneğin, bir ülkenin isyancıların *filii* kontrolü altındaki bir bölgedeki vatandaşlarını veya mülklerini koruması gerektiğinde ortaya çıkar.<sup>164</sup> Diğer taraftan, muhariplik, hak ve ödevleri içeren resmî bir statüdür. Klasik uluslararası hukuk nazarında, diğer devletler, belli koşullar yerine getirildiğinde, isyancılara muharip statüsünde tanıma sağlayabilir. Bu koşullar, bir devlet içinde genel nitelikli silahlı çatışmanın varlığı, ulusal toprakların önemli bir kısmının isyancılar tarafından işgal edilmesi, düşmanlıkların savaş kurallarına uygun olarak ve sorumlu bir otorite altında hareket eden organize gruplar tarafından yapılması ve tanıma niyetinde olan devletlerin duruma karşı takınacakları tutumu belirlemeleri için gerekli kılınan koşulların

<sup>162</sup> Örneğin bkz., Gray, *Use of Force*, 3. Bölüm; *Law and Civil War in the Modern World* (ed. J. N. Moore), Princeton, 1974; E. Lieblich, *International Law and Civil Wars: Intervention and Consent*, London, 2013; *The International Regulation of Civil Wars* (ed. E. Luard), Oxford, 1972; *The International Law of Civil Wars* (ed. R. A. Falk), Princeton, 1971; T. Fraser, 'The Regulation of Foreign Intervention in Civil Armed Conflict', 142 HR, 1974, s. 291, ve W. Friedmann, 'Intervention, Civil War and the Rule of International Law', PASIL, 1965, s. 67. Ayrıca bkz. R. Higgins, 'Intervention and International Law' in Bull, *Intervention in World Politics*, s. 29; C. C. Joyner ve B. Grimaldi, 'The United States and Nicaragua: Reflections on the Lawfulness of Contemporary Intervention', 25 Va. JIL, 1985, s. 621, ve Schachter, *International Law*, ss. 158 vd.

<sup>163</sup> 1970 tarihli Dostça İlişkilere İlişkin Uluslararası Hukuk Prensipleri Üzerine Deklarasyon, devletlerin, halkları self-determinasyon hakkından mahrum bırakan herhangi zorlayıcı tasarrufla bulunmaktan kaçınma yükümlülükleri olduğunu, 'bu tür zorlayıcı tasarruflara karşı direniş gösterirken eylemlerinde' bu halkların BM Şartı ilkeleri ve amacına uygun destek alabileceklerini vurgulamıştır. 1974 tarihli Saldırganlığın Tanımına Dair Uzlaşma Belgesi'nde, self-determinasyon hakkına sahip olan ancak zorla bu haktan mahrum bırakılan halkların, 1970 tarihli söz konusu Deklarasyon ile uyumlu olarak 'BM Şartı ilkelerine göre, söz konusu amaca yönelik mücadele vermeleri ve yardım peşinde koşmaları ve almalarına dair' haklarına, muğlak olarak atıfta bulunmuştur. 1977'de kabul edilen 1949 Cenevre 'Kızıl Haç' Sözleşmelerine Ek 1. Protokol'un 1(4). maddesi, uluslararası silahlı çatışma durumlarının, BM Şartında ve 1970 Deklarasyonunda yer verildiği üzere, 'halkların self-determinasyon haklarını kullanırken sömürge egemenliğine, yabancı işgaline ve ırkçı rejimlere karşı giriştikleri silahlı çatışmaları ihtiva ettiğini' öngörmektedir. Bunun, sözkonusu halkların kendilerini savunma konusunda kuvvet kullanmak için geçerli bir hakka sahip olmaları için BM Şartı'nın 2(4). ve 51. maddelerinin bugün self-determinasyon çatışmalarına uygulandığı anlamına gelip gelmeyeceği tartışmalıdır. Bununla birlikte, self-determinasyonu bastırmak için kuvvet kullanılması, üçüncü şahıslar tarafından bu amaca yönelik verilen yardımlar da aynı kategoride olmak üzere, açıkça kabul edilemez bir durumdur ancak self-determinasyon isteyen halklara silahlı yardım sağlanmasının halen yasalara aykırı olduğu görünmektedir: Örneğin Gray, *Use of Force*, ss. 62 vd.; A. Cassese, *Self-Determination of Peoples*, Cambridge, 1995, s. 193; ve H. Wilson, *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford, 1988. Self-determinasyon ilkesine dair bkz., yukarıda, 5. Bölüm.

<sup>164</sup> Örneğin bkz., H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947, ss. 275 vd.

varlığı olarak tanımlanabilir.<sup>165</sup> Bu, örneğin, çatışmanın taraflarının açık denizlerde muharip haklarını kullandıklarında ortaya çıkacaktır. Diğer kıyı ülkeleri, muharip statüsünün tanınmasının belli uluslararası hukuki sonuçları beraberinde getirmesi sebebiyle, savaşan tarafların ayrı ayrı statülerine karar vermek zorunda kalacaklardır. İsyancılar diğer devletler tarafından savaşçı olarak kabul edildiklerinde uluslararası hukukun özneli haline gelir ve tüm fiillerinden uluslararası hukuk önünde sorumlu olurlar. Buna ek olarak, düşmanlıkların sürdürülmesine ilişkin kurallar her iki tarafa da uygulanabilir hale gelir; böylece örneğin tanıyan devletlerin bu durumda bir tarafsızlık pozisyonu edinmeleri gerekmektedir.

Bununla birlikte, ayaklanma ve muhariplik kavramları muğlak ve son derece sübjektiftir. Özellikle ayaklanma kavramıyla ilgili açık kriterlerin olmaması çok fazla karışıklığa sebebiyet vermektedir. İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden bu yana yaşanan çatışmaların çoğunun iç savaş olarak nitelendirilmesinden dolayı bu konu önemlidir. Bunun birçok karmaşık sebebi bulunmaktadır ve sömürge olarak dayatılmış sınırlar içerisindeki ideolojik rekabet ve sömürgecilikten kurtulma bu sebepler arasındadır.<sup>166</sup> Müdahale, üçüncü bir tarafın daha öncesindeki katılımına karşılık da dâhil olmak üzere çeşitli gerekçelerle haklı görülebilir. Örneğin, SSCB ve Küba, 1975-6 yıllarındaki Angola iç savaşındaki faaliyetlerini, Güney Afrika'nın önceki müdahalesine atıfta bulunarak haklı göstermiştir;<sup>167</sup> hâlbuki Birleşik Devletler Güney Vietnam'a yaptığı yardımların Kuzey Vietnam kuvvetlerinin çatışmaya katılımıyla orantılı olarak arttığını savunmuştu.<sup>168</sup> İç savaşlarla ilgili uluslararası hukuk kuralları, çatışmanın iki tarafının nispi statüsünün üçüncü devletler tarafından sınıflandırılmasına bağlıdır. Geleneksel terimlerle, bir ayaklanma, tanıyan devletin, isterse, kendisi ile ayaklananlar arasında hukuki hak ve ödevler oluşturabileceği anlamına gelmektedir. Muharip statüsünün tanınması, (bu kuralın belli istisnaları olsa da) tanıyan devletler tarafından bir tarafsızlık pozisyonunun kabul edilmesini gerektirmektedir. Ancak, pratikte, devletler, manevra yapmaya mümkün olduğunca geniş bir alan bırakmak için çok nadiren çatışmanın taraflarının statüsü konusunda açık bir onaylamada bulunurlar. Bu, ilgili hukuk kurallarının klasik hukukta amaçlandığı şekilde çalışmadığı ve belirli bir müdahalenin haklı olup olmadığına karar verilmesinin son derece zor olduğu anlamına gelmektedir.<sup>169</sup>

### **Bir Devletin Yetkili Mercilerine Yardım<sup>170</sup>**

Genel itibariyle, bir isyanı bastırmak için<sup>171</sup> yetkili hükümet mercilerine yönelik dış yardımların, tabi ki hükümet tarafından talep edilmeleri koşuluyla, tamamen meşru

<sup>165</sup> Örneğin bkz., N. Mugerwa, 'Subjects of International Law, Sørensen, *Manual of Public International Law*, ss. 247, 286-8. Ayrıca bkz., R. Higgins, 'International Law and Civil Conflict', Luard, *International Regulation of Civil Wars*, ss. 169, 170-1.

<sup>166</sup> Örneğin bkz., M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986.

<sup>167</sup> Örneğin bkz., C. Legumand ve T. Hodges, *After Angola*, London, 1976.

<sup>168</sup> Örneğin bkz., *Law and the Indo-China War* (ed. J. N. Moore), Charlottesville, 1972. Ayrıca bkz. *The Vietnam War and International Law* (ed. R. A. Falk), Princeton, 4 Cilt, 1968-76.

<sup>169</sup> Ayrıca BM'nin iç çatışmalardaki artan dahli ve bu çatışmaların uluslararası bir boyuta sahip olduğu yönünde sınıflandırılmasına yönelik artan eğilimle ilgili olarak bkz., aşağıda, 21. Bölüm.

<sup>170</sup> Örneğin bkz., G. H. Fox, 'Intervention by Invitation', *Oxford Handbook on the Use of Force*, Bölüm 37; L. Doswald-Beck, 'The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government', 56 *BYIL*, 1985, s. 189; D. Akande, 'Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Conflict', *International Law and the Classification of Conflicts* (ed. E. Wilmshurst), Oxford, 2012, ss. 32, 62 ve Gray, *Use of Force*, ss. 80 vd. Bu bağlamda sözde-devlet fonksiyonu icra eden özel taşeronlar olgusuna dair ayrıca bkz., Montreux Document on Private Military and Security Companies, ICRC, 2008, <https://www.icrc.org/en/publication/0996-montreux-document-private-military-and-security-companies> ve L. Cameron ve V. Chetail, *Privatising War: Private Military and Security Companies under Public International Law*, Cambridge, 2013.

<sup>171</sup> Bkz., *Nicaragua v. USA*, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 126. Bu kararda Divan, müdahalenin 'bir devletin hükümetinin talebi üzerine zaten kabul edilebilir olduğunu'; fakat, davet eden bir devletin, self-determinasyon hakkına sahip olan bir halkın söz konusu hakkını zorla bastırıldığı bir durumda bunun geçerli olmadığını belirtmektedir. Yukarıya bkz., s. 832, 158. dipnot.

olduğu görülmektedir.<sup>172</sup> Irak'a ilişkin yakın zamandaki uygulama bunu destekler niteliktedir.<sup>173</sup> Yardım talep etme hakkına sahip hükümet yetkisini tanımlama sorunu Grenada olayında gündeme gelmiştir. Söz konusu durumda, ABD müdahalesine yönelik başvuru, iddiaya göre, adanın Genel Valisi tarafından yapılmıştır;<sup>174</sup> ancak bu (başvurunun) gerçekte işgalden önce gerçekleşip gerçekleşmediği ve Genel Vali'nin böyle bir başvuruda bulunmak için uygun merci olup olmadığı konusunda bir ihtilaf söz konusudur.<sup>175</sup>

Konu, Aralık 1989'daki Panama işgaline ilişkin olarak farklı bir formda tekrar ortaya çıkmıştır. ABD Dışişleri Bakanlığı tarafından ABD'nin ilgili tasarrufunun temeli olarak belirlenen hukuki ilkelerden biri, 'Panama'daki hukuki ve demokratik olarak seçilmiş hükümete' yardım edilmesine yöneliktir.<sup>176</sup> Bu durumla ilgili problem, bu hükümetin General Noriega tarafından resmi olarak göreve başlamasının engellenmiş olmasıydı ve ortaya atılan sorun, bu nedenle, seçilmiş ancak seçilmiş olarak tasarrufta bulunması engellenmiş bir devlet başkanının, diğer bir devletten silahlı kuvvet de dâhil olmak üzere yardım talebinde bulunabilecek bir hükümet merci olarak ele alınıp alınamayacağıydı. Bu aslında, rejimin demokratik, sosyalist ya da başka bir türdeki niteliğinden ziyade, etkin kontrole sıkı sıkıya dayanan hükümet otoritesinin uluslararası hukuktaki uygunluk kriterine aykırı düşmektedir.<sup>177</sup>

Bununla birlikte, tanınan hükümet otoritelerine yapılan yardımın meşru olduğu yönündeki genel önerme, diğer ülkelerin isyancıların yıkıcı faaliyetlerini teşvik ettiği ya da yönlendirdiğinin ortaya konabilmesi durumunda daha da fazla güçlendirilmiş olacaktır.<sup>178</sup> Bu gibi durumlarda, ortak meşru müdafaa doktrini, diğer devletlere, söz konusu hükümet otoritelerinin yanında, açıkça ve hukuka uygun olarak müdahale etme izni verecek gibi görünmektedir.<sup>179</sup> Bazı yazarlar, hükümetlere üçüncü taraflar tarafından yardım yapılmasına izin veren geleneksel kuralın, mücadelenin sonucunun belirsiz hale geldiği veya isyanın yaygınlaşarak ilgili hükümeti ciddi şekilde devirmeyi amaçladığı

<sup>172</sup> Muharip statüsünün tanınmasına kadar, tabi ki, her ne kadar bu modern zamanlarda bilinmese de: Örneğin bkz., Lauterpacht, *Recognition*, ss. 230-3.

<sup>173</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>174</sup> Dışişleri Bakan Yardımcısı Dam'ın açıklaması için bkz., 78 AJIL, 1984, s. 200.

<sup>175</sup> Örneğin bkz., J. N. Moore, *Law and the Grenada Mission*, Charlottesville, 1984, Beand Gilmore, *Grenada*. Ayrıca söz konusu devletin Başkanı ve Başbakanının birbirini görevden almaya çalıştığı 1960'daki Kongo Krizi ile ilgili olarak bkz., Higgins, *Development of International Law*, ss. 162-4.

<sup>176</sup> 84 AJIL, 1990, s. 547.

<sup>177</sup> Bkz., yukarıda, 8. Bölüm.

<sup>178</sup> 2001 tarihli Uluslararası Hukuk Komisyonunun Devletin Sorumluluğuna İlişkin Maddeleri'nin 20. maddesi, 'Bir devletin, eylemin diğer bir devlet tarafından işlenmesine geçerli rıza göstermesi bu eylemin ilk devlet bakımından, söz konusu eylem rızanın sınırları içinde kaldığı ölçüde, hukuka aykırı bir eylem teşkil etmesini önlediğini' öngörmektedir. Ayrıca bkz., Commentary to ILC 20. madde, A/56/10, ss. 72 vd. Rızanın, örneğin, müdahaleyi isteyen otorite üzerinden, zorlama olsun ya da olmasın, geçerli bir şekilde verildiğini gösterme gereğini özellikle kaydediniz. Ayrıca bkz. *Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 197. Dinstein'in belirttiği gibi (*War*, s. 121) bu gibi durumlarda, iddia olunan rızanın 'kapsamlı bir incelemesine' ihtiyaç duyulmaktadır. Fransız kuvvetlerinin hükümetin çağrısı üzerine isyancılara hava saldırısı düzenlediği ve ülkeye askerlerini gönderdiği en sonki Mali örneğine bkz. Bu, durumla ilgili bir barış koruma misyonu kuran ve misyonu desteklemek için Fransız birliklerine "gerekli tüm araçları" kullanmaları konusunda yetki veren Güvenlik Konseyi tarafından memnuniyetle karşılanmıştır. Bkz., 2100 (2013) sayılı karar. Rusya, Ukrayna'nun yasal Cumhurbaşkanı tarafından davet edildiği gerekçesiyle Ukrayna'nın Kırım bölgesine yönelik müdahalesini haklı kılmaya çalışmıştır. Güvenlik Konseyi'ndeki Rusya Federasyonu temsilcisinin 3 Mart 2014 tarihli açıklamasına bkz., S/PV.7125. Ancak, o zamana kadar Ukrayna Cumhurbaşkanı, yerini parlamento tarafından onaylanan yeni bir hükümete bırakmak için çoktan ülkesinden kaçmıştı. Örneğin bkz., www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-26248275. Örneğin bkz., T. Grant, 'Annexation of Crimea', 109 AJIL, 2015, s. 68 ve T. Grant, *Aggression Against Ukraine*, New York, 2015.

<sup>179</sup> Fakat *Nicaragua* davasında öne sürülen ilkeler ışığında bkz., ICJ Reports, 1986, ss. 104, 120-3; 76 ILR, ss. 349, 438, 454-7.

durumlarda yapılan yardımlara kadar genişletilemeyeceğini ileri sürmektedirler.<sup>180</sup> Bu, üçüncü devletler açısından politik olarak arzu edilebilir olsa da, bu yardımı almayı hak eden hükümetleri bütünüyle ciddi bir risk altına sokabilir.<sup>181</sup> Ancak, uygulama, iç çatışma ile karşı karşıya olan mevcut hükümetlere yönelik, ekonomik, teknik ve silah tedarik edilmesine ilişkin düzenlemeler gibi birçok biçimde yapılacak yardımları kabul edilebilir görmektedir.<sup>182</sup> Diğer yandan, açıkça çöküş sancuları yaşayan bir hükümete önemli oranda bir yardımda bulunulması parçalanmak üzere olan dâhili bir duruma müdahale olarak tartışmaya açıktır; ancak burada önemli tanımlama sorunları söz konusudur. Benzer şekilde, kendi ülkesi içinde devlet tarafından isyancılara karşı gerçekleştirilen silahlı operasyonların, insan hakları ihlallerini çok vahim bir düzeye çıkarması durumunda şüpheler ortaya çıkacaktır.<sup>183</sup>

### İsyancılara Yardım<sup>184</sup>

Söz konusu önermenin tersi, isyancılara yapılan yardımların uluslararası hukuka aykırı olmasına ilişkindir. 1970 tarihli Uluslararası Hukuk Prensipleri Hakkında Bildiri şunu vurgulamaktadır:

*“Hiçbir devlet, bir başka devletin rejimini şiddet kullanarak devirmeye yönelik yıkıcı, terörist ya da silahlı etkinlikleri örgütlemeyecek, kışkırtmayacak, teşvik etmeyecek ya da bunlara yardımda bulunmayacak, mali destek sağlamayacak, hoşgörü göstermeyecek veya bir başka devletin içindeki iç mücadeleye müdahale etmeyecektir.”*<sup>185</sup>

Söz konusu Bildiri aynı zamanda şunu da öngörmüştür:

*“Her devlet, herhangi başka bir devlet ya da ülkenin ulusal birliği ve toprak bütünlüğünü kısmen ya da tamamen bozma amacını güden her hareketten kaçınacaktır.”*

Nicaragua davasında,<sup>186</sup> Divan, müdahale etmeme ilkesinin, bir devletin, ‘doğrudan veya dolaylı, silahlı veya silahsız olarak başka bir devletin iç muhalefetini desteklemek amacıyla müdahale etmesini’ yasakladığını beyan etmiş ve müdahale etmeme ilkesini

<sup>180</sup> Örneğin bkz., Q. Wright, ‘US Intervention in the Lebanon’, 53 AJIL, 1959, ss. 112, 122. Ayrıca bkz., R. A. Falk, *Legal Order in a Violent World*, Princeton, 1968, ss. 227–8 ve 273, ve Doswald-Beck, ‘Legal Validity’, s. 251.

<sup>181</sup> Bununla birlikte, yabancı birliklerin hazır bulunmasına ilişkin rızanın söz konusu devletin hükümeti tarafından geri çekilmesi durumunda, birliklerin mevcudiyetlerini devam ettirmesi (meşru-müdafaa hakkının meşru olarak kullanılmaması halinde) kanunsuz bir güç kullanımı teşkil edebilir: Örneğin bkz., *Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 213 ve 224. Ayrıca bkz., 1974 tarihli Saldırganlığın Tanımına Dair Uzlaşma Belgesi (Consensus Definition of Aggression), 3(e). madde.

<sup>182</sup> Örneğin, Birleşik Krallık’ın iç savaş sırasında Nijerya’ya yaptığı silah satışlarının devam etmesine ilişkin olarak bkz., Higgins, ‘International Law and Civil Conflict’, s. 173. Bu koşullar altında, geleneksel silah tedarikçileri ile geleneksel olmayan silah tedarikçileri arasında ayırım yapan Birleşik Devletler politikasını da not ediniz. Bu politika, sonraki değil, ilk olarak bahsi geçen ülke (Nijerya örneğindeki Birleşik Krallık gibi) tarafından yapılan yardımı destekleyecektir: Bkz., DUSPIL, 1976, s. 7.

<sup>183</sup> Örneğin Uluslararası Hukuk Enstitüsü 2011 yılında bir karar kabul ederek ‘Birleşmiş Milletler Şartı’nu, iç işlerine müdahale etmeme, halkların eşit hakları ve self-determinasyon ilkelerini ve genel olarak kabul edilmiş insan hakları standartlarını ihlal edecek biçimde ve özellikle de amacı bir devleti kendi halkına karşı desteklemek olduğunda askeri yardımın yasak olduğunu’ belirtmiştir. Bununla birlikte, bu karar sadece uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma eşliğinin altında kalan iç isyanlara ilişkindir.

<sup>184</sup> Örneğin bkz., Gray, *Use of Force*, ss. 105 vd. Ayrıca bkz., Akande, ‘Classification of Armed Conflicts’, ss. 32, 56.

<sup>185</sup> Ayrıca yukarıya bkz., benzer bir ifade için, 1965 tarihli Devletlerin İç İşlerine Müdahalenin Kabul Edilemezliğine İlişkin Deklarasyon, s. 817. Genel Kurul’un 1974 tarihli Saldırganlığın Tanımına Dair Uzlaşma Belgesi’nin 3(g). maddesi, ‘bir devlet tarafından ya da bir devlet adına başka bir devlete karşı silahlı kuvvet eylemleri gerçekleştiren silahlı çetelerin, grupların, gayri nizami ya da paralı askerlerin gönderilmesini’ saldırgan bir fiil olarak nitelendirmektedir. Ayrıca bkz., Birleşik Devletler’in Nikaragua’daki ‘Kontra’lara yardımıyla ilgili olarak, Chayes, *Cuban Missile Crisis*, ve *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, s. 14; 76 ILR, s. 349.

<sup>186</sup> ICJ Reports, 1986, ss. 14, 108 ve 109–10. Bu öneriler, Mahkeme tarafından *Congo v. Uganda* davasında yeniden onaylanmıştır, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 227.

ihlal eden fillerin, 'doğrudan veya dolaylı olarak kuvvet kullanımını beraberinde getirmesi durumunda, uluslararası ilişkilerdeki kuvvet kullanmama ilkesini de ihlal edeceğini' söyleyecek kadar da ileri gitmiştir. Dahası, *Congo v. Uganda* davasında<sup>187</sup> Divan, hukuka aykırı bir askeri müdahalenin belirli bir büyüklüğe ve devamlılığa ulaşması durumunda, bunun BM Şartı'nın 2. maddesinin 4. paragrafında ifade edilen 'kuvvet kullanma yasağının ağır bir ihlali' anlamına geleceğini vurgulamıştır.

Gerçekte, devletlerin uygulamaları netlikten uzaktır.<sup>188</sup> Hükümet tarafından önceden hukukdışı bir müdahale yapılmışsa, isyancılara yönelik yardımların kabul edilebilir olduğu ileri sürülebilir. Bu görüş uyarınca, Afganistan'daki durumla ilgili olarak ve Sovyet müdahalesinin Afganistan'ı işgal anlamına geldiği ileri sürülmüş ve bu birçok devlet tarafından savunulmuştur.<sup>189</sup>

1999 yılı ve sonrasında Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki durum, (başlangıçta Kongo topraklarından kendilerine karşı faaliyet gösteren isyancı gruplara karşı hareket etmeye çalışan ve sonrasında Kongo hükümetine karşı isyancıları destekleyen) Uganda ve Ruanda'nın hükümete karşı, Zimbabwe, Angola ve Namibya'nın ise aralarında bulunduğu birçok devletin hükümet adına müdahalesiyle, oldukça öğretici olmuştur.<sup>190</sup> Güvenlik Konseyi, 1234 (1999) sayılı kararında, 51. madde uyarınca münferit ve ortak meşru müdafaa hakkını hatırlatmış ve tüm devletlerin diğer devletlerin iç işlerine müdahale etmekten kaçınma gereğini teyit etmiştir. Devletleri, davetsiz yabancı devlet kuvvetlerinin varlığına son verilmeye çağırmıştır.<sup>191</sup> 1291 (1999) sayılı kararıyla Konsey, Lusaka Ateşkes Antlaşması uyarınca tüm yabancı güçlerin düzenli biçimde Kongo'dan geri çekilmesi yönünde çağrıda bulunmuştur.<sup>192</sup> Güvenlik Konseyi'nin 1304 (2000) sayılı kararı daha da ileri gitmiş ve Bölüm VII uyarınca, 'Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin egemenliğini ve toprak bütünlüğünü ihlal eden Uganda ve Ruanda'nın bütün kuvvetlerini Demokratik Kongo Cumhuriyeti topraklarından gecikmeksizin geri çekmesini' talep etmiştir. Lusaka Anlaşması hükümleriyle uyumlu şekilde diğer tüm yabancı askeri varlığa ve faaliyete son verilmesi çağrısı yapılmıştır.<sup>193</sup> BM, ayrıca 1999 yılında 'MONUC' adıyla Kongo'da daha sonra görev süresi uzatılan bir misyon

<sup>187</sup> ICJ Reports, 2005, s. 168.

<sup>188</sup> Örneğin bkz., 1970 yılındaki Ürdün ve 1976 yılındaki Lübnan iç savaşlarına Suriye'nin müdahalesi, ve bkz., Gray, *Use of Force*, ss. 105 vd. Gürcistan'daki Çatışmaya İlişkin Bağımsız Araştırma Misyonunun şu sonuçları, ayrıca, not edilmelidir, [http://www.mpil.de/files/pdf4/IIFFMCG\\_Volume\\_III.pdf](http://www.mpil.de/files/pdf4/IIFFMCG_Volume_III.pdf), s. 279: 'Askeri güç, iç self-determinasyon da dahil olmak üzere, self-determinasyon iddiasında bulunmak için kullanılacak bir araç olarak asla kabul edilemez. Devlet uygulamasında self-determinasyon elde etmek için dekolonizasyon veya hukukdışı işgal dışında güç kullanma hakkına herhangi bir destek verilmesi söz konusu değildir. Bu aynı zamanda, ayrılıkçı bir tarafın yasal olarak yabancı bir devleti ana devletin ordusuna karşı kuvvet kullanmaya davet edemeyeceği anlamına gelmektedir.'

<sup>189</sup> Örneğin bkz., *Keesing's Contemporary Archives*, ss. 30339, 30364 ve 30385. Ayrıca bkz., ES-62; 35/37; 36/34; 37/37 sayılı ve SSCB'nin Afganistan'a silahlı müdahalesini kınayan 38/29 sayılı Genel Kurul kararları. Ayrıca bkz., Doswald-Beck, 'Legal Validity', ss. 230 vd.

<sup>190</sup> Bkz., Gray, *Use of Force*, ss. 68-73, 78-80, 83-4 ve 132-4. Ayrıca bkz., P. N. Okowa, 'Congo's War: The Legal Dimension of a Protracted Conflict', 77 BYIL, 2006, s. 203.

<sup>191</sup> Gray, *Use of Force*, ss. 83-4'de belirtildiği gibi Güvenlik Konseyi, söz konusu hükümeti devirmek amacıyla müdahale edilmesi ya da kuvvet kullanılmasına müsaade etmezken, hükümete yardım yapılmasına izin verilebileceğine dair net bir duruş takınmıştır. Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Güvenlik Konseyi'ne, Ruanda ve Uganda'ya saldırganlıkla suçlayan ve yabancı müdahaleye tepki olarak Angola, Namibya ve Zimbabwe'ye yapmış olduğu daveti doğrulayan bir yazı yazmıştır. Bkz., *UN Yearbook*, 1998, ss. 82-8 ve S/1998/827.

<sup>192</sup> Bkz., S/1999/815.

<sup>193</sup> Ayrıca bkz., Güvenlik Konseyi'nin 1341 (2001) ve 1355 (2001) sayılı kararları. Güvenlik Konseyi'nin 1376 (2001) sayılı kararı, Namibya'nın tüm birlikleri de dahil olmak üzere bazı kuvvetlerin Kongo'dan geri çekilmesini memnuniyetle karşılamıştır. Ayrıca bkz., Güvenlik Konseyi'nin 1417 (2002), 1457 (2003) ve 1468 (2003) sayılı kararları. Kınama Ruanda ve Uganda tarafından saklı tutulmuştur

da oluşturmuştur.<sup>194</sup> Bu durum, BM'nin aynı zamanda uluslararası hukuku yansıtan yaklaşımının, yabancı devletler tarafından hükümetlere yapılan yardımların kabul edilebilir olduğu<sup>195</sup> isyancılara yine yabancı devletler tarafından yapılan yardımların ise uygun görülmediği yönünde olduğunu göstermektedir. Bununla beraber, BM, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin doğu bölgesinde konuşlanmış yabancı milislerin (özellikle de 1994 soykırımına karışan Ruanda Interahamwe ile Uganda Lordun Direniş Ordusu'nun) oluşturduğu sorunun varlığını kabul etmiş ve bu milis güçlerine silahsızlanmaları yönünde çağrıda bulunmuştur.<sup>196</sup>

İsyancılara yardım konusu, zorla bastırılan bir dizi gösteri ile 2011 yılında başlayan Suriye iç savaşında tekrar gündeme gelmiştir. Bunu, hükümet karşıtlarının şiddete yönelmesi takip etmiştir. Hükümet güçleri, İran ve Lübnan'daki Hizbullah örgütü tarafından aktif olarak desteklenmiştir.<sup>197</sup> BM İnsan Hakları Konseyi tarafından atanan Suriye Arap Komisyonu Bağımsız Uluslararası Soruşturma Komisyonu Raporu 2012 yılı Şubat ayında yayınlanmıştır.<sup>198</sup> Bu rapor ülkenin insan hakları durumundaki kötüye gidişi vurgulamış ve hükümetin yaygın, sistematik ve büyük çaplı insan hakları ihlalleri işlediğini savunmuştur. Birçok ülke, Suriyeli muhalifleri (Suriye Devrimci ve Muhalif Güçler Ulusal Koalisyonu'nu) Suriye halkının 'yegâne meşru temsilcisi' olarak tanımıştır.<sup>199</sup> Bununla birlikte, bu durum, muhalefetin bir hükümet olarak hukuki tanınmasını olmasa da,<sup>200</sup> siyasi ve insani yardım ile angajmanı beraberinde getirmiş; fakat insani yardımdan ayrı olarak yapılacak cebri bir müdahaleyi meşru görmemiştir.

BM Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesinin aralarında anlaşmaya varamaması, Konseyin, kimyasal silahların kullanımını takiben 2013 yılı Eylül ayına kadar Suriye'deki faaliyetlerle ilgili olarak bağlayıcı bir kararı kabul edemediği anlamına gelmişti. 2118 sayılı karar, uluslararası hukuka muhalif olarak Suriye'nin kimyasal silah kullanımını kınamış ve bu silahların imha edilmesi yönünde çağrıda bulunmuştu. 2139 (2014) sayılı karar, Suriye yetkili mercileri ve silahlı grupları tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerini kınamış, nüfusun yoğun olduğu bölgelerdeki ablukaların derhal kaldırılması çağrısında bulunmuş ve tüm taraflardan insani yardımların ulaştırılmasına izin vermelerini talep etmişti. Ancak, muhalefet güçlerine insani yardımın ötesinde müdahalede bulunmayı uluslararası olarak tanıyan bir hak hiçbir durumda söz konusu değildir.

<sup>194</sup> Daha fazlası için bkz., aşağıda, 21. Bölüm.

<sup>195</sup> Bkz., Okowa, 'Congo', s. 224.

<sup>196</sup> Örneğin bkz., 1756 (2007) ve 1794 (2007) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>197</sup> Genel için bkz., M. Schmitt, 'Legitimacy versus Legality Redux: Arming the Syrian Rebels', 7 *Journal of National Security Law and Policy*, 2014, s. 139; [www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-17258397](http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-17258397); ve <http://opil.ouplaw.com/page/debate-map-syria/debate-map-use-of-force-against-syria>.

<sup>198</sup> A/HRC/19/69, 22 Şubat 2012.

<sup>199</sup> Örneğin bkz., Birleşik Krallık, [www.gov.uk/government/news/foreign-secretary-statement-on-gaza-the-middle-east-peaceprocess-and-syria](http://www.gov.uk/government/news/foreign-secretary-statement-on-gaza-the-middle-east-peaceprocess-and-syria), 20 November 2012 ve Fransa, <http://uk.reuters.com/article/2012/11/14/uk-syria-crisisidUKBRE8AB0HV20121114>. Ayrıca bkz., Schmitt, 'Legitimacy', s. 153 ve S. Talmon, 'Recognition of Opposition Groups as the Legitimate Representative of a People', 12 *Chinese Journal of International Law*, 2013, s. 219. Bununla birlikte, AB Dışişleri Bakanlarının, AB'nin Muhalefeti 'Suriye halkının özlemlerinin meşru temsilcileri' olarak gördüklerini deklare ettiğini not ediniz, 19 Kasım 2012, Talmon, 'Recognition', s. 221.

<sup>200</sup> DUSPIL 2012, s. 281. Özellikle etkin kontrol kriterlerinin yerinde olmaması nedeniyle, bkz., yukarıda, 8. Bölüm.

**İnsani Müdahale<sup>201</sup>**

Bu kısım, münferit devletlerin insani müdahalede bulunma hakkının olduğundan bahsedilip bahsedilemeyeceğine dair soruyla ilgilidir. İnsani ihtiyaçların söz konusu olduğu durumlarda ve Güvenlik Konseyi kararının bir sonucu olarak BM tarafından müdahalede bulunulması konusu sonraki bölümde ele alınmaktadır.

Kimi zaman, belirli bir devlet içerisinde bulunan kişilerin, hayatlarını korumak için yapılacak müdahaleye, müdahalede bulunan ülkenin vatandaşı olmalarına gerek olmaksızın, ancak kesin olarak tanımlanmış durumlarda müsaade edilebileceği ileri sürülmektedir. Bu argüman, BM Şartı öncesi hukukta belli oranda desteklenmiştir ve ondokuzuncu yüzyılda bu tür bir müdahalenin uluslararası hukuk kapsamında kabul edildiği bir durumdan bahsedilebilir.<sup>202</sup> Ancak, geçici ihlallere izin vermek için “toprak bütünlüğü” kriterinin daha çok yapay bir tanımı benimsenmedikçe ya da teamül hukukunda söz konusu hakkın tesis edildiği farz edilmedikçe, bunun, günümüzde Şart’ın 2(4). maddesi ile bağdaşması zordur.<sup>203</sup> Uygulama genelde kavramın kendisiyle çok uyuşmamıştır; zira en başta bu kavramın, daha güçlü devletler tarafından zayıf devletlerin topraklarına yapılacak müdahaleleri haklı göstermek için kullanılabilmesi mümkündür.<sup>204</sup> Bununla birlikte, uluslararası toplumun, bir devletin kendi vatandaşlarına büyük çapta baskı/zulüm uyguladığı durumlarda, dış bir müdahaleyle çok sayıda kişinin hayatının kurtarılması sağlanırken kınayıcı bir duruş benimsemekten kaçınması anlaşılabilir. Buna ek olarak, insani ihtiyaçların en uç noktaya geldiği durumlarda böyle bir hakkın ortaya çıkması da mümkündür. Körfez Savaşı’ndan sonra Kuzey Irak’taki güvenli bir bölgeyi korumak için Batı ülkelerine ait birliklerin kullanılmasını meşrulaştırabileceği görüşü, olağanüstü zor bir durumda uluslararası teamül hukukunun insani müdahale ilkesi gereğince kabul edilmiştir. Güvenlik Konseyi’nin 688 (1991) sayılı kararı, Irak’ın Kürt ve Şii nüfusuna uyguladığı geniş çaplı baskıyı kınamış ve, buna atıfta bulunmak suretiyle, Birleşik Devletler, Birleşik Krallık ve Fransa ülkenin kuzeyinde ve güneyinde “uçuşa yasak bölgeler” ilan etmişlerdir.<sup>205</sup> BM tarafından yapılan herhangi açık bir yetkilendirme yoktu. Birleşik Krallık tarafından uçuşa yasak bölgelerin ‘aşırı insani gereklilik durumuna cevap olarak uluslararası hukuk çerçevesinde meşru olduğu’ iddia edilmiştir.<sup>206</sup>

<sup>201</sup> Örneğin bkz. Gray, *Use of Force*, ss. 33 vd.; Dinstein, *War*, ss. 73 vd.; Franck, *Recourse*, 9. Bölüm; Byers, *War Law*, Part Three; T.G. Weiss, *Humanitarian Intervention*, 3. Baskı, Cambridge, 2016; R. Goodman, ‘Humanitarian Intervention and Pretexts for War’, 100 AJIL, 2006, s. 107; D. Kennedy, *The Dark Sides of Virtue*, Princeton, 2004; *Humanitarian Intervention* (eds. J. L. Holzgrefe ve R. O. Keohane), Cambridge, 2003; S. Chesterman, *Just War or Just Peace: Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford, 2001; *Humanitarian Intervention and the United Nations* (ed. R. B. Lillich), Charlottesville, 1973; R. B. Lillich, ‘Forcible Self-Help by States to Protect Human Rights’, 53 *Iowa Law Review*, 1967, s. 325, ve Lillich, ‘Intervention to Protect Human Rights’, 15 *McGill Law Journal*, 1969, s. 205, ve Lillich, ‘Humanitarian Intervention Through the United Nations: Towards the Development of Criteria’, 53 *ZaoRV*, 1993, s. 557; T. M. Franck ve N. S. Rodley, ‘After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force’, 67 AJIL, 1973, s. 275; J. P. Fonteyne, ‘The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention’, 4 *California Western International Law Journal*, 1974, s. 203; Chilstrom, ‘Humanitarian Intervention under Contemporary International Law’, 1 *Yale Studies in World Public Order*, 1974, s. 93; N. D. Arnison, ‘The Law of Humanitarian Intervention’, *Refugees in the 1990s: New Strategies for a Restless World* (ed. H. Cleveland), 1993, s. 37; D. J. Scheffer, ‘Towards a Modern Doctrine of Humanitarian Intervention’, 23 *University of Toledo Law Review*, 1992, s. 253; D. Kritsiotis, ‘Reappraising Policy Objections to Humanitarian Intervention’, 19 *Michigan Journal of International Law*, 1998, s. 1005; N. Tsagourias, *The Theory and Praxis of Humanitarian Intervention*, Manchester, 1999, ve F. Teson, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, 2. Baskı, New York, 1997. Ayrıca bkz. J. Pattison, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect*, Oxford, 2010.

<sup>202</sup> Örneğin bkz., H. Ganji, *International Protection of Human Rights*, New York, 1962, 1. Bölüm ve bir önceki dipnotta verilen atıflar.

<sup>203</sup> Özellikle bkz., I. Brownlie, ‘Humanitarian Intervention’, Moore, *Law and Civil War*, s. 217.

<sup>204</sup> Örneğin bkz., M. B. Akehurst, ‘Humanitarian Intervention’, Bull, *Intervention in World Politics*, s. 95.

<sup>205</sup> Avam Kamarası Dışişler Komitesinin Dışişleri Bakanlığına bağlı hukuk müşaviri tarafından dile getirilen görüşlere bkz. UKMIL, 63 BYIL, 1992, ss. 827–8. Bu görüş, Dışişleri Bakanlığının bunun ‘açıkça hukuk dışı’ olmadığını belirten birkaç yıl öncesindeki görüşleriyle karşılaştırılabilir. Bkz. UKMIL, 57 BYIL, 1986, s. 619. Ayrıca bkz. Gray, *Use of Force*, ss. 35 vd., ve aşağıda, 21. Bölüm.

<sup>206</sup> UKMIL, 70 BYIL, 1999, s. 590. Ayrıca bkz., UKMIL, 75 BYIL, 2004, s. 857.

1999 Kosova Krizi, insani müdahale konusunu çok açıkça gündeme getirmiştir.<sup>207</sup> Yugoslavya'nın bir vilayetindeki bastırılmış etnik Arnavut nüfusa destek olmak için, ilgili alanın dışında ve BM'nin yetkilendirmesi olmaksızın hareket ederek NATO tarafından gerçekleştirilen bombardımanın gerekçesi insani gerekliliklerdir. Birleşik Krallık Savunma Bakanı, 'Uluslararası hukukta, istisnai koşullarda ve insani bir felaketin önüne geçmek için, askeri harekât yapılabileceğini ve askeri harekâtın bu hukuki temele dayandığını' belirtmiştir.<sup>208</sup> Güvenlik Konseyi, NATO'nun kuvvet kullanmasını kınayan bir kararı üçe karşı on iki oyla reddetmiştir.<sup>209</sup> Çatışmanın ardından ve NATO ile Yugoslavya arasında anlaşmaya varıldıktan sonra<sup>210</sup> Konsey, Yugoslav güçlerinin ilgili topraklardan geri çekilmesini memnuniyetle karşılayan ve BM himayesinde uluslararası sivil ve askeri yapıların konuşlandırılmasını öngören 1244 (1999) sayılı kararı kabul etmiştir. Üye devletler ve uluslararası kuruluşlar, uluslararası güvenlik yapısını ve sivil yapının temel sorumluluklarının belirlendiği kararı tesis etmek için bilhassa yetkilendirilmişlerdir. NATO harekâtı için herhangi resmi bir onay yoktu, ancak kınama da söz konusu olmamıştır.<sup>211</sup> Buradan insani müdahale doktrininin bir kriz durumunda yürürlüğe girdiği ve BM tarafından kınanmadığı, fakat yetersiz bir destek aldığı sonucuna varılabilir.<sup>212</sup> Hukuki durumu bunun ötesinde nitelendirmek mümkün değildir.<sup>213</sup> Konu, bilhassa kimyasal silahların Suriye'nin yetkili otoritelerince kullanılmasından sonra 2013 Suriye Krizi sırasında tekrar değerlendirilmiştir. Birleşik Krallık, Güvenlik Konseyi'ndeki (askeri) harekâtın engellenmesi halinde, Suriye'deki büyük insani felaketin boyutunu hafifletmek için Suriye rejiminin kimyasal silahları daha fazla kullanmasını engellemek ve rejimi bu konuda caydırmak suretiyle Birleşik Krallık'a uluslararası hukuk uyarınca istisnai

<sup>207</sup> Örneğin bkz., Gray, *Use of Force*, ss. 39 vd.; N. S. Rodley ve B. Çali, 'Kosovo Revisited: Humanitarian Intervention on the Fault Lines of International Law', 7 *Human Rights Law Review*, 2007, s. 275; B. Simma, 'NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects', 10 *EJIL*, 1999, s. 1; Kofi A. Annan, *The Question of Intervention: Statements by the Secretary-General*, New York, 1999; 'NATO's Kosovo Intervention', 93 *AJIL*, 1999, ss. 824-62; D. Kritsiotis, 'The Kosovo Crisis and NATO's Application of Armed Force Against the Federal Republic of Yugoslavia', 49 *ICLQ*, 2000, s. 330; P. Hilpod, 'Humanitarian Intervention: Is There a Need for a Legal Reappraisal?', 12 *EJIL*, 2001, s. 437, ve 'Kosovo: House of Commons Foreign Affairs Committee 4th Report, June 2000', 49 *ICLQ*, 2000, ss. 876-943.

<sup>208</sup> UKMIL, 70 BYIL, 1999, s. 586. Bir Dışişleri Bakanı şunu kaydetmiştir: 'Sınırlı bir kuvvet kullanımı, Güvenlik Konseyi tarafından belirtilen amaçları desteklemek amacıyla mazur görülebilir ancak ani ve büyük bir bir felaketi önlemenin tek yolunun bu olduğu durumlarda Konsey'in açık yetkilendirmesi olmaksızın da haklı görülebilir', *a.g.e.*, s. 587 ve ayrıca bkz. *a.g.e.*, s. 598. Birleşik Krallık Başbakanı 2004 yılında Parlamento'ya devletler tarafından kuvvetin, '1999'da Kosova'da olduğu gibi, büyük bir insani felaketi önlemenin tek yolunun bu olduğu istisnai koşullar altında' kullanılabilceğini belirten yazılı bir açıklamada bulunmuştur, HC Deb., 22 Mart 2004, Cilt. 419, col. 561W-562W, UKMIL, 75 BYIL, 2004, s. 853.

<sup>209</sup> SCOR, 3989. 26 Mart 1999 tarihli toplantı.

<sup>210</sup> Bkz., 38 *ILM*, 1999, s. 1217.

<sup>211</sup> Yugoslavya, 1999 yılı Nisan ayında ondokuz NATO ülkesinin onuna karşı, bu ülkelerin kuvvet kullanımında görev alarak uluslararası hukuku ihlal ettiklerini iddia ederek Uluslararası Divan'a başvuruda bulunmuştur. Divan, on davada da geçici tedbirle ilgili yapılan başvuruyu reddetmiştir. Örneğin bkz. *Yugoslavia v. Belgium*, ICJ Reports, 1999, s. 124, ve yargı yetkisi ve kabuledilebilirliğe ilişkin ön itirazları onamıştır: Örneğin bkz., *Serbia and Montenegro v. UK*, ICJ Reports, 2004, s. 1307.

<sup>212</sup> Ayrıca bkz., Divan'ın, Nikaragua'da insan haklarına saygıyı gözlemlemek veya temin etmek için kuvvet kullanımının uygun bir yöntem olamayacağını belirttiği *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 134-5; 76 *ILR*, s. 349.

<sup>213</sup> Birleşik Krallık, 2001 yılında bir dizi İnsani Krizlere İlişkin Politika Yönergesi hazırlamıştır. Bu belgeler, diğerlerinin yanı sıra, Güvenlik Konseyi'nin büyük insancıl hukuk ihlallerini durdurmak veya önlemek için askeri harekâta onay vermesi gerektiğini, ve bu tür krizlere cevaben, büyük ve ani insani felaketler karşısında, hükümetin bunları önleyemediği ya da önleyemeyeceği, şiddet-içermeyen tüm yöntemlerin tükendiği, gerçek ya da potansiyel acının ölçüsünün askeri hareketin risklerini almayı gerektirdiği durumlarda, eğer söz konusu felaketi sonlandırmaya ya da önlemeye dair açık bir maksat güdülyorsa, böylesi bir hareketin risk altındaki insanlar tarafından memnuniyetle karşılanacağına ve harekete geçmemenin getireceği acının sonuçlarının müdahalenin getireceği sıkıntılardan daha kötü olacağına dair açık deliller mevcutsa, kuvvet kullanılabileceğini öngörmüştür. Ayrıca, kuvvet kullanımı kolektif olmalı, kapsamı sınırlı ve insani hedefe ulaşmakla orantılı ve uluslararası insancıl hukuka uygun olmalıdır, UKMIL, 72 BYIL, 2001, s. 696.



tedbirler almak konusunda izin verileceği yönünde bir tavır almıştır.<sup>214</sup> Ancak konu halen tartışmalıdır.<sup>215</sup>

İnsani müdahale ilkesinin bir çeşidi, demokrasinin yeniden sağlanması için uluslararası hukuk uyarınca müdahaleye haddi zatında izin verildiği şeklindeki tartışmadır.<sup>216</sup> 1989 yılı Aralık ayında Panama'ya Birleşik Devletler tarafından müdahale edilmesinin gerekçelerinden birisi demokrasinin geri getirilmesi idi;<sup>217</sup> ancak demokrasiyi tanımlama sorunlarının yanı sıra, BM Şartı'nın açık hükümleri ışığında böyle bir öneri uluslararası hukuk açısından kabul edilemez. Self-determinasyon ilkesinin, katı sömürgecilik bağlamının ötesinde<sup>218</sup> 'demokrasiyi' kapsayacak biçimde uygulanabileceği değerlendirilebilirse bile, bunun müdahale etmeden daha üstün bir norm oluşturabildiğini ileri sürmek için hiçbir gerekçe söz konusu değildir.

Son zamanlarda, 'koruma sorumluluğu'nun, katastrofik durumları önleme, meydana geldiğinde derhal karşılık verme ve sonrasında yeniden inşa etme sorumluluklarını içeren bileşik bir kavram olduğuna dair kapsamlı bir değerlendirme söz konusu olmuştur.<sup>219</sup> Böyle bir yaklaşım, müdahale eden güçlerin müdahale gerekçelerini mümkün olduğunca

<sup>214</sup> [www.gov.uk/government/publications/chemical-weapon-use-by-syrian-regime-uk-government-legal-position/chemical-weapon-use-by-syrian-regime-uk-government-legal-position-html-version](http://www.gov.uk/government/publications/chemical-weapon-use-by-syrian-regime-uk-government-legal-position/chemical-weapon-use-by-syrian-regime-uk-government-legal-position-html-version), 29 Ağustos 2013. Üç şartın sağlanması koşuluyla insani müdahalenin hukuki dayanağının oluşturabileceği belirtilmiştir: (i) Derhal ve acilen yardım gerektiren büyük çaplı ağır insani sıkıntıların yaşandığına dair, uluslararası toplumun tamamı tarafından genel olarak kabul edilen, inandırıcı kanıtlar olmalıdır; (ii) Eğer insanların hayatı kurtarılmaya çalışılacaksa, kuvvet kullanılmasına karşı uygulanabilecek alternatif bir yöntemin olmadığı tarafsız bir biçimde açık olmalıdır ve (iii) önerilen güç kullanımı, insani ihtiyaçların karşılanması için gerekli ve bu amaçla orantılı olmalı ve söz konusu amaca ulaşmak için zaman ve kapsam açısından kesin olarak sınırlandırılmış olmalıdır (diğer bir deyişle, başka bir amaca değil, sadece bu amaca ulaşmak için asgari gereklilikler sağlanmalıdır). Bu koşulların karşılandığı iddia edilmiştir, *a.g.e.*

<sup>215</sup> Örneğin bkz., Bethlehem'in yorumları, [www.ejiltalk.org/stepping-back-a-moment-the-legal-basis-in-favour-of-a-principle-of-humanitarian-intervention/](http://www.ejiltalk.org/stepping-back-a-moment-the-legal-basis-in-favour-of-a-principle-of-humanitarian-intervention/), ve Koh, <http://justsecurity.org/2013/10/02/koh-syria-part2/> (sırasıyla Birleşik Krallık ve Birleşik Devletler Dışişleri Bakanlıkları hukuk müşavirleri). Karşılaştırma için örneğin bkz., Akande, [www.ejiltalk.org/humanitarian-intervention-responsibility-to-protect-and-the-legality-of-military-action-in-syria/](http://www.ejiltalk.org/humanitarian-intervention-responsibility-to-protect-and-the-legality-of-military-action-in-syria/) ve Milanovic, [www.ejiltalk.org/breaking-uk-government-discloses-legal-rationale-for-syria-intervention/](http://www.ejiltalk.org/breaking-uk-government-discloses-legal-rationale-for-syria-intervention/).

<sup>216</sup> Örneğin bkz., J. Crawford, 'Democracy and International Law', 44 BYIL, 1993, s. 113; B. R. Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law*, Oxford, 1999; Franck, *Fairness*, 4. Bölüm, ve Franck, *The Empowered Self*, Oxford, 1999; Gray, *Use of Force*, ss. 49 vd., ve O. Schachter, 'The Legality of Pro-Democratic Invasion', 78 AJIL, 1984, s. 645.

<sup>217</sup> Örneğin bkz., *Keesing's Record of World Events*, s. 37112 (1989). Ayrıca bkz., Nanda, 'Validity', s. 498.

<sup>218</sup> Bkz., yukarıda, 6. Bölüm.

<sup>219</sup> Örneğin bkz., International Commission on Intervention and State Sovereignty, *The Responsibility to Protect*, Ottawa, 2001; Report of the UN High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A/59/565, 2004, prg. 201-3; BM Genel Sekreteri, *In Larger Freedom*, A/59/2005, prg. 16-22; World Summit Outcome, 60/1 sayılı Genel Kurul kararı, 2005, prg. 138-9 ve BM Genel Sekreteri'nin raporları, örneğin 'Implementing the Responsibility to Protect', A/63/677, 2009; 'Early Warning Assessment and the Responsibility to Protect' A/64/864, 2010; 'The Responsibility to Protect: Timely and Decisive Response', A/66/874-S/2012/578, 2012, ve 'State Responsibility and Prevention', A/67/929, 2013. Bkz. Güvenlik Konseyi kararları: Sudan hakkında 1674 (2006); 1706 (2006); Libya hakkında 1970 ve 1973 (2011); Fildişi Sahili hakkında 1975 (2011) ve Suriye hakkında 2165 (2014). Ayrıca bkz., J. Pattison, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect*, Oxford, 2010; Gray, *Use of Force*, ss. 51 vd., S. Mohamed, 'Taking Stock of the Responsibility to Protect', 48 *Stanford Journal of International Law*, 2012, s. 63; A. Bellamy ve P. Williams, 'The New Politics of Protection?', 87 *International Affairs*, 2011, s. 825; A. Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, Cambridge, 2011; *Responsibility to Protect: From Principle to Practice* (eds. J. Hoffmann ve A. Nollkaemper), Amsterdam, 2012; *The Oxford Handbook of the Responsibility to Protect* (eds. A. Bellamy ve T. Dunne), Oxford, 2016 ; C. Stahn, 'Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?', 101 AJIL, 2007, s. 99 ve D. Whetham ve B.J. Strawser, *Responsibilities to Protect*, The Hague, 2015. İlaveten bkz. <http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml> ve Birleşik Krallık Lordlar Kamarası Notu, 'The "Koruma Sorumluluğu" ve bu Uluslararası Hukuk Normu'nun Birleşik Krallık ve BM Tarafından Uygulanması', Temmuz 2015, <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/LLN-2015-0020#fullreport>

azaltmaya çalışarak insani müdahale ilkesini yeniden tanımlamaya yönelik bir çaba olarak görülebilir ve bunun, bilhassa BM'nin harekete geçmesi bağlamında, uluslararası toplumda önemli ve etkili olan bir trendi yansıttığına hiç şüphe yoktur. Bu gibi sorumlulukların hem devletlerin hem uluslararası toplumun üzerine düştüğü ve özellikle de müdahale veya ilk girişimden sonra yeniden yapılanma taahhüdünü içerdiği kabul edilmektedir. Geniş bir şekilde önerildiği üzere, örneğin, devletlerin kendi toprakları üzerinde insan haklarını koruma yükümlülüğüne ve herhangi bir askeri harekate ilişkin BM'nin önceliğine vurgu yaparak tek taraflı insancıl müdahale doktrininin keskin köşeleri köreltilmiştir; ancak bu yaklaşımın halen etkili olduğunu söylemek de mümkündür.<sup>220</sup>

## TERÖRİZM VE ULUSLARARASI HUKUK<sup>221</sup>

Terörün siyasi amaçlara ulaşmak için bir araç olarak kullanılması yeni bir olgu değildir, ancak son zamanlarda yeni bir yoğunluk kazanmıştır. Çoğu durumda, teröristler, çatışma içinde oldukları devletin hükümeti ya da onun gerçek, potansiyel ya da varsayılan müttefiklerine baskı oluşturmak için bilinçli olarak (çatışmaya) dâhil olmamış üçüncü devletlerdeki hedefleri seçerler.<sup>222</sup> Uluslararası hukuk açısından, tanımlanabilecek bir takım sorunlardan bahsedilebilir. İlk önemli kaygı, terörizmin tanımlanmasıyla ilgilidir.<sup>223</sup> Örneğin suç ne kadar geniş tanımlanmalıdır, kişilere karşı yapılan saldırılarla birlikte mülkiyete karşı yapılan saldırılar da aynı kapsama alınmalı mıdır? Ve suçu işleyen failerin amaç ve niyetleri ne derece dikkate alınmalıdır? İkinci olarak, terörizm ile devletlerin tepki olarak güç kullanmaları arasındaki ilişki belli sorunlar doğurmaktadır.<sup>224</sup> Üçüncü olarak, terörizm ile insan hakları arasındaki ilişkinin göz önüne alınması gerekmektedir.

Uluslararası teamül hukukunda terörizmin bir tanımının bulunup bulunmadığı bir takım tartışmalara konu olmakta ise de, siyasi zorluklara rağmen, uluslararası ve bölgesel seviyede terörizmle ilgili uluslararası hukuk kurallarının oluşturulması açısından artan

<sup>220</sup> Bu doktrin Genel Kurul'un 2009 tarihli raporu ışığında şöyle özetlenebilir: Halkı soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve etnik temizlik ile bunlara kıskırtmadan korumada başlıca devletin kendisi sorumluluk taşır. Bu sorumluluğun yerine getirilmesinde uluslararası camia devleti teşvik ve ona yardım sorumluluğuna sahiptir. Halkı bu suçlardan korumak için uluslararası camianın uygun diplomatik, insani ve diğer mekanizmaları kullanma sorumluluğu vardır. Eğer bir devlet açık bir biçimde halkı korumada başarısız olursa, uluslararası camia halkı korumak maksadıyla, BM Şartı'na uygun olarak, önlem almaya hazır olmalıdır. A/63/677, 2009 ve BM Arkaplan Notu s. 4, <http://www.un.org/en/preventgenocide/rwanda/pdf/Backgrounder%20R2P%202014.pdf>. Daha fazlası için bkz., aşağıda, 21. Bölüm.

<sup>221</sup> Örneğin bkz., Gray, *Use of Force*, 6. Bölüm; T. Becker, *Terrorism and the State*, Oxford, 2006; B. Saul, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford, 2006; K. Trapp, *State Responsibility for International Terrorism*, Oxford, 2011; H. Duffy, *The 'War on Terror' and the Framework of International Law*, 2. baskı, Cambridge, 2015; *Research Handbook on International Law and Terrorism* (ed. B. Saul), Cheltenham, 2014; N. Lubell, 'The War (?) against Al-Qaeda', Wilmshurst, *Classification of Conflicts*, s. 421; *Legal Aspectsof International Terrorism* (eds. A. E. Evans ve J. Murphy), Lexington, 1978; R. Friedlander, *Terrorism*, Dobbs Ferry, 1979; R. B. Lillich ve T. Paxman, 'State Responsibility for Injuries to Aliens Caused by Terrorist Activity', *26 American Law Review*, 1977, s. 217; *International Terrorism and Political Crimes* (ed. M. C. Bassiouni), 1975; E. McWhinney, *Aerial Piracy and International Terrorism*, 2. Baskı, Dordrecht, 1987; A. Cassese, *Terrorism, Politics and Law*, Cambridge, 1989; V. Lowe, 'Clear and Present Danger': Responses to Terrorism', *54 ICLQ*, 2005, s. 185; G. Guillaume, 'Terrorism and International Law', *53 ICLQ*, 2004, s. 537; J. Pejic, 'Terrorist Acts and Groups: A Role for International Law', *75 BYIL*, 2004, s. 71; J. Delbruck, 'The Fight Against Global Terrorism', *German YIL*, 2001, s. 9, ve A. Cassese, 'Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law', *95 AJIL*, 2001, s. 993. Terörizm ile ilgili ayrıca BM internet sitesine bkz. <http://www.un.org/en/counterterrorism/>.

<sup>222</sup> 14 Haziran 1985 tarihinde Lübnanlı Şiiler tarafından 847 uçuş kodlu TWA uçağının kaçırılması bu olgunun bir örneğidir: Örneğin bkz., *The Economist*, 22 Haziran 1985, s. 34.

<sup>223</sup> Örneğin bkz., B. Saul, *Defining Terrorism*, ve Yasal bir Tanıma Arayışı (Quest for a Legal Definition) üzerine maddeler, *4 Journal of International Criminal Justice*, 2006, ss. 894 vd.

<sup>224</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

oranda bir ilerleme kaydedilmiştir.<sup>225</sup> Hem terörist saldırının belli tezahürlerine hem de söz konusu olgunun genel kınanmasına değinen çift-yönlü bir yaklaşım benimsenmiştir.<sup>226</sup> Birincisiyle ilgili olarak, BM bugün itibarıyla kaçırma, rehin alma ve terörist bombalamalar gibi konulara dair terörizmle ilgili on dört uluslararası sözleşme (ve dört değişiklik) kabul etmiştir.<sup>227</sup> Bu sözleşmelerin çoğu, birbirine bağlı uluslararası yükümlülükler ağıyla yarı-evrensel yargılamanın temelini oluşturan ortak bir model üzerinden yürümektedir. Bu model, söz konusu suçun tanımını ve iddia edilen suçlunun ya hakkında kovuşturma yapmak ya da bu kovuşturmayı yapacak bir ülkeye iade etmek için ülke topraklarında bulunması durumunda, bu suçla ilgili yargı yetkisi tesis etmek için (genellikle devletin topraklarında veya bu topraklar üzerindeki kayıtlı bir gemide veya uçakta, ya da o ülkenin bir vatandaşı tarafından veya o devletin vatandaşlarının mağdur edildiği durumlarda bazı antlaşmalarda takdire bağlı olarak işlendiğinde), söz konusu suçun ulusal hukukta suç olarak tanınmasına yönelik taraf devletlerin üzerine düşen yükümlülükleriyle birlikte taraf ülkeler arasındaki tüm iade anlaşmalarına bu tür suçların otomatik olarak dâhil edilmesini içerir.<sup>228</sup>

Buna ilaveten, BM terörizm sorunuyla kapsamlı bir şekilde mücadele etmeye çalışmıştır. 1972 yılı Aralık ayında Genel Kurul, terörizmle ilgili *ad hoc* bir komite kurmuş<sup>229</sup> ve 1994 yılında Uluslararası Terörizmin Ortadan Kaldırılmasına Yönelik Tedbirlere Dair Bildiri kabul edilmiştir.<sup>230</sup> Bu bildiri, 'siyasi, felsefi, ideolojik, ırksal, etnik, dini veya (bu suç eylemlerini) meşrulaştırmaya yarayacak diğer hangi mülhaza olursa olsun, halk arasında terör ortamı oluşturmaya ve bir grup, kişi, kişiler ya da belli kişileri siyasi amaçları için tahrik etmeye çalışan planlanmış veya hesaplanmış suç eylemlerinin hiçbir durumda haklı görülemeyeceğini' kaydederek, 'nerede ve kim tarafından işlenirse işlensin terörizmin tüm eylem, metot ve uygulamalarının suç ve hukuka aykırı' olduğunu dikkate alarak kınamıştır. Devletler, terörist faaliyetleri örgütleme, kışkırtma, kolaylaştırma, finanse etme ya da tolere etmekten kaçınmakla ve topraklarını teröristlerin yerleşmeleri, eğitim kampları kurmaları ya da diğer devletlere karşı gerçekleştirecekleri terör eylemlerine hazırlanmaları için kullanılmadığını garanti altına almak amacıyla fiili tedbirler almakla yükümlüdürler. Devletler, bunun da ötesinde, terörist faaliyetlerin faillerini yakalamak, kovuşturmak

<sup>225</sup> Bkz., bunun 'prematür (zamanından önce)' olduğunun kaydedildiği, Saul, *Defining Terrorism*, s. 270, Fakat, ayrıca bkz., Başkan Cassese'nin böyle bir tanımın var olduğunu savunduğu, Lübnan Özel Mahkemesi Teemyiz Kurulu önündeki Uygulanabilir Hukuka İlişkin *Ayyash* davasındaki Geçici Karar, 16 Şubat 2011, www.worldcourts.com/stl/eng/decisions/2011.02.16\_Prosecutor\_v\_Ayyash.pdf, bkz. 83 vd. paragraflar, özellikle 102. paragraf. Ayrıca bkz. *R v. Gul* [2012] EWCA Crim 280, 32 vd. paragraflar.

<sup>226</sup> Milletler Cemiyeti'nin kapsamlı bir hukuk oluşturmak için 1937 tarihli Terörizmin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'deki başarısız girişimi ile ilgili olarak örneğin bkz., Murphy, *United Nations*, s. 179. Ayrıca bkz., T. M. Franck ve B. Lockwood, 'Preliminary Thoughts Towards an International Convention on Terrorism', 68 AJIL, 1974, s. 69.

<sup>227</sup> Bkz, 1963 tarihli Hava Araçlarında İşlenen Suçlara Dair Sözleşme; 1970 tarihli Hava Araçlarının Hukuk dışı Ele Geçirilmesinin Önlenmesine Dair Sözleşme ve 2010 Protokolü; 1971 tarihli Sivil Havaçılığın Güvenliğine Yönelik Hukuk dışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme; 1973 tarihli Diplomatik Temsilciler Dahil Uluslararası Koruma Altına Alınmış Kişilere Yönelik Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme; 1979 tarihli Rehine Alınmasına Karşı Sözleşme; 1980 tarihli Nükleer Maddelerin Fiziksel Olarak Korunmasına Dair Sözleşme; Havaalanlarında Hukuk dışı Şiddet Eylemlerinin Önlenmesine Dair Sözleşme, 1988 Protokolü; 1988 tarihli Denizde Seyrüsefer Güvenliğine Yönelik Hukuk dışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme ve 2005 Protokolü; 1988 tarihli Kıta Sahanelerinde Bulunan Sabit Platformların Güvenliğine Yönelik Hukuk dışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme, 1988 Protokolü; 1991 tarihli Plastik Patlayıcıların Tespiti Amacıyla İşaretlenmesine Dair Sözleşme; 1997 tarihli Terörist Bombalamaların Önlenmesine Dair Sözleşme; 1999 tarihli Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Sözleşme; 2005 tarihli Nükleer Terörizm Eylemlerinin Önlenmesine Dair Sözleşme; ve 2010 tarihli Uluslararası Sivil Havaçılık ile İlgili Hukuk dışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme, <http://www.un.org/en/counterterrorism/legal-instruments.shtml>.

<sup>228</sup> Daha fazlası için bkz., yukarıda, 11. Bölüm.

<sup>229</sup> Bkz., 3034 (XXVII) sayılı Genel Kurul kararı.

<sup>230</sup> 49/60 sayılı Genel Kurul kararı.

veya iade etmek ve bilgi alışverişi ve terörle mücadele konusunda diğer devletlerle işbirliği yapmakla yükümlüdürler.<sup>231</sup> Kurul, ayrıca çeşitli sözleşmelerin onaylanması yönünde çağrıda bulunan ve bu alanda devletler arasındaki işbirliğinin geliştirilmesini amaçlayan birçok kararı da kabul etmiştir.<sup>232</sup> 2006 yılı Eylül ayında Genel Kurul, ‘uluslararası barış ve güvenliğe en ciddi tehditlerden biri’ olarak terörizmin tüm şekil ve tezahürlerinin kınanması, uluslararası işbirliği, terörün yayılmasına olanak sağlayan koşullara değinilmesi, terörizmin önlenmesi ve terörizmle mücadele edilmesi için çeşitli tedbirlerin alınmasına karar verilmesi, devletlerin terörizmi önleme ve terörizmle mücadele etme kapasitesini inşa etme yönünde tedbirlerin kabul edilmesi ve son olarak terörizme karşı mücadelenin temel dayanağı olarak herkesin insan haklarına saygı gösterilmesinin ve hukukun üstünlüğünün temin edilmesine yönelik tedbirler dâhil olmak üzere, bir Eylem Planı içeren, ‘Birleşmiş Milletler Küresel Terörizmle Mücadele Stratejisini’ kabul etmiştir.<sup>233</sup> Bir özel endişe kaynağı yabancı terörist savaşçılardır. Bu bağlamda Güvenlik Konseyi 2178 (2014) sayılı kararıyla terör eylemlerini işleme, planlama, hazırlama ya da bunlarda yer alma veya terör eğitimi verme ya da alma ve teröristlerin seyahat ya da eylemlerini finanse etme maksadıyla, adam kazandırma, örgütlenme, taşıma veya teçhizatlanma ile meşgul olan şahısların ikamet ya da vatandaşlık devletinden başka bir devlete seyahatlerinin engellemesi ve önlenmesi için, uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası mülteci hukuku ve uluslararası insancıl hukuka uygun etkin sınır ve belge kontrolleri gerçekleştirmeye tüm devletleri çağırılmaktadır.

1996 yılında terörizmle ilgili uluslararası sözleşmeleri detaylandırmak için *ad hoc* bir komite kurulmuştur.<sup>234</sup> Terörist Bombalamaların Önlenmesine Dair Sözleşme 1997 yılında, Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Sözleşme 1999 yılında ve ardından Nükleer Terörizm Eylemlerinin Önlenmesine Dair Sözleşme de 2005 yılında tamamlanmıştır. Komite şu anda uluslararası terörizm konusunda kapsamlı bir sözleşme taslağı üzerinde çalışmaktadır.<sup>235</sup>

Güvenlik Konseyi ayrıca terörizm tehdidiyle mücadelede aktif olmuştur.<sup>236</sup> Özellikle Konsey, uluslararası terörizmi uluslararası barış ve güvenliğe bir tehdit olarak nitelendirmiştir. Bu yaklaşım sonrasında daha da gelişmiştir. 731 (1992) sayılı kararında, Güvenlik Konseyi, bir uçaktaki şüpheli bombacıların iadesine ilişkin talepleri yerine getirmediği için Libya’nun eleştirilmesini bağlamında, ‘uluslararası barış ve güvenliğe tehdit teşkil eden uluslararası terör eylemlerine’ atıfta bulunmuş ve Sudan ile ilgili olarak kabul edilen 1070 (1996) sayılı kararda, ‘uluslararası barış ve güvenliğin korunması için, devletlerin içerisinde oldukları

<sup>231</sup> 1996 yılında terör faaliyetleri ve bu faaliyetlerin desteklenmesinin BM’nin amaç ve ilkelerine aykırı olduğunu ayrıca vurgulayan ek bir bildiri kabul edilmiştir. Terör eylemi gerçekleştiren sığınmacılar sorununa da değinilmiştir, 51/210 sayılı Genel Kurul kararı. Ayrıca bkz., 55/158, 2001 sayılı karar ve 2005 Dünya Zirvesi Sonucu, 60/1 sayılı karar.

<sup>232</sup> Örneğin bkz., 34/145, 35/168 ve 36/33 sayılı kararlar.

<sup>233</sup> 60/288 sayılı karar. Ayrıca bkz., Küresel Terörizmle Mücadele Stratejisi (Global Counter-Terrorism Strategy), 64/297 sayılı karar ve Genel Görüş (Review), 66/282 sayılı karar, Strateji Hakkında Genel Sekreter’in Raporu 2012, A/66/762 ve Strateji Hakkında Genel Sekreter’in Raporu 2016, A/70/826.

<sup>234</sup> 51/210 sayılı Genel Kurul kararı.

<sup>235</sup> Örneğin bkz., A/59/37, 2004; A/60/37, 2005; A/61/37, 2006; A/62/37, 2007, A/63/37, 2008 ve A/68/37, 2013, ve 57/27, 2003, 62/71, 2008, ve 68/119, 2013 ve A/69/100, 2014, sayılı Genel Kurul kararları. Ayrıca bkz. M. Hmoud, ‘Negotiating the Draft Comprehensive Convention on International Terrorism’, 4 *Journal of International Criminal Justice*, 2006, s. 1031. Başlıca tartışma alanları, terörizmin tanımı, önerilen sözleşmenin kapsamı ve önerilen sözleşme ile spesifik terör suçlarını ilgilendiren sözleşmeler arasındaki ilişki üzerinde yoğunlaşmıştır, *a.g.e.*

<sup>236</sup> Örneğin, 579 (1985) sayılı kararında Konsey, tüm rehlin alma ve adam kaçırma eylemlerini kesin bir surette kınamış, ve ayrıca Güvenlik Konseyi Başkanının *Achille Lauro*’nun kaçırılması ve genel olarak ‘terörizmin tüm çeşitlerini ne zaman ve kim tarafından işlenirse işlensin’ kınanmasına dair üyeleri adına yaptığı açıklamaya bkz., 9 Ekim 1985, S/17554, 24 ILM, 1985, s. 1656. Ayrıca bkz. H. Martinez, ‘The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits’, 57 ICLQ, 2008, s. 333.

terör eylemleri de dâhil olmak üzere uluslararası terör eylemlerinin bastırılmasının gerekli' olduğunu tekraren teyit etmiştir.<sup>237</sup>

Bununla birlikte, Dünya Ticaret Merkezi'ne yapılan 11 Eylül 2001 saldırısı bu süreci daha üst bir seviyeye taşımıştır. Saldırdan bir gün sonra kabul edilen 1368 (2001) sayılı kararında, Konsey, 'terör saldırısından kaynaklanan uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehditlerle her ne pahasına olursa olsun mücadele için kararlı olduğunu' belirterek saldırıyı tartışmasız biçimde kınamış ve bu tür saldırıları 'her türlü uluslararası terör eylemleri gibi uluslararası barış ve güvenliğe tehdit' olarak gördüğünü beyan etmiştir.<sup>238</sup> 1373 (2001) sayılı karar, bu öneriyi ve BM Şartı ile uyumlu olarak terör eylemlerinden kaynaklanan uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehditlerle her ne pahasına olursa olsun mücadele edilmesi gerekliliğini tekraren teyit etmiştir.<sup>239</sup> Bölüm VII uyarınca hareket ederek, Konsey, diğerlerinin yanı sıra, terör eylemlerinin finansmanının önlenmesi ve durdurulmasını, bu gibi amaçlarla taammüden fon sağlanması veya toplanmasının suç olarak kabul edilmesini ve terörizme bulaşmış kişi ve kuruluşların finansal varlık ve ekonomik kaynaklarının dondurulmasını talep eden bir dizi bağlayıcı karar almıştır. Dahası, devletlerin teröre karşılanlara herhangi bir destek vermektan kaçınmaları, destek veren kişilere karşı harekete geçmeleri ve terörist eylemlerin önlenmesi, durdurulması ve faillere karşı hareket edilmesinde diğer devletlerle işbirliği yapmaları yönünde çağrıda bulunulmuştur. Konsey ayrıca, terörizmin kullandığı yöntem ve uygulamaların BM'nin amaç ve ilkelerine aykırı olduğunu ve bile bile terör eylemlerini finanse etmenin, planlamanın ve kışkırtmanın da BM'nin amaç ve ilkelerine aykırı olduğunu beyan etmiştir. Oldukça önemli olarak, Konsey, söz konusu kararın uygulanmasını izlemek için bir Terörizmle Mücadele Komitesi kurmuştur. Devletlere, kararı uygulamak için aldıkları tedbirleri Komiteye bildirmeleri yönünde çağrıda bulunulmuştur. Komite ayrıca, terörist eylemlerin kışkırtılmasının önlenmesi ve medeniyetler arasında diyalog ve anlayışı teşvik etmeye yönelik olarak 1624 (2005) sayılı kararın uygulanması konusunda devletlerle diyalogu sürdürmekle yükümlü kılınmıştır.

1377 (2001) sayılı kararda, Konsey, önceki önerileri tekrar teyit etmesinin yanı sıra, uluslararası terörist eylemlerin 'yirmi birinci yüzyılda uluslararası barış ve güvenliğe yönelik en ciddi tehditlerden birini teşkil ettiğini' beyan etmiş ve Terörizmle Mücadele Komitesinden, uygun model kanunların hazırlanması dâhil olmak üzere, 1373 sayılı kararın kapsamına giren alanlardaki en iyi uygulamaların teşvik edilmesine yardımcı olmasını ve 1373 sayılı kararın uygulanmasını kolaylaştırmak için çeşitli teknik, mali, hukuki ve diğer programların uygunluğunu incelemesini talep etmiştir.<sup>240</sup>

Terörizmle Mücadele Komitesi, 2004 yılında birçok uzman ile idari ve destek personeli bünyesinde barındıran İcra Kurulu'nun kurulmasıyla güçlendirilmiştir.<sup>241</sup> 1540 (2004) sayılı kararla, devlet-dışı aktörlerin nükleer, kimyasal ve biyolojik silahlara ve bunların ulaştırılmasında kullanılan araçlara erişimini engellemek, bu tür maddelerin çoğalmasını

<sup>237</sup> Ayrıca, Doğu Afrika'daki Birleşik Devletler elçiliklerinin bombalanmasıyla ilgili olarak 1189 (1998) sayılı karara ve 1994 yılındaki Genel Kurul Bildirisindeki birçok noktayı teyit eden 1269 (1999) sayılı karara bkz.

<sup>238</sup> Bu bağlamda meşru müdafaa hakkının tanınmasıyla ilgili olarak daha fazlası için yukarıya bkz., s. 824.

<sup>239</sup> Ayrıca not ediniz, 2002 yılı Ekim ayında Bali'deki bombalı terörist saldırının kınanması hakkında: bkz., 1438 (2002) sayılı karar; 2002 yılı Ekim ayında terörist bir eylem olarak nitelendirilen Moskova'daki rehin alma eyleminin kınanması hakkında bkz., 1440 (2002) sayılı karar; ve 2002 yılı Kasım ayında Kenya'da meydana gelen terörist saldırıların kınanması hakkında: bkz. 1450 (2002) sayılı karar.

<sup>240</sup> Ayrıca, diğerlerinin yanı sıra Terörizmle Mücadele Komitesi'ni, devletlerin raporlarının gözden geçirilmesi ve uluslararası yardım ve işbirliğinin kolaylaştırılması yoluyla çalışmalarını yoğunlaştırmaya çağırılan 1456 (2003) sayılı karara bkz. 1267 (1999) sayılı karar ile El-Kaide ve Taliban ile bağlantılı kişi ve kuruluşlar üzerinde uygulanan yaptırımları denetlemek üzere bir Güvenlik Konseyi komitesinin (1267 Komitesi) kurulduğunu not ediniz. 1566 (2004) sayılı kararda, Güvenlik Konseyi, 1267 Komitesi'nin incelemesine tabi olmayan terörist faaliyetlerde bulunan kişi ve gruplara karşı fiili tedbirler önerecek bir çalışma grubu oluşturmuştur. Ayrıca bkz., 1822 (2008) sayılı karar.

<sup>241</sup> Bkz. 1535 (2004) sayılı karar. İcra Kurulu'nun görev süresi 2010 yılının sonuna kadar uzatılmıştır. Bkz., 1805 (2008) sayılı karar.

engellemeye ve ilgili materyaller üzerinde gerekli kontrolleri tesis etmeye yönelik etkili tedbirler almak için tüm devletlerin yerel kontroller oluşturmasını gerekli kılan söz konusu kararın uygulanmasını denetlemek amacıyla başka bir komite kurulmuştur.<sup>242</sup>

Terörizmle Mücadele Komitesi bugün çok sayıda rapor kabul etmiş ve birçoğunu gözden geçirmiş ve (bu raporlara) yanıt vermiştir. 2005 yılından bu yana Komite üye ülkelere ziyaretler gerçekleştirmektedir. Aynı zamanda teknik destek vermekte, en iyi uygulamaları teşvik etmekte, ülke raporları yayınlamakta ve özel toplantılar düzenlemektedir.<sup>243</sup>

BM'nin faaliyetlerine ek olarak, terörizmi kınayan birçok bölgesel belge kabul edilmiştir. 1977 tarihli Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi;<sup>244</sup> 2005 tarihli Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi; 2002 tarihli Terörizme Dair Avrupa Birliği Çerçeve Kararı; 1987 tarihli Terörizmin Önlenmesine Dair Bölgesel Kalkınma İçin Güney Asya Birliği Sözleşmesi ve 2005 Ek Protokolü; 1998 tarihli Terörizmin Önlenmesine Dair Arap Devletleri Birliği Sözleşmesi; 1999 tarihli Uluslararası Terörizmle Mücadeleye Dair İslam İşbirliği Örgütü Sözleşmesi; 1999 tarihli Terörizmle Mücadele İşbirliğine Dair Bağımsız Devletler Topluluğu Antlaşması; 1999 tarihli Terörizmle Mücadele Edilmesi ve Önlenmesine Dair Afrika Birliği Sözleşmesi ve 2005 Protokolü; 2007 tarihli Terörizmle Mücadeleye Dair ASEAN Sözleşmesi ve 2002 tarihli Amerikan Devletleri Arasında Terörizme Karşı Amerikan Devletleri Örgütü Sözleşmesi bunlar arasındadır.<sup>245</sup> Buna ek olarak, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı 2001 yılında Terörizmle Mücadeleye Dair Bakanlar Deklarasyonu ve Eylem Planını kabul etmiştir.<sup>246</sup>

Uluslararası terörizmi önlemeye yönelik uluslararası faaliyetlerdeki artış ile birlikte, bunun uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiğine dair bir kaygı söz konusu olmuştur.<sup>247</sup> Bu kaygı, BM Genel Sekreteri<sup>248</sup> ve BM insan hakları organları tarafından da ifade edilmiştir.<sup>249</sup> 2005 yılında, örneğin, BM İnsan Hakları Komisyonu, 'teröre karşı koyarken insan hakları ve temel özgürlüklerin

<sup>242</sup> Ayrıca komitenin görev süresini 2021 yılına kadar uzatan 1977 sayılı karara bkz., [www.un.org/en/sc/1540/](http://www.un.org/en/sc/1540/).

<sup>243</sup> Komitenin internet sayfasına bkz., [www.un.org/sc/ctc](http://www.un.org/sc/ctc). Ayrıca not ediniz, *Boudellaa et al. v. Bosnia and Herzegovina and the Federation of Bosnia and Herzegovina* davasının 11 Ekim 2002 tarihli nihai kararı, Human Rights Chamber of Bosnia and Herzegovina, 93-8 paragraflar. Daha fazlası için bkz., yukarıda, 7. Bölüm.

<sup>244</sup> Sözleşmeyi tadil eden bir Protokolün 2003 yılı Şubat ayında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edildiğini not ediniz. Bu Protokol, 1977'den sonra kabul edilen uluslararası sözleşmelerde atıfta bulunulan yeni suçları Sözleşme'ye dahil etmiştir. Ayrıca bkz., AB Terörizmle Mücadele Politikası, 2010, [www.unodc.org/tldb/pdf/EU/Communication\\_EU\\_counter\\_terrorism\\_policy.pdf](http://www.unodc.org/tldb/pdf/EU/Communication_EU_counter_terrorism_policy.pdf) ve AB Terörizmle Mücadeleye Dair Eylem Planı, [www.unodc.org/tldb/pdf/EU/EU\\_Action\\_Plan\\_on\\_combating\\_terrorism.pdf](http://www.unodc.org/tldb/pdf/EU/EU_Action_Plan_on_combating_terrorism.pdf). ve ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Terrorism\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Terrorism_ENG.pdf).

<sup>245</sup> 1999 yılında Terörizme Karşı Amerikan Devletleri Arası Komite'nin kurulmasını AF / Res. 1650 (XXIX-0/99) ve 2004 tarihli Terörizmle Mücadeleye Dair Karadeniz Ekonomik İşbirliği Katılımcı Devletlerinin Hükümetleri Arasındaki Anlaşmaya Ek Protokolü ayrıca not ediniz.

<sup>246</sup> Bkz. <http://www.osce.org/secretariat/terrorism>.

<sup>247</sup> Örneğin bkz., H. J. Steiner, P. Alston ve R. Goodman, *International Human Rights in Context*, 3. Baskı, Oxford, 2008, 5. Bölüm, ve D. Pokempner, 'Terrorism and Human Rights: The Legal Framework', *Terrorism and International Law* (eds. M. Schmitt ve G. L. Beruto), San Remo, 2003, s. 39.

<sup>248</sup> Bkz., Genel Sekreter'in 'terörist tehdidin bastırılması gerektiğine kesinlikle inanıyorum, ancak devletler terörle mücadele tedbirlerinin insan haklarını ihlal etmediğinden emin olmalılar' şeklindeki beyanının yer aldığı Örgütün Çalışmasına Dair Genel Sekreter Raporu, A/57/1, 2002, s. 1.

<sup>249</sup> Örneğin bkz., 8 Mart 2002 tarihli Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin açıklaması, A/57/18, ss. 106-7, ve İşence Karşıtı Komite tarafından 22 Kasım 2001 tarihinde yapılan açıklama, CAT/C/XXVII/Misc.7. Ayrıca 27 Mart 2003 günü, Terörizmle Mücadele Komitesi'nin ilgili hukuk uzmanı BM İnsan Hakları Komitesi'ni bilgilendirmiştir. Bkz., o günkü BM Basın Bülteni. Ayrıca bkz., BM İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Alt-Komisyonu Özel Raportörü K. K. Koufa tarafından hazırlanan Terörizm ve İnsan Hakları Raporu, 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/40. Güvenlik Konseyi Terörizmle Mücadele Komitesi, devletlerin terörle mücadelede alınacak tedbirleri kabul ederken insan hakları hukuku, mülteci hukuku ve insancıl hukuka ilişkin olanlar da dahil olmak üzere tüm uluslararası hukuk yükümlülüklerine uymaları gerektiğini vurgulamış ve İcra Kurulu'na insan haklarının Kurulun iletişim stratejisine dahil edilmesi gerektiğini kaydeden politika rehberi yayımlamıştır: bkz. S/AC.40/2006/PG.2.

geliştirilmesi ve korunması' konusunda bir Özel Raportör atamıştır.<sup>250</sup> İntihar saldırıları ile mücadele bağlamında bazı devletlerce benimsendiği bildirilen "öldürme amaçlı vurma" politikaları<sup>251</sup> ile gizli gözaltı uygulaması ve tutukluların uluslararası sınırlar boyunca yasa dışı olarak transfer edilmesine ("örtülü iade") dair ciddi kaygılar üzerinde durulmuştur.<sup>252</sup> Küba'da Guantanamo Körfezi'ndeki ABD askeri üssündeki tutukluların durumu özellikle kaygı verici olmuştur.<sup>253</sup> Tüm bu tartışmalar, uluslararası terörizmle mücadele edilmesi ile insan haklarına saygı gösterilmesi arasındaki gerilimi ve ikincisini (insan haklarına saygıyı) göz ardı etmeksizin ilkinin (uluslararası terörizmle mücadeleyi) başarılması gerektiğini göstermiştir.

Bölgesel örgütler de bu ikilemden endişe duymuşlardır. Avrupa Konseyi, terörizmin kınanması ve söz konusu sorunla etkin bir şekilde mücadele edilmesinin insan haklarına saygı duyma gerekliliği ile bütünleşmesini sağlayabilmek arayışıyla, 2002 yılı Temmuz ayında terörizm-karşıtı tedbirler ile insan haklarına dair uluslararası yönergeleri kabul etmiştir.<sup>254</sup> Özellikle, XVI. yönerge, terörizmle mücadelede, devletlerin asla ne uluslararası hukukun buyruk kurallarını (*jus cogens*) ne de uluslararası insancıl hukuku ihlal ederek hareket edebileceklerini öngörmektedir. Amerika Kıtası İnsan Hakları Komisyonu 2002 yılı Ekim ayında Terörizm ve İnsan Haklarına Dair Rapor'u kabul etmiştir.<sup>255</sup>

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963.

Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 5. Baskı, Cambridge, 2011.

T. M. Franck, *Recourse to Force*, Cambridge, 2002.

C. Gray, *International Law and the Use of Force*, 3. Baskı, Oxford, 2008.

*The Oxford Handbook on the Use of Force* (ed. M. Weller), Oxford, 2015

<sup>250</sup> Bkz., 2005/80 sayılı karar. Bu yetki, İnsan Hakları Konseyi tarafından üstlenilmiştir: bkz. 60/251 sayılı Genel Kurul kararı ve bkz. 6/28 sayılı Konsey kararı. İnsan Hakları Konseyine dair daha fazlası için yukarıya bkz., 6. Bölüm, Özel Raportör, 2007 yılında terörist-profillemeye uygulamaları ve insan hakları üzerine bir rapor hazırlamıştır: bkz. A/HRC/4/26. Ayrıca bkz. 2014 raporu A/HRC/25/59 ve bkz. <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Terrorism/Pages/SRTerrorismIndex.aspx>

<sup>251</sup> Örneğin bkz. A/HRC/4/26, ss. 21 vd. ve yargısız/adli olmayan, seri ya da keyfi idamlarla ilgili Özel Raportörün raporu, A/CN.4/2006/53, 44 vd. paragraflar. Özellikle, son çare olarak kuvvete başvurma gereği ve orantılılık gerekliliği vurgulanmıştır. Ayrıca bkz., Kolluk Kuvvetleri İçin Mesleki Davranış Kuralları, 34/169 sayılı Genel Kurul kararı.

<sup>252</sup> Örneğin bkz., L. N. Sadat, 'Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law', 37 *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2005-6, s. 309, ve J. T. Parry, 'The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees', 6 *Melbourne Journal of International Law*, 2005, s. 516.

<sup>253</sup> Örneğin bkz., Lord Steyn, 'Guantanamo Bay: The Legal Black Hole', 53 *ICLQ*, 2004, s. 1; F. Johns, 'Guantanamo Bay and the Annihilation of the Exception', 16 *EJIL*, 2005, s. 613, ve T. Gill ve E. van Sliedregt, 'Guantanamo Bay: A Reflection on the Legal Status and Rights of "Unlawful Enemy Combatants"', 1 *Utrecht Law Review*, 2005, s. 28. Sırasıyla keyfi tutuklamalar, hakim ve avukatların bağımsızlığı, işkence, din veya inanç özgürlüğü ile herkesin fiziksel ve zihinsel sağlık hakkı konusunda görevli beş BM Özel Raportörü tarafından hazırlanan 16 Şubat 2006 tarihli ortak rapor ile Avrupa Konseyi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi'nin gizli gözaltılar ve tutukluların hukuk dışı transferi üzerine 22 Ocak 2006 tarihli Avrupa Konseyi üyesi ülkelerini kapsayan raporlarını özellikle not ediniz, AS/Jur (2006) 03 rev. ve 7 Haziran 2007, AS/Jur (2007) 36. Amerikan Devletleri Arası İnsan Hakları Komisyonu, Guantanamo Körfezi'ndeki tutuklular lehine, Birleşik Devletler'den 'Guantanamo Körfezi'ndeki tutukluların yasal bir statüye sahip olabilmesi için yetkili bir mahkeme tarafından belirlenecek gerekli acil tedbirleri' almasını isteyen ihtiyati tedbirler almıştır. Bkz., IACHR Yıllık Raporu, 2002, Bölüm III(C)(1), 80. paragraf. İlk ihtiyati tedbirler 2003, 2004 ve 2005 yıllarında yinelenmiş ve genişletilmiştir. Bkz., B. D. Tittmore, 'Guantanamo Bay and the Precautionary Measures of the Inter-American Commission on Human Rights: A Case for International Oversight in the Struggle Against Terrorism', 6 *Human Rights Law Review*, 2006, s. 378.

<sup>254</sup> 2005 yılı Mart ayında terör eylemlerinin mağdurlarının korunmasına ilişkin yönerge tarafından ilave edilmiştir.

<sup>255</sup> OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr.

## BÖLÜM 20

# ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK

Uluslararası hukuk kuvvete başvurmaya (*jus ad bellum*) düzenleyen kuralları koymanın yanı sıra çatışmaların yürütülmesini (*jus in bello*) düzenlemeyi de amaçlamaktadır. Bu konudaki prensipler, örnek olarak, savaş esirlerine yapılacak muamele, işgal altındaki yerlerde bulunan siviller, hasta ve yaralı personel, yasaklanmış savaş yöntemleri ve çatışma durumlarında insan hakları gibi konuları kapsamaktadır.<sup>1</sup> Bu konu önceden savaş hukuku olarak adlandırılıyor iken, sonradan silahlı çatışmalar hukuku adını almış, daha yakın bir zamanda ise uluslararası insancıl hukuk adıyla anılmaya başlanmıştır. Her ne kadar uluslararası insancıl hukuk öncelikli olarak birkaç uluslararası antlaşmadan kaynaklanmaktaysa da, bu kurallardan bazıları tamamen veya kısmen mevcut uluslararası örf ve adet hukukunu yansıtmaktadır. Ayrıca bu konudaki birçok uluslararası örf ve adet hukuku prensibinin antlaşma kurallarının üstünde yer aldığını söylemek de mümkündür.<sup>2</sup> Bununla beraber uluslararası insancıl hukuk aynı zamanda uluslararası hukukun en fazla kodifiye edilmiş alanlarından biridir. İlgili uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına dayanılması belli bir silahlı çatışma içinde bulunan bir veya daha fazla devletin ilgili antlaşmalara taraf olmadığı hallerde özellikle önem arzeder. Bu açıdan iyi bir örnek Eritre-Etyopya Talepler Komisyonu'nun bir kararında verilmiş olup, Komisyon Eritre'nin 14 Ağustos 2000 tarihine kadar 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne taraf olmaması nedeniyle bu tarihten önceki talepler bakımından uygulanacak hukukun uluslararası insancıl örf ve adet hukuku olduğuna

<sup>1</sup> Örneğin bkz., Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2. Baskı, Cambridge, 2010; K. Watkin, *Fighting at the Legal Boundaries: Controlling the Use of Force in Contemporary Conflict*, Oxford, 2016; G. S. Corn ve diğerleri, *The War on Terror and the Laws of War: A Military Perspective*, 2. Baskı, Oxford, 2015; *US Military Operations: Law, Policy and Practice* (ed. G. S. Corn, R. E. Van Landingham ve S. R. Reeves), Oxford, 2016; *Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (ed. A. Clapham ve P. Gaeta), Oxford, 2014; *Les Nouvelles Frontières du Droit International Humanitaire* (ed. J.-F. Flauss), Brussels, 2003; T. Meron, *The Humanization of International Law*, The Hague, 2006; UK Ministry of Defence, *Manual on the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2004 ve 2014 yılına kadar olan eklemeler <https://www.gov.uk/government/publications/the-manual-of-the-law-of-armed-conflict-amendments-to-the-text#history>; US Department of Defense, *Law of War Manual*, Washington, 2016; E. Crawford ve A. Pert, *International Humanitarian Law*, Cambridge, 2015; L. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 3. Baskı, Manchester, 2008; I. Detter, *The Law of War*, 2. Baskı, Cambridge, 2000; G. Best, *Humanity in Warfare*, London, 1980, ve Best, *War and Law Since 1945*, Oxford, 1994; A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, Manchester, 1996; *The Handbook of International Humanitarian Law in Armed Conflict* (ed. D. Fleck), 3. Baskı, Oxford, 2013; J. M. Henckaerts ve L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, 2005; N. Melzer, *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction*, ICRC, Geneva, 2016; *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles* (ed. C. Swinarski), Dordrecht, 1984; *The New Humanitarian Law of Armed Conflict* (ed. A. Cassese), Naples, 1979; G. I. A. D. Draper, 'The Geneva Conventions of 1949', 114 HR, s. 59, ve Draper 'Implementation and Enforcement of the Geneva Conventions and of the two Additional Protocols', 164 HR, 1979, s. 1; F. Kalshoven, *The Law of Warfare*, Leiden, 1973; M. Bothe, K. Partsch ve W. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflict*, The Hague, 1982, ve J. Pictet, *Humanitarian Law and the Protection of War Victims*, Dordrecht, 1982. Ayrıca bkz., *Documents on the Laws of War* (ed. A. Roberts ve R. Guelff ), 3. Baskı, Oxford, 2000; P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 1062 E. David, *Principes de Droit des Conflits Armés*, 5. Baskı, Brussels, 2012 ve C. Rousseau, *Le Droit des Conflits Armes*, Paris, 1983. Ayrıca bkz., D. Thürer, 'International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context', 338 HR, 2008, s. 9.

<sup>2</sup> Örneğin bkz., T. Meron, 'Revival of Customary Humanitarian Law', 99 AJIL, 2005, s. 817, ve *Customary International Humanitarian Law* (ed. J.-M. Henckaerts ve L. Doswald-Beck), Cambridge, 2005. Ayrıca bkz., G. H. Aldrich, 'Customary International Humanitarian Law – An Interpretation on Behalf of the International Committee of the Red Cross', 76 BYIL, 2005, s. 503, ve J. M. Henckaerts, 'Customary International Humanitarian Law – A Rejoinder to Judge Aldrich', *a.g.e.*, s. 525.



dikkat çekmiştir.<sup>3</sup> Diğer yandan uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçası haline geldiği söylenemeyecek olan antlaşma hükümleri<sup>4</sup> yalnızca bu antlaşmaya taraf olan devletler için bağlayıcı olacaktır. Bu durum 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin I. ve II. Ek Protokolleri'nde yer alan kimi hükümlerin bazı devletlerce tartışmalı sayılmış olması bakımından özellikle önem taşımaktadır. Yakın zamanda ortaya çıkmış bir diğer ek faktör ise, uluslararası insanlı hukuk ile uluslararası insan hakları hukukunun giderek artış gösteren yakınlaşması ve bu bağlamda söz konusu yakınlaşmaya uluslararası ceza hukukunun da eklenmesidir. Bu konu aşağıda ayrıca ele alınacaktır.<sup>5</sup>

## GELİŞİM

Bu alandaki hukuk ondokuzuncu yüzyılın ortalarından itibaren gelişmeye başlamıştır. Beş yıl önceki Solferino Savaşı'ndaki gaddarlıktan dehşete düşmüş olan Henry Dunant'ın öncü çalışması sayesinde<sup>6</sup> 1864'de Savaş Alanındaki Yaralı Askerlerin Koşullarının İyileştirilmesi için Cenevre Sözleşmesi kabul edilmiştir. Bu kısa antlaşma 1906'da gözden geçirilerek değiştirilmiştir. 1868'de St. Petersburg Deklerasyonu ile bazı küçük patlayıcıların veya yangın bombalarının kullanılması yasaklanmıştır. 1899 ve 1907 Lahey Konferansları sırasında savaş hukuku kurallarının kodifiye edilmesi yoluna gidilmiştir.<sup>7</sup>

Bu konferanslarda kara ve deniz savaşına ilişkin halen dahi mevcut olan kuralların temelini oluşturmaya devam eden bir dizi antlaşma kabul edilmiştir. Bu çerçevede savaşan güçlerin devletler hukukuna tabi olmaya devam ettiğine ve savunmasız köyler ve şehirlere karşı güç kullanılmasının yasak olduğuna vurgu yapılmıştır. Savaşan statüsüne hakkı olan aktörler tanımlanmış ve işgal edilen yerler hakkında alınması gereken tedbirler ele alınmıştır. Ayrıca bir savaş durumunda tarafsız kalan devletler ve kişilerin hakları ve yükümlülüklerine ilişkin hükümlere<sup>8</sup> ve 'gereksiz acıya neden olacağı hesaplanabilen silahlar, mermiler veya malzemeler' hakkında etkili bir yasağa yer verilmiştir. Ancak bu kuralların yürürlüğe sokulması ve uygulanmasına yönelik yetersiz yöntemler öngörülmesi sonucunda, pek çok düzenleme karşılıklı tavırlar, kamu oyu ve ahlaki zaruretlere bağlı hale gelmiştir.<sup>9</sup> İki dünya savaşı arası dönemde kabul edilen bir kaç antlaşmada, savaş alanındaki asker yaralı ve hastalar ile savaş esirlerine ilişkin kurallar ele alınmıştır.<sup>10</sup> Söz konusu antlaşmalar daha sonra sırasıyla savaş

<sup>3</sup> Örneğin bkz., Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, 1 July 2003, paragraf 38 vd. Ancak Sözleşmelerin 'büyük ölçüde uluslararası örf ve adet hukukunun bir ifadesi olduğu' kabul edilmiştir, a.g.e., paragraf 40. Ayrıca bkz., Eritrea- Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Civilian Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 ve 27-32, 17 December 2004, paragraf 28.

<sup>4</sup> Bkz., yukarıda 3. Bölüm.

<sup>5</sup> Ayrıca bkz., yukarıda, 6-8. Bölümler.

<sup>6</sup> Örneğin bkz., C. Moorehead, *Dunant's Dream*, London, 1998. Ayrıca bkz., C. Greenwood, 'Historical Development and Legal Basis', Fleck, *Handbook*, Bölüm 1 ve A. Alexander, 'A Short History of International Humanitarian Law', 26 EJIL, 2015, s. 109.

<sup>7</sup> Örneğin bkz., Green, *Armed Conflict*, Bölüm 2 ve *The Centennial of the First International Peace Conference* (ed. F. Kalshoven), The Hague, 2000. Ayrıca bkz., Symposium on the Hague Peace Conferences, 94 AJIL, 2000, s. 1. Nuremberg Mahkemesi, IV. Lahey Sözleşmesi ve 1907 Kara Savaşının Hukuk ve Teamüllerine dair Düzenlemeler'i örf ve adet hukukunun bir açıklaması saymıştır: bkz., 41 AJIL, 1947, ss. 172, 248-9. Ayrıca bkz., BM Genel Sekreteri'nin Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü Hakkındaki Raporu; Güvenlik Konseyi kararları 808 (1993) ve 823 (1993), S/25704 ve 32 ILM, 1993, ss. 1159, 1170 ve Uluslararası Adalet Divanı İstisari Görüşü, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 258; 110 ILR, s. 163.

<sup>8</sup> Bkz., S. C. Neff, *The Rights and Duties of Neutrals*, Manchester, 2000.

<sup>9</sup> Ancak Kara Savaşının Hukuk ve Teamüllerine dair Lahey Sözleşmesi'nin Başlangıç kısmında yer alan Martens Klozu'nda bu 'Düzenlemeler'de yer almamış olması halinde dahi...sivil halk ve savaşanlar, medeni halklar arasında yerleşik uygulamalardan, insanlık hukukundan ve kamu vicdanının ilkelerinden kaynaklanan devletler hukukunun kural ve prensiplerinin koruması altındadır' denilmektedir.

<sup>10</sup> Örneğin bkz., 1864 yılındaki yaralı ve hasta askerlere ilişkin ve 1906 yılındaki savaş esirlerine yapılacak muameleyle ilişkin belgeleri gözden geçiren 1929 Sözleşmeleri.

alanındaki silahlı güçlere mensup yaralı ve hastaların koşullarının iyileştirilmesi, denizdeki silahlı güçlere mensup yaralı, hasta ve kazazedelerin koşullarının iyileştirilmesi, savaş esirlerine yapılacak muamele ve savaş zamanında sivillerin korunması konularını ele alan 1949 Dört Cenevre ‘Kızıl Haç’ Sözleşmesi ile değiştirilmiştir.<sup>11</sup> Dördüncü Sözleşme aslında bir yenilik içermekte ve silahlı çatışmalar veya işgal nedeniyle vatandaşı olmadıkları bir devletin yetkisi içinde kalan sivilleri korumaya yönelik ciddi bir girişim oluşturmaktadır.

Cenevre Sözleşmeleri sisteminin temelinde aktif olarak savaşa iştirak etmeyen kişilere insanca muamele edilmesi gerektiği prensibi bulunur.<sup>12</sup> Bu çerçevede rehine alınmasından, işkenceye, yargısız infazlara ve Sözleşme tarafından korunan kişilere karşı misilleme yapılmasına kadar uzanan birçok uygulama yasaklanmakta ve savaş esirlerine yönelik bir bakım standardı getirme, yasaklanmış tehcir ve işgal altındaki yerlerde bulunan malların rastgele imhasının önlenmesi gibi daha detaylı noktalara ilişkin bir dizi hükme yer verilmektedir. 1949 Sözleşmeleri’ne 1977 yılında iki Ek Protokol eklenmiştir.<sup>13</sup> Bunlar önceki Sözleşmelerin üzerine inşa edilmiş ve bunları daha da geliştirmiştir. Bu protokollerde yer alan birçok hükmün örf ve adet hukukunu yansıttığı söylenebilir de, diğer bazı hükümler bu nitelikte değildir. Bu yüzden Protokoller’in biri veya her ikisine taraf olmayan devletler üzerinde yükümlülükler oluşturamazlar.<sup>14</sup> III. Protokol ise 2005 yılında kabul edilmiş ve önceden tanınmış iki ambleme (Kızıl Haç ve Kızıl Ay) ek olarak, bir Yüksek Akit Taraf’ça etkin olarak kullanılan ve Kızıl Haç’ın veya Kızıl Ay’ın içine ya da bu Protokol’ün kabulünden önce depozitere bildirmek suretiyle diğer Yüksek Akit Taraflar ve Uluslararası Kızıl Haç Komitesi arasında bir iletişim aracı olmuş başka bir amblemin içine yerleştirilebilecek Kızıl Kristal şeklinde üçüncü bir amblem oluşturulmuştur. Bu sayede özellikle İsrail’in Kızıl Davud Yıldızı (Davud Kalkanı) sembolünün kullanılmasına imkan sağlanmıştır.<sup>15</sup>

Uluslararası Adalet Divanı öncelikle devletler arasında güç kullanmayı düzenleyen veya geleneksel olarak ‘savaş hukuku ve adetleri’ adı verilmiş olan kuralları ele alan ‘Lahey Hukuku’ ile kişileri bir silahlı çatışmanın etkilerinden korumaya ilişkin ‘Cenevre Hukuku’nun, ‘birbirine çok yakından bağlı hale gelmesi nedeniyle, bunlara bu gün artık uluslararası insancıl hukuk olarak bilinen tek bir kompleks sistem haline gelmiş olduğu nazarıyla bakıldığına’ dikkat çekmiştir.<sup>16</sup> Dahası, insan hakları hukukunun ve ilgili iç hukuk düzenlemelerinin artan baskısı hukukun bu disiplininin karmaşık ve sofistike olmasına yol açmıştır.

## ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKTA KORUMANIN KAPSAMI

Uluslararası insancıl hukuk kuralları koruma altındaki kişilerin kapsamını geniş tutmayı istese de, bu konudaki temel ayırım savaşanlar ile gerçekleştirmekte olan çatışmaların içinde

<sup>11</sup> Ağustos 2016 itibarıyla, 196 devlet Cenevre Sözleşmelerine taraftır. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>. Genel olarak bkz., *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary* (ed. A. Clapham, P. Gaeta ve M. Sassöli), Oxford, 2015.

<sup>12</sup> Örneğin bkz., 1977 I. Ek Protokol, madde 1(2)’de ‘bu Protokol veya diğer uluslararası antlaşmaların kapsamında olmayan durumlarda, siviller ve savaşanlar yerleşik örf ve adet, insanlık prensipleri ve kamu vicdanının ilkelerinden kaynaklanan uluslararası hukuk prensiplerinin korunması ve yetkisi altındadır’ denilmektedir.

<sup>13</sup> Örneğin bkz., Swinarski, *Studies and Essays*, part B ve Draper, ‘Implementation and Enforcement’. Ayrıca bkz., B. Wortley, ‘Observations on the Revision of the 1949 Geneva “Red Cross” Conventions’, 54 BYIL, 1983, s. 143 ve G. Aldrich, ‘Prospects for US Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions’, 85 AJIL, 1991, s. 1.

<sup>14</sup> Örnek olarak, I. Protokol, madde 44.

<sup>15</sup> İran’da kullanılmış olan ‘Kızıl Aslan ve Güneş’de bir Cenevre Sözleşmesi amblemi olarak kabul edilmiştir: örneğin bkz., Detter, *Law of War*, s. 293.

<sup>16</sup> Bkz., *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* İstisarı Görüşü, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 256; 110 ILR, s. 163. Divan ayrıca ‘1977 Ek Protokollerinin bu hukukun birliği ve karmaşıklığını ifade ve tasdik ettiğine’ dikkat çekmiştir, *a.g.e.*

yer almayanlar arasında çizilmiştir. Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 2. maddeleri bu Sözleşmelerin 'ilan edilmiş her savaş durumunda veya savaş durumu bunlar tarafından tanınmış olmasa bile, iki veya daha fazla Yüksek Akit Taraflar arasında ortaya çıkabilecek diğer bir silahlı çatışmada...[ve] söz konusu işgal hiçbir silahlı dirençle karşılaşmasa dahi bir Yüksek Akit Tarafın ülkesinin kısmen veya tamamen her türlü işgali halinde uygulanacağını' öngörmektedir. Bu Sözleşmelerde yer alan kurallardan, bunlardan yararlanması istenen kişiler feragat edemeyeceklerinden, bu suretle ilgili kişiler üzerinde kontrole sahip olan bir gücün bu kişileri sağlayacağı korumanın azaltılmasına razı etmek üzere etkide bulunması ihtimali de ortadan kaldırılmıştır.<sup>17</sup>

### Yaralı ve Hastalar

Birinci Cenevre Sözleşmesi esasen Karadaki Yaralı ve Hastalar ile ilgilidir ve bu kişilere eşlik etmek üzere yetkilendirilmiş olanlar dahil yaralı ve hasta silahlı güçlerin ve organize milislerin mensuplarına 'saygı gösterileceğine ve her koşulda korunacaklarına' vurgu yapılmaktadır.<sup>18</sup> Bunlar yetkisi altında buldukları çatışma tarafınca ayrımcılığa uğratılmayacak ve bunlara insanca muamele edilecek olup, bunların canlarına kasdeden her türlü girişim veya bedenlerine yönelik şiddet kesinlikle yasaklanmıştır. Bunlar üzerinde işkence veya biyolojik deneyler yasaklanmış olup, bu kişilerin tıbbi yardım ve bakımdan kasden yoksun bırakılmaması gerekmektedir.<sup>19</sup> Bir savaşan tarafın mensuplarının düşmanın eline düşen yaralı ve hastalarına savaş esiri muamelesi yapılacaktır.<sup>20</sup> Ayrıca bir çatışmanın tarafları yaralı ve hastaları korumak üzere bütün mümkün tedbirleri alacaklar ve bunlara yeterli bakım yapılmasını sağlayacaklar ve 'ölüleri arayıp bunların yağmalanmasını önleyeceklerdir'.<sup>21</sup> Çatışmanın tarafları mümkün olan en kısa sürede karşı tarafın yaralı, hasta veya ölülerini kayda geçirecek ve bu kaydı diğer tarafa özel yollardan ileticektir.<sup>22</sup> Bu Sözleşme ayrıca tıbbi birimler ve kurumlar hakkında da hükümler öngörmekte olup, özellikle bunlara saldırılmaması gerektiğine dikkat çekmekte<sup>23</sup> ve tanınmış amblemleri (ör. Kızıl Haç, Kızıl Ay ve III. Protokol'den sonra Kızıl Kristal) ele almaktadır.<sup>24</sup>

İkinci Cenevre Sözleşmesi'nde Denizdeki Silahlı Güçlerin Yaralı, Hasta ve Kazazedelerinin Koşulları ile ilgilenilmektedir. Buradaki hükümler Birinci Sözleşme'ye çok benzemekte olup, örnek olarak bunlara eşlik etmek üzere yetkilendirilmiş olanlar dahil silahlı güçlerin ve organize milislerin yaralı ve hasta mensuplarına insanca muamele edileceği, ayrımcılık yapılmadan bakılacağı ve bunların canlarına kasdeden girişimlerin, şiddetin ve işkencenin yasaklanacağı öngörülmektedir.<sup>25</sup> Sözleşme ayrıca hastane gemilerine hiçbir şartta saldırılmayacağını veya el konulamayacağını, aksine bunlara saygı gösterileceğini ve korunacağını öngörmektedir.<sup>26</sup>

<sup>17</sup> Bkz., ilk üç Sözleşmenin 7. maddeleri ve sonuncunun 8. maddesi. Güvenlik Konseyi, 7. Bölüm uyarınca 28 Mart 2003'de kabul ettiği, 1472 sayılı kararda Mart-Nisan 2003 Irak Savaşı'nın 'bütün ilgili taraflarına' uluslararası hukuk altındaki yükümlülüklerine ve özellikle 'Irak halkının temel sivil ihtiyaçları ile ilgili olanlar dahil' Cenevre Sözleşmeleri ve Lahey Düzenlemeleri'ne sıkı biçimde uymaları çağrısı yapmıştır. Ayrıca bkz., Greenwood, 'Scope of Application of Humanitarian Law', Fleck, *Handbook*, Bölüm 2.

<sup>18</sup> Bkz., madde 13. Ayrıca bkz., UK, *Manual*, Bölüm 7. Ayrıca bkz., J. K. Kleffner, 'Protection of the Wounded, Sick and Shipwrecked', Fleck, *Handbook*, Bölüm 6. Ayrıca bkz. Mart 2016'da online olarak yayınlanan UKHK'nin Birinci Cenevre Sözleşmesi'ne Dair Yorumu. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCi-commentary>.

<sup>19</sup> Madde 12. Ayrıca bkz., Green, *Armed Conflict*, Bölüm 11.

<sup>20</sup> Madde 14. Bu sayede Üçüncü Cenevre Sözleşmesi'nin hükümleri bunlara uygulanacaktır.

<sup>21</sup> Madde 15.

<sup>22</sup> Madde 16 ve bkz., Üçüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 122. maddesi.

<sup>23</sup> Madde 19; bu birim veya kurumun personeli silahlı veya başka bir şekilde koruma altında olsa bile, bkz., madde 22. IV. Bölüm tıbbi personele yapılacak muameleye ilişkindir.

<sup>24</sup> Bölüm VII.

<sup>25</sup> Madde 12 ve 13. Ayrıca bkz., Green, *Armed Conflict*, Bölüm 11.

<sup>26</sup> Bölüm III. Falklands savaşı sırasında hastane gemilerinin kullanılışı için bkz., H. Levie, 'The Falklands Crisis and the Laws of War', *The Falklands War* (ed. A. R. Coll ve A. C. Arend), Boston, 1985, ss. 64, 67-8. Bölüm IV tıbbi personel, Bölüm V tıbbi taşıma araçları ve Bölüm VI semboller ile ilgilidir.

Bu Sözleşmeler'deki hükümler 1977 yılındaki I. Protokol, Bölüm I ve II tarafından tekrar teyit edilmiş ve tamamlanmıştır. Örnek olarak Madde 1(4)'de Sözleşmelerde yer alan ortak 2. madde genişletilmekte ve Protokol'ün, BM Şartı ve 1970 Uluslararası Hukuk Prensipleri Deklarasyonu'nda saygı değer kabul edildiği haliyle sömürgeci hakimiyete, yabancı işgaline ve ırkçı rejimlere karşı çıkan halkların savaştığı silahlı çatışmalara da uygulanacağı öngörülmektedir.

### Savaş Esirleri<sup>27</sup>

1949 Üçüncü Cenevre Sözleşmesi savaş esirleri ile ilgilidir ve her şart altında insani muamele gereği etrafında şekillenen kapsamlı bir davranış kodunu içermektedir.<sup>28</sup> Ancak 4. maddedeki savaş esiri tanımı özel bir öneme sahiptir; zira bu tanım savaştan statüsünün de ayrıntılı bir açıklaması sayılmaktadır. Bu tanım bir çatışmanın tarafı olan silahlı gücün mensuplarını (ayrıca bu silahlı gücün bir kısmını oluşturabilen milisler ve diğer gönüllü birliklerin mensuplarını) ve diğer milisler ve gönüllü birliklerin mensuplarını kapsamaktadır. Bunlara şu şartları karşılamaları halinde çatışmanın bir tarafında bulunan organize direniş hareketi mensupları de dahildir: (a) astlarından sorumlu olan bir kişi tarafından kumanda edilmek; (b) uzaktan tanınabilecek sabit belirgin bir işareti taşımak; (c) görünür şekilde silah taşımak; (d) operasyonları savaş hukuku ve adetlerine uygun şekilde yürütmek.<sup>29</sup> Bu madde İkinci Dünya Savaşı'nın tecrübelerini yansıtmakta olup, direniş mensuplarının ne ölçüde kapsama dahil olacağı bu dört şarta uygun davranılmasına bağlıdır. Gerilla kullanımı 1949'dan itibaren Üçüncü Dünya'ya ve dekolonizasyon sürecine de yayılmıştır. Dolayısıyla savaş esiri statüsüne hakkı olan savaştan tanımının, uygulamada bu dört şartı nadiren karşıladığı görülen bu kişilere de teşmiline yönelik baskı da artmıştır. Gerilla faaliyetleri ile karşı karşıya olan devletler ise, sömürgeci güçler veya İsrail gibi devletler, buna karşı çıkmıştır. 1977 yılındaki I. Protokol'ün 43. ve 44. maddelerinde, bir uluslararası silahlı çatışmanın tarafı olan silahlı güçlerin mensuplarının savaştan sayılacağı öngörülmektedir.<sup>30</sup> Bu silahlı güçler bir silahlı çatışmaya uygulanan uluslararası hukuk kurallarına uyulmasını sağlayan etkin bir kumanda yapısı altında bulunan her türlü organize silahlı birimleri içermektedir. Madde 44(3)'de ayrıca savaştanların, bir saldırıya giriştiklerinde veya bir saldırı için askeri operasyon hazırlığı sırasında iken, kendilerini sivil halktan ayırmak zorunda olduklarına dikkat çekilmektedir. Bir silahlı savaştanın savaştan statüsü, kendini bu şekilde ayırmaması halinde, her bir askeri operasyon sırasında veya bir saldırıya başlamadan önceki askeri konuşlanma girişimi sırasında, düşman tarafından görülür olduğu bir zamanda, silahlarını görünür şekilde taşıması şartıyla sürdürülebilir. Bu formülasyon açıkça tartışmalı olup, tasarıyı hazırlayan konferanstaki oylama sırasında birçok deklarasyona konu olmuştur.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Örneğin bkz., Dinstein, *Conduct of Hostilities*, ss. 35 vd., Green, *Armed Conflict*, Bölüm 10; H. Fischer, 'Protection of Prisoners of War', Fleck, *Handbook*, Bölüm 7, US Department of Defense Manual, Bölüm 9 ve UK, *Manual*, Bölüm 8. Bkz., Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4, 1 July 2003, paragraf 32; bu kararda Sözleşme'nin önemli ölçüde uluslararası örf ve adet hukukunu yansıttığı ifade edilmiştir.

<sup>28</sup> Ayrıca bkz., 1907 Kara Savaşının Hukuk ve Teamüllerine Dair IV. Lahey Sözleşmesi'ne ek Düzenlemeler, Bölüm I, Kısım II.

<sup>29</sup> Bu şartlar Lahey Düzenlemeleri'nin 1. maddesinde metne geçmiş ve örf ve adet hukukunun bir parçası sayılmıştır: bkz., G. I. A. D. Draper, 'The Status of Combatants and the Question of Guerilla Warfare', 45 BYIL, 1971, ss. 173, 186. Ayrıca bkz., *Tadic* davası, Judgment of the Appeals Chamber, 15 Temmuz 1999, IT-94-1-A; 124 ILR, s. 61.

<sup>30</sup> I. Protokol'ün 1(4) maddesi, uluslararası silahlı çatışmaların arasına 'halkın kendi kaderini tayin hakkını kullanmak suretiyle koloni tahakkümüne ve yabancı işgale ve ırkçı rejimlere karşı savaştığı askeri çatışmalar' da katmaktadır. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar için savaş esiri statüsü hakkında hüküm bulunmadığına dikkat edilmelidir.

<sup>31</sup> Örneğin bkz., H. Verthé, *Gu'errilla et Droit Humanitaire*, 2. Baskı, Geneva, 1983; E. Crawford, *The Treatment of Combatants and Insurgent under the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2010; K. Ipsen, 'Combatants and Non-Combatants', Fleck, *Handbook*, Bölüm 3, ve P. Nahlik, 'L'Extension du Statut de Combattant `a la Lumiere de Protocol I de Geneve de 1977', 164 HR, 1979, s. 171. Paralı askerler için 47. maddeye göre herhangi bir savaştan hakkı veya savaş esiri statüsü bulunmamaktadır. Ayrıca bkz., 1989 Paralı Askerlerin Alınması, Kullanılması, Finansmanı ve Eğitilmesine Karşı Uluslararası Sözleşme. Bkz., Green, *Armed Conflict*, ss. 138 vd. Ancak bu tür kişiler I. Protokol'ün öngördüğü temel insani güvencelerden yararlanırlar. Bkz., madde 45(3) ve 75. Ayrıca bkz., Genel Kurul kararı 62/145, 2008, ve UK, *Manual*, s. 147.

Madde 5'de ayrıca bir savaş eyleminde bulunan ve düşmanın eline düşen bir kişinin statüsü bakımından her hangi bir şüphe bulunması halinde 'bu kişi statüsü yetkili bir mahkeme tarafından belirlenene kadar mevcut Sözleşme'nin korumasından yararlanacaktır' denilmektedir.<sup>32</sup> Bu formülasyon I. Protokol'ün 45. maddesinde bir miktar değiştirilmiştir. Bu madde uyarınca çatışmalara dahil olan ve karşı tarafın yetkisi içine düşen bir kişinin 'bir savaş esiri sayılacağı ve bu nedenle Üçüncü Sözleşme tarafından korunacağı' öngörülmektedir. Bu yüzden 'hukuka aykırı savaşan' terimi aslında, 43. ve 44. maddelerde yer alan kriterleri karşılayamayan ve statüsü doğru şekilde belirlendikten sonra uluslararası insancıl hukuk uyarınca savaş esiri statüsüne hak kazanmadığı anlaşılan kişileri ifade etmektedir. Dolayısıyla sivil sayılacak olan böyle bir kişi I. Protokol'ün 45(3) ve 75. maddelerinde yer alan temel insancıl garantilerin yanı sıra ele geçirilmesi üzerine yapılacak muamele açısından da genel uluslararası insan hakları prensipleri tarafından korunacaktır. Ancak böyle bir kişi savaş esiri statüsüne sahip olamayacağından, bu statünün sağlayacağı korumalardan yararlanamayacak ve bu yüzden normal ceza hukuku uyarınca yargılanabilecektir.<sup>33</sup>

Savaş esirlerini kapsayan yükümlülükler 'savaş esirlerine insanca muamele etme gerekliliği' üzerine kurulu olup, 'Sözleşme rejiminin temelinde savaş esirlerini hayatta ve sıhhatli tutma hukuki yükümlülüğü mevcut bulunmaktadır'.<sup>34</sup> Madde 13'de savaş esirlerine her zaman insanca muamele edilmesi ve özellikle şiddet eylemleri veya korkutmaya karşı ve 'hakaret ve kamusal meraka' karşı her zaman korunmaları gerektiği öngörülmektedir.<sup>35</sup> Bu yükümlülük savaş esirlerini televizyonda aşağılayıcı şekilde 'suçlarını' itiraf ederken veya kendi hükümetlerini eleştirirken göstermenin Sözleşme'nin bir ihlali sayılacağı anlamına gelir.<sup>36</sup> Savaş esirlerine karşı misilleme yapılması yasaklanmıştır. Madde 14'de savaş esirlerinin her şartta kişiliklerine ve onurlarına saygı gösterilme hakkı olduğu öngörülmektedir.<sup>37</sup>

Savaş esirleri yalnızca isimlerini, doğum tarihlerini, rütbe ve künye numaralarını ifşa etmek zorundadır. Madde 17'de 'bu kişilere her çeşit bilgi almak üzere...fiziksel veya zihinsel işkence ya da diğer bir zorlama yöntemi uygulanamayacağı ve cevap vermeyi reddeden savaş esirlerinin tehdit, hakaret veya başka bir çeşit hoş olmayan ya da dezavantajlı muameleye tabi tutulmayacağı' öngörülmektedir. Esir alındıktan sonra, savaş esirleri mümkün olan en kısa

<sup>32</sup> Ayrıca bkz., *British Manual of Military Law*, Part III, *The Law of Land Warfare*, London, 1958, paragraf 132, not 3, ve yetkili bir mahkemenin nasıl olması gerektiğine ilişkin; US Department of Defense *Law of War Manual*, para. 4.27.3. İngiltere açısından yetkili mahkeme 1958 Savaş Esiri Statüsü Tespit Düzenlemeleri uyarınca toplanacak olan bir soruşturma heyeti olacaktır. Bkz., UK, *Manual*, s. 150.

<sup>33</sup> Örneğin bkz., A. Cassese, *International Law*, 2. Baskı, Oxford, 2005, ss. 409–10, karşı. Dinstein, *Conduct of Hostilities*, ss. 35 vd.; M. Finaud, 'L'Abus de la Notion de "Combattant Illegal": Une Atteinte au Droit International Humanitaire', 110 *RGDIP*, 2006, s. 861, ve T. M. Franck, 'Criminals, Combatants, or What – An Examination of the Role of Law in Responding to the Threat of Terror', 98 *AJIL*, 2005, s. 686. Dolayısıyla, söz konusu tarihte Afganistan ordusunun bir parçasını oluşturan Taliban savaşçıları savaş esiri statüsüne sahip olabilecek, ancak ele geçirilen El Kaide savaşçıları savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar dahil bütün suçlarda ilgili millî ceza hukuklarına tabi olacaklardır. siviller çatışmalarda yer alırlarsa, kendilerine karşı tanınmış bulunan saldırı yasağı korumasını kaybederler. Bkz., 51(3), Protokol I ve E Crawford, *Identifying the Enemy Civilian Participation in Armed Conflict*, Oxford, 2015. Ayrıca bkz. *Public Committee Against Torture in Israel v. Government of Israel*, Israeli Supreme Court, 13 December 2006, 101 *AJIL*, 2007, s. 459, *A and B v. State of Israel*, Israeli Supreme Court, 11 Haziran 2008 ve D. Kretzmer, 'Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?', 16 *EJIL*, 2005, s. 171.

<sup>34</sup> Bkz., Eritre-Etyopya Talep Komisyonu, *Partial Award, Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4*, 1 July 2003, paragraf 53 ve 64; bu kararda Komisyon 'I. ve III. Cenevre Sözleşmeleri'nde yansıtılmış olan uluslararası örf ve adet hukuku kuralları savaş esirlerinin öldürülmesini kesinlikle yasaklamakta, yaralı ve hastaların toplanması ve tedavi edilmesini, ölümlerin toplanmasını gerekli kılmakta ve savaş esirlerinin en kısa zamanda ve insani şekilde savaş alanından tahliyesini istemektedir' tespitini yapmıştır. Ayrıca bkz., Best, *War and Law*, s. 135, ve Y. Dinstein, 'Prisoners of War', *Encyclopaedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), Amsterdam, 1982, ss. 146, 148 ve R. M. Chesney, 'Prisoners of War', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009.

<sup>35</sup> Ayrıca bkz., I. Protokol, madde 11.

<sup>36</sup> Örneğin bkz., 1991 Körfez Savaşı'nda müttefik savaş esirlerine Irak tarafından yapılan muamele, *The Economist*, 26 Ocak 1991, s. 24, ve 2003 Körfez Savaşı'nda savaş esirlerine yapılan muamele, bkz., Uluslararası Kızıl Haç Komitesi Raporu, Şubat 2004, <https://cryptome.org/icrc-report.htm>

<sup>37</sup> Ayrıca bkz., I. Protokol, madde 75.

sürede tehlikeden uzak olmalarını sağlamak üzere, savaş alanından yeterince uzakta bulunan bir kampa gönderilmelidir.<sup>38</sup> Madde 23 ile 'bir savaş esiri hiçbir zaman kendisini savaş alanında ateşe maruz bırakacak yerlere gönderilemez veya buralarda alıkonulamaz, veya onun varlığı bazı yer veya alanları askeri operasyonlardan muaf tutmak üzere kullanılamaz' yükümlülüğü getirilmektedir.<sup>39</sup> Savaş esirleri kendilerini tutan devletin kanun ve emirlerine tabidir.<sup>40</sup> Disiplin suçlarından cezalandırılabilirler ve esir alınmadan önce işledikleri, örneğin savaş suçlarından yargılanabilirler. Bu kişiler ayrıca yakalanmalarından önce buldukları devletin hukukuna karşı işledikleri suçlardan da yargılanabilirler.<sup>41</sup> Sözleşmenin diğer hükümleri tıbbi tedavi, dini faaliyetler, disiplin, çalışma ve dışarıyla ilişkileri ele almaktadır. Madde 118'de savaş suçlarının savaş halinin bitmesinin ardından derhal serbest bırakılacakları ve ülkelerine geri gönderilecekleri öngörülmektedir. Savaş esirlerine dair bu Sözleşme yalnızca uluslararası silahlı çatışmalara uygulanmaktadır;<sup>42</sup> ancak 3. madde (dört Sözleşmede de aynıdır) asgari koşul olarak 'silahlarını bırakmış olan ve hastalık, yaralanma, yakalanma veya diğer bir nedenle savaş dışı kalmış olan silahlı güç mensupları dahil ... bütün kişilere her şart altında insanca muamele edileceğini' öngörmektedir.

### Sivillerin Korunması ve İşgal

Dördüncü Cenevre Sözleşmesi savaş zamanı sivillerin korunmasını ele almakta ve bu konuda Lahey Düzenlemeleri'nden (1907 Lahey Kara Savaşı Hukuku ve Adetlerine dair IV. Sözleşme'ye Ek) ilham almaktadır.<sup>43</sup> 1949 öncesi kuralların bir uzantısı olan Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin hükümleri, 4. madde uyarınca 'bir çatışma veya işgal durumunda, herhangi bir zaman ve şekilde, kendilerini vatandaşları olmadıkları bir çatışma tarafının veya işgalci gücün elinde bulan' kişilerle sınırlıdır. Sözleşme'deki hükümler bir çatışma durumunun veya bir işgalin başlamasının hemen ardından uygulamaya başlamakta ve askeri operasyonların genel olarak bitmesiyle sona ermektedir.<sup>44</sup> 1977 tarihli I. Protokol'ün, 50(1) maddesi uyarınca sivil kişi, savaşan olmayan herhangi bir kişi şeklinde tanımlanmakta olup,<sup>45</sup> bir şüphe durumunda ilgili kişinin bir sivil sayılacağı öngörülmektedir. Dördüncü Sözleşme bu sivillerin kişiliklerine, kanaatlerine ve dini uygulamalarına saygı gösterme yükümlülüğü ile işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele, rehine alma ve misilleme dahil her şekilde korunması için bir dizi oldukça gelişmiş kurallar öngörmektedir.<sup>46</sup> Yaralı ve hastalar ise özel bir koruma ve saygı gösterme yükümlülüğüne tabi tutulmuştur.<sup>47</sup> Ayrıca adil yargılama bakımından da değişik yargısal garantiler bulunmaktadır.<sup>48</sup>

<sup>38</sup> Madde 19.

<sup>39</sup> Bu yüzden 1991 Körfez Savaşı sırasında Irak'ın müttefik savaş esirlerini müttefik saldırılarını caydırmak amacıyla 'canlı kalkan' olarak kullanmak üzere stratejik yerlere göndermesi Sözleşme'nin açık bir ihlalidir. Örneğin bkz., bu bölümde *The Economist*, 26 Ocak 1991, s. 24. Ayrıca bkz., UKMIL, 62 BYIL, 1991, ss. 678 vd.

<sup>40</sup> III. Cenevre Sözleşmesi, madde 82.

<sup>41</sup> Madde 82 ve 85. Bkz., Green, *Armed Conflict*, s. 237. Ayrıca bkz., *US v. Noriega* 746 F. Supp. 1506, 1529 (1990); 99 ILR, ss. 143, 171.

<sup>42</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>43</sup> Örneğin bkz., Green, *Armed Conflict*, Bölüm 12 ve 15; UK, *Manual*, Bölüm 9 ve 11; Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, 2009; E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, 2. Baskı, Oxford, 2012; G. Fox, *Humanitarian Occupation*, Cambridge, 2008; S. Wills, 'Occupation Law and Multi-National Operations: Problems and Perspectives', 77 BYIL, 2006, s. 256; P. Spoerri, 'The Law of Occupation' in *Oxford Handbook*, s. 182 ve H. Hu, 'The Doctrine of Occupation: An Analysis of Its Invalidity under the Framework of International Legal Positivism', 15 *Chinese Journal of International Law*, 2016, s. 75. Ayrıca bkz. 94 *International Review of the Red Cross*, 2012, ICRC, İşgal konusunda özel sayı. Lahey Düzenlemeleri uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçası olmuştur. Bkz., *Construction of a Wall*, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 172; 129 ILR, ss. 37, 91.

<sup>44</sup> Madde 6. Bkz., V. Koutroulis, *Le Debut et la Fin de l'Application du Droit de l'Occupation*, Paris, 2010.

<sup>45</sup> 1949 Üçüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 4. maddesi ve 1977 I. Protokol'ün 42. maddesinde tanımlanmıştır. Ancak Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne ek çocukların silahlı çatışmalara dahiline ilişkin 25 Mayıs 2000 tarihli Seçimlik Protokol'de onsekiz yaşın altındaki çocukların çatışmalara katılmamalarının sağlanmasına yönelik bir yükümlülük mevcuttur.

<sup>46</sup> Bkz., madde 27-34. Bir çatışmanın tarafının ülkesinde bulunan yabancıların hakları madde 35-46 arasında ele alınmaktadır.

<sup>47</sup> Madde 16.

<sup>48</sup> Bkz., madde 71-6. Ayrıca bkz., 1977 I. Protokol, madde 75.

İşgal altındaki yerlerde bulunan sivillerin korunması, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin III. Bölümü'nün III. Kısmı'nda yer almaktadır.<sup>49</sup> Ancak işgal altındaki yerden tam olarak ne anlaşılacağı tartışmaya açıktır.<sup>50</sup> Lahey Düzenlemeleri'nin 42. maddesi bir yerin 'düşman ordusunun fiilen yetkisi altına girmesi halinde' işgal edilmiş sayılacağını ve işgalin yalnızca 'bu yetkinin kurulduğu ve uygulandığı' yerlere teşmil edilebileceğini öngörmekteyken,<sup>51</sup> Sözleşme'nin 2(2) maddesi, Sözleşme'nin 'söz konusu işgal herhangi bir direnişle karşılaşmamış olsa dahi bir Yüksek Akit Tarafın ülkesinin' kısmen veya tamamen işgali hallerinde uygulanacağını öngörmektedir. Uluslararası Divan *Congo v. Uganda* davasında,<sup>52</sup> kendi askeri güçlerinin bir başka devletin ülkesinde bulunduğu bir devletin işgalci bir güç olup olmadığına karar vermek için, müdahale eden devlet tarafından bu otoritenin söz konusu alanlarda gerçekten kurulup uygulandığını gösteren yeterli delil bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Divan uygulama açısından söz konusu davada bunun Kongo'daki Uganda güçlerinin oradaki belli alanlarda konuşlandığı ve kendi otoritelerini Kongo hükümetinin yetkisinin yerine ikame ettikleri anlamına geldiğini kabul etmiştir.

Bir düşman ülkesinin askeri işgaline 'savaş halinde işgal' adı verilmekte ve uluslararası hukuk işgalci ile işgal edilenin hukuki ilişkilerine dair hukuki bir çerçeve ortaya koymaktadır. Bu anlamda bir işgalin ortaya çıkması için iki temel şart bulunmaktadır: İlki önceki hükümetin kendi yetkisini söz konusu alanda kamusal olarak icra etme kapasitesine artık sahip olmaması ve ikincisi işgalci gücün kendi otoritesini önceki hükümetinkinin yerine ikame edecek pozisyonda olmasıdır.<sup>53</sup> Bir işgal durumu işgalci gücün alandan çıkartılması veya çıkması halinde sona erecektir.<sup>54</sup> Lahey Düzenlemeleri'nin 43. maddesi işgal hukukunun temel çerçevesini ortaya koymaktadır. Madde'de 'Meşru gücün yetkisi fiilen işgalcinin eline geçtiğinden, işgalci gücün, kesinlikle zorunda kalmadıkça, ülkede uygulanan hukuka saygı göstermek ve kamu düzeni ve güvenliğini, mümkün olduğunca, sağlamak ve sürdürmek üzere elinden gelen bütün tedbirleri almak zorunda olduğuna' dikkat çekilmektedir.<sup>55</sup> Bu hüküm kendi içinde birkaç anahtar unsur içermektedir. Birincisi, egemenlik değil yalnızca 'otorite' işgalciye geçmektedir.<sup>56</sup> Yani önceki hükümet egemenliğe sahip olmaya

<sup>49</sup> Ayrıca bkz., Lahey Düzenlemeleri, Bölüm III.

<sup>50</sup> 1990–91 arası Kuveyt'in Irak tarafından işgali bu Sözleşme kapsamındaki durumun en çarpıcı örneğini oluşturmuştur. Örneğin bkz., Güvenlik Konseyi kararı 674 (1990).

<sup>51</sup> Bkz., *Construction of a Wall* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 167 ve 42. maddenin uluslararası örf ve adet niteliğini tasdik eden *Congo v. Uganda* davası, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 229.

<sup>52</sup> ICJ Reports, 2005, ss. 168, 230.

<sup>53</sup> Örneğin bkz., UK, *Manual*, s. 275. Ayrıca bkz. Y. Ronen, 'A Century of the Law of Occupation', 18 *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2015.

<sup>54</sup> *A.g.e.*, s. 277. Ayrıca bkz., *R v. Civil Aviation Authority* [2006] EWHC 2465 (Admin), paragraf 15;132 ILR, p. 713; bu kararda 'İsrail devleti Gazze'den çekildiği için [2005] burası artık işgal altındaki bir Filistin Toprağı değildir' denilmektedir. Bkz., Dinstein, *Belligerent Occupation*, ss. 276 vd. ve E. Samson, 'Is Gaza Occupied? Redefining the Legal Status of Gaza', *Mideast Security and Policy Studies*, No. 83, Begin-Sadat Centre for Strategic Studies, Bar-Ilan University, 2010. İsrail 1993 Oslo Antlaşmaları sonrası Batı Şeria bakımından bazı yetkileri Filistin İdaresi'ne devretmiştir: Genel olarak bkz., J. Crawford, *The Creation of States*, 2. Baskı, 2006, ss. 442 vd.; *New Political Entities in Public and Private International Law* (ed. A. Shapira ve M. Tabory), The Hague, 1999; E. Benvenisti, 'The Israeli-Palestinian Declaration of Principles: A Framework for Future Settlement', 4 *EJIL*, 1993, s. 542, ve P. Malanczuk, 'Some Basic Aspects of the Agreements Between Israel and the PLO from the Perspective of International Law', 7 *EJIL*, 1996, s. 485. Filistin İdaresi bir işgalci güç olmadığından, İsrail'in bütün bölgede etkin günlük kontrolünün olmaması onun sorumluluklarına etki etmemektedir, ancak bu durum onun işgalci güç olarak hukuki statüsünü etkilemez.

<sup>55</sup> Lahey Düzenlemeleri'nin 43. maddesi işgal hukukunun temel çerçevesini öngörmektedir. Bu açıdan 'meşru gücün yetkisinin fiiliyatta işgalci gücün eline geçmesi nedeniyle, bu güç mümkün olduğu kadarıyla kamu düzeni ve güvenliğini kurmak ve sağlamak üzere elinde olan bütün tedbirleri alacak ve mutlak olarak mecbur kalmadıkça, ülkede geçerli hukuka saygı gösterecektir' denilmektedir. Bu hüküm bir kaç anahtar unsur içermektedir. İlk olarak, işgalci güce egemenlik değil yalnızca 'yetki' geçmektedir. Eski hükümet egemenliği saklı tutmakta ve ondan yalnızca rızası ile mahrum bırakılabilmektedir. İkinci olarak, işgalci gücün yetkisinin temeli etkin kontrole dayanmaktadır. Üçüncüsü, işgalci gücün işgal altındaki toprakda kamu düzenini sürdürmek üzere hem yükümlülüğü hem de hakkı bulunmaktadır. Dördüncüsü, ülkenin mevcut hukuku mümkün olduğu kadarıyla korunmaktadır.

<sup>56</sup> Örnek olarak bkz., *Prefecture of Voiotia v. Germany (Distomo Massacre)*, Court of Cassation, Greece, 4 May 2000, 129 ILR, ss. 514, 519 ve *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, Israel Supreme Court, 15 Eylül 2005, 129 ILR, ss. 241, 252. Ayrıca bkz., Dinstein, *Belligerent Occupation*, s. 49; Benvenisti, *International Law of Occupation*, ss. 5–7, ve UK, *Manual*, s. 278.

devam etmektedir ve bundan yalnızca kendi rızası ile yoksun bırakılabilecektir. İkincisi, işgalci gücün otoritesinin temeli etkin kontrolde yatmaktadır. Üçüncüsü, işgalcinin işgal edilen ülkede kamu düzenini sürdürmek bakımından hem hakkı, hem de yükümü vardır. Dördüncüsü, ülkenin mevcut hukuku mümkün olduğu ölçüde korunmalıdır.

Ürdün'ün Batı Şeria (Güney Filistin ve Samiriye olarak da bilinir) bölgesi, bir örnek olarak bu bakımdan ortaya çıkabilecek problemleri ortaya koymaktadır. İsrail uluslararası alanda Batı Şeria'yı hiçbir zaman bir Ürdün toprağı olarak tanımamış olduğundan<sup>57</sup> burasının Sözleşme'nin uygulanabileceği bir ülke olarak sayılamayacağını iddia etmiştir. Diğer bir deyişle Sözleşme'nin burada uygulanmasını resmen kabul etmek, tartışmalı toprak üzerindeki Ürdün egemenliğinin tanınması anlamına gelecektir.<sup>58</sup> Ancak Uluslararası Divan, Sözleşme'nin 'iki veya daha fazla Yüksek Akit Taraf arasındaki bir silahlı çatışma durumunda işgal altındaki her yerde uygulanacağını' ifade etmiş ve bu yüzden söz konusu İsrail/Filistin toprağı bakımından 'çatışma öncesinde Yeşil Hattın [yani 1949 ateşkes hattı] doğusunda kalan ve çatışma sırasında İsrail tarafından işgal edilen Filistin topraklarında, bu toprakların kesin hukuki statüsünün araştırılmasına gerek kalmaksızın, Sözleşme'nin uygulanacağını' ifade etmiştir.<sup>59</sup> Eritre-Etiyopya Talepleri Komisyonu ise bir kararında '[uluslararası insancıl hukuk tarafından sağlanan] söz konusu güvenceler savaşılan taraflar ülkenin statüsünü tartıştıkları için belirsizliğe itilmemelidir... bu gibi hallerde uluslararası güvencelere saygı göstermek bir ülkenin statüsü sorununu etkilemez' demiştir.<sup>60</sup> Komisyon ayrıca 'her iki metnin de [Lahey Düzenlemeleri ve Dördüncü Cenevre Sözleşmesi] yalnızca sahipliği açık ve tartışmasız bir ülkenin, işgal altında bir ülke olabileceği gibi bir iddia taşımadığını' vurgulamıştır.<sup>61</sup>

Madde 47'de Sözleşme uyarınca korunan kişilerin hiçbir durum veya şartta Sözleşme'de yer alan güvencelerden, işgal yüzünden getirilen bir değişiklik veya işgal edilen ülkenin yetkilileri ile işgalci güç arasındaki bir anlaşma veya işgalci gücün işgal edilen ülkeyi tamamen ya da kısmen ilhak etmesi suretiyle, mahrum edilemeyeceği öngörülmektedir. Madde 49 ise 'bireysel veya kitlesel zorunlu yerinden etme' yanı sıra, korunan kişilerin her ne amaçla olursa olsun işgal edilen yerden sürülmelerini yasaklamakta olup, işgalci gücün 'kendi sivil halkının bir kısmını işgal ettiği ülkeye yerleştirme veya nakil' edemeyeceğini öngörmektedir.<sup>62</sup> Diğer hükümler korunan kişilerin zorunlu çalıştırılması veya askere alınmasının yasaklanması, taşınmaz veya şahsi malların, askeri operasyonlar yüzünden mutlaka gerekli hale gelmesi hariç, tahrip edilmesinin yasaklanması ve

<sup>57</sup> Burası İsrail Bağımsızlık Savaşı'nın sonunda 1949 yılında o zamanki eski Ürdün Krallığı tarafından ilhak edilmiş, ancak bu ilhak yalnızca İngiltere ve Pakistan tarafından tanınmıştır. Örneğin bkz., A. Gerson, *Israel, the West Bank and International Law*, London, 1978.

<sup>58</sup> Sözleşme'nin insancıl kısımlarına İsrail *de facto* olarak uymaktadır. Örneğin bkz., *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, Israeli Supreme Court, 15 Eylül 2005, 129 ILR, ss. 241, 253. Bu durum Uluslararası Divan tarafından dikkate alınmıştır, *Construction of a Wall* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 174. Ayrıca bkz., D. Kretzmer, *The Occupation of Justice*, New York, 2002; M. Shamgar, 'The Observance of International Law in the Administered Territories', *Israel Yearbook on Human Rights*, 1977, s. 262; T. Meron, 'West Bank and Gaza', *a.g.e.*, 1979, s. 108; F. Fleiner-Gerster and H. Meyer, 'New Developments in Humanitarian Law', 34 ICLQ, 1985, s. 267, ve E. Cohen, *Human Rights in the Israeli-Occupied Territories*, Manchester, 1985. Ayrıca bkz., M. N. Shaw, 'Territorial Administration by Non-Territorial Sovereigns', *The Shifting Allocation of Authority in International Law* (ed. Y. Shany ve T. Broudie), Oxford, 2008, ss. 369, 385 vd.

<sup>59</sup> *Construction of a Wall* davası, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 177.

<sup>60</sup> Partial Award, Central Front, Ethiopia's Claim 2, 28 Nisan 2004, paragraf 28.

<sup>61</sup> *A.g.e.*, paragraf 29. I. Protokol'ün 4. maddesi'nde 'Sözleşmelerin ve bu Protokol'ün uygulanması ve burada yer alan anlaşmaların yapılması çatışmanın taraflarının hukuki statüsünü etkilemeyecektir. Ne bir ülkenin işgali, ne de Sözleşmelerin ve bu Protokol'ün uygulanması söz konusu ülkenin hukuki statüsünü etkilemeyecektir' denilmektedir.

<sup>62</sup> Uluslararası Divan bu hükmün 'işgalci gücün kendi halkının bir kısmını işgal edilen ülkeye transferini organize veya teşvik eden her türlü tedbiri' yasakladığını ve 'İşgal Altındaki Filistin Toprakları'nda (Doğu Kudüs dahil) İsrail'in yerleşimlerinin uluslararası hukuka aykırı olarak kurulduğunu' ifade etmiştir, *Construction of a Wall*, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 183-4. İsrail'in 1967'den beri işgal ettiği topraklarda yerleşim yeri inşası politikasının eleştirisi için bkz., UKMIL, 54 BYIL, 1983, ss. 538-9. Ayrıca bkz., Kretzmer, *Occupation of Justice*, Bölüm 5 ve E. Kontorovich, 'Unsettled: A Global Study of Settlements in Occupied Territories', Northwestern University School of Law, Public Law and Legal Theory Series, No. 16-20, 2016.



kamu ve yargı personelinin statülerinin değiştirilmesinin yasaklanması ile ilgilidir.<sup>63</sup> İşgalci gücün ayrıca yerel halkın yeterli gıda ve tıbbi malzemeye sahip olmasını sağlaması ve, bu olmuyorsa, yardım düzenini kolaylaştırmasına ilişkin bir sorumluluğu vardır.<sup>64</sup> Madde 70'de korunan kişilerin, savaş hukukunun ihlali hariç, işgalden önce işlenmiş eylemler veya ifade edilen fikirlerden dolayı tutuklanamayacağı, yargılanamayacağı ve cezalandırılmayacağı öngörülmektedir.<sup>65</sup>

Geleneksel insancıl hukuk kurallarına ek olarak, uluslararası insan hakları hukuku da artık prensip olarak işgal durumlarına uygulanabilir görülmektedir. Uluslararası Divan bu açıdan Lahey Düzenlemeleri'nin 43. maddesinin 'işgal altındaki ülkede yaşayanların şiddet eylemlerine karşı korunması ve bir üçüncü devlet tarafından böyle bir şiddet uygulanmasına müsaade edilmemesi için uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukukunun uygulanabilir kurallarına saygı gösterilmesinin sağlanması yükümlülüğü' içerdiği yorumunu yapmıştır.<sup>66</sup> Bunun yanı sıra Divan insan hakları sözleşmeleri tarafından sağlanan korumanın, ilgili sözleşmenin kendisi buna ilişkin bir istisna içermedikçe, bir silahlı çatışma durumunda ortadan kalkmayacağını ifade etmiştir. Divan ayrıca birçok insan hakları antlaşmasının, bir taraf devletin yabancı bir ülkede yetki kullanması halinde taraf devletin davranışlarına uygulanabilir olduğuna<sup>67</sup> ve bu gibi hallerde meselenin uygulanabilir durumda olan *lex specialis* tarafından çözümlenebileceğine vurgu yapmıştır.<sup>68</sup> Divan *Congo v. Uganda* davasında, 'bir devletin kendi ülkesi dışında, özellikle işgal altındaki yerlerde yetkisini icra ederken gerçekleştirdiği eylemleri bakımından, uluslararası insan hakları belgelerinin de uygulanabilir olduğunu' tekrar tasdik etmiştir.<sup>69</sup> Bu bakımdan Uganda'nın, bir işgalci güç olarak uymadığı yükümlülükleri nedeniyle işlediği uluslararası insan hakları hukuku ve uluslararası insancıl hukukun çeşitli ihlallerinden ötürü uluslararası alanda sorumlu olduğu sonucuna varılmıştır.<sup>70</sup>

Bu genel yaklaşımın bir parçası olarak Divan, kendi kaderini tayin prensibinin Filistin halkına da uygulanacağına<sup>71</sup> ve İsrail tarafından kendi ülkesi ile işgal altındaki Batı Şeria arasında inşa edilen ayırım bariyerinin (bazen duvar veya çit adı da verilmektedir) işgal altındaki yerlere taşıdığı ölçüde hukuka aykırı olduğuna dikkat çekmiştir.<sup>72</sup> Ayrıca

<sup>63</sup> Madde 51, 53 ve 54. Madde 64'de ceza hukukunun, işgalci gücün güvenliğine tehdit oluşturmadıkça, yürürlükte kalacağı ve mevcut mahkemelerin işlemeye devam edeceği öngörülmektedir.

<sup>64</sup> Madde 55, 56, 59 ve 60. Ayrıca bkz., Koalisyon güçlerinin Mart-Nisan 2003'de Irak'taki askeri operasyonlarına dair Güvenlik Konseyi kararı 1472 (2003).

<sup>65</sup> Bölüm IV, tutuklulara yapılacak muamele düzenlemelerini içermektedir.

<sup>66</sup> *Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, ICJ Reports, 2005, ss. 168, 231 ve 242 vd.

<sup>67</sup> *Construction of a Wall*, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 178 vd. Ayrıca bkz., Wills, 'Occupation Law', ss. 265 vd.

<sup>68</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 240.

<sup>69</sup> ICJ Reports, 2005, ss. 168, 242-3. Kongo'daki duruma uygulanmak üzere Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı dahil bir dizi insan hakları belgesi listelenmiştir, *a.g.e.*, ss. 243-4.

<sup>70</sup> *A.g.e.*, ss. 244-5. Kongo'daki doğal kaynakların işletilmesi bakımından ayrıca Lahey Düzenlemeleri'nin 47. maddesi, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 33. maddesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın ihlaline atıf yapılmıştır, *a.g.e.*, ss. 252 vd.

<sup>71</sup> Divan öncelikle 1995 İsrail-Filistin Geçici Antlaşması hükümlerine ve oradaki Filistin halkının 'meşru hakları'na yapılan referansa dayanmış ve 'Genel Kurul'un birçok fırsatta tanımış olduğu (örneğin bkz., 22 Aralık 2003 tarihli 58/163 sayılı karar) üzere' kendi kaderini tayin hakkının bunların arasında olduğuna hükmetmiştir, *Construction of a Wall*, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 183.

<sup>72</sup> Bu kısmen Divan'ın bu durumu sahada kalıcı hale gelebilecek ve *de facto* ilhak oluşturabilecek bir oldu bitti saymasından ve kısmen de Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını kullanmasını ciddi şekilde engellediğini düşünmesinden kaynaklanmıştır, *a.g.e.*, s. 184. Divan ayrıca duvarın inşasının Lahey Düzenlemeleri ve Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin mülkiyeti kazanma ve serbest dolaşıma ilişkin hükümlerine aykırı olduğunun ortaya çıktığına dikkat çekmiştir, *a.g.e.*, ss. 185 vd. İsrail bariyerin inşasının kendi ülkesinde işgal altındaki topraklardan gelen bir dizi arabalı intihar bombalamasından sonra başladığını ve bariyerin geçici bir güvenlik tedbiri olduğunu iddia etmiştir, *a.g.e.*, s. 182. Bu dava hakkında toplanmış makaleler için bkz., 'Agora', 99 AJIL, 2005, s. 1.

her ne kadar işgalci bir güç uluslararası işgal hukuku çerçevesinde askeri gereklilikler, milli güvenlik ve kamu düzeni gerekliliklerini ileri sürebilirse de duvarın güzergahı bu gerekçelerle meşrulaştırılamayacaktır.<sup>73</sup>

İsrail Yüksek Mahkemesi, Uluslararası Divan'ın söz konusu istişari görüşünden kısa bir süre önce verdiği kararında, bir askeri komutan tarafından ayırım bariyerinin her bir bölümünün yapılmasının emredilmesine ilişkin yetkinin askeri değerlendirmelerin dışında politik bir değerlendirmeye dayandırılmayacağına ve bu bariyerin bir ilhak arzusu veya bir politik sınır çizmek amacıyla yapılamayacağına vurgu yapmıştır. Askeri işgal özü itibariyle geçici olduğundan bu askeri yetki de özü itibariyle geçicidir.<sup>74</sup> Uluslararası Divan'ın istişari görüşünden bir yıl sonra verilen bir başka kararda ise İsrail Yüksek Mahkemesi bir yanda devletin askeri güçlerinin ve söz konusu işgal altındaki yerde bulunan kişilerin meşru güvenlik ihtiyaçları ile diğer yanda yerel halkın uluslararası insancıl hukuktan kaynaklanan insan hakları arasında kurulması gereken dengeye atıfta bulunmuştur.<sup>75</sup> Mahkeme ayrıca uluslararası insan hakları sözleşmelerinin bu alanda uygulanacağı kabulü ile hareket etmiştir.<sup>76</sup> Askeri gereklilikler ile insani değerlendirmeler arasında 'hassas denge' adı verilen bu şeyin nasıl başarılacağı sorusuna yanıt verirken Mahkeme, hukukun genel prensiplerinin, ki bunlardan biri de orantılılık prensibidir, uygulanmasına atıf yapmıştır. Söz konusu prensip kendi içinde üç alt kriteri esas almakta olup; bunlardan birincisi amaç ile araçlar arasında bir uyum aranması, ikincisi buna göre en az zararlı aracın uygulanması yoluna gidilmesi ve üçüncüsü de kullanılan araçlar nedeniyle bir kişiye verilen zararın bundan ortaya çıkan menfaatte uygun orantıda olması gerektiğidir.<sup>77</sup> Bariyerin güzergahının her bir parçasının sağladığı zararın Filistinli bölge sakinlerinin uğradığı zarar ve buna maruz bırakılma ile orantılı olup olmadığının değerlendirilmesi gereklidir.<sup>78</sup>

İngiliz Silahlı Çatışma Hukuku Kılavuzu'nda bu açıdan şu hususların altı çizilmektedir: 'bir işgalci güç işgal altındaki bir yerde uygulanabilir olan insan hakları standartlarına saygı gösterilmesini sağlamakla sorumludur' ve; 'İşgalci gücün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olması halinde bu Sözleşme'nin standartları, şartlara bağlı olarak, işgal altındaki yerde de uygulanabilir.'<sup>79</sup>

<sup>73</sup> ICJ Reports, 2004, ss. 192 ve 193.

<sup>74</sup> *Beit Sourik v. Government of Israel*, Israeli Supreme Court, 30 Haziran 2004, 129 ILR, ss. 189, 205–6.

<sup>75</sup> *Mara'abe v. Prime Minister of Israel*, Israeli Supreme Court, 15 Eylül 2005, 129 ILR, ss. 241, 264–5. Ayrıca bkz., Y. Shany, 'Capacities and Inadequacies: A Look at the Two Separation Barrier Cases', 38 *Israel Law Review*, 2005, s. 230.

<sup>76</sup> *Mara'abe* 129 ILR, ss. 241, 266, ancak mahkeme bu meseleyi resmen karara bağlamamıştır, *a.g.e.*

<sup>77</sup> *A.g.e.*, ss. 266 ve 268, bu kararın tasdik ettiği önceki karar için bkz., *Beit Sourik v. Government of Israel*, Israeli Supreme Court, 30 Haziran 2004, 129 ILR, ss. 189, 215 vd. Orantılılık için genel olarak bkz. A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012 ve E. Cannizzaro, 'Proportionality in the Law of Armed Conflict', *Oxford Handbook*, s. 332.

<sup>78</sup> *Mara'abe* 129, ILR, ss. 241, 286. Mahkeme en az zarar verici tedbir testinin karşılanmış olduğu ispatlanmadığından, bu davada bariyerin söz konusu olan alandaki güzergahının dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir, *a.g.e.*, ss. 316 vd. Bunun sonucu olarak Batı Şeria'ya uzanan tel örgülü alanın küçültülmesi gerekecektir. Mahkeme kendi kararı ile Uluslararası Divan'ın görüşü arasındaki farkın iki mahkeme önüne getirilmiş olan olguların farkından, özellikle Uluslararası Divan'a sunulmuş olan İsrail'in içindeki intihar bombalamaları fenomeninin ortaya çıkardığı tel örgü inşasının askeri-güvenlik açısından gerekliliğine ilişkin olguların yetersizliğinden kaynaklandığını ifade etmiştir, *a.g.e.*, ss. 287–8.

<sup>79</sup> Bkz., s. 282. *Al-Skeini v. UK* davasında, Judgment of 7 July 2011, paragraf 133 vd., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İngiltere'nin Irak'taki operasyonları sırasında hem kendi yetkililerinin eylemlerinin bu ülkede davacı bakımından sonuçlar doğurması, hem de bu ülkedeki yerler üzerinde etkin bir kontrol icra etmesi halinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca sorumlu olacağına hükmetmiştir. Ayrıca bkz., *Al-Jedda v. UK*, Judgment of 7 July 2011, paragraf 74 vd; bu kararda Avrupa Mahkemesi Irak'taki İngiliz güçlerinin faaliyetlerinden BM'nin sorumlu olduğu iddiasını bu örgüt gereken etkin kontrole sahip olmadığı için reddetmiştir. Grenada müdahalesinde ABD'nin ilgili insancıl hukuk ve insan hakları hukuku kuralları ile bağlı olduğuna ilişkin Amerika Kıtası İnsan Hakları Komisyonu tarafından ifade edilmiş bir görüş için bkz., *Coard v. United States*, Report No. 109/99, 29 Eylül 1999; 123 ILR, s. 156.

İşgal hukuku bakımından geleneksel ve pasif yaklaşımın ötesine geçen<sup>80</sup> Güvenlik Konseyi, Irak'a karşı oluşturulan askeri koalisyon operasyonunun ardından, İngiltere ve ABD'nin Irak'ta uluslararası hukuka göre işgal kuvvetleri olarak bulduklarını tasdik eden 1483 (2003) sayılı kararı kabul etmiş ve bu devletlere (diğer devletleri de içeren Geçici Koalisyon Yönetimi ile birlikte) işgale ilişkin uluslararası hukuk kurallarının üzerinde ve ötesinde bir dizi başka yetki ve sorumluluklar yüklemiştir.<sup>81</sup> Bunların arasında 'Irak halkının kendi politik geleceğini özgürce belirleyeceği koşulları sağlamak ... dahil, ülkenin etkin şekilde yönetilmesi yoluyla Irak halkının refahını sağlama' ve uluslararası alanda tanınan ve Irak'ı temsil eden bir hükümetin kurulması yükümlülüğü de yer almaktadır. Buna ek olarak, yetkileri arasında insan haklarının geliştirilmesi de bulunan, bir Irak Özel Temsilcisi atanmıştır.

## ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK VE ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU

Önceki kısımda belirtildiği gibi, uluslararası hukukun bu iki dalı arasındaki ilişki yeni bir mülahaza ve yeniden değerlendirmeye maruz kalmaktadır. Bir zamanlar bu iki dalın ayrı ve farklı oldukları düşünülmüştü ancak bugün bir ölçüde örtüştükleri kabul edilmektedir. Belirli şartlarda, bir devlete uygulanacak insan hakları antlaşmaları bu devlete sınır ötesine ilişkin olarak da uygulanabilir.<sup>82</sup> Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önündeki *Cyprus v. Turkey (First and Second Applications)* davasında savaş operasyonlarında bir devletin yalnızca Cenevre Sözleşmeleri'nde yer alan insancıl hukuka değil, temel insan haklarına da saygı göstermesi gerektiği açıklanmıştır.<sup>83</sup> Amerika Kıtası İnsan Hakları Komisyonu önündeki Arjantin'e karşı açılan *La Tablada* davasında uluslararası insancıl hukukun ve uluslararası insan hakları hukukunun iç silahlı çatışma durumlarında 'birbirlerine en çok yaklaştıklarını ve birbirlerini en çok takviye ettiklerini' ifade etmiştir. Bununla birlikte, çatışma durumlarında yaşam hakkının gündeme gelmesi halinde insan hakları hukukuna başvurmak birçok güçlük doğurmaktadır. Bu yüzden 'Komisyon'un kararlarında kesin yol gösterici kaynaklar olarak, tanımsal standartlar ve insancıl hukukun ilgili kurallarını araştırması ve bunları uygulaması gerekir'.<sup>84</sup>

Uluslararası insancıl hukukun, genel kural ya da *lex generalis* olan uluslararası insan hakları hukukunun *lex specialis*'i olup olmadığı yönünde bir mesele ortaya çıkmıştır. Böyle kabul edilirse uluslararası insan hakları hukuku kendi alanına konumlandırılmış olur. Uluslararası Divan iki davada bu mesele ile ilgilenmiştir.<sup>85</sup> Meseleye başka bir yaklaşım, genel bir konumlandırma yapmaksızın mevcut olayda uygulanacak kuralları yorumlama meselesi

<sup>80</sup> Uzun süreli işgallerin yarattığı problemler ve yerel yaşama minimum müdahale kuralı ile toplumsal değişimlere uyum sağlama ihtiyacı arasındaki gerilim için: Örneğin bkz., A. Roberts, 'Prolonged Military Occupation: The Israeli-Occupied Territories Since 1967', 84 AJIL, 1990, s. 44, ve Roberts, 'Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights', 100 AJIL, 2006, s. 580.

<sup>81</sup> Genel olarak bkz., 'Iraq: Law of Occupation', House of Commons Research Paper 03/51, 2 Haziran 2003; E. Benvenisti, 'Water Conflicts During the Occupation of Iraq', 97 AJIL, 2003, s. 860; M. Hmoud, 'The Use of Force Against Iraq: Occupation and Security Council Resolution 1483', 36 *Cornell International Law Journal*, 2004, s. 435 ve D. Scheffer, 'Beyond Occupation Law', 97 AJIL, 2003, s. 842.

<sup>82</sup> Örneğin bkz. M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, 2011, Bölüm V ve D. Jinks, 'International Human Rights Law in Time of Armed Conflict', *Oxford Handbook*, s. 656.

<sup>83</sup> Komisyon'un 10 Temmuz 1976 tarihli Raporu, paragraf 509-10. Ayrıca bkz. Watkin, *Fighting at the Legal Boundaries*, Bölüm 5.

<sup>84</sup> Report No. 55/97, Case 11.137 ve OEA/Ser.L/V/II.98, 153. paragraf, 160-1. paragraflar. Ayrıca bkz. *Coard v US*, Case No. 10.951; 123 ILR, ss. 156, 169

<sup>85</sup> Bkz. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 240 ve *Construction of a Wall*, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 178 vd.

olarak ele almaktır.<sup>86</sup> İnsan hakları kuruluşlarının, silahlı çatışmalarda yaşam hakkını tartışırken insancıl hukuka atıf yapmaları alışılmadık bir durum değildir. Örneğin, Kasım 2015'te, Afrika İnsan ve Hakların Hakları Komisyonu, Afrika İnsan ve Hakların Hakları Şartı'nın 4. maddesine (yaşam hakkı) ilişkin 3 No'lu Yorum'u kabul etmiştir.<sup>87</sup> Buna göre:

“Silahlı çatışmada çarpışmalar yürütülürken neyin “yargısız” infaz teşkil edeceğine uluslararası insancıl hukuka bakarak karar verilir. Her durumda, saldırıda ayırım gözetme, orantılılık ve ihtiyat kurallarına riayet edilmek şartıyla, insancıl hukuk, askeri açıdan bir gereklilik mevcutsa hukuka uygun hedeflere (örneğin çarpışmalara doğrudan katılan savaşılar ve siviller gibi) saldırmayı yasaklamamaktadır. Ölümle neticelenen uluslararası insancıl hukukun her ihlali, savaş suçları dahil, yargısız infaz kabul edilecektir.”<sup>88</sup>

Amerika Kıtası İnsan Hakları Sözleşmesinin ilgili hükümlerini yorumlarken uluslararası insancıl hukuk kurallarını “ilave yorum normu” olarak kullanabileceğini belirten<sup>89</sup> Amerika Kıtası İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Santo Domingo Massacre* kararı<sup>90</sup> burada önem arz etmektedir.

Uluslararası insancıl hukuk ile uluslararası insan hakları hukuku ilkeleri arasındaki ilişki, başka bir devlette bulunan silahlı kuvvetlerin sivilleri hapsedmesi vakalarında daha da ortaya çıkmıştır.<sup>91</sup> *Hassan v UK* adlı önemli davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1949 tarihli 3 ve 4 No'lu Cenevre Sözleşmeleri'nde mevcut bulunan savaş esirleri ve korunan kişileri hapsedmeye ilişkin hükümlerin, genel olarak uluslararası hukuk uyarınca yorumlama sürecinin bir parçası olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin olan) 5. maddesinin anlamını tespit etmede kullanılabilmesi görüşünü benimsemiştir.<sup>92</sup> Mahkeme ayrıca madde 5 (4)'deki *habeas corpus* kuralını 4 No'lu Cenevre Sözleşmesi uyarınca idari incelemeyi içerecek şekilde yorumlamıştır.<sup>93</sup> Bu durum *Al-Jedda v. UK*<sup>94</sup> ve *Al-Skeini*<sup>95</sup> davalarına göre bir ilerlemeyi göstermektedir. Bu davalardaki yaklaşım, Mahkeme'nin kendisini yetkili görmesi ve devletin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin

<sup>86</sup> Örneğin bkz. J. d'Aspremont ve E. Tranchez, 'The Quest for a Non-Conflictual Coexistence of International Human Rights Law and Humanitarian Law: Which Role for the *Lex Specialis* Principle?' *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (ed. R. Kolb ve G. G. Gaggioli), Cheltenham, 2013, s. 223

<sup>87</sup> Bkz., yukarıda 6. Bölüm.

<sup>88</sup> <http://www.achpr.org/instruments/general-comments-right-to-life/>.

<sup>89</sup> Ayrıca bkz., Uluslararası Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesine (yaşama hakkı) dair Taslak Genel Yorum CCPR/C/GC/R.36/Rev.2 (2 Eylül 2015), para. 63: 'Madde 6'nın yorumlanması ve uygulanması için uluslararası insancıl hukuk kuralları ilgili olabilir ve hukuk bu iki alanı birbirini tamamlar, birbirini dışlamaz'. Ayrıca bkz. Genel Yorum 31, 2004, para. 11 ve Genel Yorum 29, 2001, para. 9.

<sup>90</sup> *Case of the Santo Domingo Massacre v Colombia*, Inter-American Court of Human Rights, Judgment 30 Kasım 2012, para. 24.

<sup>91</sup> ABD tarafından Afganistan'da 2001 ve 2002'de ve başka yerlerde yakalanan ve ABD tarafından Küba'daki Guantanamo Körfezi askeri üssünde tutulan kişiler meselesine dair bkz., *Rasul v. Bush* 124 S. Ct. 2686 (2004); US Military Commissions Act 2006, 45 ILM, 2006, s. 1246; ve *Hamdan v. Rumsfeld* 126 S. Ct. 2749 (2006) ve bkz. *Boumediene v. Bush* 553 US (2008). Ayrıca bkz. yukarıda 11. Bölüm ve 19. Bölüm. Ayrıca uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda ve barış operasyonlarında uygulanacak 2012 tarihli Uluslararası Askeri Operasyonlarda Tutuklulara Yapılacak Muameleye Dair Kopenhag Süreci ve J. Pejic, 'Conflict Classification and the Law Applicable to Detention and the Use of Force', *International Law and the Classification of Conflicts* (ed. E. Wilmshurst), Oxford, 2012, s. 80. Ayrıca bkz. *Al-Jedda v. UK*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 7 Temmuz 2011 tarihli karar, paras. 158 vd.; *Serdar Mohammed v Secretary of State for Defence* [2015] EWCA Civ 843 ve *Hussein v Secretary of State for Defence* [2014] EWCA Civ 1087.

<sup>92</sup> Judgment of 16 September 2014, para. 101 vd. Ayrıca bkz., R. Goodman, 'Authorisation versus Regulation: Detention in Non-International Armed Conflicts', 91 *International Law Studies*, US Naval War College, 2015, s. 155.

<sup>93</sup> *A.g.e.*, para. 106. Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 43. ve 78. maddelerine atıf yapılmıştır.

<sup>94</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 7 Temmuz 2011 tarihli karar.

<sup>95</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 7 Temmuz 2011 tarihli karar.

15. maddesi uyarınca askıya almaması halinde, uluslararası insan hakları hukukunun uygulanabileceği şekilde olmuştur.

Uluslararası Adalet Divanı bu konuyu *Croatia v Serbia*<sup>96</sup> davasında ele almıştır. Divan bu davada, Soykırım Sözleşmesi ile uluslararası insancıl hukuk arasındaki ilişki hakkında genel ve soyut bir şekilde hüküm vermeyeceğini belirterek, tarafların iddia ettiği fiillerin Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesi kapsamında soykırım teşkil edip etmediğinin tespitinde uluslararası insancıl hukuk kurallarının ilgili olabileceğini değerlendirmiştir. Uluslararası insan hakları sözleşmelerinin çoğunluğunun, savaş ve kamusal aciliyet durumlarında belirli hakları askıya almaya müsaade ettiğine de işaret etmek gerekir.<sup>97</sup>

## ÇATIŞMALARIN YÜRÜTÜLMESİ<sup>98</sup>

Uluslararası hukuk silahlı çatışmaların mağdurlarını korumanın yanında silahlı operasyonların insancıl bir şekilde sınırlandırılması yönünde de çaba göstermektedir. Bu açıdan 'Lahey Hukuku' içinde yer alan kuralları analiz ederken askeri gereklilik<sup>99</sup> ile insani

<sup>96</sup> ICJ Reports, 2015, para. 151 vd.

<sup>97</sup> Örneğin bkz., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 15 (Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir ... Bu hüküm mesru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. (yaşama hakkı) maddeye, 3. (işkence yasağı) ve 4. (kölelik yasağı) maddeler (fıkra 1) ile 7. (suçların geçmişe yürümemesi) maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez); Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi madde 4 (Sözleşmeci Taraf Devletler, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun meydana gelmesi ve bunu resmen ilan etmeleri halinde, durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçüde, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı düşmeyecek ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken gibi sebeplerle ayrımcılık içermeyecek şekilde, bu Sözleşmedeki yükümlülüklerini askıya alan tedbirler alabilir ... Sözleşme'nin 6, 7, 8(1 ve 2 fıkraları), 11, 15, 16 ve 18. maddelerindeki yükümlülükler askıya alınmaz) ve Amerika Kitası Devletleri İnsan Hakları Sözleşmesi madde 27 (Taraf Devletler, devletin bağımsızlık ve güvenliğini tehdit eden savaş, kamusal tehlike veya diğer olağanüstü durumlarda durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve müddetle, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı düşmeyecek ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken gibi sebeplerle ayrımcılık içermeyecek şekilde, bu Sözleşme'deki yükümlülüklerini askıya alan tedbirler alabilir ... Bu hüküm şu maddelerin askıya alınmasına müsaade etmez: madde 3 (hukuk önünde kişi kabul edilme hakkı), madde 4 (yaşama hakkı), madde 5 (İnsanca muamele hakkı) madde 6 (köle yapılmama özgürlüğü), madde 9 (kanunların geçmişe yürümemesi), madde 12 (vicdan ve din özgürlüğü), madde 17 (aile hakları), madde 18 (isim hakkı), madde 19 (çocuk hakları), madde 20 (vatandaşlık hakkı), ve madde 23 (yönetimde yer alma hakkı), ve bu hakların korunması için gerekli olan hukuki güvenceler.). Ayrıca özellikle bkz., M. Milanovic, 'Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict', *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and Its Challenges* (ed. N. Bhuta), Oxford, 2016, s. 55.

<sup>98</sup> Örnek olarak bkz., Dinstein, *Conduct of Hostilities*; UK, *Manual*, Bölüm 5; Green, *Armed Conflict*, Bölüm 7 (kara), 8 (deniz) ve 9 (hava) ve W. Boothby, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, 2. Baskı, Oxford, 2016. Ayrıca bkz., Rogers, *Law on the Battlefield*, ve Best, *War and Law*, ss. 253 vd. Denizde silahlı çatışma için ayrıca bkz., *The San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea* (ed. L. Doswald-Beck), Cambridge, 1995. Deniz ablukasının meşruiyeti için, bkz., Turkel Komisyonu'nun İlk Raporu, [www.turkel-committee.com/index-eng.html](http://www.turkel-committee.com/index-eng.html) ve 31 Mayıs 2010 tarihli Filo Hadisesi hakkında BM Genel Sekreteri'nin Soruşturma Paneli Raporu, 2011, [www.un.org/News/dh/infocus/middle east/Gaza Flotilla Panel Report.pdf](http://www.un.org/News/dh/infocus/middle east/Gaza Flotilla Panel Report.pdf).

<sup>99</sup> Silahlı Çatışma Hukukuna Dair Birleşik Krallık Rehberi askeri gerekliliği 'bir savaşa, askeri operasyonu başarılı bir şekilde sonuçlandırmak için gereken ve savaş kuralları uyarınca yasaklanmayan her türlü önlemi uygulama hakkı tanıyan ilke' olarak tanımlamaktadır. Bkz., 3 Eylül 2010 tarihli ek 3. <https://www.gov.uk/government/publications/the-manual-of-the-law-of-armed-conflict-amendments-to-the-text>. ABD Savunma Bakanlığı Rehberi de askeri gerekliliği 'mümkün olan en çabuk ve etkin şekilde düşmanı yenmek için gerekli olan savaş hukukunun yasaklamadığı her türlü önlemin alınmasını meşru sayan ilke' olarak tanımlamaktadır. para. 2.2, s. 52 vd. Ayrıca bkz. Y. Beer, 'Humanity Considerations Cannot Reduce War's Hazards Alone: Revitalizing the Concept of Military Necessity', 26 EJIL, 2016, s. 801.

mülâhazalar<sup>100</sup> arasında sürdürülen hassas dengenin akılda tutulması önemlidir. Her ne kadar uygulamada her zaman saygı gösterilmese de uzun zamandır sürdürülmekte olan en önemli prensip, sivilleri çatışmaların etkilerine karşı koruma gerekliliğidir. Çatışmalar sırasında sivil halk açısından<sup>101</sup> I. Protokol'ün 48. maddesinde formüle edilen temel kural (buna bazen ayırt etme prensibi adı verilmektedir)<sup>102</sup> çatışmanın taraflarının her zaman söz konusu halk ile çatışanları ve sivil ile askeri hedefleri birbirinden ayırmaları ve operasyonlarını sadece askeri hedeflere karşı yöneltmeleri gerektiğidir.<sup>103</sup> Madde 52(2)'de askeri hedefler 'niteliği, yeri, amacı veya kullanımı bakımından askeri eyleme etkin katkıda bulunan ve o zamanda geçerli şartlar açısından tamamen veya kısmen tahribi, ele geçirilmesi veya etkisiz hale getirilmesi kesin bir askeri avantaj sağlayacak olan hedefler' ile sınırlandırılmaktadır. Bu bakımdan dikkate alınması gereken bir prensip, orantılılık prensibidir. Örnek olarak, Hakim Higgins bu prensibe değinirken 'şayet istenmeyen sivil kayıplar, saldırı ile kazanılacak belli bir askeri kazanca kıyasla orantısız olacak ise meşru bir askeri hedefe bile saldırılamıyacağına' dikkat çekmiştir.<sup>104</sup> Bu konuda meseleler özellikle köprüler, yollar ve enerji santralleri gibi 'çifte amaçlı' adı verilen hedefler bakımından ortaya çıkmakta olup,<sup>105</sup> bunlara ilişkin tanının bir yandan bu hedeflere ayırım gözetmeden saldırılmasını önlemek ve öte yandan bu hedefleri veya tesisleri karşı tarafın askeri güçlerine karşı saldırıdan korumayı sağlamak amacıyla ve kaçınılmaz şekilde sivilleri tehlikeye atarak kullanılmamalarını gerçekleştirecek şekilde yorumlanması için özen gösterilmesi zorunludur.<sup>106</sup> Pek çok şey ilgili askeri koşulların bunların madde 52(2)'de yer alan tanımın içinde yer almasına müsait olup olmadığına bağlı olacaktır. Bu da yine askeri ihtiyaçlar ile sivil risklerin dengelenmesini gerektirecektir.

Madde 51 uyarınca kendi başına sivil halk ve sivil bireyler saldırı hedefi yapılmayacaktır.<sup>107</sup> Birincil amacı 'sivil halk arasında dehşet yaymak olan şiddet eylemleri ve tehditler

<sup>100</sup> ABD Savunma Bakanlığı Rehberi insaniliği 'meşru bir askeri amacı gerçekleştirmek için gerekli olmayan acı, yaralama ve tahribata sebep olmayı yasaklayan ilke' olarak tanımlamaktadır, para. 2.3, s. 58. Ayrıca bkz. UK, *Manual*, ss. 23-4.

<sup>101</sup> Dördüncü Cenevre Sözleşmesi uyarınca işgal edilen topraklardaki halkı koruyan hükümlerin yanı sıra. Ayrıca bkz., Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunmasına dair Güvenlik Konseyi kararı 1674 (2006) ve 27 Mayıs 2008 tarihli Güvenlik Konseyi Başkanlık Açıklaması, 5/PRST/2008/18.

<sup>102</sup> Örneğin bkz., Dinstein, *Conduct of Hostilities*, ss. 5-35.

<sup>103</sup> *A.g.e.*, Bölüm 4. Ayrıca bkz., N. Melzer, 'The Principle of Distinction between Civilians and Combatants', *Oxford Handbook*, s. 296.

<sup>104</sup> Karşı Oy Görüşü, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 587; 110 ILR, ss. 163, 536.

<sup>105</sup> İlgili Talepler için bkz., Eritre'nin 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 ve 26. Talepleri, 19 Aralık 2005, paragraf. 113 vd., burada madde 52(2)'nin bir uluslararası örf ve adet hukuku açıklaması olduğuna hükmedilmiştir. Bir enerji santraline hava saldırısının 'askeri avantaj' terimi içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yalnızca ilgili saldırı bağlamında değil bir bütün olarak taraflar arasındaki askeri operasyonlar bağlamında anlaşılabilir, *a.g.e.* Ayrıca bkz., UK, *Manual*, ss. 55 vd.

<sup>106</sup> 1999 Kosova çatışması için örnek olarak bkz., J. A. Burger, 'International Humanitarian Law and the Kosovo Crisis', 82 *International Review of the Red Cross*, 2000, s. 129; P. Rowe, 'Kosovo 1999: The Air Campaign', *a.g.e.*, s. 147 ve W. J. Fenrick, 'Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign Against Yugoslavia', 12 *EJIL*, 2001, s. 489. Ayrıca Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bir gözden geçirme komitesi tarafından hazırlanan Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne Karşı NATO Bombardımanı Kampanyası Raporu'nda Savcılık Makamı tarafından herhangi bir soruşturma açılmaması tavsiyesinde bulunulmuştur: Bkz., <http://www.icty.org/en/press/final-report-prosecutor-committee-established-review-nato-bombing-campaign-against-federal> ve bombalama kampanyasının bazı yönlerini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne getirme çabası için: bkz., *Bankovic v. Belgium*, Judgment of 12 December 2001, 133 ILR, s. 94.

<sup>107</sup> Madde 51(3)'de sivillere sağlanan genel korumanın bu kişiler 'çatışmalara doğrudan katılmadıkça veya katılana kadar' uygulanacağı öngörülmektedir. Ayrıca bkz., *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities* (ed. N. Melzer), ICRC, Geneva, 2009. İlaveten bkz., Dinstein, *Conduct of Hostilities*, ss. 146 vd. ve M. N. Schmitt, 'The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis', 1 *Harvard National Security Journal*, 2010, s. 5.

yasaktır'.<sup>108</sup> Ayrıca ayırım gözetmeyen saldırılar<sup>109</sup> da yasaktır.<sup>110</sup> Madde 57'de askeri operasyonların idaresi sırasında 'sivil halkı, sivilleri ve sivil hedefleri korumak üzere daimi özenin gösterileceği' öngörülmektedir.<sup>111</sup>

Her ne kadar uluslararası hukukta kuvvet kullanımı içeren misillemeler şu anda yasaksa da (bunlar meşru müdafaa çerçevesi içine sokulmadıkça),<sup>112</sup> bir silahlı çatışma sırasında askeri misillemeler bazı şartlarda meşru olabilir. Bunların amacı misillemeye zemin hazırlayan önceki hukuka aykırı hareketin sona ermesini ve meşruiyete dönülmesini sağlamaktır. Ayrıca bunlar önceki hukuka aykırı hareket ile orantılı olmak zorundadır.<sup>113</sup> Ancak modern hukuk bunların uygulanmasını sınırlandırmıştır. Buna göre savaş esirlerine misilleme yapılması Üçüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 13. maddesi ile yasaklanmış olup, I. Protokol'ün 52. maddesi sivil hedeflerin saldırı veya misilleme hedefi yapılamayacağını öngörmektedir.<sup>114</sup> Sivil hedefler Madde 52(2)'de tanımlanmış olan askeri hedefler arasında bulunmayan bütün hedeflerdir.<sup>115</sup> Bu çerçevede kültürel nesnelere ve ibadethanelerin yanı sıra<sup>116</sup> sivil halkın hayatta kalması için vazgeçilmez sayılan gıda maddeleri, gıda üretimi için kullanılan tarımsal alanlar, mahsulat, çiftlik hayvanları, içme suyu ve sulama tesisleri gibi nesnelere - bunlar yalnızca askeri güçlerin idamesi veya askeri eyleme doğrudan destek için kullanılmadıkça - koruma altındadır.<sup>117</sup> Barajlar ve nükleer enerji tesisleri gibi tehlikeli güçler içeren yerler veya tesislere karşı saldırılar da yasaklanmıştır.<sup>118</sup>

Bir silahlı çatışmanın taraflarının savaş yöntemlerini seçme hakkı sınırsız değildir.<sup>119</sup> Bu bakımdan 400 gram ağırlığın altındaki patlayıcıları ve yanıcı roketleri yasaklayan 1868 St

<sup>108</sup> Örnek olarak bkz., Eritre-Etyopya Talepler Komisyonu, Kısmi Karar, Batı Cephesi, Hava Bombardımanı ve İlgili Talepler, Eritre'nin 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 ve 26. Talepleri, 19 Aralık 2005, paragraf 27.

<sup>109</sup> Bunlar madde 51(4)'de şu şekilde tanımlanmaktadır: (a) belli bir askeri hedefe yönelik olmayanlar; (b) belli bir askeri hedefe uygun çarpışma yöntemi veya aracı kullanmayanlar; veya (c) sonuçları bakımından I. Protokol'ün gerektirdiği şekilde sınırlanılmayan bir çarpışma yöntemi veya aracı kullananlar; dolayısıyla böyle her bir durum askeri hedefler ve siviller veya sivil hedefleri ayırım yapmaksızın vuracak niteliktedir.

<sup>110</sup> BM Genel Sekreteri'nin İran ve Irak'a sivil hedeflere saldırıdan kaçınmaları yönündeki çağrıları için bkz., 21(5) *UN Chronicle*, 1984, s. 3. Ayrıca bkz., Güvenlik Konseyi kararı 540 (1983). Yukarıdaki hükümler 1991 Körfez Savaşı sırasında Irak'ın kasden sivil hedeflere füze atması durumunda da uygulanır. 1991 başlarında İsrail ve Suudi Arabistan şehirlerine füze atılması çatışmanın tarafı olmayan bir devlete karşı bir saldırı eylemi oluşturur: örneğin bkz., *The Economist*, 26 Ocak 1991, s. 21.

<sup>111</sup> Devam eden askeri operasyonlar sırasında uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına ilişkin bkz., özellikle İsrail Yüksek Mahkemesi'nin kararları, *Physicians for Human Rights v. IDF Commander in Gaza*, HCJ 4764/04, [2004] IsrL 200; *Al-Bassioni v. Prime Minister*, HCJ 9132/07, 2008 ve *Physicians for Human Rights v. Prime Minister*, HCJ 201/09 [2009] IsrLR 1.

<sup>112</sup> Bkz., yukarıda 19. Bölüm.

<sup>113</sup> Örnek olarak bkz., Green, *Armed Conflict*, ss. 148-9; C. J. Greenwood, 'Reprisals and Reciprocity in the New Law of Armed Conflict', *Armed Conflict in the New Law* (ed. M. A. Meyer), London, 1989, s. 227 ve F. Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, Leiden, 1971. Ayrıca bkz., V. Bilkova, 'Belligerent Reprisals in Non-International Armed Conflicts', 63 ICLQ, 2014, s. 31.

<sup>114</sup> Aynı şekilde hasta, kazazede, tıbbi personel ve kayıp kişiler; ayrıca doğal çevre ve tehlikeli güçler taşıyan yer veya yapılar da misillemeye karşı koruma altındadır. Bkz., madde 20 ve 53-6.

<sup>115</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>116</sup> Bkz., madde 53. Ayrıca bkz., 1954 Silahlı Çatışma Durumunda Kültürel Malların Korunması için Lahey Sözleşmesi ile 1954 Birinci Protokol ve 1999 İkinci Protokol. Kültürel mallara karşı koruma da 'askeri gerekliliğe' tabidir: Bkz., 1954 Sözleşmesi'nin 4. maddesi ve 1999 Protokolü'nün 6. ve 7. maddeleri. Protokol'ün 3. ve 22. maddeleri uyarınca koruma uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara da uygulanacaktır: Bkz., R. O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge, 2006. *Al Mahdi* davasında Uluslararası Ceza Mahkemesi, faili '2012 yılının Haziran ve Temmuz aylarında Timbuktu'daki (Mali) dini ve tarihi binalara karşı kasdi saldırılar düzenlenmesini yönlendirmeyi içeren savaş suçlarından dolayı makul şüphe ötesinde iştirak halinde suçlu' bulmuştur. <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=pr1242> (27 Eylül 2016).

<sup>117</sup> Madde 54.

<sup>118</sup> Madde 56.

<sup>119</sup> Bkz., UK, *Manual*, Bölüm 6, ve Dinstein, *Conduct of Hostilities*, Bölüm 3. Ayrıca bkz., US Department of Defense Manual, Bölüm VI.

Petersburg Deklerasyonu'nun başlangıç kısmında 'savaş sırasında devletlerin başarmaya çalışmaları gereken tek meşru amaç düşmanın askeri güçlerini zayıflatmaktır' denilmişken, Birinci Protokol'ün 48. maddesinde siviller ile çatışanlar arasında her zaman çizilmesi gereken ayırmadan söz edilmektedir. Aynı şekilde Lahey Düzenlemeleri'nin 22. maddesinde 'çatışanların düşmana zarar verme araçlarını seçme hakkı sınırsız değildir' denilirken,<sup>120</sup> madde 23(e)'de 'gereksiz acı çekilmesine neden olacağı hesap edilen silahlar, mermiler veya maddelerin kullanılmasının' özellikle yasak olduğu öngörülmektedir.<sup>121</sup>

Bu tür silahların tam olarak nasıl tanımlanacağı ise oldukça tartışmalıdır ve yalnızca devletlerin mevcut uygulamasının ışığında anlaşılabilir.<sup>122</sup> Bu konuda da askeri gereklilik ile insancıl değerlendirmeler arasındaki denge dikkate alınmalıdır. Uluslararası Divan *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* Danışma Görüşü'nde<sup>123</sup> bu durumu şöyle özetlemiştir:

*"İnsancıl hukukun temelini oluşturan metinlerin içinde yer alan ana prensiplerden ilki sivil halk ile sivil hedefleri korumayı amaçlamakta ve savaşçılar ile savaşçı olmayanlar arasındaki ayrımı çizmektedir. Devletler asla sivilleri saldırı hedefi yapmamalı ve dolayısıyla siviller ile askeri hedefler arasında ayırım yapmayacak olan silahları asla kullanmamalıdır. İkinci prensibe göre savaşçılara gereksiz acı çekirtmek yasaktır; bu yüzden bunlara bu tür zararlar verecek veya çektikleri acıyı boşu boşuna ağırlaştıracak silahların kullanılması da yasaktır. Bu ikinci prensibin uygulanmasında devletlerin, kullandıkları silahlar arasında sınırsız seçme özgürlükleri yoktur."*

Divan bu prensiplerden kaynaklanan temel kuralların Lahey ve Cenevre Sözleşmelerini onaylamış olsun ya da olmasın bütün devletleri bağladığına, zira bunların 'uluslararası örf ve adet hukukunun çiğnenemez prensiplerini' oluşturduklarına vurgu yapmıştır.<sup>124</sup> Bu kuralların ve prensiplerin özünde 'üstün insani mülahazalar' yatmaktadır.<sup>125</sup> Nükleer silahlara fiilen sahip olmanın veya bunlarla tehdit etmenin ya da bunları kullanmanın uluslararası hukukta gayrı meşru sayılıp sayılmayacağı oldukça tartışmalı bir konu olsa da<sup>126</sup> bu silahların uluslararası insancıl hukukun genel uygulamasının kapsamına girdiğine şüphe yoktur.<sup>127</sup> Uluslararası Divan, belli bir durumun meşruiyetini incelerken, meşru müdafaa hakkı dahil güce başvurmayı düzenleyen prensiplerin, savaşın araç ve yöntemlerini

<sup>120</sup> Bu hemen hemen aynı şekilde I. Protokol, madde 35'de de tekrarlanmaktadır.

<sup>121</sup> Bkz., I. Protokol madde 35(2) ve 1980 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin Başlangıcı: bkz., M. N. Shaw, 'The United Nations Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons, 1981', *9 Review of International Studies*, 1983, s. 109, s. 113. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 3(a) maddesinde 'zehirleyici silahların veya gereksiz acıya neden olması muhtemel diğer silahların' savaş hukuku ve adetlerinin bir ihlali olduğu ifade edilmektedir, bkz., BM Genel Sekreteri'nin Raporu, S/25704 ve Güvenlik Konseyi kararı 827 (1993) ve ayrıca bkz., İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı Suçlar Taslak Kodu, madde 20(d)e, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 48. Toplantı Raporu, 1996, A/51/10, ss. 111-12.

<sup>122</sup> Örnek olarak bkz., United States Department of the Army, *Field Manual, The Law of Land Warfare*, FM 27-10, 1956, s. 18 ve US Department of Defense Manual, s. 311 vd. ve İngiltere açısından, *The Law of War on Land*, Part III of the *Manual of Military Law*, 1958, s. 41 ve UK, *Manual*, Bölüm 6. Ayrıca bkz., msket bombalarını tartışan İsrail Yüksek Mahkemesi kararı, *Physicians for Human Rights v. Almog*, HCJ 8990-02, ILDC 365 (IL 2002), 2003.

<sup>123</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 226, 257; 110 ILR, s. 163.

<sup>124</sup> *A.g.e.*

<sup>125</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 226, 257 ve 262-3. Ayrıca bkz., *Corfu Channel* davası, ICJ Reports, 1949, ss. 4, 22; 16 AD, s. 155.

<sup>126</sup> Örnek olarak bkz., *Shimoda v. Japan* 32 ILR, s. 626.

<sup>127</sup> *A.g.e.*, ss. 259-61. Örnek olarak bkz., *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (ed. L. Boisson de Chazournes ve P. Sands), Cambridge, 1999; D. Akande, 'Nuclear Weapons, Unclear Law?', 68 BYIL, 1997, s. 165; *Nuclear Weapons and International Law* (ed. I. Pogany), Aldershot, 1987; Dinstein, *Conduct of Hostilities*, ss. 153 vd; Green, *Armed Conflict*, ss. 83 vd. ve Green, 'Nuclear Weapons and the Law of Armed Conflict', 17 *Denver Journal of International Law and Policy*, 1988, s. 1; N. Singh ve E. McWhinney, *Nuclear Weapons and Contemporary International Law*, Dordrecht, 1988; G. Schwarzenberger, *Legality of Nuclear Weapons*, London, 1957 ve H. Meyrowitz, 'Les Armes Nucleaires et le Droit de la Guerre', *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges* (ed. A. J. M. Delissen ve G. J. Tanja), Dordrecht, 1991.



düzenleyen normlarla beraber düşünülmesi gerektiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla kullanılan silahların tipi ve bunların kullanılma biçimi de uluslararası hukukta bir güç kullanımının meşruiyetini analiz ederken kurulacak hukuki denklemin bir parçasıdır.<sup>128</sup> Devletlerin bu konudaki uygulamalarını analiz eden Divan, nükleer silahların gerek özel olarak, gerek açık bir hükümlerle yasaklanmış olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>129</sup> Divan'a göre 1899 İkinci Lahey Deklerasyonu, 1907 Lahey Düzenlemeleri'nin madde 23(a)'sı ve 1925 Cenevre Protokolü uyarınca açıkça yasaklanmış olan zehirli gazların aksine,<sup>130</sup> bu silahlar nükleer silahların elde edilmeleri, üretilmeleri, yerleştirilmeleri ve test edilmelerine dair antlaşmalar<sup>131</sup> dışında yasaklanmış sayılmamıştır.<sup>132</sup> Keza Genel Kurul'un birlikte ele alındığında bunların yasaklanmasına götüreceği yeni bir kuralın oluşması için gerekli olan *opinio juris* ortaya koymakta yetersiz kalmış olan bir dizi kararı ile böyle bir yasak getirildiği söylenemez.<sup>133</sup> Divan uluslararası insancıl hukuk prensipleri açısından, bunların uygulanırılığına dikkat çekmenin ötesinde bir sonuca ulaşmamıştır. Divan ayrıca tarafsızlığa ilişkin bir prensibin mi, uluslararası insancıl hukuk prensiplerinin mi, yoksa meşru müdafıa normunun kendisinin mi, nükleer silahların tehdit veya kullanılmasını yasakladığı hususunda bir karar verememiştir.<sup>134</sup> Ancak Divan'ın ulaşmış olduğu oldukça zayıf nitelikteki bu netice, bütün nükleer silah denemelerini yasaklama yönünde devam eden çabaların yanı sıra, belli coğrafi alanlarda bu silahları yasaklayan gittikçe artan sayıdaki antlaşmalar ve nükleer silah sahibi beş devletin bu silahları Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Antlaşması'na taraf olan nükleer silah sahibi olmayan devletlere karşı kullanmayacaklarına dair 1995 yılındaki taahhüdü bağlamında ele alınmalıdır.<sup>135</sup> Bununla beraber bu karar uyarınca nükleer silahları bulundurmanın ve bunları en son çare olarak ve meşru müdafıa hakkını düzenleyen kriterlere sıkıca uyararak kullanmanın uluslararası hukukta yasaklanmadığı açıkça anlaşılmaktadır.<sup>136</sup>

<sup>128</sup> Divan 'meşru müdafıa hukukuna göre orantılı bir güç kullanmanın meşru olabilmesi için ayrıca silahlı çatışmalara uygulanan hukukun gereklerini de karşılamak zorundadır' demiştir, ICJ Reports, 1996, ss. 226, 245; 110 ILR, s. 163. Divan ayrıca kullanılan silahların tipine bakılmaksızın, tarafsızlık prensibinin bütün uluslararası silahlı çatışmalara uygulanabileceğine de işaret etmiştir, ICJ Reports, 1996, s. 261. Ayrıca bkz., *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 3, 112; 76 ILR, ss. 349, 446.

<sup>129</sup> ICJ Reports, 1986, s. 247.

<sup>130</sup> *A.g.e.*, s. 248. Ayrıca, 1972 Bakteriyolojik Silahlar Antlaşması ve 1993 Kimyasal Silahlar Antlaşması gibi diğer kitle imha silahları antlaşmalarında olduğu gibi, *a.g.e.*, ss. 248–9. Ayrıca bkz. *The Chemical Weapons Convention: A Commentary* (ed. W. Krutzsch, E. Myjer ve R. Trapp), Oxford, 2014.

<sup>131</sup> Örnek olarak 10 Şubat 1947 Barış Antlaşmaları; 1955 Avusturya Devleti Antlaşması; 1963 Nükleer Test Yasağı Antlaşması; 1967 Dış Uzay Antlaşması; Latin Amerika'da Nükleer Silahların Yasaklanmasına dair 14 Şubat 1967 Tlatelolco Antlaşması; 1968 Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Antlaşması (1995'de süresiz olarak uzatılmıştır); 1971 Nükleer Silahların Okyanus Tabanı ve Toprak Altına Yerleştirilmesinin Yasaklanması Antlaşması; Güney Pasifiğin Nükleer Silahlardan Arındırılmasına Dair 6 Ağustos 1985 Rarotongo Antlaşması; 1990 Almanya'ya İlişkin Nihai Çözüm Antlaşması; 1995 Güney Doğu Asya'nın Nükleer Silahlardan Arındırılması Antlaşması ve 1996 Afrika'nın Nükleer Silahlardan Arındırılması Antlaşması.

<sup>132</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 226, 248–53; 110 ILR, s. 163.

<sup>133</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 254–5.

<sup>134</sup> *A.g.e.*, ss. 262–3 ve 266.

<sup>135</sup> Bkz., Güvenlik Konseyi kararı 984 (1995). Bu Antlaşma 1995 Gözden Geçirme ve Uzatma Konferansı'nda süresiz olarak uzatılmıştır, genel olarak bkz., [www.un.org/disarmament/WMD/Nuclear/NPT.shtml](http://www.un.org/disarmament/WMD/Nuclear/NPT.shtml). Antlaşma'ya günümüzde 190 devlet taraf olmuş olup, nükleer silah sahibi olmayan devletler bu tür silahları elde etmemeyi taahhüt etmekte ve barışçıl nükleer faaliyetlerinde kullandıkları nükleer materyelleri IAEA (Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı) gözetimine sunma yükümlülüğünü yüklenmektedirler. Bu devletlerin arasında yer alan İran'ın nükleer silah elde etme yönünde ilerlediğinden şüphelenilmektedir, genel olarak bkz., [www.iaea.org/news-center/focus/iaeaيران/index.shtml](http://www.iaea.org/news-center/focus/iaeaيران/index.shtml) ve Güvenlik Konseyi kararları 1696 (2006); 1737 (2006); 1747 (2007); 1803 (2008); 1835 (2008); 1929 (2010); 1984 (2011); 2049 (2012) ve 2105 (2013). Kuzey Kore bu antlaşmadan çekilen tek taraftır, bkz., [www.nti.org/treaties-and-regimes/treaty-on-the-non-proliferation-of-nuclear-weapons/](http://www.nti.org/treaties-and-regimes/treaty-on-the-non-proliferation-of-nuclear-weapons/) ve nükleer testler yapmakla suçlanmıştır, örneğin bkz., Güvenlik Konseyi kararı 2094 (2013).

<sup>136</sup> Ayrıca bkz., UK, *Manual*, ss. 117 vd. ve US *The Law of Land Warfare*, 1956, s. 35 ve US Department of Defense Manual, Bölüm 6.18, s. 391.

Belli silahlara uluslararası hukukta pek çok özel yasaklar getirilmiştir.<sup>137</sup> Bunun örnekleri arasında 1868 St Petersburg formülü altında yasaklanan küçük roketler, 1899 Lahey Deklarasyonu ile yasaklanan dom dom kurşunları ve 1899 Lahey Deklarasyonu ile ve 1925 Cenevre Protokolü ile yasaklanan boğucu ve zehirli gazlar bulunmaktadır.<sup>138</sup> 1980 Konvansiyonel Silahlar Antlaşması'nın,<sup>139</sup> I. Protokolü uyarınca X ışınlarına yakalanmayan silahların kullanılması yasaklanırken, II. Protokol (1996'da kısmen değiştirilmiştir) ile sivillere karşı mayın ve bubi tuzaklarının kullanılması, III. Protokol ile sivillere karşı ve sivillerin yoğun olduğu yerlerde bulunan askeri hedeflere karşı hava yoluyla atılan yanıcı silahların kullanılması, IV. Protokol ile kör edici lazer silahlarının kullanılması yasaklanmış ve son olarak V. Protokol ile savaştan kalan patlayıcıların imhası ele alınmıştır. 1997'de Anti-Personel Mayınlarının Kullanılması, Depolanması, Üretimi ve Transferinin Yasaklanması ve Bunların İmhasına Dair Ottawa Sözleşmesi kabul edilmiştir.<sup>140</sup>

1949 Sözleşmeleri'ne Ek I. Protokol'ün 35(3) maddesinde doğal çevreye yaygın, uzun süreli ve ciddi zarar vermeyi amaçlayan veya vermesi beklenebilecek olan, savaş yöntem ve araçlarının kullanımının yasaklanması öngörülmektedir.<sup>141</sup> Ayrıca madde 55'de savaş halinde doğal çevrenin, oradaki halkın sağlığı veya hayatta kalmasını tehlikeye sokabilecek nitelikteki zararlara karşı korunması için özen gösterilmesi istenmekte ve doğal çevreye karşı misilleme yoluyla yapılacak saldırıların yasak olduğuna dikkat çekilmektedir. 1977 Çevresel Modifikasyon Tekniklerinin Askeri veya Diğer Saldırgan Amaçlarla Kullanılmasının Yasaklanmasına Dair Sözleşme ile diğer bir taraf devleti tahrip, zarar veya hasar verme aracı olarak yaygın, uzun süreli veya ciddi etkileri olan bu tür faaliyetler yasaklanmaktadır. Giderek artan bir endişe konusu ise dronların (uzaktan kumanda edilen uçak veya insansız hava araçları) kullanılmasıdır.<sup>142</sup> Bunların kullanılması kendi başına hukuka aykırı olmasalar da, bu kullanımlar insanlı uçaklar ve

<sup>137</sup> Örnek olarak bkz., Green, *Armed Conflict*, ss. 150 vd. ve Dinstein, *Conduct of Hostilities*, Bölüm 3.

<sup>138</sup> Örnek olarak ayrıca bkz., 1972 Bakteriyolojik Silahların Geliştirilmesi, Üretilmesi ve Stoklanmasının Yasaklanması Sözleşmesi ve 1993 Kimyasal Silahların Geliştirilmesi, Üretilmesi, Stoklanması ve Kullanılmasının Yasaklanması ve Bunların İmhası Sözleşmesi. İran-İrak Savaşı'nda kimyasal silahların kullanılması konusunda bkz., 21(3) *UN Chronicle*, 1984, s. 3.

<sup>139</sup> Bkz., Shaw, 'Conventional Weapons'. Madde 1, 2001 yılında tadil edilmiştir.

<sup>140</sup> 30 Mayıs 2008'de parça tesirli bombaların kullanımı, stoklanması, üretimi ve taşınmasını yasaklayan bir Sözleşme kabul edilmiştir.

<sup>141</sup> Örnek olarak bkz., 1991 Körfez Savaşı sırasında Irak tarafından kasıtlı olarak büyük miktarda petrolün Körfez'e dökülmesi: Bkz., *The Economist*, 2 Şubat 1991, s. 20. Ayrıca bkz., Green, *Armed Conflict*, s. 162, ve Rogers, *Law of the Battlefield*, Bölüm 6. 2013 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu bu konuyu 'Silahlı Çatışmalarda Çevrenin Korunması' başlıklı gündemine almıştır. Bugüne kadarki taslak ilkelere için bkz. A/68/10, para. 131. Bkz. A/CN.4/L.870/Rev.1 ve A/CN.4/L.876 (sırasıyla 26 Temmuz ve 3 Ağustos 2016) .

<sup>142</sup> Örnek olarak bkz., M. N. Schmitt, 'Unmanned Combat Aircraft Systems and International Humanitarian Law', 30 *Boston University International Law Journal*, 2012, s. 595. Ayrıca bkz., Dinstein, *Conduct of Hostilities*, ss. 116 ve 149-51, ve R. Vogel, 'Drone Warfare and the Law of Armed Conflict', 39 *Denver Journal of International Law and Policy*, 2011, s. 101, ve F. Megret, 'The Humanitarian Problem with Drones', <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=2228659>. Otonom silahların geliştirilmesi ile alakalı artan kaygılar için örneğin bkz. Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, *Autonomous Weapons Systems under International Law*, Geneva, 2014; K. Anderson, D. Reisner ve M. Waxman, 'Adapting the Law of Armed Conflict to Autonomous Weapon Systems', 90 *International Law Studies*, US Naval War College, 2014, s. 393 ve W.H. Boothby, *Conflict Law: The Influence of New Weapons: Technology, Human Rights and Emerging Actors*, The Hague, 2014. Ayrıca bkz. ICRC Report of Expert Meeting on Autonomous Weapons System, Mart 2016, <https://shop.icrc.org/autonomous-weapon-systems.html>

genel insancıl hukukun ilgili kuralları tarafından düzenlenmektedir.<sup>143</sup> Bunların kendi başlarına çalışma imkanının gerçekleşmesi halinde fiilen kullanılmaları ihtimalinin artıp artmayacağı ise henüz belli değildir.

## ULUSLARARASI VE İÇ SİLAHLI ÇATIŞMALAR

Uluslararası insancıl hukuk kuralları bütün silahlı çatışmalara uygulanır. Dolayısıyla Sözleşmelerin uygulanması için resmi bir savaş ilanına gerek yoktur. “Silahlı çatışma” kavramının kendisi Sözleşmelerde ve Protokollerde tanımlanmamış olsa da ‘devletler arasında ortaya çıkan ve silahlı kuvvetlerin mensuplarının müdahalesine yol açan her uyumsuzluk bir silahlı çatışmadır’, ayrıca ‘devletler arasında bir silahlı kuvvete başvurulması veya hükümet makamları ile devletin içindeki organize silahlı gruplar arasında uzun süreli silahlı şiddet hallerinde bir silahlı çatışma mevcuttur’ denilmektedir.<sup>144</sup>

Tarihsel olarak uluslararası ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar arasında,<sup>145</sup> uluslararası hukukun asıl konusu olan devletler arası meseleler ile geleneksel olarak devletlerin iç yetkisine giren ve bu nedenle prensip olarak uluslararası hukuki düzenlemelerden etkilenmeyen devlet içi meseleler arasındaki fark üzerine kurulu olan bir ayırım yapılmıştır.<sup>146</sup> Ancak bu ayırım, esasen uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların sayısındaki çok fazla artış ile uluslararası olan ve uluslararası olmayan karma çatışma durumlarındaki artış sebebiyle, geçtiğimiz on yıllarda çökmeye başlamıştır. İnsancıl hukuk alanında bu gelişme, bu tür kuralların artık aşamalı olarak iç silahlı çatışmalara da uygulanmasında gözlenebilmektedir.<sup>147</sup> Silahlı çatışma kavramı yakın zamanda Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Makamı’nın *Tadic* davasındaki<sup>148</sup> yetki meseleleri hakkındaki kararında tartışılmıştır. Bu davada silahlı çatışma kavramı yalnızca belli bir zaman ve yerdeki gerçek savaş hallerini kapsadığından ve Mahkeme önünde iddia edilen olaylar bir savaş sırasında gerçekleşmediğinden, mevcut davadaki şartlar açısından Eski Yugoslavya’da böyle bir silahlı çatışmanın bulunmadığı iddia edilmiştir. Mahkeme’nin

<sup>143</sup> Örnek olarak bkz., Özel Raportör’ün yargısız, kısa süreli veya keyfi infazlara dair görüşü, *Study on Targeted Killings*, Human Rights Council, A/HRC/14/24/Add.6, (2010); ABD yetkililerinin açıklamaları için, örneğin bkz., Brennan, <http://www.cfr.org/counterterrorism/brennans-speech-counterterrorism-april-2012/p28100>; Holder: [www.justice.gov/iso/opa/ag/speeches/2012/ag-speech-1203051.html](http://www.justice.gov/iso/opa/ag/speeches/2012/ag-speech-1203051.html); Johnson, [www.cfr.org/national-security-and-defense/jeh-johnsons-speech-national-security-law-lawyers-lawyering-obamaadministration/p27448](http://www.cfr.org/national-security-and-defense/jeh-johnsons-speech-national-security-law-lawyers-lawyering-obamaadministration/p27448); ve Koh: [www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm](http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm). Ayrıca bkz., İngiliz Savunma Bakanlığı, *The UK Approach to Unmanned Aircraft Systems*, Joint Doctrine Note 2/11, 2011. Ayrıca bkz., J. Pejic, ‘Extraterrestrial Targeting by Means of Armed Drones: Some Legal Implications’, *International Review of the Red Cross*, 2015, s. 1 ve House of Lords and House of Commons Joint Committee on Human Rights, *The Government’s Policy on the Use of Drones for Targeted Killing*, Second Report of Session 2015-6, 2016.

<sup>144</sup> J. Pictet, *Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 1952, cilt I, s. 29. *Tadic* davasında, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Temyiz Dairesi ‘devletler arasında bir silahlı güce başvurma veya hükümet otoriteleri ile organize silahlı gruplar arasında veya bir devletin içindeki bu tür gruplar arasında uzun süreli bir silahlı şiddet durumu varsa, ortada bir silahlı çatışma mevcuttur’ tespitini yapmıştır, IT-94-1, Decision on Jurisdiction, paragraf 70; 105 ILR, ss. 453, 488. Ayrıca bkz., ICRC Commentary to the First Geneva Convention, 2016, para. 220 vd., [https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BE2D518CF5DE54EAC1257F7D0036B518#49\\_B](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=BE2D518CF5DE54EAC1257F7D0036B518#49_B) ve L. Hill-Cawthorne, ‘Humanitarian Law, Human Rights Law and the Bifurcation of Armed Conflict’, 64 ICLQ, 2015, s. 293.

<sup>145</sup> Örnek olarak bkz., Green, *Armed Conflict*, Bölüm 3. Ayrıca bkz., D. Akande, ‘Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts’, Wilmshurst, *Classification of Conflicts*, s. 32.

<sup>146</sup> İşgal altındaki topraklarda gerçekleşen silahlı çatışmalar uluslararası silahlı çatışma teşkil etmektedir. Örneğin bkz., Dinstein, *Belligerent Occupation*, pp. 33-4. Ayrıca bkz. Ortak madde 2, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri; madde 6, 4 No’lu Cenevre Sözleşmesi; madde 1(4), 1977 tarihli Ek Protokol I ve *Public Committee Against Torture in Israel v. Government of Israel*, Israeli Supreme Court, 13 Aralık 2006, 101 AJIL, 2007, s. 459. Karşılaştırma için bkz., S. Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, 2012, ss. 529 vd.

<sup>147</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>148</sup> Case No. IT-94-1-AR 72; 105 ILR, ss. 453, 486 vd.

Temyiz Makamı ise, uluslararası veya iç, silahlı çatışmaların coğrafi ve zamansal olarak dar bir tanımını benimsemeyi haklı olarak reddetmiştir. Bu konuda şöyle denilmiştir:<sup>149</sup>

*“Uluslararası insancil hukuk bir silahlı çatışmanın başlamasından itibaren uygulanmakta ve çatışmaların durmasının da ötesine uzanarak genel bir barışa varılana; veya, bir iç çatışma durumunda, barışçıl bir çözüm gerçekleşene kadar uygulanmaya devam etmektedir. O ana kadar uluslararası insancil hukuk savaşan devletlerin ülkelerinin tamamında veya, bir iç çatışma durumunda, gerçek çatışmalar burada olsun ya da olmasın bir tarafın kontrolü altındaki bütün ülkede uygulanmaya devam eder.”*

Söz konusu tanım bir uluslararası veya uluslararası olmayan silahlı çatışmayı veya bu ikisinin bir çeşit karışımını içerip içermediği tartışılan Eski Yugoslavya’daki durumun özgün bağlamında ortaya atılmıştır. Bu durumun açıklığa kavuşturulması buraya uygulanacak ilgili hukukun saptanmasında etkili olacağından önemli olmuştur. Güvenlik Konseyi ise bu çatışmanın tabiatı hakkında böyle bir sınıflandırmada bulunmamış, sadece sivillerin kitlesel olarak zorla yerinden uzaklaştırılması ve sürülmesi, sivillerin hapse atılması ve kötü muameleye uğraması ve savaşçı olmayanlara karşı kasdi saldırılar dahil uluslararası insancil hukukun her türlü yaygın ihlalini kınamış ve bunlara son verilmesi çağrısı yapmıştır.<sup>150</sup> Temyiz Makamı ise ‘eski Yugoslavya’daki çatışmaların hem iç hem de uluslararası boyutları olduğu’ sonucuna varmıştır.<sup>151</sup> Bu tür çatışmalar yer ve zamana göre farklı şekillerde sınıflandırılacağından özellikle karmaşık bir durum yaratılmaktadır. Ancak bu tanımın yaratabileceği birçok zorluk insancil hukukun iç silahlı çatışmalara gittikçe genişerek uygulanmasına yönelik bir kabul ile hafiflemiştir.<sup>152</sup> Bu gelişme kısmen iç çatışmaların giderek artan sayısı ve kısmen de bunların yürütülmesi sırasında yaşanan giderek artan acımasızlıklar yüzünden ortaya çıkmıştır. Modern dünyada devletlerin birbirlerine olan artan bağımlılığı, üçüncü devletlerin ve uluslararası örgütlerin özellikle modern iletişim araçlarının kapsamı ve ısrarı sayesinde iç çatışmaları görmezden gelmelerini giderek daha fazla zorlaştırmakta ve uluslararası insan hakları hukukunun evrimi de diğer devletlerde olup bitenlerin başka bir devlet veya kişiyi ilgilendirmediklerine dair inanç ve normun sona ermesine katkıda bulunmaktadır.<sup>153</sup> Dolayısıyla uluslararası toplum uluslararası insancil hukukun iç çatışmalara uygulanmasını talep etmede artık daha isteklidir.<sup>154</sup> *Tadic* davasında Temyiz Makamı (yetki meselelerini tartışırken) ‘savaş hukuku ve adetlerinin ihlali’<sup>155</sup> bakımından kendisine yetki tanıyan, Statü’nün 3. maddesinin ‘bunların bir iç veya uluslararası silahlı çatışmada yaşanıp yaşanmadığına bakılmaksızın’ bu yetkiyi kendisine verdiği sonucuna varmıştır.<sup>156</sup> Temyiz Makamı kararında şu hususa dikkat çekmiştir,

<sup>149</sup> *A.g.e.*, s. 488. Bu karara UCM Yargı Dairesi tarafından *Lubanga* davasında atf yapılmıştır, ICC-01/04-01/06, 2012, paragraf 531 vd.

<sup>150</sup> Örnek olarak bkz., Güvenlik Konseyi kararı 771 (1992). Ayrıca bkz., C. Gray, ‘Bosnia and Herzegovina: Civil War or Inter-State Conflict? Characterisation and Consequences’, 67 BYIL, 1996, s. 155.

<sup>151</sup> Case No. IT-94-1-AR; 105 ILR, ss. 453, 494. Bu görüş UCM Yargı Dairesi tarafından *Lubanga* davasında onaylanmıştır, ICC-01/04-01/06, 2012, paragraf 539-40.

<sup>152</sup> *A.g.e.*, ss. 495 vd.

<sup>153</sup> Örnek olarak bkz., Genel Kurul kararları 2444 (XXV) ve 2675 (XXV), 1970’de oybirliği ile kabul edilmiştir.

<sup>154</sup> Örnek olarak bkz., Liberya iç savaşına dair Güvenlik Konseyi kararları 788 (1992), 972 (1995) ve 1001 (1995); Somali hakkındaki Güvenlik Konseyi kararları 794 (1992) ve 814 (1993); Gürcistan hakkındaki Güvenlik Konseyi kararı 993 (1993) ve Afganistan hakkındaki kararı 1193 (1998).

<sup>155</sup> Bu kavram şu anda uluslararası insancil hukuk kavramı içinde ele alınan eski bir terimdir. Madde 3 bu tür ihlallerin sınırlı olmamakla birlikte şunları içerdiğini açıklamaktadır: zehirli gazların veya gereksiz acıya neden olması muhtemel diğer silahların kullanılması; şehirlerin, kasabaların veya köylerin nedensiz yıkılması veya askeri gereklilik olmadan yapılan tahribat; savunmasız kasaba, köy veya binalara saldırma veya bombalama; dine, hayır işlerine ve eğitime ayrılmış kurumlara, bilim ve sanat eserlerine ve tarihi anıtlara ve bilim ve sanat yapılarına el konulması, yıkılması veya kasden zarar verilmesi ve kamusal veya özel malların yağmalanması.

<sup>156</sup> Case No. IT-94-1-AR 72; 105 ILR, ss. 453, 504. Ayrıca bkz., *Furundzija* davası, Case No. IT-95-17/1 (II. Yargı Dairesi’nin kararı, 10 Aralık 1998); 121 ILR, ss. 213, 253-4.

*“Bir silahlı çatışma şayet iki veya daha fazla devlet arasında meydana geliyorsa uluslararası olduğu tartışılmazdır. Buna ek olarak bir devletin ülkesinde patlak veren bir iç silahlı çatışma halinde, bu çatışma şayet (i) bir diğer devlet o çatışmaya askeri güçleri ile müdahale ederse, veya alternatif olarak şayet (ii) iç silahlı çatışmaya katılanlardan bazıları bir başka devlet adına hareket ederse, uluslararası (veya şartlara bağlı olarak bir iç silahlı çatışmanın yanı sıra uluslararası karakterde de olan) bir hale gelebilir.”<sup>157</sup>*

Temyiz Makamı, Bosna’daki çatışma 19 Mayıs 1992’ye kadar Federal Yugoslavya Ordusu’nun açıkça müdahalesi nedeniyle uluslararası karakterde olsa da, bu ordunun söz konusu tarihte çekilmesinin ardından bu konuda bir sorunun ortaya çıktığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, ilk bakışta dahili gibi gözüken bir silahlı çatışmada, silahlı güçlerin bir yabancı güç adına hareket ediyor sayılabilmesini belirleyen ve bu suretle çatışmayı uluslararası bir hale getiren hukuki kriterleri incelemiştir. Bu açıdan Mahkeme savaş esirlerinin statüsünü tanımlayan Üçüncü Cenevre Sözleşmesi’nin 4. maddesini<sup>158</sup> incelemiş ve uygulamada devletlerin muharebenin yürütülmesi sırasında savaşanların paramiliter güçleri ve diğer düzensiz birlikleri kullanmalarına, yalnızca bu savaşanların söz konusu birlikler tarafından işlenen ihlaller açısından sorumluluk almaya hazır olmamaları şartıyla, izin verdiklerine dikkat çekmiştir. Düzensiz birliklerin meşru savaşçı niteliğine sahip olabilmeleri için bir uluslararası silahlı çatışma tarafının onlar üzerinde kontrolünün olması ve bu suretle bir bağımlılık ve sadakat ilişkisinin bulunması gereklidir. Dolayısıyla 4. maddede kullanılan ‘çatışmanın bir tarafına ait olma’ terimi zımnen bir kontrol testine gönderme yapmaktadır.<sup>159</sup>

‘Kontrol’ün ne anlama geldiğine karar vermek üzere Uluslararası Divan’ın *Nicaragua* davasındaki kararı incelenmiş<sup>160</sup> ve buradaki tanım reddedilmiş, bunun yerine Temyiz Makamı daha zayıf bir kriteri tercih ederek, bir askeri veya paramiliter grubun eylemlerinin bir devlete izafe edilebilmesi için o devletin grup üzerinde, grubu teçhiz ve finanse etmenin yanı sıra ayrıca onun askeri faaliyetlerinin koordinasyonu veya genel planlamasına yardım etmek suretiyle, genel bir kontrol icra ettiğinin ispatlanması gerektiği sonucuna varmıştır. Ancak buna ek olarak devletin bu grubun başkanı veya mensuplarına uluslararası hukuka aykırı belli eylemler işlenmesi için talimatlar verdiğinin ispatı gerekli görülmemiştir.<sup>161</sup>

Dolayısıyla uluslararası ve iç silahlı çatışmalar arasındaki ayırım çizgisi bir yabancı devletin ya doğrudan bir iç çatışmaya müdahale etmesi veya bu çatışmada savaşan bir grup üzerinde bir ‘genel kontrol’ icra etmesi noktasında çizilebilecektir.

*Kunarac* davasında Temyiz Makamı çatışmaların seyrek olduğu ve ilgili devletin ülkesinin tamamına yayılmadığı hallerde silahlı çatışmanın anlamı meselesini tartışmıştır. Mahkeme savaş hukukunun savaşan devletlerin bütün ülkesinde ve genel bir barış neticesine ulaşana kadar uygulanacağına ya da bir iç silahlı çatışma durumunda gerçek muharebe burada gerçekleşsin veya gerçekleşmesin çatışmanın bir tarafının kontrolü altındaki bütün yerlerde ve barışçıl bir çözüm gerçekleşene kadar uygulanacağına hükmetmiştir. Bu nedenle bir

<sup>157</sup> 15 Temmuz 1999 tarihli karar, paragraf 84; 124 ILR, s. 96.

<sup>158</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>159</sup> 15 Temmuz 1999 tarihli karar, paragraf 94 ve 95; 124 ILR, s. 100.

<sup>160</sup> Bu davada ABD’nin ‘Kontra’ isyancılar açısından sorumluluğunu tespit edebilmek için, bir devletin bir militer veya paramiliter grup üzerinde etkin kontrolünün bulunduğunu göstermek yeterli görülmemiş, ayrıca ihlallerin yapılmış olduğu belli bir operasyon üzerinde de etkin kontrolünün bulunduğunu göstermenin gerekli olduğuna karar verilmiştir. Nikaragualı Kontralara tarafından işlendiği iddia edilen ‘insan hakları ve insancıl hukuka aykırı eylemler’ açısından ABD’nin sorumlu olduğunu tespit edebilmek için ABD’nin bu eylemlerin işlenmesini özel olarak ‘yönetmiş veya uygulamış’ olduğunun ispatlanması gereklidir. Bkz., ICJ Reports, 1986, ss. 14, 64–5; 76 ILR, s. 349. Uluslararası Divan *Genocide Convention (Bosnia v. Serbia)* davasında, ICJ Reports, 2007, ss. 43, 204 vd. bu konuda *Nicaragua* davasındaki söz konusu kararını teyid etmiş ve *Tadic* davasındaki kararı dışarda tutmuştur. Bkz., yukarıda 13. Bölüm.

<sup>161</sup> 15 Temmuz 1999 tarihli karar, paragraf 131 ve 145; 124 ILR, ss. 116 ve 121.

savaş hukuku kuralı veya adetin ihlali gerçekte hiçbir muharebenin yaşanmadığı zaman ve yerlerde de gerçekleşebilecektir.<sup>162</sup>

Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak insancıl hukuk kuralları giderek artan bir şekilde benzer hale gelmiş olmasına rağmen, bu iki tür çatışmada uygulanacak kurallar (örneğin hapsedmeye<sup>163</sup> ve kovuşturmayla ilişkin olan kurallar gibi) arasında hala farklar bulunmaktadır. Bu yüzden çatışmanın doğru biçimden nitelendirilmesinin uygulamada hukuki sonuçları olacaktır. Böyle bir durum, iç savaş unsurlarının Suriye, İran ve Batılı devletlerin, özellikle IŞİD'e karşı Batı müdahalesi dikkate alındığında, etkin silahlı müdahalesi ile birleştiği Suriye çatışmasında ortaya çıkmaktadır.<sup>164</sup> Böyle bir müdahalenin uluslararası silahlı çatışma (bu gruplara karşı saldırıların Suriye'nin rızası olmadan gerçekleşiyor olmasından dolayı) olarak ya da saldırılar Suriye hükümetine karşı olmadığı ve belki de üstü kapalı biçimde Suriye tarafından desteklendiği için uluslararası olmayan nitelikte olarak görülüp görülemeyeceği tartışmalı bir meseledir.<sup>165</sup>

## ULUSLARARASI OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALAR<sup>166</sup>

Her ne kadar 1949 Cenevre Sözleşmeleri uluslararası silahlı çatışmalarla ilgili olsalar da, bunların ortak 3. maddesine taraflardan birinin ülkesinde meydana gelen uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda, hasta ve yaralılar dahil, çatışmalara aktif olarak katılmayanları koruması için bir dizi minimum güvence öngörülmektedir.<sup>167</sup> Bu maddenin her olayda tam olarak hangi hallerde uygulanacağına karar verilmesi zordur. Zira uluslararası olmayan silahlı çatışmaların büyük çaplı iç savaşlardan göreceli olarak küçük kargaşalara kadar uzanabileceği iddia edilebilir. Bu durum Cenevre Sözleşmeleri'nin uygulanmasının politik olası sonuçlarından

<sup>162</sup> 12 Haziran 2002 tarihli karar, Case No. IT-96-23 ve IT-96-23/1, paragraf 57.

<sup>163</sup> Uluslararası silahlı çatışma durumunda Dördüncü Cenevre Sözleşmesi hükümleri, iç silahlı çatışma durumunda ulusal hukuk uygulanır. Uluslararası silahlı çatışmalarda kovuşturma durumlarında savaşan muafiyeti, iç silahlı çatışmalarda ulusal hukuk kuralları uygulanır.

<sup>164</sup> Bkz. bu bölümde aşağıda.

<sup>165</sup> Bkz. Watkin, *Fighting at the Legal Boundaries*, ss. 339 vd. ve D. Akande'nin yorumları, <http://www.ejiltalk.org/are-extraterritorial-armed-conflicts-with-non-state-groups-international-or-non-international/> ve <http://www.ejiltalk.org/when-does-the-use-of-force-against-a-non-state-armed-group-trigger-an-international-armed-conflict-and-why-does-this-matter/#more-14663> ve buralarda atf yapılan kaynaklar. Birinci Cenevre Sözleşmesi'nin 2. maddesine dair Mart 2016 tarihli UKHK'nin güncel yorumu (para. 257 vd) üçüncü bir devletin silahlı kuvvetlerinin bir başka devletteki isyancılara yardım yapması durumunda, bunun uluslararası silahlı çatışma teşkil ettiğini belirtmektedir. Bkz., <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary>. *Tadić* Yargılama Kararı'nda (IT-94-1-T, 7 Mayıs 1997, para. 84) şu ifade edilmiştir: 'İki veya daha fazla devletin yer aldığı silahlı çatışmaların uluslararası silahlı çatışma olduğuna şüphe yoktur. İlaveten eğer (i) birlikleri aracılığıyla bir başka devlet çatışmaya müdahale ederse veya alternatif olarak (ii) iç silahlı çatışmada yer alan taraflardan bir kısmı başka devletler namına hareket ederse, bir devletin ülkesinde ortaya çıkan iç silahlı çatışma uluslararası hale gelebilir (ya da şartlara bağlı olarak iç silahlı çatışma yanında uluslararası nitelik taşıyabilir)'

<sup>166</sup> Örnek olarak bkz., Y. Dinstein, *Non-International Armed Conflicts in International Law*, Cambridge, 2014; S. Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*; UK, *Manual*, Bölüm 15; L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, 2002; A. Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge, 2010; Green, *Armed Conflict*, Bölüm 19, T. Meron, *Human Rights in Internal Strife*, Cambridge, 1987; Watkin, *Fighting at the Legal Boundaries*, Bölüm 9 ve M. N. Schmitt, 'Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflicts', 90 *International Law Studies*, US Naval War College, 2014, s. 1 Ayrıca bkz., International Institute of Humanitarian Law, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*, San Remo, 2006; *Non-International Armed Conflicts in the Twenty-first Century* (ed. K. Watkin ve A. Norris), Naval War College International Law Studies Vol. 88, 2012 ve ICRC, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, Geneva, 2008. Özellikle bkz. UK, *Manual*, Bölüm 15 ve US *Department of Defense Manual*, Bölüm XVII.

<sup>167</sup> Divan *Nicaragua* davasında, ICJ Reports, 1986, ss. 3, 114; 76 ILR, ss. 349, 448, ortak 3. maddenin 'uluslararası çatışmalara uygulanan daha ayrıntılı kuralların yanı sıra bir asgari ölçüt' olarak uluslararası olmayan silahlı çatışmalara da uygulanacağını açıklamıştır.

hoşlanmayabilecek olan bir devlet için problemler oluşturmakta ve bu gibi çatışmalarda bir diğer devletin bulunmaması nedeniyle ortaya çıkan karşılıklılık unsurunun eksikliği de uygulamadaki problemleri daha da zorlaştırmaktadır. Uluslararası Kızıl Haç Komitesi 1949 tarihli 1 No'lu Cenevre Sözleşmesi hakkındaki 2016 yılındaki Yorum'unda ortak madde 3'ün bir şiddet vakasına uygulanabilmesi için bunun belirli bir yoğunluk düzeyine ulaşması, bir silahlı çatışmaya taraf olma yeteneğine sahip devlet dışı silahlı gruplar tarafından işlenmesi ve bir devletin ülkesinde hükümet kuvvetleri ile bir veya daha fazla silahlı grup arasında ya da bu tür silahlı grupların kendi arasında gerçekleşen uluslararası olmayan bir silahlı çatışma olması gerektiğini tekrar teyid etmektedir. Silahlı çarpışma minimum yoğunluk düzeyine ulaşmalı ve çatışmada yer alan taraflar minimum örgütlenmeye sahip olmalıdır. Bu yaklaşım doktrin ve uygulama ile desteklenmektedir.<sup>168</sup> Bununla beraber 'minimum yoğunluk düzeyi'ne ne zaman erişileceği açık değilse de bu, silahlı çatışma teşkil etmeyen isyan, münferit şiddet eylemleri ve benzer nitelikteki diğer eylemlere uygulanmayacaktır.<sup>169</sup> 'Uzatılmış' kavramı çatışmanın süresine nazaran yoğunluğu bakımından tanımlanmıştır<sup>170</sup> ve bunu gösteren birçok unsur önerilmiştir.<sup>171</sup>

Ortak madde 3, minimum garantiler olarak şu hususları içermektedir:

"1. Çatışmalara aktif olarak katılmayan kişilere ırk, renk, din veya inanç, cinsiyet, doğum veya servete dayalı aleyhte bir ayırım yapılmadan insani şekilde muamele edilecektir.

Bu amaçla şunlar yasaktır:

- Hayata ve şahsa şiddet, özellikle öldürme, zalimane muamele ve işkence;
- Rehine alımı;
- İnsan onuruna tecavüz, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü muamele;
- Adil yargılama olmaksızın verilen mahkumiyet kararları ve cezaların infazı.

Yaralı ve hastaların bakımı yapılacaktır."

Ortak madde 3'ün<sup>172</sup> hükümleri bir devletin ülkesinde onun askeri güçleri ile muhalif askeri güçler arasında meydana gelen uluslararası olmayan silahlı çatışmalara, 1. madde uyarınca uygulanacak olan 1977 tarihli II. Protokol<sup>173</sup> tarafından daha da geliştirilmiştir. Muhalif güçlerin sorumlu bir komuta altında olması ve kendi toprakları üzerinde sürdürülebilir ve

<sup>168</sup> Paras. 422-4, [https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6C DFA490736C1C1257F7D004BA0EC#124\\_B](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6C DFA490736C1C1257F7D004BA0EC#124_B). Ayrıca bkz. *Tadić* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995, para. 70, ve Trial Judgment, 1997, para. 562.

<sup>169</sup> Bkz. madde 1(2), Protocol II ve bkz., madde 8(2)d, 1998 tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü. Madde 8(2), Roma Statüsü, iç çatışmalarda işlenmesi halinde savaş suçu teşkil edecek eylemlerin listesini sunmaktadır. Ayrıca bkz. Dinstein, *Non-International Armed Conflicts*, s. 21.

<sup>170</sup> *Tadić* Trial Judgment, IT-94-1-T, 7 May 1997, para. 562.

<sup>171</sup> Bkz. *Haradinaj* davası, IT-04-84-T, 3 Nisan 2008, para. 49. Bu unsurlar çatışmaların sayısı, süresi ve yoğunluğu, kullanılan silah ve diğer askeri ekipmanın türünü, ateşlenen cephanenin sayısı ve büyüklüğünü, çatışmalarda yer alan kişilerin sayısı ve kuvvetlerin haği tür olduğunu, kayıpların sayısını, maddi tahribatın ölçüsünü ve çatışma bölgelerinden kaçan sivillerin sayısını içermektedir. BM Güvenlik konseyi'nin müdahalesi de çatışmanın yoğunluğunun bir göstergesi olabilir.

<sup>172</sup> Divan *Nicaragua* davasında ortak 3. maddede yer alan kuralların 'temel insani değerleri' yansıttığını ifade etmiştir, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 114; 76 ILR, s. 349. Ayrıca bkz., *Tadić* davası, Case No. IT-94-1-AR; 105 ILR, ss. 453, 506.

<sup>173</sup> Elbette, 1977 I. Protokol, madde 1(4) uyarınca, uluslararası silahlı çatışmaların artık halkların sömürgeci hakiyete, yabancı işgale ve ırkçı rejimlere karşı savaştığı silahlı çatışmaları da içerdiği kabul edilmektedir: Bkz., D. Forsyth, 'Legal Management of International War', 72 AJIL, 1978, s. 272. I. Protokol'ün 96(3) maddesi bu tür halkları temsil eden otoriteden Cenevre Sözleşmeleri ve I. Protokolü uygulamayı üstlendiğini gösteren özel bir açıklama yapmasını istemektedir. İngiltere I. Protokolü onaylarken, 'bir silahlı çatışma içindeki bir halkı temsil eden gerçek bir otorite' tarafından yapılmış olduğunu açıkça tanımadığı bir otoritenin yapacağı böyle bir özel beyan ile bağlı olmayacağı yönünde bir açıklama yapmıştır: Bkz., UK, *Manual*, s. 384. Ayrıca İngiltere'nin I. Protokol bakımından 'yüksek yoğunlukta bir askeri operasyon' gerektiği, bu yüzden örnek olarak Kuzey İrlanda'daki durumun kapsam dışında kaldığı görüşü için, bkz., 941 HC Deb., col. 237.

planlı askeri operasyonlar yapmaları ve II. Protokol'ü fiilen uygulayabilmelerini sağlayacak şekilde bir kontrol icra etmeleri gereklidir. Yukarıda ifade edildiği gibi, Protokol, silahlı çatışma teşkil etmeyen isyan, münferit şiddet eylemleri ve benzer nitelikteki diğer eylemlere uygulanmayacaktır. Protokol savaşı olmayanların korunmasını amaçlayan temel garantileri ve diğer hükümlerin bir listesini içermektedir.<sup>174</sup> Özellikle yaşama, sağlığa ve kişilerin bedensel ve zihinsel dengesine yönelik işkence dahil şiddet eylemleri; topluca cezalandırma; rehine alma; terörizm eylemleri; tecavüz ve zorunlu fahişelik gibi kişisel onuru zedeleyici eylemler ve yağma gibi konulara ilişkin yasaklar dikkat çekicidir.<sup>175</sup> Bunların yanında çocukların korunması;<sup>176</sup> siviller arasında ciddi kayıplara neden olabilecek tehlikeli güçler taşıyan yapı veya tesislere saldırılması yasağı dahil sivillerin korunması;<sup>177</sup> yerlerinden edilmeleri dahil sivillere yapılacak bazı muameleler<sup>178</sup> ve mahkum ve tutuklular<sup>179</sup> ile yaralı ve hastalara yapılacak muamelelere ilişkin hükümler bulunmaktadır.<sup>180</sup>

Temyiz Makamı *Tadic* davasındaki yetkiye ilişkin kararında uluslararası insancıl hukuk kurallarının, iç savaşların sıklığı, dahili silahlı çatışmaların artan acımasızlığı, iç savaşların üçüncü tarafların karışmasını daha olası hale getiren geniş ölçekli tabiatı ve insan hakları hukukunun gelişimi dahil birçok neden yüzünden iç silahlı çatışmaları da düzenlemek üzere geliştiğine dikkat çekmiştir. Bu yüzden devletler arası ve iç savaşlar arasındaki ayrım konu insanlar olunca değerini yitirmektedir.<sup>181</sup> Gerçekten de uluslararası insancıl hukukun ana temalarından biri insan hakları hukukuna doğru giderek artış gösteren bir kayış ile oradan insancıl hukuka doğru gelen geçişliliktedir.<sup>182</sup> Bu açıdan insan onuruna saygı prensibi ortak bir temel sunmaktadır.<sup>183</sup>

İnsancıl hukukta iç silahlı çatışmaları düzenleyen prensipler gittikçe daha kapsamlı hale gelirken, uluslararası insan hakları hukukunun prensipleri de, özellikle olağanüstü hal zamanlarında bile ihlal edilemeyen temel sınırlanamaz haklar bakımından hızla ilerlemektedir.<sup>184</sup>

<sup>174</sup> Uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda çatışmanın yaşandığı devletin iç hukuku uygulanmaya devam eder ve ele geçirilen isyancılar, uluslararası silahlı çatışmalardaki savaşımların aksine, ne savaş esiri, ne de savaşımların muafiyetine (ör., meşru savaş eylemleri açısından milli ceza hukukundan muafiyet) hak kazanır, örneğin bkz., Crawford, *Treatment of Combatants*, s. 52 vd. Ayrıca bkz. *Khurts Bat v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2011] EWHC 2029 (Admin). Bununla birlikte hükümet veya isyancı tarafça ele geçirilen kişilerin insani muamele görmeye hakkı vardır: Örneğin bkz., UK, *Manual*, ss. 387 vd.

<sup>175</sup> Bkz., madde 4. Ayrıca bkz., B'ilkov'a, 'Belligerent Reprisals in Non-International Armed Conflicts'.

<sup>176</sup> Madde 6.

<sup>177</sup> Madde 15.

<sup>178</sup> Madde 17.

<sup>179</sup> Madde 5.

<sup>180</sup> Madde 10. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, ortak 3. madde ve II. Protokol ihlallerini yargılama yetkisine sahiptir. Bunlar Mahkeme'nin kendi Statüsü'nün 4. maddesi uyarınca şunları içermektedir: '(a) özellikle cinayet ve işkence, yaralama veya her türlü bedeni ceza dahil kişilerin hayatı, sağlığı ve fiziksel veya zihinsel sağlamlık hallerine yönelik şiddet; (b) toplu cezalandırma; (c) rehine alma; (d) terör eylemleri; (e) özellikle aşağılayıcı ve küçültücü muamele, tecavüz, zorunlu fahişelik ve her türlü ahlaksız saldırı dahil kişisel onura yönelik taciz; (f) yağmalama; (g) medeni halklar tarafından vazgeçilmez olarak tanınmış yargısal garantileri sağlayan muntazaman oluşturulmuş bir mahkemece önceden açıklanmış bir karar olmaksızın ceza vermek veya infaz gerçekleştirmek; ve (h) önceki eylemlerden birini yapma tehditleri.'

<sup>181</sup> Case No. IT-94-1-AR; 105 ILR, ss. 453, 505 vd. Ancak bkz., Moir, *Internal Armed Conflict*, ss. 188 vd. ve Meron, 'The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law', 90 AJIL, 1996, ss. 238, 242-3.

<sup>182</sup> Örnek olarak bkz., Moir, *Internal Armed Conflict*, Bölüm 5 ve R. Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge, 2002.

<sup>183</sup> Bkz., *Furundzija* davası, 121 ILR, ss. 213, 271.

<sup>184</sup> Örneğin bkz., 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, madde 15; 1966 Uluslararası Medeni ve Sivil Haklar Sözleşmesi, madde 4 ve 1969 Amerika Kitası İnsan Hakları Sözleşmesi, madde 27.



Ancak dahili şiddet seviyesinin belli bir yoğunluk ve devamlılık derecesine ulaştığı durumlarda dahi, silahlı çatışma prensipleri ile insan hakları prensipleri arasındaki örtüşmeye rağmen ortak 3. madde ile II. Protokol'deki gerekli eşliğin altında kaldığı için insancıl hukukun kapsamadığı bir iç çatışma alanı da mevcuttur.<sup>185</sup> Bu gibi durumlarla uluslararası insan hakları hukuku arasındaki boşluğu kapatmak üzere bazı çabalara girişilmiştir.<sup>186</sup> Uluslararası Kızıl Haç Komitesi bu tür iç çatışmalar üzerine yeni bir deklarasyon hazırlamayı düşünmektedir. Bunun yanında 1990 yılında bir grup uzman tarafından Minimum İnsancıl Standartlar Deklarasyonu adlı bir belge kabul edilmiştir.<sup>187</sup>

Bu Deklarasyon katletme, işkence ve tecavüz dahil yaşama, sağlığa ve kişilerin fiziksel ve zihinsel dengesine yönelik şiddet; topluca cezalandırma; rehine alma; bireylerin zorla kaybedilmelerine izin verme veya hoşgörme; yağmalama; gerekli gıda, içecek su ve ilaca erişimden mahrum bırakma ve bu eylemlerden birisi ile tehdit etme veya bunlara azmettirme ya da bunları işlemeyi yasaklamaktadır.<sup>188</sup> Buna ek olarak Deklarasyon özgürlüğünden mahrum bırakılmış kişilerin bilinen bir gözaltı merkezinde tutulmalarını (madde 4); terörü yayıcı şiddet eylemleri veya tehditlerinin yasaklanmasını (madde 6); bütün insanların doğuştan gelen yaşama hakkı olduğunu (madde 8); çocukların korunacağını; örneğin onbeş yaşının altındaki çocukların silahlı gruplara veya güçlere katılmasına izin verilmeyeceğini (madde 10); yaralı ve hastaların bakımının yapılacağını (madde 12) ve tıbbi, dini ve diğer insani yardım personelinin korunacağını ve bunlara yardım edileceğini öngörmektedir (madde 14).<sup>189</sup>

<sup>185</sup> Bkz., A. Hay, 'The ICRC and International Humanitarian Issues', *International Review of the Red Cross*, Jan-Feb. 1984, s. 3. Ayrıca bkz., T. Meron, 'Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife', 78 AJIL, 1984, s. 859; Meron, *Human Rights in Internal Strife*, ve Meron, 'On the Inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument', 77 AJIL, 1983, s. 589 ve T. Meron ve A. Rosas, 'A Declaration of Minimum Humanitarian Standards', 85 AJIL, 1991, s. 375.

<sup>186</sup> Uluslararası insan hakları hukuku açısından, genel olarak bkz., yukarıda 6. Bölüm. Problemler şu durumlarda ortaya çıkmaktadır: insancıl hukukun uygulama eşiği kriterine ulaşılmadığı için uygulanmaması; söz konusu devletin ilgili belgeye taraf olmaması; belli standartlardan bir olağan üstü hal ilanı nedeniyle sapılması ve ilgili tarafın bir hükümet olmaması: Bkz., A. Eide, A. Rosas ve T. Meron, 'Combating Lawlessness in Gray Zone Conflicts Through Minimum Humanitarian Standards', 89 AJIL, 1995, ss. 215, 217.

<sup>187</sup> Bu belge BM Alt-Komisyonu Raporu'nda yeniden yayınlanmıştır: Bkz., E/CN.4/1995/116 (1995) ve BM İnsan Hakları Komisyonu kararı 1995/29 ve E/CN.4/1995/81 ve 116. Ayrıca bkz., T. Meron ve A. Rosas, 'Current Development: A Declaration of Minimum Humanitarian Standards', 85 AJIL, 1991, ss. 375, 375-7.

<sup>188</sup> Madde 3.

<sup>189</sup> Ayrıca bkz., 1993 Savaş Mağdurlarının Korunmasına Dair Deklarasyon, A/48/742, Annex. İlaveten ilgili genel kuralları belirtmek amacıyla UKHK uluslararası olmayan silahlı çatışmalara ilişkin aşağıdaki açıklamayı yayınlamıştır: (1) Savaşanlarla siviller arasında ayırım gözetme yükümlülüğü uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak genel bir kuraldır. Ayırım gözetmeyen saldırıları yasaklamaktadır. (2) Sivil halka ya da sivil kişilere saldırma yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak genel bir kuraldır. Sivil halk arasında dehşet yayma amacı güden şiddet eylemleri de yasaktır. (3) Aşırı hasar veya gereksiz acı yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak genel bir kuraldır. Bu yasak, özellikle, engelli kişilerin acısını arttıran ya da onların ölümünü kaçınılmaz kılan savaş yöntemlerinin kullanılmasını yasaklamaktadır. (4) Düşmanı hain bir şekilde öldürme, yaralama ya da yakalama yasağı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak genel bir kuraldır. Bir uluslararası olmayan silahlı çatışmada, düşmanın uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak uluslararası hukuk uyarınca bir korumaya hak kazandığına inanmasına yol açarak güvenini istismar etmek hainlik teşkil eder. (5) Tıbbi ve dini personel ile tıbbi birimler ve ulaşımlara saygı ve onları koruma yükümlülüğü uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda uygulanacak genel bir kuraldır. (6) Sivil halka karşı saldırı yasağı genel kuralı, doğal olarak, sivil halk tarafından kullanılan meskenlere ve diğer tesislere saldırı yasağını da ifade eder. (7) Sivil halka karşı saldırı yasağı genel kuralı, doğal olarak, sivil halkın hayatını devam ettirebilmesi için gerekli olan nesnelere saldırma, bunları tahrip etme, nakletme veya kullanılamaz hale getirme yasağını da ifade eder. (8) Savaşanlar ile siviller arasında ayırım yapma ve sivil halka ya da sivil kişilere karşı saldırı yasağı, etkin olabilmek için, sivil halka, hasar, kayıp veya zarar vermekten kaçınmak için mümkün olan bütün önlemlerin alınmasının gerekli olduğu anlamına da gelir. Bkz. *International Review of the Red Cross*, Eylül-Ekim 1978, s. 247. Ayrıca bkz. Green, *Armed Conflict*, ss. 395-6.

## İNSANCIL HUKUKUN UYGULANMASI<sup>190</sup>

1949 Cenevre Sözleşmeleri ile 1977 I. Protokol'e taraf olanlar söz konusu belgelere saygı göstermeyi ve saygı gösterilmesini sağlamayı<sup>191</sup> ve bunlarda yer alan prensiplere ilişkin bilgileri yaymayı üstlenmişlerdir.<sup>192</sup> Aksine uygulamalar mevcut olsa da misillemelerin kullanılması yasaklanmıştır.<sup>193</sup> Bu yasağı uygulama araçlarından biri çatışmaya taraf devletlerden birinin kontrolü altında bulunan bir başka tarafın vatandaşlarının, savaş esiri veya işgal altındaki siviller olarak, menfaatlerini korumak üzere görevlendirilen Koruyucu Güç yöntemidir.<sup>194</sup> İkinci Dünya Savaşı sırasında İsveç ve İsviçre bu görevi icra etmiştir. Söz konusu Güç konuyla ilgili hükümlere uygun davranılmasını sağlamak zorundadır. Bu sistem koruma altındaki kişiler için bir çeşit garanti sağlamakta ve bu kişilerin vatandaşı oldukları devletle iletişimi için bir kanal işlevi görmektedir. Bu sistemin mahzurlu tarafı ise ilgili tarafların rızasına bağlı olmasıdır. Bu açıdan Koruyucu Gücün bu yetki ile hareket etmeye hazır olması yeterli olmayıp, hem koruma altındaki kişinin vatandaşı olduğu devletin, hem de bu kişileri elinde tutan devletin bu sistemin işlemesi için rıza göstermeleri gerekmektedir.<sup>195</sup> Bu görevin insancıl hukukun uygulanması ve işlemesi açısından böylesine önemli olmasına rağmen devlet egemenliği ve rızasına tabi olması bir dezavantajdır. Bu uygulamanın önemli ölçüde zayıflaması için sadece kişileri elinde tutan devletin işbirliği yapmayı reddetmesi yeterli olduğundan, bu gibi hallerde geriye yalnızca isteğe bağlı operasyonlar kalmaktadır. Bu tür durumlar birçok defa ortaya çıkmıştır; örnek olarak 1962 yılında Çin'in Hindistan ile çatışması üzerine Koruyucu Gücün görevlendirilmesine rıza göstermeyi reddetmesi, 1971'de Hindistan'ın bunu reddetmesi ve ardından Hindistan'ın elindeki Pakistanlı savaş esirleri bakımından bu uygulamayı reddetmesi gibi.<sup>196</sup> I. Protokol'de ayrıca Cenevre Sözleşmeleri ve bu Protokol'ün ağır ihlallerinin<sup>197</sup> veya diğer ciddi ihlallerin araştırılması ve dostane girişim yoluyla bu belgelere 'saygılı bir tavırla geri getirme'yi kolaylaştırmak üzere yetkilendirilmiş

<sup>190</sup> Örnek olarak bkz., UK, *Manual*, Bölüm 16 ve Best, *War and Law*, ss. 370 vd. Ayrıca bkz. C. Barrat, *Status of NGOs in International Humanitarian Law*, The Hague, 2014

<sup>191</sup> Ortak madde 1. Antlaşmalara taraf olan devletler, antlaşma hükümlerinden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmeye tabiidirler. Ayrıca soruşturma yükümlülüğü de mevcut bulunmaktadır. UKHK'nin teamül hukukuna dair çalışmasının 158. Kuralı şunu öngörmektedir: 'Devletler kendi vatandaşları ya da silahlı kuvvetleri tarafından kendi topraklarında işlendiği iddia olunan savaş suçlarını soruşturmalı ve, uygun olması durumunda, şüphelileri kovuşturmalıdır. Devletler ayrıca yetki alanları içindeki diğer savaş suçlarını da soruşturmalı ve, uygun olması durumunda, şüphelileri kovuşturmalıdır', [https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1\\_rul\\_rule158](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule158). Bu kural birçok antlaşma tarafından benimsenmiştir. Örneğin bkz. madde 6 (Soykırım Sözleşmesi), madde 28 (Lahey Kültürel Varlıkların Korunması Sözleşmesi) ve madde 7(1) (Kimyasal Silahlar Sözleşmesi). İlaveten Turkel Komisyon'u raporunun ikinci kısmı şunun altını çizmektedir: 'İhlallerin niteliği bağlamında, ihlal faillerini soruşturma ve yargı önüne çıkarma yükümlülüğünün sadece Sözleşmelerde tarif edilen ağır ihlaller ile sınırlı olmadığı, fakat aynı zamanda 'savaş suçları' boyutuna ulaşan her türlü uluslararası insancıl hukuk ihlalini kapsadığı Cenevre Sözleşmeleri Yorumu'ndan, çıkarılabilir.'. <http://www.turkel-committee.gov.il/content-107.html> para. 25 ve bkz., Y. Shany ve A. Cohen, 'Beyond the Grave Breaches Regime: The Duty to Investigate Alleged Violations of International Law Governing Armed Conflicts', *14 Yearbook of International Humanitarian Law*, 2011, s. 37 ve M. N. Schmitt, 'Investigating Violations of International Law in Armed Conflict', *2 Harvard National Security Journal*, 2011, ss. 31, 38.

<sup>192</sup> Örnek olarak bkz., Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmeleri'nin 127. ve 144. maddeleri, I. Protokol'ün 83. maddesi ve II. Protokol'ün 19. maddesi.

<sup>193</sup> Örnek olarak bkz., I. Protokol, madde 20 ve 51(6).

<sup>194</sup> Örnek olarak bkz., Draper, 'Implementation and Enforcement', ss. 13 vd. Ayrıca bkz. UK, *Manual*, s. 416 vd. ve US Department of Defense Manual, Bölüm 18.

<sup>195</sup> Bkz., 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin sırasıyla 8, 8 ve 9. maddeleri.

<sup>196</sup> Sistem Falkland çatışmasında uygulanmış olup, İsviçre İngiltere'nin Koruyucu Gücü olurken, Brezilya da Arjantin'in Koruyucu Gücü olmuştur: Örneğin bkz., Levie, 'Falklands Crisis', ss. 68-9.

<sup>197</sup> Bkz., 1949 Sözleşmeleri'nin sırasıyla 50, 51, 130 ve 147. maddeleri ve 1977 I. Protokol'ün 85. maddesi. Eski Yugoslavya ülkesinde işlenen uluslararası insancıl hukuk ihlallerini soruşturmak üzere 1992 yılında bir Uzmanlar Komisyonu kurulmuştur: Bkz., Güvenlik Konseyi kararı 780 (1992). Ayrıca bkz., bu Komisyon'un 27 Mayıs 1994 tarihli Raporu, S/1994/674.

bir Uluslararası Araştırma Komisyonu'nun oluşturulması öngörülmektedir.<sup>198</sup> Elbette bir çatışmanın tarafları da iddia edilen insancıl hukuk ihlallerine bakmak üzere bir *ad hoc* soruşturma başlatabilecektir.<sup>199</sup>

Bu alandaki uluslararası hukuk ihlalleri ayrıca bir savaş suçu veya insanlığa karşı suç ya da evrensel yetkiye tabi bir soykırım suçu oluşturabilir.<sup>200</sup> Örnek olarak 1945 Nuremberg Mahkemesi Şartı'nın 6. maddesinde, bireysel sorumluluğu gerektiren savaş suçları arasında katletme, işgal altındaki ülkenin sivil halkına kötü muamele veya köle işgücü olarak çalıştırma; savaş esirlerine kötü muamele; rehinaleri öldürme ve şehirleri, kasabaları ve köyleri kasden yıkmaya sayılmıştır.<sup>201</sup>

İnsancıl hukuk alanında çok değerli bazı çalışmalar Uluslararası Kızıl Haç tarafından gerçekleştirilmiştir.<sup>202</sup> Vazgeçilmez nitelikteki bu organizasyonun içinde Uluslararası Kızıl Haç Komitesi (UKHK-ICRC) ve 100'den fazla milli Kızıl Haç (veya Kızıl Ay) derneği ile bunların faaliyetlerini koordine eden bir Federasyon bulunmakta ve her dört yılda bir bu unsurların katıldığı konferanslar düzenlenmektedir. Bu açıdan ICRC en aktif organ olup, Cenevre Sözleşmelerinin uygulanması için çalışmanın yanı sıra, doğa ve insan kaynaklı felaketlerde faaliyet göstermek dahil geniş ölçekli bir dizi işlevi yerine getirmektedir. Komite çok sayıda devlette faaliyet göstermekte, savaş esirlerini ziyaret etmekte<sup>203</sup> ve insancıl hukukun uygulanmasını sağlama işlevini yerine getirmektedir.<sup>204</sup> Bu çerçevede hem uluslararası hem de iç silahlı çatışma durumlarında çalışmaktadır. Komite'nin 1948'den beri üstlenmiş olduğu en geniş operasyonlardan biri Nijerya iç savaşı ile ilgilidir ve bu çatışmada yaklaşık yirmi personeli görevi başındayken öldürülmüştür. UKHK Yugoslavya'daki durumla da yakından ilgilenmiş ve 1992'de kendi olağan mahremiyet yaklaşımının aksine, burada meydana gelen ağır insancıl hukuk ihlalleri aleyhine kamuoyu önünde konuşma ihtiyacı hissetmiştir. Organizasyon ayrıca Somali (buradaki faaliyetleri BM güçleri tarafından tutulan

<sup>198</sup> 1977 I. Protokol, madde 90.

<sup>199</sup> 1949 Sözleşmeleri'nin sırasıyla 52, 53, 132 ve 149. maddeleri. Aslında bir çatışmanın veya ilgili bir olayın taraflarından herhangi biri bir soruşturma komisyonu kurabilir, örneğin bkz., İsrail tarafından 31 Mayıs 2010 tarihli Denizde Yaşanan Olayı İncelemek üzere uluslararası katılımı kurulan Genel Komisyon (Türkel Komisyonu). Bu Komisyon iki rapor hazırlamış olup, birincisinde 'Mavi Marmara' filosunun denizden Gazze'ye girişini önleyen İsrail'in eylemleri ve ikincisinde ise insancıl hukuk ihlalleri iddialarını araştıran İsrail mekanizmaları incelenmektedir, [www.turkel-committee.com/index-eng.html](http://www.turkel-committee.com/index-eng.html). Ayrıca bkz., 31 Mayıs 2010 tarihli Filo Olayına dair BM Genel Sekreteri'nin oluşturduğu Soruşturma Paneli'nin 2011 Raporu, [www.un.org/News/dh/infocus/middle-east/Gaza\\_Flotilla\\_Panel\\_Report.pdf](http://www.un.org/News/dh/infocus/middle-east/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf). Genel olarak bkz., A. Sanger, 'The Contemporary Law of Blockade and the Gaza Freedom Flotilla', *13 Yearbook of International Humanitarian Law*, 2010, s. 397.

<sup>200</sup> Örnek olarak bkz., Draper, 'Implementation and Enforcement', ss. 35 vd. Ağır ihlaller ayrıca yaptırımlara tabi olacaktır.

<sup>201</sup> Farklı savaş suçları mahkemelerinin statüleri için bkz., yukarıda 7. ve 11. Bölümler. Ayrıca bkz., 1990'da Irak'ın Kuveyt'i işgalinin kurbanları için ödenecek tazminatlarla ilgilenen BM Tazminatlar Komisyonu, yukarıda 17. Bölüm.

<sup>202</sup> Örnek olarak bkz., G. Willemin ve R. Heacock, *The International Committee of the Red Cross*, The Hague, 1984 ve D. Forsythe, 'The Red Cross as Transnational Movement', *30 International Organisation*, 1967, s. 607. Ayrıca bkz., Best, *War and Law*, ss. 347 vd., ve J. Kellenberger, 'The Role of the International Committee of the Red Cross', *Oxford Handbook*, s. 20.

<sup>203</sup> Örnek olarak bkz., Üçüncü ve Dördüncü Cenevre Sözleşmeleri'nin 126 ve 142. maddeleri.

<sup>204</sup> Uluslararası Divan *Construction of a Wall* davasında, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi bakımından ICRC'nin 'özel pozisyonu'na atıf yapmıştır, ICJ Reports, 2004, ss. 136, 175-6; 129 ILR, ss. 37, 94. ICRC'nin (ilgili olduğu) Üçüncü Cenevre Sözleşmesi'nin birçok maddesi uyarınca hem 'yardım sağlayan insani bir örgüt hem de savaş esirlere yapılan muamele hakkında gereken hayati dış incelemeyi sağlayan bir örgüt' olarak önemli sorumluluklar üstlendiğine dikkat çeken ve ayrıca savaş esirlerine yapılan muamelenin ve bu kişilere erişimin incelenmesini gerektiren hükümlerin uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçası haline gelmiş olduğunu vurgulayan bir karar için bkz., Eritre-Etiyopya Talepler Komisyonu, the Partial Award, Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4, 1 July 2003, paragraf 58 ve 61-2.

tutukluları ziyareti de içermekteydi), Ruanda, Afganistan, Sri Lanka<sup>205</sup> ve Irak'la da ilgilenmiştir. UKHK şartlar gereği incelikle ve ihtiyatla hareket etmek zorunda olup, birçok durumda ilgili devletler işbirliği yapmaktan kaçınabilmektedir. 1967 ve 1973'deki Orta Doğu savaşlarının ardından esirlerin değişimi konusunda değerli bir işlev görmüş olan UKHK'nin, işgal ettiği Arap topraklarında çalışmasını İsrail uzun yıllar kabul etmemiştir.<sup>206</sup>

Bugün Suriye'de UKHK'nin ve uluslararası insancıl hukukun karşılaştığı temel sorun<sup>207</sup> iç içe geçmiş bir dizi (Suriye hükümeti ile El Nusra, IŞİD ve Özgür Suriye Ordusu veya bunun içindeki değişik gruplar arasında)<sup>208</sup> uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın, Irak hükümeti ile IŞİD arasındaki çatışmanın Suriye'ye taşınması ve Kürtler ile hem Suriye hükümet güçlerinin hem de IŞİD'in çatışması tarafından daha karmaşık bir hale getirilmiş olmasıdır. ABD, Suudi Arabistan ve diğer devletler tarafından isyancı gruplara sağlanan düşük düzeydeki yardım ve Rusya, İran ve Lübnanlı Hizbullah örgütünün Suriye hükümeti yanında ciddi ve kapsamlı müdahalesi bu durumu muğlak hale getirmiştir. İlaveten Türkiye ülkenin kuzeyine sınırlı bir müdahalede bulunmuştur<sup>209</sup> ve İsrail Hizbullah'ın Suriye topraklarından kendisine yönelttiği tehditlere karşı harekete geçmeye devam etmektedir.<sup>210</sup> BM birçok kez çeşitli taraflarca gerçekleşen insancıl hukuk ve insan hakları ihlallerini kınamıştır. Örneğin, 2139 (2014) sayılı Güvenlik Konseyi kararı 'her türlü cinsel ve cinsiyet temelli şiddet ile çocuklara karşı işlenen bunların askere alınması, kullanılması, öldürülmesi ve sakat bırakılması, istismarı, okul ve hastanelere saldırılar gibi ağır ihlaller ve de Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin Suriye'de çocuk ve silahlı çatışma hakkındaki raporunda (S/2014/31) belirtilen keyfi tutuklama, hapsetme, işkence, kötü muamele ve canlı kalkan olarak kullanma dahil olmak üzere Suriyeli yetkililer tarafından işlenen insan haklarının ve insancıl hukukun yaygın ihlalleri ile silahlı gruplar tarafından işlenen insan haklarının suistimali ve uluslararası insancıl hukuk ihlallerini' kınamıştır. Bu karar ayrıca, sivillere karşı saldırıların ve yerleşim yerlerinde ayırım gözetmeyen silahlarını kullanımının sona erdirilmesi, yardım konvoylarına yardımcı olunması ve Halep gibi yerleşim

<sup>205</sup> Örnek olarak bkz., *Challenges of the Nineties: ICRC Special Report on Activities 1990–1995*, Geneva, 1995. 1990 ve 1994 arasında, altmıştan fazla ülkede yarım milyondan fazla mahkum ICRC temsilcileri tarafından ziyaret edilmiştir, *a.g.e.*

<sup>206</sup> Genel olarak bkz., *Annual Report of the ICRC*, 2013, [www.icrc.org/eng/assets/files/annual-report/current/icrc-annualreport-israel.pdf](http://www.icrc.org/eng/assets/files/annual-report/current/icrc-annualreport-israel.pdf) ve the *Annual Report*, 2015, <https://www.icrc.org/en/where-we-work/middle-east/israel-and-occupied-territories>. Ayrıca bkz., 'Action by the ICRC in the Event of Breaches of International Humanitarian Law', *International Review of the Red Cross*, March–April 1981, s. 1. Bu konuda ilginç bir örnek İsraili Magen David Adom ile Filistin Kızıl Ay'ı arasında 2005 ICRC Diplomatik Konferansı'nda varılan mutabakat belgesidir, <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/red-cross-crescentmovement/31st-international-conference/31-international-conference-mou.htm>

<sup>207</sup> Suriye 1949 tarihli dört Cenevre Sözleşmesi'ne taraf; ancak II. Ek Protokol'e taraf değildir. Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'ne taraf; ancak 1997 tarihli Anti Personel Mayınlara Dair Ottawa Sözleşmesi ile 2008 tarihli Küme Patlayıcıları Sözleşmesi'ne taraf değildir.

<sup>208</sup> Örneğin bkz. <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/update/2012/syria-update-2012-07-17.htm> ve genel olarak bkz. <https://www.icrc.org/en/resource-centre/result?f=topics%3A%22Syria+news%22&sort=date+desc>. Ayrıca BM İnsan Hakları konseyi tarafından 2011 yılında oluşturulan Suriye Arap Cumhuriyeti'ne İlgili Bağımsız Soruşturma Komisyonu'nun muhtelif raporları <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/IIICISyria/Pages/AboutCoI.aspx>; Uluslararası Af Örgütü raporları <https://www.amnesty.org/en/countries/middle-east-and-north-africa/syria/report-syria/>; İnsan Hakları İzleme Örgütü raporları <https://www.hrw.org/world-report/2016/country-chapters/syria> ve Uluslararası Kriz Grubu raporları <https://www.crisisgroup.org/middle-east-north-africa/eastern-mediterranean/syria>

<sup>209</sup> Bkz., <https://www.theguardian.com/world/2016/aug/20/turkey-announces-more-active-role-in-syria-conflict>

<sup>210</sup> Bkz., <http://www.jpost.com/Middle-East/Report-Israel-Air-Force-strikes-targets-in-Syria-near-Lebanese-border-435694>

yerlerindeki kuşatmaların kaldırılması için çağrıda bulunmuştur.<sup>211</sup> Bununla birlikte Rusya'nın vetosu, kimyasal silahların kullanımı ve siviller ile silahlı güçler arasında ayırım yapmayan kara ve havadan atılan ağır silahlarla sivil bölgelerin bombalanması dahil Suriye hükümetinin eylemlerinin ciddi biçimde kınanmasını, ya da bunları sona erdirmek için anlamlı önlemler alınmasını, engellemiştir.<sup>212</sup>

## SONUÇ

UKHK, ilgili hukuki kurallara bir kılavuz olarak şu prensipleri formüle etmiştir:

1. Savaş dışı kalmış kişiler ile muharebelere doğrudan iştirak etmeyenlerin yaşamlarına ve fiziksel ve ruhsal bütünlüklerine saygı gösterilmesini isteme hakları vardır. Bunlar her durumda korunacak ve hiçbir olumsuz ayrıma tabi tutulmadan insanca muamele göreceklendir.
2. Teslim olmuş veya savaş dışı kalmış bir düşmanı öldürmek veya yaralamak yasaktır.
3. Yaralı ve hastalar toplanacak ve bunları elinde tutan çatışma tarafınca bakımları yapılacaktır. Koruma ayrıca tıbbi personeli, tesisleri, taşıma araçlarını ve malzemeyi de kapsar. Kızıl Haç (Kızıl Ay, Kızıl Aslan ve Güneş) amblemi bu korumanın işaretidir ve saygı gösterilmesi gerekir.
4. Ele geçirilen savaşanların ve karşı tarafın yetkisi içinde olan sivillerin yaşamlarına, onurlarına, kişisel haklarına ve inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakları vardır. Bunlar her türlü şiddet eylemi ve misillemeye karşı korunacaktır. Bunların aileleri ile haberleşme ve destek alma hakları vardır.
5. Herkesin temel yargısal garantilerden faydalanma hakkı vardır. Hiç kimse işlemediği bir eylemden sorumlu tutulamaz. Hiç kimse fiziksel veya zihinsel işkenceye, bedensel cezaya veya zalimane ya da aşağılayıcı muameleye tabi tutulamaz.
6. Bir çatışmanın taraflarının ve bunların askeri güçlerinin mensuplarının sınırsız bir şekilde askeri yöntemleri ve araçları seçme hakkı yoktur. Gereksiz kayıplara veya aşırı acıya neden olacak nitelikteki silahları veya savaş yöntemlerini kullanmak yasaktır.
7. Bir çatışmanın tarafları sivil halkı ve malları korumak üzere, her zaman sivil halk ile savaşanlar arasında ayırım gözetecektir. Sivil halkın kendisi ve de sivil kişiler saldırı için hedef yapılmayacaktır. Saldırıları yalnızca askeri hedeflere karşı yapılacaktır.<sup>213</sup>

<sup>211</sup> Ayrıca bkz., 2209 ve 2235 (2015) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Bu kararlar, Suriye'de kimyasal silah kullanılmasını kınamış ve Suriye'nin 'kimyasal silah kullanmayacağı, geliştirmeyeceği, üretmeyeceği veya başka türlü edinmeyeceği, depolamayacağı ve bulundurmayaacağı yahut kimyasal silahları başka devletlere ve devlet dışı aktörlere doğrudan ya da dolaylı transfer etmeyeceği'ne dair kararı yeniden teyid etmiştir. Ayrıca 'Suriye'deki hiçbir tarafın kimyasal silah kullanmayacağı, geliştirmeyeceği, üretmeyeceği, edinmeyeceği, depolamayacağı, bulundurmayaacağı ve transfer etmeyeceğini' belirtmiştir. 2235 sayılı karar, Suriye'de kimyasal silah kullanılması sebebiyle sorumluluğu belirlemek için Ortak Soruşturma Mekanizması oluşturulması için de çağrı yapmıştır.

<sup>212</sup> Örneğin bkz., Suriye'deki durumu Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne havale edebilecek olan taslak kararlar Mayıs 2014'te Rusya ve Çin tarafından veto edilmiştir. [http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=47860#.V\\_Zam5MrJjQ](http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=47860#.V_Zam5MrJjQ). Ayrıca Suriye'deki Halep şehrinin bombalanmasını durdurma çağırısı yapan karar 8 Ekim 2016 tarihinde Rusya tarafından veto edilmiştir. Bkz. [http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=55246#.V\\_n-A5MrK4](http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=55246#.V_n-A5MrK4)

<sup>213</sup> Bkz., *International Review of the Red Cross*, Eylül-Ekim 1989, s. 404. Ayrıca bkz. Green, *Armed Conflict*, ss. 396-7.

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2. Baskı, Cambridge, 2010

L. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 3. Baskı, Manchester, 2008

UK Ministry of Defence, *Manual on the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2004 ve Online Eklèmeler

*The Handbook of International Humanitarian Law in Armed Conflict* (ed. D. Fleck), 3. Baskı, Oxford, 2013

US Department of Defense, *Law of War Manual*, Washington, 2016

*Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (ed. A. Clapham ve P. Gaeta), Oxford, 2014



## BÖLÜM 21

# BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

### BM SİSTEMİ

Birleşmiş Milletler<sup>1</sup> İkinci Dünya Savaşı'nın sonuçlanmasını müteakip Müttefik devletlerin çatışma süresi boyunca açıklanmış planları ve niyetleri göz önüne alınarak kuruldu.<sup>2</sup> Birleşmiş Milletler'in amaçları BM Antlaşması'nın 1. maddesinde şu şekilde ortaya konulmaktadır:

- “1. Uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla barışa yönelik tehditleri önlemek ve bunları boşa çıkarmak, saldırı ya da barışın başka yollarla bozulması eylemlerini bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyumsuzluk veya durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini barışçıl yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmek;
2. Uluslar arasında, halkların hak eşitliği ve kendi geleceklerini kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş dostça ilişkiler geliştirmek ve dünya barışını güçlendirmek için diğer uygun önlemleri almak;
3. Ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözüme ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak ve
4. Bu ortak amaçlara ulaşılması yolunda ulusların giriştikleri eylemlerin uyumlaştığı bir merkez olmak.”

Amaçlar açıkça çok çeşitli olmakla birlikte, BM'nin ilgilendiği meselelerinin kapsamlılığına dair yararlı bir rehber niteliği arz etmektedir. Çeşitli konular arasındaki öncelikler meselesi sürekli olarak tartışılmaktadır ve değişim göstermektedir; ancak bu sadece organizasyon içerisindeki devam edegelen baskıları ve değişen politik dengeleri yansıtmaktadır. Özellikle, sömürgeciliğin sona ermesi, self determinasyon ve ırk ayrımcılığı üzerindeki vurgu BM üyeliğindeki artışa ve sömürgeci imparatorlukların dağılmasına işaret ederken, ekonomi ve kalkınma konularına yönelik artan ilgi günümüzde çok belirgindir ve dünyanın değişik bölgelerindeki olumsuz ekonomik koşulları açıkça yansıtmaktadır.

<sup>1</sup> Örneğin bkz., *The Charter of the United Nations* (ed. B. Simma, D. E. Khan, G. Nolte ve A. Paulus), 3. Baskı, Oxford, 2012; J. P. Cot, A. Pellet ve M. Forteau, *La Charte des Nations Unies: Commentaire Article par Article*, 3. Baskı, Paris, 2005; S. Chesterman, Johnstone ve D. M. Malone, *Law and Practice of the United Nations*, 2. Baskı, Oxford, 2016; *La Charte des Nations Unies, Constitution Mondiale?* (ed. R. Chemain ve A. Pellet), Paris 2006; B. Fassbender, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden, 2009; *The Oxford Handbook on the United Nations* (ed. T. Weiss ve S. Daws), Oxford, 2007; B. Conforti, *The Law and Practice of the United Nations*, 2. Baskı, The Hague, 2000; *United Nations Legal Order* (ed. O. Schachter ve C. C. Joyner), Cambridge, 2 Cilt, 1995; *Bowett's Law of International Institutions* (ed. P. Sands ve P. Klein), 5. Baskı, London, 2001, 2. Bölüm; *The United Nations and a Just World Order* (ed. R. A. Falk, S. S. Kim ve S. H. Mendlovitz), Boulder, 1991; B. Broms, *United Nations*, Helsinki, 1990; E. Luard, *A History of the United Nations*, London, 1982, Cilt: 1; R. Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963; ve a.g.e., 'The United Nations at 70 Years: The Impact Upon International Law', 65 ICLQ, 2016, s. 1; *United Nations, Divided World* (ed. A. Roberts ve B. Kingsbury), 2. Baskı, Oxford, 1993; L. M. Goodrich, *The United Nations in a Changing World*, New York, 1974; *The United Nations Global Compact* (ed. A. Rasche ve G. Kell), Cambridge, 2010; the *Bertrand Report*, 1985, A/40/988, ve L. M. Goodrich, E. Hambro ve A. P. Simons, *Charter of the United Nations*, 3. Baskı, New York, 1969. Ayrıca bkz., International Law Association Study Group on United Nations Reform, *United Nations Reform Through Practice*, 2011, <http://www.ila-hq.org/en/study-groups/index.cfm/cid/0> ve [www.un.org/](http://www.un.org/).

<sup>2</sup> Bkz., UNCIO, San Francisco, 15 Cilt, 1945. Hukuki kişilik, sorumluluk ve muafiyete dair meseleler 22. Bölüm'de ele alınacaktır.



Birleşmiş Milletler Antlaşması yalnızca organizasyonu kuran ve onu imzalayan devletlerin hak ve yükümlülüklerini belirten bir çok taraflı antlaşma değil, aynı zamanda BM'nin görevlerini ortaya koyan ve sınırlılıklarını belirten anayasasıdır.<sup>3</sup> Bunların arasında en başta gelen fonksiyonu, üye devletlerin egemenliği ve bağımsızlığının tanınmasıdır. Antlaşmanın 2(7). maddesi uyarınca, BM herhangi bir devletin temel olarak iç yetkisi içerisinde olan konulara müdahalede bulunamayabilir (7. Bölüm çerçevesindeki icra tedbirleri uygulanmadığı takdirde). Bu hüküm BM'de çok tartışma doğurmuştur ve sömürge konularının 2(7). maddenin sınırlaması kapsamına girdiği şeklinde değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir. İç yetki konseptinin mutlak olmadığını, ancak bu konseptin faaliyetlerin ulusal ve uluslararası alanlarının sınırlarını çizen bir uluslararası hukuk prensibi olduğunu gösteren diğer değişiklikler de meydana gelmiştir. Bu konsept, bir uluslararası hukuk prensibi olarak, uluslararası hukuk yoluyla değişime duyarlıdır ve devletlerin münferiden tek taraflı kararına bağlı değildir.<sup>4</sup>

İç yetki hükmüne ek olarak, 2. madde BM ve üye devletlerin yerine getirmekle yükümlü oldukları çeşitli diğer prensipleri de ortaya koymaktadır. Bunlar; BM'nin devletlerin egemen eşitliği ve Antlaşmadaki yükümlülüklerin iyi niyetle yerine getirilmesi, uyumsuzlukların barışçıl yoldan çözümü ve kuvvet kullanımının yasaklanması prensiplerine dayandığı varsayımını içermektedir. Ayrıca, üyelerin, organizasyonun Antlaşma'ya uygun faaliyetlerinde yardımcı olmak ve BM'nin kendisine karşı önleyici ya da zorlayıcı niteliğe sahip tedbirlere başvurduğu ülkelere yardım etmekten kaçınmak zorunda olduğu da öngörülmektedir.

BM'nin altı organı vardır; bunlar, Güvenlik Konseyi, Genel Kurul, Ekonomik ve Sosyal Konsey, Vesayet Konseyi, Sekreterlik ve Uluslararası Adalet Divanı'dır.<sup>5</sup>

### Güvenlik Konseyi<sup>6</sup>

Konsey'in daimi fonksiyon icra eden sınırlı üyeliğe sahip etkin bir yürütme organı olarak çalışması amaçlanmıştır. Konsey'in başlıca sorumluluğu uluslararası barış ve güvenliğin teminidir.<sup>7</sup> Güvenlik Konseyi 15 üyeden oluşmaktadır ve bunların beşi daimi üyedir (ABD, İngiltere, Rusya, Çin ve Fransa). 1945'de güç politikası temelinde seçilmiş olan bu daimi üyeler veto hakkına sahiptirler. BM Antlaşması'nın 27. maddesi uyarınca Konsey'in usule ilişkin olanlar hariç diğer tüm konulardaki kararları daimi üyelerin hepsinin oyları dahil olmak üzere dokuz üyenin olumlu oyu ile alınır. Diğer 10 üye Genel Kurul tarafından iki yıllık dönem için seçilir.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Bkz., *Charter*, ss. 71 vd.

<sup>4</sup> Bkz., yukarıda 11. Bölüm. Ayrıca, bütün devletler ve uluslararası organizasyonların Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın amaçları ve prensiplerine, uluslararası hukuk ve adalete ve hukuk devletine dayalı bir uluslararası düzene bağlılığını teyit eden BM Genel Kurulu'nun Ulusal ve Uluslararası Düzeyde Hukuk Devleti Hakkında-ki 19 Eylül 2012 tarihindeki Yüksek Düzeyli Toplantısı bu bağlamda not edilmelidir. Ayrıca bkz. 14 Aralık 2015 ve 70/118 sayılı Genel Kurul kararı.

<sup>5</sup> Örneğin bkz., *The United Nations at the Millennium* (ed. P. Taylor ve A. J. R. Groom), London, 2000. BM tarafından bölgenin yönetimine ilişkin bkz., yukarıda 5. Bölüm.

<sup>6</sup> Örneğin bkz., L. Sievers ve S. Daws, *The Procedure of the UN Security Council*, 4. Baskı, Oxford, 2014; C. Denis, *Le Pouvoir Normatif du Conseil de Securite des Nations Unies: Portee et Limites*, Brussels, 2004; M. Hilaire, *United Nations Law and the Security Council*, Aldershot, 2005; *The UN Security Council from the Cold War to the 21st Century* (ed. D. M. Malone), Boulder, 2004; Cot ve diğerleri, *Charte*, ss. 867 vd.; S. Bailey, *Voting in the Security Council*, Oxford, 1969; *Bowett's International Institutions*, s. 39, *The United Nations Security Council in the Age of Human Rights* (ed. J. Genser ve B.S. Ugarte), Cambridge, 2014; D. Hovell, *The Power of Process: The Value of Due Process in Security Council Sanctions Decision-Making*, Oxford, 2016 ve R. Higgins, 'The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council', 64 AJIL, 1970, s. 1. Ayrıca bkz., M. C. Wood, 'Security Council Working Methods and Procedure: Recent Developments', 45 ICLQ, 1996, s. 150, J. Galbraith, 'Ending Security Council Resolutions', 109 AJIL, 2015, s. 806 ve J.K. Cogan, 'Stabilization and the Expanding Scope of the Security Council's Work', 109 AJIL, 2015, s. 324.

<sup>7</sup> BM Antlaşması'nın 23, 24, 25 ve 28. maddeleri.

<sup>8</sup> Bu konuda 2013'de benzeri o güne kadar görülmemeyen bir durum yaşanmıştır. Suudi Arabistan üyeliğe seçilmiş olmasına rağmen üyeliği geri çevirmiş, bunun üzerine sonrasında onun yerine Ürdün seçilmiştir. Bkz., [www.theguardian.com/world/2013/dec/06/jordan-un-security-council-saudi-arabia](http://www.theguardian.com/world/2013/dec/06/jordan-un-security-council-saudi-arabia).

Bu yüzden, daimi üyelerden herhangi birinin olumsuz oyu Konsey'in bir kararını veto etmek için yeterlidir (dokuz olumlu oyun gerektiği usule ilişkin konular hariç). Veto güç politikasının zorunlulukları açısından Antlaşma'ya girmiştir. Özellikle, SSCB o dönemdeki Konsey ve Genel Kurul'un Batı eğiliminden BM'yi korumak için veto yetkisi olmayan bir sistemi kabul etmiyordu.<sup>9</sup> Veto uygulamada Sovyetler Birliği tarafından birçok durumda, ABD tarafından daha az sıklıkta ve diğer üyelerce de oldukça nadir kullanıldı. Daha yakın yıllarda ABD tarafından gerçekleştirilen veto uygulaması artış gösterdi. Usule ait olan ve usule ait olmayan konular arasında nasıl ayırım yapılacağı meselesi hayli tartışmalı bir konu olmuştur. San Fransisko'da Sponsor Güçler'in açıklamasında bir konunun usule ilişkin olup olmadığı meselesinin kendisinin de vetoya tabi olduğu belirtilmiştir.<sup>10</sup> Bu "çifte veto" zorlu bir bariyer oluşturmaktadır. Sonraki uygulama 27. maddedeki "daimi üyelerin hepsinin oyları" ifadesini çekimser kalmaya izin verecek şekilde yorumlamıştır. Dolayısıyla, daimi üyeler Güvenlik Konseyi'nin bir kararına yönelik, o karara karşı veto yetkisini kullandığı varsayılmaksızın, çekimser kalabilir.<sup>11</sup>

Kuşkusuz buradan, Konsey'in daimi üyelerinin sadece 1945'in beş gücünün olmaya devam edeceği ya da veto yetkisine sahip olanların sadece onlar olacağı sonucu çıkmaz.<sup>12</sup> Bununla birlikte, Antlaşma'nın değişmesi için öngörülen karmaşık mekanizmalar<sup>13</sup>, vetonun varlığı ile birlikte, herhangi bir değişimin gerçekleştirilebilmesini zorlaştırmaktadır. Konsey üyeliğinin artırılması meselesi çok kez BM'nin önüne gelmiş ve çeşitli öneriler getirilmiştir.<sup>14</sup> Bir öneri, veto yetkisine sahip olmayan 6 yeni daimi üyelik ve 3 yeni daimi olmayan üyelik oluşturulması önerisidir. Diğer bir öneri ise, yeni bir daimi üyelik önermiyor, fakat dört yıllık - yenilenebilir - dönemlik 8 üyelik ve iki yıllık - yenilenmeyen - dönem için bir üyelikten oluşan yeni bir kategori öngörmektedir. Konsey'deki daimi üyelik pozisyonları için genelde aday olarak görülen devletler Almanya, Hindistan, Japonya ve Brezilya olmuştur; ancak diğer üyeler de bu hususta dikkate alınma konusunda isteklidir ve henüz bir uzlaşma görülmemektedir.

Antlaşma'nın 29. maddesi uyarınca Konsey yardımcı organlar kurma yetkisine sahiptir ve halen üç daimi komite vardır: Usul Kuralları Hakkında Uzmanlar Komitesi, Yeni Üyelerin Kabulü Hakkında Komite ve Yönetim Merkezinden Uzakta Toplanan Konsey Hakkında Komite. Ayrıca bazı *ad hoc* geçici komiteler ve çalışma grupları da vardır. Örneğin, Güvenlik Konseyi'nin 692 (1991) sayılı kararıyla kurulan BM Tazminat Komisyonu'nun Yönetim

<sup>9</sup> Örneğin bkz., H. G. Nicholas, *The United Nations as a Political Institution*, Oxford, 1975, ss. 10-13.

<sup>10</sup> *Repertory of Practice of UN Organs*, New York, 1955, Cilt: 2, s. 104. Ayrıca bkz., Simma, *Charter*, ss. 903 vd.

<sup>11</sup> Örneğin bkz., A. Stavropoulos, 'The Practice of Voluntary Abstentions by Permanent Members of the Security Council under Article 27(3) of the Charter', 61 AJIL, 1967, s. 737. Ayrıca bu uygulamayı hukuki olarak tanıyan bir karar hakkında bkz., *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, ss. 16, 22; 49 ILR, ss. 2, 12.

<sup>12</sup> Daimi olmayan 10 üyelikten 5'i Afrika ve Asya, 1'i Doğu Avrupa, 2'si Latin Amerika ve diğer 2'si de Batı Avrupa ve diğer devletlere ayrılmıştır. Bkz., 1991 (XVIII) sayılı Genel Kurul kararı.

<sup>13</sup> BM Antlaşması'nın 108. ve 109. maddeleri Antlaşma'da herhangi bir değişiklik için bütün daimi üyelerin onayını zorunlu kılmaktadır. Güvenlik Konseyi'ndeki daimi üyelik hususunda Rusya'nın SSCB'nin devamı olarak hızla kabul edilmesinin, kısmen, Konsey'in üyelik meselesine ilişkin genel bir tartışmanın açılmasından kaçınmak istemesinden kaynaklandığı ileri sürülmüştür. Bkz., F. Kirgis, *International Organizations in their Legal Setting*, 2. Baskı, St Paul, 1993, ss. 188 vd. Ayrıca bkz., yukarıda 16. Bölüm.

<sup>14</sup> Örneğin bkz., the Report of the High Level Panel on Threats, Challenges and Change, 2004, A/59/565, (özellikle yapılan iki öneriyi (Model A ve Model B) ayrıntılandıran 244 vd. paragraflar) ve Secretary-General, *In Larger Freedom*, A/59/2005, 167 vd. paragraflar. Genel Kurul ayrıca 'Güvenlik Konseyi'nde adaletli temsil ve üye sayısında artış' da değerlendirmektedir ve 1993'de konuyu mütalaa etmek için açık uçlu bir çalışma grubu kurulmuştur. Bkz., 48/26 ve A/55/46 sayılı Genel Kurul kararları. 2007'de Genel Kurul Başkanı beş uzman atamış ve bu uzmanların hazırladığı raporda, uluslararası barış ve güvenliğe ve Birleşmiş Milletler'in diğer amaçlarına üye devletlerin katkısı ve adil coğrafi dağılım temelinde Konsey'in genişlemesi gerektiği belirtilmiş, küçük devletler ve gelişmekte olan ülkelerin yetersiz temsil edildiğine işaret edilmiştir. Bkz., A/61/47, ss. 11 vd. Ayrıca bkz., Chesterman ve diğerleri, *United Nations*, 17. Bölüm; A. Blanc Altemir ve B. Real, 'La Reforme du Conseil de Securite des Nations Unies: Quelle Structure et Quels Membres?', 110 RGDIP, 2006, s. 801, ve Y. Blum, 'Proposals for UN Security Council Reform', 99 AJIL, 2005, s. 632. Ayrıca bkz., S. Hassler, *Reforming the UN Security Council Membership*, London, 2013.

Konseyi. Terörizm Karşıtı Komite<sup>15</sup> ve devletleri, diğerlerinin yanı sıra, devlet dışı aktörlerin nükleer, kimyasal ya da biyolojik silahlar ve onların gönderme araçlarını geliştirmesi, elde etmesi, üretmesi, sahip olması, transfer etmesi ya da kullanması konusunda desteklemekten kesinlikle kaçınması yükümlülüğü getiren 1540 (2004) sayılı karar ile kurulan komite de bunlar arasındadır. Bunların yanı sıra, yaptırım uygulanan bazı devletlere ilişkin birkaç yaptırım komitesi ve El Kaide ile bağlantılı kişiler ve yapılar hakkındaki 1267 (1999) sayılı karar ile kurulan bir komite<sup>16</sup> de mevcuttur. Diğer başka yardımcı organlar arasında Barış İnşa Komisyonu, BM Tazminat Komisyonu ve Eski Yugoslavya ve Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemeleri de bulunmaktadır.

Güvenlik Konseyi görevlerini, yaparken bir bütün olarak organizasyonun üyeleri adına hareket eder ve kararları (fakat tavsiyeleri değil)<sup>17</sup> bütün üye devletler üzerinde bağlayıcı niteliktedir.<sup>18</sup> Yetkileri iki özel kategoride yoğunlaşmaktadır; uyuşmazlıkların barışçıl yoldan çözümü ve zorlayıcı tedbirlerin alınması. Konsey, bunlar aracılığıyla başlıca görevi olan uluslararası barış ve güvenliğin teminini sağlar. Bununla birlikte, Konsey'in çeşitli diğer görevleri de vardır. Örneğin, vesayet yönetimi altındaki topraklarda stratejik bölge olarak belirlenmiş yerler BM Genel Kurulu'ndan ziyade Güvenlik Konseyi'nin yönetimi altına girer.<sup>19</sup> Devletlerin üyeliğe kabulü, üyeliğinin askıya alınması ve üyelikten çıkarılması Konsey'in tavsiyesi üzerine Genel Kurul tarafından gerçekleştirilir.<sup>20</sup> BM Antlaşması'nda yapılacak değişiklikler Güvenlik Konseyi'nin daimi üyelerinin tümünün onayını gerektirir (ayrıca Genel Kurul'un 2/3'ünün oyu ile kabulü ve BM üyelerinin 2/3'ünün onayı gerekir).<sup>21</sup> Uluslararası Adalet Divanı'nın hakimleri Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi tarafından seçilir.<sup>22</sup>

242 (1967) sayılı karar Orta Doğu'da barışın sağlanması için müzakerelerin temelini ortaya koymasına ve dikkate alınan prensiplerin en yetkin ifadesi olarak görülmesine rağmen<sup>23</sup>, Konsey genel itibariyle Soğuk Savaş'ın sonuna kadar kendisi hakkındaki beklentileri yerine getirememiştir. 1980'lerin sonlarında Sovyetler Birliği'nde *glasnost* ve *perestroika* politikalarının ortaya çıkması ile ABD ile giderek artan bir işbirliği ortaya çıkmış ve özellikle Kuveyt krizinin gelişmesi ile en yüksek noktasına ulaşmıştır.<sup>24</sup> ABD'de 11 Eylül 2001'deki terörist saldırılar sonrasında daha ileri düzeyde bir işbirliği meydana gelmiş ve 2001 yılında uluslararası terörizmi kınayan, meşru müdafaa hakkını teyit eden ve bir Terörizm Karşıtı Komite kuran 1368 ve 1373 sayılı kararlar alınmıştır. Bununla beraber, Irak'ın 687 (1991) sayılı karara aykırı olarak kitle imha silahlarına sahip olmasına ilişkin 1441 (2002) sayılı kararı müteakip alınacak önlemler hususunda Konsey'in anlaşmaya varamaması ve diğer gelişmeler Konsey içerisinde büyük bir ayrıma yol açmıştır. ABD ve Birleşik Krallık 2003 Mart'ının sonlarında Güvenlik Konseyi'nin açık yetkilendirmesi olmaksızın ve diğer daimi

<sup>15</sup> 1373 (2001) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile kurulmuştur. Bkz., yukarıda 19. Bölüm.

<sup>16</sup> 1735 (2006) sayılı karar gibi sonradan çıkarılan birkaç karar ile yeniden düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz., [www.un.org/sc/committees/](http://www.un.org/sc/committees/) ve yukarıda 19. Bölüm.

<sup>17</sup> Bu bağlamda, örneğin, BM Antlaşması'nın 36. maddesi (barışçıl yollarla çözüm) ile 41., 42. ve 44. maddelerini (zorlayıcı önlemler) karşılaştırınız.

<sup>18</sup> Bkz., Antlaşma'nın 25. maddesi.

<sup>19</sup> Bkz., Antlaşma'nın 82. ve 83. maddeleri.

<sup>20</sup> Bkz., Antlaşma'nın 4., 5. ve 6. maddeleri. 5. madde uyarınca, Güvenlik Konseyi, üyeliği askıya alınmış bir devletin hak ve ayrıcalıklarının yeniden kullanılmasına izin verebilir.

<sup>21</sup> Bkz., Antlaşma'nın 108. maddesi. BM üyelerinden oluşan bir Genel Konferans tarafından BM Antlaşması'nın değiştirilmesine ilişkin de benzeri şartlar geçerlidir. Bkz., 109. madde.

<sup>22</sup> Bkz., Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 4. maddesi.

<sup>23</sup> Bu, 338 (1973) sayılı karar ile yeniden teyit edilmiştir. Genel olarak bkz., I. Pogany, *The Security Council and the Arab-Israeli Conflict*, Aldershot, 1984, 5. Bölüm, ve A. Shapira, 'The Security Council Resolution of November 22, 1967: Its Legal Nature and Implications', 4 *Israel Law Review*, 1969, s. 229.

<sup>24</sup> Bkz., *The Kuwait Crisis: Basic Documents* (ed. E. Lauterpacht, C. Greenwood, M. Weller ve D. Bethlehem), Cambridge, 1991.

üyelerin muhalefetine rağmen Irak'a karşı askeri operasyonlar başlatıldı.<sup>25</sup> Bununla birlikte, krize rağmen Konsey belli bazı alanlarda daha proaktif bir rol üstlenmeye başlamıştır. 1373 (2001) ve 1540 (2004) sayılı kararlar sonucu önemli yetkilere sahip izleme komitelerinin kurulması ve spesifik olarak bazı devletlere karşı giderek daha çok yaptırım uygulanması yasama faaliyetlerinin konuşulmasına yol açmıştır.<sup>26</sup>

### Genel Kurul<sup>27</sup>

Genel Kurul BM'nin parlamenter organıdır ve halen sayısı 193 olan tüm üye devletlerin temsilcilerinden oluşur. BM üyeliği, Antlaşma'nın 4. maddesinde öngörüldüğü üzere, 'Bu Antlaşmanın getirdiği yükümlülükleri kabul eden ve bu yükümlülükleri uygulamaya muktedir ve istekli olduklarına organizasyonca hükmedilen tüm barışsever milletlere açıktır' ve Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul'un kararı ile gerçekleşir.<sup>28</sup> Üyelikte diğer değişiklikler de yer alabilir. Örneğin, 1991'de Belarusya BM'yi adını Belarus olarak değiştirdiği hususunda bilgilendirmiş; Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti de 31 Aralık 1992 tarihinde varlığını sona erdirerek iki yeni devlet (Çek Cumhuriyeti ve Slovakya) bunun yerini almış ve bu devletler de 19 Ocak 1993 tarihinde BM üyeleri olarak kabul edilmiştir. Eski Alman Demokratik Cumhuriyeti 3 Ekim 1990 tarihi itibarıyla varlığını sona erdirmiş ve toprakları Almanya Federal Cumhuriyeti'ne katılmıştır. 'Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti' sıra dışı adıyla 8 Nisan 1993 tarihinde BM'ye üye olarak kabul edilmiştir. Rusya, Sovyetler Birliği'nin halefi olarak görülmüş ve bu yüzden herhangi bir işlem gerekli olmamıştır. Kasım 2000'de Yugoslavya Federal Cumhuriyeti yeni bir üye olarak kabul edilmiş ve Şubat 2003'de de adını Sırbistan - Karadağ olarak değiştirmiştir. 2006'da Karadağ bundan ayrılmış ve kendi başına BM'nin bir üyesi olmuştur.<sup>29</sup>

BM Antlaşması'nın 5. maddesi uyarınca BM üyesi bir devlet Güvenlik Konseyi'nin önleyici ya da zorlayıcı tedbirlerinin öznesi olması durumunda ilgili devletin üyeliği Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul tarafından askıya alınabilir. Antlaşma'nın 6. maddesi ise bir üye devletin Antlaşma'da belirtilen ilkeleri ısrarla ihlal etmesi durumunda Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesi üzerine Genel Kurul tarafından BM'den çıkarılmasına imkan vermektedir.<sup>30</sup>

Genel Kurul'da oylama 18. madde ile düzenlenmiştir. Devletler arasındaki geniş nüfus ve kaynak farklarına rağmen her üyenin yalnız bir oyu vardır. Yeni üyelerin kabulü ve

<sup>25</sup> Daha fazla bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>26</sup> Örneğin bkz., J. E. Alvarez, 'Hegemonic International Law Revisited', 97 AJIL, 2003, s. 873, ve S. Talmon, 'The Security Council of World Legislature', 99 AJIL, 2005, s. 175. Bu kararlara ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda 29. Bölüm.

<sup>27</sup> Örneğin bkz., *Bowett's International Institutions*, ss. 27 vd.; Cot ve diğerleri, *Charte*, ss. 631 vd.; Nicholas, *United Nations*, 5. Bölüm; B. Finley, *The Structure of the United Nations General Assembly*, Dobbs Ferry, 3 Cilt, 1977, ve S. Bailey, *The General Assembly of the United Nations*, London, 1964.

<sup>28</sup> Uluslararası Adalet Divanı bir istişari görüşünde BM'ye üyelik talebi değerlendirilirken yalnızca 4. maddede sıralanan şartların dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz., *Conditions of Admission of a State to Membership of the United Nations* davası, ICJ Reports, 1948, s. 57; 15 AD, s. 333. Divan, Güvenlik Konseyi'nin tavsiyesinin olmaması durumunda Genel Kurul'un tek başına üyelik durumunu belirleyemeyeceğini ileri sürmüştür. Bkz., *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* davası, ICJ Reports, 1950, s. 4; 17 ILR, s. 326. Ayrıca bkz., T. Grant, *Admission to the United Nations*, Leiden, 2009; Simma, *Charter*, ss. 341 vd. ve Cot ve diğerleri, *Charte*, ss. 511 vd. BM'nin en yeni üyesi Güney Sudan'dır. Bkz., Genel Kurul'un 65/308 (2011) sayılı kararı ve Güvenlik Konseyi'nin 1999 (2011) sayılı kararı.

<sup>29</sup> Halefiyet konularına ilişkin bkz., Chesterman ve diğerleri, *United Nations*, ss. 213 vd. Ayrıca Yugoslavya ve BM'ye ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda 16. Bölüm.

<sup>30</sup> Bkz., 2. madde. Ayrıca, Genel Kurul delegasyonlarının imatnamelerinin reddi meselesi hakkında bkz., Chesterman ve diğerleri, *United Nations*, ss. 225 vd.; Simma, *Charter*, ss. 455 vd.; D. Ciobanu, 'Credentials of Delegations and Representation of Member States at the United Nations', 25 ICLQ, 1976, s. 351, ve M. Halberstam, 'Excluding Israel from the General Assembly by a Rejection of its Credentials', 78 AJIL, 1984, s. 179. Genel Kurul, üye olmayan devletlere, kurumlara ve organizasyonlara gözlemci statüsü verebilir. Bkz., [www.un.org/en/ga/about/observers.shtml](http://www.un.org/en/ga/about/observers.shtml). Gözlemci statüsü verilmiş üye olmayan devletler, Vatikan ve daha tartışmalı olarak da Filistin'dir. Bkz., 67/19 (2012) sayılı Genel Kurul kararı.

uluslararası barış ve güvenliğe ilişkin tavsiyeler gibi 'önemli konular'daki kararlar hazır bulunan ve oy veren üyelerin üçte iki çoğunluğu ile alınır.<sup>31</sup>

Genel Kurul, bütçe gibi belli bazı iç konular haricinde<sup>32</sup> üyelerini bağlayamaz. Bu anlamda kararları bir mevzuat değildir, tamamen tavsiye niteliği taşır. Bu kararlar uluslararası teamül hukuku kurallarını yansıtıyorsa kuşkusuz ki bağlayıcı olabilir ve yeni bir teamül kuralının ortaya çıkmasına yol açabilecek devlet uygulaması örnekleri olarak önemlidirler; ancak Genel Kurul kararları kendiliğinden üye devletler için bağlayıcı hukuki yükümlülükler oluşturamazlar.<sup>33</sup> Genel Kurul esasen bir tartışma meclisidir; sorunlara ilişkin çok geniş çeşitlilikteki görüşlerin ifade edildiği ve tartışmaların yapıldığı bir forumdur. Genel Kurul yılda bir kez olağan toplantı yapar; fakat Güvenlik Konseyi ya da BM üyelerinin çoğunluğunun isteği üzerine Genel Sekreter'in çağrısı ile olağanüstü toplantılar yapılabilir.<sup>34</sup> Barış İçin Birlik kararı yoluyla da acil olağanüstü toplantılar düzenlenebilir.<sup>35</sup> Bugüne kadar bu tür 10 toplantı yapılmıştır; bu toplantılar 1956, 1958, 1967, 1980, 1982 ve 1997'de Orta Doğu'da yaşanan durumların çeşitli yönlerinden, 1980'de Afganistan ve 1981'de de Namibya'daki durumlara kadar farklı konularda düzenlenmiştir.

Genel Kurul çok sayıda konu ve faaliyeti kapsayan çeşitli organlar kurmuştur.<sup>36</sup> Genel Kurul'un 6 ana komitesi vardır. Bunlar; silahsızlanma ve uluslararası güvenlik konuları, ekonomik ve mali işler, sosyal, insani ve kültürel konular, özel politika ve sömürgeciliklerin sona ermesi konuları, idari ve bütçe konuları ve hukuki konuları kapsayan komitelerdir.<sup>37</sup> Ek olarak, bir İstişari Komite ve bir de gündemdeki konulara ilişkin prosedürel Genel Komite vardır. Ayrıca dönemler arasında yönetim ve bütçe konuları ile ilgili meseleler ve katkılar ile ilgilenen iki Daimi Komite ve çeşitli konularla ilgili birçok yardımcı, *ad hoc* ve diğer organ (Uluslararası Hukuk Komisyonu, BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, BM Eğitim ve Araştırma Enstitüsü, Namibya Konseyi ve BM Yardım ve Bayındırlık Ajansı gibi) vardır.<sup>38</sup> Ayrıca, 2006'da kurulan İnsan Hakları Konseyi Genel Kurul tarafından seçilir ve ona raporlar sunar.<sup>39</sup>

<sup>31</sup> Örneğin bkz., G. Clarke ve L. B. Sohn, *World Peace Through World Law*, Cambridge, 1958, ss. 19–30; *The Strategy of World Order* (ed. R. A. Falk ve S. H. Mendlovitz), New York, 1966, 3. Cilt, ss. 272 vd., ve L. B. Sohn, *Cases on United Nations Law*, 2. Baskı, Brooklyn, 1967, ss. 248 vd. Ayrıca bazı durumlarda blok oy kullanmanın görüldüğü de not edilmelidir; örneğin, Afrika ve Asya devletleri belli konularda ortak bir tavır benimseme konusunda anlaşmaktadır ki; bu olgu Genel Kurul'un işleyişinde sıklıkla görülen daimi bir durumu yansıtmaktadır.

<sup>32</sup> Bkz., BM Antlaşması'nın 17. maddesi.

<sup>33</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda 3. Bölüm.

<sup>34</sup> BM Antlaşması'nın 20. maddesi. Örnek vermek gerekirse, 1947-48'de Filistin, 1967, 1978 ve 1986'da Namibya (Güney Batı Afrika) konularını gündeme getirmek ve 1974, 1975 ve 1990'da da dünya ekonomik düzenini tartışmak üzere bu tür toplantılar yapılmıştır. Ayrıca 1978'de Lübnan'daki BM Geçici Gücünün finansmanı, 1989'da ırk ayrımcılığı, 1978, 1982 ve 1988'de silahsızlanma, 1990 ve 1998'de uyuşturucu bağımlılığı, 1999'da gelişmekte olan küçük ada devletleri, 2000'de kadın, 2001'de HIV / AIDS, 2002'de çocuk, 2005'de de toplama kamplarından kurtuluşun 60. yılının anılması, 2014'te nüfus ve kalkınma ve 2016'da dünya uyuşturucu problemi konularında da toplantılar düzenlenmiştir.

<sup>35</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>36</sup> 2009 yılında Genel Kurul, BM Uyuşmazlık Mahkemesi'ni kurmuştur. Bu Mahkeme ekonomi komisyonları, savaş suçları mahkemeleleri gelişme programları ve BM Sekreteryası dahil BM ailesi içindeki çeşitli örgütlerin mevcut veya eski çalışanları tarafından yada onlar namına işe alma yada iş akdi hükümlerine aykırı olduğu öne sürülen idari kararlar hakkında yapılan başvuruları karara bağlamaktadır. Mahkeme duruşmalar düzenlemekte, emirler yayınlamakta ve bağlayıcı kararlar vermektedir. Hem personel hem de yönetim, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına karşı Birleşmiş Milletler Temyiz Mahkemesi'ne başvuru hakkına sahiptir. Bkz. <http://www.un.org/en/oaj/dispute/index.shtml> ve 70/112 (2015) sayılı Genel Kurul kararı.

<sup>37</sup> Örneğin bkz., Bross, *United Nations*, ss. 198 vd. ve [www.un.org/en/ga/maincommittees/index.shtml](http://www.un.org/en/ga/maincommittees/index.shtml). 1993'de Özel Politika Komitesi, Dekolonizasyon Hakkındaki Dördüncü Komite ile birleştirilmiştir. Bkz., 47 / 233 sayılı Genel Kurul kararı.

<sup>38</sup> Örneğin bkz., *United Nations Handbook 2016-7*, Wellington, 2006, ss. 28 vd. Ayrıca bir Yatırımlar Komitesi ve bir de Denetçiler Kurulu vardır.

<sup>39</sup> Bkz., yukarıda 6. Bölüm.

### Diğer Ana Organlar<sup>40</sup>

Birleşmiş Milletler'in ekonomik ve sosyal faaliyet alanlarındaki çalışmalarının çoğu Ekonomik ve Sosyal Konsey (ECOSOC) tarafından gerçekleştirilir. ECOSOC çok çeşitli konuları tartışabilir, fakat yetkileri sınırlıdır ve tavsiyelerinin BM üyeleri üzerinde bağlayıcılığı yoktur. Konsey, Genel Kurul tarafından üç yıllık bir dönem için (kademeli seçimler ile) seçilen 54 üyeden oluşur ve her üye bir oya sahiptir.<sup>41</sup> 62. madde uyarınca, Konsey çeşitli konular hakkında çalışmalar başlatabilir ya da yapabilir ve Genel Kurul'a, BM üyelerine ve ilgili uzmanlık kuruluşlarına tavsiyelerde bulunabilir. Genel Kurul'a teslim etmek üzere sözleşme tasarıları hazırlayabilir ve uluslararası konferanslar düzenleyebilir. Konsey, 9 fonksiyonel komisyondan<sup>42</sup> 5 bölgesel komisyon<sup>43</sup> ve birkaç daimi komite ve uzmanlık kuruluşuna<sup>44</sup> kadar çeşitli yardımcı organlar kurmuştur. Konsey ayrıca Çevre Programı ve Uyuşturucu Kontrol Programı gibi çeşitli programlar da yürütmektedir ve BM Mülteciler Yüksek Komiserliği Ofisi ve BM Ticaret ve Kalkınma Konferansı gibi diğer birkaç organ da kurmuştur. Konsey'in en öne çıkan fonksiyonu, çeşitli ekonomik, sosyal ve insan hakları organları kurmasıdır.<sup>45</sup>

Vesayet Konseyi<sup>46</sup> İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra oluşturulan vesayet altındaki bölgeleri denetlemek için kurulmuştur.<sup>47</sup> Bu bölgeler; manda altında bulunan bölgeler, İkinci Dünya Savaşı'nın bir sonucu olarak düşman devletlerden ayrılmış bölgeler ve idari makamlar tarafından gönüllü olarak vesayet sistemi altına sokulmuş diğer bölgelerden oluşmuştur.<sup>48</sup> Eskiden manda altında bulunup yeni sisteme dahil olmamış ya da bağımsızlık elde etmemiş tek bölge Güney Batı Afrika idi.<sup>49</sup> Vesayet sistemi altındaki son bölge olan Palau'nun 1 Ekim 1994 tarihinde bağımsızlığını ilanı ile Konsey o yılın 1 Kasım'ında faaliyetlerini askıya almıştır.<sup>50</sup>

<sup>40</sup> Örneğin bkz., *United Nations Handbook 2016-7*, ss. 138 vd., ve Broms, *United Nations*, 11. Bölüm. Ayrıca bkz., [www.un.org/en/ecosoc/](http://www.un.org/en/ecosoc/); *Bowett's International Institutions*, s. 55; W. R. Sharp, *The UN Economic Council*, New York, 1969, ve yukarıda 6. Bölüm.

<sup>41</sup> BM Antlaşması'nın 61. maddesi. 69. maddede belirtildiği üzere, BM'nin her üyesi oy kullanmaksızın müzakerelere katılabilir. Ayrıca bkz., Cot ve diğerleri, *Charte*, ss. 1581 vd.

<sup>42</sup> Bunlar; İstatistik Komisyonu, İnsan Hakları Komisyonu (2006'da fesh olmuştur), Kadının Statüsü Komisyonu ve Sürdürülebilir Kalkınma Komisyonu'nu içermektedir.

<sup>43</sup> Söz konusu bölgesel komisyonlar; Afrika, Asya ve Pasifik, Avrupa, Latin Amerika ve Karayipler ve Batı Asya hakkındadır.

<sup>44</sup> Bu komisyon ve komiteler; Ulusaşırı Şirketler Komisyonu, İnsan Yerleşimleri Komisyonu, Doğal Kaynaklar Komitesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Yenilenebilir Enerji Kaynakları Komitesi ve Kalkınma İçin Enerji Komitesi'dir.

<sup>45</sup> ECOSOC, büyük ölçekli BM Konferansları ve Zirvelerinin sonuçlarının uygulanması hususundaki ve uluslararası olarak kabul edilen kalkınma hedefleri konusundaki gelişmeleri incelemek için bakanlar düzeyinde yıllık değerlendirme toplantıları düzenleme gibi bir dizi reform gerçekleştirmeyi öngörmektedir. Bkz., 61/16 (2006) ve 68/1 (2013) sayılı Genel Kurul kararları. 68/1 (2013) sayılı karar ECOSOC sisteminde sürdürülebilir kalkınmanın üç boyutunun dengeli olarak entegre edilebilmesini denetlemek ve teşvik etmek için bir organ oluşturulması ve yıllık temalar belirlenmesini öngörmektedir. Bkz., [www.un.org/en/ecosoc/about/strengtheningofecosoc.shtml](http://www.un.org/en/ecosoc/about/strengtheningofecosoc.shtml) ve E/2007/274, 2007 ECOSOC kararı.

<sup>46</sup> Örneğin bkz., Cot ve diğerleri, *Charte*, ss. 1887 vd.; Broms, *United Nations*, 12. Bölüm; *Bowett's International Institutions*, s. 63, ve C. E. Toussaint, *The Trusteeship System of the United Nations*, New York, 1956.

<sup>47</sup> BM Antlaşması'nın 83. maddesi uyarınca, Birleşmiş Milletler'in stratejik bölgelere ilişkin tüm görevleri Güvenlik Konseyi'nce (ki her daimi üye bir oya sahiptir) yerine getirilir. 85. madde uyarınca stratejik bölge olarak gösterilmemiş tüm bölgelere ilişkin vesayet anlaşmaları konusunda Birleşmiş Milletler'e düşen görevler ise Vesayet Konseyi'nin yardımıyla Genel Kurul'ca yerine getirilir. Vesayet altındaki son bölge, stratejik bölge olarak gösterilen ve ABD tarafından yönetilen Pasifik Adaları bölgesiydi.

<sup>48</sup> BM Antlaşması'nın 77. maddesi.

<sup>49</sup> Bkz., yukarıda 5. Bölüm.

<sup>50</sup> Örneğin bkz., *Basic Facts About the United Nations*, E. 95.I.3.1 ve Press Release ORG/1211/Rev. 1. BM Genel Sekreteri Vesayet Konseyi'nin resmi olarak sona erdirilmesi çağrısında bulunmuştur; bununla birlikte bu Antlaşma'da bir değişiklik yapılmasını gerektirir. Bkz., A/49/1. Ayrıca bkz., C. L. Willson, 'Changing the Charter: The United Nations Prepares for the Twenty-First Century', 90 AJIL, 1996, ss. 115, 121-2.

BM Sekreterliği<sup>51</sup> Genel Sekreter ve personelinden oluşur ve fiilen uluslararası kamu hizmeti sunar. 101. madde uyarınca personel etkinlik, verimlilik ve dürüstlük nitelikleri temelinde ve 'olabildiğince geniş bir coğrafi dağılım esasına dayanılarak işe alınmalarının önemi göz önünde tutularak' atanır. Bütün üye devletler 100. madde uyarınca BM'nin kendisi dışındaki herhangi bir makamdan talimat almayacak ya da istemeyecek olan Genel Sekreter ve personelinin salt uluslararası nitelikteki sorumluluklarına saygı göstermekle yükümlüdür.

97. madde uyarınca Genel Sekreter Güvenlik Konseyi'nin oybirliği ile alınan tavsiye kararı üzerine Genel Kurul tarafından atanır ve BM'nin en yüksek memurudur. Bu nedenle Genel Sekreter bütün daimi üyeler için kabul edilebilir nitelikte bir kişilik olmak zorundadır ve bu özellik, etkili olabilmesi için hayati derecede önemlidir. Çoğu şey Genel Sekreter'in gerçek kişiliği ve bakış açısına bağlıdır. Uluslararası ilişkilerde Genel Sekreter'in oynadığı rol söz konusu kişinin karakterine göre farklılık gösterme eğilimi taşımaktadır.

Çeşitli idari görevlerinin yanı sıra<sup>52</sup> Genel Sekreterin otoritesinin temeli, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebileceğini düşündüğü herhangi bir konuyu Güvenlik Konseyi'nin dikkatine sunma yetkisi veren 99. maddede (bu yetki sık kullanılmamakla beraber) yatmaktadır.<sup>53</sup> Genel Sekreter'in rolü, uygulamada, Antlaşma'nın çeşitli hükümlerinin ötesine uzanmaktadır. Genel Sekreter'in, özellikle, uluslararası krizleri çözme ya da kontrol altına alma konusunda arabuluculuk yapılmasında önemli bir rolü vardır.<sup>54</sup> Ayrıca, Genel Sekreter gelişmelere işaret etmek ya da imkan dahilinde onları yönlendirmek için önemli bir konumdadır. Örneğin, Dr. Boutros-Ghali tarafından "Bir Barış Gündemi"<sup>55</sup> ve Kofi Annan tarafından da "Daha Geniş Özgürlük"<sup>56</sup> adlı çalışmaların yayınlanması bu hususta özellikle önemli husus teşkil etmiştir.

Birçok uyuşmazlıkta Birleşmiş Milletler'in diğer organları tarafından Genel Sekreter'e verilen görevler onun BM'nin etkisini artırmasına imkan vermiştir.<sup>57</sup> Bunun en kayda değer örneklerinden biri 1960 Kongo krizi sırasında ve sonrasında Genel Sekreter'e eyleme geçmek için çok geniş yetkiler veren Konsey kararında ortaya çıkmıştır.<sup>58</sup> Genel Sekreter'in eyleme geçme kapasitesinin diğer bir örneği de 1967'deki Orta Doğu'daki BM barış gücünü

<sup>51</sup> Örneğin bkz., Chesterman ve diğerleri, *United Nations*, 4. Bölüm; Cot ve diğerleri, *Charte*, ss. 2023 vd.; S. Bailey, 'The United Nations Secretariat', *The Evolution of International Organisations* (ed. E. Luard), London, 1966, s. 92, ve Bailey, *The Secretariat of the UN*, London, 1962; T. Meron, *The UN Secretariat*, Lexington, 1977; S. Schwebel, *The Secretary-General of the United Nations*, Cambridge, MA, 1952, ve Schwebel, 'The International Character of the Secretariat of the United Nations' ve 'Secretary-General and Secretariat', *Justice in International Law*, Cambridge, 1994, ss. 248 ve 297; J. Crawford, 'The Term of Office of the UN Secretary-General', University of Cambridge Legal Studies Research Paper Series, No. 2, 2013; A. W. Rovine, *The First Fifty Years: The Secretary General in World Politics, 1920-1970*, Leiden, 1970, ve genel olarak da *Public Papers of the Secretaries-General of the United Nations* (ed. A. W. Cordier, W. Foote, A. W. Cordier ve M. Harrelson), New York, 8 Cilt, 1969-77. Ayrıca bkz., Simma, *Charter*, ss. 2014 vd.

<sup>52</sup> Bu görevler; çeşitli organ, komite ve konferanslara hizmet verilmesi, sekreterliğin, uzmanlık kuruluşlarının ve diğer hükümetlerarası organizasyonların faaliyetlerinin koordine edilmesi, raporların ve çalışmaların hazırlanması ve BM'nin yıllık bütçesinin hazırlanmasını içermektedir. Genel Sekreter çeşitli çok uluslu antlaşmalarda depo mercii olarak da görev yapar ve 98. madde uyarınca organizasyonun çalışması hakkında yıllık rapor hazırlar. Ayrıca bkz., [www.un.org/sg/](http://www.un.org/sg/).

<sup>53</sup> 99. maddeye, örneğin, 1950'de Kore Savaşı krizinde, 1960'da Kongo krizinde ve 1979'da da İran rehine krizi konusunda başvurulmuştur. Bkz., *Yearbook of the UN*, 1979, ss. 307-12. Ayrıca bkz., S/13646 ve S. Schwebel, 'The Origins and Development of Article 99 of the Charter', *Justice in International Law*, s. 233.

<sup>54</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>55</sup> The Report of the Secretary-General Pursuant to the Statement Adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992, New York, 1992.

<sup>56</sup> A/59/2005.

<sup>57</sup> 98. Madde. Ayrıca bkz., J. Perez de Cuellar, 'The Role of the UN Secretary-General', Roberts ve Kingsbury, *United Nations, Divided World*, s. 125.

<sup>58</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

çekme kararıdır; ki bu nedenle savaşın önündeki önemli bir psikolojik bariyeri oratadan kaldırmış ve ciddi ölçüde eleştiriyi tetiklemiştir.

BM'nin altıncı ana organı, Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın halefi olarak 1946'da kurulan Uluslararası Adalet Divanı'dır.<sup>59</sup>

## UYUŞMAZLIKLARIN BARIŞÇIL ÇÖZÜMÜ<sup>60</sup>

### Milletler Cemiyeti<sup>61</sup>

BM Antlaşması'nda ortaya konulan hükümler, yaşanan deneyim ışığında değiştirilmiş olmakla birlikte, büyük ölçüde Milletler Cemiyeti'nin Sözleşme hükümlerine dayanmaktadır. Sözleşme'nin 12. maddesinde üyeler arasında bir çatışmaya yol açma ihtimali olan herhangi bir uyuşmazlık hususunda üç yöntemden biri ile (tahkim, yargısal çözüm ya da Milletler Cemiyeti tarafından yapılacak tahkikat yoluyla) çözüm bulunmaya çalışılacağı açıklanmıştır. 15. madde Konsey'in söz konusu anlaşmazlığın çözümünü sağlamaya çalışacağını, ancak başarısız olursa, olayın unsurlarını ve 'olaya ilişkin adil ve münasip olduğu varsayılan tavsiyeleri' içeren bir rapor yayınlayacağını belirtmiştir. Bununla beraber, bu rapor taraflar üzerinde bağlayıcı değildir; fakat üzerinde ittifak edilmiş bir rapor ise Milletler Cemiyeti üyeleri 'uyuşmazlık konusunda raporun tavsiyelerine riayet eden herhangi bir taraf ile' savaşa girmeyecekti. Rapor sadece çoğunluğun görüşünü yansıtıyorsa üyeler 'hakkın ve adaletin korunması için gerekli olduğunu düşündükleri bir eylemi gerçekleştirme hakkını' kendileri için saklı tutuyorlardı. Diğer bir deyişle, Sözleşme ikinci durumda üyelerin savaşa başvurmasını kesin olarak yasaklamıyordu. Bir üyenin Sözleşme'yi dikkate almayarak savaşa başvurduğu bir durumda 16. maddede belirtilen çeşitli yaptırımlar uygulanabilirdi; öte yandan yaptırımların uygulanabileceği koşulların gerçekte doğup doğmadığı Milletler Cemiyeti'nin kendisi tarafından değil, her üye tarafından karar verilecek bir konuydu. Nitekim İtalya'ya karşı 1935-36'da yaptırımlar uygulandı; ancak bu o dönemdeki önde gelen devletlerin politik değerlendirmeleri nedeniyle gönülsüz ve gevşek bir tavırla gerçekleşti.<sup>62</sup>

### Birleşmiş Milletler Sistemi

BM sistemi, organizasyonun ana organlarının görevleri arasındaki nispi olarak net bir teorik ayırım üzerine anayasal ifadelerle kurulmuştur. Bununla beraber, uluslararası düzenin politik koşulları nedeniyle, sistem Antlaşma'da çerçevesi çizildiği şekilde işleme hususunda başarısız olmuş ve fırsatlar ortaya çıktıkça yeni düzenlemeler yapılmıştır. Güvenlik Konseyi'nin BM'nin yürütme organı, Genel Kurul'un da yasama organı olarak fonksiyon icra etmesi amaçlanmıştır. Her iki organ da müzakere, dostane girişim ve arabuluculuk gibi nispi olarak geleneksel mekanizmalar yoluyla uyuşmazlıkların barışçıl yollardan çözümüne katkı sağlayabilmektedir. Yalnızca Güvenlik Konseyi bağlayıcı kararlar alabilmektedir; bu kararlar uluslararası barış ve güvenliği sağlamak için BM Antlaşması'nın 7. Bölümü'nde belirtilen durumlarda alınabilmektedir. Ancak, gelişmeler net bir sınıflandırmanın pek mümkün olmadığını göstermiştir. Sovyetler Birliği'nin çözülüşü ve Soğuk Savaş'ın şüphe götürmez

<sup>59</sup> Bkz., yukarıda 17. Bölüm.

<sup>60</sup> Örneğin bkz., M. Raman, *Dispute Settlement through the United Nations*, Oxford, 1977; J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 5. Baskı, Cambridge, 2011, 10. Bölüm; United Nations, *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, New York, 1992; N. Bar-Yaacov, *The Handling of International Disputes by Means of Inquiry*, London, 1974, 8. Bölüm; B. S. Murty, 'Settlement of Disputes', *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, s. 673; E. Luard, *A History of the United Nations*, London, 1982, Cilt: 1; Falk ve Mendlovitz, *Strategy of World Order*, Cilt: 3; *The United Nations* (ed. R. A. Falk ve S. Mendlovitz), New York, 1966; Simma, *Charter*, ss. 1069 vd.; Cot ve diğerleri, *Charte*, ss. 1047 vd.; N. D. White, *Keeping the Peace*, 2. Baskı, Manchester, 1998. Ayrıca bkz., yukarıda 17. Bölüm.

<sup>61</sup> Genel olarak bkz., örneğin, G. Scott, *The Rise and Fall of the League of Nations*, London, 1973, ve Falk ve Mendlovitz, *Strategy of World Order*, 1. Bölüm.

<sup>62</sup> Örneğin bkz., Scott, *Rise and Fall*, 2. Bölüm.



biçimde sona ermesinin hemen akabinde, BM Genel Sekreteri tarafından uyuşmazlıkların çözümü hususunda BM'nin elindeki yöntem ve mekanizmaları ayrıntılandırmak için etkili bir girişimde bulunulmuştur.

Genel Sekreter, *Bir Barış Gündemi* adlı çalışmasında<sup>63</sup>, egemenliğe ve devletlerin toprak bütünlüğüne saygı ilkesinin BM'nin yapı taşıını teşkil ettiğini vurgulamakla beraber<sup>64</sup>, devletleri ve bir bütün olarak da uluslararası toplumu etkileyen hızlı değişimlere işaret etmekte ve barışın temininde BM'nin rolünü vurgulamaktadır. Söz konusu rapor BM'nin üstlendiği görevlerin çeşitlerini kategorize etmeye çalışmıştır. *Önleyici Diplomasi (Preventive Diplomacy)* devletler arasında doğan uyuşmazlıkları önlemek, mevcut uyuşmazlıkların çatışmaya sürüklenmesine engel olmak ve çatışma ortaya çıkmışsa yayılmasını sınırlandırmak amacıyla yapılan bir faaliyettir. Bu, araştırma, arabuluculuk ve iyi niyet ziyaretleri gibi çabaları içermektedir.<sup>65</sup> *Barış yapma (Peacemaking)*, BM Antlaşması'nın 6. Bölümü'nde ayrıntılı olarak belirtilen barışçıl araçları kullanarak düşman tarafların anlaşmaya varmasını sağlamak için yapılan bir faaliyettir.<sup>66</sup> *Barışı koruma (Peacekeeping)* bir BM gücünün çatışma alanında konuşulmasıdır.<sup>67</sup> *Barış inşası (Peacebuilding)* barışın teminine yardım edecek yapıları belirlemek ve onlara destek olmak amacıyla yapılan faaliyettir.<sup>68</sup> *Barışı uygulama (Peace Enforcement)* BM Antlaşması'nın 7. Bölümü'nün zorlayıcı hükümlerine dayalı olan ve tarafların rızasına başvurmaksızın yapılan barışı koruma faaliyetidir.<sup>69</sup>

11 Eylül 2001 tarihinde Dünya Ticaret Merkezi'ne yönelik saldırı 'küresel terörizm tehdidini sahneye koydu' ve dikkatleri 'zayıf ya da çökmüş devletlerin yeniden yapılandırılması' gereğine çekti.<sup>70</sup> Genel Sekreter de tepki kültürünün yerini önleme kültürüne bırakması gerektiğini ve diğer tedbirlerin yanı sıra barışı koruma faaliyetleri kapsamında 30 günden 90 güne kadar konuşulma kapasitesi geliştirme ihtiyacını vurguladı.<sup>71</sup>

### Güvenlik Konseyi

Antlaşma'nın 1. maddesinde belirtildiği üzere Birleşmiş Milletler'in başlıca hedefi uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve bunu tehlikeye sokabilecek uyuşmazlıklara karşı - 33. madde uyarınca - 'müzakere, soruşturma, arabuluculuk, uzlaşma, hakemlik ve yargısal çözüm yolları ile, bölgesel kuruluşlar ya da anlaşmalara başvurarak veya diğer barışçıl yollarla' çözüm aranması gerekmektedir. Nitekim, Antlaşma, amaçlarından biri olarak 1. maddede, 'barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesini ya da çözümünü barışçıl yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmek' olarak ilan etmektedir. 24. madde ile<sup>72</sup> BM üyeleri uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğu Güvenlik Konseyi'ne vermiş ve 25.

<sup>63</sup> Bu, Genel Kurul'un 47/120 sayılı kararında memnuniyetle karşılanmıştır. Ayrıca, 1992 Raporundaki Tavsiyelerin Uygulanması Hakkında Genel Sekreterin Raporu için bkz., A/47/965.

<sup>64</sup> *A.g.e.*, s. 9.

<sup>65</sup> *A.g.e.*, ss. 13 vd.

<sup>66</sup> *A.g.e.*, ss. 20 vd.

<sup>67</sup> *A.g.e.*, ss. 28 vd.

<sup>68</sup> *A.g.e.*, ss. 32 vd. 60/180 sayılı Genel Kurul ve 1645 (2005) sayılı Güvenlik Konseyi kararı çerçevesinde çatışma sonrası barış inşası ve toparlanma için geliştirilecek entegre stratejiler hakkında tavsiyelerde bulunma ile kaynak temin etme ve bir arada toplama için ilgili tüm aktörleri biraraya getirmek amacıyla Barış İnşası Komisyonu 2006 yılında kurulmuştur. Komisyon'un ilk toplantısı hakkındaki raporu için bkz., A/62/137 - S/2007/458, 25 Temmuz 2007, ve Chesterman ve diğerleri, *United Nations*, 9. Bölüm.

<sup>69</sup> Bkz., Report of the Secretary-General on the Work of the Organisation, New York, 1993, s. 96.

<sup>70</sup> Bkz., Report of the Secretary-General on the Work of the Organisation, A/57/1, 2002, s. 1. Ayrıca bkz., the Secretary-General's *Agenda for Further Change*, A/57/387, 9 Eylül 2002.

<sup>71</sup> Bkz., the *Road Map Towards Implementation of the United Nations Millennium Declaration*, A/56/326, 6 Eylül 2001. Millenyum Raporuna şu adresten ulaşılabilir: [www.un.org/millennium/sg/report/](http://www.un.org/millennium/sg/report/).

<sup>72</sup> Örneğin bkz., Simma, *Charter*, ss. 761 vd.

madde ile<sup>73</sup> de Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmıştır. Uluslararası Adalet Divanı *Namibia* davasında<sup>74</sup> 25. maddedeki hükmün Antlaşma'nın 7. Bölümü çerçevesindeki zorlayıcı tedbirler ile sınırlı olmadığı, 'Antlaşma'ya uygun olarak kabul edilen "Güvenlik Konseyi kararları" için de geçerli olduğuna dikkat çekmiştir. Konsey'in uluslararası barış ve güvenliğin korunması hususundaki başlıca sorumluluğunu yerine getirmek amacıyla 24. madde çerçevesinde yaptığı bir deklarasyon, 25. madde çerçevesindeki bir karar anlamı taşır; ki bu nedenle üye devletlerin 'kendileri adına yapılan deklarasyonun sonuçlarına uygun olarak hareket etmesi beklenir'.<sup>75</sup> 24. madde çerçevesinde alınan belli bir kararın gerçekte bütün üye devletleri bağlayan (ve Antlaşma'nın 7. Bölümü'ndeki kolektif güvenlik çerçevesinin dışında)<sup>76</sup> bir karar olup olmadığı, her bir özel durumda, 'yorumlanacak kararın hükümleri, ona yol açan tartışmalar, başvuru Antlaşma hükümleri ve genel itibarıyla de Güvenlik Konseyi'nin kararının hukuki sonuçlarını belirlemede yardımcı olabilecek bütün koşullar göz önüne alınarak' yapılacak bir analiz konusudur.<sup>77</sup> Antlaşma çerçevesinde Güvenlik Konseyi'nin spesifik olarak 6. Bölüm çerçevesinde uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümü ile ilgilenildiğindeki rolü, Konsey'in 7. Bölüm çerçevesinde barışa yönelik tehditlere ya da barışın ihlaline veya saldırı eylemlerine ilişkin harekete geçmeye niyetlendiği zamanki rolünden farklıdır. İlk durumda üye devletlere yönelik bağlayıcı kararlar verme gibi bir yetkisi yoktur.

Antlaşma'nın 34. maddesi uyarınca, Güvenlik Konseyi başlıca sorumluluğunu yerine getirmeye çalışırken, 'herhangi bir uyuşmazlık veya uluslararası bir anlaşmazlığa yol açabilecek ya da uyuşmazlık doğurabilecek bir durum konusunda, bu uyuşmazlık ya da durumun süregitmesinin uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürme eğiliminde olup olmadığını saptamak için soruşturmada bulunabilir.' Bu soruşturma yetkisine ek olarak, Güvenlik Konseyi gerekli olduğunu düşündüğü durumda 33. maddede detaylı olarak belirtilen yöntemler vasıtasıyla uyuşmazlığı çözmek amacıyla taraflara çağrıda bulunabilir.<sup>78</sup> Konsey, eğer isterse, devamında uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye düşürme ihtimali olan bir uyuşmazlık ya da benzeri durumun herhangi bir aşamasında müdahalede bulunabilir ve 36 (1). madde uyarınca uygun düzeltme usul ve yöntemlerini tavsiye edebilir. Ancak bağlayıcı nitelikte olmayan bu tür tavsiyelerde bulunulurken, hukuki uyuşmazlıklar hususunda tarafların Uluslararası Adalet Divanı'na sevk edilmesi gerektiğine dair genel prensip göz önüne alınmak zorundadır.<sup>79</sup> Bir uyuşmazlığın tarafları bu uyuşmazlığı 33. maddede anılan çeşitli yöntemler ile çözmeyi başaramazlarsa, 37. madde uyarınca onu

<sup>73</sup> A.g.e., ss. 771 vd.

<sup>74</sup> ICJ Reports, 1971, ss. 16, 52-3; 49 ILR, ss. 1, 42-3.

<sup>75</sup> Bu yaklaşım tartışmalıdır ve, bazı devletler, örneğin Batılı devletler, tarafından kabul edilmemiştir. Bu konuda, örneğin Simma, Konsey'in uyuşmazlık çözümü bağlamında bağlayıcı kararlar alabileceği sonucuna varmaktadır. Bkz., Simma, *Charter*, ss. 794 vd. Ayrıca bkz., R. Higgins, 'The Advisory Opinion on Namibia. Which UN Resolutions are Binding under Article 25 of the Charter?', 21 ICLQ, 1972, s. 270.

<sup>76</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>77</sup> ICJ Reports, 1971, ss. 16, 53; 49 ILR, s. 43. Doğu Timor konusundaki ilgili Güvenlik Konseyi kararlarının bağlayıcı olarak görülüp görülmeceğine ilişkin konu *East Timor* davasında gündeme gelmiştir. Bkz., ICJ Reports, 1995, ss. 90, 103; 105 ILR, s. 226. Ancak Divan aktarılan kararların yükümlülük doğurmayacağı sonucuna varmıştır Bu konuda Hakim Weeramantry'nin Karşı Oy Görüşü için bkz., ICJ Reports, 1995, ss. 205-8. Ayrıca bu hususta, Güvenlik Konseyi'nin kimyasal silah kullanımının uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit oluşturduğunu açıklayan ve Suriye'ye kimyasal silah programını süratle imha etmesi çağrısında bulunan 2118 (2013) sayılı kararına bakınız.

<sup>78</sup> 38. madde uyarınca, Güvenlik Konseyi, bir uyuşmazlığın bütün taraflarının istemesi halinde, genel olarak uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümüne ilişkin taraflara tavsiyelerde bulunabilir.

<sup>79</sup> Örneğin, Güvenlik Konseyi Birleşik Krallık ve Arnavutluk'a Korfu Körfezi olayına ilişkin davalarını Uluslararası Adalet Divanı'na götürmeleri tavsiyesinde bulunmuştur. Bkz., Güvenlik Konseyi'nin 22 (1947) sayılı kararı ve SCOR, 2. Yıl, 127. Toplantı, 9 Nisan 1947, s. 727. Ayrıca bkz., Luard, *History*, ss. 209-12. Bununla beraber, bu örneğin istisnai nitelikte olduğu görülmektedir. Bu konuda 395 (1976) sayılı Güvenlik Konseyi kararına da bakılabilir. Kararda Türkiye ve Yunanistan arasındaki Ege Denizi kıta sahanlığı uyuşmazlığı konusunda müzakere çağrısı yapılmış ve tarafların sorunu Uluslararası Adalet Divanı'na götürmesi çağrısında bulunulmuştur.

Güvenlik Konseyi'ne sunmalıdır. Konsey uyuşmazlığın devamının uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye sokma ihtimali olduğu kanısına varırsa yalnızca düzeltme usul ve yöntemlerini tavsiye etmekle kalmayıp aynı zamanda, uygun olduğunu düşünürse uzlaşma şartları konusunda da tavsiyelerde bulunabilir.

Bununla birlikte Konsey barışa yönelik bir tehdidin ya da barışın ihlalinin veya saldırı eyleminin varlığına karar verdiğinde, 7. Bölüm uyarınca BM'nin üye devletleri üzerinde bağlayıcı olan kararlar verebilir; ancak o noktaya kadar sadece – 6. Bölüm çerçevesinde - tavsiyelerde bulunabilir.<sup>80</sup> 35 (1). madde uyarınca herhangi bir BM üyesi devlet bir uyuşmazlığı ya da uluslararası bir anlaşmazlığa yol açabilecek ya da uyuşmazlık doğurabilecek bir durumu Konsey'in önüne getirebilir. Üye olmayan bir devlet de 35 (2). madde uyarınca, taraf olduğu herhangi bir uyuşmazlık konusunda, 'bu Antlaşma'da öngörülen barışçıl yollarla çözüme yükümlülüğünü bu uyuşmazlığın amaçları bakımından önceden kabul etmek' koşuluyla, Güvenlik Konseyi'nin dikkatini çekebilir. Ayrıca üçüncü tarafların uyuşmazlıkları Konsey'in dikkatine sunması da mümkündür.<sup>81</sup>

Uygulamada Güvenlik Konseyi çeşitli uluslararası uyuşmazlıklarda mevcut bütün diplomatik teknikleri uygulamıştır. Bu, açık tartışmalar ve perde arkasındaki tartışma ve lobicilik faaliyetlerinin yanı sıra gerçekleşmiştir. Güvenlik Konseyi birçok fırsatta bir uyuşmazlığın çözümünü için müzakere yapmak üzere taraflara çağrıda bulunmuş ve bilgilendirilmek istemiştir. Konsey 1940'ların sonunda Hollanda-Endonezya uyuşmazlığına<sup>82</sup> ilişkin dostane girişim önermiş ve diğer birçok çatışmada da – örneğin Keşmir<sup>83</sup> ve Kıbrıs<sup>84</sup> sorunlarına ilişkin - arabuluculuk çabalarına müracaat etmiştir.<sup>85</sup> Bununla birlikte, Konsey'in 36. madde çerçevesinde düzeltme usul ya da yöntemlerini tavsiye ettiği durumlar nispeten nadirdir. Konsey, yalnızca Korfu Kanalı ve Ege Denizi uyuşmazlıklarında taraflara Uluslararası Adalet Divanı'na gitme tavsiyesinde bulunmuştur.

Muhtemelen belli bir uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınacak prensipler konusunda tavsiyelerde bulunan en ünlü Güvenlik Konseyi kararı, Orta Doğu ile ilgili 242 (1967) sayılı karardır. Bu karar Orta Doğu'da adil ve kalıcı bir barışın tesisinde uygulanması gereken iki temel prensibe işaret etmiştir: İlki, İsrail'in 'yakın dönemdeki çatışmada (Altı Gün Savaşı) işgal ettiği topraklardan' çekilmesi ve ikinci olarak da savaş durumundaki tüm iddiaların sona erdirilmesi ve bölgedeki her devletin güvenli ve kabul edilen sınırlar içerisinde barış içinde yaşama hakkının tanınması.<sup>86</sup>

### Genel Kurul<sup>87</sup>

Uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin başlıca sorumluluk Güvenlik Konseyi'nde olmasına rağmen, Genel Kurul Antlaşma'nın kapsamı içerisinde herhangi

<sup>80</sup> Bununla birlikte, BM Antlaşması'nın 37 (2). maddesi uyarınca Güvenlik Konseyi bir uyuşmazlığın devam etmesinin uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye soktuğu kanısına varırsa, '36. madde uyarınca mı hareket edeceğini yoksa uygun gördüğü başka çözüm yollarını mı tavsiye edeceğini kendisi kararlaştırır.'

<sup>81</sup> Genel Kurul ve Genel Sekreter'e ilişkin izleyen kısımlara bakınız.

<sup>82</sup> Örneğin bkz., Luard, *History*, 9. Bölüm, ve S/1156. Ayrıca bkz., S/514 ve S/1234, ve Murty, 'Settlement', s. 721.

<sup>83</sup> Murty, 'Settlement', s. 721. Ayrıca bkz., Luard, *History*, 14. Bölüm.

<sup>84</sup> Örneğin bkz., Murty, 'Settlement', s. 721. Ayrıca bkz., T. Ehrlich, *Cyprus 1958–1967*, Oxford, 1974.

<sup>85</sup> Ayrıca Orta Doğu'da olaylara ilişkin 1948'de Count Bernadotte ve 1967'de de Dr. Jarring BM arabulucusu olarak görevlendirilmiştir. Bkz., Luard, *History*, 10. ve 11. Bölümler, ve *The Arab-Israeli Conflict* (ed. J. N. Moore), Princeton, 4 Cilt, 1974-91.

<sup>86</sup> 242 (1967) sayılı kararda uluslararası sulara seyahat özgürlüğünün garanti edilmesi ihtiyacı, mülteci sorununun adil bir çözümünün sağlanması ve silahsızlandırılmış bölgeler gibi önlemler yoluyla bölgedeki her devletin topraklarının bölünmezliğinin güçlendirilmesi gibi çeşitli konulara da atıfta bulunulmuştur. 242 (1967) sayılı karar Güvenlik Konseyi'nin 338 (1973) sayılı kararında yinelenmiştir.

<sup>87</sup> Örneğin bkz., White, *Keeping the Peace*, 2. Bölüm, ve M. J. Peterson, *The General Assembly in World Politics*, Boston, 1986.

bir sorunu ya da konuyu (uluslararası barış ve güvenliğin korunması da dahil olmak üzere) tartışabilir ve BM üyeleri ve Güvenlik Konseyi'ne – aynı konuyu Konsey'in kendisi ele alıyor değilse<sup>88</sup> - tavsiyelerde bulunabilir.<sup>89</sup> Benzer koşullar altında Genel Kurul 14. madde uyarınca 'uluslar arasındaki dostça ilişkileri tehlikeye sokacak nitelikte gördüğü herhangi bir durumun, kökenine bakılmaksızın barışçıl yollarla düzeltilmesi için gerekli önlemler alınmasını tavsiye edebilir.' Uluslararası Adalet Divanı *Construction of a Wall* davasında<sup>90</sup> 24. madde çerçevesinde Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin birincil ve tam olarak değilse de münhasır bir yetkiye sahip olduğunu vurgulamış, ancak uyuşmazlıkların barışçıl yollardan çözülmesi için tavsiyelerde bulunma hususunda Genel Kurul'un yetkileri hakkında 12. madde tarafından getirilen tehdidin, değişen uygulama ile Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi'nin ikisine de uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin aynı konu ile paralel olarak ilgilenmelerine izin verecek şekilde yorumlandığını belirtmiştir.<sup>91</sup>

Uygulamada Genel Kurul'un (bağlayıcı olmayan) kararları ve deklarasyonları sömürge uyuşmazlıklarından insan hakları ihlali iddiaları ve uluslararası ekonomik ilişkilerde adalet ihtiyacına kadar çok geniş bir alanı kapsamıştır. Genel Kurul'un rolü 1945'den sonra iki nedenle artmıştır: Birincisi, daimi üyeler (ABD, Birleşik Krallık, SSCB (Günümüzde Rusya Federasyonu), Fransa ve Çin) belli bir çatışma durumunda nadiren uzlaşmaya varabildikleri için, Güvenlik Konseyi'nde veto yetkisinin mevcudiyeti Konseyi çoğu önemli uyuşmazlıkta etkisiz kılmıştır. İkinci olarak da, BM üyeliğindeki büyük artış Genel Kurul'un ve onun müzakerelerinin radikalleşmesi etkisini doğurmuştur. Daha yakın dönemde Güvenlik Konseyi'nin artan rolü Genel Kurul'un rolünü gölgelemiştir.

### Genel Sekreter<sup>92</sup>

Tıpkı Güvenlik Konseyi'nin etkisizliğinin Genel Kurul'un potansiyellerine dair artan bir farkındalığı uyandırması gibi bu etkisizlik benzeri şekilde Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin oynadığı rolün öneminin de altını çizdi. Antlaşma'nın 99. maddesi uyarınca, Genel Sekreter uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye düşürebileceğini düşündüğü herhangi bir konuyu Güvenlik Konseyi'nin dikkatine sunma yetkisine sahiptir ve bu yetki 97. madde uyarınca Birleşmiş Milletler teşkilatının idari yöneticisi fonksiyonuna ek olarak mevcuttur.<sup>93</sup> Esasen Genel Sekreterin kayda değer bir takdir yetkisi vardır ve çoğu şey genel politik duruma bağlı olduğu kadar herhangi bir dönemde Genel Sekreterlik makamını dolduran kişinin görüşleri ve yaklaşımına da bağlıdır.

Genel Sekreterin arabuluculuk rolü hızla artmıştır.<sup>94</sup> Genel Sekreterler bu tür bir rolü yerine getirirken Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'dan bağlayıcı kararlar ile sınırlanmadığı ölçüde bağımsız olarak hareket etmeye çalıştılar (örneğin 1990-91'de Kuveyt olayında olduğu gibi). Dostane girişim ve arabuluculuk çabaları Genel Sekreterin kendisine has yetkilerinin

<sup>88</sup> Antlaşma'nın 12. maddesi.

<sup>89</sup> Antlaşma'nın 10. ve 11. maddeleri.

<sup>90</sup> ICJ Reports, 2004, ss. 136, 148-9; 129 ILR, ss. 37, 66. Genel Kurul, Uluslararası Adalet Divanı'ndan istişari görüş isteyebilir. Bkz., *Construction of a Wall* davası, a.g.e., ve the *Kosovo UDI* opinion, ICJ Reports, 2010, s. 403.

<sup>91</sup> Daimi bir üyenin vetosu nedeniyle Güvenlik Konseyi'nin hareketsiz kalması durumunda, Genel Kurul'un barışa yönelik bir tehdit ya da barışın ihlali veya bir saldırı eylemi ile ilgilenme hakkına ilişkin bkz., 377(V), 'Barış İçin Birlik' kararı.

<sup>92</sup> Örneğin bkz., Rovine, *First Fifty Years*, ve Cordier ve diğerleri, *Public Papers*. Ayrıca bkz., Merrills, *International Dispute Settlement*, s. 225 ve J. Crawford, 'The Term of Office of the UN Secretary-General'.

<sup>93</sup> 98. madde uyarınca Genel Sekreter, kendisine Genel Kurul, Güvenlik Konseyi, Ekonomik ve Sosyal Konsey ve Vesayet Konseyi tarafından verilen diğer görevleri de yerine getirir.

<sup>94</sup> Örneğin bkz., T. M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, 1995, 6. Bölüm; Perez de Cuellar, 'Role of the UN Secretary-General', s. 125, ve T. M. Franck ve G. Nolte, 'The Good Offices Function of the UN Secretary-General', Roberts ve Kingsbury, *United Nations, Divided World*, s. 143.

kullanılmasının parçası olarak bağımsız bir eylem nedeniyle<sup>95</sup> ya da Güvenlik Konseyi<sup>96</sup> veya Genel Kurul'un<sup>97</sup> talebinin bir sonucu olarak ortaya çıkabilir. Bazı durumlarda, Genel Sekreter tarafların kendilerinin daveti üzerine harekete geçmiş<sup>98</sup> ve diğer bazı durumlarda da ilgili bölgesel örgüt ile uyum içinde hareket etmiştir.<sup>99</sup> Genel Sekreter birçok olayda belli bir soruna çözüm bulunmasına destek olmak için bir özel temsilci atanmıştır.<sup>100</sup>

Dostane girişim ve arabuluculuk faaliyetlerinin gelişimi, ilk olarak Soğuk Savaş döneminde BM operasyonları üzerindeki sıkı kısıtlamaların bir sonucu olarak doğmuştur. Soğuk Savaş'ın sona ermesi BM faaliyetlerinin büyük ölçüde artışına yol açmış ve bunun bir sonucu olarak Genel Sekreterin işi, örgüt tarafından yürütülen çok çeşitli girişimlerin gerçekleşmesini sağlamaya çalıştığı için büyümüştür. 1990'ların ortasında Somali, Ruanda ve Bosna ve 1991'den 2003 Savaşı'na kadar da Irak deneyimleri örgütü hayal kırıklığına uğratmıştır.

### **Barışı Koruma ve Gözlem Misyonları<sup>101</sup>**

BM Antlaşması'nda barışı koruma faaliyetlerinin açık bir hukuki temeli yoktur. Bu faaliyetler 43. maddede ayrıntılandırıldığı üzere BM nezdinde silahlı kuvvetler katkısı ve imkanlarının olmayışından doğmuştur. Bu yüzden organizasyonun başlangıcından beri bir dizi düzenleme ve çalışma gerçekleşmiş ve bunlar BM'nin belirli kriz durumlarında uygun bir reaksiyon gösterebilmesi yönünde açık bir model oluşturmuştur. Bu faaliyetlerin temelleri Antlaşma'da Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'un yetkilerini belirleyen genel hükümlerde yatmaktadır. Örneğin, Güvenlik Konseyi görevlerini yerine getirmek için gerekli olduğunu düşündüğü yardımcı organlar kurabilir (29. madde). Bu görevler 34. madde (soruşturma yetkileri), 36., 37. ve 38. maddeler (uyuşmazlık çözümü için uygun usuller ve yöntemler tavsiye etme yetkileri) ve 39. maddede (uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden tesisi için karar alma ya da tavsiyede bulunma yetkileri) belirtilmektedir. Özellikle 42. madde uyarınca Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden tesis edilmesi için hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla gerekli gördüğü

<sup>95</sup> Örneğin Abhazya'ya ilişkin bkz., Franck, *Fairness*, s. 207, ve Central America, *a.g.e.*

<sup>96</sup> Örneğin bkz., Orta Doğu'ya ilişkin 242 (1967) sayılı, Kıbrıs'a ilişkin 367 (1975) sayılı, Doğu Timor'a ilişkin 384 (1975) sayılı, Namibya'ya ilişkin 435 (1978) sayılı ve Yugoslavya'ya ilişkin 713 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>97</sup> Örneğin Afganistan'a ilişkin bkz., ES-6/2 (1980) sayılı Genel Kurul kararı ve *The Geneva Accords*, the United Nations, 1988, DPI/935-40420. Kamboçya'ya ilişkin bkz., Franck, *Fairness*, s. 184.

<sup>98</sup> Örneğin, 1992'de Mozambik hükümeti ile RENAMO isyancıları arasında yapılan Roma Barış Antlaşması'nda anlaşmanın uygulanmasının denetimi için BM'ye çağrıda bulunulmuştur. Mozambik Cumhurbaşkanı BM Genel Sekreteri'nin uygulama komisyonlarına başkanlık etmesi ve gözlemci gönderme gibi bazı konularda yardımcı olması talebinde bulunmuştur. Bkz., Report of the Secretary-General, S/24635, 1992, ve Franck, *Fairness*, s. 188. BM Genel Sekreteri organizasyonun çalışması hakkındaki raporunda (A/57/1, 2002) Myanmar'da ulusal uzlaşma ve demokratikleşmeye yardım etmek için arabuluculuk faaliyetinde bulunduğunu belirtmekte (bkz. s. 5) ve eğer arzu edilirse 'Nepal'da barışçıl çözüme ulaşmak için arabuluculuk çabasında bulunabileceği'ni açıklamaktadır (bkz. s.4).

<sup>99</sup> Bu konuda örneğin Genel Sekreterin 1980'lerin ortalarında Orta Amerika barış süreci hususunda Amerikan Devletleri Organizasyonu'nun Genel Sekreteri ile ilişkisi hakkında bkz., Report of the UN Secretary-General, A/42/127-S/18688, 1987.

<sup>100</sup> Bkz., [www.un.org/Depts/dpko/SRSG/index.htm](http://www.un.org/Depts/dpko/SRSG/index.htm).

<sup>101</sup> Örneğin bkz., *Oxford Handbook of United Nations Peacekeeping Operations* (ed. J. Koops ve N. MacQueen), Oxford, 2015; R. Murphy, *UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo*, Cambridge, 2007; B. Oswald, H. Durham ve A. Bates, *Documents on the Law of UN Peace Operations*, Oxford, 2010; T. Benner, S. Mergenthaler ve P. Rotman, *The New World of UN Peace Operations*, Oxford, 2011; H. Nasu, *International Law on Peacekeeping*, Leiden, 2009; United Nations, *United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines*, New York, 2008, ve UN, *The Blue Helmets: A Review of United Nations Peacekeeping*, 2. Baskı, New York, 1990; D. W. Bowett, *UN Forces*, London, 1964; *The Evolution of UN Peacekeeping* (ed. W. J. Durch), London, 1994; White, *Keeping the Peace*; R. Higgins, *United Nations Peacekeeping*, Oxford, 4 Cilt, 1969-81; S. Morphet, 'UN Peacekeeping and Election Monitoring', Roberts ve Kingsbury, *United Nations, Divided World*, s. 183; A. James, *Peacekeeping in International Politics*, London, 1990, ve Simma, *Charter*, ss. 1171 vd. Ayrıca bkz. <http://www.un.org/en/peacekeeping/>

her türlü girişimde bulunabilir. Bu, açıkça Antlaşma'nın 7. Bölümü çerçevesinde yapılan girişimlerin temelidir.<sup>102</sup>

Bununla birlikte, barışı koruma faaliyetlerinin çoğunluğu bu şekilde yetkilendirilmemiştir ve 42. maddenin bu tür faaliyetlerin hukuki zemini olarak görülebilmesi mümkün değildir. Güvenlik Konseyi, Genel Sekretere 98. madde uyarınca görevler verebilir ve bu mekanizma uygulamada önemini göstermiştir. Genel Kurul 10. ve 11. maddeler çerçevesinde BM Antlaşması'nın kapsamı içerisindeki konular hakkında tartışma ve tavsiyelerde bulunma (uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin tavsiyeler dahil olmak üzere) hususunda geniş yetkilere sahiptir.<sup>103</sup> 14. madde çerçevesinde Genel Kurul kamu esenliğine zarar verecek, uluslar arasındaki dostça ilişkileri tehlikeye sokacak nitelikte gördüğü herhangi bir durumun, kökenine bakılmaksızın barışçıl yollarla düzeltilmesi için önlemler alınmasını tavsiye edebilir. Ancak bu tür konularda bağlayıcı karar alamaz.<sup>104</sup> Genel Kurul, görevlerini yerine getirmek için gerekli gördüğü yardımcı organlar da kurabilir (22. madde) ve Genel Sekretere görevler verebilir (98. madde). Çünkü bu operasyonlar kısmen 6. Bölüm ile 7. Bölüm arasında bir yerlere girer ve bu nedenle '6,5. Bölüm' ifadesi kullanılmıştır.<sup>105</sup>

Barışı koruma faaliyeti temel olarak askeri çatışmaları kontrol altına almak ve sona erdirmek amacıyla BM denetimindeki silahlı kuvvetlerin bölgede konuşlanmasını kapsamaktadır. Barışı koruma güçlerinin aslen devletler arası çatışmalar ile ilgilenmesi amaçlanmışsa da bu güçler yakın dönemde iç savaşlar ve diğer devlet içi çatışmalara ilişkin kullanılmıştır. Esasen askeri nitelikteki faaliyetler, barışı koruma güçlerine giderek daha çok sivil görevler de verildiği için, sivil personeli de içermeye başlamıştır. Ağustos 2016'ya kadar 71 barışı koruma misyonu görev yapmıştır ve halen de 16 misyon görevdedir.<sup>106</sup> Barışı koruma ve gözlem misyonları BM faaliyetlerinin bütünselliği çerçevesinde görev yapar ve bu nedenle bu faaliyetleri birlikte ele almak gerekir. Nitekim, bu bütünsellik geçtiğimiz yıllarda faaliyetlerinin unsurlarının da dahil edilmesiyle genişletilmiştir.<sup>107</sup>

BM'nin barışı koruma faaliyetlerinin temeli ateşkes antlaşması gözetim faaliyetlerine dayandırılabilir. Bu tür ilk faaliyet, 1947'de Balkanlar konusunda BM Özel Komitesi (UNSCOB)'nin kurulduğu Yunanistan'da meydana gelmiştir.<sup>108</sup> 1948 Orta Doğu Savaşı sonrası ateşkes antlaşmasını denetlemek için aynı yıl BM Ateşkes Antlaşması Gözetim Organizasyonu (UNTSO) kurulmuştur.<sup>109</sup> Barışı koruma<sup>110</sup> böylece Soğuk Savaş boyunca Güvenlik Konseyi'nin

<sup>102</sup> 42. madde çerçevesinde Güvenlik Konseyi'nin güce başvurma yetkisi konusu aşağıda ele alınmıştır.

<sup>103</sup> 11 (2). madde uyarınca, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin herhangi bir sorun hakkında eylemde bulunmasının gerekli olduğu bir durumda, konu Güvenlik Konseyi'ne gönderilmek zorundadır.

<sup>104</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde.

<sup>105</sup> Örneğin bkz., T. Franck, *Recourse to Force*, Cambridge, 2002, s. 39. Terimin ilk olarak Genel Sekreter Hammarskjöld tarafından kullanıldığı görülmektedir. Bkz., [www.un.org/en/peacekeeping/](http://www.un.org/en/peacekeeping/).

<sup>106</sup> Bkz., [www.un.org/en/peacekeeping/resources/statistics/factsheet.shtml](http://www.un.org/en/peacekeeping/resources/statistics/factsheet.shtml).

<sup>107</sup> Bkz., bu bölümde.

<sup>108</sup> Bkz., 109 sayılı Genel Kurul kararı. Operasyon 1954'e kadar sürmüştür. Ayrıca bkz., K. Birgisson, 'United Nations Special Committee on the Balkans', *Durch, Evolution of UN Peacekeeping*, 5. Bölüm.

<sup>109</sup> Bkz., 50 (1948) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve M. Ghali, 'The United Nations Truce Supervision Organisation', *Durch, Evolution of UN Peacekeeping*, 6. Bölüm. Bu organizasyonun görev süresi 1949 ve 1967 yıllarındaki ateşkes anlaşmalarını denetlemek için uzatılmıştır. Ayrıca, Güvenlik Konseyi'nin 47 (1948) sayılı kararı ile Jammu ve Keşmir'de ateşkesi gözlemek için Hindistan ve Pakistan'da BM Askeri Gözlem Grubu (UNMOGIP) kurulmuştur. Bkz., K. Birgisson, 'United Nations Military Observer Group in India and Pakistan', *Durch, Evolution of UN Peacekeeping*, 16. Bölüm.

<sup>110</sup> Bu kavram, Genel Sekreter tarafından 'alanda ilgili bütün tarafların rızasıyla, normal olarak Birleşmiş Milletler askeri ve / veya polis gücünü ve sıklıkla da sivil personeli içeren bir Birleşmiş Milletler yapısının konuşlanması' olarak tanımlanmıştır. Bkz., *An Agenda for Peace*, s. 11. Eski bir BM Hukuk Danışmanı tarafından diğer bir tanım öne sürülmüştür. Buna göre, barışı koruma operasyonları, 'uluslararası çatışma durumlarında ilgili bütün tarafların rızası temelinde askeri personel kullanımını - meşru müdafaa durumları haricinde silahlı güç kullanımına başvurmaksızın - içeren faaliyetlerdir.' Bkz., E. Suy, 'Peacekeeping Operations', *A Handbook on International Organizations* (ed. R. J. Dupuy), Dordrecht, 1988, s. 379.

yüz yüze geldiği sorunların doğrudan bir sonucu olarak doğmuştur. İlk barışı koruma faaliyeti 1956'da Süveyş krizinin bir sonucu olarak gerçekleşmiştir. BM Genel Kurulu tarafından<sup>111</sup> düşman güçler arasında konuşlanması ve İngiliz ve Fransız kuvvetlerinin Süveyş Kanalı'ndan, İsrail kuvvetlerinin de Sina Yarımadasından çekilmelerini denetlemesi için BM Acil Durum Gücü (UNEF) kurulmuştur. Sonrasında UNEF Mayıs 1967'ye kadar müzareke hattı boyunca konuşlanmıştır. İkinci önemli barışı koruma operasyonu 1960'daki Kongo Krizi sırasında yapılmıştır. Kongo Krizi Belçika'nın sömürgesine bağımsızlık vermesinden hemen sonra patlak vermiş ve isyanlar, ayaklanmalar ve çok düzensiz çatışmalar ile sonuçlanmıştır. Güvenlik Konseyi Genel Sekreteri Kongo hükümetine askeri yardım sağlamasına izin veren bir karar almıştır.<sup>112</sup> Bu, Genel Sekreter Dr. Hammarskjöld tarafından UNEF ile benzetme yapılarak barışı koruma gücü kurulması yönünde bir talimat olarak yorumlanmıştır. Konsey'de veto kararının kullanılması Genel Sekreteri durumu nasıl ilerleteceği hususunda zor durumda bırakmıştır. Sonuç olarak, Genel Sekreter Orta Doğu'ya ilişkin Genel Kurul tarafından 1956 yılında üstlenilmiş görevlerin birçoğunu yerine getirmiştir.<sup>113</sup> Kongo Krizi'nin başkaldırdan iç savaşa doğru gelişimi Birleşmiş Milletler gücünün (ONUC) birçok zor kararla yüzyüze geldiği anlamına geliyordu ve bu kararlar çoğunlukla Genel Sekreter tarafından alınmak zorundaydı. Genel Sekreterin oynayabileceği rol, Kıbrıs (1964)<sup>114</sup> ve Orta Doğu'daki (1973)<sup>115</sup> izleyen krizlerde ve sonrasında Genel Sekreterin genel kılavuzluğunda bu bölgeler için Birleşmiş Milletler barışı koruma güçlerinin kurulmasında görülmüştür.

Geleneksel barışı koruma güçlerinin kurulması (Orta Doğu'da 1967 ve 1973'de, Kongo'da 1960'da ya da Kıbrıs'da 1964'de) bu tür güçlerin belirli bazı durumları belli bir zaman için istikrara kavuşturması açısından önemliydi. Bu tür Birleşmiş Milletler güçlerinin zorlayıcı tedbirlere başvurması amaçlanmamıştır, ancak çatışan grupları fiziksel olarak ayırarak olayları yatıştırma yönünde etkide bulunması öngörülmüştür. Bu güçler toprakları üzerine konuşlandıkları devletin onayına tabidirler ve hiçbir surette kararlı bir saldırıyı önleyemezler. Çeşitli Birleşmiş Milletler barışı koruma operasyonları büyük çaplı karışıklıkları geçici olarak önlemede sınırlı bir başarı elde etmiş, ancak 1967 Arap-İsrail Savaşı<sup>116</sup> ve 1974 Türkiye'nin Kıbrıs çıkarmasını<sup>117</sup> önlemede başarısız olmuştur. Bu güçlerin zor politik koşullar karşısında önemini abartmamak gerekir. Ev sahibi devletin iznine ek olarak bu tür güçler ayrıca Güvenlik Konseyi'nin daimi desteğine de ihtiyaç

<sup>111</sup> Bkz., 997, 998 ve 1000 (ES-1) sayılı Genel Kurul kararları. Güvenlik Konseyi, iki daimi üyesinin (İngiltere ve Fransa) krize doğrudan müdahil olması ve taslak kararları veto etmeleri nedeniyle karar alamadı. Bkz., M. Ghali, 'United Nations Emergency Force I', *Durch, Evolution of UN Peacekeeping*, 7. Bölüm.

<sup>112</sup> Bkz., S/4387, 14 Temmuz 1960. Güvenlik Konseyi, 22 Temmuz 1960 tarihinde S/4405 sayılı karar ile, bütün devletlerin Kongo'nun toprak bütünlüğüne ve siyasal bağımsızlığına zarar verebilecek ya da hukuk ve düzenin tesisine engel teşkil edebilecek eylemlerden kaçınmalarını istedi. Konsey, 9 Ağustos 1960 tarihindeki S/4426 sayılı kararı ile daha önceki kararlarla Genel Sekretere verilen yetkiyi onayladı ve üye devletleri Güvenlik Konseyi'nin kararlarını uygulamaya çağırdı. Örneğin bkz., G. Abi-Saab, *The United Nations Operation in the Congo 1960-1964*, Oxford, 1978; C. Hoskyns, *The Congo Since Independence*, Oxford, 1965; L. Miller, 'Legal Aspects of UN Action in the Congo', 55 *AJIL*, 1961, s. 1, ve W. J. Durch, 'The UN Operation in the Congo', *Durch, Evolution of UN Peacekeeping*, 19. Bölüm.

<sup>113</sup> Bkz., Abi-Saab, *Congo*, ss. 15 vd.

<sup>114</sup> Bkz., 186 (1964) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., Ehrlich, *Cyprus 1958-1967*, J. A. Stegenger, *The United Nations Force in Cyprus*, Columbus, 1968, ve K. Birgisson, 'United Nations Peacekeeping Forces in Cyprus', *Durch, Evolution of UN Peacekeeping*, 13. Bölüm. Bu güç, Kıbrıs'taki BM Gücü (UNICYP) olarak bilinmektedir.

<sup>115</sup> Güvenlik Konseyi 1973'de İsrail-Mısır ateşkes sürecini denetlemek için BM Acil Eylem Gücü'nü (UNEF II) (bkz., 340 (1973) sayılı Güvenlik Konseyi kararı) ve 1974'de de İsrail-Suriye ateşkes sürecine ilişkin Ateşkes Gözlem Gücü'nü (350 (1974) sayılı Güvenlik Konseyi kararı) kurdu. Genel olarak bkz., Pogany, *Arab-Israeli Conflict*, ve M. Ghali, 'United Nations Emergency Force II', *Durch, Evolution of UN Peacekeeping*, 8. Bölüm. Ayrıca, 1978'de İsrail'in Lübnan'a girmesinden sonra Güvenlik Konseyi'nin 425 (1978) sayılı kararı ile Konsey tarafından Lübnan'da BM Geçici Gücü (UNIFIL) kuruldu. Bkz., M. Ghali, 'United Nations Interim Force in Lebanon', *Durch, The Evolution of UN Peacekeeping*, 10. Bölüm.

<sup>116</sup> Nitekim, Mısır'ın isteği üzerine Genel Sekreter tarafından Mayıs 1967'de UNEF'in geri çekilmesi çatışmayı hızlandırdı. Genel olarak bilgi edinmek için Mısır topraklarından UNEF'in çekilmesi hakkındaki Genel Sekreter Özel Raporu'na bakınız, A/6669, 1967, ve T. M. Franck, *Nation Against Nation*, Oxford, 1985.

<sup>117</sup> Örneğin bkz., Türkiye'nin Kıbrıs çıkarmasını eleştiren 359 (1974) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

duyar ve eğer bu destek ortadan kalkar ya da sağlanmazsa faaliyet yürütemezler.<sup>118</sup> Bu faktörler kadar hayati diğer bir nokta da, üzerinde uzlaşılın talimatın yerine getirilebilmesi için BM ve onun üye devletlerinin yeterli kaynakları karşılmasıdır. Örneğin Bosna'daki olaylar yeterli kaynakların olmayışının operasyonlar üzerinde ciddi olumsuz etkiye sahip olduğunu göstermiştir.

Bununla birlikte, barışı koruma ve gözlemci operasyonları çatışma durumlarının çözüm sürecinde uyumsuzluklar ve yanlış öngörüler nedeniyle yeniden alevlenmesini önlemenin bir yolu olarak rol oynar. Yakın dönemdeki bazı BM operasyonları bunu göstermiştir.<sup>119</sup> Afganistan'dan Sovyet güçlerinin çekilmesi ile ilgili 14 Nisan 1988 tarihli Cenevre Sözleşmesi bağlamında Afganistan ve Pakistan'da BM İyi Niyet Misyonu kurulmuştur.<sup>120</sup> Aynı yıl, İran-İrak Savaşı'na yönelik ateşkes çağırısı yapan 598 (1987) sayılı Güvenlik Konseyi kararının taraf devletlerce kabulü sonrası BM İran-İrak Askeri Gözlemci Grubu oluşturulmuştur.<sup>121</sup> BM Angola Denetleme Misyonu (UNAVEM I) 1989'da Namibya sorununun çözülmesi bağlamında Küba güçlerinin Angola'dan çekilmesini denetleme amacıyla çalışma başlatırken<sup>122</sup>, köken itibarıyla 1978'de 435 (1978) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile kurulmuş olan BM Geçiş Sürecine Destek Grubu da 1 Nisan 1989 tarihinde Namibya'nın bağımsızlığı ile faaliyetlerine başlamıştır.<sup>123</sup> Batı Sahra'da referandum yapma çabalarına Batı Sahra'da Referandum Yapılması İçin BM Misyonu (MINURSO) destek olurken<sup>124</sup>, Körfez Savaşı sonrası Irak ve Kuveyt arasında silahsızlandırılmış bölgeyi gözlemek için BM Irak-Kuweyt Gözlemci Misyonu (UNIKOM) kurulmuştur.<sup>125</sup>

Önemli ve karmaşık nitelikteki barışı koruma ve / veya gözlemci faaliyetlerinin diğer bazı örnekleri şunlardır: Eritre'nin Etyopya'dan ayrılığı konusunda yapılan plebisitin<sup>126</sup> ve

<sup>118</sup> 1979 İsrail-Mısır Barış Antlaşması taraflarca kurulan sınırlı güç bölgelerini denetlemek için UNEF gibi bir BM gücünün konuşlanmasını öngörüyordu, fakat Sovyet girişimi nedeniyle UNEF II'nin yetkisi Temmuz 1979'da sona erdi. Bkz., örneğin, M. Akehurst, 'The Peace Treaty Between Egypt and Israel', 7 *International Relations*, 1981, ss. 1035, 1046, ve M. N. Shaw, 'The Egyptian-Israeli Peace Treaty, 1979', 2 *Jewish Law Annual*, 1980, ss. 180, 185. Sonuç olarak, BM'den bağımsız olarak, ABD ve taraflarca özel bir çok uluslu güç ve gözlemciler birimi kuruldu. Bkz., 20 *ILM*, 1981, ss. 1190 vd. Ayrıca bkz., M. Tabory, *The Multinational Force and Observers in the Sinai*, Boulder, 1986, ve James, *Peacekeeping*, ss. 122 vd.

<sup>119</sup> Genel olarak bkz., White, *Keeping the Peace*.

<sup>120</sup> Bkz., S/19836 sayılı karar ve 622 (1988) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Bu misyon 1990'a kadar devam etti. Bkz., Morphet, 'UN Peacekeeping', s. 213. Ayrıca bkz., K. Birgisson, 'United Nations Good Offices Mission in Afghanistan and Pakistan', *Durch, Evolution of UN Peacekeeping*, 18. Bölüm.

<sup>121</sup> Bu grup, ateşkesi gözlemek üzere kuruldu ve Şubat 1991'e kadar varlığını sürdürdü. Bkz., Morphet, 'UN Peacekeeping', s. 213, ve B. Smith, 'United Nations Iran-Iraq Military Observer Group', *Durch, Evolution of UN Peacekeeping*, 14. Bölüm.

<sup>122</sup> Bkz., 626 (1988) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Bu misyon görevini 1991'de tamamladı. Bunun üzerine Güvenlik Konseyi Angola hükümeti ile UNITA isyancıları arasında barış anlaşmasının uygulanmasını denetlemek için UNAVEM II'yi kurdu. Bkz., 696 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve V. P. Fortna, 'United Nations Angola Verification Mission I', *Durch, Evolution of UN Peacekeeping*, 21. Bölüm ve Fortna, 'United Nations Angola Verification Mission II', *Durch, Evolution of UN Peacekeeping*, 22. Bölüm. Bu misyon ise, Şubat 1995'de sona erdi.

<sup>123</sup> Bkz., 632 (1989) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. UNTAG Güney Afrika askerlerinin çekilmesini denetledi, SWAPO güçlerini Angola ve Zaire'deki üslerine geri çekilmeye zorladı ve seçim sürecine yardım etti. Görevi Mart 1990'da sona erdi. Bkz., V. P. Fortna, 'United Nations Transition Assistance Group in Namibia', *Durch, Evolution of UN Peacekeeping*, 20. Bölüm. 1992'de Mozambik hükümeti ile RENAMO isyancıları arasındaki barış anlaşmasını denetlemek için bir BM Misyonu (ONUMOZ) kuruldu. Bkz., 797 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Bu misyon Aralık 1994'de sona erdi. Ayrıca, Esquipulas Antlaşması (1987) sonrası Nikaragua'ya seçimleri gözlemek için bir BM Gözlemci Grubu (ONUVEN) gönderildi. Bu grup, bağımsız bir devletteki seçimleri gözlemek için gönderilen ilk seçim gözlem misyonuydu. Bkz., 637 (1989) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., Morphet, 'UN Peacekeeping', ss. 216 vd. ve Franck, *Fairness*, ss. 105 vd.

<sup>124</sup> Örneğin bkz., 690 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve W. J. Durch, 'United Nations Mission for the Referendum in Western Sahara', *Durch, Evolution of UN Peacekeeping*, 23. Bölüm. Ayrıca El Salvador iç savaşında hükümet ve isyancıların yapılan barış anlaşmasına uymalarını temin etmek için bir BM Gözlemci Misyonu kuruldu. Bkz., 693 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>125</sup> Bkz., 689 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca Kamboçya iç savaşında barış çabalarını takiben bir BM Misyonu (UNAMIC) kuruldu ve sonrasında da ülkede hükümetin görevlerini yerine getirmek üzere kurulan BM Geçiş Yönetimi yerini aldı. Bkz., 717 (1991) ve 745 (1992) sayılı kararlar. Daha fazla bilgi için bkz., yukarıda 5. Bölüm.

<sup>126</sup> Bkz., 47/114, 1992, ve A/47/544 sayılı Genel Kurul kararları.



1994'deki Güney Afrika seçimlerinin gözlemlenmesi<sup>127</sup> ve Doğu Slovenya, Baranja ve Batı Sirmium (Hırvatistan)'un askerden arındırılmasının denetlenmesi ve mültecilerin geri dönüşünün gözetlenmesi, bir polis gücünün eğitimi, seçimlerin organize edilmesi ve bölgeden mayınların kaldırılmasının hızlandırılması<sup>128</sup>, Hırvatistan'daki Prevlaka Yarımadası'nın askerden arındırılmasının gözetlenmesi<sup>129</sup>, Haiti hükümetine polisin profesyonelleşmesinde ve güvenli bir ortamın sağlanmasında yardım edilmesi.<sup>130</sup>

Etyopya ve Eritre'deki BM misyonu iki devlet arasında yapılan bir ateşkesi denetlemeyi ve sınırların tayini ve çiziminde onlara yardım etmeyi amaçlayan daha geleneksel bir operasyondur.<sup>131</sup> İsrail kuvvetlerinin çekilmesini hızlandıran ve bölgedeki bir sürelik Hizbullah kontrolünü müteakiben güney Lübnan'a Lübnan ordusunun dönüşüne imkan tanıyan Ağustos 2006'daki Lübnan'daki misyon da aynıydı.<sup>132</sup> Bununla beraber, BM'nin Gürcistan'daki Gözlem Misyonu 1993'den itibaren Gürcistan'daki Abhazyaya çatışmasını çözmek için, başarısızlıkla sonuçlanan, bir çaba gösterdi. Rusya'nın Gürcistan'ı işgalinden sonra Güvenlik Konseyi'nin anlaşmazlığını müteakip Haziran 2009'da misyonun görevi sone erdi.<sup>133</sup>

Barışı koruma ve gözlemci misyonlarının yerine getirilebilmesinin hukuki çerçevesi onların BM organları olarak statülerini yansıtır. Bu nedenle onlar, örneğin, BM organizasyonlarını yöneten hukuka (BM personelinin ayrıcalık ve dokunulmazlıkları<sup>134</sup> ve sorumlulukları<sup>135</sup> hakkında olduğu gibi) tabidirler. Birleşmiş Milletler, barışı koruma ve gözlemci güçleri ile gruplarının mensupları tarafından işlenen hukuk ihlalleri hususunda sorumludur. Öte yandan, personeline karşı verilen zararlar ve yaralanmalar için tazminat talebinde bulunabilir. Bu güçler bir devletin toprakları üzerinde konuşlandıklarında, genel uygulama söz konusu devlet ile BM arasında resmi anlaşmaların (örneğin imkanlar, lojistiğin temini, kişilerin ve taşınmaz mülklerin ayrıcalık ve dokunulmazlıkları ile uyumsuzluk çözüm usulleri hakkında) yapılmasıdır. 1990'da BM Genel Sekreteri bu tür konuları kapsayan bir Barışı

<sup>127</sup> Bkz., 894 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Güney Afrika'ya 1800'ün üzerinde seçim gözlemcisi gönderildi. Bkz., Franck, *Fairness*, s. 107.

<sup>128</sup> Bu amaçlarla Doğu Slovenya, Baranja ve Batı Sirmium için bir BM Geçiş Yönetimi (UNTAES) oluşturuldu. Bkz., 1037 (1996) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Bu yönetim, hem askeri hem de sivil unsurlara sahipti.

<sup>129</sup> Prevlaka'da BM Gözlemciler Misyonu (UNMOP), 1038 (1996) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>130</sup> Haiti'de BM Destek Misyonu (UNSMIH), 1063 (1996) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Bu misyon (UNSMIH), Haziran 1996'da 867 (1993) sayılı karar ile ülkedeki askeri güçlere ve polise yardım etmek için kurulmuş olan Haiti BM Misyonu (UNMIH)'un yerini aldı.. UNMIH'ın görevini yerine getirmesi engellenmişti. 940 (1994) sayılı karar ile Güvenlik Konseyi çok uluslu bir güç (MNF) kurulması için yetki verdi ve UNMIH'ın yetkisini ve kapsamını genişletti. Devrik Cumhurbaşkanı'nın yönetime yeniden gelmesi ve müteakiben seçimlerin yapılması sonrasında UNMIH, Mart 1995'de MNF'den sorumluluğu üzerine aldı.

<sup>131</sup> Örneğin bkz., 1312 (2000), 1320 (2000), 1640 (2005) ve 1798 (2008) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Bu misyon 2008'de sone erdi. Bkz., 1827 (2008) sayılı karar.

<sup>132</sup> Bkz., 1701 (2006) sayılı karar.

<sup>133</sup> Bkz., 1866 (2009) ve S/2009/254 sayılı Güvenlik Konseyi kararları, [www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unomig/](http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unomig/). Ayrıca bkz., 849 (1993), 881 (1993), 1077 (1996), 1364 (2001) 1393 (2002), 1427 (2002), 1462 (2003), ve 1494 (2003) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. BM Doğu Timor'un bağımsızlığı sürecinde kapsamlı bir rol oynadı. 1999'da BM Doğu Timor Misyonu'nun kurulması ile Endonezya'nın işgali altındaki bölgede halkın kendi geleceğine dair aldığı kararın uygulanması safhasında geçiş sürecini denetlemek için bir yönetim getirildi. Seçimler sonucu bağımsızlık yönünde kararın çıkması sonrasında Endonezya yanlısı milis güçleri bir şiddet kampanyası başlattı. Endonezya ile anlaşmaya varılması sonrası Birleşmiş Milletler barış ve güvenliği tesis etmek için Avustralya komutasında çok-uluslu bir gücün kurulmasına yönelik 1264 (1999) sayılı kararı kabul etti. BM'nin 1272 (1999) sayılı kararı ile bölgeyi bağımsızlığa kadar yönetme yetkisine sahip olan BM Doğu Timor Geçiş Dönemi Yönetimi (UNTAET) kuruldu. Mayıs 2002'de Doğu Timor bölgesinin bağımsızlığı sırasında BM Doğu Timor Destek Misyonu, Geçiş Dönemi Yönetimi'nin yerini aldı.

<sup>134</sup> Özellikle bkz., Birleşmiş Milletler Ayrıcalıklar ve Muafiyetler Genel Sözleşmesi, 1946.

<sup>135</sup> Ayrıca bkz., Simma, *Charter*, ss. 1187 vd.

Koruma Operasyonları Kuvvetleri Model Anlaşması Taslağı hazırlamıştır.<sup>136</sup> Buna göre, örneğin, barışı koruma misyonu ve onun mensupları yerel kanunlar ve düzenlemelere saygı gösterecekler, söz konusu hükümet de operasyonun münhasır uluslararası niteliğine saygı göstereceğini taahhüt edecektir. Yargı yetkisine ait hususlar ve askeri disiplin konuları da ele alınmaktadır. BM, ayrıca, silahlı çatışma hukuku çerçevesinde hareket ettiği ve yerel güçlerle çatıştığı ortamlarda, BM operasyonlarının BM Antlaşması'nın 7. Bölümü çerçevesinde yetkilendirilmiş bir zorlayıcı tedbir olmadığı durumlara ilişkin 1994 yılında Birleşmiş Milletler ve Bağlı Organlarının Personelinin Güvenliği Sözleşmesi'ni kabul etmiştir.<sup>137</sup>

BM güçlerinin silahlı çatışma hukukuna mı yoksa uluslararası insancıl hukuka mı tabi olduğu meselesinin<sup>138</sup> tartışmalı olduğu görülmektedir. BM genel uluslararası hukuk ile bağlı olduğu için aynı zamanda silahlı çatışmaya ilişkin teamül kurallarına da tabidir<sup>139</sup>; ancak sadece BM'nin taraf olmadığı antlaşmalarda yer alan kurallar ile bağlı değildir. BM, askeri personelin dahil olduğu zorlayıcı niteliğe sahip ya da barışı koruma amaçlı çeşitli operasyonlarında uluslararası insancıl hukuka tabi olarak değerlendirilebilir mi? Sorun bu tür BM faaliyetlerinin tam olarak 'silahlı çatışma' olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağı bağlamında ortaya çıkmaktadır.<sup>140</sup> Uluslararası insani hukukun operasyonlara ilişkin uygulanması meselesi bir mütalaa konusu olmuş ve 1991'de bir model anlaşma yürürlüğe konulmuştur. Konu, BM'nin zorlayıcı niteliğe sahip tedbirlerine ilişkin (ki bu durumlarda uluslararası insani hukuk kurallarının uygulanacağı uzun süredir kabul edilmektedir<sup>141</sup>) pek problem teşkil etmemiştir. Bununla birlikte, Birleşmiş Milletler Personelinin Güvenliği Hakkındaki Sözleşme'nin 2 (2). maddesi Sözleşmenin BM'nin zorlayıcı niteliğe sahip operasyonlarına uygulanmayacağını ve 'onlar için uluslararası silahlı çatışma hukukunun geçerli olduğu'nu öngördüğü için karşı bir argüman da ortaya konulabilir. Bu nedenle BM'nin barışı koruma ve zorlayıcı nitelikte olan karışık karakterdeki operasyonlarında güçlükler ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, Mayıs 1991'de Genel Sekreter tarafından hazırlanan Model Anlaşma, 'Birleşmiş Milletler barışı koruma operasyonlarının askeri operasyonların yürütülmesinde geçerli olan genel uluslararası sözleşmelerin prensipleri ve ruhuna uygun hareket edeceği ve saygı göstereceğini' belirtmiştir<sup>142</sup> ve BM'nin ev sahibi devletler ile

<sup>136</sup> A/45/594. Ayrıca bkz., Oswald, Durham ve Bates, *Documents*, 2. Bölüm.

<sup>137</sup> Sözleşme BM ve ev sahibi devletin, BM operasyonu ve bu operasyonda yer alan personelin statüsü hakkında mümkün olan en kısa sürede bir anlaşma yapması gerektiğini ortaya koymaktadır. Sözleşme ayrıcalık ve dokunulmazlık konularını (4. madde) içermekte ve BM ve personelinin yerel kanunlara ve düzenlemelere saygı göstereceğini ve görevlerinin tarafsız ve uluslararası niteliği ile uyuşmayan eylem ve faaliyetlerden kaçınacağını (6. madde) öngörmektedir. Sözleşme, BM ve ona bağlı kuruluşların personelinin öldürülmesi ve kaçırılması, resmi binalara ya da özel konutlara veya ulaşım araçlarına yönelik saldırılar gibi kasti eylemlerin ulusal hukuk çerçevesinde suç olarak düzenleneceğini (9. madde) belirtmektedir. Sözleşmeye taraf olan devletler bu tür suçlar kendi toprakları üzerinde (ya da o devlete kayıtlı bir gemi veya hava aracında) işlendiğinde ya da suçlu olduğu iddia edilen kişinin o devletin vatandaşı olması durumunda (10. madde) kendi yargı yetkisini kullanmak için gerekli önlemleri alacaktır. Ek olarak, taraf devletler söz konusu suç daimi ikametgahı ilgili devlette bulunan vatansız bir kişi tarafından yada bu devletin vatandaşına karşı veya bu devleti birşeyi yapmaya yada yapmamaya zorlamak için işlendiğinde yargı yetkisi tanıyabilir (10. madde). Sözleşme, ayrıca, suçluların geri iadesi (13.-15. maddeler) ve suçlu olduğu iddia edilen kişilere yönelik adil muamele (17. madde) konularını da ele alıyordu. 2005'de kabul edilen Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol, barış inşası alanında insani, siyasi ya da kalkınma yardımı faaliyetlerinde bulunan ya da barış operasyonlarının ötesine geçen acil insani yardım çalışmalarını yapan BM personelini de kapsayacak şekilde koruma kapsamını genişletti.

<sup>138</sup> Bkz., yukarıda 21. Bölüm.

<sup>139</sup> Örneğin bkz., S. Will, 'Occupation Law and Multi-National Operations: Problems and Perspectives', 77 BYIL, 2006, ss. 256, 277.

<sup>140</sup> Bkz., L. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 3. Baskı, Manchester, 2008, 20. Bölüm.

<sup>141</sup> Örneğin bkz., D. W. Bowett, *United Nations Forces*, London, 1964, s. 56.

<sup>142</sup> Bu sözleşmeler; 1949 Cenevre Sözleşmeleri, 1977 Protokolleri ve 1954 Kültürel Mal Varlıklarının Korunması Sözleşmesini içermektedir. Bkz., Green, *Armed Conflict*, s. 344; C. Greenwood, 'International Humanitarian Law and United Nations Military Operations', 1 *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1998, s. 3, ve D. Shraga, 'UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Responsibility for Operations-Related Damage', 94 AJIL, 2000, s. 406.

imzaladığı kuvvetlerin statüsü anlaşmaları genellikle insancıl hukukun uygulanacağını belirten bir hüküm içermektedir.<sup>143</sup>

6 Ağustos 1999'da BM Genel Sekreteri konunun zorluğuna işaret etmiş ve şu açıklamayı yapmıştır:

*“Birleşmiş Milletler güçleri silahlı çatışma durumlarında buldukları bölgede aktif olarak savaşı olarak yer aldıklarında uluslararası insancıl hukukun temel prensipleri ve kuralları ... operasyonlarının kapsamı ve süresi ölçüsünde onlara yönelik uygulanabilir. Bu nedenle, bu prensip ve kurallar kuvvet kullanımına meşru müdafaa olarak izin verildiği zaman zorlayıcı niteliğe sahip eylemlerde ya da barışı koruma operasyonlarında uygulanabilir.”<sup>144</sup>*

### Sonuç

Dünya barışının korunması ve yeniden tesis edilmesi için Birleşmiş Milletler sisteminin işleme en geniş stratejik anlamıyla çok büyük bir başarı olmuştur. Bu, uluslararası uyuşmazlık yönetiminde sadece ek ve genelde özellikle politik baskılara tabi olan bir unsur teşkil etmektedir. Birleşmiş Milletler başlangıcından beri büyük çatışmaların ve uyuşmazlıkların bazılarında (1962 Küba Füze Krizi, Vietnam Savaşı, Çekoslovakya ve Afganistan'a Sovyet müdahalesi ile Nijerya, Angola ve Suriye iç savaşları gibi) sınırlı bir rol oynamıştır.

Bununla beraber, Birleşmiş Milletler'in pozisyonu, Soğuk Savaş'ın sona ermesi ve özelde de SSCB'nin (kısa zaman sonra Rusya oldu) yaklaşımındaki önemli değişiklikler sonucu gelişmiştir.<sup>145</sup> ABD ile artan işbirliği bağlamında BM'nin önemine yönelik vurgu daha çok yapılmıştır. Bu durum, BM'nin çalışması ve başarıları üzerinde önemli bir etkide bulunmaya başlamıştır. Yeni işbirliği yaklaşımı Namibya'nın bağımsızlığı ile sonuçlanan anlaşmalara yol açtı ve Kamboçya sorununa yönelik bir çözüm geliştirmede Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesi tarafından önemli ilerleme sağlanmıştır. Irak ile yaşanan uzun süreli uyuşmazlık meselesi ve Irak'ın 687 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararına uymamasının nasıl ele alınacağı konusu, 1441 (2001) sayılı kararın kabul edilmesi ile başarılı bir şekilde sonuca bağlanmıştır. Bununla beraber, Güvenlik Konseyi'ndeki görüş birliği ortadan kalktı ve derin fikir ayrılıkları arasında ABD ve Birleşik Krallık Mart 2003'de Irak'a karşı bir askeri operasyon başlatmıştır.<sup>146</sup>

BM tarafından yürütülen faaliyetlerin çeşitleri ve kapsamı geçmiş deneyim göz önüne alınırsa şaşırtıcıdır. BM misyonları sadece barışı koruma yaklaşımının geleneksel biçimiyle

<sup>143</sup> Örneğin bu konuda bir örnek olarak, 1993'de Ruanda'daki BM Misyununun statüsü hakkında Ruanda ile yapılan anlaşmaya ilişkin bkz., Shraga, 'UN Peacekeeping Operation', s. 325, 16. dipnot, ve S/26927, 1993, 7. paragraf. Ayrıca Institut de Droit International tarafından alınan ve silahlı çatışmaya dair kuralların BM için de geçerli olduğunu vurgulayan kararlar hakkında bkz., 54 (II) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1971, s. 465, ve 56 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1975, s. 540. BM Polis'inin giderek artan rolüne ilişkin bkz., Report of the Secretary-General, A/66/615, 2011 ve BM'nin barışı koruma operasyonlarında görev alan personele karşı işlenen suçların soruşturulması ve suçluların yargılanması hakkında bkz., A/65/700, 2011.

<sup>144</sup> Bkz., ST/SGB/1999/13 (Bulletin on the Observance by UN Forces of International Humanitarian Law). BM'nin resmi yayını olan *Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Operasyonları: Prensipler ve Kılavuz*'a göre bu açıklama 'Birleşmiş Milletler'in barışı koruma operasyonlarında yer alan kişilere uygulanabilecek uluslararası hukukun temel prensipleri ve kurallarını' ortaya koymaktadır. Ayrıca bkz., P. Rowe, 'Maintaining Discipline in United Nations Peace Support Operations', 5 *Journal of Conflict and Security Law*, 2000, ss. 45, 52 vd.; A. J. T. Dörenberg, 'Legal Aspects of Peacekeeping Operations', 28 *The Military Law and Law of War Review*, 1989, s. 113; F. Hampson, 'States' Military Operations Authorised by the United Nations and International Humanitarian Law', *The United Nations and International Humanitarian Law* (ed. L. Condorelli, A. M. LaRosa ve S. Scherrer), Paris, 1996, s. 371; Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 5. Baskı, Cambridge, 2011, ss. 174-5, ve Will, 'Occupation Law', ss. 274 vd.

<sup>145</sup> Örneğin bkz., A. Roberts ve B. Kingsbury, 'The UN's Role in International Society since 1945', Roberts ve Kingsbury, *United Nations, Divided World*, s. 1.

<sup>146</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

temayüz ettiği üzere gerilimli bir durumu istikrara kavuşturmak için kullanılabilmele kalmaz, onlardan aynı zamanda ana idari fonksiyonları yürütmek, uluslararası ve ulusal nitelikteki barış anlaşmalarını onaylamak, insan hakları anlaşmalarının uygulanmasını denetlemek, seçimleri gözetip denetlemek, polis güçlerini eğitmek ve denetlemek, çekilme ve askerden arındırma uygulamalarını denetlemek ve mayın temizleme operasyonlarında destek sağlamak için de faydalanılabilir.

Genel Sekreter barışı korumanın özellikle önemli üç prensibinin olduğunu vurgulamıştır.<sup>147</sup> Bunlar; tarafların rızası, tarafsızlık ve kuvvet kullanılmamasıdır. Bu üç prensip geleneksel barışı koruma ve gözlemci misyonlarını karakterize ederken - hatta bunlar bile 1990'larda gelişmiştir -, BM Antlaşması'nın 7. Bölümü çerçevesinde belirtilen yeni bir barışı koruma modeli için muhakkak geçerli değildir.<sup>148</sup> Genel Sekreter yapıyı canlandırmaya çalışmak için kapsamlı bir inceleme yürütülmesi amacıyla BM Barış Operasyonları hakkında bir panel düzenlemiştir. Panel sonrası hazırlanan raporda bir dizi tavsiyelerde bulunulmuştur.<sup>149</sup> Bu tavsiyeler, gerilim yaşanan bölgelere kısa dönemli kriz önleme faaliyetlerini destekleme amacıyla daha çok inceleme heyeti gönderilmesinin Genel Sekreter tarafından teşvik edilmesini içeriyor ve barış operasyonlarında kolluk ve benzeri hukuk devleti unsurlarının kullanılması yönünde hukuk devleti ve insan haklarını destekleme konusuna giderek artan odaklanmayı ve takım yaklaşımını vurgulayan doktriner değişimi yansıtıyordu.<sup>150</sup> 2006'da Genel Sekreter 'Barış Operasyonu 2010' reform stratejisini ana hatlarıyla açıklamış<sup>151</sup> ve barışı koruma operasyonlarının destek boyutları hususunda büyük bir reform başlatılmıştır. 2010'da küresel bir saha destek stratejisi başlatılmış ve bu çerçevede beş yıllık uygulama planı önerilmiştir.<sup>152</sup> 2015 yılında Genel Sekreter'in atadığı Barış Operasyonları Yüksek Düzeyli Bağımsız Paneli 'Barış İçin Güçlerimizi Birleştirmek: Siyaset, Ortaklık ve Halk' başlıklı bir rapor yayınlamıştır.<sup>153</sup> Bu rapor, bu tür operasyonlar için kaynak yetersizliği ve acil durumlarla ilgilenmede çoğunlukla yaşanan yavaş kalma eleştirilerini ifade etmiş ve gelecekte barış operasyonlarının dizaynı ve gerçekleştirilmesinde dikkate alınması gereken dört önemli değişiklik önermiştir. İlk olarak, siyasi çözümler her zaman operasyonların dizayn ve gerçekleştirilmesine rehberlik etmelidir. Böylece siyasetin önceliği çatışmanın çözümündeki BM yaklaşımını tanımlamak olmalıdır. İkinci olarak, mevcut 'barış koruma operasyonları ile özel siyasi misyonlar arasındaki keskin ayırım' devam etmeli ve misyonların farklı düzeyleri arasındaki yumuşak geçişe imkan vermelidir. BM'nin 'barış koruma operasyonlarını 'herşeyi bir anda deneme ve başarısız olma yerine' misyonların gelişimine izin veren gereken karşılıkların tüm düzeyini ifade etme

<sup>147</sup> *Supplement to an Agenda for Peace*, A/50/60, 1995, 33. Paragraf. Ayrıca bkz., UN, *United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines*, 3. Bölüm.

<sup>148</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>149</sup> Bkz., A/55/305-S/2000/809, 21 Ağustos 2000 ve 39 ILM, 2000, s. 1432. Rapor, Brahimi Raporu adıyla panelin başkanı ile de anılmaktadır. Bkz., Gray, *Use of Force*, s. 307.

<sup>150</sup> *A.g.e.*, 29 vd. paragraflar. Panel, yerel tarafların rızası, tarafsızlık ve sadece meşru müdafaa durumlarında güç kullanımının 'barışı korumanın temel prensipleri'ni teşkil ettiğini teyit etti; fakat rızanın bazı durumlarda manipüle edilebildiğini ve tarafsızlığın da BM prensiplerine bağlılığı dikkate alınması gerektiğini not etti. Bir tarafın bu tür prensipleri ihlal ettiği durumlarda eşit muamelenin kabul edilebilir olamayacağı belirtildi. Bkz., 48 vd. paragraflar. Ayrıca Panel, 'Panelin savunduğu barışı koruma güçlerinin zindeliğini sağlama ihtiyacını karşılamak' amacıyla geliştirilmiş destekleme anlaşmaları yapılması ve barış anlaşmasına yönelik taahhütlerinden cayanlara ya da şiddet yoluyla anlaşmayı bozanlara karşı çatışma kurallarının uygulanması' çağrısında bulundu. Bkz., *a.g.e.*, 55. ve 86 vd. paragraflar.

<sup>151</sup> A/60/696, 6 vd. paragraflar. Bkz., A/62/11, 51 vd. paragraflar ve Basın Açıklaması, GA/SPD/382, 31 Ekim 2007.

<sup>152</sup> A/64/633. Örneğin, küresel saha destek stratejisinin uygulaması hakkında dördüncü yıllık gelişim raporuna ilişkin bkz., A/68/637, 4 Aralık 2013. 2013'ün sonu itibarıyla 123 devletten toplamda yaklaşık 100.000 personel barış operasyonlarında görev yapıyordu ve bütçe 7 milyar doların üzerindeydi. Pakistan (8.232), Bangladeş (7.933), Hindistan (7.837) ve Etyopya (6.618) personel sayısı olarak en çok katkıda bulunan ülkelerdi; bütçe itibarıyla en çok katkı sağlayan ülkeler ise ABD (% 28.38), Japonya (% 10.38), Almanya (% 7.14) ve İngiltere (% 6.68) oldu. Bkz., [www.un.org/en/peacekeeping/resources/statistics/contributors.shtml](http://www.un.org/en/peacekeeping/resources/statistics/contributors.shtml) ve A/67/224/Add.1.

<sup>153</sup> A/70/95-S/2015/446. Ayrıca bkz. C. Gray, 'The 2015 Report on *Uniting Our Strengths for Peace: A New Framework for UN Peacekeeping?*', 15 *Chinese Journal of International Law*, 2016, s. 193.

anlamında' kullanması önerilmiştir. Üçüncü olarak, yarının krizlerine karşı koyabilmek için daha fazla küresel-bölgesel barış ve güvenlik ortaklığı gereklidir. Daha fazla uyuma ihtiyaç vardır. Dördüncü olarak, Sekreterlik saha misyonlarının farklı ve önemli ihtiyaçlarına ve BM'nin yardım etme görevi verdiği halkın ihtiyaçlarına daha çok yoğunlaşmalıdır.<sup>154</sup>

## KOLEKTİF GÜVENLİK SİSTEMİ<sup>155</sup>

Uluslararası barış ve güvenliğin korunması için Birleşmiş Milletler tarafından kurulan sistemin, hükümleri itibariyle kapsamlı ve uygulaması itibariyle de evrensel olması amaçlanmıştır. Bu sistemde haksızlığa uğrayan devlet herkes tarafından korunacak ve haksızlık yapan devlet de herkesten tarafından cezalandırılacağı için bu sistem sıklıkla kolektif güvenlik sistemi olarak tanımlanmıştır. Kolektif güvenliğin 1945'ten bu güne kadar olan geçmişi, esneklik ve lafzi yorumunun sistemin tamamen başarısız olmasını önlediğini göstermektedir.

### Güvenlik Konseyi

Bunun başarılı olduğu orijinal şema Güvenlik Konseyi'nin rolüne büyük vurgu yapmıştır, bununla beraber bu, uygulamada belli ölçüde değişime uğramıştır. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 24. maddesi uyarınca Konsey'e uluslararası barış ve güvenliğin korunması için birincil düzeyde sorumluluk verilmiştir ve Konsey'in kararları 25. madde uyarınca bütün üye devletler için bağlayıcıdır. Bu yüzden Konsey'in dinamik bir yürütme fonksiyonunu yerine getirmesi amaçlanmıştır.

BM Antlaşması'nın uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözülmesi ile ilgilenen 6. Bölümü'ne uygun olarak Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen eylemler tamamen tavsiye niteliğinde iken, 7. Bölüm çerçevesindeki barışa yönelik tehditlere ya da barış ihlallerine veya saldırgan eylemlere ilişkin konular Konsey'in karar alma yetkilerini doğurur. Bu önemli bir ayrımdır ve barışın korunmasına yönelik sistem içerisindeki uygun önceliği ve bunu başarmak için Güvenlik Konseyi'ne verilen yetki derecesini vurgular. Sistem, Antlaşma çerçevesindeki yükümlülüklerin diğer uluslararası anlaşmalarda yer alan yükümlülüklerin üstünde olduğunu belirten eden 103. madde ile tamamlanmaktadır.<sup>156</sup>

### Durumun Tespiti

Güvenlik Konseyi'nin dünya barışını sağlamaya ilişkin tedbirler alabilmesinden önce BM Antlaşması'nın 39. maddesi uyarınca Konsey'in ilk olarak 'barışa yönelik bir tehdit, barışın ihlali ya da bir saldırı eyleminin varlığını saptaması' gerekir. Bu kolektif güvenlik sisteminin temelidir. Bu tür bir saptama yapıldıktan sonra (ki bu saptama 39. maddeki dil kullanımı

<sup>154</sup> A/70/95-S/2015/446, ss. 26-30.

<sup>155</sup> Örneğin bkz., A. Orakhelashvili, *Collective Security*, Oxford, 2011; Chesterman ve diğerleri, *United Nations*, Bölüm 10; Cot ve diğerleri, *Charte*, ss. 1131 vd.; G. Wilson, *The United Nations and Collective Security*, Abingdon, 2014; Denis, *Pouvoir Normatif*; A. Novosseloff, *Le Conseil de Securite des Nations Unies et la Maitrise de la Force Armée*, Brussels, 2003; E. de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford, 2004; Franck, *Fairness*, 9. Bölüm; Gray, *International Law and the Use of Force*, 7. Bölüm; D. Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security*, Oxford, 1999; R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, 15. Bölüm; P. M. Dupuy, 'Securite Collective et Organisation de la Paix', 97 RGDIP, 1993, s. 617; G. Gaja, 'Reflexions sur le Role du Conseil de Sécurité dans le Nouvel Ordre Mondial', *a.g.e.*, s. 297; T. M. Franck ve F. Patel, 'UN Police Action in Lieu of War: "The Older Order Changeth"', 85 AJIL, 1991, s. 63; C. Gray, 'A Crisis of Legitimacy for the UN Collective Security System?', 56 ICLQ, 2007, s. 157; P. Dailier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 1093, Simma, *Charter*, ss. 1237 vd. ve D. Whittle, 'The Limits of Legality and the United Nations Security Council: Applying the Extra-Legal Measures Model to Chapter VII Action', 26 EJIL, 2015, s. 671.

<sup>156</sup> Bkz., *Lockerbie* davası, ICJ Reports, 1992, s. 3; 94 ILR, s. 478. Ancak, *Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))* davasında Hakim Lauterpacht'ın 103. madde hakkındaki mütalaası için bkz. ICJ Reports, 1993, ss. 325, 440; 95 ILR, ss. 43, 158, ve Hakim Bedjaoui'nin *Lockerbie* davasında aynı madde hakkındaki mütalaası için bkz., ICJ Reports, 1992, ss. 3, 47; 94 ILR, ss. 478, 530. Ayrıca bkz., Cot ve diğerleri, *Charte*, ss. 2133 vd., A. Toubanc, 'L'Article 103 et la Valeur Juridique de la Charte des Nations Unies', 108 RGDIP, 2004, s. 439 ve R. Kolb, *L'Article 103 de la Charte des Nations Unies*, The Hague, 2014.

göz önüne alınırsa zımni olarak da yapılabilir)<sup>157</sup> söz konusu durumla ilgilenmek için karar alma ya da tavsiyelerde bulunmanın yolu açıdır. 7. Bölümdeki zorlayıcı tedbirlerin kabul edilmesi Antlaşma'nın 2 (7). maddesinde açıklanan BM'nin 'her hangi bir devletin iç yetki alanı içerisinde olan konulara müdahale etmeye yetkili olmadığı' yönündeki prensibe bir istisna teşkil eder.

Bu nedenle bu bağlamda barışa yönelik tehdidin ya da barışı ihlalin veya saldırı eyleminin tanımına ilişkin bir soru ortaya çıkmaktadır. Bu soruya yönelik uygulamadan çıkan cevap onun durumun koşullarına bağlı olduğudur. Bu aynı zamanda Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesinin (ABD, Birleşik Krallık, Rusya, Çin, Fransa) ele alınan konuya dair ilişkilerine de bağlıdır; çünkü herhangi bir daimi üyenin olumsuz oyu Konsey'in usule ilişkin kararlarından başka her konuyu bloke etmek için yeterlidir.<sup>158</sup>

Barışa yönelik tehdit, 39. maddede belirtilen en geniş ve tam olarak tanımlanmaya en az müsait bir kategoridir. Bir anlamda bu kavram, barışın ihlali ya da saldırı eylemi için ihtiyaç duyulan koşulların halihazırda ortaya çıkmadığı durumlarda Güvenlik Konseyi'nin eylemi için bir güvenlik ağı teşkil etmektedir. Aynı zamanda bu kavram, uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdidin derecesine ilişkin algı zamanla genişlediği için, hızlı bir evrime de işaret eden bir kategoridir. Özelde, kavram Antlaşma'nın 2 (7). maddesi uyarınca BM eyleminden – eskiden olsa - korunabilecek yerel durumları artık kapsayacak şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Nitekim, bu durumun son yıllarda Konsey'in fonksiyonlarının büyümesinde önemli bir faktör olduğu görülmüştür.

Barışa yönelik tehdit ilk olarak 1948 Orta Doğu Savaşı'nda tespit edilmiştir. Güvenlik Konseyi 54 (1948) sayılı kararında eskiden manda yönetimi altındaki Filistin topraklarına komşu Arap ülkelerinin yeni İsrail devletine karşı savaş yapmak için girmesi sonucu yaşanan çatışmayla ortaya çıkan durumun '39. maddedeki anlamıyla barışa yönelik bir tehdit' teşkil ettiği sonucuna varmış ve ateşkes talebinde bulunmuştur. Konsey 221 (1966) sayılı kararında Rodezya'da azınlıktaki beyazların yönetiminin barışa tehdit teşkil ettiğini belirtmiştir.<sup>159</sup>

Soğuk Savaş'ın sona ermesiyle Güvenlik Konseyi 7. Bölüm çerçevesindeki faaliyetlerini ciddi ölçüde artırabilmiştir. Konsey 713 (1991) sayılı kararında eski Yugoslavya'daki durumun<sup>160</sup>, 733 (1992) sayılı kararında da Somali'deki durumun barışa tehdit teşkil ettiğine karar vermiştir. Ayrıca 794 (1992) sayılı kararında 'Somali'deki çatışmanın neden olduğu insani trajedinin büyüklüğünün insani yardımın dağıtımındaki engeller nedeniyle daha da şiddetlendiği ve uluslararası barış ve güvenliğe bir tehdit teşkil ettiği'nin altını çizmiştir.<sup>161</sup> Konsey 788 (1994) sayılı kararında Liberya'daki kötüleşen iç savaş durumunun uluslararası barışa yönelik bir tehdit teşkil ettiğine karar verirken, 955 (1994) sayılı kararında da Ruanda'daki soykırımın uluslararası barış ve güvenlik için bir tehdit oluşturduğunu belirtmiştir. Son üç olay çok açık olarak iç savaş durumlarıydı ve 1991 kararının kabul edildiği dönemde Yugoslavya'nın durumunun da bir iç savaş durumu olduğu (diğerlerine göre daha karmaşık olmakla birlikte) söylenebilirdi. Eski Yugoslavya'ya ilişkin sonraki kararlar barışa yönelik tehditlerin olduğu tespitinde bulunmuştur.<sup>162</sup> Ciddi öneme sahip diğer bir girişimde Konsey 'uluslararası insani hukukun yaygın ihlallerinin barışa bir tehdit oluşturduğu' tespitinde

<sup>157</sup> Bkz., Gray, *Use of Force*, s. 256.

<sup>158</sup> Bkz., BM Antlaşması'nın 27. maddesi.

<sup>159</sup> Ayrıca bkz., 217 (1965) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>160</sup> Bu durum 'ağır insan kaybına ve maddi zarara neden olan ve bölgedeki ülkeler – özellikle de sınır bölgelerindeki komşu ülkeler - için sonuçlar doğuran' bir çatışma olarak karakterize edildi. Bkz. *a.g.e.*

<sup>161</sup> Ayrıca bkz., 751 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>162</sup> Örneğin bkz., 743 (1992), 757 (1992), 787 (1992) ve 827 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

de bulunmuştur.<sup>163</sup> Sierra Leone'ya ilişkin kararlar<sup>164</sup> ülkedeki iç savaşın uluslararası barışa tehdit oluşturduğunu teyit ederken, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki iç savaş / dış müdahale karışımı çatışmalara ilişkin kararlar da 'bölgede uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehdit' olduğunu belirtmiştir.<sup>165</sup>

Uygulamada uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehdidin anlamında daha da genişleme Libya'ya ilişkin kararda görülmüştür. Konsey 748 (1992) sayılı kararında 'Libya hükümetinin terörizmi reddetmeyi somut eylemlerle göstermedeki başarısızlığının ve özellikle de 731 (1992) sayılı karardaki<sup>166</sup> taleplere tamamen ve etkili olarak cevap vermede süregelen başarısızlığının uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit teşkil ettiğini' belirtmiştir. Yine, 1070 (1996) sayılı kararda Konsey, Sudan'ın Mısır Cumhurbaşkanı'na karşı bir suikast teşebbüsü ile bağlantılı olarak aranan ve kendi topraklarında bulunan adli takibata uğrayan şüphelileri Etyopya'ya iade etmesini talep eden daha önceki kararlara<sup>167</sup> uymamasının uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit teşkil ettiği sonucuna varmıştır. Her iki davada da barışa yönelik bir tehdidin belirlenmesi bağlamında 'uluslararası terörizm'e atfı yapılmıştır. Bu, böyle durumlarda bağlayıcı yaptırım kararlarının alınmasının yolunu açtığı için, bu tür bir olgu ile mücadele etmede önemli bir adım teşkil etmektedir. Bu yaklaşım, 11 Eylül'de New York'daki Dünya Ticaret Merkezi'nin ve Pentagon'un bombalanmasının ardından kabul edilen 1368 (2001) ve 1373 (2001) sayılı kararlar ile güçlenmiştir.<sup>168</sup>

Haiti'nin durumu, benzeri şekilde, Konsey'in neyin uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturacağına dair anlayışında bir gelişmeye işaret etti. BM gözlemcileri 1990'da Haiti'de bir seçim denetimi yaptılar, ancak seçilmiş Başkan Aristide 30 Eylül 1991 tarihinde devrildi. Kriz durumlarında BM organları arasında artan etkileşimi gösteren bir süreç içinde, Genel Sekreter 11 Aralık 1991 tarihinde Haiti için özel bir temsilci atamış; Genel Kurul 20 Nisan 1993<sup>169</sup> ve 16 Haziran 1993 tarihlerinde insan hakları konusunda bir ortak BM – Amerikan Devletleri Organizasyonu sivil misyonunu (MICIVIH) yetkilendirmiş; Güvenlik Konseyi de yaptırımların 23 Haziran'dan itibaren yürürlüğe girmesi ile - Genel Sekreter ve Amerikan Devletleri Organizasyonu bu tür tedbirlere artık başvurulmayacağını bildirmedikleri sürece - Haiti üzerinde silah ve petrol ambargosu uygulanmasına karar vermiştir.<sup>170</sup> Cumhurbaşkanı Jean-Bernard Aristide'nin meşru hükümetinin yeniden görevine iade edilmediğine atıfta bulunmuş ve 'nüfusun kitlesel yer değiştirmesi gibi insani krizlerin meydana gelmesinin uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehdit olduğu ya da tehditleri ağırlaştırdığı'nı belirtmiştir.<sup>171</sup> Konsey bu yüzden, 'bu kendine mahsus ve istisnai koşullarda' durumun devam etmesinin uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit teşkil ettiğine karar vermiştir. Bu nedenle Güvenlik Konseyi meşru bir hükümetin yerinden edilmesinin başlı başına barışa yönelik bir tehdit oluşturduğunu belirtecek ölçüde ileri gitmemekle birlikte, bu durumun açık olarak diğer konular ile birlikte 39. madde çerçevesinde yapılacak bir tespitte imkan verebilen ve dolayısıyla bağlayıcı nitelikte yaptırım kararları alınmasına izin veren başlatıcı bir faktör olduğunu öngörmüştür. Yaptırımlar 3 Temmuz 1993 tarihinde yapılan Valiler Adası Anlaşması sonrası

<sup>163</sup> Bkz., Eski Yugoslavya'ya ilişkin 808 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve Ruanda'ya ilişkin 955 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>164</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>165</sup> A.g.e.

<sup>166</sup> Söz konusu karar, 1988'de *Lockerbie* olayında uçağı bombaladığı iddia edilen kişilerin ABD ya da İngiltere'ye iade edilmesi çağrısında bulunuyordu.

<sup>167</sup> Bkz., 1044 (1996) ve 1054 (1996) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>168</sup> Bkz., yukarıda 19. Bölüm. Ayrıca bkz., 1373 (2001), 1904 (2009), 1989 (2011), 2083 (2012) ve 2133 (2014) sayılı kararlar.

<sup>169</sup> Bkz., 47/20 B sayılı Genel Kurul kararı.

<sup>170</sup> Bkz., 841 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>171</sup> 688 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararında, Irak'ın ülkenin değişik bölgelerindeki (Türkiye ve İran'ın sınırlarında önemli ölçüde mülteci dalgasının tetiklendiği Kürtlerin yaşadığı bölgeler de dahil olmak üzere) sivil nüfusa yönelik baskıların sonuçlarının uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiği ifade edildi.

askıya alınmıştır.<sup>172</sup> Bununla beraber, Konsey 873 (1993) sayılı kararda Haiti'deki askeri yetkililerin bu anlaşma çerçevesindeki yükümlülükleri yerine getirmedeki başarısızlığının uluslararası barış ve güvenlik için bir tehdit oluşturduğunu belirtti ve yaptırımlar yeniden getirildi.<sup>173</sup> Ayrıca, 1540 (2004) sayılı kararda Konsey nükleer, kimyasal ve biyolojik silahların ve onların sevkiyat araçlarının yayılmasının uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit teşkil ettiği ve Konsey'in bir komitesi tarafından denetlenen yaptırım rejimi uygulamasına yol açtığını teyit etmiştir.<sup>174</sup>

Birkaç on yıl süren tartışma ve müzakerelerden sonra, 1974 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından saldırı kavramının üzerinde sonunda uzlaşmaya varıldı.<sup>175</sup> 1. madde, saldırının bir devlet tarafından diğer bir devletin egemenliği, toprak bütünlüğü ya da siyasi bağımsızlığına karşı veya Birleşmiş Milletler Antlaşması'na uygun olmayan herhangi diğer bir şekilde silahlı kuvvet kullanımı olduğunu öngörmektedir. Saldırı eyleminin birkaç örneği 3. maddede verilmektedir. Bunlar arasında; bir devlet tarafından diğer bir devletin topraklarına karşı silah kullanımı, bir devletin silahlı kuvvetleri tarafından diğer bir devletin limanları ve kıyılarının abluka altına alınması<sup>176</sup>, bir devletin silahlı kuvvetleri tarafından diğer bir devletin kara, deniz ya da hava kuvvetlerine yönelik saldırı ve bir devlete karşı şiddet eylemi gerçekleştirmek için diğer bir devlet tarafından ya da onun adına silahlı çetelerin gönderilmesi gibi eylemler yer almaktadır.<sup>177</sup> Saldırı konseptinin bazı özelliklerinin bu şekilde izahı Güvenlik Konseyi için belli ölçüde faydalı olarak görülebilir; ancak Konsey 39. madde uyarınca tespit yapmaya karar vermeden önce ilgili bütün durumları (herhangi özel bir olayın ağırlığı da dahil olmak üzere) inceleme hakkını saklı tutmuştur.<sup>178</sup>

Barışın gerçekten ihlallerine dair bulgular dört kez ortaya çıkmıştır. 1950'de Güney Kore'nin Kuzey Kore tarafından işgalinin sonucu olarak Güvenlik Konseyi barış ihlalinin meydana geldiğini tespit eden ve üye devletleri Güney Kore'ye yardım etmeye çağıran kararlar almıştır.<sup>179</sup> Konsey 502 (1982) sayılı kararında Arjantin'in Falkland Adaları bölgesini işgali ile barışın ihlal edildiği tespitini yapmıştır. Üçüncü durum, Güvenlik Konseyi'nin barışın ihlal edildiği sonucuna vardığı İran-İrak Savaşı ile ilgili 598 (1987) sayılı karardır. Dördüncü durum ise, Konsey 660 (1990) sayılı kararında 'Kuveyt'in Irak tarafından işgaline ilişkin uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir ihlal' olduğu saptanmasında bulunmuştur.

<sup>172</sup> Bkz., 861 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>173</sup> Bkz., 873 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. 917 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile daha yeni yaptırımlar getirildi. Bu yaptırımlar, sonuçta, Haiti'de ABD önderliğinde bir operasyon sonrası Başkan Aristide'nin yönetime tekrar getirilmesi üzerine 944 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile kaldırıldı. Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Makamı'nın *Tadic* davasında belirttiği gibi, '39. maddedeki "barışa yönelik tehdit" in, unsurlarından biri olarak, silahlı iç çatışmaları içerebildiğine ilişkin, Birleşmiş Milletler üyelerinin "takip eden uygulaması" ile ortaya çıkan ortak bir anlayışın var olduğu söylenebilir.' Bkz., 105 ILR, ss. 419, 466.

<sup>174</sup> Ayrıca bkz., 2094 (2013) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. 2118 (2013) sayılı Güvenlik Konseyi kararı 'kimyasal silah kullanımının uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit teşkil ettiğini' belirtmiş ve 2117 (2013) sayılı Güvenlik Konseyi kararı da 'dünyanın birçok bölgesinde silahların yasadışı transferi, istikrar bozucu şekilde biriktirilmesi ve kötüye kullanımının uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehdit oluşturmaya devam ettiği, ciddi insan kaybına neden olduğu, istikrarsızlığa ve güvensizliğe katkıda bulunduğu ve Güvenlik Konseyi başlıca sorumluluğu olan uluslararası barış ve güvenliği koruma misyonunu ifa ederken Konsey'in etkililiğine zarar vermeye devam ettiğini' ilan etmiştir. Genel olarak bkz., the Repertoire of the Practice of the Security Council concerning Chapter VII, <http://www.un.org/en/sc/repertoire/>

<sup>175</sup> Bkz., 3314 (XXIX) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>176</sup> Örneğin, Mayıs 1967'de İsrail Limanı Eilat'ın abluka altına alınması. Bkz., yukarıda 19. Bölüm.

<sup>177</sup> Bkz., *Nicaragua* davası, ICJ Reports, 1986, ss. 14, 103-4; 76 ILR, ss. 349, 437. 2010 yılında Kampala Konferansı'nda kabul edilen RC/Res.6. kararı yoluyla Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (1998)'nün 8. maddesinde geçen saldırı tanımı tekrar edilmiştir.

<sup>178</sup> Güvenlik Konseyi'nin saldırıya ilişkin ilk bulgusu, 1976'da Güney Afrika'nın Angola'ya karşı eylemi hakkındaydı. Bkz., 387 (1976) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., Rodezya'nın Mozambik'e karşı saldırısını kınayan 411 (1977) sayılı Güvenlik Konseyi kararı, İsrail'in Tunus'taki FKÖ karargahına karşı saldırısını kınayan 573 (1985) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve Irak'ın Kuveyt'teki diplomatik personele ve binalara karşı saldırısını kınayan 667 (1990) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>179</sup> Bkz., S/1501 sayılı Güvenlik Konseyi kararı.



## 7. BÖLÜM TEDBİRLERİ<sup>180</sup>

### Kuvvet Kullanımını İçermeyen Tedbirler<sup>181</sup>

Güvenlik Konseyi belli bir uyuşmazlık ya da durumun barışa yönelik bir tehdit ya da saldırı eylemi içerdiğine karar verdikten sonra daha ileri tedbirler alınmasının yolu açılmış olur. Bununla beraber, bu tür ileri tedbirler alınmadan önce durumun şiddetlenmesini önlemek için geçici tedbirlere başvurulabilir. Antlaşma'nın 40. maddesi uyarınca öngörülen<sup>182</sup> bu eylem, tarafların hak ve taleplerine hâle getirmeksizin gerçekleştirilir ve bir kriz durumunu istikrara kavuşturmak için geçici bir tedbir olarak amaçlanmaktadır. Bu hüküm uyarınca Güvenlik Konseyi tarafından alınan mutata eylem örnekleri, ateşkes çağrıları (1967 ve 1973'de Orta Doğu'da olduğu gibi)<sup>183</sup> ve yabancı topraklardan askerlerin çekilmesi çağrılarını<sup>184</sup> içermektedir. Bununla beraber, Konsey tarafından geçici tedbirlerin alınması, salt bir geçici eylemin sınırlarının çok ötesine geçen bir etkiye sahiptir. Bu tür tedbirler, sorunları çözmek için müzakereler yapılmasına yol açacak daha serinkanlı bir atmosferi doğurabilir ve tarafları söz konusu uyuşmazlığı, geçici tedbir çağrısında bulunan Güvenlik Konseyi kararında yer alan temeller üzerinde çözmek için harekete geçirebilir.

Konsey tarafından kabul edilen eylem, Konsey tarafından barışa yönelik bir tehdit, barışın ihlali ya da saldırı eylemine ilişkin bir durum olduğuna karar verildikten sonra, iki kategoriden birinin kapsamı içine girebilir. Bu eylem 41. madde uyarınca, ekonomik ilişkilerin kesilmesi ya da diplomatik ilişkilerin sona erdirilmesi gibi silahlı kuvvet kullanımını içermeyen tedbirlerin uygulanması şeklinde olabilir veya 42. madde uyarınca uluslararası barış ve güvenliği korumak ya da yeniden tesis etmek için gerekli olması durumunda silahlı kuvvet kullanımını içerebilir.

Konsey nisbi olarak yakın zamana kadar 41. madde çerçevesinde sahip olduğu yetkileri büyük ölçüde kullanmamıştır. Kuvvet kullanımını içermeyen ilk büyük eylem örneği, Rodezya'da 1965'de azınlıktaki beyazların kurduğu hükümet tarafından tek taraflı bağımsızlık ilanı sonrası bu ülkenin durumuna ilişkin ortaya çıkmıştır.<sup>185</sup> Konsey 1965

<sup>180</sup> Örneğin bkz., P. Conlon, 'Legal Problems at the Centre of United Nations Sanctions', 65 *Nordic Journal of International Law*, 1996, s. 73. A. Tzanakopoulos, *Disobeying the Security Council: Countermeasures against Wrongful Sanctions*, Oxford, 2011.

<sup>181</sup> Örneğin bkz., G. Hakimdavar, *A Strategic Understanding of UN Economic Sanctions*, Abingdon, 2014; A. Charron, *UN Sanctions and Conflict*, Abingdon, 2011; M. Doxey, *Economic Sanctions and International Enforcement*, London, 1980; J. Combacau, *Le Pouvoir de Sanction de l'ONU*, Paris, 1974; N. Schrijver, 'The Use of Economic Sanctions by the UN Security Council: An International Perspective', *International Economic Law and Armed Conflict* (ed. H. Post), Dordrecht, 1994 ve *Economic Sanctions: Panacea or Peace-Building in a Post-Cold War World* (ed. D. Cortright ve G. Lopez), Boulder, 1995.

<sup>182</sup> Bkz., Simma, *Charter*, s. 1297, ve Cot ve diğerleri, *Charte*, s. 1171. Ayrıca bkz., *Security Council Repertoire*, www.un.org/en/sc/repertoire/actions.shtml#rel2

<sup>183</sup> Bkz., 234 (1967) ve 338 (1973) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Ayrıca bkz. Sudan ve Güney Sudan arasındaki duruma ilişkin olarak 2046(2012) sayılı karar.

<sup>184</sup> Örneğin, Lübnan'ın İsrail tarafından işgaline ilişkin bkz., 509 (1982) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Bu tür çağrılarda 40. maddeye açık olarak atıfta bulunulmamış olabilir. Bkz., *Security Council Repertoire*, www.un.org/en/sc/repertoire/2010-2011/Part%20VII/2010-2011 Part%20VII.pdf#page=31.

<sup>185</sup> Örneğin bkz., Simma, *Charter*, ss. 1305 vd (41. Madde hakkında) ve 1308 (Güney Rodezya hakkında); Cot ve diğerleri, *Charte*, s. 1195; R. Zacklin, *The United Nations and Rhodesia*, New York, 1974; J. E. S. Fawcett, 'Security Council Resolutions on Rhodesia', 41 *BYIL*, 1965-6, s. 103; M. S. McDougal ve W. M. Reisman, 'Rhodesia and the United Nations: The Lawfulness of International Concern', 62 *AJIL*, 1968, s. 1, ve J. Nkala, *The United Nations, International Law and the Rhodesia Independence Crisis*, Oxford, 1985. Ayrıca bkz., V. Gowlland-Debbas, *Collective Responses to Illegal Acts in International Law*, Dordrecht, 1990; Gowlland-Debbas, 'Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility', 43 *ICLQ*, 1994, s. 55 ve Gowlland-Debbas, 'The Security Council and Issues of Responsibility under International Law', 353 *HR*, 2012, s. 185.

yılında aldığı iki kararla üye devletleri hukuk dışı rejimi tanımama ya da yardım etmeme ve özellikle de bütün ekonomik ve askeri ilişkileri sona erdirmeye çağrısında bulunmuştur.<sup>186</sup> Sonraki yıl Konsey daha ileri giderek Rodezya'ya yönelik mecburi ekonomik yaptırım uygulama kararı aldı<sup>187</sup> ve bu karar 1968'de genişletilerek kapsamlı hale getirildi<sup>188</sup>; ancak birkaç devlet bu kararları hiçe sayarak hareket etti.<sup>189</sup> Yaptırımlar, Zimbabve'nin bağımsızlığına yol açan anlaşmanın bir sonucu olarak 1979 yılında sona erdirilmiştir.<sup>190</sup>

Bununla birlikte, bugüne kadar Güvenlik Konseyi tarafından empoze edilmiş en kapsamlı ekonomik yaptırım 2 Ağustos 1990 tarihinde Kuveyt'in Irak tarafından işgalinin ardından kabul edilmiştir.<sup>191</sup> Güvenlik Konseyi'nin 661 (1990) sayılı kararı Irak'ın Kuveyt'ten derhal ve koşulsuz olarak çekilmesi konusunda başarısız olduğunu belirterek<sup>192</sup> ve spesifik olarak Antlaşma'nın 7. Bölümü çerçevesinde hareket ederek Irak'a yönelik çeşitli ekonomik yaptırımlar getirdi. Bu yaptırımlar arasında Irak ve işgal altındaki Kuveyt'e bütün ithalat ve ihracatın<sup>193</sup> ve bu doğrultuda Irak'a ve Kuveyt'e para transferinin yasaklanması yer alıyordu. Ek olarak, Güvenlik Konseyi herhangi bir mevcut sözleşme ya da yasal izin bulursa bile, devletlerin Irak hükümetine ya da Irak veya Kuveyt'te üstlenilen herhangi bir ticari, sinai ya da kamu hizmetine herhangi bir fon ya da diğer finansal ve ekonomik kaynakları aktarmaması ve kendi vatandaşlarının ve ülkeleri içindeki kişilerin Irak ya da Kuveyt içindeki kişilere ya da kurumlara para göndermesinin engellenmesi kararı aldı.<sup>194</sup>

Güvenlik Konseyi, ayrıca, bu tedbirlerin uygulanmasını denetlemek için Konsey'in bütün üyelerinden oluşan bir Komite kurdu.<sup>195</sup> 666 (1990) sayılı Güvenlik Konseyi kararı çerçevesinde Komite'nin Irak ve Kuveyt'te gıda maddelerine ilişkin durumu sürekli izlemeye alması ve (önceki kararların hükümleri uyarınca izin verildiği üzere) gıda maddelerinin Uluslararası Kızıl Haç Komitesi ve diğer uygun insani yardım kuruluşları

<sup>186</sup> 216 (1965) ve 217 (1965) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>187</sup> 232 (1966) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. 221 (1966) sayılı Güvenlik Konseyi kararında Konsey'in, Rodezya için petrol taşıdığı düşünülen gemilerin Mozambik'e varmasını gerekirse güç kullanarak engellemesi için İngiltere'ye çağrıda bulunduğunu not ediniz.

<sup>188</sup> Bkz., 253 (1968) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., 409 (1977) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>189</sup> Bkz., N. Polakas, 'Economic Sanctions: An Effective Alternative to Military Coercion?', 6 *Brooklyn Journal of International Law*, 1980, s. 289. Byrd Yasası çerçevesinde 1972 ile 1977 yılları arasında ABD Rodezya'dan krom ve diğer mineraller ithal etmiştir. Bkz., DUSPIL, 1977, Washington, ss. 830-4.

<sup>190</sup> Bkz., 460 (1979) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., 19 ILM, 1980, ss. 287 vd. Ayrıca 418 (1977) sayılı Güvenlik Konseyi kararı Güney Afrika'ya yönelik silah ambargosu getirmiştir.

<sup>191</sup> Bkz., Lauterpacht ve diğerleri, *Kuwait Crisis: Basic Documents; The Kuwait Crisis: Sanctions and their Economic Consequences* (ed. D. Bethlehem), Cambridge, 1991.

<sup>192</sup> 660 (1990) sayılı Güvenlik Konseyi kararında zorunlu kılınmıştı.

<sup>193</sup> Kesin olarak tıbbi amaçla yapılan malzeme ithalatı ve insani durumlarda gıda maddelerinin temini bunun dışında tutuldu. Bkz., 3(c). paragraf.

<sup>194</sup> Münhasıran tıbbi ve insani amaçlarla yapılan ödemeler ve insani durumlarda gıda maddeleri bu düzenlemeden hariç tutuldu (Bkz., 4. paragraf). Bu yaptırımlar 670 (1990) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile sıkılaştırıldı. Konsey, bütün devletlerin – herhangi bir uluslararası anlaşma ya da lisans veya iznin olup olmadığına bakılmaksızın – Irak ya da Kuveyt'ten ya da bu ülkelere kargo taşıyan uçakların kendi topraklarından kalkışına izin vermemesi (Konsey ya da Komite tarafından verilecek onaya bağlı olarak insani durumlarda gıda maddeleri ve tamamen tıbbi amaçlarla kullanılacak malzemeler hariç) ve Irak ya da Kuveyt'e incek olan uçakların kendi toprakları üzerinden uçuşuna izin vermemesi (sadece BM İran-İrak Askeri Gözlem Grubu'nun amaçları doğrultusunda BM tarafından onaylananlar hariç) kararı aldı.

<sup>195</sup> Örneğin bkz., M. Koskeniemi, 'Le Comité des Sanctions Cree par la Resolution 661 (1990) du Conseil de Securite', AFDI, 1991, s. 121, ve P. Conlon, 'Lessons from Iraq: The Functions of the Iraq Sanctions Committee as a Source of Sanctions Implementation Authority and Practice', 35 Va. JIL, 1995, s. 632.

ile işbirliği içinde ve onlar tarafından ya da onların denetiminde BM aracılığıyla temin edilmesi gerektiğinin göz önünde tutulması talimatı verildi. Komite'ye ayrıca BM Antlaşması'nın 50. maddesi uyarınca yardım taleplerini inceleme<sup>196</sup> ve bu konuda uygun eylem için Güvenlik Konseyi Başkanı'na tavsiyelerde bulunma görevi de verildi.<sup>197</sup>

665 (1990) sayılı Güvenlik Konseyi kararı çerçevesinde ekonomik yaptırımlar güçlendirildi. Kararda meşru Kuveyt hükümeti ile işbirliği içinde bölgede deniz kuvvetleri konuşlandıran BM üyesi devletler, Irak'ı denizden abluka altına almak için 'Güvenlik Konseyi'nin yetkisi altında gerekli olabilecek spesifik durumlara uygun önlemleri alma' hususunda yetkilendirildi. İlgili devletlerden 'Askeri Personel Komitesi'nin mekanizmalarını uygun görüldüğü şekilde kullanarak' eylemlerini koordine etmeleri<sup>198</sup> ve BM Genel Sekreteri ile istişare ettikten sonra Güvenlik Konseyi ve 661 (1990) sayılı karar çerçevesinde kurulmuş Komite'ye raporlarını sunmaları istendi.

Denetleme mekanizmasıyla birlikte bir dizi kapsamlı ekonomik ve finansal yaptırım getirildikten sonra diğer durumlara yönelik olarak benzeri müdahaleleri devreye sokmak artık daha kolay oldu. 31 Mart 1992 tarihinde Güvenlik Konseyi Libya'nın terörizme başvurmaktan vazgeçmeyi reddetmesi ve sanık bombacıları Birleşik Krallık ya da ABD'ye iade etmesi yönündeki 731 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararındaki çağrıya tam olarak etkin bir şekilde karşılık vermeyi reddetmesi nedeniyle bu ülkeye yönelik nispeten sınırlı ölçüde yaptırımlar getirdi.<sup>199</sup>

Güvenlik Konseyi 713 (1991) sayılı kararıyla eski Yugoslavya'nın toprakları içerisindeki tüm devletlere yönelik bir silah ambargosunu uygulamaya koyduktan sonra, 30 Mayıs 1992 tarihinde 757 (1992) sayılı kararıyla da Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne (Sırbistan ve Karadağ) yönelik çeşitli ekonomik yaptırımlar getirdi.<sup>200</sup> 7. Bölüm çerçevesinde kabul edilen karar Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nden (Sırbistan ve Karadağ) mal ithalini, devletler ya da onların vatandaşları tarafından bu tür malların ithali ya da gemiyle naklini ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ndeki herhangi bir kişi ya da kuruma veya oradan yürütülen herhangi bir işletmenin amaçları doğrultusunda

<sup>196</sup> BM Antlaşması'nın 50. maddesi Güvenlik Konseyi tarafından bir devlet aleyhine önleyici ya da zorlayıcı önlemler alındığında, Birleşmiş Milletler üyesi olsun ya da olmasın başka herhangi bir devlet, bu önlemlerin yürütülmesi yüzünden özel ekonomik sorunlarla karşı karşıya kalırsa, bu devletin söz konusu sorunların çözümü için Güvenlik Konseyi'ne danışma hakkı olduğunu belirtmektedir. 669 (1990) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve Libya'ya yönelik yaptırım getiren 748 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararında 50. maddeye atıfta bulunulmuştur. Bkz., Dinstein, *War*, ss. 283-4; J. Carver ve J. Hulsmann, 'The Role of Article 50 of the UN Charter in the Search for International Peace and Security', 49 ICLQ, 2000, s. 528, ve Cot ve diğerleri, *Charte*, s. 1313.

<sup>197</sup> Bkz., 669 (1990) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>198</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>199</sup> Bkz., 748 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Bu yaptırımlar Libya'ya yönelik zorunlu silah ve hava ambargosu getirdi. Kararda ayrıca bütün devletlere Libya'daki diplomatik misyonlarındaki görevli sayılarını ve düzeyini ciddi ölçüde düşürmeleri çağrısında bulunuldu. Yaptırımlara ilişkin şikayetleri incelemek üzere bir komite kuruldu. 1192 (1998) sayılı Güvenlik Konseyi kararı bombalama zanlısının mahkeme için Hollanda'ya varması üzerine Genel Sekreter'in onayı ile yaptırımların askıya alınmasını öngörüyordu. Bu beklendiği gibi gerçekleşti (bkz., S/1999/726) ve yaptırımlar askıya alındı (bkz., S/PRST/1992/22).

<sup>200</sup> 724 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile bir Yaptırım Komitesi kuruldu.

kişi ya da kurumlara her tür mal ve ürün satışını ya da arzını yasaklıyordu.<sup>201</sup>

Müzakereler ilerledikçe Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne yönelik yaptırımlar da tedricen hafifletildi.<sup>202</sup> Dayton barış anlaşması imzalandıktan sonra silah ambargosu kaldırıldı<sup>203</sup> ve yaptırımlar - Bosnalı Sırp güçlerine ilişkin olanlar hariç - 1022 (1995) sayılı karar ile 22 Kasım 1995 tarihinde süresiz olarak askıya alındı.<sup>204</sup> Yaptırımlar, barış anlaşması çerçevesinde öngörüldüğü üzere Bosna'da seçimlerin yapılmasını müteakiben 1074 (1996) sayılı karar ile tümüyle kaldırıldı ve Yaptırım Komitesi fesh edildi. 1998'de Kosova'daki durum nedeniyle yeniden silah yaptırımları getirildi, ancak 2001'de tekrar kaldırıldı.<sup>205</sup>

Silah yaptırımları Somali<sup>206</sup>, Ruanda<sup>207</sup>, Liberya<sup>208</sup> ve Etyopya ile Eritre<sup>209</sup> üzerinde de uygulandı. Sierra Leona'ya yönelik silah ambargosu<sup>210</sup>, malın üretildiği yeri gösteren sertifika çerçevesinde hükümet tarafından kontrol edilenlerden başka kaba kesim elmasların ithalini kapsayacak şekilde genişletildi.<sup>211</sup> 1999'da Afganistan'da Taliban

<sup>201</sup> Ayrıca, bu kararın 5. paragrafı devletlerin Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ndeki (Sırbistan ve Karadağ) yetkililer ticari, sanayi ve kamu hizmeti sunmaları, fonlar ya da diğer finansal veya ekonomik kaynaklar sağlamalarını yasaklıyordu. Devletler ayrıca kendi vatandaşlarının ya da kendi topraklarındaki kişilerin Federal Cumhuriyet içindeki herhangi bir kişiye fon ya da kaynak sağlamasını da tamamen önleyeceklerdi (münhasıran tıbbi ya da insani yardım amaçları ve gıda maddeleri için yapılan ödemeler hariç). 787 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı çoğunluk hissesine Federal Cumhuriyet'teki bir kişi ya da işletmenin sahip olduğu bir gemi, üzerinde dalgalanan bayrağı her ne olursa olsun, yaptırım rejiminin amaçları doğrultusunda bir Yugoslav gemisi olarak görülecekti. Bu karar çerçevesinde bazı ek deniz kontrol tedbirleri de benimsendi. Bu yaptırımlar esas olarak Güvenlik Konseyi'nin 820 (1993) sayılı kararı ile Hırvatistan ve Bosnalı Sırp güçleri tarafından kontrol edilen Bosna bölgelerine genişletildi. Ayrıca, Tuna nehri yaptırım kontrol sistemi içerisine dahil edildi ve Federal Cumhuriyet'in limanlarından ya da kara sınırı üzerinden mal nakliyatı (tıbbi malzemeler ve gıda malları hariç) yasaklandı. 942 (1994) sayılı karar yaptırımları Bosnalı Sırp güçlerinin kontrolü altındaki Bosna bölgelerinde mukim herhangi bir kişi ya da kurum tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol edilen veya sahip olunan herhangi bir kurumca devletler içerisinde yürütülen ekonomik faaliyetleri kapsayacak şekilde genişletti.

<sup>202</sup> Örneğin bkz., 943 (1994), 988 (1995), 992 (1995), 1003 (1995) ve 1015 (1995) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>203</sup> Bkz., 1021 (1995) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>204</sup> Karar ayrıca dondurulmuş bulunan varlıkların serbest bırakılmasını öngörmektedir. Ancak 'bu fonların ve varlıkların herhangi bir talebe, alacağa, mahkeme kararına, ipoteğe konu olması yada bunların bu devletteki hukuk yada muhasebe ilkeleri uyarınca iflas etmiş bulunan veya iflas ettiği değerlendirilen bir kişi, ortaklık, şirket veyahut başka bir kuruluşa ait olması durumunda, uygulanacak hukuka göre serbest bırakılana kadar bunlar dondurulmuş yada haciz altında kalmaya devam edecektir.

<sup>205</sup> Bkz., 1160 (1998) ve 1367 (2001) Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>206</sup> Bkz., 733 (1992), 751 (1992), 1356 (2001), 1407 (2002), 1425 (2002), 1744 (2007) ve 1772 (2007) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>207</sup> Bkz., 918 (1994), 1005 (1995), 1011 (1995), 1013 (1995), 1053 (1996) ve 1161 (1998) sayılı kararlar.

<sup>208</sup> Bkz., 788 (1992) ve 985 (1995) sayılı kararlar. Yaptırımlar 1343 (2001) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile sona erdirildi, fakat daha sonra 1521 (2003) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile yeniden getirildi. Ayrıca bu konuda bkz., 1532 (2004) ve 1683 (2006) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Uygulama yakın dönemde 1713 (2006) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile yeniden uzatıldı.

<sup>209</sup> Bkz., 1298 (2000) sayılı karar. Yaptırımlar 15 Mayıs 2001 tarihinde Başkanlık Açıklaması'na (S/PRST/2001/14) uygun olarak sona erdirildi. Bu yaptırım kararı bir çatışmada iki tarafa yönelik de yaptırım uygulanmasına ilişkin ilk uygulama idi. Bkz., C. Gray, 'From Unity to Polarisation: International Law and the Use of Force against Iraq', 13 EJIL, 2002, ss. 1 ve 3.

<sup>210</sup> Bkz., 1132 (1997) ve 1171 (1998) sayılı kararlar.

<sup>211</sup> Bkz., 1306 (2000), 1385 (2001) ve 1446 (2002) sayılı kararlar. Elmas yaptırımları Haziran 2003'de sona erdi. Bkz., SC/7778. Ayrıca Fildişi Sahili'ne yönelik de silah ambargosu, belli kişiler hakkında seyahat yasağı, belli kişi ve kuruluşların mal varlıklarının dondurulması ve elmas yaptırımını içeren değişik yaptırımlar getirildi. Bkz., 1572 (2004), 1584 (2005), 1643 (2005) ve 172 (2007) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Ayrıca, Lübnan Eski Başbakanı Hariri ve diğer bazı kişilerin katledilmesi üzerine Lübnan'da bazı kişilere yönelik yaptırım uygulandı. Bkz., 1636 (2005) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

rejimine karşı hava ambargosu ve mal varlıklarının dondurulması uygulaması getirildi.<sup>212</sup> 1493 (2003) sayılı kararla Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nde Küresel ve Geniş Kapsamlı Anlaşma'ya taraf olmayan gruplar ile Kuzey ve Güney Kivu ve Ituri topraklarında bulunan bütün yabancı ve Kongolu siahlı grup ve milislere karşı silah ambargosu uygulandı.<sup>213</sup> 1718 (2006) sayılı karar ile de Kuzey Kore'ye yönelik bir silah ambargosu uygulandı ve balistik füze programı ile ilgili tüm faaliyetlerini askıya alması ve bütün nükleer silahları, mevcut nükleer programlarını ve bütün diğer mevcut kitle imha silahlarını tamamen kanıtlayabilir ve geri dönülemez şekilde bırakması çağrısında bulunuldu. 2004 yılında Kuzey, Güney ve Batı Darfur'da faaliyet gösteren (Janjaweed Arap milis gücü gibi) tüm devlet dışı grup ve kişilere ilişkin olarak Sudan'a yönelik silah ambargosu getirildi.<sup>214</sup> İran'a yönelik de Nükleer Silahsızlanma Antlaşması çerçevesindeki yükümlülüklerini ihlal ederek nükleer silahlar elde etmeye yöneldiği şüphesinden dolayı yaptırımlar uygulandı.<sup>215</sup>

41. madde uyarınca alınan önlemler geleneksel olarak ekonomik yaptırımlar olmakla beraber, diğer ihtimaller de söz konusudur. Örneğin, Güvenlik Konseyi hedefteki devletin diğer devletler içerisindeki diplomatik personel sayısı ve düzeyinin düşürülmesi için girişimde bulunulması çağrısı yapabilir.<sup>216</sup> Daha çarpıcı biçimde, Konsey iki olayda 7. Bölüm uyarınca bağlayıcı kararlar alarak savaş suçlularının

<sup>212</sup> Bkz., 1267 (1999) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Yaptırım uygulaması 1333 (2000), 1390 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005) ve 1735 (2006) sayılı Güvenlik Konseyi kararları ile genişletildi. Yaptırımlar günümüzde El Kaide, Usame Bin Ladin ve / veya Taliban ile bağlantılı kişi ve kuruluşları kapsamaktadır.

<sup>213</sup> Ayrıca, silah ambargosunun kapsamını genişleten, ek yaptırım tedbirleri (seyahat yasağı ve mal varlıklarının dondurulması) getiren ve bireylerin de bu tedbirlere tabi olmasıyla sonuçlanabilecek kriterler koyan 1533 (2004), 1596 (2005), 1649 (2005) ve 1698 (2006) sayılı Güvenlik Konseyi kararlarına bakınız. 1807 (2008) sayılı Güvenlik Konseyi kararında, silah ambargosu Kongo topraklarında faaliyet gösteren kişiler ve hükümet dışı teşebbüsler ile sınırlıydı ve seyahat yasağı ve mal varlıklarının dondurulması bu ülkede faaliyet gösteren ve uluslararası hukuku (kadınların hedef alınması da dahil olmak üzere) ciddi olarak ihlal eden kişileri kapsıyordu. Ayrıca Kongo'da faaliyet gösteren çeşitli Ruanda'lı silahlı gruplara yönelik getirilen yaptırımların uygulanmasını onaylayan 1804 (2008) sayılı Güvenlik Konseyi kararına da bakınız.

<sup>214</sup> Bkz., 1556 (2004) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. 1591 (2005) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile silah ambargosunun kapsamı genişletildi ve belli kişilere yönelik seyahat yasağı ve mal varlıklarının dondurulması gibi bazı ek tedbirler getirildi.

<sup>215</sup> Yaptırımlar; nükleer ve balistik füze programlarına ilişkin ambargo, İran'dan silah ve benzeri materyallerin ihracının yasaklanması, belli bazı kişilere yönelik seyahat yasağı ve bazı kişi ve kuruluşlara yönelik mal varlıklarının dondurulması gibi yaptırımları içermektedir. Bkz., 1737 (2006), 1747 (2007), 1803 (2008), 1929 (2010) 1984 (2011) ve 2049 (2012) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. 14 Temmuz 2015 tarihinde İran ile Çin, Fransa, Rusya, Birleşik Krallık, AB ve ABD arasında İran'ın nükleer programını denetlemeye ilişkin Ortak Kapsamlı Eylem Planı imzalanmıştır. Bu Plan, İran'ın nükleer meselesi hakkındaki daha önceki Güvenlik Konseyi kararlarının sona erdirilmesini öngören ve istisnasız bütün devletlerin uygulayacakları belirli kısıtlamalar getiren 2231 (2015) sayılı karar ile desteklenmiştir. Ayrıca, Libya üzerinde 1970 (2011) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile getirilen ve 2009 (2011) ve 2095 (2013) kararlar ile de yumuşatılarak kaldırılan yaptırımlar; 2048 (2012) sayılı karar ile Gine-Bissau, 2127 (2013) sayılı karar ile de Orta Afrika Cumhuriyeti, 751 (1992) ve 1907 (2009) sayılı kararlar ile Somali ve Eritre, 2206 (2015) sayılı karar ile Sudan ve 2140 (2014), 2216 (2015) ve 2266 (2016) sayılı kararlar ile Yemen'e getirilen yaptırımlara bakınız. 1267 (1999), 1989 (2011) ve 2253 (2015) sayılı kararlar IŞİD'e, El-Kaide'ye ve bunlarla ilişkili kişi ve gruplara yaptırım getirmiştir. Halihazırda çatışmaların siyasi çözümü, nükleer silahsızlanma ve terörle mücadele için uygulanan 13 yaptırım rejimi bulunmaktadır. Her rejim, başında Güvenlik Konseyi'nin daimi olmayan bir üyesi bulunan bir yaptırım komitesi tarafından yönetilmektedir. Yaptırım komitelerinin çalışmalarına destek sağlayan 9 izleme grubu, takım ve panel mevcuttur. <https://www.un.org/sc/suborg/en/sanctions/information>. Güvenlik Konseyi yaptırımlara tabi olan tüm kişi ve kuruluşların Konsolide Listesi'ni oluşturmaktadır. 21 Temmuz 2016 itibarıyla, 627 kişi ve 395 kuruluş bu listede bulunmaktadır. Bkz. *United Nations Handbook 2016-7*, s. 99 ve <https://www.un.org/sc/suborg/en/sanctions/un-sc-consolidated-list>

<sup>216</sup> Örneğin Libya'ya ilişkin bkz., 748 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

yargılanması için uluslararası mahkeme kurmuştur.<sup>217</sup> Ayrıca, Konsey devletlerin hukuki sorumluluklarına ilişkin önemli sonuçlar doğuracak bir dizi karar alabilir.

Güvenlik Konseyi'nin 7. Bölüm uyarınca aldığı ve Irak'ın ateşkes anlaşmasının bir parçası olarak kabul ettiği<sup>218</sup> 687 (1991) sayılı karar bu tür bir durumun en önemli örneğidir. Bu karar Körfez'deki çatışmanın sona ermesi için bir dizi koşul ortaya koyuyordu. Konsey'in kararı 4 Ekim 1963 tarihinde Irak ve Kuveyt tarafından imzalanan anlaşmada ortaya konulduğu üzere Irak ve Kuveyt'in uluslararası sınırların dokunulmazlığına saygı göstermelerini talep ediyordu. Konsey sonrasında uluslararası sınırların dokunulmazlığını garanti altına almak için harekete geçti; ki bu BM tarihinde büyük öneme sahip bir gelişmeydi. Karar ayrıca uluslararası sınırlardan Kuveyt'e doğru 5 km., Irak'a doğru da 10 km. içeriye uzanan askerden arındırılmış bölgeyi denetlemesi için bir BM gözlemci misyonunun derhal bölgeye gönderilmesini öngörüyordu.<sup>219</sup> Irak'a bütün kimyasal ve biyolojik silahların ve 150 km.den daha fazla menzile sahip tüm balistik füzelerin imhasını kabul etmesi çağrısında bulunuldu. Bunun gerçekleştiğini garanti altına almak üzere bir özel komisyonun oluşturulması öngörüldü.<sup>220</sup> Irak koşulsuz olarak nükleer silahlar elde etmeme ya da geliştirmeme konusunda anlaşmaya varacaktı. Güvenlik Konseyi kararı Irak'ın Kuveyt'e yönelik hukuka aykırı saldırı ve işgalinin bir sonucu olarak, bu ülkenin, doğal kaynakların doğrudan kaybı, zarar görmesi (çevreye verilen zarar da dahil olmak üzere) ve tükenmesinden ya da yabancı hükümetler, vatandaşlar ve şirketlerin zarar görmesinden uluslararası hukuk çerçevesinde sorumlu olduğunu yeniden teyit etti.<sup>221</sup>

Bu bağlayıcı kararın kapsamı ve ölçüsü, Güvenlik Konseyi'nin uyuşmazlıkları çözme çabalarındaki önemli gelişimi göstermektedir. Irak'ın belirli türlerdeki silahları bırakması taleplerinin ve dış borçlarını reddetmesinin geçersiz sayılmasına dair şartın Konsey için yeni bir duruma işaret ettiği görülmektedir. Ayrıca ilgili iki taraf arasında hala tartışmalı olan uluslararası sınırın dokunulmazlığı hususunda verilen güvence de bu bağlamda değerlendirilebilir. Yukarıda belirtilen hükümlere ek olarak, Konsey tazminat taleplerini karşılamak için bir fon oluşturdu<sup>222</sup> ve BM Tazminat Komisyonu'nu kurdu.<sup>223</sup> Güvenlik Konseyi Irak'ın 687 (1991) sayılı karara tam olarak uymadığı sonucuna vardığı için yaptırımlar ateşkestten sonra da devam etti. Kaygılar, Irak'ın kararda istenildiği üzere kitle imha silahlarını yok etme konusundaki başarısızlığı üzerinde odaklandı. Ayrıca Irak'ın nükleer silah olarak kullanılabilir materyallerini Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'nın (IAEA) özel kontrolü altına vermesi ve nükleer silahlar ya da nükleer silah olarak kullanılabilir materyaller elde etmemesi ve ya da geliştirmemesi koşulsuz olarak zorunlu kılındı.<sup>224</sup> Konsey kararının nükleer silahlar ile ilgili olmayan hükümlerini uygulamak ve nükleer silahlar konularında da IAEA'ya destek olmak amacıyla Birleşmiş Milletler Özel Komisyonu (UNSCOM) kuruldu.

Irak UNSCOM ile kısmi işbirliğini Ekim 1998'de sona erdirdi. Güvenlik Konseyi, bunun üzerine Irak'ın bu tutumunu 687 (1991) sayılı kararın 'açık ihlali' olarak kınayan 1205 (1998) sayılı kararı

<sup>217</sup> Eski Yugoslavya'ya ilişkin bkz., 808 (1992) ve 827 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararları, Ruanda'ya ilişkin 955 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin önüne gelen *Milutinovic* davası için bkz., IT-99-37-PT, 6 Mayıs 2003.

<sup>218</sup> Bkz., S/22456, 6 Nisan 1991.

<sup>219</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>220</sup> Ayrıca bkz., 707 (1991) ve 715 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararları ve S/23165; S/23268; S/24108 ve Corr.1; S/24984; S/25977; S/26910; S/1994/750; S/1994/1138; S/1994/1422 ve S/1994/1422/Add.1 sayılı Özel Komisyon Raporları.

<sup>221</sup> Karar, ilginç fakat tartışmalı bir hükümlerle, 'Irak'ın 1 Ağustos 1990 tarihinden itibaren yaptığı dış borçlarını reddeden bütün açıklamaların geçersiz olduğuna karar verdi ve Irak'ın dış borçlarının yeniden ödenmesi ve ödeme maliyetlerine ilişkin bütün yükümlülüklerine titizlikle bağlı olmasını talep etti.'

<sup>222</sup> Bkz., 687 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararının 18. paragrafı.

<sup>223</sup> A.g.e., 16. paragraf ve 692 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Daha ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda 17. Bölüm.

<sup>224</sup> 12. paragraf.

kabul etti. UNSCOM denetçileri Aralık 1998'de çekildi. Denetçilerin hazırladığı nihai raporun sonucu, Irak'ın Güvenlik Konseyi kararı uyarınca zorunlu kılınan gerekli açıklama ve bildirimleri yapmadığı yönündeydi.<sup>225</sup> Güvenlik Konseyi Irak'ın Konsey kararlarını tam olarak yerine getirmede ve bu yüzden de yaptırımların kaldırılamayacağını açıklayan 1284 (1999) sayılı kararı kabul etti. Bu kararla Konsey, UNSCOM'ın görevini sona erdirerek yerine BM Gözlem, Araştırma ve Tespit Komisyonu'nu (UNMOVIC) kurdu.<sup>226</sup> Güvenlik Konseyi oybirliği ile kabul ettiği 1441 (2002) sayılı kararında Irak'ın 687 (1991) sayılı karara uymadığına işaret etti ve Konsey kararı çerçevesindeki yükümlülükleri 'esaslı ihlal' ettiğine karar verdi. Yürürlükte kalmaya devam eden yaptırım rejimi, 986 (1995) sayılı karar uyarınca getirilen ve BM tarafından yürütülen 'gıda için petrol' programının uygulanması ile hafifletildi.<sup>227</sup>

### Hedefli Yaptırımlar ve İnsan Hakları

Yaptırımların etkinliği konusu genel olarak tartışmaya açık kalmıştır, ancak yaptırımların bir ülkenin genel nüfusuna verebileceği, özellikle de ilgili hükümetin iyi niyetle davranmadığı durumlarda, ekonomik zarar çok büyük olabilir. Bu durum, yaptırımların odaklanması ve hedef belirlenmesinin mi yoksa 'daha akıllı' uygulanmasının mı iyi olacağına dair bir tartışma başlatmıştır.<sup>228</sup> Bunun bir göstergesi, (konuyla ilgilenmek için kurulmuş olan Güvenlik Konseyi Yaptırım Komitesi tarafından belirlenen) belirli kişi ya da kurumlara karşı yaptırım uygulanması yoluna gidilmesindeki artıştır. Bu durum, listede adı geçen kişi ve kurumların söz konusu listeye dahil edilmelerine karşı çıkma imkanına ilişkin bir konuyu gündeme getirmiştir. Uygulanan yaptırımları denetleyen çeşitli yaptırım komiteleri tarafından listeden çıkarmaya yönelik farklı usuller oluşturulmuştur; ancak bunlar ilgili birey ya da kurumların doğrudan başvurularına izin vermemiştir ve bu da insan hakları kaygılarına yol açmıştır.<sup>229</sup> Bu nedenle, Güvenlik Konseyi, 1730 (2006) sayılı kararı ile ilgili kişi ya da kurumların listeden çıkarılmaları yönündeki taleplerini değerlendirecek Sekreterlik (Güvenlik Konseyi Yardımcı Organlar Şubesi) bünyesinde bir merkez kurulması için BM Genel Sekreterine çağrıda bulundu. Bu tür talepler, ilgili kişi ya da kurumların yaptırım listesinden çıkarılmasını önerecek olan yaptırım komitesine doğrudan ya da Sekreterlik bünyesindeki merkez aracılığıyla başvurabilecek olan ilgili hükümetlere gönderilecekti. Sonrasında yaptırım komitesi karar verecekti.<sup>230</sup> Konsey'in 1904 (2009) sayılı kararı ile El Kaide yaptırım listesinden çıkarılmak isteyen kişi, grup ya da kurumlar için Ombudsmanlık Ofisi kuruldu.

<sup>225</sup> Bkz., S/1999/1037. Ayrıca UNSCOM'un karşılaştığı sorunları ve Irak'ın yasaklanmış silahlarının kısmen imha edilmesini ayrıntılı olarak ele alan ve Irak'ın 'Konsey kararlarına aykırı olarak faaliyetlerini gizleme ve silah gibi yasaklı maddeleri saklama pratiği'ne (bkz. 5. paragraf) işaret eden rapor için bkz. S/1999/94.

<sup>226</sup> Örneğin bkz., C. de Jonge Oudraat, 'UNSCOM: Between Iraq and a Hard Place', 13 EJIL, 2002, s. 139.

<sup>227</sup> Bkz., S/1996/356 ve S/2002/1239. Irak'a karşı askeri operasyon başladıktan 8 gün sonra kabul edilen 1472 (2003) sayılı Güvenlik Konseyi kararı değişen koşullar çerçevesinde yiyecek için petrol düzenlenmesinin geçici olarak uzatılmasını öngörüyordu. Bu düzenleme konusunda 1284 (1999) ve 1409 (2002) sayılı Güvenlik Konseyi kararlarında da değişikliğe gidilmişti. 1483 (2003) sayılı Güvenlik Konseyi kararı, ABD ve İngiltere'nin Irak'ı işgali sonrası ülkede 'otorite'nin (ABD ve İngiltere) yardımı ile Irak halkı tarafından bir 'geçici yönetim' kurulmasını destekledi ve bütün ekonomik yaptırımlar (silahlar üzerindeki hariç) kaldırıldı. Ayrıca, bazı Güvenlik Konseyi kararlarında yaban hayatı kaçakçılığı yapanlara karşı yaptırımlar getirilmiştir. Bkz., 2134 (2014) sayılı Güvenlik Konseyi kararı (Orta Afrika Cumhuriyeti'ne ilişkin) ve 2136 (2014) sayılı Güvenlik Konseyi kararı (Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne ilişkin).

<sup>228</sup> Örneğin bkz., 51/242 sayılı Genel Kurul kararı ve UKMIL, 70 BYIL, 1999, s. 549. Ayrıca bkz., Gray, *Use of Force*, s. 209, ve Forum, 13 EJIL, 2002, s. 43.

<sup>229</sup> Örneğin bkz., E. Rosand, 'The Security Council's Efforts to Monitor the Implementation of Al-Qaida/Taliban Sanctions', 98 AJIL, 2004, s. 745, ve B. Fassbender, *Targeted Sanctions and Due Process*, 2006 (BM Hukuk İlişkileri Ofisi tarafından yapılan görevlendirilme sonucu hazırlanan çalışma), [www.un.org/law/counsel/Fassbender\\_study.pdf](http://www.un.org/law/counsel/Fassbender_study.pdf). Ayrıca bkz., *Targeted Sanctions: The Impacts and Effectiveness of United Nations Actions* (ed. T. J. Biersteker, S. E. Eckert ve M. Tourinho), Cambridge, 2016 ve K. Wellens, *Remedies against International Organizations*, Cambridge, 2002, s. 89.

<sup>230</sup> Üç ay içerisinde herhangi bir yorum alınmadığı bir durumda Yaptırım Komitesi bilgilendirilecek ve her üye listeden çıkarılmayı isteyebilecekti. Genel Sekreter 30 Mart 2007 tarihinde Güvenlik Konseyi'ni konuya ilişkin bir merkezin kurulduğuna dair bilgilendirdi. Bkz., S/2007/178.

Bununla birlikte, yaptırım sisteminin, belli gerçek ya da tüzel kişileri etkilediği için, insan haklarıyla uyumlu olarak uygulanması gerektiğini öne süren birçok dava yerel mahkemeler<sup>231</sup>, Avrupa Adalet Divanı<sup>232</sup> ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi<sup>233</sup> önüne geldi. Karşı iddia, 25. madde uyarınca üye devletlerin Güvenlik Konseyi kararlarını uygulamakla yükümlü oldukları ve 103. madde uyarınca da BM Antlaşması çerçevesinde BM üyelerinin yükümlülükleri ile herhangi diğer bir uluslararası anlaşma çerçevesindeki yükümlülüklerin çatışması durumunda BM Antlaşması altındaki yükümlülüklerin hakim olacağı yönündeydi. Artık, en azından Avrupa'da, BM Antlaşması yükümlülüklerinin temel insan haklarına uygun olup olmadığı temelinde incelenmekten muaf olamayacağı açıktır. Bunun ne derece ileri gideceği ise belirsizdir.

### Kuvvet Kullanımını İçeren Tedbirler

Konsey, 41. maddede belirtilen silahlı kuvvet kullanımı dışındaki tedbirlerin yetersiz olduğunu ya da olacağını düşündüğü durumlarda, 'uluslararası barış ve güvenliği korumak ya da yeniden tesis etmek için gerekli saydığı hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla girişim'de bulunabilir. 42. madde bu tür girişimlerin gösterileri, ablukaları ve Birleşmiş Milletler üyelerince yapılacak diğer silahlı operasyonları içerebileceğini öngörmektedir. 43. madde bu alanda fonksiyonların etkin olarak yerine getirebilmesi için üye devletlerin Güvenlik Konseyi ile silahlı kuvvetleri, yardım ve kolaylığı sunmak üzere anlaşmalar yapmasını öngörmektedir. 45. madde ise, 43. maddede belirtilen anlaşmalara uygun olarak üyelerin birleşik uluslararası zorlayıcı tedbirleri yürürlüğe koymak için derhal kullanılacak ulusal hava kuvveti birliklerini hazır bulunduracaklarını belirtmektedir. Bu minvalde barışa yönelik tehditler, barışı ihlaller ve saldırı eylemlerini bastırmak için Konsey

<sup>231</sup> Bkz., *HM Treasury v. Ahmed* [2010] UKSC 2, 6. ve 77 vd. paragraflar (per Lord Hope); *Bank Mellat v. HM Treasury (No. 2)* [2013] UKSC 39 ve *R v. Forsyth and Mabey* [2011] UKSC 9. Ayrıca bkz. *Libyan Investment Authority v Maud* [2016] EWCA Civ 788, paras. 17 ve 20. Bu karar, Avrupa Birliği'nin ilgili yaptırımlarının, uygulanmak üzere Libya'ya konan Güvenlik Konseyi yaptırımlarına mümkün olduğu ölçüde uygun bir biçimde yorumlanması gerektiğini belirtmiş ve varlıklarından 'Libya halkının istifade etmesine imkan vermek için' Libya Yatırım Kuruluşu üzerindeki BM yaptırımlarının yumuşatılmasına işaret etmiştir.

<sup>232</sup> *Kadi* davasında ([2008] ECR I-6351) Avrupa Adalet Divanı bir uluslararası antlaşmanın getirdiği yükümlülüklerin Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın (temel hakları da içeren) anayasal prensiplerine hanel getiremeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla bütün AB kurallarının hukukiliği bu tür kuralların Güvenlik Konseyi kararlarını uygulamak için olduğu durumlarda bile temel hakların ışığında mahkemelerce incelenebilirdi. Bu nedenle Kadi yaptırım listesinden çıkarılmıştı. Bkz. *Bank Mellat v. Iran v. Council*, C548-09 (16 Kasım 2011 tarihli karar) ve *Kadi II*, Joined Cases C-584/10 P, C-593/10 P ve C-595/10 P, (18 Temmuz 2013 tarihli karar). Bu kararlar, AB uygulama tedbirlerinin yargısal incelemesinin Güvenlik Konseyi'nin üstünlüğünü tehdit etmediğine hükmetmiştir. Ayrıca bkz. *Ayadi* davası, Case T-527/09 RENV (14 Nisan 2015 tarihli karar) ve *Al-Faqih* davası, Case T-134/11 (28 Ekim 2015 tarihli karar).

<sup>233</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Al Dulimi v. Switzerland* kararında (Bkz., 21 Haziran 2016 tarihli karar, 140 vd. paragraflar) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi 'Güvenlik Konseyi'nin üye devletlere insan haklarının temel prensiplerini ihlal edecek herhangi bir yükümlülük getirme niyetinde olmayacağı varsayılabilir' demiştir. Mahkeme'ye göre; bir Güvenlik Konseyi kararının ifadelerindeki herhangi bir muğlaklık durumunda Mahkeme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin gereklilikleri ile en çok uyumlu olan ve yükümlülükler ile herhangi bir çatışmadan kaçınan yorumu seçmek zorundadır. İlaveten 'Güvenlik Konseyi'nin, devletlerin uluslararası insan hakları hukuku uyarınca mevcut bulunan yükümlülükleri ile çatışabilecek kararlar alması durumunda, açık ve net bir dil kullanacağı'nın beklendiği belirtilmiştir. Böylelikle, 'Güvenlik Konseyi kararının, ulusal düzeyde kişi ve kuruluşlara karşı yaptırımların uygulanması bağlamında insan haklarına saygıyı dışlayan yada sınırlayan açık ve net bir ifade içermemesi durumunda Mahkeme her zaman bu tedbirlerin Sözleşme ile uyumlu olduğunu var saymalıdır'. Bu yüzden Mahkeme 'sistemsel uyum ruhu içerisinde ... BM Şartı'nın 103. maddesinde belirtilen üstünlük kuralını bozucu bir yükümlülükler çatışması olmadığına prensip olarak karar vermektedir'. Devamında Mahkeme, Güvenlik Konseyi'nin yaptırım kararının, uygulanması için yargısal denetimi dışlayan açık bir ifade içermediği durumlarda, keyfilikten kaçınabilmek için davalı devletin mahkemelerini gerekli denetimi yapmaları hususunda yetkilendirmekte olduğu şeklinde anlaşılması gerektiğine hükmetmiştir. *A.g.e.*, 146. paragraph. Bunun üzerine, bu şartlarda, Mahkeme, başvuruların Güvenlik Konseyi Yaptırımlar Komitesi listesinde yer almalarına karşı anlamlı bir yargısal başvuru sağlamada başarısız olduğundan dolayı İsviçre'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 (1) maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Ayrıca bkz., *Al-Jedda v UK*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı, 7 Temmuz 2011, 102. paragraf. *Nada v. Switzerland*, 12 Eylül 2012 tarihli karar, 168 vd. paragraflar ve *Sayadi and Vinck v. Belgium*, İnsan Hakları Komitesi, communication no. 1472/2006, 22 Ekim 2008.



kuvveti olarak hareket edecek bir Birleşmiş Milletler Birliği kurulması hedeflenmiştir. 47. madde beş daimi üyenin Genel Kurmay Başkanları ya da onların temsilcilerinden oluşacak bir Askeri Kurmay Komitesi kurulmasını öngörmektedir. Bu Komite Güvenlik Konseyi'nin emri altına verilen silahlı kuvvetlerin stratejik yönetiminden sorumlu olacak ve askeri ihtiyaçlara ilişkin Güvenlik Konseyi'ne danışmanlık yapacak ve ona yardımcı olacaktır. Nitekim, 46. madde silahlı kuvvet kullanılması için planların, 'Askeri Kurmay Komitesi'nin yardımı ile Güvenlik Konseyi'nce hazırlanacağı'ni belirtmektedir. Bununla birlikte, 665 (1990) sayılı karar uyarınca Askeri Kurmay Komitesi'ne daha genel bir koordinasyon görevi verilmeyle beraber, 1990-91 Kuveyt krizi boyunca Komite önemli bir rol oynamıştır.

Büyük güç uyuşmazlıkları ve diğer faktörler nedeniyle planlanan anlaşmaların hiçbiri imzalanmadı ve 43. madde etkisiz kaldı. Bu durum uygulamaya yönelik öngörülen usullerden vazgeçilmek zorunda kalınacak ölçüde 42. maddeyi zayıflattı. Bu, BM'nin sonraki uygulama tarafından yorumlama süreci yoluyla kolektif güvenlik sistemini yeniden şekillendirmek durumunda kaldığı anlamına gelmiştir.

Uygulamada zorlayıcı tedbirlerin ilk örneği, 1950'de Kuzey Kore tarafından Güney Kore'nin işgaline Birleşmiş Milletler'in gösterdiği tepkiydi<sup>234</sup> ve bu sadece koşulların tesadüfi birleşimi nedeniyle meydana gelmişti. Haziran 1950'de Kuzey Kore kuvvetleri Kuzey ile Güney'i birbirinden ayıran 38. Paraleli geçtiler ve bu nedenle silahlı çatışmaya sebep oldular. Güvenlik Konseyi derhal konuyu tartıştı ve bir barış ihlalinin söz konusu olduğunu açıkladıktan sonra üye devletleri Kuzey Kore'nin geri çekilmesinin sağlanması için Birleşmiş Milletler'e yardım etmeye çağırdı. İki gün sonra Birleşmiş Milletler üyelerine Güney Kore yetkililerine gerekli her yardımı sunmalarını tavsiye eden diğer bir karar kabul edildi. Güvenlik Konseyi'nin bu konudaki üçüncü kararı ile, ABD, Güney Korelilere yardım etme amacıyla kurulmuş birleşik kuvvetlerin komutanını tayin etmek için yetkilendirildi ve bu tür kuvvetlerin Birleşmiş Milletler bayrağını kullanmasına izin verildi.<sup>235</sup>

Konsey tarafından bu kararların geçirilebilmesinin tek sebebi, Milliyetçi Çin delegasyonunun temsil edilmesini protesto eden SSCB'nin Konsey'den çekilmiş olması idi.<sup>236</sup> Bu durum Sovyetler Birliği'nin veto yetkisini kullanmasını önledi ve Kuzey Kore ordusuna karşı mücadele eden ABD komutasındaki kuvvetler için yetkili bir Birleşmiş Milletler şemsiyesinin oluşumuna imkan verdi. SSCB 1959 Ağustos'unun başlarında Konsey'e geri döndü ve bu konuda Konsey tarafından alınabilecek daha ileri önlemleri etkin olarak bloke etti; ancak Sovyet boykotu nedeniyle kararların hukuki olarak geçersiz olduğu iddialarına rağmen o ana kadar alınan kararları geri döndüremedi.<sup>237</sup>

Bununla birlikte, Birleşmiş Milletler gücü olarak tanımlanmış olmasına rağmen, asker gönderen 16 devletin birlikleri - ABD'nin katkıda bulunan devletlerin her biri ile yaptığı bir dizi anlaşma uyarınca - etkin bir şekilde ABD kontrolü altındaydı ve genel itibarıyla Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirmesi altında faaliyet yürütmenin ötesinde gerçek anlamda Birleşmiş Milletler tarafından yönetilmiyorlardı. Bu alelacele hazırlanmış operasyon, BM Antlaşması'ndaki kolektif güvenlik sistemi orijinal olarak tasarlandığı gibi işleyemediği için barışı korumaya yönelik Birleşmiş Milletler sisteminin eksikliklerini açık olarak ortaya koyuyordu. Diğer yandan bu durum, aynı zamanda, sistemin fonksiyon icra edebileceği şekilde yorumlanabildiğini de gösteriyordu.<sup>238</sup>

<sup>234</sup> Örneğin bkz., Dinstein, *War*, ss. 319 vd.; Gray, *Use of Force*, ss. 258 vd., ve Franck, *Fairness*, s. 223. Ayrıca genel olarak bkz., L. A. Sicilianos, 'Entre Multilat'eralisme et Unilat'eralisme: L'Autorisation par le Conseil de S'ecurite' e de Recourir 'a la Force', 339 HR, 2008, s. 12.

<sup>235</sup> 82 (1950), 83 (1950) ve 84 (1950) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>236</sup> Örneğin bkz., L. Sohn, *Cases on United Nations Law*, 2. Baskı, Brooklyn, 1967, ss. 479 vd.

<sup>237</sup> *A.g.e.*, ss. 481 vd. Ayrıca Çin'in çatışmaya dahil olması sonrası duruma ilişkin bkz., *a.g.e.*, ss. 509 vd.

<sup>238</sup> Franck, BM'nin 'uyarlanabilir kapasitesi'ne atıfta bulunarak, '42. maddenin zaman içinde kolektif güçlerin konuşlandırılması için serbest yetki olarak değerlendirilmesinin, 43. maddenin öngördüğü destek gücünün olmaması durumunda BM Antlaşması sisteminin çöküşünü engellediği'ni belirtmiştir. Bkz., Franck, *Recourse*, s. 23.

İkinci örnek 2 Ağustos 1990 tarihinde Irak'ın Kuveyt'i işgali sonrası meydana geldi.<sup>239</sup> Aynı gün Güvenlik Konseyi tarafından oybirliği ile kabul edilen 660 (1990) sayılı karar işgali kınadı ve Irak'ın derhal ve koşulsuz olarak çekilmesi çağrısında bulundu. 662 (1990) sayılı karar ise Kuveyt'in Irak tarafından ilhakının hukuki bir geçerliliğinin olmadığını ve yok hükmünde sayıldığını ilan etti. Devletler ve uluslararası organizasyonlara ilhakın dolaylı tanınması olarak yorumlanabilecek herhangi bir eylem ya da ilişkiden kaçınmaları çağrısında bulunuldu. Konsey spesifik olarak BM Antlaşması'nın 7. Bölümü çerçevesinde hareket ederek 664 (1990) sayılı kararda Irak'ın üçüncü ülkelerin vatandaşlarının bölgeden acilen ayrılmasına izin vermesini talep etti.<sup>240</sup> Konsey'in 667 (1990) sayılı kararında da Irak'ın Kuveyt'teki diplomatik binalar ve personele yönelik (bu binalardaki yabancı vatandaşların kaçırılmasını da içeren) saldırgan hareketlerini kınandı ve bu binalar ve personelin korunması talebinde bulunuldu.<sup>241</sup> Güvenlik Konseyi, son olarak, Irak'ın bütün bu kararlara ve alınan önlemlere karşı cevabının tatmin edici olmadığını göz önüne alarak, 29 Kasım 1990 tarihinde 678 (1990) sayılı kararı kabul etti. Bu karar Irak'a önceki kararlara uyması ve Kuveyt'ten çekilmesi için bir süre daha mühlet verdi. Bu 'son fırsat' 15 Ocak 1991'de sona erecekti. Bu tarihten sonra, Kuveyt hükümeti ile işbirliği yapan üye devletler 660 (1990) sayılı Güvenlik Konseyi kararını teyid etmek ve uygulamak ve bölgede uluslararası barış ve güvenliği tesis etmek için gerekli tüm araçları kullanma ile yetkilendirildi. Bu karar yerine getirilirken yapılacak girişimlere bütün devletlerin uygun destek sağlaması istendi. 16 Ocak 1991 tarihinde ABD liderliğinde oluşan devletler koalisyonunun girişimi ile silahlı müdahale gerçekleşti.<sup>242</sup> Süreç göz önüne alındığında, bu müdahale BM Antlaşması'nın 7. Bölümü'nde belirtilen icrai yetkileri uyarınca BM Güvenlik Konseyi tarafından yetkilendirilmiş ve 25. madde uyarınca da bütün üye devletler üzerinde bağlayıcılığa sahip olan meşru bir kuvvet kullanımı olarak görülebilir.<sup>243</sup> Bu müdahale, bağlayıcı kararlarda Konsey tarafından ortaya konulan amaçlar (Irak'ın Kuveyt'ten derhal ve koşulsuz olarak çekilmesi ve bölgede uluslararası barış ve güvenliğin yeniden tesisi) bağlamında ve 43. madde düzenlemelerinin olmaması göz önüne alınarak zorlayıcı tedbirlerin uygulanması çerçevesi içerisinde değerlendirilecektir.

### Zımnî Yetkilendirme

Bununla birlikte, Antlaşma'nın sonraki uygulama ile yorumlanma sürecinin, Askeri Kurmay Komitesi'nin himayesinde faaliyet yürüten spesifik olarak görevlendirilmiş BM güçlerinin olmaması durumunda üye devletlerin girişimde bulunması hususunda Konsey tarafından yapılan yetkilendirmenin ötesine geçip geçmediği sorusu gündeme gelmiştir. Özellikle, belli durumlarda bu tür yetkilendirmenin açık olarak yapılmasından ziyade zımnî olarak yapılmasını öne sürmek mümkün müdür?<sup>244</sup> Körfez Savaşı sonrası Irak'taki merkezi hükümete karşı ortaya çıkan isyanlar, Irak güçlerinin ülkenin güneyinde Şiilere, kuzeyinde de Kürtlere yönelik yaygın baskı politikalarına yol açtı. 688 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararı (7. Bölüm çerçevesinde kabul edilmemişti ve kuvvet kullanımına yetki vermemişti) 'sonuçları uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden' bu tür baskıları kınadı ve uluslararası insani organizasyonların ülkede ihtiyaç içinde olanlara ulaşabilmelerine Irak'ın derhal izin vermesi konusunda ısrarda bulundu. ABD, Birleşik Krallık ve Fransa, yapılan baskıları gözönüne alarak, insani operasyonlar için bir güvenli bölge oluşturmak amacıyla Kuzey Irak'a asker gönderdi. Bu askerler süratli bir şekilde

<sup>239</sup> Bkz., Lauterpacht ve diğerleri, *Kuwait Crisis: Basic Documents*. Ayrıca bkz., O. Schachter, 'United Nations Law in the Gulf Conflict', 85 AJIL, 1991, s. 452.

<sup>240</sup> Ayrıca bkz., 674 (1990) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>241</sup> Genel olarak bkz., *Keating's Record of World Events*, ss. 37631 vd. ve ss. 37694 vd. (1990).

<sup>242</sup> BM kararlarının icrası için şu devletler silahlı güç ve/veya savaş gemisi ya da uçak göndermiştir: ABD, İngiltere, Fransa, Mısır, Suriye, Suudi Arabistan, Fas, Hollanda, Avustralya, İtalya, İspanya, Arjantin, Belçika, Kanada, Pakistan, Norveç, Danimarka, SSCB, Bangladeş, Senegal, Nijer, Cekoşlavakya ve Körfez İşbirliği Konseyi (Kuveyt, Katar, Bahreyn, Umman ve Birleşik Arap Emirliği). Bkz., *Sunday Times* 'War in the Gulf' Briefing, 27 Ocak 1991, s. 9.

<sup>243</sup> Toplu olarak kendini savunma konusunda meşru güç kullanımı olarak da görülebilir. Bkz., yukarıda 19. Bölüm.

<sup>244</sup> Örneğin bkz., Gray, *Use of Force*, ss. 348 vd.

geri çekildi ve Irak'ın onayıyla faaliyet gösteren az sayıdaki BM Muhafız Gücü'ne yerini bıraktı.<sup>245</sup> Ayrıca, Batılı devletler Nisan 1991'de Kuzey Irak'ta olduğu gibi, Ağustos 1992'de Güney Irak'ı da 'uçuşa yasak bölge' olarak ilan ettiler. Bu bölgeler 688 sayılı karara atıfla meşrulaştırıldı.<sup>246</sup> Dahası, bu bölgeler üzerinde uçuşlara ilişkin meşru müdafaa hakkının olduğu ve bunun da Irak'ın saldırılarına karşı orantılı karşılıkta bulunmaya cevaz verdiği savunuldu.<sup>247</sup> 688 sayılı kararın gerçekten bu şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağı belli değildir. Ancak net olan, bu tür girişimlerin BM tarafından açık olarak yetkilendirilmediğidir. Ayrıca özel olarak Birleşik Krallık'ın bu tür girişimleri, 688 sayılı kararın desteklenmesi üzere, bir insani krizi önleme ihtiyacı üzerine dayandırıldığı belirtilmelidir. Örneğin, Mart 2001'de uçuşa yasak bölgelerin '688 sayılı kararı desteklemek için' kurulduğu ve 'büyük bir insani zaruret haline bir cevap vermek üzere uluslararası hukuk çerçevesinde meşrulaştırıldığı' kaydedilmiştir.<sup>248</sup>

Daha çarpıcı bir biçimde, Güvenlik Konseyi kararlarına zımnen dayalı olarak kuvvet kullanımı, Mart 2003'de ABD ve Birleşik Krallık Irak'a karşı askeri hareket başlattığı zaman meydana geldi.<sup>249</sup> Bu hareketin hukuki temelini, '678, 687 ve 1441 sayılı kararların birleşik etkisi'ne dayandığı varsayıldı.<sup>250</sup> 1441 (2002) sayılı karar<sup>251</sup>, Irak'ın Güvenlik Konseyi kararlarına uymaması ve kitle imha silahlarının yaygınlaşmasının uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit teşkil ettiğini teyid etti ve 678 sayılı kararın üye devletlere uluslararası barış ve güvenliğinin tesisi için bütün gerekli araçları kullanmaları konusunda yetki verdiğini hatırlattı. Söz konusu kararda, BM Antlaşması'nın 7. Bölümüne atıfta bulunularak, Irak'ın 687 sayılı karar da dahil olmak üzere bu konudaki kararları esastan ihlal ettiği ve ihlal etmeye devam ettiği sonucuna varıldı ve Irak'a 'Konsey'in ilgili kararları çerçevesindeki silahsızlanma yükümlülüklerine uyması için son bir fırsat' verilmesi hükme bağlandı. Bu amaçla geliştirilmiş bir denetim sistemi kuruldu.<sup>252</sup>

<sup>245</sup> Örneğin bkz., White, *Keeping the Peace*, s. 192, ve F. L. Kirgis, *International Organizations in their Legal Setting*, 2. Baskı, St Paul, 1993, ss. 854 vd.

<sup>246</sup> Örneğin 27 Ocak 1993 tarihli Dışişleri Bakanının açıklamasına bakınız, UKMIL, 64 BYIL, 1993, s. 728 ve 739, ve UKMIL, 65 BYIL, 1994, s. 683. Ayrıca ABD Başkanı Bush'un açıklaması için bkz., Kirgis, *International Organizations*, s. 856. 3 Eylül 1996'da Irak askerleri ve tanklarının Kuzey Irak'daki 'uçuşa yasak' Kürt bölgesine Kürt gruplarından birine diğerlerine karşı yardım etmek amacıyla girmesi üzerine ABD uçakları Irak'a karşı bir dizi hava saldırısı başlattı ve 'uçuşa yasak' bölgeyi 32. Paralelden 33. Paralele doğru genişletti. ABD hükümeti bu kararı uygularken 688 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararına atıfta bulundu. Bkz., *The Economist*, 7 Eylül 1996, ss. 55-6. Ayrıca bkz., Gray, 'Unity to Polarisation', s. 9.

<sup>247</sup> 13 Ocak 1993 tarihinde Irak hedeflerine karşı gerçekleştirilen Batılı hava saldırıları hakkında bkz., UKMIL, 64 BYIL, 1993, ss. 728 ve 740. Ayrıca bkz., UKMIL, 69 BYIL, 1998, s. 592 ve UKMIL, 70 BYIL, 1999, ss. 565, 568 ve 590.

<sup>248</sup> Bkz., UKMIL, 72 BYIL, 2001, s. 694. Ayrıca bkz., yukarıda 19. Bölüm.

<sup>249</sup> Aralık 1998'de ABD ve İngiltere uçakları Irak'ın BM silah denetçileri ile işbirliğinden çekilmeleri üzerine Irak'taki hedeflere saldırdılar ve bu saldırıyı BM Antlaşması'nın 7. Bölümü esas alınarak kabul edilen 1154 (1998) ve 1205 (1998) sayılı Güvenlik Konseyi kararlarına dayandırdılar. Kararlar güç kullanımı için yetki vermiyordu, ancak 1154 (1998) sayılı karar Irak'ın UNSCOM ve IAEA'ya 'derhal, koşulsuz ve kısıtlanmamış ulaşım' hususundaki yükümlülükleri ihlal etmesinin 'çok ciddi sonuçları' olacağını ifade ediyordu; 1205 (1998) sayılı karar ise Irak'ın UNSCOM ile işbirliğini sona erdirmeye kararının 687 (1991) sayılı kararın alenen ihlali olduğunu ilan ediyordu. Bkz., UKMIL, 69 BYIL, 1998, ss. 589 vd., ve Gray, 'Unity to Polarisation', ss. 11 vd.

<sup>250</sup> Bkz., Başsavcı, Hansard, Lordlar Kamarası, Cilt: 646, Yazılı Cevap, 17 Mart 2003. Ayrıca İngiltere, ABD ve Avustralya daimi temsilcilerinden Güvenlik Konseyi Başkanına gönderilen 21 Mart 2003 tarihli mektuplara bakınız, S/2003/350-2. Ayrıca bkz., 52 ICLQ, 2003, ss. 812 vd. ve M. Weller, *Iraq and the Use of Force in International Law*, Oxford, 2010.

<sup>251</sup> Bkz., 678 (1990) ve 687 (1991) sayılı kararlar.

<sup>252</sup> Konsey ayrıca Irak'ın kitle imha silahları ve balistik füzelerle ilişkin programlarının bütün boyutlarını ayrıntılı olarak aktaran bir açıklama yapması çağrısında bulundu ve yanlış açıklama ya da savaştıkları esastaki bir ihlal teşkil edeceğini belirtti. Irak'ın UNMOVIC ve IAEA'ya bütün ilgili binalara, arşivlere ve yetkililere derhal, engelsiz, koşulsuz ve sınırlanmamış bir şekilde ulaşım imkanını sağlamasına karar verdi. Konsey 'uluslararası barış ve güvenliği temin etmek amacıyla ilgili tüm Konsey kararlarına tam olarak uyulup uyulmadığını kontrol etmek ve durumu değerlendirmek' için toplanmaya karar verdi ve bu bağlamda 'Konsey'in, Irak'ı yükümlülüklerini ihlal etmeye devam etmesinin ciddi sonuçları ile yüzleşmek zorunda kalacağına dair sürekli olarak uyarıda bulunduğu'nu hatırlattı. Bu karar oy birliği ile kabul edildi.

Ancak, sonraki olaylar Irak'ın karara uyma konusunda yetersiz kaldığını gösterdi.<sup>253</sup> Güvenlik Konseyi kuvvet kullanılması hususunda 1441 sayılı karara ek bir karar alınmasına gerek olup olmadığı konusunda bölündü. 20 Mart'ta askeri operasyon başladı. 1441 sayılı karar son bir fırsat olarak düşünülmüştü ve Irak'ın karara uymaması durumunda ciddi sonuçların doğacağı belirtilmişti. Bununla birlikte, bu kararın, Güvenlik Konseyi'nin diğer üyelerinin muhalefet ettiği bir durumda ABD ve Birleşik Krallık'ın kuvvet kullanması için uluslararası hukuk açısından bir meşruiyet sağlayıp sağlamayacağı tartışmalı bir konu olarak kaldı.<sup>254</sup>

Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirmesi temelinde gerçekleşen muhtemelen daha az tartışmalı bir kuvvet kullanımı, 2011'in başlarında Libya hükümetinin gösterileri şiddetle bastırması üzerine meydana geldi. Güvenlik Konseyi Libya'ya yönelik bir silah ambargosu getirdi (1970 sayılı karar, 9. paragraf) ve sonrasında da 'yabancı bir işgal gücüne karşı olmakla birlikte, üye devletleri saldırı tehdidi altındaki sivilleri ve sivillerin yaşadığı bölgeleri korumak için - 1970 (2011) sayılı kararın 9. paragrafına bağlı olmaksızın - gerekli bütün önlemleri alma' konusunda yetkilendiren 1973 (2011) sayılı kararı kabul etti. Ayrıca, uçuşa yasak bölge oluşturuldu ve çeşitli ekonomik yaptırımlar uygulandı. Çok-devletli bir koalisyon (ABD, İngiltere, Fransa, Kanada ve diğerleri) 1973 (2011) sayılı karara dayanarak hava ve deniz operasyonları başlattı.<sup>255</sup> NATO kısa bir süre sonra operasyonları üstlendi ve Ekim ayının sonunda Kaddafi hükümetinin devrilmesi ile operasyonlar sona erdi.<sup>256</sup> Operasyonların kapsamının yetkilendirme metnine uygun olup olmadığına dair sorular gündeme gelmiş ve akabinde Libya'da cereyan eden olaylar gerçekleştirilmiş bulunan operasyonun uzun dönemli başarısına ilişkin şüphelere yol açmıştır.<sup>257</sup>

### **Koruma Sorumluluğu ve BM'nin İnsani Müdahalesi**

Birleşmiş Milletler, insan hakları ve kuvvet kullanımını irtibatlandırarak insani müdahale kavramını keşfetmiş<sup>258</sup> ve bir devletin içerisinde çok büyük insan hakları ihlalleri olması durumunda insani müdahalede bulunulup bulunulamayacağını tespit etmeye çalışmıştır. 2005 Dünya Zirvesi Sonucunda<sup>259</sup> her devletin kendi vatandaşlarını soykırım, savaş suçları, etnik temizlik ve insanlığa karşı suçlardan koruma sorumluluğu olmakla beraber, uluslararası toplumun da BM aracılığıyla BM Antlaşması'nın 7. Bölümü uyarınca barışçıl yöntemler yetersiz olduğunda, duruma göre eyleme geçme sorumluluğu olduğu

<sup>253</sup> Örneğin bkz., UNMOVIC Report of 28 February 2003, S/2003/232, ss. 3, 12–13 ve UNMOVIC Working Document on Unresolved Disarmament Issues: Iraq's Proscribed Weapons Programme ('Cluster Document'), 6 Mart 2003.

<sup>254</sup> Örneğin bkz., 'Agora', 97 AJIL, 2003, s. 553; Weller, *Iraq*, 5. Bölüm; Gray, *Use of Force*, ss. 354 vd.; Dinstein, *War*, ss. 322 vd.; E. Papastavridis, 'Interpretation of Security Council Resolutions under Chapter VII in the Aftermath of the Iraqi Crisis', 56 ICLQ, 2007, s. 83; J.-M. Sorel, 'L'ONU et l'Irak: Le Vil Plomb N'Est Pas Transformé en Or Pur', 108 RGDIP, 2004, s. 845; S. Wheatley, 'The Security Council, Democratic Legitimacy and Regime Change in Iraq', 17 EJIL, 2006, s. 531; ve C. Greenwood, 'International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida and Iraq', 4 *San Diego Journal of International Law*, 2003, s. 7. Ayrıca BM Antlaşması'nın 7. Bölümündeki yetkilerin üye devletlere devri ve bu konudaki sınırlamalar hakkında bkz., Sarooshi, *Collective Security*, 4. Bölüm ve ss. 174 vd. Özellikle 6 Temmuz 2016 tarihinde yayınlanan şu rapora bakınız: the Report of the Chilcot Inquiry (bilhassa hukuki tavsiyeye dair 5. Cilt, 5. Bölüm) [http://www.iraqinquiry.org.uk/media/247894/the-report-of-the-iraq-inquiry\\_section-50.pdf](http://www.iraqinquiry.org.uk/media/247894/the-report-of-the-iraq-inquiry_section-50.pdf)

<sup>255</sup> Örneğin Birleşik Krallık Başsavcısı'nın konuya ilişkin hukuki görüşü hakkında bkz., [www.parliament.uk/briefing-papers/SN05909.pdf](http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN05909.pdf) ve [www.politics.co.uk/comment-analysis/2011/3/21/legal-advice-on-libya-mission-in-full](http://www.politics.co.uk/comment-analysis/2011/3/21/legal-advice-on-libya-mission-in-full). ABD Dışişleri Bakanlığı Hukuk Danışmanı tarafından yapılan açıklama için bkz., <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/159201.htm>

<sup>256</sup> Bkz., [www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_71652.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_71652.htm). Ayrıca bkz., 50 ILM, 2011, s. 709.

<sup>257</sup> Örneğin. bkz. <https://www.amnesty.org/en/countries/middle-east-and-north-africa/libya/> ve <https://www.crisisgroup.org/middle-east-north-africa/north-africa/libya>.

<sup>258</sup> Bkz., yukarıda 19. Bölüm.

<sup>259</sup> 60/1 (2005) sayılı Genel Kurul kararı, 138–9. paragraflar. Ayrıca bkz., the Secretary-General's High Level Panel Report, A/59/565 (2004), 199–203. paragraflar ve the Report of the Secretary-General, *In Larger Freedom*, A/59/2005, 135. paragraf. Ayrıca bkz., 19. Bölümdeki atıflar.

belirtmiştir. Güvenlik Konseyi 1674 (2006) sayılı kararında bu hükümleri yeniden teyit etmiştir. Konu, Genel Sekreter'in 2009 yılındaki Koruma Sorumluluğunun Uygulanması hakkındaki raporunda daha ileri noktaya taşınmıştır.<sup>260</sup> Bununla birlikte, BM'nin bu tür durumlarda zora başvurma yükümlülüğü ya da sorumluluğunun olduğunu söylemek için henüz erkendir; ancak Güvenlik Konseyi'nin büyük çaplı insan hakları ihlallerinin olduğu ve bunun uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit oluşturduğunun belirlendiği durumlarda, açıkça, zorlayıcı tedbirlere başvurma hakkı vardır. Bu yaklaşım, olağanüstü insani kriz durumlarında Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirilmesi olmaksızın bireysel olarak her devletin güce başvurup başvuramayacağı sorununu çözüme kavuşturmuş değildir.

### Zorlamama Durumlarında Kuvvet Kullanımı

Yakın dönemdeki bazı barışı koruma durumlarında Antlaşma'nın 7. Bölümüne atıfta bulunmaksızın kurulan misyonlar sonradan tamamen ya da kısmen spesifik olarak 7. Bölüme atıfta bulunan talimatlar ile genişletilmiş ve bazı durumlarda bu BM'nin kuvvet kullanımına yol açmıştır. Bu gibi hallerde sonuçlar farklılık göstermektedir. Bosna ve Somali'de, yeterli politik ya da askeri kaynaklara ya da desteğe sahip olmadan, kuvvet kullanımını da içeren daha güçlü taktiklere (genellikle en iyi insani gerekçelerle) başvurma eğilimi ciddi zorluklara yol açmıştır. Zorlamama durumlarında (*non-enforcement situations*) kuvvet kullanımının daha öne çıkan örneklerinden bazılarının kısa bir incelemesi aşağıda sunulmaktadır.

#### Eski Yugoslavya

Yugoslavya'da düşmanlıkların patlak vermesi, Güvenlik Konseyi'nin 25 Eylül 1991 tarihinde kabul ettiği 713 (1991) sayılı kararında bu ülkeye yönelik silah ambargosu uygulamasına yol açtı. Durum kötüleşmeye başlayınca, Hırvatistan'daki üç korunan bölgenin askerden arındırılmasını temin etmek için bir barışı koruma gücünün (BM Koruma Gücü ya da UNPROFOR) kurulması kararı alındı.<sup>261</sup> Bu karar 7. Bölüme atıfta bulunmadı ve spesifik olarak Yugoslavya hükümetinin barışı koruma operasyonu talebini not etti.<sup>262</sup> 749 (1992) sayılı kararla bölgeye barışı koruma gücü gönderilmesine yetki verildi. İzleyen aylarda UNPROFOR'un yetkisi giderek genişledi. Örneğin, 762 (1992) sayılı karar ile Hırvatistan'da Yugoslav askeri kontrolü altındaki bölgelerdeki durumu denetlemek için yetkilendirildi.<sup>263</sup> UNPROFOR, 779 (1992) sayılı karar ile de Dubrovnik yakınlarındaki Prevlaka yarımadasının askerden arındırılmasını denetleme sorumluluğunu üstlendi.<sup>264</sup> Aynı dönemde Bosna Hersek'teki durum kötüleşmişti. Hem Hırvatistan hem de Yugoslavya Federal Cumhuriyeti (Sırbistan ve Karadağ) 757 (1992) sayılı kararda Bosna'daki eylemleri nedeniyle eleştirildi<sup>265</sup> ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti üzerinde yaptırımlar uygulandı. Güvenlik Konseyi 758 (1992) sayılı kararında UNPROFOR'un yetkisi ve gücünün artırılmasını onayladı ve Bosna'nın başkenti olan Saraybosna'ya askeri gözlemciler ile ilgili personel ve ekipman gönderilmesi kararı aldı.<sup>266</sup>

Güvenlik Konseyi yaşanan vahim duruma cevap vermek için daha ileri bir tedbir olarak

<sup>260</sup> A/63/677. Ayrıca bkz., 63/308 (2009) sayılı Genel Kurul kararı ve the Secretary-General's Report on Early Warning, Assessment and the Responsibility to Protect, A/64/864 (2010).

<sup>261</sup> Bkz., 743 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., the Report of the Secretary-General, S/23592 ve 721 (1991) ve 724 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>262</sup> Bununla birlikte, karar 25. maddeye atıf yapmıştır.

<sup>263</sup> Ayrıca bkz., 769 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>264</sup> 802 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı Hırvatistan'ı BM tarafından korunan bölge ve civarına ve UNPROFOR görevlilerine yönelik saldırıları nedeniyle eleştiriyordu.

<sup>265</sup> Güvenlik Konseyi bu kararında açıkça BM Antlaşması'nın 7. Bölümü çerçevesinde hareket ediyordu. Ayrıca Bosna'daki dış müdahaleyi eleştiren 752 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararına (7. Bölüme atıfta bulunmuyordu) bakınız.

<sup>266</sup> 761 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile havaalanının güvenliğini sağlamak için ek unsurlar konuşlandırıldı. Bu kararların ikisi de 7. Bölüme atıfta bulunmuyordu. Ayrıca UNPROFOR'un Saraybosna havaalanına ilişkin yetkisi hakkında bkz., S/1994/300. Bu havaalanına insani yardım malzemeleri taşınması tarihte en uzun süreli hava taşımacılığıdır ve 150,000 tonun üzerinde malzeme taşınmıştır. Bkz., S/1995/444, 33. paragraf.

7. Bölüm uyarınca hareket ederek, bütün devletleri 'ülke olarak ya da bölgesel kuruluşlar aracılığıyla Bosna'ya insani yardım yapılmasına imkan sağlamak için BM ile koordinasyon halinde gerekli tüm önlemleri alma' çağrısında bulunan 770 (1992) sayılı karar kabul etti. "Tüm gerekli önlemler" ifadesi, hatırlanacağı üzere, BM terminolojisinde kuvvet kullanımına başvurmaya izin vermektedir.<sup>267</sup> UNPROFOR'un yetkisi 776 (1992) sayılı karar ile BM Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin (UNHCR) insani yardım faaliyetlerine destekleri bünyesine dahil edecek ve özellikle de istenildiğinde koruma sağlayacak şekilde genişletildi. Bu karar ile onaylanan Genel Sekreter'in raporunda, normal barışı koruma kurallarının takip edileceği, böylece meşru müdafaa durumunda - özellikle de tezkerenin kullanılmasını önlemeye yönelik girişimlerin olduğu durumda - kuvvet kullanılabilmesi belirtilmiştir.<sup>268</sup> Bununla birlikte, 776 (1992) sayılı karar 7. Bölüm'e ya da 'tüm gerekli önlemler'e atıfta bulunmamıştır.<sup>269</sup>

Güvenlik Konseyi Bosnalı Sırp güçlerinin kuşatması altındaki belirli Bosnalı Müslüman bölgelerini korumak için bir dizi 'güvenli bölge' oluşturdu.<sup>270</sup> Bu kararlarda 7. Bölüm'e atıfta bulunulmuş olmasına rağmen bu atıf yalnızca UNPROFOR personelinin güvenliği ile ilgili olan 815 (1993) sayılı karar bağlamında yapıldı. Bu nedenle 'güvenli bölge'lerin korunması, yalnızca kendilerini korumak için kuvvet kullanma yetkisine sahip UNPROFOR personeli tarafından gerçekleştirilecekti.<sup>271</sup> Genel Sekreter yaklaşık 34.000 askere daha ihtiyaç olduğunu açıklamış olmasına karşın, sadece 7.000 ek asker yetkilendirildi.<sup>272</sup> Genel Sekreter'in talebi üzerine NATO, Gorazde civarında 3 kilometrelik bir alanı "tamamen yasak bölge" ve 20 kilometrelik bir alanı 'askeri yasak bölge' ve Saraybosna civarında da 20 kilometrelik bir alanı "ağır silahlardan arındırılmış bölge" olarak ilan etti. Herhangi bir Güvenlik Konseyi kararı bu bölgelere atıfta bulunmamış ya da onlara ilişkin özel bir rejim getirmemiş olmasına karşın bu bölgeler gerekli olduğu durumlarda hava saldırıları ile korunacaktı.<sup>273</sup> UNPROFOR ile Bosnalı Sırp'lar arasındaki ilişki 1995 baharında bir dizi olaya yol açtı. Bosnalı Sırp'lar Saraybosna'da ağır silah yasağı konusundaki düzenlemeyi ihlal ettiler. Bu NATO'nun hava saldırıları başlatmasına neden oldu ve bu olaylar da birkaç yüz UNPROFOR askerinin rehin alınmasını tetikledi. Srebrenika'daki "güvenli bölge" yerli halka karşı büyük çaplı insan hakları ihlalleri içeren saldırılar sonucu Temmuz 1995'de Bosnalı Sırp'lar tarafından ele geçirildi. Diğer "güvenli bölge"ler ve Saraybosna'da yaşanan olaylardan sonra, NATO, Birleşmiş Milletler'in onayı ile bir dizi hava saldırısı başlattı.<sup>274</sup> Aynı zamanda Bosna ve

<sup>267</sup> Bununla birlikte, Genel Sekreter bu kararın UNPROFOR için ek bir yetki vermediğini belirtti. Bkz., S/1995/444, 25. paragraf.

<sup>268</sup> Bkz., S/24540, 807 (1993) ve 847 (1993) sayılı kararlar gibi bazı Güvenlik Konseyi kararları 7. Bölüm'ün uygulanmasını UNPROFOR'un hareket özgürlüğüne yönelik genişletti ve birkaç olayda meşru müdafaa durumunda güç kullanıldı. Bkz., S/1995/444, 55. paragraf.

<sup>269</sup> UNPROFOR'un rolünün değişiminde diğer bir aşama, 781 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile askeri uçaklara ilişkin Bosna üzerinde 'uçuşa yasak' bölge ilan edilmesiyle meydana geldi. UNPROFOR'a bu yasağa uyulup uyulmadığını denetleme görevi verildi. Ayrıca bkz., 786 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Hava faaliyetlerine ilişkin bu yasak 816 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile bütün sabit kanatlı ve döner kanatlı uçaklar tarafından yapılacak uçuşları kapsayacak şekilde genişletildi. Genel Sekreterin talebi üzerine uçuşa yasak bölgenin denetimi NATO uçakları ile sağlandı. Bkz., S/1995/444, 30. paragraf. Hedef belirleme ve imha konusundaki kararların BM ve NATO komutanları tarafından ortak olarak alındığı ikili bir sistem uygulamaya konuldu ve ihlallere cevap vermede orantılılık prensibi benimsendi. Örneğin bkz., Joint Press Statement, Ekim 1994, PKO/32.

<sup>270</sup> Bkz., 819 (1993) ve 824 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Bu güvenli bölgeler, Srebrenika, Saraybosna, Tuzla, Zepa, Gorazde ve Bihac idi.

<sup>271</sup> Ayrıca bkz., 836 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>272</sup> 844 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., S/25939. Genel Sekreter 'güvenli bölgeler'in silahtan arındırılması çağrısında bulundu, bkz., S/1994/1389. Sekreterin talebi üzerine UNPROFOR'a Bosna ve Hırvatistan orduları arasındaki ateşkes anlaşmasını denetleme görevi (bkz., 908 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararı) ve Saraybosna'ya ilişkin ek sorumluluklar (bkz., 900 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararı) verildi.

<sup>273</sup> S/1995/444, 48-9. paragraflar.

<sup>274</sup> Ayrıca bir hızlı reaksiyon gücü kurulmasına dair öneriye ilişkin bkz., 998 (1995) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

Hırvat güçleri de Bosnalı Sırp tarafından tutulan bölgeleri ele geçirdiler. 12 Ekim 1995 tarihinde ateşkes anlaşması yürürlüğe girdi.<sup>275</sup>

BM'nin Eski Yugoslavya'daki barışı koruma misyonları, Hırvatistan'da Sırpın yaşadığı korunan dört bölgeden üçünün Hırvatlar tarafından ele geçirilmesi sonrası Mart 1995'de yeniden organize edildi. BM misyonları; Bosna'daki UNPROFOR<sup>276</sup>, Hırvatistan'daki BM Güven Yenileme Harekati (UNCRO)<sup>277</sup> ve Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti'ndeki BM Önleyici Barış Gücü (UNPREDEP)'nden<sup>278</sup> oluşuyordu. Kasım 1995'de imzalanan Dayton Barış Antlaşması'nın sonucu olarak, UNPROFOR, temel olarak NATO ülkelerinin askerlerinden oluşan çok uluslu bir uygulama gücü (IFOR)'un<sup>279</sup> ile yerini aldı. Ayrıca, polislik ile ilgili çeşitli eğitim ve destek görevlerini yerine getirmek üzere bir BM Uluslararası Polis Görev Gücü kurulması önerildi.<sup>280</sup>

Karmaşık Yugoslav trajedisinde BM'nin rolünün gelişimi, travmatik olaylar gerekçesiyle alınmış bir dizi hazırlıksız önlem olarak tarif edilebilir. UNPROFOR hızla artan görevlerini yerine getirmekle birlikte, meşru müdafaa durumunun ötesinde kuvvet kullanımı konusunda asla yetkilendirilmemişti. BM Saraybosna'ya ilişkin temel sorumluluklarını yerine getirmeye ve tarafsızlık ile rızaya dayalı barışı koruma prensipleri temelinde savaş halindeki taraflarla işbirliği içinde insani yardımın ulaştırılmasına çaba sarf etti. Ancak durum, ayrılmaya rıza gösteren hasım güçlerin birbirinden ayrılmasına dayalı normal bir barışı koruma durumundan uzaktı.

Hava kuvvetinin kullanılmasına, sonradan, UNPROFOR personelini savunmak ve başlangıçta yaptırım araçları açısından çok az imkana sahip 'güvenli bölgeler'e yapılacak saldırıları caydırmak için yetki verildi. En sonunda NATO 'güvenli bölgeler'in Bosnalı Sırp tarafından daha da ele geçirilmesi korkusu nedeniyle hava saldırılarına başvurdu. Üstlenilen insani çabalar önemli olmasına karşın, geleneksel anlamda bir barışı koruma misyonunun Bosna'da o dönemde yüzyüze gelinen koşullarda gerçekten yapılabileceği ciddi olarak şüphe götürür. Sadece anlamlı bir icrai yetkinin olması durumu BM'ye çatışmaları bitirme şansı verebilirdi. Ancak o da, büyük bir politik kararlılık ve ciddi kaynak gerektiriyordu. Devletler kendi hayati çıkarları söz konusu olmadığında çok nadir olarak politik kararlılık gösterir ve kaynak aktarımında bulunur.

### *Somali*<sup>281</sup>

Somali'nin durumu, iç savaş koşullarından doğan bir insani krizi BM'nin benzeri yöndeki çözüme çabalarına ve bir barışı koruma misyonunun zorlayıcı misyona doğru sürüklenmesine işaret etti. Uzun süren bir iç savaş sonrası Güvenlik Konseyi bütün taraflara ateşkes konusunda uzlaşmaları yönünde baskı yaptı ve bir silah ambargosu uyguladı. Genel Sekreter'in insani yardımları organize etmesi istenildi.<sup>282</sup> Bunu takiben bu yardımları sağlayacak mekanizmalar ile ilgilenmek ve barışı koruma opsiyonlarını incelemek için bir

<sup>275</sup> Bkz., S/1995/987.

<sup>276</sup> Ayrıca bkz., 1026 (1995) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>277</sup> Ayrıca bkz., 990 (1995) ve 994 (1995) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>278</sup> 981 (1995), 982 (1995) ve 983 (1995) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Güvenlik Konseyi 795 (1992) sayılı kararı ile Makedonya'da bir önleyici gücün konuşlandırılmasına ilişkin yetki verdi. Ayrıca bkz., S/24923, Annex.

<sup>279</sup> Bkz., 1031 (1995) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>280</sup> Örneğin bkz., S/1995/1031 ve 1026 (1995) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. 1035 (1995) sayılı Güvenlik Konseyi kararı uyarınca Uluslararası Polis Görev Gücü kuruldu.

<sup>281</sup> Örneğin bkz., Franck, *Fairness*, ss. 301 vd.; I. Lewis ve J. Mayall, 'Somalia', *The New Interventionism 1991-1994* (ed. J. Mayall), Cambridge, 1996, s. 94 ve J. M. Sorel, 'La Somalie et les Nations Unies', AFDI, 1992, s. 61. Ayrıca bkz., [www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unosom1backgr2.html](http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unosom1backgr2.html) ve <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unosom2.htm>

<sup>282</sup> 733 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., S/23829, 1992.

BM teknik misyonu kuruldu.<sup>283</sup> Kısa bir süre sonra Somali'de bir BM misyonu (UNOSOM) kuruldu<sup>284</sup>; ancak 50 ateşkes gözlemcisi ve bir güvenlik gücünden oluşan bu mütevazı misyonun insani yardımların ulaştırılmasını sağlamak için yetersiz olduğu düşünülür ve dağıtım merkezlerini ve insani yardım konvoylarını korumak amacıyla ek BM güvenlik birimlerinin bölgeye nakli için yetkilendirme yapıldı.<sup>285</sup> Bununla birlikte, durum kötüleşmeye devam etti ve sürekli yaşanan saldırılar nedeniyle ihtiyaç olduğunda çok az miktarda insani yardım bölgeye ulaşabiliyordu.<sup>286</sup> Nihayetinde, Genel Sekreter 7. Bölüm'de belirtilen girişimin nedeni olduğu insani trajedinin büyüklüğünün - ki insani yardımların dağıtımı hususunda yaratılan engeller ile daha da şiddetlendi - uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit teşkil ettiğini belirtti. 'Mümkün olan en kısa sürede insani yardım girişimleri açısından güvenli bir ortamın sağlanması için gerekli tüm araçların kullanılması hususunda yetki verildi ve Birleşik Görev Gücü (UNITAF) kuruldu.<sup>288</sup> UNITAF, yaklaşık 30.000'i ABD askeri olmak üzere 20'nin üzerinde ülkenin askerinden oluşuyordu.<sup>289</sup>

Bu operasyon izleyen bahar aylarında genişletildi ve 7. Bölüm çerçevesindeki zorlayıcı tedbirlere başvurabilecek ölçüde genişletilmiş yetkilere sahip olan UNOSOM II kuruldu.<sup>290</sup> UNOSOM II'ye UNITAF'ın insani yardım konularındaki yetkileri verildi. UNOSOM II 'Somali'de güvenli bir ortamın sağlanması, devam ettirilmesi ve genişletilmesi sorumluluğunu ve mültecilerin ülkelerine geri dönmelerine ve yerinden edilmiş kişilerin yeniden iskanına yardım etmek için güvenliğinin sağlanması görevini üstlendi. UNOSOM ayrıca çatışan tarafların silahsızlandırılması sürecini tamamlayacak, Ocak 1993'deki Addis Ababa Antlaşması'nı yürürlüğe koyacak<sup>291</sup> ve ülkenin yeniden inşasına yardım edecekti. UNOSOM II güçlerine yönelik bir saldırı sonrası Güvenlik Konseyi'nin 837 (1993) sayılı kararında gerekli tüm tedbirleri alma konusundaki yetkilendirmesi yinelenildi. Bu yetkilendirmenin saldırılardan sorumlu olanlara karşı harekete geçmeyi ve ülkenin her yerinde UNOSOM II'nin etkin kontrolünün sağlanmasını içerdiği açıklandı. Sonrasında BM güçlerinin dahil olduğu birçok askeri olay yaşandı.<sup>292</sup> 897 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararında ülkede, özellikle BM personeline karşı, devam eden şiddet kınanmakla beraber UNOSOM II'nin kuvvet düzeyinin 22.000'e indirilmesi yoluna gidildi.<sup>293</sup> Ve sonuçta, Güvenlik Konseyi 954 (1994) sayılı kararında Mart 1995'in sonunda misyonu sona erdirmeye kararı alındı. Konsey, UNOSOM II'yi misyonu koruma ile personel ve mal varlıklarının geri çekilmesi için gerekli faaliyetlerde bulunmakla görevlendirdi ve bu amaçla üye devletlere geri çekilme sürecine yardım etme çağrısında bulundu. Genel Sekreter 14 Ekim 1994 tarihindeki raporunda sivil otorite ve hükümet otoritesi boşluğunun BM'nin çalışmasını ciddi olarak engellediğini, 'UNOSOM II askerlerinin varlığının ise devam eden kabileler arası çatışma ve haydutluk karşısında barış süreci ve güvenlik üzerinde ancak sınırlı etkiye sahip olabildiğini' belirtti.<sup>294</sup>

### **Ruanda**<sup>295</sup>

Hükümet güçleri ile RPF isyancıları arasındaki yaşanan bir iç savaş sonrası Güvenlik

<sup>283</sup> 746 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>284</sup> 751 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Bu, orijin itibarıyla bir 7. Bölüm operasyonu değildi.

<sup>285</sup> 775 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., S/244480, 1992. 767 (1992) sayılı karar uyarınca Somali yiyecek yardımının ulaştırılması ve ateşkes amaçları doğrultusunda dört operasyon bölgesine bölündü.

<sup>286</sup> Bkz. S/24859, 1992.

<sup>287</sup> Bkz., S/24868, 1992.

<sup>288</sup> 794 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>289</sup> Bu girişim, "Umut Operasyonu" olarak anıldı ve UNITAF Aralık 1992'de Somali'de konuşlandı. Bkz., S/24976, 1992 ve S/25168, 1993.

<sup>290</sup> 814 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., S/25354, 1993.

<sup>291</sup> Bkz., S/25168, Annex III.

<sup>292</sup> Örneğin bkz., S/26022, 1993, ve 865 (1993), 878 (1993), 885 (1993) ve 886 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>293</sup> Ayrıca bkz., 923 (1994) ve 946 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>294</sup> S/1994/1166, 2. Bölüm, 22. paragraf.

<sup>295</sup> Örneğin bkz., Franck, *Fairness*, ss. 300 vd.



Konseyi sınırın Uganda tarafında BM Uganda Ruanda Gözlemci Misyonu (UNOMUR) konuşlandırılması kararı aldı.<sup>296</sup> Arusha'da taraflar arasında bir barış anlaşması imzalandı ve Birleşmiş Milletler, Başkent Kigali'nin güvenliğini sağlama, ateşkes anlaşmasını denetleme ve yeni hükümet kurulana kadar genel olarak güvenlik durumunu gözetleme yetkisine sahip olan BM Ruanda İçin Yardım Misyonu'nu (UNAMIR) görevlendirdi.<sup>297</sup> Ancak, planlanan geçiş dönemi kurumları faaliyete geçemedi ve güvenlik durumu kötüleşti. Ruanda ve Burundi Cumhurbaşkanı'nın 5 Nisan 1994 tarihinde bir uçak kazasında ölmeleri sonrası büyük çaplı bir iç savaş patlak verdi ve olaylar Hutu muhalefet liderlerinin katledilmeleri ve Tutsi azınlık mensuplarına karşı soykırım girişimlerine yol açtı. Bu durum karşısında Güvenlik Konseyi UNAMIR'ı güçlendirme ve ona 7. Bölüm çerçevesinde yetki verme seçeneğini reddetti ve onun yerine ülkeden BM misyonunun çoğunu geri çekme kararı aldı.<sup>298</sup>

Durumun kötüleşmeye devam etmesi üzerine Güvenlik Konseyi Ruanda'ya yönelik silah ambargosu koydu, UNAMIR'ın personel sayısını 5500'e yükseltti, Ruanda'da yeniden konuşlandırdı ve güvenli insani yardım bölgelerinin kurulması ve devamını sağlamaya yönelik yetkilerini genişletti.<sup>299</sup> Bununla birlikte, bu tedbirlerin uygulanmasındaki gecikmeler, Fransa'nın risk altındaki siviller ve yerinden edilmiş kişileri korumak amacıyla BM Antlaşması'nın 7. Bölümü uyarınca hareket edecek ve Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirmesine tabi olacak kendisinin komutasında bir kuvvet kurma önerisi getirmesine yol açtı. Bu öneri 929 (1994) sayılı karar ile kabul edildi ve Konsey 7. Bölüm uyarınca girişimde bulunarak UNAMIR güçleninceye kadar iki aylık bir operasyona (Operation Turquoise) yetki verdi. Üye devletlere insani yardım amaçlarına ulaşabilmeleri için gerekli tüm tedbirleri alma konusunda yetki verildi. Bu kuvvet, 1990-91 Körfez Savaşı Koalisyonu'nda olduğu üzere 7. Bölüm uyarınca Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirmesi temelinde harekete geçerek, Ruanda'nın güney batı bölgesinde koruma altına alınmış bir bölge kurdu. Zaman içinde UNAMIR güçlendi, 10 Ağustos 1994 tarihinde koruma altındaki bölgeye asker konuşlandırmaya başladı ve kısa bir süre sonra Fransa komutasındaki kuvvetin sorumluluğunu kendi üzerine aldı ve ülke genelinde değişik bölgelerde konuşlandı. UNAMIR'ın yetkisi 6 Mart 1996 tarihinde sona erdi.<sup>300</sup>

### *Sierra Leone*

Uzun süren çatışmalardan sonra bir askeri cunta ülkede yönetimi ele geçirdi. Güvenlik Konseyi bir petrol ve silah ambargosu koydu ve bu ambargo demokratik olarak seçilmiş Cumhurbaşkanı'nın geri dönüşü ile sona erdi.<sup>301</sup> Bunu, Sierra Leone'de silahsızlanma sürecinin denetlenmesi ve güvenlik güçlerinin yeniden yapılandırılması fonksiyonuna sahip olan BM Gözlem Misyonu'nun kurulması izledi.<sup>302</sup> Şiddetin daha da tırmanması üzerine misyonun yetkileri artırıldı.<sup>303</sup> Ekim 1998'de Güvenlik Konseyi aynı yılın Temmuz ayında Lome Antlaşması'nın imzalanmasına atıfta bulunarak Sierra Leone'da yeni bir BM Misyonu (UNAMSIL) kurdu. Önceki misyonun yerini alan UNAMSIL başlangıç itibarıyla 6000 askeri personele sahipti ve ülkedeki ana güzergahlarda konuşlanma, ateşkesi denetleme ve insani yardımların teminini kolaylaştırma gibi konularda daha genişletilmiş yetkilerle donatıldı.

<sup>296</sup> 846 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., 812 (1993) ve 891 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Bu misyon 928 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi karar ile sona erdi.

<sup>297</sup> 872 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., 893 (1994) ve 909 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>298</sup> Bkz., 912 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>299</sup> Bkz., 918 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., 925 (1994) ve 935 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>300</sup> Bkz., 1029 (1995) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>301</sup> Bkz., 1132 (1997) ve 1156 (1998) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>302</sup> Bkz., 1181 (1998) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>303</sup> Bkz., 1220 (1999), 1231 (1999), 1245 (1999) ve 1260 (1999) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

Güvenlik Konseyi spesifik olarak 7. Bölüm çerçevesinde hareket ederek 1270 (1999) sayılı kararının 14. paragrafında 'UNAMSIL'ın yetkisini kullanması sırasında, kendi personelinin güvenliği ve seyahat özgürlüğünü sağlamak ve ... yakın fiziki şiddet tehditi altındaki sivillerin korunmasını garanti altına almak için gerekli girişimde bulunabileceği'ni belirtti. Kuvvet düzeyi artırıldı ve 1289 (2000) sayılı kararla tezkerede değişiklik yapıldı. Spesifik olarak 7. Bölüm'e atıfta bulunularak ana hatlarda ve diğer mahallerde güvenliğin sağlanması ve Sierra Leone emniyet yetkililerine sorumluluklarını yerine getirmeleri sırasında yardım edilmesi hükmü getirildi. UNAMSIL'e, ayrıca, ek görevleri yerine getirmek için gerekli girişimlerde bulunabilme yetkisi verildi.<sup>304</sup>

### Demokratik Kongo Cumhuriyeti

Güvenlik Konseyi, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki (Eski Zaire) iç savaş ve dış müdahaleler ile de ilgilendi. İç ve dış güçlerin müdahil olduğu çatışmalar sonrası Temmuz 1999'da Lusaka Ateşkes Antlaşması imzalandı.<sup>305</sup> Bu anlaşma Güvenlik Konseyi tarafından memnuniyetle karşılandı ve küçük bir BM askeri irtibat gücünün bölgeye konuşlanması için yetki verildi.<sup>306</sup> Bu güç, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki BM Organizasyon Misyonu (MONUC) olarak belirlendi.<sup>307</sup> Misyonu, diğerlerinin yanı sıra ateşkesi ve ateşkes düzenlemelerini gözetip denetlemeyi de içeren çeşitli konularda görev verildi.<sup>308</sup> Spesifik olarak 7. Bölüm'e atıfta bulunan kararın 8. paragrafında, Konsey'in, MONUC'un 'Birleşmiş Milletler ve aynı yerdeki Ortak Askeri Komisyon'un personeli, tesisleri, donanım ve ekipmanlarını korumak, personelinin güvenliği ve seyahat özgürlüğünü sağlamak ve yakın fiziki şiddet tehdidi altındaki sivilleri korumak için gerekli faaliyetlerde bulunabileceği' kararını verdiği açıklandı. 2000 yılının yaz aylarında Kongo'da Uganda ile Ruanda güçleri arasında çatışma patlak verdi. Güvenlik Konseyi, 7. Bölüm çerçevesinde hareket ederek, 1304 (2000) sayılı kararında Uganda ve Ruanda'nın bütün güçlerini Kongo'dan çekmelerini ve doğrudan ya da dolaylı olarak bölgede bulunan bütün diğer yabancı askeri oluşum ve faaliyetlere son verilmesini talep etti. MONUC'tan düşmanlıkların sona erdirilmesi, ateşkesin sağlanması ve yabancı güçlerin geri çekilmesi sürecini denetlemesi istendi.<sup>309</sup> Bu talep, yine 7. Bölüm çerçevesinde hareket ederek, 1341 (2001) ve 1355 (2001) sayılı kararlarda tekrar edildi.<sup>310</sup> 1797 (2008) sayılı karar ile MONUC'a yerel seçimlerin organize edilmesi, hazırlanması ve yapılmasında yetkililere yardım etme görevi verildi. 1804 (2008) sayılı kararda ise silahsızlanma, tasfiye, geri dönüş, yeniden yerleşme ve yeniden entegrasyonun sağlanması gibi amaçlarla Güvenlik Konseyi ülkenin doğu bölgesindeki silahlı grup ve milislerin derhal silahlarını bırakmalarını ve onları Kongolulara ve MONUC görevlilerine teslim etmelerini talep etti. Bu kararın hemen hepsinde durum, 'bölgede uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit' olarak karakterize edildi.<sup>311</sup> 1925 (2010) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile MONUC, BM İstikrarı Sağlama Misyonu (MONUSCO)'na dönüştü. Sivillerin (insani yardım görevlileri ve insan hakları savunucuları da dahil olmak üzere) ve BM personelinin etkin bir şekilde korunmasını temin etmek ve hükümetin istikrarlaştırma ve barışı yerleştirme çabalarına destek vermek amacıyla MONUSCO'ya (kuvvet kullanmayı da içeren BM terminolojisi ile) 'gereken her türlü önlemi kullanma' yetkisi verilerek yetkileri genişletildi.<sup>312</sup> 2013'de durumun

<sup>304</sup> Misyonun görev süresi uzatıldı ve görevleri artırıldı. Bkz., 1299 (2000), 1346 (2001), 1400 (2002) ve 1436 (2002) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Misyon 2005'de sona erdi ve görevi BM Sierra Leone Entegre Ofisi devraldı. Bkz., 1562 (2004) ve 1610 (2005) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Ayrıca ECOWAS'ın rolüne ilişkin bkz., aşağıda.

<sup>305</sup> Bkz., S/1999/815 ve 1234 (1999) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., P. Okawa, 'Congo's War: The Legal Dimensions of a Protracted Conflict', 77 BYIL, 2006, s. 203, ve yukarıda 19. Bölüm.

<sup>306</sup> Bkz., 1258 (1999) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>307</sup> Bkz., 1279 (1999) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>308</sup> Bkz., 1291 (2000) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>309</sup> MONUC'un görev süresi sonraki bir dizi karar ile uzatıldı. Bkz., 1316 (2000); 1332 (2000); 1493 (2003); 1565 (2004); 1592 (2005); 1635 (2005); 1711 (2006); ve 1794 (2007) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>310</sup> Ayrıca bkz., 1376 (2001), 1399 (2002), 1417 (2002), 1457 (2003) ve 1468 (2003) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>311</sup> Yaptırım uygulanmasına ilişkin bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>312</sup> Ayrıca bkz., 2053 (2012) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

daha da kötüleşmesi üzerine, Güvenlik Konseyi 2098 (2013) sayılı kararında, diğer görevlerinin yanı sıra silahlı grupları etkisiz hale getirmek sorumluluğu da olan bir 'Müdahale Birliği' oluşturulmasına yetki verdi.<sup>313</sup>

### *Sudan*

Ülkenin güneyindeki uzun soluklu bir iç savaş sonrası 20 Temmuz 2002'de taraflar arasında bir antlaşma (Machakos Protokolü) imzalandı ve bu 2004 yılında yeni anlaşmalara yol açtı. Aynı yılın Haziran ayında BM taraflara yardım etmek için bir özel politik misyon (UNAMIS) kurdu. Batı Sudan'da Darfur'da durumun kötüleşmesi üzerine Güvenlik Konseyi, 7. Bölüm çerçevesinde hareket ederek, 1556 (2004) sayılı kararı aldı. Konsey kararda tarafları politik müzakereye çağırıyor, Afrika Birliği tarafından öngörülen bir koruma gücü de dahil uluslararası gözlemci gönderilmesini onaylıyor ve UNAMIS'e belirli sorumluluklar yüklüyordu.<sup>314</sup> 9 Ocak 2005'de Sudan'ın güneyindeki iç savaşı sona erdiren bir barış antlaşması (Kapsamlı Barış Anlaşması) imzalandı. 1590 (2005) sayılı Güvenlik Konseyi kararında Konsey 7. Bölüm çerçevesinde hareket ederek, Kapsamlı Barış Antlaşması'nın uygulanmasını desteklemek için Sudan'da UNAMIS'den görevi devralacak bir BM Misyonu (UNMIS) kurulması kararı aldı ve bu misyonu BM personelini ve insani yardım görevlilerini korumak için 'gerekli girişimlerde bulunmak' üzere görevlendirdi. Bu kararda ayrıca Darfur Krizi'ne barışçıl çözüm bulunması çağrısı da yapıldı.<sup>315</sup> Afrika Birliği'nin Darfur'daki krize çözüm bulma çabaları 5 Mayıs 2006 tarihinde Darfur Barış Anlaşması'nın imzalanmasıyla sonuçlandı. BM Genel Sekreterinin tavsiyesi üzerine<sup>316</sup> Güvenlik Konseyi 7. Bölüm çerçevesinde 1706 (2006) sayılı kararı kabul etti. Kararda, Darfur'daki durumun uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit teşkil ettiği belirtildi ve Sudan'ın güneyindeki mevcut yetkilerine hanel getirmeksizin Darfur Barış Antlaşması'nın uygulanmasını desteklemek için UNMIS güçlerinin artırılması ve Darfur'da konuşlanmasına karar verildi. UNMIS, BM personelini korumak, barış antlaşmasının uygulanmasını desteklemek, fiziki şiddet tehlikesi altındaki sivilleri korumak ve silahları toplamak için gerekli tüm tedbirleri almakla görevlendirildi.<sup>317</sup>

Darfur'da durumun kötüleşmesi üzerine Afrika Birliği ile yapılan görüşmelerden sonra<sup>318</sup> ve Sudan'da Afrika Misyonu güçlerinin (AMIS) varlığını göz önüne alarak,<sup>319</sup> Güvenlik Konseyi durumun uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit olmaya devam ettiğini belirten 1769 (2007) sayılı kararı kabul etti. Karar ile Darfur'da AMIS personelini bünyesinde dahil ederek 19.555 askeri personele sahip bir kuvvetten oluşan BM-Afrika Birliği Karma Operasyon Misyonu (UNAMID) kuruldu. Komuta ve kontrol yapıları Birleşmiş Milletler uhdesinde olduğu için komuta ve denetim konularında birlik sağlandı. Konsey 7. Bölüm çerçevesinde hareket ederek, Sudan hükümetinin sorumlulukları saklı kalmak koşuluyla, UNAMID'ı, kendi personeli, tesisleri, donanım ve ekipmanlarını korumak, kendi personelinin ve insani yardım çalışanlarının güvenliği ve seyahat özgürlüğünü temin etmek, Darfur Barış

<sup>313</sup> MONUSCO'nun görevi bu tarihten itibaren her yıl yenilenmiştir. Bkz. 2147 (2014), 2211 (2015) ve 2277 (2016) sayılı kararlar.

<sup>314</sup> Ayrıca bkz., 1564 (2004) ve 1574 (2004) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>315</sup> 1 Şubat 2005'de Darfur'a ilişkin bir BM Komisyonu (1564 (2004) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile çağrıda bulunulmuştu) Sudan hükümeti tarafından bir soykırım işlenmemiş olmakla beraber, ona bağlı güçler ve müttefiki Janjaweed milislerinin 'sivillerin öldürülmesi, işkence, zorla kaybedilmeler, köylerin harap edilmesi, tecavüz ve diğer cinsel şiddet yöntemleri, yağma ve zorla yerinden edilmeyi içeren rastgele saldırılar'da bulunduğunu rapor etti. Bkz., S/2005/60.

<sup>316</sup> Bkz., S/2006/591.

<sup>317</sup> UNMIS'in görevi 1709 (2006), 1714 (2006) ve 1755 (2007) Güvenlik Konseyi kararlarında uzatıldı. 9 Temmuz 2011 tarihinde Güney Sudan bağımsız oldu ve Güvenlik Konseyi bu ülkede bir misyon (UNMIS) kurdu. Bkz., 1996 (2011) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca Abyei sınır bölgesinde BM Geçici Güvenlik Gücü kuruldu. Bkz., 1990 (2011) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>318</sup> Bkz., S/2007/307/Rev.1. Yaptırım getirilmesine ilişkin yukarıya bakınız. Darfur'daki durumun Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne taşınmasına ilişkin, bkz., yukarıda 7. Bölüm.

<sup>319</sup> Bkz., 2113 (2013) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

Antlaşması'nın etkin bir şekilde uygulanmasını desteklemek, antlaşmanın uygulanmasını bozmaya yönelik çabaları ve silahlı saldırıları önlemek ve sivilleri korumak amacıyla gerekli faaliyetlerde bulunmak için görevlendirdi.<sup>320</sup>

### İnsani Yardımdan Zorlama Tedbirlerine Çeşitli BM Faaliyetleri - Sonuçlar

Birleşmiş Milletler, BM Antlaşması'nın 7. Bölümü'nü orijinal olarak planlandığı üzere yürürlüğe sokamamıştır. Bununla birlikte, BM, 43. maddenin uygulanmaması ile oluşan boşluğu doldurmak için çeşitli mekanizmalar geliştirebilmiştir. En önemlisi, Konsey zorlama yetkilerini üye devletlere aktarabilir. Bu durum, Kore, Körfez Savaşı ve belli ölçülerde de Ruanda'da gerçekleşti. Öte yandan, Irak'a ilişkin olaylar, kabul edilen Güvenlik Konseyi kararlarından zımni olarak bu tür bir yetkilendirmenin ne ölçüde çıkarılabileceğine dair bir muğlaklığın bulunduğunu göstermiştir. BM, ayrıca, Orta Doğu ve Kıbrıs'ta olduğu gibi geleneksel olarak görevi hasım güçleri (onların rızası ile) ayırmak olan barışı koruma güçlerini görevlendirebilmiştir. Barışı koruma faaliyetleri son birkaç yıldır (1960'lardaki Kongo Krizi sırasında bugünlere işaret olmakla birlikte) çatışmaların sona ermediği ve kalıcı bir ateşkesin sağlanmadığı istikrarsız iç savaş durumlarını da içerecek şekilde değişim göstermiştir.

Bu değişim, görüldüğü üzere, barışı koruma faaliyetlerinden meşru müdafaaya doğru yapılan patinaj esnasında bu sürece eşlik eden birçok tehlike doğurmuş; bu yüzden bazen *de facto* olarak zorlayıcı tedbirlere başvurmak kaçınılmaz olmuş ve bu durumu hukuki ifadelerle meşrulaştırmak da güçleşmiştir. Rıza, geleneksel barışı koruma yaklaşımının temelidir ve zorlayıcı nitelikteki faaliyetler ile ilgisi yoktur. Bazı koşullar altında çok açık olarak görünen yetki karmaşası durumlarında, BM'nin rolünü karmaşık hale getirecek şekilde hem rıza hem de zor kullanımı unsurlarının birlikte var olması durumu söz konusudur. Bununla birlikte, BM'nin zorluklarının arkasında, kompleks nitelikteki zor kullanımına dayalı faaliyetlerin tamamlanması için üye devletlerce sağlanacak maddi kaynak ve politik irade konusundaki yetersizlik yatar.

Son yıllarda görülen gelişmeler neyin uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehdit oluşturduğuna dair daha geniş bir anlayışın kabul gördüğünü göstermiştir. Yalnızca dış saldırılar değil aynı zamanda tamamen iç kaynaklı bazı karışıklıklar da bu kapsama girebilmekte ve bu nedenle 2 (7). maddenin kapsamını ve devletlerin münhasır yargı alanını zorlayabilmektedir. İkinci olarak, Güvenlik Konseyi'nin 7. Bölüm çerçevesinde aldığı kararlar, çok çeşitli görevleri kapsayacak ve, örneğin, iç savaşlardan doğan ve belirli devletler içerisinde meydana gelen suçlar konusunda savaş suçlusu olduğu iddia olunan kişileri yargılamak için uluslararası ceza mahkemelerinin kurulmasını içerecek şekilde artmıştır. Sadece bununla kalmamış, Güvenlik Konseyi Irak'a ilişkin daha önce görülmemiş ölçüde çeşitli bağlayıcı kararlar da almıştır. Bu kararlar, uyuşmazlık halindeki sınırların güvence altına alınmasından belli tür silahlar üzerinde katı kontroller uygulanması ve petrol ihracına getirilen vergi ile finanse edilen bir tazminat komisyonu kurulmasına kadar çeşitli girişimleri kapsamıştır. Son olarak, BM güçlerinin oluşturulması ve kullanılmasında da giderek artan bir esneklik görülmüştür. BM-Afrika Karma Operasyon Birliği'nin kurulması ilginç bir gelişmedir ve dünyanın değişik bölgeleri giderek daha çok bölgedeki personel ile bölge dışından gelecek uzmanlık, ekipman ve lojistik desteğini birleştirmek istedikleri için bu birliğin kurulması benzeri birçok operasyonun da öncü işaretçisi olmuştur.

<sup>320</sup> Bkz. <https://unamid.unmissions.org/>. Bkz. Güney Sudan'daki BM Misyonu'nu (UNMISS) kuran 1996 (2011) sayılı karar. Müteakiben misyonu destekleyen ve yetkisini yeniden öncelik haline getiren 2155 (2014) sayılı karar alınmıştır. Ayrıca bkz. 2187 (2014), 2206 ve 2252 (2015) sayılı kararlar ile 2016 yılında alınan 2271, 2280, 2287, 2302 ve 2304 sayılı kararlar. 2100 (2013) sayılı karar, siyasi süreçleri desteklemek ve güvenliğe ilişkin çeşitli istikrar sağlama görevlerini yerine getirmek için Mali'deki BM misyonu (MINUSMA) kurulmuştur. Bkz. 2164 (2014), 2227 (2015) ve 2295 (2016) sayılı ilave kararlar ile <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/minusma/index.shtml>. Orta Afrika Cumhuriyeti'ndeki BM Çokboyutlu Entegre İstikrar Sağlama Misyonu (MINUSCA) kurulması için bkz. 2127 (2013), 2149 (2014), 2212 (2015), 2217 (2015) ile 2016 yılında alınan 2262, 2264, 2281 ve 2301 sayılı kararlar. <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/minusca/index.shtml>.

### Güvenlik Konseyi, Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Adalet Divanı

Güvenlik Konseyi'nin eylemlerinin doğası ve hızla artan çeşitliliği göz önüne alındığında genel olarak Konsey'in bağlayıcı kararları ile uluslararası hukuk arasındaki ilişki konusu son yıllarda belli bir itki ile gündeme gelmiştir. Konu, Uluslararası Adalet Divanı'nın rolüne ilişkin belli değerlendirmeleri de içermektedir.<sup>321</sup> Güvenlik Konseyi kuşkusuz ki BM Antlaşması'nın hükümleri ile sınırlanmıştır. Konsey, BM Antlaşması'nın özellikle 5.-7. Bölümlerinde ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, ortaya konulan usulleri takip etmek ve hukuki yetkilerinin sınırları içerisinde hareket etmek zorundadır. Konsey'in kompozisyonu ve oy kullanma usulleri ve hangi koşullar altında bağlayıcı nitelikte zorlayıcı tedbirlere başvurabileceği Antlaşma'da belirlenmiştir. Uluslararası Adalet Divanı'nın vurguladığı gibi, 'bir organın politik karakteri BM Antlaşması'nda yer alan hükümler söz konusu organın yetkileri ya da karar alma kriterleri üzerinde sınırlama getiriyorsa, onu bu hükümlerin uygulanmasından azade kılamaz.'<sup>322</sup> Özel olarak, Konsey, 24 (2). madde uyarınca, Antlaşma'nın Amaçları ve Prensipleri'ne uygun hareket etmek zorundadır, ki bu Amaçlar ve Prensipler'in 1 (1). maddesi BM'nin amaçlarından birisinin uluslararası uyumsuzluklara 'adalet ve uluslararası hukuk prensiplerine uygun olarak' ve barışçıl yöntemler vasıtasıyla çözüm getirmek olduğunu açıklamaktadır.<sup>323</sup>

Konsey yakın dönemde sadece geleneksel olarak devletler arası çatışmalarda 39. madde uyarınca uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdidin ya da ihlalin varlığı hususunda karar vermekle kalmadı, aynı zamanda 7. Bölüm uyarınca, sınırların tayini, silahların imha edilmesinin denetlenmesi, kayıplar ya da zararlar konusunda uluslararası hukuk çerçevesinde sorumluluk, tazminat yöntemleri, dış borçların reddi<sup>324</sup>, bireysel savaş suçularını yargılamak için mahkemelerin kurulması<sup>325</sup>, BM personeline yönelik saldırıların sorumlularına ya da bu saldırıları kışkırtanlara karşı kuvvet kullanmaya (onların tutuklanmaları, yargılanmaları ve cezalandırılmaları da dahil olmak üzere) dair iddialar<sup>326</sup> gibi konularda bağlayıcı kararlar

<sup>321</sup> Örneğin bkz., Sonuç Raporu: 'Judicial Control of Security Council Decisions', 76 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Paris, 2016, s. 413; G. R. Watson, 'Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court', 34 *Harvard International Law Journal*, 1993, s. 1; Gowlland-Debbas, 'Security Council Enforcement', s. 55, ve Gowlland-Debbas, 'The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the *Lockerbie Case*', 88 *AJIL*, 1994, s. 643; R. St J. Macdonald, 'Changing Relations between the International Court of Justice and the Security Council of the United Nations', *Canadian YIL*, 1993, s. 3; R. F. Kennedy, '*Libya v. United States*: The International Court of Justice and the Power of Judicial Review', 33 *Va. JIL*, 1993, s. 899; T. M. Franck, 'The "Powers of Appreciation": Who is the Ultimate Guardian of UN Legality?', 86 *AJIL*, 1992, s. 519, ve Franck, *Fairness*, ss. 242 vd.; W. M. Reisman, 'The Constitutional Crisis in the United Nations', 87 *AJIL*, 1993, s. 83; E. McWhinney, 'The International Court as Emerging Constitutional Court and the Co-ordinate UN Institutions (Especially the Security Council): Implications of the *Aerial Incident at Lockerbie*', *Canadian YIL*, 1992, s. 261; J. M. Sorel, 'Les Ordonnances de la Cour Internationale de Justice du 14 Avril 1992 dans l'Affaire Relative a des Questions d'Interpretation et d'Application de la Convention de Montreal de 1971 Resultant de l'Incident A'eriende Lockerbie', *Revue G'en'e-rale de Droit International Public*, 1993, s. 689; M. N. Shaw, 'The Security Council and the International Court of Justice: Judicial Drift and Judicial Function' in *The International Court of Justice* (ed. A. S. Muller, D. Raic ve J. M. Thuranszky), The Hague, 1997, s. 219; J. Alvarez, 'Judging the Security Council', 90 *AJIL*, 1996, s. 1, ve D. Akande, 'The International Court of Justice and the Security Council: Is There Room for Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the United Nations?', 46 *ICLQ*, 1997, s. 309.

<sup>322</sup> *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations*, ICJ Reports, 1948, s. 64; 15 AD, s. 333. Ayrıca Hakim Bedjaoui'nin *Lockerbie* davasındaki görüşü için bkz., ICJ Reports, 1992, ss. 3, 45; 94 ILR, ss. 478, 528.

<sup>323</sup> Hakim Weeramantry'nin *Lockerbie* davasındaki Karşı Oy Görüşü için bkz., ICJ Reports, 1992, s. 65. Aynı davada Hakim Bedjaoui'nin görüşü için bkz., *a.g.e.*, s. 46; 94 ILR, ss. 548 ve 529. Ayrıca, Hakim Fitzmaurice'nin *Namibia* davasındaki görüşü için bkz., ICJ Reports, 1971, ss. 17, 294; 49 ILR, ss. 2, 284-5. Ayrıca bkz. 67/1 sayılı ve 30 Kasım 2012 tarihli Genel Kurul kararı. Bu karar, hukuk devleti ilkesinin eşit bir biçimde bütün devletlere ve, BM ile onun ana organları dahil, uluslararası örgütlere uygulanacağını belirtmektedir. Ayrıca bkz. 70/118 sayılı ve 14 Aralık 2015 tarihli Genel Kurul kararı.

<sup>324</sup> Körfez Savaşı sonrası Irak'a ilişkin bkz., 687 (1991) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>325</sup> Eski Yugoslavya'ya ilişkin bkz., 808 (1993) ve 827 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararları ve Ruanda'ya ilişkin bkz., 955 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Temyiz Dairesi tarafından görülen *Tadic* davası için bkz., bkz., Case No. IT-94-1-AR72, ss. 13 vd.; 105 ILR, ss. 419, 428 vd.

<sup>326</sup> Somali'ye ilişkin 837 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

aldı. Ayrıca, Güvenlik Konseyi bazı eylemlerin hükümsüz olduğunu öne sürdü ve kabul edilmemesini talep etti.<sup>327</sup>

Güvenlik Konseyi'nin artan faaliyetleri ve bunun üye devletler üzerindeki etkisi göz önüne alındığında Konsey'in BM Antlaşması'na ve uluslararası hukuka uygun hareket etmesini temin edecek bir organ olup olmadığına dair bir konu gündeme geldi. Uluslararası Adalet Divanı BM'nin 'başlıca yargı organı'<sup>328</sup> olduğu için, bu konuda Divan'ın doğal aday olduğu görünmektedir; nitekim sorun yakın dönemdeki iki davada gündeme gelmiştir. *Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))* davasında<sup>329</sup>, Bosna tarafından Güvenlik Konseyi'nin eski Yugoslavya'ya yönelik uyguladığı silah ambargosunun, Bosna'yı BM Antlaşması'nın 51. maddesi ve uluslararası teamül hukuku çerçevesindeki temel meşru müdafaa hakkından mahrum etmeyecek şekilde yorumlanması gerektiği öne sürüldü.<sup>330</sup>

*Lockerbie* davasında<sup>331</sup> Libya, İngiltere ve ABD'nin 1971 Montreal Sözleşmesi'ne (ki bir devletin suçlu olduğu iddia edilen kişileri ya yargılaması ya da ülkesine iade etmesi gerektiğini belirtiyor) aykırı olarak bombacı olduğu iddia edilen kişileri teslim etmek üzere kendisini zorlamaya çalıştığını ve Güvenlik Konseyi'nin aldığı 731 (1992) ve 748 (1992)<sup>332</sup> sayılı kararların uluslararası hukuka aykırı olduğunu ileri sürdü.

*Bosna* davasında Güvenlik Konseyi kararlarının uluslararası hukuka uygunluğu meselesi mahkeme tarafından tartışılmamışken, konu *Lockerbie* davasında merkezi bir role sahipti. Mahkeme burada bütün üye devletlerin BM Antlaşması'nın 25. maddesine uygun olarak Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etmek ve uygulamak ile yükümlü olduğunu ve *prima facie* (ilk bakışta) bu yükümlülüğün sanıkları iade etmeyen Libya'ya yönelik yaptırım getiren 748 (1992) sayılı karar için de geçerli olduğunu teyit etti.

Bu nedenle, BM Antlaşması çerçevesindeki yükümlülüklerin diğer uluslararası antlaşmalarda yer alan yükümlülüklerin üstünde olduğuna dair Antlaşma'nın 103. maddesine uygun olarak, Güvenlik Konseyi kararı Montreal Sözleşmesi'nin üstündeydi.<sup>333</sup> Hakim Shahabuddeen Ayrı Görüşü'nde bu davadaki konunun Konsey'in kararının devletlerin hukuki haklarının üzerinde olup olmadığı ve eğer öyleyse, bir durumu bu tür sonuçları ortaya çıkaran karar alınmasını meşrulaştıran bir durum olarak karakterize etme hususunda Konsey'in yetkileri üzerinde herhangi bir sınırlama bulunup bulunmadığı olduğunun altını çizdi.<sup>334</sup>

Konu *Congo v. Uganda* davasında geçici tedbirlerin alınmasına yönelik talep üzerine gündeme gelmiştir. Uganda, Kongo'nun geçici tedbirler alınması talebinin 'doğrudan Lusaka Anlaşması ve Anlaşma'nın uygulanması çağrısında bulunan 1304 sayılı karar da dahil olmak

<sup>327</sup> Bkz., Irak'ın Kuveyt'i sözde ilhakına ilişkin 662 (1990) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve Kıbrıs Türk devletini 'hukuken geçersiz' olarak ifade eden 541 (1983) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>328</sup> BM Antlaşması'nın 92. maddesi.

<sup>329</sup> Bkz., ICJ Reports, 1992, ss. 3, 6; 95 ILR, ss. 1, 21.

<sup>330</sup> Ayrıca bkz. ikinci geçici tedbir kararı ICJ Reports, 1993, ss. 325, 327-8; 95 ILR, ss. 43, 45-6. Divan kendini Soykırım Sözleşmesi ile sınırladı.

<sup>331</sup> ICJ Reports, 1992, ss. 3, 14; 94 ILR, ss. 478, 497.

<sup>332</sup> Kararda, Libya'ya zanlıları teslim etmesi çağrısında bulunuluyor, bunun yapılmaması durumunda yaptırım uygulaması getiriliyordu.

<sup>333</sup> Bkz., ICJ Reports, 1992, s. 15; 94 ILR, s. 498.

<sup>334</sup> Bkz., ICJ Reports, 1992, s. 32; 94 ILR, s. 515. Hakim Lachs Divan'ın uluslararası hukukun unsuru olarak Güvenlik Konseyi bağlayıcı kararlarına 'saygı göstermek' ile yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bkz., ICJ Reports, 1992, s. 26; 94 ILR, s. 509. Franck buradaki 'saygı gösterme' ifadesinin 'riayet etme' anlamına gelmediğini vurgulamaktadır. Bkz., Franck, *Fairness*, s. 243. Hakim Lachs ayrıca Uluslararası Adalet Divanı'na 'hem Birleşmiş Milletler sistemi içerisinde hem de Birleşmiş Milletler olmaksızın bir bütün olarak uluslararası toplum için hukukiliğin koruyucusu' olarak göndermede bulunmuştur. Bkz., *a.g.e.*

üzere Güvenlik Konseyi kararları ile çatıştığını öne sürdü.<sup>335</sup> Divan 1304 sayılı kararın 7. Bölüm çerçevesinde kabul edildiğini belirtti, fakat kararın metnini aktardıktan sonra, Güvenlik Konseyi'nin Kongo tarafından öne sürülen hakları korumak için geçici tedbirlerin alınmasının uygun olduğunu engelleyici herhangi bir karar almadığı sonucuna vardı<sup>336</sup> BM Antlaşması çerçevesinde uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehdit ve ihlallerin varlığının belirlenmesi konusunda Konsey'in yetkisinin mutlak olduğu, ancak iyi niyet ve hakların kötüye kullanılmaması prensipleri ile sınırlanabileceği<sup>337</sup> ve bu tehdit ve ihlallerin belirlenmesi sonrası uluslararası barış ve güvenliği korumak ya da yeniden tesis etmek için tedbir almak konusunda yetkisinin kesinlikle kapsamlı olduğu<sup>338</sup> hususunda şüphe yoktur. Ancak belli bir durumun hukukiliğinin ya da gayri hukukiliğinin belirlenmesi, temel olarak, Konsey'in uluslararası hukukun mevcut kuralları ile sahadaki gerçekliklerin örtüşmesine ilişkin görüşü üzerinden gerçekleşir. Bu görüş, - 7. Bölüm çerçevesinde kabul edildiği zaman - üye devletleri bağlayacaktır, ancak hukuk açısından açık olarak yanlış olduğu ve sonradan Konsey tarafından tashih edilmediği durumlarda kuşkusuz ki sisteme karşı bir sorgulama ortaya çıkacaktır. Öte yandan, Divan bir davayı sonuçlandırma ya da bir İstisari Görüş sunma sürecinde BM kararlarını inceleyebilir ve analiz edebilirse de, bir bağlayıcı Güvenlik Konseyi kararını geçersiz ilan etme ile sonuçlanabilecek tam anlamıyla bir hukuki inceleme hakkını öne sürmek de sistemin işleyişine aynı şekilde bir meydan okuma anlamına gelebilir. 7. Bölüm kararlarını hükümsüz kılmak ile açıkça uluslararası hukuka aykırı önerileri somutlaştıran kararları kabul etmek arasında muğlak ve şüpheli bir alan yatmaktadır.

### Genel Kurul'un Rolü<sup>339</sup>

Güvenlik Konseyi'nin daimi üyeleri tarafından vetonun kullanılması Konsey'in etkinliğinin azaldığı algısına yol açtığı için, 1950'ler boyunca odak noktası Güvenlik Konseyi'nden Genel Kurul'a doğru kaydı. Genel Kurul'un uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında önemli bir rol oynayacağı gerçekte hiç düşünülmediği için, BM Antlaşması'nda tanımlanan yetkileri muğlak ve müphemdi. Antlaşma'nın 10 ile 14. arasındaki maddeleri Genel Kurul'un Antlaşma'nın kapsamı içerisindeki herhangi bir sorunu görüşebileceği ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması için yapılacak işbirliğinin genel prensiplerini değerlendirebileceğini öngörmektedir. Genel Kurul Birleşmiş Milletler'in üyelerine ya da Güvenlik Konseyi'ne veya her ikisine silahsızlanma ve işbirliğinin genel ilkeleri de dahil olmak üzere uluslararası barışa ilişkin sorunlar konusunda - Konsey söz konusu konuyu halihazırda ele almıyorsa - tavsiyelerde bulunabilir. Ayrıca uluslararası barış ve güvenliğe ilişkin eylem gerektiren herhangi bir sorun Güvenlik Konseyi'ne gönderilir.

1950'de Genel Kurul tarafından Barış İçin Birlik kararı kabul edildi. Karar, Güvenlik Konseyi 24. madde uyarınca barışın korunmasında başlıca sorumluluğa sahip olduğu için, Genel Kurul'un bu tür konularda ikincil sorumluluğa sahip olduğunun öne sürülebileceği ve bu sorumluluğun Güvenlik Konseyi'nde yaşanan bir tikanıklık durumunda devreye girebileceği görüşü üzerine kuruluydu. Karar<sup>340</sup>, Güvenlik Konseyi'nin barışa yönelik bir tehdit, barışın

<sup>335</sup> 1 Temmuz 2000 tarihli emir, ICJ Reports, 2000, ss. 111, 122.

<sup>336</sup> A.g.e., ss.126-7.

<sup>337</sup> Örneğin bkz., Gowlland-Debbas, 'Security Council Enforcement', ss. 93-4. Ayrıca konu hakkında, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde görülen *Tadic* davasına bkz., Case No. IT-94-1-AR72, ss. 13 vd.; 105 ILR, ss. 419, 428 vd.

<sup>338</sup> BM Antlaşması'nın 1 (1). maddesi uyarınca barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık ya da durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini sağlayacak girişimlerin 'adalet ve uluslararası hukuk prensipleri'ne uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekirken, saldırı eylemleri ya da barışın ihlallerini bastırmak ve barışa yönelik tehditleri önlemek ve ortadan kaldırmak için etkin ortak önlemler alma hususunda bu tür bir sınırlama söz konusu değildir.

<sup>339</sup> Örneğin bkz., Simma, *Charter*, ss. 445 vd., ve White, *Keeping the Peace*, 2. Bölüm.

<sup>340</sup> 377 (V) sayılı Genel Kurul kararı. Örneğin bkz., J. Andrassy, 'Uniting for Peace', 50 AJIL, 1956, s. 563. Ayrıca bkz., M. J. Petersen, 'The Uses of the Uniting for Peace Resolution since 1950', 8 *International Organisation*, 1959, s. 219, ve F. Woolsey, 'The Uniting for Peace Resolution of the United Nations', 45 AJIL, 1951, s. 129.

ihlali ya da bir saldırı eyleminin meydana gelmesi üzerine ortaya çıkan sorumluluğunu daimi üyelere birinin veto hakkını kullanması nedeniyle yerine getirememesi durumunda, Genel Kurul'un ortak tedbirler alınması için üyelere uygun tavsiyelerde bulunmak üzere konuyu derhal değerlendirmesi gerektiğini ilan ediyordu. Bu tür tedbirler barışın ihlal edilmesi ya da bir saldırı eyleminin olması durumunda gerekli olduğu zaman kuvvet kullanımını içeriyordu ve eğer henüz bir toplantı gerçekleştirilmemişse Genel Kurul yirmi dört saat içerisinde acilen bir özel toplantı yapabilecekti.<sup>341</sup>

Bununla birlikte, bir süre sonra, Orta Doğu'daki ateşkesi denetlemek için 1956'da BM Genel Kurulu tarafından Birleşmiş Milletler Acil Barış Gücü'nün ve 1960'da da Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri tarafından Kongo'da Birleşmiş Milletler Barış Gücü'nün kurulmaları bağlamında sorunlar ortaya çıktı. BM Antlaşması'nın 11. maddesi uluslararası barış ve güvenliğe ilişkin bir eylem gerektiren herhangi bir sorunun Güvenlik Konseyi'ne taşınması gerektiğini öngördüğü için, BM Antlaşması açısından bu tür güçlerin uygunluğunun tartışılır nitelikte olduğu öne sürüldü. Bazı devletler ortaya çıkan masraflardan kendilerine düşen payı ödemeyi reddettiler ve konu Uluslararası Adalet Divanı'na taşındı. Divan *Certain Expenses* davasında<sup>342</sup> 'zorlayıcı eylem'e (enforcement action) atıfta bulunmak için 'eylem'<sup>343</sup> kelimesini kullandı ve böylece Genel Kurul ya da Genel Sekreter tarafından çağrıda bulunulan zorlayıcı eylem anlamına gelmeyen eyleme izin verdi.<sup>344</sup> Bu görüş bazı yorum problemlerine yol açmakla birlikte, süpergüç rekabeti nedeniyle Güvenlik Konseyi'nin bir karara varmasının mümkün olmadığı durumlarda Birleşmiş Milletler Barış Gücü koruma güçlerinin kurulmasına - bu tür güçler zorlayıcı eyleme başvurmadığı takdirde - imkan verdi. Bu tür bir eylemin kabul edilmesi tamamen Güvenlik Konseyi'nin imtiyazı içerisinde kalmaktadır.

Barış İçin Birlik kararının kabul edilmesi ile doğan umutlar pratikte gerçekleşmemiştir. Kararda belirtilen prosedür, örneğin, 1956'da Süveyş ve Macaristan krizlerine, 1958'de Lübnan ve Ürdün'deki kargaşalara, 1960'da Kongo krizine, 1967'de Orta Doğu'ya, 1971'de Bangladeş'in kuruluşuna yol açan çatışmaya, 1980'de Afganistan'a, 1981'de Namibya'ya ve 1980 ve 1982'de Filistin sorununa ve 1997 ile 2009 arasında 'İşgal Altındaki Doğu Kudüs ve İşgal Edilmiş Diğer Filistin Topraklarındaki İsrail'in Hukuka Aykırı Eylemleri'ne ilişkin kullanıldı. Ancak Barış İçin Birlik sisteminin uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin gerçekte ciddi bir etkide bulunduğu söylenemez. Bu sistem uyumsuzlukların - aksi takdirde mümkün olamayacak bir şekilde - Genel Kurul önünde dile getirilebildiği bir yöntem sağlamıştır; fakat uluslararası barışın korunması ya da yeniden tesis edilmesi için bir yedek mekanizma olarak çok başarılı olamamıştır.

### **BM ve Bölgesel Anlaşmalar ile Kuruluşlar<sup>345</sup>**

Güvenlik Konseyi, bölgesel kuruluşları barışı koruma ve barışı uygulama faaliyetleri bağlamında giderek daha çok kullanmıştır. BM Antlaşması'nın 8. Bölümü bölgesel anlaşmalar ile ilgilidir. 52. madde, BM Antlaşması'nın hiçbir hükmünün uluslararası barış

<sup>341</sup> BM Antlaşması'nın 20. maddesi uyarınca Genel Kurul yılda bir kez olağan toplantı yapar, durum gerektirdiğinde de olağanüstü toplanır.

<sup>342</sup> ICJ Reports, 1962, s. 151; 34 ILR, s. 281.

<sup>343</sup> BM Antlaşması'nın 11 (2). maddesi Genel Kurul'un uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin her sorunu görüşebileceği, ancak 'bir eylem gerektiren' bu tür bir sorunun Güvenlik Konseyi'ne gönderilmesi gerektiğini öngörmektedir.

<sup>344</sup> Sonuç olarak, 1956'da Orta Doğu'da BM Acil Barış Gücü'nün kurulması, zorlayıcı eyleme başvurmayı amaçlamadığı için, BM Antlaşması'nın 11 (2). maddesine aykırı değildir. Bkz., ICJ Reports, 1962, ss. 151, 165, 171-2. Bu durum, katkı paylarını ödemeyi reddeden devletlerin borçları hususunda bir krizi tetikledi.

<sup>345</sup> Örneğin bkz., Simma, *Charter*, ss. 1429 vd, ve Cot ve diğerleri, *Charte*, ss. 1367 vd. Ayrıca bkz., Gray, *Use of Force*, 9. Bölüm; A. Abass, *Regional Organisations and the Development of Collective Security: Beyond Chapter VIII of the UN Charter*, Oxford, 2004; Sarooshi, *Collective Security*, 6. Bölüm, ve O. Schachter, 'Authorised Uses of Force by the United Nations and Regional Organizations', *The New International Order and the Use of Force* (ed. L. Damrosch ve D. J. Scheffer), Boulder, 1991, s. 65. Ayrıca bkz., M. N. Shaw, 'International Law: A System of Relationships', *3 Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law*, 2011, ss. 237, 329 vd.



ve güvenliğe ilişkin konular ile ilgilenen bölgesel anlaşma ya da kuruluşların varlığına - bu anlaşma ve kuruluşlar Birleşmiş Milletler'in amaçları ve ilkeleri ile bağdaşır olduğu takdirde - engel teşkil etmediğini ifade etmektedir.<sup>346</sup> 53. madde ise Güvenlik Konseyi'nin, gerekirse kendi yetkisi altında alınan zorlayıcı önlemlerin uygulanması için bölgesel anlaşma ya da kuruluşlardan yararlanacağını belirtmektedir. Güvenlik Konseyi'nin izni olmaksızın bölgesel nitelikli zorlayıcı önlemlerin uygulanması mümkün değildir.<sup>347</sup> BM Antlaşması'nın 54. maddesi Güvenlik Konseyi'nin bölgesel kuruluşlar tarafından girişilen ya da tasarlanan tüm faaliyetlerden her zaman tam olarak bilgilendirileceğini öngörmektedir. 'Bölgesel anlaşmalar ya da kuruluşlar'ın tanımını açık bırakılmaktadır ve böylece kullanışlı bir esneklik ölçüsü sağlanmakta ve kavramın tamamen savunma işbirliği için kurulmuş olanların ötesinde çeşitli bölgesel kuruluşları da kapsamına imkan verilmektedir.<sup>348</sup>

Bu bağlamda, birkaç konu gündeme gelmektedir. İlk olarak, bölgesel girişimin ne zaman uygun olarak görülebileceği konusu vardır ve bu noktada yakın dönemdeki olaylar, neyin uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit teşkil ettiğine dair tanımın genişlemesine benzer bir şekilde, daha esnek bir yaklaşım göstermektedir. İkinci olarak bölgesel girişimin BM amaçları ve prensipleri ile ne ölçüde uyumlu olduğu konusu öne çıkmaktadır ve burada BM Antlaşması'nın yükümlülüklerinin diğer uluslararası anlaşmalarda yer alan yükümlülüklerle göre daha öncelikli olduğunu ifade eden 103. maddenin hükümleri not edilmelidir.<sup>349</sup> Üçüncü olarak, zorlayıcı önlemlere dair dar bir tanımın mı yoksa geniş bir tanımın mı kabul edileceği meselesi gündeme gelmektedir.<sup>350</sup> Dördüncü olarak, bir bölgesel kuruluşun BM Antlaşması'nın 8. Bölümü'ne uygun bir faaliyete girişmesi için önceden Güvenlik Konseyi'nin onayının alınmasının gerekli olup olmadığı sorusu önemli bir konu olarak ortaya çıkmaktadır. Buradaki uygulamanın - tartışmalı da olsa - önceden onay alınmasının gerekli olmadığı gibi, Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirmesine de söz konusu girişim başlayıncaya kadar gerek görülmediği yönünde olduğu anlaşılmaktadır.<sup>351</sup> Bununla birlikte, BM'nin faaliyetlerini bölgesel kuruluşlarla birlikte koordine etmeye istekli olduğu da açıktır.<sup>352</sup>

52 (2). ve (3). maddeler uyuşmazlıkların Güvenlik Konseyi'ne başvurmadan önce bölgesel mekanizmalar aracılığıyla barışçıl yollarla çözümünün tercih edilen yöntem olduğunu ortaya koymaktadır ve bu genel olarak BM'nin uygulaması olmuştur. Bununla beraber BM,

<sup>346</sup> Ayrıca, hem uluslararası teamül hukuku hem de BM Antlaşması'nın 51. maddesi uyarınca kolektif meşru müdafaa hakkının geçerliliğini de not ediniz. Bkz., yukarıda 19. Bölüm.

<sup>347</sup> Örneğin bkz., M. Akehurst, 'Enforcement Action by Regional Agencies', 42 BYIL, 1967, s. 175; *Les Forces R'egionales du Maintien de la Paix* (ed. A. Pellet), Paris, 1982; C. Borgen, 'The Theory and Practice of Regional Organization Intervention in Civil Wars', 26 *New York University Journal of International Law and Politics*, 1994, s. 797, ve I. Pogany, 'The Arab League and Regional Peacekeeping', 34 NILR, 1987, s. 54.

<sup>348</sup> Birçok kuruluş spesifik olarak kendini 8. Bölüm bağlamında anlaşıldığı üzere bölgesel kuruluş olarak tanımlamaktadır. Amerikan Devletleri Örgütü (bkz., örgüt antlaşmasının (1948) 1. maddesi), Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (bkz., Helsinki Zirvesi Deklarasyonu'nun (1992) 25. paragrafı), Avrupa Güvenlik Antlaşması (2000) 39 İLM, 2000, s. 255 ve 47/10 BM Genel Kurulu kararı) ve Bağımsız Devletler Topluluğu (bkz., 35 İLM, 1996, s. 783) bu kuruluşlardan birkaçıdır. Dayton Barış Antlaşmaları çerçevesinde Bosna'da AGİT'in rolüne ilişkin bkz., yukarıda 17. Bölüm.

<sup>349</sup> Örneğin bkz. International Law Commission, Report on Fragmentation of International Law, A/CN.4/L.682, 2006, ss. 166 vd. ve Kolb, *l'Article 103*.

<sup>350</sup> Bu konu, 41. ve 42. maddelerde belirtilen bütün eylemlerin mi yoksa sadece askeri güç kullanılan eylemlerin mi kapsandığı hakkındadır.

<sup>351</sup> Tehditler, Meydan Okumalar ve Değişim Hakkındaki Yüksek Düzeyli Panel'in Raporunda (A/59/565, 2 Aralık 2004), 'bölgesel barış operasyonları için bütün olaylarda Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirmesinin istenmesi gerektiği, ancak bazı acil durumlarda bu yetkilendirmenin operasyon başladıktan sonra istenebileceği' açıklanmıştır. Bkz., 272 (a). paragraf.

<sup>352</sup> Örneğin Genel Sekreterler tarafından BM'nin çatışma çözümü ya da barışı koruma konularında kapasitesi olan bölgesel kuruluşlar ile mutabakat anlaşmaları imzalaması önerilmiştir. Bkz., the Secretary-General, *An Agenda for Peace*, A/47/277, 17 Haziran 1992, s. 37 ve the Secretary-General, *In Larger Freedom*, A/59/2005, 21 Mart 2005, 213. paragraf. Ayrıca bkz., 2005 Dünya Zirvesi Sonucu, 60/1 sayılı Genel Kurul kararı ve 1631 (2005) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve Genel Sekreterin izleyen raporu, A/61/204-S/2006/590, 28 Temmuz 2006, 94 vd. paragraflar. Ayrıca bkz., S/25184 (1993) ve Secretary-General, *The Role of Regional and Sub-regional Arrangements in Implementing the Responsibility to Protect*, A/65/877-S/2011/393, Haziran 2011

bölgesel mekanizmaların münhasır yargı yetkisi görüşünü kabul etmemiştir ve önceliğe ilişkin uygulama muğlak kalmıştır.<sup>353</sup> Zorlayıcı önlemlere başvurma ise farklı bir konudur ve burada öncelik BM Antlaşması çerçevesinde Güvenlik Konseyi'ne aittir. Bununla birlikte 51. maddede doğal olan ortak meşru müdafaa hakkına yapılan atıf BM Antlaşması'nın 8. Bölümü'nün etkisini kısmen azaltmaktadır. Ayrıca tarafların rızasına dayanan ve meşru müdafaa hariç kuvvet kullanımından kaçınan geleneksel yaklaşımıyla bölgesel nitelikteki barışı koruma operasyonlarının Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirmesine ihtiyaç duymadığı da açıktır.

Soğuk Savaş sonrası dönemdeki uygulama, Güvenlik Konseyi'nin bölgesel kuruluşların potansiyelleri konusunda giderek artan bir farkındalığa sahip olmaya başladığını fazlasıyla göstermiştir. Bu bağlamda Konsey'in kararlarındaki atıflar çeşitlilik göstermektedir. Bazı kararlar 8. Bölümü anmaksızın spesifik olarak zikredilen bölgesel kuruluşların çalışmalarını anmış, takdir etmiş ve desteklemiş<sup>354</sup>, diğerleri açık olarak 8. Bölüme atıfta bulunmuş<sup>355</sup>, diğer bazı kararlar da Konsey'in 8. Bölüm çerçevesinde hareket ettiğini ifade etmiştir.<sup>356</sup>

Bölgesel kuruluşlar ile BM arasındaki etkileşimin özellikle ilginç bir örneği Haiti konusunda ortaya çıkmıştır. Amerikan Devletleri Organizasyonu 1991 yılında seçilmiş Cumhurbaşkanı Jean-Bertrand Aristide'nin devrilmesi üzerine Haiti'ye karşı yaptırım kararı aldı.<sup>357</sup> BM Genel Kurulu bu girişimi memnuniyetle karşılamasına rağmen<sup>358</sup>, Güvenlik Konseyi tepki vermedi. Sonunda Haziran 1993'de Konsey 7. Bölüm çerçevesinde hareket ederek Haiti'ye yönelik silah ve petrol ambargosu uygulama kararı aldı. 841 (1993) sayılı karar, spesifik olarak Amerikan Devletleri Organizasyonu'nun bir dizi kararına atıfta bulundu,<sup>359</sup> Amerikan Devletleri Organizasyonu Genel Sekreterinin çalışmalarını takdir etti ve 'bölgesel kuruluşlar ile Birleşmiş Milletler arasında etkin işbirliği' ihtiyacını vurguladı.<sup>360</sup> Konsey, 875 (1993) sayılı kararında BM Antlaşması'nın 7. ve 8. Bölümleri çerçevesinde hareket ederek, 'ulusal olarak ya da bölgesel kuruluşlar veya antlaşmalar vasıtasıyla' Haiti'nin meşru hükümeti ile işbirliği içinde olan üye devletlere silah ve petrol ambargosunu uygulamaları çağrısında bulundu.<sup>361</sup>

<sup>353</sup> Örneğin bkz., Simma, *Charter*, ss. 1470 vd., özellikle s. 1474. Ancak, 52 (4). maddede de belirtildiği üzere 'bu madde 34. ve 35. maddelerin uygulanmasını hiçbir biçimde etkilemez'.

<sup>354</sup> Örneğin bkz., Eski Yugoslavya'da Avrupa Topluluğu ve AGİT'in çalışmalarını takdir eden 743 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı, Eski Yugoslavya'da AGİT'in faaliyetlerini tasdik eden 855 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve Somali sorununa ilişkin Arap Ligi, Afrika Birliği Örgütü ve İslam Konferansı Teşkilatı'nın çabalarını belirten 865 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>355</sup> Örneğin bkz., Eski Yugoslavya'ya ilişkin 727 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı, Makedonya'ya ilişkin 795 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı, Eski Yugoslavya'ya ilişkin 757 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı, Bosna'da 'uçuşa yasak' bölge uygulamasını uzatan 816 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı, Eski Yugoslavya'ya ilişkin 820 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve Somali'ye ilişkin 751 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı (Kararlarda 'Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 8. Bölümü bağlamında Birleşmiş Milletler ile bölgesel kuruluşlar arasındaki işbirliğinin öneminin bilincinde olan' vurgusu yapılmaktadır.)

<sup>356</sup> Örneğin bkz., Eski Yugoslavya'nın denizden ablukaya alınmasına ilişkin 787 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve Somali'ye ilişkin 794 (1992) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>357</sup> MRE/RES.1/91, MRE/RES.2/91 ve MRE/RES.3/92 Amerikan Devletleri Organizasyonu kararları. Ayrıca bkz., ADO Antlaşması'nın 19. maddesi ve S/23109 (1991) sayılı karar.

<sup>358</sup> Bkz., 46/7 (1991) sayılı Genel Kurul kararı.

<sup>359</sup> Anılanlara ek olarak, ayrıca, MRE/RES.4/92, MRE/RES.5/93 ve CP/RES.594 (923/92) sayılı kararlar ile CP/Dec. 8 (927/93), CP/Dec. 9 (931/93) ve CP/Dec. 10 (934/93) sayılı deklarasyonlara atıfta bulunulmuştur.

<sup>360</sup> Ayrıca bkz., 917 (1994) ve 933 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>361</sup> Ayrıca bu bağlamda ABD'nin Grenada'nın işgaline ilişkin sorunlu argümanını da not ediniz. ABD, Doğu Karayip Devletleri Örgütü'nü kuran 1981 Antlaşması'nın, Amerikan Devletleri Örgütü Antlaşması'nın 22. maddesi çerçevesinde müdahaleyi ve toprak bütünlüğünün ihlalini meşrulaştıran 'özel' antlaşma olarak fonksiyon arz ettiğini iddia ediyordu. Ancak AGİT Savunma Komitesi ancak oy birliği ile ve dış saldırı durumlarında karar alabilirdi ve adadaki Marksist hükümeti devirmek için adaya asker çıkarılmasının bu koşulları sağladığı görülmüyordu. Örneğin bkz., J. N. Moore, *Law and the Grenada Mission*, Charlottesville, 1984, ss. 45-50, ve W. C. Gilmore, *The Grenada Intervention*, London, 1984. Ayrıca bkz., American Bar Association Section of International Law and Practice, Report on Grenada, 1984.

Liberya diğer öğretici bir örnek teşkil etmektedir.<sup>362</sup> 1989-1990 yıllarında komplike bir iç savaş patlak verdi ve BM ve Afrika Devletleri Örgütü'nün herhangi bir adım atmaması üzerine Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu (ECOWAS) girişimde bulunmaya karar verdi. Liberya da dahil olmak üzere 16 üye devletten oluşan bu organizasyon bölgedeki yaşam standardını geliştirmeyi amaçlıyordu.<sup>363</sup> 1978'de Saldırmazlık Protokolü imzalandı ve üç yıl sonra da yürürlüğe girdi.<sup>364</sup> Bu protokol üye devletler arasında saldırıyı yasaklıyor ve spesifik olarak barışı koruma girişimini anmıyor ya da tek taraflı müdahale hakkı vermiyordu. ECOWAS Mayıs 1990'da bir Araboluculuk Komitesi kurdu ve bu Komite Liberya'da acil ateşkes çağrısında bulundu ve ateşkesin uygulanmasının bir ECOWAS İzleme Grubu (ECOMOG) tarafından denetleneceğini duyurdu. Bu grup Nijerya'nın öncülüğünde Ağustos 1990'da Liberya'ya gönderildi ve çatışmalara müdahil oldu. ECOWAS'ın bu faaliyetlerini meşrulaştıracak yeterli bir hukuki temelini olup olmadığı konusu bir ölçüde belirsizdir ve BM müdahalesi, Güvenlik Konseyi başkanının Liberya'da barışı teşvik etme yönünde ECOWAS'ın çabalarını takdir eden ve çatışmanın taraflarını ECOWAS ile işbirliği yapmaya çağırarak bir açıklama yayınladığı Ocak 1991 tarihine kadar gerçekleşmemiştir.<sup>365</sup> Nisan 1992'de ECOMOG, Liberyalı taraflar arasında yapılan Ekim 1991 Antlaşmasında (Yamoussoukro IV Antlaşması) planlanmış olan ülkedeki tüm giriş ve çıkış noktalarını güvence altına almak ve çatışan tarafları silahsızlandırmak için Liberya-Sierra Leone sınırında bir tampon bölge oluşturulması hedefi için harekete geçti.<sup>366</sup>

Bununla birlikte durum kötüleşmeye devam etti ve Güvenlik Konseyi o yılın Kasım ayında 788 (1992) sayılı kararı kabul etti. Karar, durumun kötüleşmesinin 'özellikle Batı Afrika'nın tümünde' uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit teşkil ettiğini belirtti ve BM Antlaşması'nın 8. Bölümü'nü hatırlattı. Karar, ECOWAS'ın 'Liberya'da barışı, güvenliği ve istikrarı yeniden tesis etme çabalarını' takdir etti ve 7. Bölüm çerçevesinde hareket ederek ülkeye yönelik bir silah ambargosu getirdi. Bu destek 813 (1993) sayılı karar ile yeniden teyit edildi ve kararda Afrika Birliği Örgütü'nün ECOWAS'ın çabalarını onayladığı da belirtildi.<sup>367</sup> BM Genel Sekreterinin özel temsilcisinin yardımı ile Cotonou'da 25 Temmuz 1993 tarihinde yeni bir barış anlaşması imzalandı ve anlaşmada ECOWAS ve BM'ye bu anlaşmanın uygulanmasına yardım etme çağrısında bulunuldu.<sup>368</sup> Bu sürece destek sağlamak amacıyla Liberya'da bir BM Gözlemci Misyonu kuruldu.<sup>369</sup> 866 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararı 'bunun, diğer bir organizasyon (bu durumda ECOWAS) tarafından kurulmuş bir barışı koruma misyonu ile işbirliği halinde Birleşmiş Milletler tarafından yürütülen ilk barışı koruma görevi olacağı'ni özellikle not etti. Sonraki kararlarda da ECOWAS faaliyetleri nedeniyle takdir edilmeye devam edildi ve UNOMIL'in misyonu da genişletildi. Sonunda seçimler yapıldı.<sup>370</sup> ECOWAS 2003'de Liberya'ya müdahalede bulunmak istediğinde Güvenlik

<sup>362</sup> Örneğin bkz., G. Nolte, 'Restoring Peace by Regional Action: International Legal Aspects of the Liberian Conflict', 53 ZaöRV, 1993, s. 603.

<sup>363</sup> Bkz., ECOWAS Antlaşması (1975) 2. maddesi. Ayrıca bkz., F. Olonisakin, *Reinventing Peacekeeping in Africa: Conceptual and Legal Issues in ECOMOG Operations*, The Hague, 2000.

<sup>364</sup> Ayrıca bkz., Savunma Konusunda Karşılıklı Yardıma İlişkin Protokol (1981).

<sup>365</sup> S/22110/Add.3, 1991.

<sup>366</sup> S/23863, 1992. Bu girişim, Güvenlik Konseyi başkanının bir açıklaması ile de desteklenmiştir, bkz., S/23886, 1992. Ayrıca bkz., S/24815, 1993.

<sup>367</sup> Ayrıca bkz., S/25402, 1993.

<sup>368</sup> Barış anlaşması ECOMOG'un anlaşmanın askeri nitelikli hükümlerini denetlemede başlıca sorumluluğa sahip olacağını, BM'nin de süreci gözetleyeceği ve denetleyeceğini öngörüyordu. Bkz., S/26200, 1993 ve 866 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararının önsözü.

<sup>369</sup> Bkz., 856 (1993) ve 866 (1993) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Ayrıca bkz., S/26200 ve S/26422 ve Add. 1, 1993.

<sup>370</sup> Örneğin bkz., 911 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve Afrika devletlerini ECOMOG'a asker göndermeleri nedeniyle takdir eden 950 (1994) sayılı Güvenlik Konseyi kararı; Afrika devletlerini ECOMOG'a asker göndermeye teşvik eden 1014 (1995) sayılı Güvenlik Konseyi kararı; ve seçimlere ilişkin 1020 (1995), 1071 (1996), 1100 (1997) ve 1116 (1997) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Ayrıca bkz., seçimlerden sonra ECOMOG'u takdir eden Temmuz 1997 tarihli Güvenlik Konseyi Başkanlık Açıklaması, S/PRST/1997/41. ECOWAS'a ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda 17. Bölüm.

Konseyi BM Antlaşması'nın 7. Bölümü uyarınca 1497 (2003) sayılı kararı aldı ve Haziran 2003 ateşkesini uygulamak için ECOWAS temelinde çok uluslu bir gücün kurulmasına yetki verdi. ECOWAS'ın BM Antlaşması'nın 8. Bölümü bağlamındaki rolü spesifik olarak anılarak takdir edildi. Ekim 2003'de 1509 sayılı karar ile yetki ECOWAS'dan Liberya'daki yeni BM misyonuna devredildi.

Dolayısıyla Liberya'daki durum şu özellikleri içerdi: İlk olarak, dahil olduğu olaya ilişkin yetkisi hukuki olarak muğlak olan bir bölgesel kuruluş tarafından ateşkesin sağlanması için iç savaşa müdahale edildi; ikinci olarak, Güvenlik Konseyi'nin BM Antlaşması'nın 8. Bölümü bağlamındaki desteği 1992 yılına kadar gecikti; üçüncüsü, ilk defa BM-bölgesel kuruluş işbirliğinde bir barışı koruma operasyonu yapıldı; dördüncüsü de, BM misyonunun daha ziyade belirsiz bir denetim ve barışı teşvik rolüne sahip olduğu, askeri konularda ise bölgesel kuruluşun sorumlu olduğu bir durum BM tarafından kabul edildi. Ayrıca 788 (1992) sayılı kararda silah ambargosu getirilmesinden başka Güvenlik Konseyi'nin 7. Bölümüne atıfta bulunmaktan kaçındığı da not edilmelidir. Dolayısıyla BM daha çok ikincil bir rol benimsedi. Güvenlik Konseyi'nin sonuçta ECOWAS'ın girişimini desteklediği açık olmakla beraber, BM Antlaşması'nın 8. Bölümü'nün ruhu ve hükümlerine tamamen uyulup uyulmadığı tartışılır niteliktedir.<sup>371</sup> Sonuç olarak Güvenlik Konseyi ECOWAS'ın faaliyetlerini tamamen desteklemiş, bu tür girişimleri yetkilendirmiş ve sonrasında da ECOWAS'ın operasyonunu BM barışı koruma misyonuna dahil etmiştir.

Somali'de 1990'ların başındaki başarısız BM deneyimi, uygulamada uzun bir ihmal dönemine yol açmıştır. Bu dönem boyunca BM Somali'deki silah ambargosunu devam ettirmiş ve bölgedeki çetrefil iç savaşı çözmeye çalışmak için bölgesel girişime desteğini açıklamıştır. Örneğin, bir dizi Güvenlik Konseyi kararında Konsey 7. Bölüm çerçevesinde hareket ederek silah ambargosunun devamı çağrısında bulunmuş ve Afrika Birliği'nin ve ilgili alt bölgesel kuruluş olan Doğu Afrika'da Kalkınma Hakkında Hükümetlerarası Otorite'nin (IGAD) geçici federal kurumların desteklenmesi yönündeki çabalarını da takdir etmiştir.<sup>372</sup> Güvenlik Konseyi 1725 (2006) sayılı kararında 7. Bölüm çerçevesinde hareket ederek ve IGAD ve Afrika Birliği tarafından alınan kararlar sonrası, IGAD'ı ve Afrika Birliği'ne üye devletleri Geçici Federal Kurumların yönetsel merkezi olan Baidoa'da güvenliğin sağlanması ve Geçici Federal Kurumlar ile rakibi İslami Mahkemeler Birliği arasındaki görüşmelerin gelişiminin denetlenmesi yetkisine sahip olacak 'bir koruma ve eğitim misyonu' kurmak için görevlendirdi. Ocak 2007'de Afrika Birliği Somali'deki durumu istikrara kavuşturmayı amaçlayarak ülkeye altı aylık süreyle görev yapacak bir misyon (AMISOM) göndermeye karar verdi. Bu misyon daha sonra Somali'nin uzun dönemli istikrarı ve çatışma sonrası restorasyonunu amaçlayan bir BM barışı koruma misyonuna evrildi.<sup>373</sup> AMISOM'un yetkisi 2007'den beri uzatılmaktadır.<sup>374</sup>

Daha önce belirtildiği üzere, Birleşmiş Milletler, Bosna'daki durumda özellikle eski Yugoslavya'nın bütün devletlerine karşı silah ambargosunu yürürlüğe koymak ve Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'ne (Sırbistan ve Karadağ) karşı yaptırım uygulamak için NATO'dan<sup>375</sup> yardım talep etti. NATO uçakları Nisan 1993'den itibaren Bosna üzerindeki 'uçuşa yasak bölge' uygulamasının denetimini (Uçuş Yasağı Harekatı) yaptı ve 28 Şubat 1994 tarihinde uçuşa yasak bölgeyi ihlal eden dört savaş uçağı NATO uçakları tarafından

<sup>371</sup> Gine Bissau'da hükümet ile muhalif cunta arasındaki bir anlaşma çerçevesinde ECOWAS duruma müdahil oldu. Bkz., 38 ILM, 1999, s. 28. 1233 (1999) sayılı Güvenlik Konseyi kararında ECOMOG'un rolü memnuniyet ile karşılandı. ECOMOG Sierra Leone krizinde de önemli rol oynadı. ECOWAS ve ECOMOG uluslararası barış ve güvenliğin tesis edilmesinde önemli rol oynadıkları için 1162 (1998) sayılı Güvenlik Konseyi kararında takdirle anıldı. Ayrıca bu konuda bkz., 1270 (1999) ve 1289 (2000) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>372</sup> Bkz., 1630 (2005), 1676 (2006) ve 1724 (2006) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.

<sup>373</sup> Bu misyon, 1744 (2007) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile yetkilendirilmiştir.

<sup>374</sup> Örneğin bkz., 1814 (2008), 1816 (2008), 1838 (2008), 1844 (2008), 1846 (2008), 1851 (2008), 1918 (2010), 1976 (2011), 2077 (2012), 2125 (2013), 2182 (2014), 2232 (2015) ve 2297 (2016) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. Ayrıca bkz., <http://amisom-au.org/>.

<sup>375</sup> Keskin Muhafız Operasyonu çerçevesinde Adriyatik'de denizle ilgili aktiviteler Batı Avrupa Birliği'nin yardımı ile gerçekleşti. Bkz., <http://www.nato.int/for/general/shrp-grd.htm>

vuruldu. NATO uçakları ayrıca Haziran 1993'den itibaren UNPROFOR faaliyetleri için yakın hava desteği sağladı ve Nisan 1994'den itibaren de 'güvenli bölgeler'deki BM personelini korumak için hava desteği başlattı. 1994 ve 1995 yılları boyunca çeşitli durumlarda BM'nin isteği üzerine NATO hava saldırıları gerçekleştirildi.<sup>376</sup> Kasım 1995'de Dayton Barış Antlaşması imza edildikten sonra NATO komutasındaki 60.000 kişilik askeri birlik Uygulama Gücü (IFOR) olarak Bosna'da operasyonlara başladı. Bu durum, Güvenlik Konseyi'nin 7. Bölüm çerçevesinde hareket ederek 1031 (1995) sayılı kararı ile yetkiyi UNPROFOR'dan IFOR'a devretmesi sonucu gerçekleşmişti. Kısa bir süre içinde bu organizasyon yerini, NATO komutasında ancak NATO dışı ülkeleri de içeren SFOR'a (İstikrar Gücü) bıraktı.<sup>377</sup> SFOR Aralık 2004'de bir AB gücü olan EUFOR'un yerini aldı.<sup>378</sup> Kosova'da uluslararası güvenlik yapılanması uluslararası sivil yapılanmaya paralel olarak var oldu<sup>379</sup> ve bu güç (KFOR) de Bosna'daki SFOR gibi NATO komutasındaydı.<sup>380</sup> Kosova Şubat 2008'de bağımsızlığını ilan etti.<sup>381</sup> Güvenlik Konseyi Aralık 2001'de Bonn Antlaşması'nı müteakiben Afganistan'da Uluslararası Güvenlik Yardım Gücü'nün (ISAF) kurulması kararı aldı.<sup>382</sup> ISAF misyonunu 2014 sonunda tamamlamış ve Afgan kuvvetleri güvenlik sorumluluğunu tamamen üstlenmiştir. Görevine Ağustos 2001'de başlamış olan Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti'ndeki NATO barışı koruma misyonu Mart 2003'de Avrupa Birliği'ne devredildi ve bu AB'nin bu türden ilk misyonuydu.<sup>383</sup>

Barışı koruma ve uygulama bağlamında bir bölgesel kuruluş ile en belirgin ve geniş kapsamlı işbirliği Darfur'daki BM-Afrika Birliği Ortak Operasyonu idi. Avrupa Birliği ile birlikte ateşkesi denetleme düzenlemesinin parçası olarak Temmuz 2004'de Sudan'da Afrika Misyonu (AMIS) kuruldu. Aynı yılın Ağustos ayında gözlemcileri korumak için Afrika Birliği askerleri bölgeye gönderildi ve bölgedeki güç böylece daha da büyüdü. Kötüleşen durum nedeniyle (Sudan hükümeti ile yaşanan güçlükler ve kaynak sorunları gibi) Afrika Birliği gücü sonuçta 2007'de BM gücü ile ortak bir misyon (UNAMID) kurmak üzere birleşti.<sup>384</sup> Bu eşi görülmemiş düzenleme halihazırda dünyadaki en büyük barış koruma

<sup>376</sup> Örneğin bkz., S/1995/444, 1995.

<sup>377</sup> Bkz., 1088 (1996) sayılı Güvenlik Konseyi kararı.

<sup>378</sup> 1575 (2004) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile yetkilendirildi. 30 Mayıs 2003 tarihinde 1484 (2003) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile Bunia'da (Demokratik Kongo Cumhuriyeti) Çok Uluslu Geçici Acil Müdahale Gücü kuruldu. 5 Haziran 2003'deki kararıyla Avrupa Birliği Konseyi, Güvenlik Konseyi'nin kararını izleyerek bir barışı koruma gücü gönderilmesine yetki verdi. Ayrıca 2006 boyunca Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki EUFOR operasyonları için bkz., Council Joint Action 2006/319/CFSP (2007/147/CFSP sayılı karar ile ilga edildi) ve Council Decision 2006/412/CFSP (1671 (2006) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile yetkilendirildi). 2007'den buyana Çad ve Orta Afrika Cumhuriyeti'ndeki EUFOR operasyonları için bkz., Council Joint Action 2007/677/CFSP and Council Decision 2008/101/CFSP (1778 (2007) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile yetkilendirildi). Ayrıca 2014'ün başlarında bir AB gücü (EUFOR RCA) Afrika liderliğindeki bir destek gücüne (MISCA) yardım etmek amacıyla Orta Afrika Cumhuriyeti'ne gönderildi (2134 (2014) sayılı Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirmesi üzerine). Bkz., [http://consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/EN/foraff/140973.pdf](http://consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/140973.pdf). Ssonradan 2149 (2014) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ile yetkilendirilen Birleşmiş Milletler Çok Boyutlu Entegre İstikrar Misyonu, bu gücün yerini aldı.

<sup>379</sup> Bkz., 1244 (1999) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. Ayrıca bkz., yukarıda 5. Bölüm.

<sup>380</sup> Örneğin bkz., [www.nato.int/cps/en/natolive/topics/48818.htm?selectedLocale=en](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics/48818.htm?selectedLocale=en).

<sup>381</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda 8. Bölüm.

<sup>382</sup> Bkz., 1386 (2001) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. ISAF'ın yetkisi farklı liderler altında düzenli olarak uzatılmıştır. Örneğin bkz., 1413 (2002), 1444 (2003), 1510 (2003), 1563 (2004), 1623 (2005), 1707 (2006), 1776 (2007), 1817 (2008), 1833 (2008), 1917 (2010), 1943 (2010), 2011 (2011) ve 2069 (2012) sayılı Güvenlik Konseyi kararları. 2014'ün sonuna kadar tamamlanmak üzere bir geçiş süreci başlatıldı. Bkz., S/2011/762 ve 2120 (2013) sayılı Güvenlik Konseyi kararı. ISAF 11 Ağustos'dan beri NATO komutanlığında idi. Bkz., [www.nato.int/cps/en/natolive/topics/69366.htm?selectedLocale=en](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics/69366.htm?selectedLocale=en).

<sup>383</sup> Bkz., [www.nato.int/cps/en/natolive/topics/52121.htm?selectedLocale=en](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics/52121.htm?selectedLocale=en)

<sup>384</sup> Bkz., [www.africa-union.org/DARFUR/homedar.htm](http://www.africa-union.org/DARFUR/homedar.htm) ve <http://unamid.unmissions.org/Default.aspx?tabid=10998&language=en-US>.

operasyonudur.<sup>385</sup> Darfur'da sivillerin korunması önceliğini vurgulayan ve güvenli, vaktinde ve kesintisiz insani erişim ile personel ve insani faaliyetleri sağlayan UAMID'in yetkisi yıllık olarak yenilenmektedir.<sup>386</sup>

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

*The Charter of the United Nations* (ed. B. Simma, D. E. Khan, G. Nolte ve A. Paulus), 3. Baskı, Oxford, 2012

S. Chesterman, I. Johnstone ve D. M. Malone, *Law and Practice of the United Nations*, 2. Baskı, Oxford, 2016

J. P. Cot, A. Pellet ve M. Forteau, *La Charte des Nations Unies: Commentaire Article par Article*, 3. Baskı, Paris, 2005

J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 5. Baskı, Cambridge, 2011, 10. Bölüm

---

<sup>385</sup> <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/unamid/background.shtml>

<sup>386</sup> Örneğin bkz. 1828 (2008), 1881 (2009), 1935 (2010), 2063 (2012), 2113 (2013), 2173 (2014), 2228 (2015) ve 2296 (2016) sayılı Güvenlik Konseyi kararları.



## BÖLÜM 22

# ULUSLARARASI ÖRGÜTLER<sup>1</sup>

### GİRİŞ

Modern ulus devletinin evrimi ve bunun sonucu olarak artan sayıda bağımsız ve egemen ülkesel birimin üzerine kurulu bir uluslararası düzenin gelişimi kaçınılmaz olarak uluslararası işbirliği sorunlarına yol açmıştır.<sup>2</sup> Örgütlü uluslararası işbirliğine dair ilk büyük olay, Orta Avrupa'daki 30 yıllık dini çatışmaları bitiren ve şekli olarak Avrupa siyasetinin modern seküler ulus devlet sistemini kuran Westfalya Barışı (1648) ile meydana gelmiştir.<sup>3</sup> Yüzyıldan fazla bir zaman sonra Napolyon savaşları Viyana Kongresi (1815) ile sonuçlanmış ve Kongre düzenli uluslararası konferanslar yoluyla uluslararası ilişkileri tanzim etme yönündeki ilk sistematik teşebbüs olmuştur.<sup>4</sup> Kongre sistemi, çeşitli biçimlerde pratik olarak bir yüzyıl devam etmiş ve sadece siyasette güçler dengesi yaklaşımını kurumsallaştırmakla kalmamış, aynı zamanda yarı resmi bir uluslararası düzen de tesis etmiştir.<sup>5</sup>

Dünya ilişkileri Birinci Dünya Savaşı'nın patlak vermesine kadar büyük ölçüde Avrupa'da toplanan periyodik konferanslardan etkilenmiştir. 1856 Paris Konferansı ve 1871 Berlin Toplantısı Balkanların sorunlarıyla ilgilenirken, 1884-85 Berlin Konferansları ise gelişmeye başlamış olan Afrika mücadelelerine belli bir düzen getirdi. Bu ve bu tür diğer konferanslar uluslararası örgütlerin kurulmasının önemli bir başlangıcını oluşturdu, ancak yapmaya niyetlendikleri bu işi yerine getirmekte çok yetersiz kaldılar. Bir konferans ancak bir uluslararası krizi müteakiben

<sup>1</sup> Önceki baskılarda tercih edilmiş bulunan 'Uluslararası kuruluşlar' başlığı güncel kullanıma uyum için değiştirilmiştir. (Bu bölümde kullanılan 'anayasa' kavramı, uluslararası örgütün kuruluş belgesini ifade etmektedir. Ç.N.)

<sup>2</sup> Bkz., C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2. Baskı, Cambridge, 2005; J. E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford, 2005; , *ibidem*, *The Impact of International Organisations on International Law*, The Hague, 2016, ve *ibidem*, 'International Organisations and the Rule of Law' in *A New International Legal Order* (ed. Chia-Jui Cheng), The Hague, 2016, D. Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, 2005; H. G. Schermers ve N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 5. Baskı, Leiden, 2011; J. Klabbbers, *An Introduction to International Organizations Law*, 3. Baskı, Cambridge, 2015; *Research Handbook on the Law of International Organizations* (ed. J. Klabbbers ve A. Wallendahl), Cheltenham, 2011; *Bowett's Law of International Institutions* (ed. P. Sands ve P. Klein) 6. Baskı, London, 2009; E. David, *Droit des Organisations Internationales*, Brussels, 2016; A. Duxberry, *The Participation of States in International Organizations*, Cambridge, 2011; *Routledge Handbook of International Organization* (ed. B. Reinolda), London, 2013; E. Benvenisti, *The Law of Global Governance*, The Hague, 2014; *Evolutions in the Law of International Organisations* (ed. R. Virzo ve I. Ingravallo), The Hague, 2015; N. White, *The Law of International Organizations*, 2. Baskı, Manchester, 2005; G. Schwarzenberger, *International Law*, London, 1976, Cilt: 3; E. Lauterpacht, 'The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals', 152 HR, s. 377; F. Kirgis, *International Organizations in their Legal Settings*, 2. Baskı, St Paul, 1993; A. El Erian, 'The Legal Organization of International Society', *Manual of Public International Law* (ed. M. Sørensen), London, 1968, s. 55; M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, 1968, Cilt: 13; *A Handbook of International Organizations* (ed. R. J. Dupuy), Dordrecht, 1988; I. Seidl-Hohenveldern, *Corporations In and Under International Law*, Cambridge, 1987; *Judicial Decisions on the Law of International Organisations* (ed. C. Ryngaert, I.F. Dekker, R.A. Wessel ve J. Wouters), Oxford, 2016; L. Dubin ve M-C Runavot, *Le Phénomène Institutionnel International dans Tous ses États*, Paris, 2014; F. Morgenstern, *Legal Problems of International Organizations*, Cambridge, 1986 ve P. Daillier, M. Forteau ve A. Pellet, *Droit International Public*, 8. Baskı, Paris, 2009, s. 638. Ayrıca bkz., G. Schiavone, *International Organizations: A Dictionary and Directory*, London, 1992, ve Union of International Associations, *Yearbook of International Organizations*, 39. Baskı, Brussels, 5 Cilt, 2002-3.

<sup>3</sup> Örneğin bkz., L. Gross, 'The Peace of Westphalia, 1648-1948', 42 AJIL, 1948, s. 20.

<sup>4</sup> Örneğin bkz., El Erian, 'Legal Organization', s. 58. Ayrıca bkz., A. Zamoyski, *Rites of Peace*, London, 2007.

<sup>5</sup> Örneğin bkz., Reuter, *Institutions*, ss. 55-6. Ayrıca bkz., *Bowett's International Institutions*, 1. Bölüm.



bir ya da birkaç devletin insiyatifi ile toplanabiliyordu ve bu *ad hoc* prosedür konunun çözümü hususunda ciddi gecikmelere yol açıyordu. Bu ise, sadece özel olarak davet edilen devletlerin katılabilmeleri ve bu devletlerin oybirliği ile anlaşma temelinde kararlar vermeleri anlamına geliyordu ve bu faktör de ciddi olarak sistemin amaca uygunluğunu sınırlıyordu.<sup>6</sup>

19. yüzyıl Kızılhaç Uluslararası Komitesi (1863'de kuruldu) ve Uluslararası Hukuk Derneği ile *Institut de Droit International* (son ikisi 1873'de kuruldu) gibi uluslararası nitelikteki hükümet dışı örgütlerin önemli oranda artışına da şahit oldu. Bu özel uluslararası birlikler<sup>7</sup>, spesifik konular hakkında geniş yelpazedeki menfaat gruplarının varlığını ve işbirliği çabalarının etkili olması için uluslararası nitelik arz etmesi gerektiğinin farkındalığını ortaya koyuyordu. Bu tür birlikler düzenli toplantılar için bir mekanizma doğurdu ve çoğu daimi sekreterlikler kurdu. Bu örgütler tarafından yapılan çalışmalar hükümet faaliyetlerini etkilemede ve dünya ölçeğindeki eylemleri canlandırmada önemli bir değere sahip oldu.<sup>8</sup>

Ayrıca, 19. yüzyıl boyunca kamusal nitelikli bir dizi uluslararası birlik ortaya çıktı. Bunlar, devlet kurumları ya da idari birimleri spesifik gayelerle bir araya getirmek amacıyla çok taraflı antlaşmalarla kurulmuş işlevsel birliklerdi. Bu tür devletler arası birliklerin ilk örneği, Ren ve Tuna nehirleri ve daha sonra da Orta ve Batı Avrupa'nın diğer nehirleri gibi hayati nitelikteki ulaşım kanallarının daha etkili çalışması için kurulan uluslararası komisyonlardı.<sup>9</sup> Bu özel komisyonlara verilen yetkiler durumdan duruma farklılık gösteriyordu, fakat onların çoğu önemli hukuki ve idari fonksiyonları yerine getirdi. 1865'de bünyesinde daimi bir ofis ve sekreterlik bulunduran Uluslararası Telgraf Birliği kuruldu ve dokuz yıl sonra da Dünya Posta Birliği faaliyete geçti. Dünya Posta Birliği daimi bir ofise sahipti ve çoğunluk oyuyla kararlar alınan periyodik konferanslar düzenledi. Bu ileri bir adıma işaret ediyordu, çünkü ad hoc konferanslardan oluşan siyasal düzenin zayıflıklarından biri de oybirliği ile karar alma gerekliliği idi.

19. yüzyılın ikinci yarısı, özellikle ulaşım, iletişim, sağlık ve ekonomik işbirliğini kapsayan bu tür kamusal nitelikli uluslararası birliklerin çoğalmasına şahit olmuştur. Bu birlikler geniş kapsamlı değillerdi ve kendilerini spesifik alanlarla ilgilenme ile sınırlandırdılar, ancak 20. yüzyılın evrensel nitelikteki örgütlerinin doğuşuna yol açan yeni görüşler ortaya koydular. Daimi sekreterlikler, periyodik konferanslar, çoğunluk oyu, ağırlıklı oy ve orantısal mali katkı gibi konseptler idari işbirliğinin kolaylaştırılmasında önemliydi ve bu konseptler çağdaş uluslararası kuruluşların temellerini attı.

Uluslararası örgütler (ya da kuruluşlar) artık günümüz yaşamının ayrılmaz parçası oldular. Bu tür örgütler küreselleşmiş bir dünyada barışı koruma ve uygulamadan çevre, ekonomi ve insan hakları kaygılarına kadar çeşitli konularda sorunların tanımlanması, tartışılması ve çözümüne imkan sağlayan sınırlar ötesi işbirliğini hızlandırmaktadır. Uluslararası hukuk sisteminin bu boyutu oldukça hızla yeni kuralların, yeni uygulama modellerinin ve yeni uyum mekanizmalarının doğmasına imkan vermektedir. Nitekim, eğer modern uluslararası hukukun en önemli bir özelliği varsa o da uluslararası kuruluşların (evrensel ya da küresel, bölgesel ya da alt bölgesel) ortaya çıkışı ve gelişimidir. Uluslararası örgütlere dair hakim teori işlevselcilik olmuştur. Çünkü uluslararası örgütlerin ortaya çıkışı ve faaliyette bulunması, anayasal olarak belirlenmiş ve belirli bir örgüt ile üyeleri arasındaki ilişkileri tarif eden bir tanımlı işlevin ya da rolün yerine getirilmesine dayanmaktadır.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> *Bowett's International Institutions*, s. 3.

<sup>7</sup> *A.g.e.*, ss. 4–65.

<sup>8</sup> Kızıl Haç Uluslararası Komitesi'nin uluslararası insancıl hukuktaki rolü hakkında bkz., 20. Bölüm.

<sup>9</sup> Bkz., *Bowett's International Institutions*, ss. 5–8 ve Klabbers, *Introduction*, Bölüm 1.

<sup>10</sup> Örneğin bkz., J. Klabbers, 'The EJIL Foreword: The Transformation of International Organisations Law', 26 *EJIL*, 2015, s. 9, *ibidem*, 'The Emergence of Functionalism in International Institutional Law: Colonial Inspirations', 25 *EJIL*, 2014, s. 645 ve *ibidem*, 'Contending Approaches to International Organizations: Between Functionalism and Constitutionalism', J. Klabbers ve Å. Wallendahl (eds), *Research Handbook*, s. 3 ve J. Alvarez, 'International Organizations: Then and Now', 100 *AJIL*, 2006, s. 324.

Aşağıdaki bölümde önemli uluslararası ve bölgesel örgütlerin bazılarının kısa bir incelenmesi yer almaktadır.

Uluslararası örgütlerin çeşitleri kabaca evrensel nitelikte olan örgütler ve bölgesel nitelikte olan örgütler olarak ikiye ayrılabilir. İlki göz önüne alındığında ana örnekleri, 1919'da Milletler Cemiyeti'nin<sup>11</sup> ve 1945'de de Birleşmiş Milletler'in<sup>12</sup> kurulmasıdır. BM'ye bağlı uzmanlık kuruluşları da vardır. Bunlar devletler arası anlaşmalar ile kurulmuş ve BM ile ilişki geliştiren ekonomik, sosyal, kültürel ve diğer alanlarda geniş uluslararası sorumluluklara sahip örgütlerdir.<sup>13</sup> Bu kuruluşlar bağlayıcı kararlar verebilme yetkisine sahiptir. Bu kuruluşların önde gelenleri arasında, işçi haklarını korumak ve genişletmek için 1919'da kurulmuş Uluslararası Çalışma Örgütü, ulusal hükümetlerle teknik yardım ve ortak girişim de dahil çeşitli faaliyetler yoluyla bilginin yayılması ve artışını hızlandırmak için kurulmuş UNESCO ve 1946'da sağlık hizmetleri standartlarını birleştirme amacıyla kurulan Dünya Sağlık Örgütü yer almaktadır.<sup>14</sup> Ekonomik alanda, 1944 Bretton Woods Konferansı sonucu mali yatırımları teşvik etmek için Uluslararası Yeniden Yapılanma ve Kalkınma Bankası (IBRD – Dünya Bankası) kuruldu. Bu banka dünya ticaretini artırma ve parasal işbirliğine yardım etme amacıyla kurulan Uluslararası Para Fonu (IMF) ile yakından bağlantılı olarak çalışmaktadır. Bir devlet ancak IMF üyesi ise Dünya Bankası'nın da üyesi olabilir. Bu kuruluşların genel kurulu Güvernörler Kurulu ve yürütme organı da İcra Direktörleri Kurulu'dur. Washington DC'de konuşlanmış olan bu kuruluşları, Dünya Bankası ile bağlantılı ve finansal yatırımları ve uygun ödeme şartlarında kredi elde etmeyi teşvik eden Uluslararası Kalkınma Birliği (IDA) ve Uluslararası Finans Kurumu (IFC) desteklemektedir. Bu mali örgütler, yetkinin Güvernörler Kurulu'nda olması ve oy kullanmanın yapılan katkı düzeyine göre ağırlıklı oy temelinde belirlenmesi yönüyle diğer uzmanlık kuruluşlarından farklılık arz etmektedir. Çok önemli kararlar toplam oyların % 70'i ile % 85'inin muvafakatını gerektirir. IBRD, IDA ve IFC, Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı ile birlikte 'Dünya Bankası Grubu'nu oluşturur.<sup>15</sup>

Zaman içinde giderek artan öneme sahip birçok uluslararası ekonomik düzenleme yapılmış ve uluslararası ekonomik kuruluşlar (uzmanlık kuruluşu olmayan) ortaya çıkmıştır. 1947-8'de Havana'da gerçekleştirilen bir uluslararası konferans sonucu gümrük tarifeleri konusunda ayrıcalıklar getiren ve ticaret kurallarını düzenleyen Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel

<sup>11</sup> Örneğin bkz., *Bowett's International Institutions*, 2. Bölüm; G. Scott, *Rise and Fall of the League of Nations*, London, 1973; El Erian, 'Legal Organization', ss. 60 vd., ve F. P. Walters, *A History of the League of Nations*, Oxford, 2 Cilt, 1952.

<sup>12</sup> Bkz., yukarıda 21. Bölüm.

<sup>13</sup> Sözleşmenin 57. maddesi. Ayrıca bkz., 62-66. maddeler ve örneğin J. Harrod, 'Problems of the United Nations Specialised Agencies at the Quarter Century', 28 YBWA, 1974, s. 187, ve Klein, Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt: 5, ss. 349-69. Ayrıca bkz., El Erian, 'Legal Organization', ss. 55, 96-106.

<sup>14</sup> Bu kuruluşlara tarım ve beslenme ile ilgili konulara ilişkin bilgi toplamak ve dağıtmak amacıyla 1943'de kurulan Gıda ve Tarım Örgütü de eklenebilir. Bu konuda, örneğin, bkz., R. W. Phillips, *FAO, Its Origins, Formation and Evolution 1945-1981*, Rome, 1981. Ayrıca bkz., [www.fao.org/](http://www.fao.org/). Ayrıca şu uzmanlık kuruluşları da bu bağlamda anılmalıdır: Uluslararası Sivil Havaçılık Örgütü, Dünya Posta Birliği, Uluslararası Telekomünikasyon Birliği, Dünya Meteoroloji Örgütü, Uluslararası Denizcilik Örgütü, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, Uluslararası Tarımsal Kalkınma Fonu ve BM Sanayi Kalkınma Örgütü. Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı BM içerisinde otonom bir örgüt olarak vardır. Örneğin bkz., E. Klein, 'United Nations, Specialised Agencies', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, ve L. Henkin, R. C. Pugh, O. Schachter ve H. Smit, *International Law: Cases and Materials*, 3. Baskı, St Paul, 1993, 18. Bölüm.

<sup>15</sup> Örneğin bkz., *Bowett's International Institutions*, ss. 93 vd. Ayrıca bkz., W. M. Scammell, 'The International Monetary Fund', *The Evolution of International Organizations* (ed. E. Luard), London, 1966, 9. Bölüm; A. Shonfield, 'The World Bank', *a.g.e.*, 10. Bölüm; R. Townley, 'The Economic Organs of the United Nations', *a.g.e.*, 11. Bölüm, ve C. W. Alexandrowicz, *The Law-Making Functions of the Specialised Agencies of the United Nations*, Sydney, 1973, 9. Bölüm. Ayrıca bkz., [www.worldbank.org/](http://www.worldbank.org/).

Anlaşması (GATT)<sup>16</sup> doğmuştur. Önceleri geçici bir enstrüman olarak düşünülen bu anlaşma devam etmiştir. Düzenleme ticaret görüşmelerine yönelik iki taraflı yaklaşım temelinde ve en ziyade müsaadeye mazhar millet prensibinin (bir devlet tarafından elde edilen en çok faydanın diğer devletlere de aktarılması) şartsız kabul edilmesi çerçevesinde işlemiş; bununla birlikte bu konuda gelişmekte olan ülkeler için özel koşullar mevcut olmuştur. 1995’de Dünya Ticaret Örgütü (WTO) kendi sekreterliği olan daimi bir kuruluş olarak kurulmuştur.<sup>17</sup> Örgütün ana amaçları, çok taraflı ve çoklu ticaret anlaşmalarını yönetmek ve uygulamak, çok taraflı ticaret görüşmeleri için bir forum işlevi görmek, ticari anlaşmazlıkları çözmeye çalışmak ve ulusal ticaret politikalarını denetlemektir.

İkinci Dünya Savaşı’nın sonuçlanmasından beri coğrafi ve ideolojik olarak birbirine yakın devletleri birleştiren bölgesel kuruluşların çoğalması kayda değer bir olgu olarak göze çarpmıştır. Bir dizi faktör bu olguyu izah etmede yardımcı olabilir. Soğuk Savaş’ın başlaması ve Güvenlik Konseyi’nin zorlama prosedürlerinin başarısızlığı bölgesel savunma ittifaklarının (NATO ve Varşova Paktı gibi) artışı ve blok siyasetini tetiklemişti. Sömürgeciliğin sona ermesi süreci çok sayıda devletin bağımsızlığını ilan etmesiyle sonuçlanmış ve bu devletlerin çoğu da Doğu ve Batı arasında bağlantısız bir rol oynamaya istekliydi. Küreselleşmenin yükselişi, bütün devletlerin bir ekonomik sistemin parçası olması ve artık kendi başlarına etkin olarak çalışmaması anlamına geliyordu; bu yüzden de bölgesel ekonomik düzenlemelerin evrimine zemin hazırlıyordu.

Bölgeselcilik kurumsal olarak en çok Avrupa’da gelişmiştir. Avrupa Ekonomik Topluluğu (sonradan Avrupa Birliği), önemli bir ekonomik ve politik entegrasyon gerçekleştirerek canlanan bir Avrupa’nın temellerini atma amacıyla kurulmuştur.<sup>18</sup> Topluluk, önemli uluslarüstü unsurlara sahip büyük bir bölgesel örgüt olarak gelişti. Köken itibarıyla birbirine bağlı üç topluluktan (Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (1951), Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (1957) ve Avrupa Ekonomik Topluluğu (1957)) oluşan Avrupa Birliği, ortak dış gümrük tarifeleri olan, iç gümrük tarifeleri ve kotaları kaldıran ve sermaye ile emeğin serbest dolaşımını teşvik eden tek bir birleşik pazar kurmayı amaçlıyordu. Halihazırda yürürlükte bulunan antlaşmalar, Avrupa Birliği Antlaşması, Avrupa Birliği’nin İşleyişine İlişkin Antlaşma, Lizbon Antlaşması, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu’nu Kuran Antlaşma ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’dır.<sup>19</sup> Avrupa Birliği üyeliği devamlı olarak arttı ve günümüzde 28’e ulaştı.<sup>20</sup> Avrupa Birliği başlıca kurumları Avrupa Parlamentosu, Bakanlar Konseyi, Komisyon ve Adalet Divanı’ndan oluşmaktadır.

<sup>16</sup> Örneğin bkz., A. F. Lowenfeld, *International Economic Law*, 2. Baskı, Oxford, 2008; M. Herdegen, *Principles of International Economic Law*, 2. Baskı, Oxford, 2016; J. H. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, 2006; J. H. Jackson, *The World Trading System*, 2. Baskı, Cambridge, MA, 1997; T. Flory, ‘Les Accords du Tokyo Round du GATT et la R’eforme des Procedures de Reglement des Differends dans la Systeme Commercial Inter’etatique’, 86 RGDIP, 1982, s. 235; A. H. Qureshi ve A. Ziegler, *International Economic Law*, 3. Baskı, London, 2011, ve I. Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, 3. Baskı, The Hague, 1999.

<sup>17</sup> Örgüt; en az her iki yılda bir toplanan ve bütün üyelerin temsilcilerinden oluşan bir Bakanlar Konferansı ve dönemler arasında Konferans’ın görevlerini yürüten ve uygun zamanlarda bir araya gelen üye devlet temsilcilerinden oluşan bir Genel Konsey’den meydana gelmektedir. Genel Konsey, ayrıca, Anlaşmazlıkların Çözümü Organı ve Ticaret Politikaları Değerlendirme Organı’nın sorumluluklarını yerine getirmek için toplanır. Bkz., 1994 Anlaşması’nın IV(3). ve (4). maddeleri. Ayrıca Genel Konsey’in yönetimi altında faaliyet gösteren Gıda Ticareti, Hizmet Ticareti ve Fikri Mülkiyet Hakları İle İlgili Ticaret Komisyonları ve bir Sekreterlik ile bir Genel Müdürlük oluşturulmuştur. Bkz., 4. madde.

<sup>18</sup> D. Chalmers, G. Davies ve G. Monti, *European Union Law*, 3. Baskı, Cambridge, 2014; D. Chalmers, *European Union Public Law*, Cambridge, 2010; P. Craig ve G. De Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 6. Baskı, Oxford, 2015; T. C. Hartley, *The Foundations of European Union Law*, 8. Baskı, Oxford, 2014; J. Steiner, L. Woods ve C. Twigg-Flesner, *Steiner and Woods’ EU Law* (ed. L. Woods ve P. Watson), 12. Baskı, Oxford, 2014; ve *Wyatt and Dashwood’s European Union Law* (ed. A. Dashwood diğerleri), 6. Baskı, Oxford, 2011.

<sup>19</sup> <http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties.html>

<sup>20</sup> Ağustos 2016 itibarıyla Birleşik Krallık referandumda AB’den ayrılma kararı vermiş ancak Avrupa Birliği Antlaşması’nın 50. maddesi uyarınca gereken ayrılma bildirimini henüz yapmamıştı. (Bilahare bu bildirim yapılmış, ayrılma müzakereleri başlamış ve 2019 yılında ayrılmanın gerçekleşeceği öngörülmüştür. Ç. N.)

Avrupa Konseyi 1949'da geniş kapsamlı işbirliği amacıyla oluşturulmuştur.<sup>21</sup> Halihazırda 47 üye devlet bulunmaktadır. Konsey, hükümet temsilcilerinden oluşan Bakanlar Komitesi ve üye devletlerin Parlamentolarını temsil eden üyelerden oluşan Parlamenterler Meclisi'ni içermektedir. Avrupa Konseyi'nin görevinin en önemli kısmı, sözleşmeler ve protokollerin hazırlanması ve sonuçlandırılmasıdır.<sup>22</sup> 1949'da SSCB'den gelebilecek muhtemel tehditlere karşı koymak amacıyla Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO) kurulmuştur.<sup>23</sup> NATO çerçevesinde, ABD ve Kanada ile birlikte 14 Avrupa devleti, temelde Batı Avrupa'nın (Yunanistan ve Türkiye de dahil olmakla birlikte) korunması amacıyla bir araya gelmiştir. Antlaşma sonucu<sup>24</sup> taraflar her hangi bir devletin toprak bütünlüğü, siyasal bağımsızlığı ve güvenliği tehdit edildiği bir durumda istişarelerde bulunma hususunda anlaşmaya vardılar<sup>25</sup> ve Avrupa ve Kuzey Amerika'da bu devletlerden biri ya da daha fazlasına karşı bir silahlı saldırı olması durumunda bunun bütün hepsine karşı bir saldırı olarak görüleceğini kabul ettiler.<sup>26</sup> İttifak (günümüzde 28 devleti içeriyor) üst organ olan ve bütün üyelerin temsil edildiği bir Konsey ve resmi danışma organı olarak faaliyet gösteren bir NATO Parlamenter Konferansı'ndan (Kuzey Atlantik Asamblesi) oluşmaktadır.<sup>27</sup>

8 Aralık 1991 tarihinde Minsk'de Rusya, Belarus ve Ukrayna tarafından imzalanan bir anlaşmayla Bağımsız Devletler Topluluğu kurulmuştur. Eski SSCB cumhuriyetlerinden diğer sekizi de o yılın 21 Aralık günü Bağımsız Devletler Topluluğu'na katıldı. Gürcistan'ın da 1993'de katılımıyla günümüzde artık üç Baltık cumhuriyetinden başka bütün eski Sovyet cumhuriyetlerini içeren bir örgüte dönüştü. Örgüt üye devletlerin toprak bütünlüğüne saygı temeline dayalıdır ve üye devletler ortak bir komutanlık altında bir ortak askeri ve stratejik alanı (nükleer silahlar konusunda ortak kontrolü de içeren) muhafaza ve devam ettirme hususunda anlaştı. Ayrıca ortak eşgüdüm sağlayıcı kuruluşların teşkil edilmesi konusunda da anlaşmaya vardılar.<sup>28</sup> Bağımsız Devletler Topluluğu Ocak 1993'de Minsk'de bir sözleşmeyi kabul etti.<sup>29</sup> Sözleşme uyarınca Bağımsız Devletler Topluluğu'nun, uluslararası hukukun bağımsız özneleri olan üyelerinin egemen eşitliğine dayalı olduğu açıklanmaktadır. Bağımsız Devletler Topluluğu'nun bir devlet ve uluslarüstü yetkilere sahip bir örgüt olmadığı açıkça

<sup>21</sup> Örneğin bkz., *The Council of Europe: Its Laws and Policies* (ed. S. Schmahl ve M. Breuer), Oxford, 2016; Archer, *Organising Europe*, 4. Bölüm; A. H. Robertson, *The Council of Europe*, 2. Baskı, London, 1961, ve T. Ouchterlony, *The Council of Europe in the New Europe*, Edinburgh, 1991. Ayrıca bkz., <http://hub.coe.int/>

<sup>22</sup> Bkz., Avrupa Konseyi Statüsü'nün 15. ve 16. maddeleri. Bunlar çok sayıdadır, başlıcaları; Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi (1950), Avrupa Sosyal Şartı (1961) ve kültürel ve eğitimsel sorunlarla ilgili anlaşmalar ve paten verme, suçluların iadesi, göç, devlet dokunulmazlığı, terörizm ve diğerlerini kapsayan sözleşmeler olarak belirtilebilir. Daha fazla bilgi için bkz., 7. Bölüm. Ayrıca Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) hakkında bkz., *The CSCE* (ed. A. Bloed), Dordrecht, 1993; J. Maresca, *To Helsinki: The CSCE 1973-75*, Durham, 1987; *Essays on Human Rights in the Helsinki Process* (ed. A. Bloed ve P. Van Dijk), Dordrecht, 1985; A. Bloed ve P. Van Dijk, *The Human Dimension of the Helsinki Process*, Dordrecht, 1991, ve D. McGoldrick, 'The Development of the Conference on Security and Co-operation in Europe: From Process to Institution', *Legal Visions of the New Europe* (ed. B. S. Jackson ve D. McGoldrick), London, 1993, s. 135. Ayrıca bkz., [www.osce.org/](http://www.osce.org/).

<sup>23</sup> Örneğin bkz., Archer, *Organising Europe*, 9. Bölüm; *Bowett's International Institutions*, ss. 194 vd.; K. Myers, *NATO, The Next Thirty Years*, Boulder, 1980, ve L. S. Kaplan ve R. W. Clawson, *NATO After Thirty Years*, Wilmingon, 1981. Ayrıca bkz., [www.nato.int](http://www.nato.int).

<sup>24</sup> 43 AJIL, 1949, Supp., s. 159.

<sup>25</sup> 4. madde. 4. Madde uyarınca 2003'ün başlarında Türkiye'ye destek istenildi ve bu destek verildi. Bkz., [www.nato.int/docu/pr/2003/p030216e.htm](http://www.nato.int/docu/pr/2003/p030216e.htm).

<sup>26</sup> 5. madde. Bu maddeye ilk olarak 12 Eylül 2001 tarihinde başvuruldu ve İttifak, ABD'ye yapılan saldırının ittifakin bütün üyelerine karşı yapılmış bir saldırı oluşturduğunu kabul ettiklerini deklare etti. Bkz., [http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics\\_59378.htm](http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_59378.htm)

<sup>27</sup> Ayrıca Avrupa Atlantik Ortak Konseyi de NATO, eski Varşova Paketi ve diğer AGİT devletlerini işbirliği çerçevesi içerisinde biraraya getirmektedir. Halen 50 partner devlet vardır. Ayrıca NATO'nun barışı koruma ve barışı uygulama operasyonlarına ilişkin bkz., yukarıda 21. Bölüm.

<sup>28</sup> Bkz., Minsk Antlaşması'nın 5-7. maddeleri, 31 ILM, 1992, ss. 143 vd.

<sup>29</sup> Bkz., 4 *Finnish YIL*, 1993, s. 263.

ifade edilmektedir.<sup>30</sup> En yüksek organ Devlet Başkanları Konseyi'dir, Hükümet Başkanları Konseyi'nin ise koordinasyon rolü vardır.<sup>31</sup> İki Konsey'in kararları da oybirliği ile alınır.<sup>32</sup>

Amerikan Devletleri Örgütü İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkmış ve 1890'dan beri düzenlenen Amerika devletleri arası konferanslar ve Pan-Amerikan Birliği'nin çalışmaları üzerine kurulmuştur.<sup>33</sup> İki temel antlaşmadan oluşmaktadır: Ortak savunma sistemi olan Amerikan Devletleri Arası Karşılıklı Yardım Antlaşması (Rio Antlaşması - 1947) ve Amerikan Devletleri Örgütü'nün orijinal sözleşmesi olan Bogota Sözleşmesi (1948). Bogota Sözleşmesi, 1967'de Buenos Aires Protokolü, 1985'de Cartagena de Indias Protokolü, 1992'de Washington Protokolü ve 1993'de de Managua Protokolü ile değişikliğe uğramıştır. Halihazırda 35 üye devlet vardır. Amerikan Devletleri Örgütü bir ortak savunma sistemidir; bir üyeye karşı yapılan bir saldırı bütün üyelere karşı yapılmış saldırı kabul edilir. Örgüt, üst organ olan ve geniş görev tanımına sahip bir Genel Kurul, Dışişleri Bakanlarının istişari toplantıları, bahsi geçen organların yetkisine bağlı olarak sekreterlik denetimi ve politik işlevler gören bir Daimi Konsey ve çok sayıda yardımcı organdan oluşur.<sup>34</sup>

Arap Birliği 1944'de büyük hedeflerle kurulmuştur.<sup>35</sup> Birlik Konseyi üst organdır ve yararlı bir uzlaştırıcı rol oynamaktadır. Ekonomik, kültürel ve sosyal konularla ilgilenen çeşitli yardımcı organlar oluşturulmuştur. Merkezi 1979 İsrail – Mısır Barış Antlaşması'ndan sonra Mısır'dan taşınarak Tunus'a yerleşmiştir. Ayrıca bir daimi sekreterliği ve bir genel sekreteri vardır. Birlik Konseyi 1961'de Kuveyt'de (Irak tehdidini caydırmak için bir ortak Arap gücü kurulmuştur) ve 1976'da da Lübnan'da (Suriye askerlerinin operasyonları için bir şemsiye olarak) barışı koruma operasyonlarına dahil olmuştur.<sup>36</sup>

Afrika Birliği Örgütü 1963'de Etyopya'da kurulmuş, 2001'de Afrika Birliği adını almıştır.<sup>37</sup> Birliğin Kurucu Belgesi 3. maddesinde bir dizi hedef sıralamaktadır. Bu hedefler arasında Afrika devletleri arasında daha büyük bir birlik başarmak, üye devletlerinin egemenliği, toprak bütünlüğü ve bağımsızlığını savunmak, kıtada barış, güvenlik ve istikrarı tesis etmek, İnsan ve Halkların Hakları Afrika Sözleşmesi ve diğer ilgili insan hakları mevzuatına uygun

<sup>30</sup> Bkz., 1. madde.

<sup>31</sup> Bkz., 21. ve 22. maddeler.

<sup>32</sup> Bkz., 23. madde. Çeşitli bakanlıkları biraraya getiren diğer bazı konseyler de vardır. Bkz., 27., 28., 30. ve 31. maddeler. Ayrıca bir Ekonomi Mahkemesi ve bir de İnsan Hakları Komisyonu oluşturulmuştur. Bkz., 32. ve 33. maddeler. Ayrıca bkz., [www.cis.minsk.by/](http://www.cis.minsk.by/)

<sup>33</sup> Örneğin bkz., *Bowett's International Institutions*, 7. Bölüm; A. V. W. Thomas ve A. J. Thomas, *The Organization of American States*, Dallas, 1963; M. Ball, *The OAS in Transition*, Durham, 1969, ve M. Wood, 'The Organization of American States', 33 YBWA, 1979, s. 148. Ayrıca bkz., [www.oas.org/](http://www.oas.org/).

<sup>34</sup> Amerikan Devletleri Örgütü bir İnsan Hakları Sözleşmesi kabul etmiştir. Bkz., yukarıda 6. Bölüm. Sınırlı yetkiye sahip birkaç Amerikan örgütü daha vardır. Bu konuda bkz., *Bowett's International Institutions*, 7. Bölüm. Bu örgütler, örneğin, Inter-Amerikan Bankası (1959), Andean Paktı (1969), Karayipler Topluluğu ve Ortak Pazarı - CARICOM (1973), Latin Amerika Entegrasyon Birliği (1980), Güney Küre Ortak Pazarı - MERCOSUR (1991) ve Karayip Ülkeleri Topluluğu (1994)'nu içermektedir.

<sup>35</sup> Örneğin bkz., *Bowett's International Institutions*, s. 241, ve R. W. MacDonald, *The League of Arab States*, Princeton, 1965. Ayrıca bkz., B. Boutros-Ghali, 'La Ligue des ' Etats Arabes', 137 HR, 1972, s. 1, ve H. A. Hassouna, *The League of Arab States*, Dobbs Ferry, 1975. Ayrıca 1960'da kurulmuş ve 1973'de de ham petrol fiyatlarını belirleme gücüne ulaşmış Petrol İhraç Eden Ülkeler Örgütü (OPEC) de not edilmelidir. Bu konuda, örneğin, bkz., I. Seymour, *OPEC, Instrument of Change*, London, 1980, ve I. Skeet, *OPEC: Twenty-five Years of Prices and Politics*, Cambridge, 1988. Ayrıca bkz., [www.arableagueonline.org/](http://www.arableagueonline.org/) ve [www.lasportal.org/](http://www.lasportal.org/).

<sup>36</sup> Örneğin bkz., *Bowett's International Institutions*, s. 242, ve G. Feuer, 'Le Force Arabe de Securite au Liban', 22 AFDI, 1976, s. 51. Ayrıca bkz., yukarıda 17. Bölüm.

<sup>37</sup> *A.g.e.*, s. 243; Z. Cervenka, *The Organization of African Unity and Its Charter*, London, 1969, ve *The Unfinished Quest for Unity*, London, 1977; B. Andemicael, *The OAU and the UN*, London, 1976; M. Wolfers, *Politics in the Organization of African Unity*, London, 1976; C. A. A. Packer ve D. Rukare, 'The New African Union and Its Constitutive Act', 96 AJIL, 2002, s. 365, ve K. D. Magliveras ve G. J. Naldi, 'The African Union: A New Dawn for Africa?', 51 ICLQ, 2002, s. 415. Ayrıca bkz., yukarıda 17. Bölüm, ve [www.africa-union.org/](http://www.africa-union.org/).

olarak insan ve halkların haklarını geliştirmek ve sürdürülebilir kalkınmayı teşvik etmek yer almaktadır. Kurucu Belge'nin 4. maddesi Birliğin prensiplerini ortaya koymaktadır. Bu prensipler, bağımsızlığın elde edildiği dönemdeki mevcut sınırlara saygı gösterilmesi, Afrika kıtası için bir ortak savunma politikası geliştirilmesi, üye devletler arasındaki çatışmaların barışçıl çözümü ve Birliğe üye olan devletler arasında kuvvet kullanımının ya da kuvvet kullanım tehdidinin yasaklanmasını içermektedir. İlginç şekilde, toprak bütünlüğüne yapılan vurguya ek olarak, prensipler, savaş suçları, soykırım ve insanlığa karşı suçlar gibi ağır durumlar söz konusu olduğunda Genel Kurul'un kararını müteakiben Birliğin bir üye devlete müdahale etme hakkını ve üye devletlerin barış ve güvenliğinin tesisi için Birliğin müdahalede bulunmasını talep etme hakkını da öngörmektedir.<sup>38</sup> Ayrıca prensipler, demokratik ilkelere ve insan hakları, hukuk devleti ve iyi yönetim ilkelerine saygı gösterilmesi ve hükümetlerin anayasaya aykırı olarak değiştirilmesinin kınanması ve reddedilmesini de içermektedir. Birliğin organları, üst organ olarak devlet ya da hükümet başkanlarından ya da temsilcilerinden oluşan ve Birliğin ortak politikasını belirleyen bir Genel Kurul, dışişleri ya da diğer bakanlardan oluşan ve dış ticaret, su kaynakları ve enerji gibi üye devletlerin ortak çıkar alanlarında politikaları koordine etme ve kararlar alma görevini yürüten bir Yürütme Kurulu, Afrika Parlamentosu ve Adalet Divanı'dır. Afrika Birliği Adalet Divanı Antlaşması'nın yorumlanması ve uygulanmasına dair yargı yetkisine sahiptir ve halihazırda Afrika İnsan Hakları Mahkemesi ile birleştirilmesi süreci devam etmektedir.

Güney Doğu Asya Milletleri Birliği (ASEAN) 1967'de kurulmuştur.<sup>39</sup> ASEAN ekonomik, politik ve kültürel amaçlara sahiptir ve Brunei, Kamboçya, Endonezya, Laos, Malezya, Myanmar, Filipinler, Singapur, Tayland ve Vietnam üye devletlerdir. 1976'da üç anlaşma imzalanmıştır. Bu anlaşmalar; anlaşmazlıkların barışçıl yollarla çözümü ile ilgili ve tarafların barışın temini için taahhütlerini teyit ettikleri Dostluk ve İşbirliği Antlaşması, politik ve ekonomik koordinasyon ve işbirliği çağrısında bulunan ASEAN Anlaşması Deklarasyonu ve 1967 ASEAN Deklarasyonu uyarınca kurulmuş ulusal sekreterlikler arasında koordinasyon sağlamak için öngörülen Daimi Sekreterliğin Kurulması Antlaşması'dır. 1987'de Dostluk Antlaşması'nda değişikliğe giden bir protokol imzalanmış ve böylece ASEAN bölgesi dışından ülkeler de antlaşmaya dahil olabileme imkanı tanınmıştır. Ayrıca, 1987 Manila Deklarasyonu'ndan ASEAN Ekonomik İşbirliği Genişletme Konusunda Çerçeve Anlaşma (1992) ve bir Ortak Etkin Tercihli Gümrük Tarifeleri çerçevesinde 15 yıl içinde ASEAN serbest ticaret bölgesi kurulması kararına kadar bir dizi ekonomik anlaşma da imzalandı. 2003'de ASEAN Güvenlik Topluluğu, Ekonomik Topluluğu ve Sosyo-Kültürel Topluluğu'nu kuran ASEAN II Antlaşması imzalanmış<sup>40</sup> ve 20 Kasım 2007 tarihinde de ASEAN Sözleşmesi kabul edilmiştir. 2012'de ise bir İnsan Hakları Deklarasyonu yayınlanmış<sup>41</sup> ve 2015'te Özellikle Kadın ve Çocuk Olmak Üzere İnsan Ticaretine Karşı ASEAN Sözleşmesi imzalanmıştır.

<sup>38</sup> Örneğin bkz., B. Kioko, 'The Right of Intervention under the African Union's Constitutive Act: From Non-Interference to Non-Intervention', 85 *International Review of the Red Cross*, 2003, s. 807.

<sup>39</sup> Örneğin bkz., *Bowett's International Institutions*, s. 232. Ayrıca bkz., S.B. Das, *The ASEAN Economic Community and Beyond: Myths and Realities*, Singapore, 2016; C.B. Roberts, *ASEAN Regionalism*, Abingdon, 2013; T. W. Allen, *The ASEAN Report*, 2 Cilt, Washington, 1979, ve *Understanding ASEAN* (ed. A. Broinowski), London, 1982. Ayrıca bkz., [www.asean.org/](http://www.asean.org/). ASEAN'in üst karar organı, devlet ya da hükümet başkanlarından oluşan Zirve'dir; ayrıca Dışişleri Bakanlarından oluşan bir Koordinasyon Konseyi vardır. Bkz., Sözleşmenin 7. ve 8. maddeleri. Bu organların yanı sıra çeşitli topluluk konseyleri ve sektörel bakanlar kurulları oluşturulmuştur. Bkz., Sözleşme'nin 9. ve 10. maddeleri. Ayrıca bir Genel Sekreter ve Sekreterlik ve bir de Daimi Temsilciler Komitesi vardır. Bkz., 11. ve 12. maddeler. Karar alma prensip itibarıyla istişare ve ittifak yoluyla olmaktadır. Bkz., 20. madde.

<sup>40</sup> Bkz., 43 ILM, 2004, s. 18.

<sup>41</sup> Bkz., <http://aichr.org/documents/>. ASEAN İnsan Hakları Hükümetlerarası Komisyonu hakkında bkz., <http://aichr.org/>. ASEAN İnsan Hakları Mekanizması Çalışma Grubu hakkında bkz., [www.aseanhrmech.org/index.html](http://www.aseanhrmech.org/index.html).

## ULUSLARARASI ÖRGÜTLERİN BAZI HUKUKİ YÖNLERİ<sup>42</sup>

Artan sayıda ve çeşitte uluslararası örgüt tarafından uluslararası hukuka genel olarak katkıda bulunulduğu konusunda bir kuşku yoktur. Birçok alanda uluslararası örgütlerin uygulaması önemli ve genellikle de yeterince değeri anlaşılamamış bir etkiye sahiptir. Ayrıca bu tür örgütlerdeki devlet uygulaması genel olarak teamül hukukunun oluşum sürecinde giderek artan öneme sahip bir unsurdur. Bu durum küresel ölçekteki üyelik ve yaygın faaliyet alanı nedeniyle Birleşmiş Milletler için özellikle geçerlidir. Bununla birlikte bu tür uygulamaların bütün hepsi de teamül hukukuna dönüşme kapasitesine sahip değildir; bu konuda *opinio juris* ya da bağlayıcı kriterin varlığına dair özen gösterilmek zorundadır.<sup>43</sup>

Uluslararası örgütlerin uygulamalarının uluslararası hukuk üzerindeki etkisi kadar, bu tür örgütlerin faaliyetleri içerisinde uluslararası hukuki normların önemi de kayda değerdir. Söz konusu normlar uluslararası kuruluşların çalışmalarını ve gelişimini yönlendirir ve hukuk dışı fiillerin tashih edilmesini sağlar.<sup>44</sup> Uluslararası örgütler geçmişte uluslararası antlaşmalarda, bu tür oluşumların ana özelliğinin üyeliklerini devletlerin teşkil etmesi olduğunu göstermek için, 'hükümetler arası örgütler' olarak tanımlanmıştır.<sup>45</sup> Bununla beraber, Uluslararası Hukuk Komisyonu 2011'de kabul edilen Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddeler başlıklı çalışmasının 2. maddesinde bu örgütlere 'bir antlaşma ya da uluslararası hukuk çerçevesindeki diğer bir belge tarafından kurulan ve kendi hukuki kişiliğine sahip olan bir örgüt' olarak atıfta bulunmuş ve uluslararası örgütlerin 'üye olarak devletlerin yanı sıra diğer birimleri de içerebileceği'ni belirtmiştir.<sup>46</sup> Amerasinghe bu örgütlere 'normal olarak devletlerin taraf oldukları bir antlaşma ya da sözleşme ile kurulan' örgütler olarak atıfta bulunmakta ve 'bu şekilde kurulmuş örgütlerin üyelerinin genel olarak devletler olduğu'nu vurgulamaktadır. Amerasinghe, ayrıca, bu tür örgütlerin devletler arasında uluslararası anlaşmalar ile kurulması, bir anayasasının olması, üyelerinden ayrı organlara sahip olması, uluslararası hukuk çerçevesinde kurulmuş olması, ya münhasıran ya da çoğunluk itibarıyla devletlerin veya hükümetlerin üye olması gibi temel özelliklerine işaret etmektedir.<sup>47</sup>

Bu nedenle bu bölümün konusu olan kamusal nitelikli uluslararası örgütleri, özel ya da hükümet dışı örgütlerden ve kamusal nitelikli uluslararası şirketlerden ayırmak mümkündür.<sup>48</sup> Kamusal nitelikli uluslararası örgütler çeşitli, açık ya da evrensel üyelik sistemine (BM ve uzmanlık kuruluşları gibi) veya sınırlı ya da kapalı üyelik sistemine (Afrika Birliği ya da Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü – OECD) sahip olabilir. Uluslararası örgütler anayasalarına bağlı olarak daha geniş ya da daha dar ölçekte fonksiyonlar üstlenebilir; BM ilkinin, Dünya Sağlık Örgütü ise ikincisinin iyi bir örneğidir. Bir oluşumun uluslararası

<sup>42</sup> Örneğin bkz., Amerasinghe, *Principles*; Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*; *Bowett's International Institutions*, 3. Bölüm; Klabbers, *Introduction*; A. Reinisch, *International Organizations Before National Courts*, Cambridge, 2000; ve Reuter, *International Institutions*, ss. 227–64. Ayrıca bkz., E. Lauterpacht, 'Development' and 'The Legal Effects of Illegal Acts of International Organizations', *Cambridge Essays in International Law*, Cambridge, 1965, s. 98; K. Skubiszewski, 'Enactment of Law by International Organizations', 4 BYIL, 1965–6, s. 198; Whiteman, *Digest*, Cilt: 13; R. Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations*, Oxford, 1963, ve genel olarak yukarıda 2. dipnotta aktarılan diğer kaynaklar.

<sup>43</sup> Bkz. yukarıda 3. Bölüm.

<sup>44</sup> Örneğin bkz., IMCO davası, ICJ Reports, 1960, s. 150; 30 ILR, s. 426; *Conditions of Admission of a State to the United Nations* davası, ICJ Reports, 1948, p. 57; 15 AD, s. 333; ve *Certain Expenses of the United Nations* davası, ICJ Reports, 1962, s. 151; 34 ILR, s. 281. Ayrıca bkz., E. Lauterpacht, 'Development', ss. 388–95.

<sup>45</sup> Örneğin bkz., Uluslararası Örgütler İle İlişkilerinde Devletlerin Temsili Hakkında Viyana Sözleşmesi (1975), Antlaşmalar Bakımından Devletlerin Halefiyeti Hakkında Viyana Sözleşmesi (1978) ve Devletler İle Uluslararası Örgütler Arasında Antlaşmalar Hukuku Viyana Sözleşmesi (1986)..

<sup>46</sup> Bkz., Report of the International Law Commission, 2011, A/66/10, 5. Bölüm.

<sup>47</sup> *Principles*, ss. 9 ve 10.

<sup>48</sup> Bkz., yukarıda 5. Bölüm.

örgüt olarak görülüp görülemeyeceği, temel olarak, yukarıda belirtilen kriterlerin tamamına ya da bir kısmına gerçekte sahip olup olmadığına bağlı olacaktır.

#### Kişilik<sup>49</sup>

Uluslararası örgütlerin dünya düzenindeki rolü onların iç hukuk çerçevesindeki kişilikten farklı, ve ona ek, olarak uluslararası hukuki kişiliğe sahip olmaları üzerinde odaklanmaktadır. Bu tür örgütler, uluslararası hukuki kişilik söz konusu ise, uluslararası hukukun öznesi olurlar ve yalnızca birbirinden bağımsız ayrı yerel yetki alanlarının sınırları içerisinde faaliyet göstermekten farklı olarak uluslararası sahnede hak ve yükümlülüklerle sahip olma kapasitesine sahip olurlar. İki ya da daha çok devletin işbirliği ile yapılan düzenlemelerin bütün hepsi her zaman ayrı hukuki kişilikler oluşturmaz. Uluslararası Adalet Divanı *Nauru v. Australia* davasında<sup>50</sup>, 1947'de BM tarafından onaylanan Vesayet Anlaşması ile Avustralya, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık'ın Nauru için ortak olarak 'yönetici otorite' olduğu düzenlemelerin söz konusu devletlerin uluslararası hukuki kişiliğinden farklı ayrı bir uluslararası hukuki kişilik doğurmadığını belirtmiştir.

Kişilik meselesi ilk olarak örgütü kuran mevzuatın hükümlerine bağlıdır. Eğer devletler örgütün spesifik olarak uluslararası kişiliğe sahip olmasını istiyorlarsa, bu, kurucu antlaşmada belirtilecektir ve konunun belirleyicisi olacaktır.<sup>51</sup> Ancak, uluslararası düzlemde kişilik, örgütün yetkileri ya da amaçlarından ve uygulamalarından çıkarılabilir.<sup>52</sup> Bu daha yaygın durumdur ve *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* davasında Uluslararası Adalet Divanı tarafından resmi düzeyde tartışılmış ve (en azından doğrudan BM göz önüne alındığında) çözüme kavuşturulmuş bir konudur.<sup>53</sup> Mahkeme BM'nin uluslararası hukuki kişiliğe sahip olduğunu belirtmiş, Sözleşme'de belirtilen amaçlar ve prensipleri başarmak için bunun zaruri olduğuna işaret etmiştir. Diğer bir deyişle, bu görüş örgütün icra ettiği fonksiyonlar ve sahip olduğu haklardan yapılan zorunlu bir çıkarımdır.

Divan, 'BM'nin üyeleri(nin), ona belirli fonksiyonlar yükleyerek, beraberinde haklar ve sorumluluklar ile, bu fonksiyonlarını etkili bir şekilde yerine getirebilmesi için BM'yi gerekli yetki ile donattıkları'nın kabul edilmek zorunda olduğunu vurgulamıştır.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> Örneğin bkz., R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, 2010, 5. Bölüm; T. Gazzini, 'Personality of International Organizations', *Research Handbook*, 2. Bölüm; H. Thirlway, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960–1989 (Part Eight)', 67 BYIL, 1996, s. 1; Klabbers, *Introduction*, 3. Bölüm; *Bowett's International Institutions*, 15. Bölüm; Amerasinghe, *Principles*, 3. Bölüm; Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, 11. Bölüm; D. Sarooshi ve A. Tzaakopoulos, 'International Organizations before United Kingdom Courts', University of Oxford Legal Research Paper Series, No. 70/2012, 2012; C. W. Jenks, 'The Legal Personality of International Organizations', 22 BYIL, 1945, s. 267; M. Rama-Montaldo, 'International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations', 44 BYIL, 1970, s. 111; M. Sørensen, 'Principes de Droit International Public', 101 HR, 1960, ss. 1, 127 vd.; H. Barberis, 'Nouvelles Questions Concernant la Personalite Juridique Internationale', 179 HR, 1983, s. 145; F. Seyersted, 'Objective International Personality of Intergovernmental Organizations', 34 *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, 1964, s. 1, ve C. Ijalaye, *The Extension of Corporate Personality in International Law*, Dobbs Ferry, 1978. Ayrıca bkz., yukarıda 5. Bölüm.

<sup>50</sup> ICJ Reports, 1992, ss. 240, 258; 97 ILR, ss. 1, 25.

<sup>51</sup> Örneğin bkz., Avrupa Birliği Antlaşması'nın 47. maddesi AB'nin 'tüzel kişiliğe sahip olacağı'nı öngörmektedir. Avrupa Birliği'nin İşlemesine Dair Antlaşma'nın 335. maddesi de 'Birliğin her üye devlette, kendi hukukları uyarınca tüzel kişilere sağlanan en geniş hukuki yetkiyi haiz olacağını' belirtmektedir. Ayrıca bkz., *Costa (Flaminio) v. ENEL* [1964] ECR 585; 93 ILR, s. 23.

<sup>52</sup> Seyersted tarafından savunuculuğu yapılan, uluslararası örgütlerin en az bir organının üye devletlerinkinden ayrı bir iradesi olduğu durumlarda, bu örgütlerin *ipso facto* (kendiliğinden) uluslararası hukuki kişi olacağı görüşü için bkz., Seyersted, 'Objective International Personality', ve Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, s. 989.

<sup>53</sup> ICJ Reports, 1949, s. 174; 16 AD, s. 318.

<sup>54</sup> ICJ Reports, 1949, s. 179; 16 AD, s. 322.



Uluslararası kişiliğe sahip olma, söz konusu örgütün uluslararası hukukun bir öznesi olduğu ve uluslararası hak ve yükümlülüklerle sahip olma ve uluslararası iddialarda bulunarak onları uygulamaya koyma yeterliliği bulunduğu anlamına gelmektedir.

Divan, bu sonuca ulaşırken, Birleşmiş Milletler'in anayasal niteliği ile yetkileri ve yükümlülüklerinin kapsamını belirlemek için Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ni ve sonraki ilgili antlaşmaları ve uygulamayı incelemiştir. Divan, üyelerin örgüte yönelik yükümlülüklerine, örgütün uluslararası anlaşmalar yapma ehliyetine ve Sözleşme'nin 104. ve 105. maddelerindeki hükümlere işaret etmiş ve bu sayede Birleşmiş Milletler - amaçlarını gerçekleştirebilmek için gerekli olduğu üzere - her üye devletin topraklarında bu tür bir hukuki kapasiteyi, imtiyazları ve muafiyetleri kullanabilecektir.

Divan, 'uluslararası topluluğun üyelerinin büyük bir çoğunluğunu temsil eden 50 devlet(in), yalnızca onlar tarafından tanınan bir kişiliğe değil, objektif uluslararası kişiliğe sahip olan bir birim kurmak için uluslararası hukuka uygun bir yetkiye sahip oldukları'ni vurgulamıştır.<sup>55</sup> Sonuç olarak, Divan BM'nin objektif uluslararası hukuki kişiliğini üyelerinin iradelerinden (doğrudan ya da dolaylı olarak) çıkarmıştı. Bu tür bir kişilik, üye olan devletlere olduğu kadar üye olmayan devletlere karşı da ileri sürülebilmesi anlamında objektiftir. Objektif kişilik, söz konusu üye olmayan devlet tarafından önceden tanınmaya bağlı değildir ve örgütün kendi niteliği ve fonksiyonlarından kaynaklandığı görülmektedir. Söz konusu örgüte üye devletlerin sayısı objektif kişilik konusu ile ilgili olabilir, fakat belirleyici unsur değildir.<sup>56</sup>

Bu yüzden, uluslararası hukuki kişiliğin uluslararası bir örgüte atfedilmesi, söz konusu örgütün, sayıları düzinelerce olsa bile ancak üye devletleri aracılığıyla uluslararası olarak faaliyet gösterebilen bir birim olmaktan ziyade, uluslararası alanda doğrudan faaliyet gösteren bir birim olarak ortaya çıkması açısından önemlidir. İlk durum kaçınılmaz olarak anlaşmalar yapılmasında ciddi komplikasyonlara yol açtığı gibi bu tür örgütlerin taleplerini ya da yükümlülüklerini uluslararası olarak yerine getirebilmesi açısından da sorunlara sebep olur. Örgütü etkileyen sorunlar yönüyle üye devletlerin sorumlulukları üzerinde uluslararası kişiliğin etkisi konusuna bu bölümde daha sonra atıfta bulunulacaktır.<sup>57</sup> Bununla beraber, iç hukuktaki kişilik ile uluslararası hukuki kişiliği birbirleriyle karıştırmamak hususunda dikkatli olmak gerekir. Uluslararası örgütlerin çoğu kurucu hükümleri, açıkça ya da zımni olarak, söz konusu örgütün iç hukukta da kişiliğe sahip olmasını öngörür. Böylece bu tür örgütlerde, örneğin, mülk elde etmesi, elden çıkarması ya da kiralaması ya da yerel mahkemelerde hukuki işlemleri yapabilmesi veya fonksiyonlarını yerine getirme için gerekli hukuki kapasiteye sahip olması mümkün olur.<sup>58</sup> Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 104. maddesi, BM'nin 'üyelerinden herbirinin topraklarında görevlerini yerine getirmek ve amaçlarına ulaşmak için gerekli hukuksal ehliyete sahip olduğu'nu öngörmektedir. Bu tür hükümlerin

<sup>55</sup> ICJ Reports, 1949, s. 185; 16 AD, s. 330.

<sup>56</sup> 'Önemli sayıda üyeliğe sahip olan bir uluslararası örgüt, yalnız örgütün üyeleri değil, devletler karşısında da uluslararası hukuk açısından bir tüzel kişidir. Bununla birlikte, bir devlet üyesi olmadığı ve çok az üyeye sahip - ya da söz konusu devletin ait olmadığı bir coğrafyadaki bölgesel nitelikli - bir uluslararası örgütün hukuki kişiliğini tanımak zorunda değildir.' Bkz., the *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, St Paul, 1987, Cilt: 1, s. 141. Ayrıca karşılaştırma için bkz., Amerasinghe, *Principles*, s. 90. Objektif kişilik meselesi esasen bu şekilde üye olmayan devletlerin tanınması ile bağlantılı değildir. Bununla beraber, burada önemli olan konunun, üye olmayan devletlerin bu tür örgütlere yönelik yaklaşım biçimleri olduğu belirtilmelidir. Bu bağlamda, Küresel Mekanizma (The Global Mechanism)'nin hukuki kişiliği hakkında Uluslararası Adalet Divanı'nın IFAD istişari görüşünde yaptığı değerlendirme önemlidir. Mahkeme istişari görüşünde, hukuki kişiliğin açık olarak verilmeşi ya da hukuki düzenlemelere girme ve ulusal ve uluslararası olarak sözleşmeler ve anlaşmalar yapma yetkisinin olmayışı ışığında Küresel Mekanizma'nın ayrı hukuki kişiliğe sahip olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz., ICJ Reports, 2012, ss. 10, 32 vd.

<sup>57</sup> Bkz., bu bölümde aşağıda.

<sup>58</sup> Örneğin bkz., Uluslararası Para Fonu'nun 9(2). maddesi ve Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası'nın 7(2). Maddesi. Ayrıca bkz., Gıda ve Tarım Örgütü Anayasası'nın 16. maddesi, Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nın 6. maddesi ve UNESCO Anayasası'nın 12. maddesi.

olduğu durumlarda, söz konusu örgüte üye devletlerin kendi hukuki sistemleri içerisinde bu tür bir hukuki kişiliği tanıma konusunda bir yükümlülüğü kabul ettikleri sonucu çıkar. Bunun nasıl elde edilebileceği devletten devlete değişiklik gösterecek ve ilgili devletin iç hukuk sistemine bağlı olacaktır.<sup>59</sup>

Bu noktada söz konusu antlaşmaya taraf olmayan ve dolayısıyla da belli bir uluslararası örgüte üye olmayan devletlerin bu tür bir örgütün kişiliğini tanımakla yükümlü olup olmadığı meselesi ortaya çıkmaktadır. Bu, ya doğrudan söz konusu örgüt ile anlaşma yaparak (kendi yetki alanı içerisinde örgütün kurulmasına izin veren yönetim merkezi anlaşması bunun açık bir örneğidir<sup>60</sup>) ya da dolaylı olarak uluslararası özel hukukun (ya da kanunlar çatışması) kuralları sayesinde gerçekleştirilebilir.

Kuşkusuz ki, çoğu uluslararası örgütün belli devletler içerisinde faaliyet göstermesi gerekmektedir ve bu yüzden kişiliklerinin yalnızca uluslararası hukuk içerisinde değil, aynı zamanda ulusal hukuk içerisinde iddialarını gerçekleştirebilmek ya da savunabilmek ve genel olarak da hukuki işlemleri yerine getirebilmek için belirli bir iç hukuk sistemi içerisinde de tanınmaya ihtiyacı vardır. Bu gereksinim farklı şekillerde karşılanabilir. Birçok hukuk sisteminde bir hukuk kişinin hukuki statüsü ve yetkisini bir ulusal mahkeme, uygulanacak ya da geçerli hukuka atıfta bulunarak (ki bu uluslararası örgütler örneğinde uluslararası hukuk olacaktır) belirleyecektir. Bu yüzden eğer söz konusu örgüt uluslararası hukuk çerçevesinde kişiliğe sahipse, bu durum yerel hukuk çerçevesinde de kişiliğin kurulması için yeterli olur.<sup>61</sup> Nitekim, antlaşmaların parlamentonun onayı ile iç hukukun parçasını oluşturduğu devletlerde, iç hukuki kişilik, açıkça hukuki kişiliğe sahip olan bir uluslararası örgütü (örneğin BM gibi) kuran uluslararası anlaşmaya taraf olmanın bir sonucu olarak ortaya çıkar.<sup>62</sup>

Bununla birlikte, Birleşik Krallık'ta devlet uluslararası antlaşmalara düalist bir yaklaşım benimsediği için bu konudaki yaklaşım kısmen farklıdır; bu tür antlaşmaların iç hukuk sistemi içerisinde geçerli olabilmesi için açıkça hukuki sisteme dahil edilmesi gerekir.<sup>63</sup> Uluslararası Örgütler Kanunu (1968)<sup>64</sup>, kararname ile Birleşik Krallık ve bir ya da daha fazla yabancı devletin üye olduğu bir örgüt olarak açıklanan herhangi bir örgüte bir tüzel kişinin hukuki ehliyetini tanımaktadır. *Tin* davasında<sup>65</sup> Lordlar Kamarası tarafından öne sürülen görüş, Uluslararası Teneke Konseyi (ITC)'ne ilişkin 1972 yılındaki kararnamenin hukuki sonucunun ITC'yi üyelerinden ayrı ve farklı bir hukuki kişilik olarak tanımak olduğu, çünkü 'bir uluslararası hukuki kişilik olarak ITC'nin Birleşik Krallık kanunları çerçevesinde (o

<sup>59</sup> Ayrıca bkz., Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma'nın 335. maddesi ve Klappers, *Introduction*, ss. 44 vd.

<sup>60</sup> Örneğin bkz., *Re Poncet* 15 AD, s. 346 (İsviçre ve BM'ye ilişkin).

<sup>61</sup> Örneğin bkz., *International Tin Council v. Amalgamet Inc.* 524 NYS 2d 971 (1988); 80 ILR, s. 30. Ayrıca bkz., *UN-RAA v. Daan* 16 AD, s. 337 ve *Branno v. Ministry of War* 22 ILR, s. 756.

<sup>62</sup> Örneğin bkz., *UN v. B* 19 ILR, s. 490 ve *International Tin Council v. Amalgamet Inc.* 524 NYS 2d 971 (1988). Ayrıca bkz., Amerasinghe, *Principles*, ss. 69 vd. uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler hakkında genel olarak bkz., yukarıda 4. Bölüm.

<sup>63</sup> Örneğin bkz., J. W. Bridge, 'The United Nations and English Law', 18 ICLQ, 1969, s. 689; G. Marston, 'The Origin of the Personality of International Organizations in United Kingdom Law', 40 ICLQ, 1991, s. 403, ve F. A. Mann, 'International Organizations as National Corporations', 107 LQR, 1991, s. 357. Ayrıca bkz., R. Higgins, Report on the 'Legal Consequences for Member States of the Non-Fulfilment by International Organizations of their Obligations toward Third States', *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1995 I, s. 249 ve Sarooshi ve Tzanakopoulos, 'International Organizations'.

<sup>64</sup> Değişiklik yapılmış son düzenleme için bkz., Uluslararası Örgütler Kanunu (2005).

<sup>65</sup> *J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd v. Department of Trade and Industry* [1989] 3 WLR 969, 982 ve 1004 vd.; 81 ILR, ss. 670, 678 ve 703 vd.

zamana kadar) bir statüsünün olmadığı idi.<sup>66</sup> Diğer bir deyişle, Birleşik Krallık'ta bu tür bir hukuki düzenleme olmaksızın bir uluslararası örgüt hukuki açıdan varlık bulamazdı. Bu katı yaklaşımın bir istisnası vardır ve bu da, söz konusu örgüte diğer bir ülkede hukuki kişilik imtiyazının verilmesi durumudur. *Arab Monetary Fund v. Hashim (No. 3)* davası<sup>67</sup>, Arap Para Fonu (AMF)'nin çalındığı iddia edilen fonları kurtarmak için İngiliz mahkemeleri önüne taşıdığı bir konu hakkındaydı. Bazı Arap devletleri arasında yapılan ilgili kurucu antlaşma (1976) AMF'ye 'bağımsız hukuki kişilik' veriyordu ve Abu Dabi'de örgüte bağımsız hukuki statü ve Birleşik Arap Emirliği hukukunda dava açma ve davaya konu olma ehliyeti veren bir kararname kabul edilmişti. Bununla beraber, AMF'ye Birleşik Krallık içerisinde hukuki kişilik tanıyan ve Uluslararası Örgütler Kanunu (1968) çerçevesinde çıkarılmış bir kararname yoktu. Temyiz Mahkemesi, Lordlar Kamarası'nın *Tin* davasındaki kararının<sup>68</sup>, yabancı hukuk çerçevesinde kurulmuş bir birimin tanınmasına izin veren kanunlar çatışması kurallarının uluslararası hukuk çerçevesinde kurulmuş bir örgüte uygulanamayacağı anlamına geldiği görüşünü benimsedi. Bunun gerekçesi olarak da, bunun, açıkça, yargı yetkisi kapsamı dışında kurulmuş hukuki kişiliğe sahip bir uluslararası örgütün ilgili kanun hükmünde kararname olmaksızın İngiltere'de dava açma ehliyetini haiz olamayacağı prensibini bozarak olacağı öne sürüldü.<sup>69</sup>

Bununla beraber, Lordlar Kamarası dörde karşı bir oy çoğunluğu ile, Temyiz Mahkemesi üyelerinin çoğunluğunun teneke davalarında yapılan değerlendirmeden etkilenmiş olduklarını hissettikleri görüşünü açıklamış ancak bu davaların, yabancı bir devletin tanınmasının devleti ilgilendiren bir konu olduğu için ve yabancı bir devletin Kraliyet tarafından tanınması halinde, Birleşik Krallık mahkemelerinin o devlet tarafından kurulmuş olan tüzel kişileri de tanıyacağına dair prensipleri etkilemeyeceğini belirtmiştir. Lordlar Kamarası, bir veya daha fazla üye devletçe uluslararası bir örgütün kurulması halinde, Birleşik Krallık mahkemelerinin bu örgütü nezaket gereği ayrı bir birim olarak tanıyacağını ifade etmiştir.<sup>70</sup>

Diğer bir deyişle, Birleşik Krallık'ta bir uluslararası örgütün hukuki kişiliğe sahip olduğu birkaç yöntemden biriyle kabul edilebilir: İlk olarak, parlamentonun bu tür bir örgütü kuran uluslararası antlaşmayı mevzuat yoluyla iç hukuka dahil etmesi durumunda<sup>71</sup>; ikincisi, yürütmenin bir uluslararası örgütü açıkça tanıması durumunda<sup>72</sup>; üçüncüsü, Uluslararası Örgütler Kanunu çerçevesinde bir kanun hükmünde kararnamenin bunu sağladığı durumda; dördüncüsü, mahkemeler nezaket gereği üye devletlerin biri ya da daha çoğunda hukuki kişiliğe sahip olan bir uluslararası örgütü tanıdığı durumda.<sup>73</sup> Ancak, bu, bazı zorlukları olmayan bir yaklaşım değildir. Çünkü, buradan, hukuki kişiliğe sahip bir uluslararası örgütü kuran bir uluslararası antlaşma var olsa bile, bir Birleşik Krallık kanun hükmünde kararnamesinin konusu olmayan ve üye devletlerin iç hukuk sistemine dahil edilmemiş bir uluslararası örgütün Birleşik Krallık'ta hukuki kişiliğe sahip olduğunun kabul edilmeyebileceği çıkarımı yapılabilir. Diğer yandan, bir uluslararası örgütün, yalnızca, diğer bir ülkenin iç hukukunda hukuki kişiliğe sahip olduğu için kanunlar çatışması kurallarının Birleşik Krallık'ta uygulanması suretiyle, bu uluslararası örgütün burada da hukuki kişiliğe sahip olduğunu ileri sürmek sorunlar doğurur. Nitekim, mahkeme Westland Helicopters

<sup>66</sup> [1989] 3 WLR 1008; 81 ILR, s. 708 (per Lord Oliver). Ancak bu konuda Lord Templeman'ın *Arab Monetary Fund v. Hashim (No. 3)* davasındaki, bir ya da daha fazla yabancı devlet tarafından hukuka dahil edilmeye dayalı hiçbir argümanın *Tin* davası ile ilgili olmadığı ya da incelenmediğini belirten görüşü için bkz., *Arab Monetary Fund v. Hashim (No. 3)* [1991] 2 WLR 729, 738; 85 ILR, ss. 1, 11.

<sup>67</sup> [1991] 2 WLR 729; 85 ILR, s. 1.

<sup>68</sup> [1989] 3 WLR 969; 81 ILR, s. 670.

<sup>69</sup> [1990] All ER 769, 775 (Donaldson MR); 83 ILR, ss. 259–61 ve 778 (Nourse LJ); 83 ILR, s. 264.

<sup>70</sup> [1991] 2 WLR 738–9; 85 ILR, ss. 12–13.

<sup>71</sup> Bkz., [1991] 2 WLR 738; 85 ILR, s. 12 (Bretton Woods Anlaşmaları Kanunu (1945) örnek verilmektedir).

<sup>72</sup> *A.g.e.*

<sup>73</sup> *A.g.e.*

Ltd v. AOI davasında<sup>74</sup> söz konusu örgütün statüsü ve ehliyetlerini belirleyen hukukun, uluslararası hukuk olduğu görüşünü açıklamıştır.

Bir uluslararası örgütün uluslararası hukuki kişiliğe sahip olduğunu açıklamak, bu tür bir kişiliğin neleri gerekli kıldığı sorusunu ortadan kaldırmaz. Bir örgüte uluslararası kişiliğin atfedilmesi ona kurucu unsurlarından farklı olan ayrı bir kişilik vermekle birlikte bu tür bir hukuki kişiliğin sonuçları duruma göre farklılık arz edecektir. Bütün uluslararası hukuk kişileri bazı hak ve yükümlülüklerle (doğası gereği bir örgütün de üyelerininkinden ayrı hak ve yükümlülüklerle) sahiptir, ancak bunların hepsi aynı ölçüde değildir.<sup>75</sup> Bu tür hak ve yükümlülüklerin nasıl yürürlüğe girebileceği ya da devam ettirilebileceği meselesi de duruma bağlı olacaktır. Bu açıdan devletlerin en geniş düzeyde hak ve yükümlülüklerle sahip oldukları kabul edilir. Uluslararası örgütlerin hak ve yükümlülükleri ise kurucu antlaşmalarında açıkça ortaya konulan yetkileri ya da genellikle uygulamadan çıkarılan veya uygulamadan evrilen zımni yetkileri bağlamında belirlenmektedir.<sup>76</sup> Uluslararası Adalet Divanı BM'ye uluslararası kişilik atfedilmesinin, BM'nin bir devlet olduğunu ilan etmek ile aynı şey olmadığını ve onun hukuk kişiliği ile hak ve yükümlülüklerinin devletlerinkilerle aynı olmadığını vurgulamıştır. Aynı şekilde, BM'ye uluslararası kişilik atfedilmesi onun bir "süper devlet" olduğu anlamına da gelmemektedir.<sup>77</sup> Divan, BM'nin kişiliğinin, bir takım haklara sahip olma ve onları ileri sürebilme ehliyetinin yanı sıra onları uluslararası alanda kullanma kapasitesini de içerdiğini belirtmiştir.<sup>78</sup> Dolayısıyla, devletler uluslararası hukuk tarafından tanınan uluslararası hak ve yükümlülüklerin hepsine sahip olurken, 'BM gibi bir örgütün hak ve yükümlülükleri onun kurucu belgelerinde açıkça ya da zımni olarak ifade edilen veya uygulamada gelişen amaç ve fonksiyonlarına bağlı olmak durumundadır.'<sup>79</sup> Bu nedenle tam olarak hangi yetki ve ehliyetlerin bulunduğu, gerçekte ilgili örgütün kendisinin dikkatli bir analizine (yetki ve ehliyetlerin söz konusu örgütün açıklanmış amaçları ve yükümlülükleri ile ilişkisi de dahil olmak üzere) bağlıdır.

### Kurucu Belgeler<sup>80</sup>

Uluslararası örgütler kurucu belgelerinde ortaya konulan resmi karar ile devletler tarafından açıkça kurulurlar. Bu nedenle bu tür örgütlerin niteliği, statüsü ve yetkisi temel olarak kurucu belgelerinin ya da anayasalarının hükümlerine bağlı olacaktır. Bu tür belgeler iki yönlü kaynağa sahiptir. Bu belgeler taraf olan devletlerce yapılmış bağlayıcı anlaşmalar olduğu ve bu nedenle uluslararası antlaşmalar hukukunun çerçevesinin içerisine girdiği için çok taraflı antlaşmaları teşkil eder.<sup>81</sup> Ancak bu tür anlaşmalar, uluslararası hukukun yeni öznelerini oluşturma yöntemleri de olduğu için, özel bir karaktere sahip olan çok taraflı antlaşmalardır. Bu belgelerin iki yönlü niteliği en çok örgütlerin temel belgelerinin yorumlanmasında bir

<sup>74</sup> [1995] 2 WLR 126; 108 ILR, s. 564.

<sup>75</sup> Uluslararası Adalet Divanı *Reparation* davasında 'herhangi bir hukuk sisteminde hukukun öznelerinin nitelikleri ve haklarının kapsamı itibarıyla kesinlikle aynı olmadığı ve onların niteliklerinin toplumun ihtiyaçlarına bağlı olduğu'nu belirtmiştir. Bkz., *Reparation* davası, ICJ Reports, 1949, ss. 174, 178; 16 AD, s. 330.

<sup>76</sup> Mahkeme *Reparation* davasında uluslararası kişiliğe sahip olmanın devlet olma isnatından ya da eşit hak ve yükümlülüklerin tanınmasından farklı olduğunu özellikle vurgulamıştır. Bkz., ICJ Reports, 1949, ss. 174, 185; 16 AD, s. 330.

<sup>77</sup> *A.g.e.*, s. 179; 16 AD, s. 322. Ayrıca bkz., *WHO* davası, ICJ Reports, 1980, ss. 73, 89; 62 ILR, ss. 450, 473 ve Silahlı Çatışmalarda Bir Devlet Tarafından Nükleer Silahların Kullanılmasının Hukukiliği konusunda mahkemenin istişari görüşü hakkında bkz., *the Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, ICJ Reports, 1996, ss. 66, 78. Mahkeme İstişari Görüşünde, 'uluslararası örgütlerin - devletlerden farklı olarak - bir genel yetkiye sahip olmayan uluslararası hukuk özneleri olduğu'nu belirtmiştir.

<sup>78</sup> ICJ Reports, 1949, s. 179.

<sup>79</sup> *A.g.e.*, s. 180.

<sup>80</sup> Örneğin bkz., Amerasinghe, *Principles*, 2. Bölüm; Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 726 vd. ve E. P. Hexner, 'Interpretation by International Organizations of their Basic Instruments', 53 AJIL, 1959, s. 341.

<sup>81</sup> Bkz., yukarıda 15. Bölüm.

etkiye sahiptir.<sup>82</sup> Bu durum, Uluslararası Adalet Divanı'nın Silahlı Çatışmalarda Bir Devlet Tarafından Nükleer Silahların Kullanılmasının Hukukiliği konusuna ilişkin (Dünya Sağlık Örgütü tarafından talep edilen) İstisari Görüşü'nde açıkça ortaya konulmuştur. Divan şunu ifade etmiştir:

*"Uluslararası örgütlerin kurucu belgeleri aynı zamanda belli bir tip antlaşmalardır; onların konusu belli bir otonomiye sahip olan ve tarafların ortak amaçlar gerçekleştirilmesi görevi verdikleri hukukun yeni öznelerini yaratmaktadır. Bu tür antlaşmalar, diğerlerinin yanı sıra, akite dayalı ve aynı zamanda kurumsal olan özellikleri nedeniyle yoruma dair spesifik sorunlar doğurabilir. Kurulmuş örgütün niteliği, kurucuları tarafından ona yüklenen amaçlar, fonksiyonlarının etkin işleyişinin gerektirdiği zorunluluklar ve örgütün uygulamaları, bu kurucu antlaşmaların yorumlanması sırasında özel olarak dikkate alınması gereken unsurlardır."*<sup>83</sup>

Sonuç olarak, kurucu belgelerin sadece çok taraflı anlaşmaları tesis etmekle kalmayıp aynı zamanda daimi uygulamaya ve dolayısıyla da yoruma (hem kuruluşun kendisinin hem de üye devletlerin ve kuruluşla ilişkili diğer devletlerin yorumuna) konu olan anayasal belgeleri de ortaya koyan özel doğası göz önüne alınmalıdır. İlk olarak, ilgili kurucu belgeleri yorumlamak ve örneğin kendi yetki alanını belirlemek genellikle söz konusu kuruluşun organlarının yetkisi içinde olacaktır.<sup>84</sup> Bazı durumlarda, kurucu belgelerin kendileri de yorum yetkisine sahip organı belirleyebilmekte ve yorumlardaki ihtilafları çözümlenmek için gerekli yöntem ve mekanizmaları ortaya koymaktadır.<sup>85</sup> Bazen de bu tür bir yetkiye sahip bir mahkeme kurulmaktadır. Örneğin, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Deniz Hukuku Sözleşmesi'ni<sup>86</sup> ve Avrupa Adalet Divanı, AB antlaşmaları ve belgelerini yorumlayabilmektedir.<sup>87</sup> BM göz önüne alındığında ise, Uluslararası Adalet Divanı'ndan, BM'nin diğer organları ya da uzmanlık kuruluşları kendi faaliyetlerinin kapsamı içerisindeki bir soruna ilişkin görüş talep edebildiği gibi, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul da bir istisari görüş isteyebilir.<sup>88</sup> Bazı örgütlerin kurucu belgeleri ise Uluslararası Adalet Divanı'nın istisari görüşünü nihai bağlayıcı karar olarak kabul etme hususunda hüküm içermektedir.<sup>89</sup> Ayrıca Uzmanlık Kuruluşlarının Ayrıcalıkları ve Muafiyetleri Sözleşmesi'nin 19. maddesi 32. bölümü, bir uzmanlık kuruluşu ve bir üye arasında Sözleşme'nin yorumu ya da uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların

<sup>82</sup> Bkz., C. F. Amerasinghe, 'Interpretation of Texts in Open International Organizations', 65 BYIL, 1994, s. 175; M. N. Shaw, *Title to Territory in Africa: International Legal Issues*, Oxford, 1986, ss. 64-73; S. Rosenne, 'Is the Constitution of an International Organization an International Treaty?', 12 *Comunicazioni e Studi*, 1966, s. 21, ve G. Distefano, 'La Pratique Subséquente des États Parties à un Trait'e', AFDI, 1994, s. 41. Ayrıca bkz., H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, London, 1958, ss. 267-81, ve E. Lauterpacht, 'Development', ss. 414 vd.

<sup>83</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 66, 74-5; 110 ILR, ss. 1, 14-15.

<sup>84</sup> Bkz., *Certain Expenses of the United Nations*, ICJ Reports, 1962, ss. 151, 168. Ayrıca bkz., Amerasinghe, *Principles*, ss. 25 vd. ve *Bowett's International Institutions*, s. 451.

<sup>85</sup> Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası gibi çeşitli mali kuruluşların anayasaları bağlayıcı kararın üst genel kurul tarafından alınacağını öngörmektedir. Örneğin bkz., Amerasinghe, *Principles*, ss. 28 vd.

<sup>86</sup> Bugüne kadar verilen iki istisari görüş için bkz. *Responsibilities and obligations of States with Respect to Activities in the Area*, ITLOS Reports, 2011, s. 10 ve *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission*, ITLOS Reports, 2015. İlave bilgi için bkz. 10. Bölüm.

<sup>87</sup> Genel olarak bkz. [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/en/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/) ve A. Arnulf, *The European Union and Its Court of Justice*, 2. Baskı, Oxford, 2006.

<sup>88</sup> Sözleşme, madde 96 (1) ve (2). Daha ayrıntılı bilgi için bkz., yukarıda 18. Bölüm. Sözleşme'de Uluslararası Adalet Divanı'nı BM kararlarını yargısal olarak incelemek için yetkilendiren hiçbir hüküm yoktur. Bkz., 21. Bölüm.

<sup>89</sup> Örneğin bkz., Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası'nın 37. maddesi. Ayrıca UNESCO Anayasası (1945)'nin 14. maddesi 'Genel Konferans'ın karar verebileceği üzere, Anayasanın yorumuna ilişkin herhangi bir sorun ya da anlaşmazlığın çözümü için Uluslararası Adalet Divanı ya da Hakem Kurulu'na başvurulacağı'ni öngörmektedir. Ayrıca bkz., Amerasinghe, *Principles*, s. 29.

Sözleşme'nin 96. maddesi ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 65. maddesinde yer alan istişari usul uyarınca Uluslararası Adalet Divanı'na sunulacağını ve bu yolla elde edilen görüşün taraflarca nihai görüş olarak değerlendirileceğini öngörmektedir.<sup>90</sup> Devletler arasındaki davalarda da Uluslararası Adalet Divanı bir uluslararası örgütün kurucu belgelerini (BM Sözleşmesi'nin kendisi de dahil), ele alınan konunun tespiti ile ilgili olduğu takdirde, yorumlama ihtiyacı hissedebilir.<sup>91</sup> Nadir durumlarda bir uluslararası örgütün anayasasını yorumlamak için kendi yetki sınırlarının incelendiği bir durumda bir uluslararası mahkemeye başvurmak gerekli olabilir.<sup>92</sup>

Uluslararası örgütlerin kurucu belgelerinin her halükarda çok taraflı anlaşmalar olduğu gerçeği, onların yorum sürecinin Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969)'nin 31. ve 32. maddeleri uyarınca gerçekleşeceği anlamına gelir.<sup>93</sup> Bununla birlikte, bu tür anlaşmalar aynı zamanda uluslararası örgütlerin anayasalarını oluşturdukları için özel bir niteliğe sahiptirler<sup>94</sup> ve bu durum daha esnek ve amaca müteallik bir yoruma müsait bir zemin oluşturur. Bu tür anlaşmaları yapanların niyetlerine ve müzakere belgelerine normal anlaşmalarda olduğundan daha az dikkat edilir; daha ziyade söz konusu anlaşmanın hedefi ve amaçları ışığında etkililik prensibine önem verilir.<sup>95</sup> Anayasalar değişen ve gelişen durumlara göre örgütün amaçlarını gerçekleştirmek için sürekli kullanımda olan 'yaşayan belgeler' olduğundan, sonradan ortaya çıkan uygulama yorum bağlamında özel bir öneme sahiptir.<sup>96</sup> Uluslararası Adalet Divanı, genellikle mahkemece yapılan yorumu desteklemek için, bazı davalarda uluslararası örgütlerin sonradan ortaya çıkan uygulamalarına dayanmıştır.<sup>97</sup>

### Uluslararası Kuruluşların Yetkileri<sup>98</sup>

Uluslararası örgütler, uluslararası hukukun özneli olarak genel bir yetkiye sahip olan

<sup>90</sup> Ayrıca Birleşmiş Milletler'in Ayrıcalık ve Muafiyetleri Sözleşmesi'nin yorumu ya da uygulanmasına ilişkin BM ve üye devletler arasındaki anlaşmazlıklara dair ilgili Sözleşme'nin 8. maddesi, 30. bölümüne bakınız. Ek olarak, BM-ABD İdari Merkez Antlaşması (1947)'nin 8. madde, 21 (b). bölümüne bakınız.

<sup>91</sup> Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 34. maddesi uyarınca mahkeme önündeki bir davada yalnız devletler taraf olabilirler.

<sup>92</sup> Örneğin bkz., *Tadic* davası, 105 ILR, s. 419.

<sup>93</sup> Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969)'nin 5. maddesi mucibince, 'bu sözleşme bir uluslararası örgütün kurucu belgesi olan herhangi bir anlaşmaya ve bir uluslararası örgüt içerisinde kabul edilen bir anlaşmaya, o örgütün ilgili herhangi bir kuralına hâle getirmeksizin, uygulanır.' Ayrıca bkz., Nükleer Silahların Bir Devlet Tarafından Kullanımının Hukukiliği Hakkındaki İstişari Görüş, ICJ Reports, 1996, ss. 66, 74. Bu istişari görüşte Divan, 'resmi açıdan, uluslararası örgütlerin kurucu belgeleri(nin), anlaşma yorumunun yerleşik kurallarının uygulandığı çok taraflı anlaşmalar' olduğunu belirtmiştir. Anlaşma yorumunun prensipleri hakkında bkz., yukarıda 15. Bölüm. Ayrıca bkz., Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, 9. Bölüm.

<sup>94</sup> 'Bu kurucu anlaşmalar yorumlandığı zaman; kurulan örgütün niteliği, kurucuları tarafından ona yüklenen görevler, fonksiyonlarını etkin bir şekilde yerine getirmesi için gerekli zorunluluklar ve kendi pratiği özel dikkat gösterilmesi gereken unsurlardır.' Bkz., ICJ Reports, 1996, ss. 66, 74.

<sup>95</sup> Bkz., Amerasinghe, *Principles*, s. 59 ve Klabbars, *Introduction*, ss. 82 vd. Ayrıca bkz., *Reparation* davası, ICJ Reports, 1949, ss. 174, 180.

<sup>96</sup> Bkz., Viyana Sözleşmesi'nin 31(3)b maddesi. Ayrıca bkz., E. Lauterpacht, 'Development', ss. 420 vd. Ayrıca bkz., *Nuclear Weapons in Armed Conflict* Advisory Opinion, ICJ Reports, 1996, ss. 66, 75 ve the *Namibia* Advisory Opinion, ICJ Reports, 1971, ss. 16, 22.

<sup>97</sup> Örneğin bkz., *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* davası, ICJ Reports, 1950, ss. 4, 9; 17 ILR, ss. 326, 329; *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, ss. 17, 22; 49 ILR, ss. 2, 12, ve *IMCO* davası, ICJ Reports, 1960, ss. 150, 167-8; 30 ILR, ss. 426, 439-41.

<sup>98</sup> Örneğin bkz., Sarooshi, *International Organizations*; Klabbars, *Introduction*, ss. 50 vd.; V. Engström, 'Reasoning on Powers of International Organizations', *Research Handbook*, 3. Bölüm; E. Lauterpacht, 'Development', ss. 423-74; Amerasinghe, *Principles*, s. 135; Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, 3. Bölüm; Rama-Montaldo, 'Legal Personality'; A. I. L. Campbell, 'The Limits of Powers of International Organizations', 32 ICLQ, 1983, s. 523; K. Skubiszewski, 'Implied Powers of International Organizations', *International Law at a Time of Perplexity* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, 1989, s. 855, ve Kirgis, *International Organizations*, 3. Bölüm.

devletlerden bu yönüyle farklıdır.<sup>99</sup> Örgütler akit prensibi ile düzenlenir. Uluslararası Adalet Divanı 'onların kurucu devletler tarafından yetkilendirildiklerini ve bu yetkinin sınırının onları kuran devletlerin ortak menfaatlerini gerçekleştirmek olduğunu' ifade etmiştir.<sup>100</sup> Bu yetkiler kurucu belgelerde açıkça ortaya konulmuş olabilir ya da tamamlayıcı nitelikte zımnem belirtilmiş yetkiler<sup>101</sup> (belli bir örgütün fonksiyonlarını yerine getirmek için gerekli olduğu varsayılan yetkiler) olarak ortaya çıkabilir. Bu tür yetkilerin geçerliliğinin testi değişik şekillerde açıklanmıştır. Uluslararası Adalet Divanı *Reparation* davasında<sup>102</sup> 'uluslararası hukuk çerçevesinde söz konusu örgütün, sözleşmede açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte, görevlerini yerine getirmesi için temel nitelikte öneme haiz olarak kendisine verilen yetkilere sahip olduğunun zorunlu bir çıkarımla varsayılma durumunda olduğu' belirtilmiştir.<sup>103</sup>

Divan, *Effect of Awards of Compensation Made by the UN Administrative Tribunal* davasında<sup>104</sup>, BM Genel Kurulu'nun bir açık yetki olmaması durumunda geçerli bir şekilde bir idari mahkeme kurabileceği, bunu yapma yetkisinin Sözleşme'nin 'gereken amacından' doğduğunu savunmuştur. *Certain Expenses of the UN* davasında<sup>105</sup> da Divan 'örgütün Birleşmiş Milletler'in belirtilen amaçlarından birisini gerçekleştirmek için uygun olduğu değerlendirilen bir faaliyet yapması durumunda, bu faaliyetin yetki aşımı olmadığı kabulünün geçerli' olduğunu ifade etmiştir. Buradaki kriter, anayasal olarak belirlenmiş görevlerin ifası için gerekli olmak ile anayasal olarak yetki verilen amaçların gerçekleştirilmesi için uygun olmak arasındaki alandır.

Bu tür formülasyonlarda açık olarak vurgu farklılığı vardır.<sup>106</sup> Bununla beraber, fonksiyonel test belirleyici olmakla birlikte, bir örgütün anayasası tarafından açıkça verilen yetkilerin çerçevesi kapsamında işler. Bu nedenle açık olarak belirtilmiş bir yetki ile çatışan bir yetki çıkarma teşebbüsü başarısız olacaktır; yine de burada şüphesiz ki muğlak bir alan vardır.<sup>107</sup> Uluslararası Adalet Divanı *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons* davasında<sup>108</sup>, Dünya Sağlık Örgütü'nün 1946'da kabul edilen anayasasının 2. maddesi çerçevesinde, 'nükleer silahların kullanımının ya da diğer tehlikeli fiillerin sağlık üzerindeki etkileri ile ilgilenmek ve bu tür silahların kullanılması ya da bu tür faaliyetlere girişilmesi durumunda halkın sağlığını korumayı amaçlayan önleyici tedbirler almak' yetkisine sahip olduğunu

<sup>99</sup> Bu konuda Dünya Sağlık Örgütü tarafından Uluslararası Adalet Divanı'na getirilen Silahlı Çatışmalarda Bir Devlet Tarafından Nükleer Silahların Kullanılmasının Hukukiliği konusu hakkında mahkemenin istişari görüşüne bakınız. Bkz., *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, ICJ Reports, 1996, ss. 66, 78-9.

<sup>100</sup> A.g.e. Mahkeme burada Daimi Mahkeme'nin *Jurisdiction of the European Commission of the Danube* konulu istişari görüşünü (PCIJ, Series B, No. 14, p. 64) aktarmıştır. İstişari görüşte ifade edildiği üzere, 'Avrupa Komisyonu bir devlet olmayıp özel bir amaca sahip bir uluslararası örgüt olduğu için, yalnızca bu amaca ulaşmak için sözleşme tarafından ona verilen fonksiyonlara sahiptir, ancak sözleşme sınırlamalar getirmediği müddetçe bu fonksiyonları sonuna kadar yerine getirmek için yetkisi vardır.'

<sup>101</sup> Bkz., Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 180 vd. Zımnem belirtilmiş yetkilerin kapsamı konusundaki sınırlılıklar hakkında bkz., a.g.e., ss. 184-6.

<sup>102</sup> ICJ Reports, 1949, ss. 174, 182; 16 AD, ss. 318, 326.

<sup>103</sup> Bkz., ICJ Reports, 1996, ss. 66, 78-9. Ayrıca, Uluslararası Adalet Divanı tarafından *Reparation* davasında benimsenen yaklaşımı, aynı davada Hakim Hackworth'un Karşı Oy Görüşü'nde benimsediği yaklaşımla karşılaştırmak için bkz., ICJ Reports, 1949, ss. 196-8; 16 AD, ss. 318, 328. Ayrıca bkz., G. G. Fitzmaurice, 'The Law and Procedure of the International Court of Justice: International Organizations and Tribunals', 29 BYIL, 1952, s. 1.

<sup>104</sup> ICJ Reports, 1954, ss. 47, 56-7; 21 ILR, ss. 310, 317-18.

<sup>105</sup> ICJ Reports, 1962, ss. 151, 168; 34 ILR, ss. 281, 297.

<sup>106</sup> Ayrıca bkz., *Fedechar* davası, Case 8/55, European Court Reports, 1954-6, s. 299.

<sup>107</sup> Ayrıca örneğin bkz., *International Status of South-West Africa* davası, ICJ Reports, 1950, ss. 128, 136-8; 17 ILR, ss. 47, 53; *Expenses* davası, ICJ Reports, 1962, ss. 151, 167-8; 34 ILR, ss. 281, 296 ve *Namibia* davası, ICJ Reports, 1971, ss. 16, 47-9; 49 ILR, ss. 2, 37.

<sup>108</sup> ICJ Reports, 1996, ss. 66, 78-9.

belirtmiştir.<sup>109</sup> Bununla birlikte, Divan kendisine sorulan konunun nükleer silahların kullanımının sağlık üzerindeki etkisi ile ilgili olmadığı, sağlık ve çevresel etkileri göz önüne alındığında bu tür silahların kullanımının hukukiliğine ilişkin olduğu hükmüne varmıştır. Onların etkisi her ne olursa olsun Dünya Sağlık Örgütü'nün bu etkiler ile ilgilenme hususundaki yetkisi, onlara sebep olan eylemlerin hukukiliği bağlı değildir. Nihayetinde Divan, doğru olarak yorumlandığında Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nın söz konusu örgüte nükleer silahların kullanımının hukukiliğini ele alması hususunda yetki vermediğine işaret etmiştir. Bu yüzden örgütün bu hususta bir istişari görüş talep etme yetkisi yoktur, çünkü sorulan mesele, BM Sözleşmesi'nin 96 (2). maddesinin gerekli kıldığı üzere, Dünya Sağlık Örgütü'nün 'faaliyet alanı içerisinde' ortaya çıktığı düşünülerek değerlendirilebilecek bir mesele değildir.<sup>110</sup>

Uluslararası Adalet Divanı kendisi ile ilgili olarak bir taraftan davanın esasına ilişkin yetkisini kullanması için gereken tüm önlemleri alma ve diğer taraftan uyuşmazlıkta yer alan tüm hususlar hakkında karar verme yetkisinin bulunduğu karar vermiştir.<sup>111</sup>

Uluslararası örgütlerin uluslararası antlaşma yapma yetkisi meselesi büyük öneme sahiptir.<sup>112</sup> Bu temel olarak kurucu belgelere bağlı olacaktır, çünkü hukuki kişiliğin varlığı muhtemelen uluslararası anlaşmalar yapma yetkisini temellendirmek için kendiliğinden yeterli olmayacaktır.<sup>113</sup> Devletler ve Uluslararası Örgütler Arası Antlaşmalar Hukuku Viyana Sözleşmesi (1986)'nin 6. maddesi 'bir uluslararası örgütün antlaşmalar yapma yetkisinin o örgütün kurallarınca belirleneceğini' öngörmektedir. Bu, sadece kurucu belgeyi esas almaktan daha geniş bir yaklaşımdır ve zimni yetkiler, yorum ve sonraki uygulama konularına başvurmaya imkan vermektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun yorumunda 'örgütün kuralları' ifadesinin, kurucu belgelerin yanı sıra<sup>114</sup>, ilgili kararlar ve örgütün yerleşik uygulaması anlamına geldiği belirtilmiştir.<sup>115</sup> Sonuç olarak, bir uluslararası örgütün antlaşma yapma konusunda ehliyete sahip olup olmadığının cevabı, her bir olayda kurucu belgelere, tavzih edilmiş zimni yetkilere ve sonraki uygulamaya atıfta bulunarak söz konusu örgütün yetkilerinin ortaya konulmasında yatacaktır.

<sup>109</sup> A.g.e., s. 76.

<sup>110</sup> BM Sözleşmesi'nin 96 (2). maddesi, Genel Kurul'ca herhangi bir anda yetkili kılınabilecek olan tüm Birleşmiş Milletler organları (Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'dan başka) ve uzmanlık kuruluşlarının 'kendi çalışma alanları içinde karşılarına çıkan hukuki sorunlar' konusunda Divan'dan görüş isteyebileceklerini öngörmektedir.

<sup>111</sup> *Nuclear Tests* davası, ICJ Reports, 1974, ss. 253, 259; 57 ILR, s. 398. Bkz., *Tadic (Yetki)* davasında Temyiz Dairesi kararı, 105 ILR, ss. 453, 463 vd. Ayrıca bkz., E. Lauterpacht, "Partial" Judgments and the Inherent Jurisdiction of the International Court of Justice', *Fifty Years of the International Court of Justice* (ed. V. Lowe ve M. Fitzmaurice), Cambridge, 1996, ss. 465, 476 vd.

<sup>112</sup> Örneğin bkz., Klabbers, *Introduction*, 12. Bölüm; Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 1120 vd.; J. W. Schneider, *Treaty-Making Power of International Organizations*, Geneva, 1959, ve C. Parry 'The Treaty-Making Power of the UN', 26 BYIL, 1949, s. 147. Ayrıca Devletler ile Uluslararası Örgütler Arasındaki Antlaşmalar Hukuku Hakkında Sözleşme'ye ilişkin bkz., yukarıda 16. Bölüm. Ayrıca bkz., *Yearbook of the ILC*, 1982, Cilt: 2, 2. Bölüm, ss. 9 vd.

<sup>113</sup> Örneğin bkz., Hungdah Chiu, *The Capacity of International Organizations to Conclude Treaties and the Special Legal Aspects of the Treaties So Concluded*, The Hague, 1966; *Agreements of International Organizations and the Vienna Convention on the Law of Treaties* (ed. K. Zemanek), Vienna, 1971; G. Nascimento e Silva, 'The 1986 Vienna Convention and the Treaty-Making Power of International Organizations', 29 German YIL, 1986, s. 68, ve 'The 1969 and 1986 Conventions on the Law of Treaties: A Comparison', Dinstein, *International Law at a Time of Perplexity*, s. 461.

<sup>114</sup> Güvenlik Konseyi yoluyla askeri yardım düzenlemelerine ilişkin BM Sözleşmesi'nin 43. maddesi ve Vesayet Anlaşmalarına ilişkin de BM Sözleşmesi'nin 75., 77., 79., 83. ve 85. maddelerine bakınız.

<sup>115</sup> *Yearbook of the ILC*, 1982, Cilt: 2, 2. Bölüm, s. 41.



**Uygulanacak Hukuk<sup>116</sup>**

Uluslararası kuruluşlar devletler tarafından uluslararası antlaşmalar aracılığıyla kurulur. Bu belgelerin yorumlanması ve uygulanması uluslararası hukukun çerçevesi içerisine girer. Dolayısıyla, genel bir kural olarak uluslararası örgütlerin yürürlükte olan ya da 'kendine uygun' veya 'hususî' hukuku uluslararası hukuktur.<sup>117</sup> Ayrıca bir örgüt belirli devletler ile antlaşma ilişkilerine (örneğin bir idari merkez anlaşması örneğinde olduğu gibi) girebilir ve bu ilişkiler de uluslararası hukukça belirlenir. Aksine bir açık hükmün olmaması durumunda genellikle uluslararası hukukça belirlenecek konular, örgütün varlığı, anayasası, statüsü, üyeliği ve temsilciliğine ilişkin meseleleri içerecektir.<sup>118</sup>

Bununla birlikte, belli bazı durumlarda yürürlükteki hukuk iç hukuk olabilir. Bu nedenle, örgütün bir arsa satın aldığı ya da kiraladığı veya ekipman ya da hizmet alımı için sözleşmeler yaptığı durumlarda, bu tür işlemler normal olarak konuya has ulusal kanuna tabi olacaktır. Örgüt ile özel bir birey arasındaki haksız fiil sorumluluğu genel olarak iç hukuka tabi olacaktır, ancak haksız fiil duruma göre uluslararası hukuk tarafından da belirlenebilir, örneğin, bir devletin polisi ya da silahlı kuvvetleri tarafından bir uluslararası örgütün mal varlığına zarar verildiği durumlarda olduğu gibi. Örgütün iç hukuku çalışma ilişkilerini, yardımcı organların kurulması ve işleyişini ve idari hizmetlerin yönetimi gibi konuları kapsayacaktır.<sup>119</sup> Bir örgütün iç hukuku (ki kurucu belgeleri, tamamlayıcı nitelikteki mevzuatı, normları ve sözleşmeye bağlı ilgili düzenlemeleri içerir), geçerliliğini ve uygulanabilirliğini uluslararası hukukun prensiplerinden alan düzenlemeler üzerine kurulu olduğu için, aslında uluslararası hukukun uzmanlaşmış ve özelleşmiş bir parçası olarak görülebilir.

**Uluslararası Kuruluşların Sorumluluğu<sup>120</sup>**

Uluslararası kişiliğe sahip olan bir uluslararası örgütün kurulması, onu kuran devletlerinkinden ayrı ve farklı yeni bir hukuki kişinin doğması ile sonuçlanır. Bu ayrı

<sup>116</sup> Örneğin bkz., Amerasinghe, *Principles*, ss. 20–2 ve 227 vd.; Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 995 vd.; F. A. Mann, 'International Corporations and National Law', 42 BYIL, 1967, s. 145; F. Seyersted, 'Applicable Law in Relations Between Intergovernmental Organizations and Private Parties', 122 HR, 1976 III, s. 427, ve C. W. Jenks, *The Proper Law of International Organizations*, London, 1961. Ayrıca bkz., *Challenging Acts of International Organizations before National Courts* (ed. A. Reinisch), Oxford, 2010.

<sup>117</sup> Jenks, 'bir organın uluslararası bir tüzel kişilik niteliğine sahip olması durumunda onu tabi olacağı hukukun da niteliği itibarıyla kesinlikle uluslararası hukuk olması gerektiği'ni ifade etmektedir. Bkz., Jenks, *Proper Law*, s. 3. Ayrıca bkz., *The Third US Restatement of Foreign Relations Law*, Cilt: 1, ss. 133 vd.

<sup>118</sup> Ayrıca bkz., Colman J, *Westland Helicopters Ltd v. AOI* [1995] 2 WLR 126, 144 vd., ve Millett J, *In re International Tin Council* [1987] Ch. 419, 452. Temyiz Mahkemesi tarafında onanmıştır, [1989] Ch. 309, 330.

<sup>119</sup> Örneğin bkz., Amerasinghe, *Principles*, 9. Bölüm. Ayrıca bkz., P. Cahier, 'Le Droit Interne des Organisations Internationales', 67 RGDIP, 1963, s. 563, ve G. Balldore-Pallieri, 'Le Droit Interne des Organisations Internationales', 127 HR, 1969 II, s. 1.

<sup>120</sup> Örneğin bkz., *Responsibility and International Organizations* (ed. M. Ragazzi), Leiden, 2013; Klabbers, *Introduction*, 14. Bölüm; Amerasinghe, *Principles*, 12. Bölüm; Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 1006 vd.; *Bowett's International Institutions*, ss. 516 vd.; M. Hirsch, *The Responsibility of International Organizations Towards Third Parties: Some Basic Principles*, Dordrecht, 1995; P. Klein, *La Responsabilit e des Organisations Internationales*, Brussels, 1998; K.E. Boon, 'The United Nations as Good Samaritan: Immunity and Responsibility', 16 *Chicago Journal of International Law*, 2016, s. 341; K. Daugirdas, 'Reputation and the Responsibility of International Organizations', 25 EJIL, 2015, s. 991; C. Eagleton, 'International Organisation and the Law of Responsibility', 76 HR, 1950 I, s. 319; F. V. Garcia Amador, 'State Responsibility: Some New Problems', 94 HR, 1958, s. 410, ve M. Perez Gonzalez, 'Les Organisations Internationales et le Droit de la Responsabilit e', 92 RGDIP, 1988, s. 63. Uluslararası Hukuk Komisyonu 2011'de 'Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddeler' başlıklı çalışma hazırlamıştır. Örneğin bkz., Report of the ILC, 2011, A/66/10, 5. Bölüm. Buradaki maddelerin hepsi teamül hukuku olarak görülemez, onların bazıları tavsiye niteliğindedir ve örneğin devlet ile uluslararası örgütün sorumluluğu arasında yapılan kıyaslama eleştirilmiştir. Bkz., Chatham House Discussion, 2011, www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/il100211summary.pdf ve Alvarez, 2010, www.ejiltalk.org/misadventures-in-statehood/. Taslak Maddeler, Genel Kurul tarafından, muhtemel kabulleri hususuna halel getirmeksizin, devletlere ve uluslararası örgütlere tevdi edilmiştir. Devletlerin sorumluluğu hakkında bkz., yukarıda 13. Bölüm.

ve farklı kişilik, kaçınılmaz olarak, hem örgüt tarafından ve hem de örgüte yönelik uluslararası sorumluluğa ilişkin sonuçlar getirir. Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı *Reparation* davasında<sup>121</sup>, 'bir ihlal meydana geldiği zaman, örgüt sorumlu devletin kusurunu düzeltmesi için ve, özellikle de, o kusurun yol açmış olabileceği zararı devletin tazmini için çağrıda bulunabilmelidir' şeklinde görüş açıklamıştır. Mahkeme, ayrıca, 'örgütün iyi bir çalışma performansı göstermesi amacıyla üyelerinin taahhüt ettikleri yükümlülükleri yerine getirmelerini talep etme hususunda inkar edilemez bir hakkı' olduğunu vurgulamıştır.<sup>122</sup> Sorumluluk, uluslararası kişiliğin ve bunun akabinde de uluslararası hak ve yükümlülükler sahip olmanın zorunlu bir sonucudur. Bu tür hak ve yükümlülükler idari merkez anlaşmaları gibi antlaşmalardan<sup>123</sup> ya da uluslararası teamül hukukunun prensiplerinden<sup>124</sup> kaynaklanabilir. Sorumluluğun tam olarak niteliği, olayın koşullarına ve kuşkusuz ki sorumluluğun empoze edildiği koşullara ilişkin devlet sorumluluğu hukukundan çıkarılan analogilere bağlı olacaktır. Bununla beraber, devletler ile uluslararası örgütler arasında temel bir kavramsal fark olduğu için, bu noktada belli bir ihtiyat payı bırakılmalıdır.<sup>125</sup> Kısacası, uluslararası sorumluluğun temeli bir uluslararası yükümlülüğün ihlalidir<sup>126</sup> ve bu tür yükümlülükler duruma bağlı olacaktır.

Uluslararası Adalet Divanı *Reparation* davasında<sup>127</sup> BM organlarının görevlerini yerine getirebilmeleri için üye devletler tarafından taahhüt edilen yükümlülüklerin örgüte karşı yüklenilen yükümlülükler olduğu belirtilmiştir. Bu yüzden örgüt, bu tür yükümlülüklerin ihlali durumunda, 'yeterli tazminat talebinde bulunma ehliyetine sahiptir ve bu tazminatın değerlendirilmesinde mağdur ya da mağdurla bağlantılı kişilerce maruz kalan zararı dahil etmeye yetkilidir.' Bir devletin bir mağdur adına talepte bulunma hakkı vatandaşlık bağı üzerine kurulu iken, bir uluslararası örgüt durumunda, zorunlu olan bağ örgütün gereklilikleri ile ilişkilidir ve bu yüzden mağdur, örgütün görevlerinden birini yerine getirmek için örgüt adına hareket ediyor olmalıdır. Uluslararası Adalet Divanı'nın not ettiği gibi, 'örgüt, kendi çalışanları yönüyle fonksiyonel koruma hakkına sahiptir.'<sup>128</sup>

Tıpkı bir devletin bir örgüte zarar vermesinden sorumlu olduğu gibi, bir örgüt de bir devlete zarar vermeden ötürü sorumlu tutulabilir. Bu sorumluluk, bir uluslararası örgütün, bir antlaşma hükmü ya da uluslararası teamül hukuku prensibinden kaynaklanan bir uluslararası yükümlülüğü ihlal etmesinden bir zararın ortaya çıktığı durumlarda doğar.<sup>129</sup> Sorumluluğun empoze edildiği koşullara ilişkin devlet sorumluluğuna dair genel kurallardan analogi yapılabilir. Örneğin, bir uluslararası örgütün bir organının ya da temsilcisinin (örgütün

<sup>121</sup> ICJ Reports, 1949, ss. 174, 183; 16 AD, ss. 318, 327.

<sup>122</sup> ICJ Reports, 1949, s. 184; 16 AD, s. 328.

<sup>123</sup> Örneğin bkz., *WHO Regional Office* davası, ICJ Reports, 1980, s. 73; 62 ILR, s. 450 ve *Case Concerning the Obligation to Arbitrate*, ICJ Reports, 1988, s. 12; 82 ILR, s. 225.

<sup>124</sup> Bkz., *WHO Regional Office* davası, ICJ Reports, 1980, ss. 73, 90; 62 ILR, ss. 450, 474 ('Uluslararası hukukun genel kuralları'na atıfta bulunmaktadır).

<sup>125</sup> Bkz., yukarıda 14. Bölüm ve bu bölümdeki 115. dipnot. Ayrıca bkz., Report of the ILC, 2011, A/66/10, ss. 69 vd.

<sup>126</sup> Örneğin bkz., *Reparation* davası, ICJ Reports, 1949, s. 180; 16 AD, s. 323. Uluslararası Hukuk Komisyonu (UH-K)'nın uluslararası örgütlerin sorumluluğu hakkındaki taslak maddelerinin 3. maddesi 'bir uluslararası örgütün uluslararası açıdan her haksız fiili o uluslararası örgütün uluslararası sorumluluğunu gerektirir' ve 'bir eylem a) uluslararası hukuk çerçevesinde uluslararası örgüte atfedilebilecek, ve b) o uluslararası örgütün bir uluslararası yükümlülüğünün ihlalini teşkil eden bir işlem ya da ihmalden oluşuyorsa, söz konusu uluslararası örgütün uluslararası açıdan bir haksız fiili vardır' ifadelerine yer vermektedir.

<sup>127</sup> ICJ Reports, 1949, s. 184; 16 AD, s. 328.

<sup>128</sup> ICJ Reports, 1949, s. 184; 16 AD, s. 329. Mahkeme, bir uluslararası talepte bulunma hususunda mağdurun devleti ya da çalıştığı uluslararası örgütten herhangi birine öncelik veren bir hukuk kuralı olmadığını belirtmiştir. Bkz., ICJ Reports, 1949, s. 185; 16 AD, s. 330.

<sup>129</sup> Örneğin bkz., *WHO Regional Office* davası, ICJ Reports, 1980, s. 73; 62 ILR, s. 450. Uzay Antlaşması (1967)'nin 6. ve 13. maddeleri uyarınca uluslararası örgütler, antlaşmaya taraf olmaksızın da, antlaşmanın yükümlülüklerine tabi olabilirler.

onlar sayesinde faaliyette bulunduğu görevliler ve diğer kişiler ya da birimler de dahil olmak üzere) görevlerini yerine getirirken yaptıkları fiiller, o organ ya da temsilcinin pozisyonundan bağımsız olarak, hatta o fiil söz konusu organ ya da temsilcinin yetki sınırlarını aşsa bile, o örgütün fiili olarak görülür.<sup>130</sup> Uluslararası olarak kanuna aykırı bir fiilin işlenmesinde bir devlete ya da diğer bir uluslararası örgüte yardım eden ya da destekte bulunan bir uluslararası örgüt, kanuna aykırı fiil koşullarını bildiği ve o örgüt tarafından işlendiğinde o fiilin uluslararası olarak kanuna aykırı olacağı durumlarda, uluslararası sorumluluğu kendisi de taşır.<sup>131</sup> Devletlerin durumunda olduğu gibi, uluslararası örgütler de belirli koşullar altında sorumluluğun kalkmasından yararlanabilirler. Örneğin, bir fiilin işlenmesine bir devlet ya da uluslararası örgüt tarafından rıza gösterilmesi durumunda ya da fiil uluslararası hukuka uygun bir şekilde meşru müdafanın hukuki sınırları içerisinde olduğu durumlarda bu mümkündür.<sup>132</sup> Uluslararası açıdan kanuna aykırı fiilden sorumlu olan bir uluslararası örgüt o fiili sona erdirmeye ve tekrarlamama hususunda münasip bir şekilde garanti ve taahhütte bulunma ve sebep olunan zararı tümüyle tazmin etme yükümlülüğü altındadır.<sup>133</sup>

Sorumluluk konusu, özellikle, BM barışgücü operasyonları ve barışgücü üyelerinin faaliyetleri hususundaki yükümlülükleri bağlamında ortaya çıkar. BM bu tür durumlarda kanuna aykırı fiillerden ötürü sorumluluğunu kabul etmiş ve tazminat teklifinde bulunmuştur.<sup>134</sup> Buradaki esas konu, söz konusu kanuna aykırı fiilin BM'ye isnat edilip edilemeyeceği olacaktır ve bu, failerin BM'nin yetki alanından ziyade bir ulusal devletin yetki alanı içerisinde olduğu durumlarda kabul edilmemiştir. Çoğu durum söz konusu operasyonun koşullarına ve failer ile BM arasındaki ve BM ile failerin ulusal devleti arasındaki bağın niteliğine bağlı olacaktır. Örneğin, Kore (1950) ve Kuveyt (1990) operasyonlarında ulusal güçler ile BM arasındaki ilişkinin BM'nin sorumluluğunu engelleme yönünde olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Günümüzde ise BM tarafından faile ilişkin uygulandığı ya da uygulanmadığı şekliyle etkin kontrolün niteliği üzerinde odaklanıldığı görülmektedir.<sup>135</sup>

Söz konusu örgüte atfedilen uluslararası açıdan hukuka aykırı fiiller için sorumluluk olmakla birlikte, hukuki fiillerin sebep olduğu zarar verici sonuçlar için de haksız fiil sorumluluğu doğabilir (örneğin, yasal uzay çalışmalarının bir sonucu olarak çevreye verilen zararda

<sup>130</sup> Bkz., uluslararası örgütlerin sorumluluklarına ilişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Taslak Maddeleri'nin 4. ve 6-8. maddeleri.

<sup>131</sup> Bkz., Uluslararası örgütlerin sorumluluklarına ilişkin Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Taslak Maddeleri'nin 14. maddesi. Bu bağlamda bkz., *Behrami v. France*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2 Mayıs 2007 tarihli kararı, 133 ILR, s. 1. Bu davada, mahkeme KFOR (BM Sözleşmesi'nin 7. Bölümü çerçevesinde Güvenlik Konseyi tarafından yetkilendirilen Kosova'daki uluslararası güvenlik gücü) çerçevesinde operasyonlara katılan bazı NATO devletlerine karşı yapılan başvuruyu, şikayet edilen eylemlerin KFOR ya da UNMIK (Kosova'daki uluslararası sivil yönetim)'in olsa da 'doğrudan BM'ye atfedilebilir olması' nedeniyle, kabul edilemez olarak reddetmiştir. Bkz., yukarıda 6. Bölüm.

<sup>132</sup> 20. ve 21. maddeler. Kanuna aykırılığa engel olan durumların diğer örnekleri, karşı önlemler, mücbir sebepler ve tehlikeli ve zorunlu durumları içermektedir. Bkz., 23-25. maddeler. Bununla birlikte genel uluslararası hukukun bir emredici kuralından (*jus cogens*) doğan bir yükümlülüğe uygun olmayan uluslararası örgütün bir haksız fiilini hiçbir şey ortadan kaldıramaz: 26. madde ve yukarıda 3. Bölüm.

<sup>133</sup> Bkz., 30. ve 31. maddeler. Tazminat, eski haline geri getirme (hukuka aykırı fiil işlenmeden önce var olan durum yeniden tesisi), uğranılan zararın telafi edilmesi ve ödeme şeklinde gerçekleşecektir. Bkz., 34-40. maddeler.

<sup>134</sup> Örneğin bkz., S. Chesterton, I. Johnstone ve D. M. Malone, *Law and Practice of the United Nations*, 2. Baskı, Oxford, 2016, Bölüm 15 ve 16; B. Amrallah, 'The International Responsibility of the United Nations for Activities Carried Out by UN Peace-Keeping Forces', 23 *Revue Egyptienne de Droit International*, 1976, s. 57; D. W. Bowett, *UN Forces*, London, 1964, ss. 149 vd.; F. Seyersted, 'United Nations Forces: Some Legal Problems', 37 *BYIL*, 1961, s. 351. Ayrıca bkz., Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 1009 vd.; Amerasinghe, *Principles*, ss. 401 vd., ve *M v. Organisation des Nations Unies et l'Etat Belge* 45 ILR, s. 446.

<sup>135</sup> Bkz., Amerasinghe, *Principles*, s. 403 ve T. Dannenbaum, 'Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers', 51 *Harvard International Law Journal*, 2010, s. 113 ve önceki dipnottaki atıflar.

olduğu gibi).<sup>136</sup>

BM'nin kendisi ile barışgücü hedefleri doğrultusunda askeri katkıda bulunan devletler arasındaki sıklıkla net olmayan ayrımlar bağlamında, özellikle BM barışgüçleri tarafından cinsel istismar iddialarına ilişkin ciddi konular gündeme gelmektedir. Bir askeri ulusal birliğin mensupları ev sahibi devletin yargılama yetkisine tabi olmadığı için, BM ile barışgücünün konuşlanacağı devlet arasındaki Kuvvetlerin Statüsü Anlaşması, Genel Sekreterliğin askeri katkıda bulunan ilgili ülkeden misyon bölgesinde kuvvetleri tarafından işlenebilecek olan suçlara ilişkin yargı yetkisini kullanacağına dair resmi teminat alacağını öngörmektedir. Bununla birlikte, uygulama bu şekilde değildir. Günümüzde barışgücü operasyonlarına, bu hususta hüküm içerecek bir mutabakat anlaşmasının eşlik etmesi tavsiye edilmektedir.<sup>137</sup>

### Üye Devletlerin Yükümlülüğü<sup>138</sup>

Bir örgütün üye devletleri ile örgütün kendisi arasındaki ilişki sıklıkla karmaşık bir ilişkidir. Durum, örgütün faaliyetlerinden zarar gören üçüncü devletlerin (ya da örgütlerin) pozisyonu göz önüne alındığında daha da karmaşıklaşmaktadır. Herhangi bir analiz için başlangıç noktası hukuki kişilik konusudur. Devletler tarafından kurulan ve kendisi hukuki kişiliğe sahip olmayan bir uluslararası örgüt, üye devletlerinkinden ayrı ve farklı olan hak ve yükümlülüklerin taşıyıcısı olamaz. Bu nedenle bu tür örgütler, örgütün üye devletleri ile zarar görmüş üçüncü taraflar arasına konulamaz. Bu tür durumlarda, üçüncü taraflara karşı zarara sebep olan örgüte atfedilebilen borçlar ya da suçlar hususunda herhangi bir yükümlülük üye devletlerin üzerine düşer.<sup>139</sup> Bununla birlikte, örgütün hukuki kişiliğe sahip olduğu koşullarda durum farklıdır. Ayrı bir hukuki kişiliğin varlığı, yapılan faaliyetler hususunda yükümlülüğe işaret eder. Üye devletlerin üçüncü taraflara yönelik yükümlülüğü meselesi ayrıca doğabilir ve bazı zorluklar arz edebilir. Bu tür bir mesele, uluslararası hukuka tabi olan uluslararası örgütler örneğinde kişiliğin tespiti sonrası, uluslararası hukuk kurallarına başvurulacak bir alana girer.<sup>140</sup> Sorun aynı zamanda antlaşmaların üçüncü taraflar için onların rızası olmaksızın yükümlülük doğurmayacağına dair uluslararası hukukun genel prensibi (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) bağlamında ele alınacaktır.<sup>141</sup> Bu kural sayesinde üye devletler, örgütler ile diğer taraflar arasındaki anlaşmaların ihlallerinden ötürü sorumlu olmayacaktır.

<sup>136</sup> Genel olarak bkz., Wellens, *Remedies Against International Organizations*, Cambridge, 2002.

<sup>137</sup> Bkz., the UN Report on Sexual Exploitation and Abuse by UN Peacekeeping Personnel, A/59/710, 24 Mart 2005, 78. paragraf. Ayrıca bkz., A/45/594, annex, 48. paragraf. ve the Secretary-General's report on *Special Measures for Protection against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, A/70/729, 2016. 2272 (2016) sayılı Güvenlik Konseyi kararı, yaygın ve sistematik cinsel sömürü ve tacize dair güvenilir kanıt olması durumunda, bir birlik içinde yer alan belirli askeri birimin ya da polis gücünün geri gönderileceğine ilişkin Genel Sekreter'in kararını desteklemektedir. Ayrıca bkz. S/2015/446, A/70/357-S/2015/682, 2015 ve S/2015/716. BM barışgücü operasyonları hakkındaki çeşitli tüzük, yönetmelik ve talimatnamelere ilişkin bkz. B. Oswald, H. Durham ve A. Bates, *Documents on the Law of UN Peace Operations*, Oxford, 2010, Part 3.

<sup>138</sup> Örneğin bkz., Amerasinghe, *Principles*, 13. Bölüm; Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 1006 vd. ve 1038 vd.; Higgins, 'Legal Consequences'; H. Schermers, 'Liability of International Organizations', 1 *Leiden Journal of International Law*, 1988, s. 14; C. F. Amerasinghe, 'Liability to Third Parties of Member States of International Organizations: Practice, Principle and Judicial Precedent', 85 *AJIL*, 1991, s. 259. Ayrıca bkz., J. Cort'es Mart'in, 'The Responsibility of Members Due to Wrongful Acts of International Organizations', 12 *Chinese Journal of International Law*, 2013, s. 679.

<sup>139</sup> Örneğin bkz., Higgins, 'Legal Consequences', s. 378, ve Amerasinghe, *Principles*, s. 412.

<sup>140</sup> Devletlerin iç hukuk çerçevesinde bir uluslararası örgüt kurması – Uluslararası Ödeme Bankası gibi – mümkündür, ancak bu son derece nadirdir. Örneğin bkz., M. Giovanoli, 'The Role of the Bank for International Settlements in International Monetary Co-operation and Its Tasks Relating to the European Currency Unit', 23 *The International Lawyer*, 1989, s. 841.

<sup>141</sup> Bkz., Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969)'nin 34. ve 35. maddeleri ve Viyana Devletler ile Uluslararası Örgütler ya da Uluslararası Örgütler ile Uluslararası Örgütler arasındaki Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1986)'nin 34. ve 35. maddeleri. Ayrıca bkz., C. Chinkin, *Third Parties in International Law*, Oxford, 1993. Ayrıca bkz., yukarıda 15. Bölüm.

1985-86 boyunca Uluslararası Teneke Konseyi (ITC) tarafından karşılaşılan sorunlar bu bağlamda öğreticidir.<sup>142</sup> 1956'da kurulmuş olan ITC, faaliyetlerini, kuruluşunu müteakip yapılan ve ihracat kontrolleri ve üye devletler tarafından finanse edilen teneke tampon stoklarının kurulması yoluyla teneke piyasasını düzenlemeyi amaçlayan uluslararası teneke anlaşmalarına uygun olarak yürütmüştür. 6. Uluslararası Teneke Anlaşması (1982) 23 üretici ve tüketici devlet ve Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu biraraya getirmiştir. Ekim 1985'de ITC fonları ve kredilerinin tükendiği ve Londra Metal Borsası'nın teneke ticaretini askıya aldığını duyurmuştu. Durum esasen tenekenin fazla üretimi ve ITC tarafından piyasa düzeyinin üzerindeki fiyatlardan satın alınmasının sonucu ortaya çıkmıştı.

ITC üyeleri örgütün borçlarına kefil olmayı reddettiği ve ITC sonrası halef bir örgüt kurma önerileri de gerçekleşemediği için hukuki yükümlülük hususunda ciddi sorunlar ortaya çıkmıştı. ITC, Uluslararası Teneke Konseyi (Muafiyetler ve Ayrıcalıklar) Kararnamesi (1972)'nin bir sonucu olarak Birleşik Krallık'ta hukuki muafiyet tedbirinden yararlanan bir tüzel kişilikti. Konsey, tahkim kararının icrası durumu haricinde mahkemelerin yargılama yetkisi karşısında dokunulmazlığa sahipti. ITC İdari Merkez Anlaşması, Birleşik Krallık'ta mukim bir kişi ya da bir şirket ile yapılan sözleşmelerin tahkim şartı içermesini öngörüyordu. Ayrıca bir spesifik anlaşmanın örgüt tarafından muafiyetlerden feragat edileceğini öngörmesi durumunda mahkemeler yargı yetkisine sahip olacaklardı.<sup>143</sup> Sonuç olarak, ITC'nin muafiyet zırhı kesinlikle sınırsız değildi.

Alacaklılar tarafından çeşitli işlemler başlatıldı. Bunlardan en önemlisi doğrudan dava açılmasıydı. Burada birkaç banka ve simsar, ITC tarafından yapılan sözleşmeler konusunda yükümlü oldukları gerekçesiyle, doğrudan İngiliz hükümetinin Ticaret ve Sanayi Bakanlığı'na ve ITC'nin diğer üyelerine karşı dava başlattılar.<sup>144</sup> Konular Temyiz Mahkemesi ve Lordlar Kamarası'nda uzunca tartışıldı.<sup>145</sup> Temel iddia<sup>146</sup>, ITC üyeleri ve örgütün İngiliz hukuku ve uluslararası hukuk çerçevesinde borçlardan birlikte sorumlu olduğu idi. Uluslararası hukuk çerçevesinde, kurucu antlaşma açıkça bu tür bir sorumluluğu dışlamadığı takdirde, bir uluslararası örgütün üyelerinin örgütün borçları hususunda birlikte ve müşterek ve müteselsil sorumluluk taşıdığı öne sürülmüştü. Daha önceleri bu tür bir yaklaşıma dair ipuçları olmakla birlikte<sup>147</sup> ve antlaşmanın uygulamaları birbiriyle uyumlu olmaktan uzak olmasına rağmen,

<sup>142</sup> Örneğin bkz., *The Second Report from the Trade and Industry Committee, 1985-6*, HC 305-I, 1986 ve *The Times*, 13 Mart 1986, s. 21 ve *a.g.e.*, 14 Mart 1986, s. 17. Ayrıca bkz., G. Wassermann, 'Tin and Other Commodities in Crisis', 20 *Journal of World Trade Law*, 1986, s. 232; E. Lauterpacht, 'Development', s. 412; I. Cheyne, 'The International Tin Council', 36 *ICLQ*, 1987, s. 931, *a.g.e.*, 38 *ICLQ*, 1989, s. 417 ve *a.g.e.*, 39 *ICLQ*, 1990, s. 945, ve R. Sadurska ve C. M. Chinkin, 'The Collapse of the International Tin Council: A Case of State Responsibility?', 30 *Va. JIL*, 1990, s. 845.

<sup>143</sup> Örneğin bkz., *Standard Chartered Bank v. ITC* [1986] 3 All ER 257; 77 ILR, s. 8.

<sup>144</sup> Ayrıca Şirketler Kanunu (1985) nun 21. Bölümü çerçevesinde ITC'yi tasfiye etme teşebbüsü hakkında bkz., *Re International Tin Council* [1988] 3 All ER 257, 361; 80 ILR, s. 181. ITC'ye karşı tahkim kararı sonrasında ITC'nin mal varlığının tahsilinin gerçekleştirilmesi için bir yedieminin görevlendirilmesi hakkında bkz., *Maclaine Watson v. International Tin Council* [1988] 3 WLR 1169; 80 ILR, s. 191.

<sup>145</sup> *Maclaine Watson v. Department of Trade and Industry* [1988] 3 WLR 1033 (Court of Appeal); 80 ILR, s. 49 ve [1989] 3 All ER 523 (House of Lords) *sub. nom.* J. H. Rayner Ltd v. *Department of Trade and Industry*; 81 ILR, s. 671.

<sup>146</sup> Bir iddia da, ilgili Uluslararası Teneke Konseyi (Ayrıcalıklar ve Muafiyetler) Kanun Hükmünde Kararnamesi (1972)'nin ITC'yi İngiliz hukukuna dahil etmediği, ona bir tüzel kişinin yetkilerini verdiği, bu yüzden de hukuki kişiliği olmadığı yönündeydi. Bu görüş Lordlar Kamarası tarafından reddedildi. Bkz., 1989, 3 All ER 523, 527-8 ve 548-9; 81 ILR, ss. 677, 703. Diğer bir iddia ise, Altıncı Uluslararası Teneke Antlaşması'nun hükümleri uyarınca ITC'nin sadece üyelerinin bir temsilcisi olarak sözleşme yapma yetkisine sahip olduğu idi. Bu iddia da, kanun hükmünde kararnamenin hükümlerinin açıkça ITC'yi bir asli fail olarak sözleşmeler yapma hususunda yetkilendirdiği gerekçesiyle reddedildi. Bkz., 1989, 3 All ER 530 ve 556-7; 81 ILR, ss. 681, 715.

<sup>147</sup> Örneğin bkz., *Westland Helicopters v. Arab Organization for Industrialisation* 23 ILM, 1984, 1071; 80 ILR, s. 600. Bkz., H. T. Adam, *Les Organismes Internationaux Specialis'es*, Paris, 1965, Cilt: 1, ss. 129-30, ve Seidl-Hohenveldern, *Corporations*, ss. 119-20.

Lord Templeman ‘uluslararası hukukta bu tür bir kuralın varlığı konusunda makul bir kanıt getirilmediği’ni<sup>148</sup> ve bunun doğru bir şekilde uluslararası hukukun mevcut durumunu gösterdiğine inandığını ifade etmiştir.<sup>149</sup> Bir üye devletin yükümlülüğü, kuşkusuz ki, örgütün kurucu belgelerinde üye devletlerin yükümlülüğüne dair açık bir hüküm<sup>150</sup> yoluyla ya da örgütün aslında ilgili devletin doğrudan kontrolü altında olduğu veya hukuk önünde ve gerçekte onun temsilcisi olarak hareket ettiği durumlarda ya da belli bazı durumlarda devlet tarafından verilen tek taraflı taahhütler ve garantiler sayesinde ortaya çıkabilirdi.<sup>151</sup>

Bununla beraber, üye devletlerin yükümlülüklerinin birbirine geçtiği durumlar olabilir. Örneğin, *Matthews v. UK* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin uluslararası örgütlere yetki transferini, ‘Sözleşme hakları güvence altında olmaya devam ettiği “takdirde”, dışlamadığını açıklamıştır. ‘Bu yüzden üye devletlerin sorumluluğu bu tür bir transferden sonra bile devam eder’.<sup>152</sup> Benzer şekilde, hukuka aykırı bir fiilin işlenmesinde üye devletin bir uluslararası örgüt ile birlikte hareket ettiği durumlarda üye devlet de sorumlu olacaktır.<sup>153</sup>

### Uluslararası Kuruluşların Hesap Verebilirliği

Hesap verebilirlik kavramı, sorumluluk prensibi ve uluslararası açıdan hukuka aykırı fiiller için yükümlülük prensibinden daha geniştir ve yetkinin hukuki olarak kullanılmasının, uygulamada hesap verilebilirliği de beraberinde getireceğine dair bin anlayışa dayanır. Bu tür hesap verebilirlik muhakkak hukuki, politik, idari ve finansal biçimlerde ortaya çıkacaktır ve temel olarak iç hukuk üzerine odaklandığı ve davranışsal bir çerçeve oluşturacaktır. Böyle bir bağlamda iyi yönetim prensibine özel dikkat gösterilmelidir. İyi yönetim; iyi yönetim ve şeffaf yürütme ve denetim kistasları, iyi niyet prensibi, anayasallık ve kurumsal denge prensibi (görev alanı içerisinde hareket etmeyi de içeren), yan kuruluşlara ilişkin teftiş ve kontrol prensibi, kararların sebeplerini açıklama prensibi, takdir hakkının kötüye kullanılmasını ve hukuki ya da maddi hataları önlemek için usul açısından düzenlilik prensibi, objektiflik ve tarafsızlık prensibi ve gereken özen prensibi ile ilgilidir.<sup>154</sup> Çoğu (hepsi değilse bile) uluslararası örgüt

<sup>148</sup> [1989] 3 All ER 523, 529; 81 ILR, s. 680. Bu, Temyiz Mahkemesi’nin çoğunluğu tarafından benimsenen görüşü. Bkz., Ralph Gibson LJ, [1988] 3 WLR 1033, 1149 ve Kerr LJ, *a.g.e.*, 1088–9 (fakat bu konuda Hakim Nourse’nin farklı görüşü için bkz., *a.g.e.*, 1129–31); 80 ILR, ss. 49, 170; 101–2; 147–9. Mahkemenin yaklaşımının, gerçekte, temel olarak iç hukuk üzerine odaklandığı ve ilgili kanun hükmünde kararname olmaksızın ITC’nin Birleşik Krallık hukukunda hukuki bir varlığının olmadığı algısı üzerine kurulduğunu vurgulamak yerinde olur. Bir uluslararası örgüt, uluslararası hukuk alanında hukuki kişiliğe sahipti ve bu yüzden yerel hukuk sistemleri içerisinde hukuki kişiliği otomatik olarak elde etmezdi. Bu nedenle, en azından Birleşik Krallık örneğinde, spesifik bir mevzuat gerekliydi.

<sup>149</sup> Örneğin bkz., the 1991 Partial Award on Liability of the ICC Tribunal in the *Westland Helicopters* davasında: Bkz., Higgins, ‘Legal Consequences’, s. 393. Ayrıca bkz., I. F. I. Shihata, ‘Role of Law in Economic Development: The Legal Problems of International Public Ventures’, 25 *Revue Egyptienne de Droit International*, 1969, ss. 119,125; Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, s. 992, ve Amerasinghe, *Principles*, ss. 431 vd.

<sup>150</sup> Ya da bu tür bir niyet gösteren bir hüküm.

<sup>151</sup> Bkz., Institut de Droit International (Uluslararası Hukuk Enstitüsü)’nin Kararları, 7. ve 8. maddeler. *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 1995, ss. 465, 467.

<sup>152</sup> Bkz., 18 Şubat 1999 tarihli karar, 32. paragraf; 123 ILR, s. 13. Ayrıca bkz., 30 Haziran 2005 tarihli *Bosphorus Airways v. Ireland* davası kararı ve 2 Mayıs 2007 tarihli *Behrami v. France* davası kararı, 133 ILR, s. 1 ve yukarıda 6. Bölüm.

<sup>153</sup> Bkz., bu bölümde yukarıda.

<sup>154</sup> Örneğin bkz., A. Momirov, *Accountability of International Organizations in Post-Conflict Governance Missions*, The Hague, 2005; K. Wellens, ‘The Primary Model Rules of Accountability of International Organizations: The Principles and Rules Governing Their Conduct or the Yardsticks for Their Accountability’, *Proliferation of International Organizations* (ed. N. M. Blokker ve H. G. Schermers), Leiden, 2001, s. 433; D. Curton ve A. Nollkaemper, ‘Conceptualising Accountability in International and European Law’, 36 *Netherlands Yearbook of International Law*, 2005, s. 6; E. de Wet, ‘Holding International Institutions Accountable’, 9 *German Law Journal*, 2008, s. 1987. Ayrıca Uluslararası Hukuk Derneği’nin 2004’deki Berlin Konferansı’nda kabul ettiği Uluslararası Örgütlerin Hesap Verme Sorumluluğu Hakkında Tavsiye Edilen Kurallar ve Uygulamalar başlıklı taslak metnine bakınız. Söz konusu metne şu kaynaktan ulaşılabilir: *International Organizations Law Review*, 2004, s. 225.

iç konulara ilişkin kendi disiplin ve kontrol usullerini belirleyecektir. Örneğin Birleşmiş Milletler 1 Temmuz 2009 tarihinden itibaren başlayarak iç anlaşmazlıklar ve disiplin konuları ile ilgilenmek için Personel Kuralları ve Tüzüğü hazırlamış<sup>155</sup> ve yeniden gözden geçirilmiş bir usul belirlemiştir. Bu, her ikisi de bağlayıcı kararlar veren BM Uyuşmazlık Mahkemesi ve BM Temyiz Mahkemesi olarak iki kademeli bir yargı sistemi ortaya çıkarmıştır.<sup>156</sup>

### Ayrıcalıklar ve Muafiyetler<sup>157</sup>

Devletler ve onların temsilcileri fonksiyonlarını daha etkin bir şekilde icra etmek için çeşitli ayrıcalık ve muafiyetlerden yararlanırlar. Uluslararası örgütler de kendi mal varlıkları ve temsilcileri için ayrıcalıklara ve muafiyetlere hak kazanmışlardır. İki durum kuşkusuz ki uygulamada benzer değildir. Örneğin devlet muafiyetinin temeli devletlerin egemen eşitliği ve mütekabiliyet açısından görülebilirken, bu temel, örgütlere ilişkin olarak gerçekçi değildir. Çünkü örgütler hem “egemen eşit” konumunda değildir<sup>158</sup> hem de bir mütekabiliyet göstergesi olarak muafiyet veremezler (ya da geri alamazlar). Ayrıca devletlerin muafiyetleri *jure imperii* ile *jure gestionis* işlemleri arasındaki ayrım ışığında sınırlanmıştır<sup>159</sup>, ancak uluslararası örgütler durumunda bu tür bir ayrım uygun olmaz.<sup>160</sup> Uluslararası örgütlere ilişkin muafiyetlerin gerçek temeli, fonksiyonlarının etkin bir şekilde uygulanmasının onları zorunlu kılmasıdır. Bu kuşkusuz ki bu tür fonksiyonel gerekliliğin ışığında muafiyetlerin düzeyinin nasıl ölçüleceğine dair bir soruyu gündeme getirecektir.

BM göz önüne alındığında Sözleşme'nin 105. maddesi şunu ifade etmektedir:

“1. Örgüt, üyelerinin herbirinin topraklarında amaçlarına ulaşmak için gerekli ayrıcalık ve muafiyetlerden yararlanır.  
2. Birleşmiş Milletler üyelerinin temsilcileri ile örgütün görevlileri de, aynı şekilde, örgüt ile ilgili görevlerini tam bir bağımsızlık içinde yerine getirebilmek için gerekli ayrıcalık ve muafiyetlerden yararlanırlar.”<sup>161</sup>

<sup>155</sup> Bkz., ST/SGB/2014/1.

<sup>156</sup> Bkz., [www.un.org/en/oaj/dispute/](http://www.un.org/en/oaj/dispute/) ve [www.un.org/en/oaj/appeals/](http://www.un.org/en/oaj/appeals/). Ayrıca bkz., Amerasinghe, *Principles*, 9. Bölüm.

<sup>157</sup> Örneğin bkz., *The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and Specialised Agencies: A Commentary* (ed. A. Reinisch ve P. Backmayer), Oxford, 2016; *Immunity of International Organisations* (ed. N. Blokker ve N. Schrijver), The Hague, 2015; Klabbers, *Introduction*, 8. Bölüm; Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 380 vd. ve 1028 vd.; Reinisch, *International Organizations*, ss. 127 vd.; Amerasinghe, *Principles*, 10. Bölüm; *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Court* (ed. A. Reinisch), Oxford, 2013; C. Ryngaert, ‘The Immunity of International Organizations before Domestic Courts’, *7 International Organizations Law Review*, 2010, s. 121; A. Reinisch, ‘The Immunity of International Organizations and the Jurisdiction of their Administrative Tribunals’, *7 Chinese Journal of International Law*, 2008, s. 285; E. Gaillard ve I. Pingel-Lenuzza, ‘International Organizations and Immunity from Jurisdiction: To Restrict or To Bypass’, *51 ICLQ*, 2002, s. 1; M. Singer, ‘Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns’, *36 Va.JIL*, 1995, s. 53; C. W. Jenks, *International Immunities*, London, 1961; J. F. Lalive, ‘L’Immunité de Jurisdiction et d’Execution des Organisations Internationales’, *84 HR*, 1953 III, s. 205; C. Dominice, ‘Le Nature et l’Etendue de l’Immunité des Organisations’, *Festschrift Ignaz Seidl-Hohenveldern* (ed. K. H. Böckstiegel), Cologne, 1988, s. 11; Nguyen Quoc Dinh, ‘Les Privileges et Immunités des Organisations Internationales d’après les Jurisprudences Nationales Depuis 1945’, *AFDI*, 1957, s. 55; D. B. Michaels, *International Privileges and Immunities*, The Hague, 1971; Kirgis, *International Organizations*, ss. 26 vd.; *Yearbook of the ILC*, 1967, Cilt: 2, ss. 154 vd.; DUSPIL, 1978, ss. 90 vd. ve *a.g.e.*, 1979, ss. 189 vd, ve Morgenstern, *Legal Problems*, ss. 5–10.

<sup>158</sup> Örneğin *Branno v. Ministry of War* davasında ‘NATO’nun egemenliği’ne yapılan atıf yanılıcıdır. Bkz., *Branno v. Ministry of War*, 22 ILR, s. 756.

<sup>159</sup> Bkz., yukarıda 12. Bölüm.

<sup>160</sup> Bkz., R. Higgins, *Problems and Process*, Oxford, 1994, s. 93.

<sup>161</sup> Uluslararası mali kuruluşların ayrıcalık ve muafiyetleri ile ilgili hükümler daha ayrıntılı olma eğilimi göstermektedir. Örneğin bkz., Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası Anlaşması’nın 7. maddesi, Uluslararası Para Fonu Anlaşması’nın 9. maddesi ve Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası Anayasası’nın 46-55. maddeleri.

Bu genel hükümler, Birleşmiş Milletler'in Ayrıcalıkları ve Muafiyetleri Genel Sözleşmesi (1946) ve Uzmanlık Kuruluşlarının Ayrıcalıkları ve Muafiyetleri Sözleşmesi (1947) ile tamamlanmıştır.<sup>162</sup> İlgili kurucu belgelerdeki hükümler üzerine kurulmuş olan bu genel sözleşmelerin kendileri de iki taraflı anlaşmalar (özellikle artan sayıdaki merkezi idare ve ev sahibi anlaşmaları) ile tamamlanmıştır. Örneğin BM New York'daki BM İdare Merkezi için Amerika Birleşik Devletleri ile ve Cenevre'deki BM Ofisi için İsviçre ile 1947'de idare merkezi anlaşmaları yapmıştır.<sup>163</sup> Bu tür anlaşmalar, örneğin, ilgili personel idari düzenlemelerin uygulanmasına tabi olan merkezi idare bölgesi içerisinde yerel kanunların uygulanmasını, ev sahibi devlet tarafından arama, el koyma, istimlak ve diğer müdahale yollarına karşı örgütün taşınmaz mülk ve mal varlığının dokunulmazlığını, kamu hizmetleri vergileri hariç yerel vergilerden muafiyeti ve iletişim özgürlüğünü öngörmektedir.<sup>164</sup>

Uluslararası Adalet Divanı, Filistin Kurtuluş Örgütü'nün New York'daki BM Gözlem Misyonu'nun kapatılmasını gerektiren ABD'nin terörle mücadele mevzuatı ile ilgili olan *Applicability of the Obligation to Arbitrate* davasında<sup>165</sup>, BM İdari Merkez Anlaşması'nın yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin bir anlaşmazlık doğması durumunda, ABD'nin tahkime gitmek için söz konusu antlaşmanın 21. Bölümünde yer alan yükümlülüğe saygı göstermek zorunda olduğunu belirtmiştir. Bir uyuşmazlığın doğduğunun net olmadığına dair ABD görüşüne rağmen, bir uluslararası uyuşmazlığın varlığı bir nesnel tespit konusu olduğu için bu hükme varılmıştır.<sup>166</sup> Mahkeme kararında, bir antlaşmanın hükümlerinin o antlaşmaya taraf olan bir devletin iç hukukunun üstünde olduğunu özellikle vurgulamıştır.<sup>167</sup>

Bu görüş, açıkça, uluslararası örgütlere ilişkin ayrıcalık ve muafiyetlerin tanınması için bir teorik temel oluşturan herhangi bir temsili argümandan ziyade fonksiyonel bir yaklaşımdır. Bu nokta yerel mahkemelerin önündeki davalarda öne sürüldü, fakat bu konseptin uluslararası örgütlerin toprakları üzerinde faaliyette buldukları devlete karşı bağımsızlığının korunması gerekliliğini içerdiğini belirtmek önemlidir. Örneğin *Mendaro v. World Bank* davasında<sup>168</sup> ABD Temyiz Mahkemesi, uluslararası örgütlere muafiyet verilmesinin sebebinin fonksiyonlarını daha etkin bir şekilde icra edebilmeleri ve özellikle de bir üye devletin kendi toprakları üzerinde faaliyet yürüten bir örgütün o devletin tek taraflı kontrolünden bağımsız olarak çalışmasına imkan verme olduğunu belirtmiştir. *Iran-US Claims Tribunal v. AS* davasında<sup>169</sup> Hollanda Yüksek Mahkemesi 'uluslararası örgütlerin her koşul altında görevlerini özgürce ve müdahaleden bağımsız olarak yerine getirebileceklerine dair güvenceye sahip olmalarında menfaatlerinin olduğu'na işaret etmiştir. Mahkeme ayrıca 'bir uluslararası örgütün, prensip olarak, söz konusu örgüte tevdi edilen görevlerin icrası ile doğrudan doğruya ilişkili olan tüm anlaşmazlıklar açısından ev sahibi devletin

<sup>162</sup> Bu, ayrıca, her bir uzmanlık kuruluşuna ilişkin ayrı ekler içermektedir. Ayrıca bkz., Amerikan Devletleri Örgütü'nün Ayrıcalık ve Muafiyetleri Anlaşması (1949), Avrupa Konseyi'nin Ayrıcalık ve Muafiyetleri Genel Anlaşması (1949) ve Avrupa Toplulukları'nın Ayrıcalık ve Muafiyetlerine İlişkin Protokol (1965).

<sup>163</sup> Ayrıca, 1979'da BM Viyana Merkezi'ne ilişkin Avusturya ile yapılan anlaşma, 1976'da BM Üniversitesi'ne ilişkin Japonya ile yapılan anlaşma, 1975'de BM Çevre Programı'na ilişkin Kenya ile yapılan anlaşma da bu tür anlaşmaların örnekleri arasındadır. Ayrıca BM barışgücü kuvvetlerinin hukuki statüsü, imkanları, ayrıcalıkları ve muafiyetleri gibi konulara ilişkin BM tarafından, örneğin, Mısır (1957), Kongo (1961) ve Kıbrıs (1964) ile Kuvvetlerin Statüsü Anlaşmaları yapılmıştır.

<sup>164</sup> Benzeri düzenlemeler uluslararası örgütlerin bölgesel ofislerini kapsayabilir. Örneğin, Mısır'da Dünya Sağlık Örgütü'nün bir bölgesel ofisine ilişkin 1951'de bir anlaşma yapılmıştır.

<sup>165</sup> ICJ Reports, 1988, s. 12; 82 ILR, s. 225.

<sup>166</sup> ICJ Reports, 1988, ss. 27-30; 82 ILR, s. 245.

<sup>167</sup> ICJ Reports, 1988, ss. 33-4; 82 ILR, s. 251.

<sup>168</sup> 717 F.2d 610, 615-17 (1983); 99 ILR, ss. 92, 97-9.

<sup>169</sup> 94 ILR, ss. 321, 329. Ayrıca bkz., *Eckhardt v. Eurocontrol* (No. 2), a.g.e., ss. 331, 337-8. Bu davada Maastricht Bölge Mahkemesi, bir uluslararası örgüt devletler tarafından antlaşma ile kurulduğu için bu tür örgütlerin uluslararası teamül hukuku temelinde kamu hizmetini yerine getirmek için gerekli ölçüde yargı dokunulmazlığı olduğunu belirtmiştir.



mahkemelerinin yargı alanına tabi olmadığı'nı kaydetmiştir. İtalyan Temyiz Mahkemesi *FAO v. INPDAI* davasında<sup>170</sup> bir uluslararası örgütün kurumsal amaçlarını yakından etkileyen faaliyetlerin varlığının dokunulmazlığa hak kazandıracağını ifade etmiştir. İş Temyiz Mahkemesi *Mukuro v. European Bank for Reconstruction and Development* davasında<sup>171</sup>, hukuki süreç karşısında dokunulmazlığın, söz konusu bankanın amaçlarına ulaşabilmesi, ev sahibi devletin kontrolü ya da müdahalesi karşısında bağımsızlığının ve tarafsızlığının korunması ve çok uluslu fonksiyonlarını temsilcileri aracılığıyla etkin ve kesintisiz bir şekilde yerine getirebilmesi için zorunluluk olması durumunda meşrulaştırıldığını açıklamıştır. İsviçre İş Mahkemesi *ZM v. Permanent Delegation of the League of Arab States to the UN* davasında, 'uluslararası teamül hukuku uluslararası örgütlerin (evrensel ya da bölgesel) mutlak yargı dokunulmazlığına sahip olduğunu kabul etmiştir... Uluslararası örgütlerin bu ayrıcalığı onların amaçları ve fonksiyonlarından doğmaktadır. Bu örgütler görevlerini ancak, üye devletlerin mahkemelerinin ya da örgütün idari merkezinin denetiminden uzak olarak yürütebilirler' açıklamasını yapmıştır.<sup>172</sup>

Uluslararası örgütlerin muafiyeti konusu *Waite and Kennedy v. Germany* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Bu davada davacı, Almanya'nın bir iş hukuku uyuşmazlığında uluslararası bir örgüte muafiyet tanıyarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 (1). maddesi uyarınca var olan yargılanma hakkını ihlal ettiğini öne sürmüştü. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 'uluslararası örgütlere ayrıcalık ve muafiyet verilmesinin bu tür örgütlerin hükümetlerin tek taraflı müdahalesinden bağımsız olarak çalışmalarını sağlamanın temel bir aracı' olduğunu belirtmiştir. Mahkeme kararın devamında 6. maddenin gerekliliklerinin, sözleşme çerçevesinde söz konusu hakkın etkin bir şekilde korunması için makul alternatif araçların ve ilgili uluslararası belgelerde anlaşmazlık çözümüne dair tatmin edici bir sistemin olması durumunda karşılanmış olacağını açıklamıştır.<sup>173</sup>

Bu tür alternatif anlaşmazlık çözümü gereklilikleri, söz konusu muafiyetleri sağlayan ilgili uluslararası anlaşmanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden önce olduğu bir durumda temel niteliğe haiz olmayabilir, ancak bu yaklaşım tartışmalı olarak görülmelidir.<sup>174</sup> Bununla birlikte *Behrami* davasında<sup>175</sup> açığa çıkan durum dikkate şayandır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu davada, KFOR'u (Kosova'da NATO liderliğindeki silahlı güç) oluşturan çeşitli ulusal birlikler bir genel Güvenlik Konseyi kararı (1244 (1999) sayılı Güvenlik Konseyi kararı) çerçevesinde faaliyet gösterdiği için davalı devletler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iddia edilen ihlallerinden dolayı sorumlu tutulamayacağını öne sürdü. Mahkeme, KFOR, UNMIK (BM'nin Kosova'daki Geçici Yönetim Misyonu) 2000/47 kararı<sup>176</sup> sayesinde dokunulmazlığa sahip olduğundan Kosova'daki insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulabilecek bir birim olmadığını belirtti. Muafiyet uluslararası örgütlerin çalışması açısından çok önemlidir, ancak bazı durumlarda etkin bir alternatif anlaşmazlık çözümü prosedürünün oluşturulmasının doğru ve arzu edilir bir yöntem olduğu görülmektedir.<sup>177</sup>

<sup>170</sup> 87 ILR, ss. 1, 6–7. Ayrıca bkz., *Mininni v. Bari Institute, a.g.e.*, s. 28 ve *Sindacato UIL v. Bari Institute, a.g.e.*, s. 37.

<sup>171</sup> [1994] ICR 897, 903. Ayrıca bkz., *the European Molecular Biology Laboratory Arbitration*, 105 ILR, s. 1.

<sup>172</sup> 116 ILR, ss. 643, 647.

<sup>173</sup> 18 Şubat 1999 tarihli karar, 63. ve 67 vd. paragraflar; 116 ILR, ss. 121, 134, ve bkz., *Beer and Regan v. Germany*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 18 Şubat 1999, 53 vd. paragraflar. Ayrıca bkz., *Consortium X v. Swiss Federal Government*, Swiss Federal Supreme Court, 1st Civil Law Chamber, 2 Temmuz 2004 ve *Entico Corporation v. UNESCO* [2008] EWHC 531 (Comm).

<sup>174</sup> Örneğin bkz., *Entico Corporation v. UNESCO* [2008] EWHC 531 (Comm).

<sup>175</sup> Judgment of 2 May 2007, bkz., yukarıda 7. Bölüm.

<sup>176</sup> 'On the Status, Privileges and Immunities of KFOR and UNMIK and their Personnel in Kosovo', [www.unmikonline.org/regulations/2000/reg47-00.htm](http://www.unmikonline.org/regulations/2000/reg47-00.htm)

<sup>177</sup> Bkz., Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 1036–7 ve E. De Brabandere, 'Immunity of International Organizations in Post-Conflict International Administrations', 7 *International Organizations Law Review*, 2010, ss. 79, 119.

Muafiyet konusu ile iç içe geçen bir mesele de BM'nin sorumluluğu hususudur. Bu, bazı durumlarda örgütün şöhretine ciddi şekilde zarar vermektedir.<sup>178</sup> Haiti'deki kolera salgını bunun nadir ama trajik bir örneğini teşkil etmektedir. Bu hastalık adadaki BM barış koruma gücünün (Haiti'deki BM İstikrar Gücü - MINUSTAH) bir unsuru olan Nepalli askerlerden yayılmış ve 2010 yılında sekiz binden fazla kişinin ölümüne ve altı yüz bin civarında kişinin hastalanmasına yol açmıştır.<sup>179</sup> Bu hastalıktan etkilenenler namına talep başvuruları yapılmış ancak bunlar, siyasi karar hususlarını içerdiğinden ve bu yüzden BM'nin uyuşmazlık çözümü mekanizmalarının bunları ele alması mümkün olmadığından, BM tarafından 'alınamaz' bulunmuştur.<sup>180</sup> BM, muafiyetine dayanarak tazminat ödemeyi reddetmiştir.<sup>181</sup> 1946 tarihli BM'nin İmtiyaz ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme'nin 29. bölümünün 8. maddesi şunu öngörmektedir: '(BM), eğer Genel Sekreter tarafından muafiyetten feragat edilmemişse, resmi görevi gereği muafiyete sahip bir Birleşmiş Milletler görevlisinin dahil olduğu uyuşmazlıkların uygun biçimde çözülmesi yöntemlerine ilişkin olarak düzenlemeler yapacaktır'. Bununla beraber, bunu gerçekleştirmemek muafiyeti geçersiz kılmaz.<sup>182</sup> Bu muafiyet ilgili devletlerin yargı yetkisi kullanmasını engellemektedir. Genel Kurul bütün devletleri 'görevdeki Birleşmiş Milletler görevli ve uzmanlarınca işlenen suçların cezasız kalmaması ve bu suçların faillerinin adalet önüne çıkarılması için, bu kişilerin ve Birleşmiş Milletler'in imtiyaz ve muafiyetlerine halel getirmeyecek şekilde ve hukuk güvenliği dahil uluslararası insan hakları standartlarına uygun olarak, uygun önelimleri almaya' çağırarak kararlar almıştır.<sup>183</sup> Bu kararlar devletleri 'henüz gerçekleştirilmemiş buldukları alanlarda, Birleşmiş Milletler hizmetinde görevli veya uzman olan kendi vatandaşları tarafından işlenen

<sup>178</sup> Ayrıca bkz., *Behrami v. France*, yukarıda 126. dipnot; *Beric v. Bosnia and Herzegovina*, 16 Ekim 2007, ve *Stichting Mothers of Srebrenica v. the Netherlands*, 11 Haziran 2013 tarihli karar, 141 vd. paragraflar (Güvenlik Konseyi yönetimi altında BM operasyonlarının dokunulmazlığını teyit etmektedir). Bununla birlikte, Hollanda Yüksek Mahkemesi *Netherlands v. Nuhanovic* davasındaki 6 Eylül 2013 tarihli kararında BM ve Hollanda'nın ikisinin de Srebrenika'daki Hollanda Birliği tarafından yapıldığı iddia edilen hukuka aykırılık konusunda etkin kontrolü olduğunu (Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna Dair UHK Taslak Maddeleri madde 8'i alıntılanarak) ve bu yüzden, BM'ye atfedilebilecek herhangi bir sorumluluğa bakmaksızın, iddia edilen söz konusu hukuka aykırılığın Hollanda'ya atfedilebileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte bkz. *Jaloud v the Netherlands*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 20 Kasım 2014, para. 142 vd. Bu davada Mahkeme, Irak'taki söz konusu bölgede Hollanda birliklerinin Birleşik Krallık komutası altında ve ABD ile Birleşik Krallık'ın işgalci güçler olması bağlamında faaliyet gösterdikleri olgusunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinin uygulanmasını durdurmak için yeterli olmadığını tespit etmiştir. İlave bilgi için bkz., 6. Bölüm ve 13. Bölüm.

<sup>179</sup> Bkz. 1542 (2004) sayılı Güvenlik Konseyi kararı ve A. Cravioto ve diğerleri, *Final Report of the Independent Panel of Experts on the Cholera Outbreak in Haiti*, 2011, [www.un.org/News/dh/infocus/haiti/UN-cholera-report-final.pdf](http://www.un.org/News/dh/infocus/haiti/UN-cholera-report-final.pdf). Ayrıca bkz. R. Freedman, 'UN Immunity or Impunity? A Human Rights Based Challenge', 25 EJIL, 2014, s. 239; K. Daugirdas, 'Reputation and the Responsibility of International Organisations', 25 EJIL, 2014, s. 991 ve K.E. Boon, 'The United Nations as Good Samaritan: Immunity and Responsibility', 16 Chicago Journal of International Law, 2016, s. 341. Ayrıca bkz. Transnational Development Clinic, Yale Law School ve diğerleri, *Peace without Accountability: The United Nations' Responsibility for the Haitian Cholera Epidemic*, 2013, [https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Clinics/Haiti\\_TDC\\_Final\\_Report.pdf](https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Clinics/Haiti_TDC_Final_Report.pdf)

<sup>180</sup> SG/SM/14828, 21 Şubat 2013.

<sup>181</sup> Bkz. [www.ijdh.org/wp-content/uploads/2013/07/UNSG-Letter-to-Rep.-Maxine-Waters.pdf](http://www.ijdh.org/wp-content/uploads/2013/07/UNSG-Letter-to-Rep.-Maxine-Waters.pdf), aktaran Freedman, 'UN Immunity', s. 241.

<sup>182</sup> Bkz. ABD İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi kararı: *Brzak v. United Nations*, 597 F.3d at 112 (2010). Burada Mahkeme davacının BM'ye karşı başvurusunu konu yönünden yetkisizlik sebebiyle reddetmiştir. Bu davada, açık bir biçimde feragat etmedikçe BM'nin mutlak muafiyete sahip bulunduğu ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. *Georges v UN*, 13-CV-7146 (JPO) davası, ABD Bölge Mahkemesi, New York Güney Bölgesi, 9 Ocak 2015. Bu dava Haiti'deki kolera salgınına ilişkin olarak haksız fiil ve akdi talepler öne sürülerek Birleşmiş Milletler, Birleşmiş Milletler Haiti İstikrar Gücü, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Ban Ki-moon, MINUSTAH'tan sorumlu Genel Sekreter Yardımcısı Edmond Mulet'e karşı açılmıştır. Bu karar ABD İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi tarafından onanmıştır. *Georges v UN*, 15-455-cv, 18 Ağustos 2016. Onama kararı Bölüm 29'daki uyuşmazlık çözüm mekanizması sağlama yükümlülüğünün, BM'nin İmtiyaz ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. bölümünde öngörülen BM muafiyeti için bir ön koşul olmadığını altını çizmiştir.

<sup>183</sup> Bkz. 69/114, 2014, ve 70/114, 2015 sayılı kararlar. Ayrıca bkz. the Secretary-General's report, *Ensuring the Accountability of United Nations Staff and Experts on Mission with Respect to Criminal Acts Committed in Peacekeeping Operations*, A/60/980, 2006.

suçlar, özellikle de ciddi suçlar bakımından, kendi mevcut ulusal ceza kanunlarında yer aldığı şekliyle, yargı yetkisi tesis etmeye’ de davet etmektedir. En azından yargı yetkisi tesis eden devletin hukukunda tanımlandığı şekliyle eylem ev sahibi devletin hukuku uyarınca da suç olmaya devam etmektedir.

Muafiyetler, söz konusu örgüte üye devletlerin temsilcilerine, örgütün görevlilerine ve örgütün kendisine verilebilir. Uluslararası örgütlere üye devletlerin temsilcilerinin konumu göz önüne alındığında BM Genel Sözleşmesi (1946)’nin 4. maddesinin, 11. bölümü aşağıdaki ayrıcalık ve muafiyetleri öngörmektedir:

*“a) Tutuklanmaları ya da gözaltına alınmaları ve şahsi eşyalarına el konulması konusunda muafiyet, ve temsilci sıfatıyla yaptıkları konuşmalar, yazılar ve tüm faaliyetleri açısından her çeşit hukuki süreç konusunda muafiyet;*

*b) Bütün evraklar ve belgeler konusunda muafiyet;*

*c) Evrakları ve yazışmaları mühürlü çantada ya da kurye aracılığıyla alma ve şifre kullanma hakkı;*

*d) Göçmen kısıtlamalarından, ziyaret ettikleri ya da görevlerini yaparken geçtikleri devletteki yabancı kayıt işlemlerinden ya da ulusal hizmet yükümlülüklerinden kendilerinin ya da eşlerinin muaf tutulması;*

*e) Döviz sınırlandırmaları konusunda geçici resmi misyonlardaki yabancı devletlerin temsilcileri ile aynı imkanlara sahip olma;*

*f) Şahsi eşyaları konusunda diplomatik heyetler ile aynı muafiyet ve imkanlara sahip olma;*

*g) Diplomatik heyetlerin sahip olduğu yukarıda belirtilenler ile uyumsuz olmayan diğer ayrıcalık, muafiyet ve imkanlar (ithal edilmiş mallar hususunda gümrük görevlerinden (kendi şahsi eşyalarının parçası olması dışında) ya da tüketim veya satış vergilerinden muafiyet talebinde bulunma hakkına sahip değildir).”*

Sözleşme’nin 4. maddesinin 14. bölümü bu tür ayrıcalık ve muafiyetlerin uluslararası örgütlerin Birleşmiş Milletler ile bağlantılı olarak görevlerini bağımsızca yerine getirmelerini temin etmelerine uygun olmasını öngörmektedir. Sonuç olarak bir üye yalnızca muafiyet hakkına sahip değildir, aynı zamanda üyenin görüşüne göre dokunulmazlığın adalete başvurmayı engellemesi durumunda kendi temsilcilerinin muafiyetlerinden vazgeçme yükümlülüğü altındadır ve dokunulmazlığın uygun görüldüğü amacı kısıtlamaksızın söz konusu muafiyetten feragat edilebilir.<sup>184</sup>

Gündeme gelen ve kesin bir netlik kazanmayan bir konu, ilgili uluslararası antlaşmaların muğlak olduğu durumlarda, uluslararası teamül hukuku çerçevesinde ev sahibi devletin bir

<sup>184</sup> Sözleşme’nin 4. madde, 16. bölümündeki “temsilciler” ifadesinin ‘bütün delegeler, delege vekilleri, danışmanlar, teknik uzmanlar ve delegasyon sekreterleri’ni kapsadığı varsayılır. Devletlerin uluslararası örgütlerdeki temsili meselesi, Evrensel Niteliğe Sahip Uluslararası Örgütler İle İlişkilerinde Devletlerin Temsili Hakkındaki Viyana Sözleşmesi (1975)’nde de ele alınmıştır. Bu Sözleşme, Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi (1961) model alınarak hazırlanmıştır. Öte yandan, Sözleşme (1975) birçok ev sahibi devlet tarafından görev gereği zorunlu nitelikte olandan çok daha kapsamlı ayrıcalık ve muafiyetlere izin verdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz., DUSPIL, 1975, ss. 38 vd. Özellikle, Sözleşmenin 30. maddesi misyon şefleri ve misyonun diplomatik personeli ev sahibi devletin cezaî, adli ve idari yargılama yetkisi karşısında dokunulmazlığa sahip olacağını öngörmektedir. İlgili maddede istisnai haller, ev sahibi ülkedeki özel gayrimenkul mallara ilişkin aynı davalar (görev amacıyla gönderen devlet adına alınmadığı takdirde), halefiyete ilişkin işlemler ve söz konusu kişi tarafından görevi dışında ev sahibi devlette yapılan profesyonel ve ticari faaliyetlere ilişkin işlemler olarak belirlenmiştir. Ayrıca bkz., yukarıda 12. Bölüm.

uluslararası örgütteki bir devlet temsilcisinin muafiyetlerini tek taraflı olarak geri çekmeye çalışması konusunda ehliyeti ile ilgilidir.<sup>185</sup> Konu, 2006'da Dominik tarafından İsviçre'ye karşı Uluslararası Adalet Divanı'na yapılan bir başvuru hakkındaydı. Dominik, BM ve uzmanlık kuruluşlarına (İsviçre'ye değil) kendisi tarafından akredite edilmiş bir Misyon Şefi'nin görevini İsviçre'nin sona erdirdiğinden şikayet ediyordu.<sup>186</sup> Ancak, başvuru daha sonra geri çekildi.<sup>187</sup>

Bununla birlikte, temsilcilerin ayrıcalık ve muafiyetleri meselesine uluslararası örgütler ile ev sahibi devletler arasında yapılan idari merkez antlaşmalarında sürekli olarak atıfta bulunulmuştur. Örneğin, BM İdari Merkez Antlaşması (1947)'nin 5. maddesi, 15. bölümünde, temsilcilerin<sup>188</sup> ABD topraklarında diplomatik heyetlerinki ile (benzeyen şartlar ve yükümlülüklerle bağlı olarak) aynı ayrıcalık ve muafiyetlere hak kazandığını belirtmektedir.<sup>189</sup>

İkinci olarak, örgütün görevlilerine de ayrıcalıklar ve muafiyetler tanınır. BM Genel Sözleşmesi'nin 5. maddesi 18. bölümü BM görevlilerinin resmi sıfatlarıyla yaptıkları konuşmalar ya da yazılı beyanlar ve fiiller bakımından hukuki sürecin dışında olacakları, BM tarafından onlara ödenen maaşlar ve kazançlar üzerinden vergi alınmayacağı, ulusal hizmet yükümlülüklerinden ve eşleri ve kendilerine bağlı akrabaları ile birlikte göçmen kısıtlamaları ve yabancı kayıt işlemlerinden muaf olacaklarını öngörmektedir. Ayrıca söz konusu ülkedeki görevlerine başladıkları zaman ev eşyalarını gümrükten muaf olarak getirme haklarına sahiptirler. Ek olarak, Genel Sekreter ve tüm Genel Sekreter Yardımcıları, kendileri, eşleri ve küçük çocukları bakımından uluslararası hukuka uygun olarak diplomatik heyetlerin ayrıcalık ve muafiyetleri ve imkanlarına sahiptirler.<sup>190</sup> Ayrıca 20. bölüm, ayrıcalık ve muafiyetlerin görevlilere bireylerin şahsi yararı doğrultusunda değil, Birleşmiş Milletler'in çıkarlarına uygun olarak verileceğini belirtmektedir. Genel Sekreterin, dokunulmazlığın adalete başvurmayı engellediğini ve Birleşmiş Milletler'in çıkarlarına hanel getirmeksizin kaldırılabilceğini düşündüğü her hangi bir durumda, görevlilerin dokunulmazlığını kaldırma hakkı ve görevi vardır.

BM için görev yapan uzmanlara da görevleri süresince (vazifeleri ile bağlantılı olarak yapılan seyahatlar için harcanan süreler de dahil olmak üzere) bu görevlerini bağımsızca yerine getirebilmeleri için gerekli olan ayrıcalık ve muafiyetleri tanınır. Bu uzmanlar özellikle; tutuklanmaları ya da gözaltına alınmaları ve şahsi eşyalarına el konulması hususunda muafiyetlere, görevlerini yerine getirme süresinde yaptıkları konuşmalar ya da yazılı beyanlar ve fiiller bakımından hukuki süreç karşısında dokunulmazlığa, her türlü evrak ve belgeler konusunda dokunulmazlığa, Birleşmiş Milletler ile iletişimleri amacıyla evrakları ve yazışmaları mühürlü çantada ya da kurye aracılığıyla alma ve şifre kullanma hakkına ve şahsi eşyaları konusunda diplomatik heyetler ile aynı muafiyet ve imkanlara sahip olma hakkına sahiptirler.<sup>191</sup>

<sup>185</sup> Bazı sözleşmeler buna izin vermektedir. Örneğin bkz., Uzmanlık Kuruluşlarının Dokunulmazlığı Sözleşmesi, 7. madde, 25. bölüm. Ayrıca bkz., Amerasinghe, *Principles*, ss. 338 vd.

<sup>186</sup> 26 Nisan 2006 tarihli bu uygulama İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin *A v. B.* davası (1st Civil Law Chamber, 8 Nisan 2004, no. 4C.140/2003) sonucu başlatılmıştı.

<sup>187</sup> Bkz., ICJ, 9 Haziran 2006. Dava, 'Birleşmiş Milletler'deki diplomatik heyet ile misafir devlet arasındaki statüye ilişkin dava' başlığını taşıyordu.

<sup>188</sup> Bunlar 5. maddenin 15(1)-(4). bölümlerinde tanımlanmaktadır.

<sup>189</sup> Ayrıca bkz., *Third US Restatement of Foreign Relations Law*, ss. 518 vd.

<sup>190</sup> 19. Bölüm.

<sup>191</sup> Bkz., 6. Madde, 22. Bölüm. 23. Bölüm ise ayrıcalık ve muafiyetlerin Birleşmiş Milletler'deki bireylerin kendi şahsi yararı için değil, Birleşmiş Milletler'in çıkarları için verildiğini belirtmekte ve Genel Sekreterliğin dokunulmazlığın adaletin sağlanmasını engellediğini ve Birleşmiş Milletler'in çıkarlarına hanel getirmeksizin kaldırılabilceğini düşündüğü bir durumda herhangi bir uzmanın dokunulmazlığını kaldırma hakkı ve yükümlülüğü olduğunu öngörmektedir.

BM için görev yapan şahısların dokunulmazlığı meselesi birkaç davada Uluslararası Adalet Divanı'nın önüne gelmiştir. Divan, Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu tarafından atanan özel raportörlere yönelik BM Genel Sözleşmesi'ndeki hükümlerin uygulanabilirliğine dair bir istişari görüş vermiştir.<sup>192</sup> Yukarıda belirtildiği gibi, Sözleşme'nin 6. maddesi 22. bölümü Birleşmiş Milletler için görev yapan uzmanlara, görevleri süresince bu görevlerini bağımsızca yerine getirebilmeleri için gerekli olan ayrıcalık ve muafiyetlerin tanınacağını öngörmektedir. Uluslararası Adalet Divanı bu tür ayrıcalık ve muafiyetlerin ikamet edilen ya da vatandaşı olunan devlete karşı kullanılabileceğini<sup>193</sup> ve Alt Komisyon tarafından atanan özel raportörlerin Sözleşme'nin 22. bölümünün kapsamı içerisinde görev yapan uzmanlar olarak görülmesi gerektiğini<sup>194</sup> belirtmiştir. Kullanılacak ayrıcalık ve muafiyetler, görevlerini yerine getirmek için ve özellikle de Alt Komisyon'a verecekleri raporlarının hazırlanması, yazılması ve sunulması için yararlı olabilecek irtibatların kurulması için gerekli olan ayrıcalık ve muafiyetler olmalıdır.<sup>195</sup>

Konu, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Immunity from Legal Process* davasındaki istişari görüşünde yeniden değerlendirilmiştir. Divan'ın istişari görüşü, Hakimlerin ve Hukukçuların Bağımsızlığı Hakkında BM İnsan Hakları Komisyonu'nun özel raportörü olan Cumaraswamy'nin Malezya'daki hukuki süreçten muaf olması meselesi hakkındaydı.<sup>196</sup> Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesi, 22. bölümünün BM tarafından bir özel raportör olarak görevlendirilmiş ve dolayısıyla söz konusu bölümdeki ifadeler kapsamı içerisinde bir uzman olan Cumaraswamy için geçerli olduğunu teyit etmiştir. Mahkeme, söz konusu kişinin bir dergide yayınlanan bir mülakatı sırasında konuştuğu sözlere ilişkin dokunulmazlığa hakkı olduğunu ve görevdeki bir uzmanın belirli durumlarda dokunulmazlığı olup olmayacağını tayininde BM Genel Sekreterinin 'merkezi bir role' sahip olduğunu belirtmiştir.<sup>197</sup> Mahkeme, BM Sözleşmesi'nin 105. maddesi ve Genel Sözleşme uyarınca Malezya hükümetinin genel Sekreter tarafından alınan pozisyon hakkında mahkemeleri bilgilendirme yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. Bu yüzden bu yükümlülüğü yerine getirmemek, uluslararası hukuka göre söz konusu devleti sorumlu kılmıştır.<sup>198</sup>

Üçüncü olarak, örgütün kendisine de ayrıcalık ve muafiyetler tanınır. Bu ayrıcalık ve muafiyetlerin çeşitleri genellikle yargılanmadan muafiyet, taşınmaz mülklerin ve arşivlerin muafiyeti, döviz konusunda ayrıcalıklar ve iletişim özgürlüğünü kapsar.<sup>199</sup> Genel Sözleşme (1946)'nin 2. maddesi, 2. bölümü'nün yargılanmadan muafiyet durumunda öngördüğü üzere, Birleşmiş Milletler, her nerede ve kim tarafından kullanılıyor olursa olsun mülkleri ve mal varlıkları, BM'nin belirli bir olayda açıkça dokunulmazlığı kaldırması durumu hariç olmak üzere, her tür hukuki süreç karşısında muafiyetten yararlanır. Bununla birlikte, muafiyetin kaldırılmasının herhangi bir icra durumuna varmayacağı anlaşılmaktadır.<sup>200</sup>

<sup>192</sup> *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, ICJ Reports, 1989, s. 177; 85 ILR, s. 300. Bu görüş, BM Sözleşmesi'nin 96 (2). maddesi uyarınca Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından istenildi.

<sup>193</sup> İlgili devletin çekincesi olmaması durumunda, ICJ Reports, 1989, ss. 195-6; 85 ILR, ss. 322-3.

<sup>194</sup> Bu, ilgili raportörün Alt Komisyon'un bir üyesi olmadığı bir durumda bile, bu kişi Alt Komisyon tarafından bir araştırma misyonu ile görevlendirildiği için uygulanır. Bkz., ICJ Reports, 1989, ss. 196-7; 85 ILR, ss. 323-4.

<sup>195</sup> *A.g.e.*

<sup>196</sup> ICJ Reports, 1999, s. 62; 121 ILR, s. 405.

<sup>197</sup> ICJ Reports, 1999, ss. 84 ve 87.

<sup>198</sup> *A.g.e.*, ss. 87-8. Mahkeme ayrıca muafiyet meselelerinin süratle karar verilecek öncelikli konular olduğunu teyit etmiştir. Bkz., *a.g.e.*, s. 88. Bu görüş, yerel mahkemeler önündeki muafiyet iddialarıyla aynı yaklaşımdır. Bkz., yukarıda 12. Bölüm.

<sup>199</sup> Bazı ayrıcalık ve muafiyetler değişiklik gösterebildiği için bütün davalarda ilgili anlaşmaların incelenmesi gerekir.

<sup>200</sup> Ayrıca bkz., Uzmanlık Kuruluşları Sözleşmesi (1947), 3. madde, 4. Bölüm. Bkz., Amerasinghe, *Principles*, ss. 320 vd.

Ortaya çıkan bir mesele bu tür dokunulmazlığın mutlak olup olmadığı ya da devlet dokunulmazlığı durumunda olduğu üzere egemen ya da kamusal fiiller (*jure imperii*) ile özel fiiller (*jure gestionis*) arasında bir ayırımın çizilip çizilemeyeceğidir. Bununla beraber, devlet dokunulmazlığı ile anoloji uygun değildir. Uluslararası örgütler egemen güç kullanmazlar ya da mütekelibiyetin teorik temeli tartışılmaz. Uluslararası örgütler devletler değildir, ancak belirli fonksiyonlar icra etmek üzere kurulmuş kuruluşlardır. Herhangi bir olayda ilgili antlaşmalar uluslararası örgütlere ilişkin egemen ya da kamusal fiiller ile özel fiiller arasında bir ayırım yapmaz ve bu tür bir ayırımın varlığı da bu antlaşmalardan çıkarılamaz.<sup>201</sup> Gerçekten de içtihat hukuku, BM'nin muafiyetinin mutlak olduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşü ile genel olarak uyumludur.<sup>202</sup>

Ayrıca, uluslararası örgütler infaz ya da icra konusunda muafiyetten yararlanır, ki bu kendi mülkleri ve diğer mal varlıklarına el konulamayacağı anlamına gelir; yargılanma konusunda muafiyetten vazgeçilmesi ise, ki açık olmak zorundadır, ayrı olarak ve açıkça ifade edilmek zorunda olan infaz konusundaki muafiyetten vazgeçilmesini kapsamaz.<sup>203</sup>

Muafiyet ayrıca taşınmaz mülk ve arşivlerin dokunulmazlığını da kapsayacaktır.<sup>204</sup> Bu, uluslararası örgütlerin etkin bir şekilde faaliyet yürütebilmeleri için özellikle önemlidir. Bu konuda, örneğin, BM Genel Sözleşmesi'nin 2. maddesi, 3. bölümünün belirttiği üzere, Birleşmiş Milletler'in taşınmaz mülkleri dokunulmazdır. Birleşmiş Milletler'in mülkleri ve mal varlıkları, her nerede ve kim tarafından kullanılıyor olursa olsun, icrai, idari, hukuki ya da yasama işlemi yoluyla arama, el koyma, müsadere, istimlak ve diğer herhangi bir müdahale türünden muafır.

Aynı maddenin 4. bölümü 'Birleşmiş Milletler arşivlerinin ve genel olarak da ona ait ya da onun tarafından tutulan tüm belgelerin her nerede bulunursa bulunsun dokunulmaz olacağı'nı öngörmektedir.<sup>205</sup> Benzeri hükümler uluslararası örgütlere ilişkin ilgili tüm belgelerde vardır. Taşınmaz mülklerin dokunulmazlığı, bir devletin yetkililerinin orada bir suç işlendiği durumda ya da bir kişiyi tutuklamak için bile olsa örgütün idari başkanının izni olmaksızın bu mülklere giremeyeceği anlamına gelir. Dahası, ev sahibi devlet söz konusu mülklerin korunmasına ilişkin gerekli özeni gösterme yükümlülüğü altındadır. Bununla beraber, bu mülkler, yukarıda tanımlanan dokunulmazlığa bağlı olarak, ev sahibi devletin genel yetki alanı içerisindedir. Dolayısıyla, bu mülklere işlenen bir suç hakkında yerel mahkemelerde hukuki takibat yapılabilir.<sup>206</sup>

<sup>201</sup> Örneğin bkz. Amerasinghe, *Principles*, s. 322. Bununla birlikte, Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası - Dünya Bankası olarak bilinen - (fakat Uluslararası Para Fonu değil) gibi çoğu uluslararası finans kuruluşu açıkça dokunulmazlığı sınırlandırmakta ve kendilerine karşı yapılan işlemlere, Dünya Bankası örneğinde özellikle kredi antlaşmalarına dayalı uygulamalara ilişkin, izin vermektedir. Bkz., Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası Antlaşması'nın 7. Maddesi. Ayrıca bkz., *Lutcher SA v. Inter-American Development Bank* 382 F.2d 454 (1967) ve *Mendaro v. World Bank* 717 F.2d 610 (1983); 92 ILR, s. 92. Birleşik Krallık ile Uluslararası Denizcilik ve Uydu Örgütü arasındaki İdari Merkez Antlaşması (1980)'nin 6. maddesine de bakılabilir. Ayrıca bkz., Amerasinghe, *Principles*, ss. 320 vd.

<sup>202</sup> Örneğin bkz. *Manderlier v. Organisation des Nations Unies et l'Etat Belge (Ministre des Affaires Etrangères)*, Brüksel Hukuk Mahkemesi, 11 Mayıs 1966, 45 ILR ,1972, s. 446; *Boimah v. UN General Assembly*, 664 F Supp 69 (EDNY, 1987); *Abdi Hosh Askir v. Boutros Boutros-Ghali*, 933 F Supp 368 (SDNY, 1996) ve *Georges v UN*, 13-CV-7146 (JPO), ABD Bölge Mahkemesi (SDNY), 9 Ocak 2015, onayan *Georges v UN*, 15-455-cv, ABD Temyiz Mahkemesi (SDNY), 18 Ağustos 2016. Ayrıca bkz. Reinisch, *International Organisations*, ss. 157 vd., 189 vd. ve 332 vd.

<sup>203</sup> Örneğin bkz., BM Sözleşmesi, 2. madde, 2. Bölüm. Ayrıca bkz., Singer, 'Jurisdictional Immunity', ss. 72 vd.

<sup>204</sup> Bkz., Amerasinghe, *Principles*, ss. 330 vd.

<sup>205</sup> Ayrıca bkz., Uzmanlık Kuruluşlarının Ayrıcalık ve Muafiyetleri Sözleşmesi (1947)'nin 2. maddesi, 5. Bölümü. Lordlar Kamarası *Shearson Lehman v. Maclaine Watson (No. 2)* davasında ilgili kanun hükmünde kararnamenin özel ifadeleri gözönüne alındığında iletişimin meşru olarak ancak örgüt ile üyeler arasında olduğu bir durumda bu tür bir iletişimin üçüncü taraflarla yapılmasının resmi belgelerin dokunulmazlığı ortadan kaldırılabileceğini belirtmiştir. Bu durum diplomatik iletişimin mahremiyetinin ihlal edildiği durumla karşılaştırılmalıdır. Bu tür davalarda mahremiyet korunmaya devam edilmeli ve örneğin belgeler yargı sürecinde kullanılmamalıdır. Bkz., *Shearson Lehman v. Maclaine Watson (No. 2)* [1988] 1 WLR 16, 23 vd (per Lord Bridge); 77 ILR, s. 145.

<sup>206</sup> Bkz., Amerasinghe, *Principles*, ss. 330 vd.

Muafiyet, döviz konusundaki ayrıcalıkları ve mal varlığı, gelir ve örgütün mülklerine ilişkin dolaysız vergilendirme ve gümrük vergilerinden muafiyet gibi mali konulardaki ayrıcalıkları da içerir. Uluslararası örgütlerin para ve diğer mali varlıklarını serbestçe elinde tutma ve transfer etmesine de izin verilebilir.<sup>207</sup> Yabancı devletlere sağlanankiler ile aynı nitelikte resmi iletişim özgürlüğü (sansürden muafiyet de dahil olmak üzere) uluslararası örgütler için de taahhüt edilir. Diplomatik kurye ve diplomatik çantalar ile aynı temelde kurye ve çanta yoluyla iletişim sağlanması hakkı da öngörülmektedir.<sup>208</sup>

Ayrıcalık ve muafiyetlere ilişkin uluslararası antlaşmalar, onaylanmış antlaşmaların otomatik olarak hukuk sistemine dahil edilmediği devletlerin birçoğunda spesifik bir mevzuat çıkarılması yoluyla iç hukuka dahil edilir (örneğin, Birleşik Krallık Uluslararası Örgütler Kanunu (1968)<sup>209</sup> ve ABD Uluslararası Örgütler Muafiyetler Kanunu (1945)<sup>210</sup>). Bu tür mevzuat uyarınca gerçekleştirilen olağan uygulama, bu kanunlardaki yetki vermeye ilişkin genel hükümlerin ikincil mevzuat tarafından belirtilen örgütlere uygulanmasıdır. Örneğin Uluslararası Örgütler Kanunu (1968) bağlamında çok sayıda örgüt kararname ile onlara verilen ayrıcalık ve muafiyetlere sahip oldular.<sup>211</sup> ABD Kanunu örneğinde ise aynı süreç normal olarak Başkanlık kararname ile yürütülür.<sup>212</sup>

### Fesih<sup>213</sup>

Bazı uluslararası örgütlerin anayasaları fesihle ilişkin açık hükümler içerir. Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (Dünya Bankası) Antlaşması'nın 6(5). maddesi Güvernörlerin çoğunluğunun oyuyla fesihle gerçekleşeceğini öngörmektedir ve feshe bağlı konular için ayrıntılı hükümler vardır. Alacaklıların ödemeleri ve istihkaklar mal varlıklarının dağıtımında önceliğe sahip olacaktır, mal varlıklarının dağıtımına ise hissedarlara orantısız temelde yapılacaktır. Bu tür açık hükümleri olan değişik örgütler fesih için gerekli çoğunluğun türüne ilişkin farklı pozisyonlar benimsemiştir. Örneğin İmar ve Kalkınma Bankası fesih için üyelerinin üçte iki çoğunluğu ve toplam oyun da dörtte üçünü gerekli görmektedir.

<sup>207</sup> A.g.e., s. 335. Ayrıca bkz., BM Sözleşmesi'nin 2. maddesi, 5. ve 7. bölümleri ve Uzmanlık Kuruluşları Sözleşmesi'nin 3. maddesi, 7. ve 9. bölümleri.

<sup>208</sup> Bkz., BM Sözleşmesi'nin 3. maddesi, 9. ve 10. bölümleri ve Uzmanlık Kuruluşları Sözleşmesi'nin 4. maddesi, 11. ve 12. bölümleri. Ayrıca bkz., Amerasinghe, *Principles*, ss. 335 vd.

<sup>209</sup> Söz konusu kanun, Uluslararası Örgütler (Ayrıcalıklar ve Muafiyetler) Kanunu (1950) ile yer değiştirmiştir. Uluslararası Örgütler Kanunu (1981), 1968 Kanunu'nu İngiliz Milletler Topluluğu örgütleri ve uluslararası ticari mal örgütlerine genişletmiş ve Birleşik Krallık'daki konferanslara katılan devletlerin temsilcilerine de ayrıcalık ve muafiyetlerin tanınmasına imkan vermiştir. Ayrıca bkz., Uluslararası Örgütler Kanunu (2005)..

<sup>210</sup> Ayrıca bkz., *Legislative Texts and Treaty Provisions Concerning the Legal Status, Privileges and Immunities of International Organizations*, ST/LEG/SER.B/10 ve 11.

<sup>211</sup> Örneğin bkz., Afrika Kalkınma Bankası, SI 1983/142; Avrupa Konseyi, SI 1960/442; Avrupa Patent Örgütü, SI 1978/179 ve SI 1980/1096; Uluslararası denizcilik ve Uydur Örgütü, SI 1980/187; NATO, SI 1974/1257 ve SI 1975/1209, ve the UN, SI 1974/1261 ve SI 1975/1209. Kararnamenin incelenmesi, BM Genel Sekreterine, BM organlarının başkanlarına ve Uluslararası Adalet Divanı Başkanı'na hukuki davalar ve hukuki süreçler karşısında dokunulmazlığın ve resmi arşiv ve taşınmazların dokunulmazlığının tanındığını göstermektedir. Ayrıca bu konuda, Uluslararası Örgütler Kanunu (1968), 1. Bölüm ve ABD Uluslararası Örgütlerin Muafiyetleri Kanunu (1945)'nin 2-7. bölümlerine bakılabilir.

<sup>212</sup> Bu konuda Çok Uluslu Güç ve Gözlemcileri (MFO) 1945 tarihli kanununun 1. Bölümü uyarınca ilgili kanunca verilmiş ayrıcalık, muafiyet ve muafiyetleri kullanmaya hak kazanmış bir uluslararası kamu örgütü olarak tanımlayan 22 Nisan 1980 tarihli ve 12359 sayılı Başkanlık kararnamesi örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca bkz., Afrika Kalkınma Bankası'na ilişkin 8 Şubat 1983 tarihli ve 12403 sayılı Başkanlık kararnamesi, Uluslararası Sınırlar ve Su Komisyonu (ABD ve Meksika)'na ilişkin 2 Mart 1984 tarihli ve 12467 sayılı Başkanlık kararnamesi, BM Sinai Kalkınma Örgütü'ne ilişkin 8 Mart 1988 tarihli ve 12628 sayılı Başkanlık kararnamesi ve Çoktarafı Yatırım Garanti Ajansı'na ilişkin 2 Ağustos 1988 tarihli ve 12647 sayılı Başkanlık kararnamesi. Daha fazla bilgi için bkz., Cumulative DUSPIL 1981-8, Washington, 1993, Cilt: 1, ss. 330 vd.

<sup>213</sup> Örneğin bkz., Amerasinghe, *Principles*, 15. Bölüm; Klabbers, *Introduction*, 15. Bölüm, ve Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 1044 vd. Ayrıca bkz., R. A. Wessel, 'Dissolution and Succession: The Transmigration of the Soul of International Organizations', *Research Handbook*, 13. Bölüm ve C. W. Jenks, 'Some Constitutional Problems of International Organizations', 22 BYIL, 1945, s. 11.

Uluslararası Para Fonu örneğinde salt çoğunluk yeterli iken, Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası'nda fesih için üye devletlerin çoğu ile toplam oyların çoğu gereklidir. Bir örgütün sınırlı bir dönem için kurulması durumunda örgütün anayasası her halükarda o dönemin bitimi ile fesih öngörecektir.<sup>214</sup> Fesih işlemine dair spesifik hükümlerin mevcut olmaması durumunda örgütün en yüksek temsil organının kararı ile fesih işleminin gerçekleştirilmesi muhtemeldir.<sup>215</sup> Örneğin Milletler Cemiyeti her üyenin münferit onayına gerek olmaksızın Genel Kurul tarafından alınan bir kararla feshedilmiş<sup>216</sup> ve diğer örgütlere ilişkin de benzeri süreç benimsenmiştir.<sup>217</sup> Oybirliğine ihtiyaç olup olmadığı ya da önemli meselelerin belirlenmesi için belirli bir örgütün anayasası uyarınca gerekli olan çoğunluğun yeterli olup olmadığı<sup>218</sup> net değildir.<sup>219</sup> Fesholmuş örgütlerin mal varlıklarının tasfiye edilmesi ve yükümlülükleri ile ilgilenme süreci her halükarda örgütün kendisi tarafından ya anayasal belgelerinde ya da fesih konusunda kabul edilmiş özel tedbirler tarafından ortaya konulur.

### Halefiyet<sup>220</sup>

Uluslararası örgütler arasında halefiyet, işlevler ve genellikle de hak ve yükümlülükler bir örgütten diğerine geçtiği zaman gerçekleşir. Halefiyet, doğrudan yenisinin öncekinin yerini alması yoluyla<sup>221</sup>, iltihak ile<sup>222</sup>, birleşmeyle, bir örgütün bir kısmının etkili bir şekilde ayrılması ile ya da bir örgütün bazı işlevlerinin diğerine transferi ile meydana gelir.<sup>223</sup> Bu anlaşma yoluyla yapılır ve halef olan örgütün eski örgütün aktarılmış fonksiyonlarını yürütmek hususundaki anayasal yetkisine bağlıdır. Belirli bazı durumlarda halefiyet açık hükmün olmaması halinde çıkarım yoluyla dolaylı olarak devam eder.<sup>224</sup> Bu tür bir halefiyetin kesin

<sup>214</sup> Bu durum, özellikle ticari mal örgütleri için geçerlidir. Örneğin bkz., Uluslararası Teneke Antlaşması (1981), Doğal Kauçuk Antlaşması (1987) ve Uluslararası Şeker Antlaşması (1992).

<sup>215</sup> Bkz., Amerasinghe, *Principles*, s. 468, ve Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, s. 1024.

<sup>216</sup> Aslında karar görüşme sırasında hazır bulunan 35 üyenin oybirliği ile alınmıştır (10 üye görüşmede yoktu). Bkz., H. McKinnon Wood, 'Dissolution of the League of Nations', 23 BYIL, 1946, s. 317.

<sup>217</sup> Örneğin bkz., Uluslararası Meteoroloji Örgütü, BM Destek ve Rehabilitasyon Yönetimi, Uluslararası Mülteci Örgütü, Uluslararası Hava Trafik Komisyonu, Güney Doğu Asya Antlaşma Örgütü ve Latin Amerika Serbest Ticaret Birliği'nin feshihleri. Bkz., Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 1054–5.

<sup>218</sup> Örneğin, BM Sözleşmesi'nin 18. maddesi uyarınca Genel Kurul'un önemli sorunlar konusundaki kararları 2/3 çoğunluk oyu ile alınır.

<sup>219</sup> Örgütler, örgütleri kuran antlaşmaların tarafları yeni bir anlaşma yaparsa ya da muhtemelen kullanılmaz hale gelirse veya daha tartışmalı olarak değişen koşulların bir sonucu olarak (*rebus sic stantibus*) feshedilebilir. Bkz., Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 1055–8.

<sup>220</sup> Bkz., Amerasinghe, *Principles*, ss. 473 vd.; Klabbbers, *Introduction*, ss. 196 vd.; Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 1044 vd.; Wessel, 'Dissolution and Succession', *Research Handbook*; Chiu, 'Succession in International Organizations', 14 ICLQ, 1965, s. 83, ve P. R. Myers, *Succession between International Organizations*, London, 1993.

<sup>221</sup> Bkz., Amerasinghe, *Principles*, ss. 473 vd.; Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, ss. 1044 vd.; Wessel, 'Dissolution and Succession', *Research Handbook*; Chiu, 'Succession in International Organizations', 14 ICLQ, 1965, s. 83, ve P. R. Myers, *Succession between International Organizations*, London, 1993.

<sup>222</sup> Örneğin Birleşmiş Milletler'in Milletler Cemiyeti'nin yerini alması.

<sup>223</sup> Bkz., Amerasinghe, *Principles*, ss. 474 vd.

<sup>224</sup> Uluslararası Adalet Divanı *Status of South-West Africa* davasında Milletler Cemiyeti'nin manda yönetimi altında bulunan ve Güney Afrika'nın denetimine bırakılmış olan Güney Batı Afrika / Namibya bölgesi konusunda Güney Afrika'nın sorumluluğunun Milletler Cemiyeti'nin dağılmasından sonra da devam ettiğini ve bölgenin esasen BM yönetimine devrildiğini belirtmiştir. Manda yönetimi bölge için bir uluslararası statü teşkil ediyordu ve bu yüzden Milletler Cemiyeti'nin varlığından bağımsız olarak da devam ediyordu; ayrıca Milletler Cemiyeti'ni lağveden Genel Kurul kararı Cemiyet'in manda yönetimlerini değil, denetim fonksiyonlarının sona erdiğini deklare etmişti. Mahkeme kararında denetim sorumluluğunun sadece ilgili organın kaybolmasıyla sona eremeyeceği, çünkü söz konusu organın yerini alan BM'nin benzeri (aynı değilse de) bir fonksiyonu icra ettiğini vurgulamıştır. Mahkeme BM Antlaşması'nun 10. ve 80. maddeleri ışığında BM Genel Kurulu'nun hukuki olarak bu fonksiyonu yerine getirme yetkisi olduğu sonucuna varmıştır. Bkz., *Status of South-West Africa* davası, ICJ Reports, 1950, ss. 128, 134–7; 17 ILR, ss. 47, 51–5. Bu karar Divan tarafından Namibya davasında da yeniden teyit edilmiştir. Bkz., ICJ Reports, 1971, ss. 16, 37; 49 ILR, ss. 2, 26–34.



sonuçları söz konusu taraflar arasındaki anlaşmaya bağlı olacaktır.<sup>225</sup> Genel olarak, önceki örgütün mal varlıkları ve arşivleri halefi olan örgüte devredilecektir.<sup>226</sup> Borçlar konusunda aynı kuralın geçerli olup olmadığı ise açık değildir.<sup>227</sup>

## İLAVE OKUMA İÇİN ÖNERİLER

C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2. Baskı, Cambridge, 2005.

*Bowett's Law of International Institutions* (ed. P. Sands ve P. Klein), 6. Baskı, London, 2009.

J. E. Alvarez, *The Impact of International Organisations on International Law*, The Hague, 2016

J. Klabbers, *An Introduction to International Organisations Law*, 3. Baskı, Cambridge, 2015

D. Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, 2005.

H. G. Schermers ve N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 5. Baskı, Leiden, 2011.

---

<sup>225</sup> Dünya Ticaret Örgütü ile Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) düzenlemeleri arasındaki ilişki hakkında bkz., Schermers ve Blokker, *International Institutional Law*, s. 1047.

<sup>226</sup> Örneğin bkz., *PAU v. American Security and Trust Company*, US District Court for the District of Columbia, 18 ILR, s. 441.

<sup>227</sup> Örneğin bkz., Klabbers, *Introduction*, ss. 302–3.

**A**

- ABD : XII, XIV, XXV, 2, 8, 21, 25, 28, 37, 39, 40, 42, 47, 56, 58, 59, 68, 71, 79, 82, 84, 89, 90, 94, 98, 101, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 138, 145, 146, 147, 149, 154, 157, 164, 167, 168, 170, 171, 172, 173, 177, 179, 183, 187, 234, 248, 254, 269, 271, 279, 290, 304, 317, 325, 327, 330, 331, 332, 342, 343, 344, 345, 360, 364, 381, 382, 384, 387, 388, 390, 395, 396, 398, 399, 400, 402, 403, 404, 407, 410, 411, 414, 415, 416, 419, 435, 440, 441, 447, 448, 449, 450, 462, 465, 470, 472, 474, 475, 476, 477, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 500, 501, 504, 506, 507, 508, 509, 511, 512, 514, 518, 519, 520, 521, 522, 524, 529, 530, 533, 535, 543, 544, 545, 550, 552, 553, 554, 555, 557, 558, 565, 566, 568, 569, 571, 572, 574, 575, 577, 578, 587, 588, 590, 591, 592, 593, 594, 599, 602, 604, 607, 608, 616, 618, 632, 636, 642, 655, 656, 657, 659, 660, 667, 676, 696, 698, 701, 703, 705, 706, 707, 725, 736, 737, 738, 739, 751, 753, 755, 756, 757, 758, 759, 764, 773, 777, 785, 786, 788, 789, 790, 804, 819, 823, 824, 825, 826, 827, 829, 831, 832, 834, 837, 840, 852, 863, 864, 865, 866, 867, 872, 874, 881, 886, 887, 888, 891, 897, 901, 904, 905, 907, 908, 909, 911, 912, 914, 916, 918, 919, 920, 921, 925, 931, 936, 945, 955, 965, 967, 969, 971, 972
- Afganistan :25, 148, 224, 269, 290, 325, 470, 550, 556, 737, 827, 829, 831, 842, 858, 865, 873, 881, 890, 898, 901, 904, 913, 933, 938
- AGİT : XI, XXV, 262, 264, 265, 373, 747, 934, 935, 936, 945
- AİHM : XXV
- AİHS : XXV
- Antartika : 382, 383
- Arnavutluk : 154, 218, 224, 262, 408, 409, 565, 566, 747, 781, 783, 784, 785, 805, 822, 895
- Asit yağmuru : 611
- Avrupa Birliği : XI, XXV, 33, 34, 40, 73, 93, 96, 102, 109, 112, 113, 115, 132, 133, 157, 179, 185, 186, 241, 260, 261, 298, 325, 398, 438, 452, 491, 498, 585, 636, 750, 755, 756, 851, 917, 938, 939, 944, 949, 951
- Avrupa Konseyi : XI, 102, 178, 220, 244, 245, 248, 254, 256, 258, 259, 260, 265, 614, 620, 668, 726, 746, 771, 851, 852, 945, 965, 972

**B**

- Batu Sahra : 158, 179, 193, 374, 737, 901
- Bayrak devleti : 408, 414, 434, 436, 439, 440, 446, 458
- Bosna : XII, 155, 157, 160, 161, 175, 176, 183, 184, 230, 264, 284, 299, 300, 305, 327, 328, 333, 377, 568, 697, 701, 710, 711, 712, 718, 726, 747, 748, 777, 812, 874, 898, 901, 913, 922, 923, 924, 931, 934, 935, 938

**Ç**

- Çekince : 155, 270, 547, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 746, 789, 793, 794
- Çernobil : 643, 644, 645, 648
- Çin : II, 2, 3, 10, 11, 21, 25, 26, 32, 131, 164, 165, 177, 178, 279, 315, 317, 323, 325, 329, 331, 338, 383, 389, 400, 402, 413, 449, 498, 507, 516, 543, 544, 597, 599, 608, 643, 705, 729, 785, 879, 882, 886, 897, 907, 914, 918

**D**

- Demokrasi : 19, 34, 127, 159, 191, 212, 244, 255, 261, 263, 320, 321
- Deniz kirliliği : 443
- Deniz yatağı : 34, 391, 394, 404, 416, 417, 423, 432, 444, 448, 449, 450, 455, 656
- Devlet sorumluluğu : 85, 169, 304, 305, 577, 623, 754, 758, 959
- Diplomatik muafiyet : 531, 559
- Dunant : 854
- Dünya Bankası : 28, 190, 602, 604, 608, 626, 637, 697, 718, 739, 751, 752, 753, 943, 954, 971, 972

**E**

- Egemenlik : 4, 9, 14, 18, 28, 32, 40, 65, 79, 134, 140, 141, 153, 165, 171, 173, 174, 186, 198, 214, 218, 229, 326, 337, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 363, 364, 365, 366, 369, 370, 373, 378, 379, 382, 383, 384, 385, 387, 401, 411, 415, 416, 418, 419, 428, 433, 448, 459, 468, 499, 504, 513, 516, 528, 570, 590, 616, 630, 633, 656, 694, 696, 697, 723, 725, 784, 808, 820, 860
- Evrensel yetki : 477, 478, 479, 480, 481, 482

## İndex

---

### F

- Falkland : 154, 415, 418, 489, 824, 835, 879, 909  
Filistin : X, 122, 154, 175, 180, 181, 182, 188, 223, 290, 328, 329, 436, 695, 741, 860, 861, 862, 881, 889, 890, 907, 933, 965

### G

- Genel Kurul : XVIII, 21, 27, 58, 63, 71, 73, 81, 82, 83, 85, 156, 158, 161, 165, 172, 175, 179, 180, 181, 188, 193, 196, 210, 212, 214, 216, 220, 222, 223, 225, 227, 228, 235, 236, 237, 239, 240, 241, 242, 243, 275, 279, 282, 287, 296, 304, 313, 314, 333, 371, 383, 387, 388, 389, 446, 450, 478, 479, 485, 563, 584, 601, 612, 617, 619, 628, 629, 635, 645, 653, 658, 664, 697, 713, 718, 733, 736, 737, 739, 740, 741, 742, 762, 770, 781, 807, 808, 809, 810, 819, 820, 821, 822, 826, 841, 842, 846, 847, 848, 849, 850, 852, 857, 862, 870, 873, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 908, 916, 921, 922, 930, 932, 933, 935, 946, 947, 954, 957, 958, 967, 973  
Gürcistan : 183, 185, 251, 263, 290, 328, 373, 696, 739, 747, 842, 873, 902, 945  
Güvenlik Konseyi : III, XVIII, 2, 3, 27, 33, 58, 81, 90, 100, 113, 122, 136, 141, 156, 157, 158, 160, 161, 164, 166, 171, 172, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 188, 193, 199, 223, 228, 248, 280, 281, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 292, 294, 297, 298, 300, 301, 308, 313, 317, 321, 326, 333, 357, 371, 372, 373, 374, 375, 438, 441, 442, 453, 479, 485, 542, 543, 550, 556, 568, 620, 673, 696, 697, 732, 733, 737, 739, 741, 742, 744, 745, 747, 758, 759, 770, 775, 776, 781, 784, 795, 797, 805, 807, 810, 811, 819, 821, 822, 823, 824, 825, 827, 828, 829, 830, 831, 833, 834, 835, 836, 837, 840, 842, 843, 844, 845, 846, 849, 850, 851, 854, 856, 860, 862, 864, 867, 868, 869, 870, 873, 879, 881, 882, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 904, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 944, 954, 957, 960, 961, 966, 967

### H

- Hava kirliliği : 618, 619  
Hava sahası : 55, 387, 388, 404, 416, 630

### I

- ICSID : 46, 564, 598, 600, 604, 607, 751, 753, 754, 755, 756  
Irak : XII, 3, 136, 141, 148, 218, 224, 239, 247, 248, 280, 290, 302, 309, 333, 357, 371, 374, 379, 434, 435, 526, 528, 540, 543, 566, 568, 577, 620, 739, 746, 758, 759, 829, 830, 832, 834, 836, 837, 840, 844, 856, 858, 859, 860, 862, 863, 864, 868, 871, 880, 881, 888, 889, 898, 901, 904, 908, 909, 911, 912, 915, 916, 919, 920, 921, 929, 930, 931, 946, 967

### İ

- İade : 148, 234, 237, 251, 254, 385, 451, 479, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 491, 492, 551, 577, 579, 582, 586, 604, 848, 849, 852, 908, 912, 931  
İç savaş : 155, 157, 158, 326, 745, 821, 839, 841, 875, 907, 908, 924, 926, 927, 928, 929, 936  
İç sular : 395  
İklim değişikliği : 381, 430, 612, 628, 632, 635  
İnsan hakları : XIV, 12, 26, 29, 31, 32, 34, 38, 42, 43, 46, 68, 76, 93, 96, 100, 113, 117, 138, 141, 142, 145, 157, 163, 168, 170, 191, 193, 196, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 234, 236, 237, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 248, 255, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 298, 320, 321, 327, 372, 463, 469, 487, 488, 490, 492, 512, 557, 572, 574, 586, 594, 613, 614, 667, 668, 678, 704, 710, 711, 712, 723, 725, 726, 731, 744, 745, 766, 780, 813, 841, 843, 847, 849, 851, 852, 853, 854, 855, 858, 862, 863, 864, 865, 866, 873, 874, 877, 878, 881, 891, 897, 905, 908, 916, 917, 921, 922, 923, 927, 942, 946, 947, 966, 967  
İsrail : 10, 34, 40, 123, 146, 154, 180, 181, 182, 223, 234, 317, 319, 324, 328, 329, 330, 333, 350, 357, 379, 385, 409, 410, 469, 470, 479, 480, 484, 485, 488, 506, 522, 523, 531, 543, 566, 611, 695, 759, 788, 810, 820, 824, 826, 827, 828, 829, 830, 834, 855, 857, 860, 861, 862, 863, 868, 869, 880, 881, 896, 900, 901, 902, 907, 909, 910, 933, 946  
İşgal : 15, 21, 172, 177, 180, 182, 188, 234, 247, 273, 280, 309, 314, 327, 338, 350, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 364, 370, 372, 381, 417, 419, 467, 502, 601, 685, 698, 822, 827, 828, 835, 838, 842, 853, 854, 855, 856, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 867, 879, 880, 881, 896, 911, 921  
İşkence : 117, 118, 208, 209, 224, 229, 237, 238, 239, 245, 254, 256, 266, 267, 271, 278, 280, 281, 284, 299, 309, 311, 478, 479, 482, 486, 488, 489, 492, 512, 513, 514, 515, 530, 532, 583, 711, 852, 856, 858, 859, 866, 876, 877, 878, 881, 928

**I**

Jus cogens : 88, 89, 90, 91, 209, 236, 305, 373, 481, 489, 513, 514, 531, 535, 573, 582, 674, 683, 689, 690, 790, 818, 852, 960

**K**

Kamulaştırma : 343, 579, 598, 599, 600, 601, 603, 604, 606, 607, 608, 723, 753, 754, 755

Kararuları : 93, 137, 171, 354, 355, 393, 394, 397, 398, 399, 401, 403, 404, 405, 411, 412, 416, 417, 419, 421, 424, 425, 438, 440, 469, 651, 801

Kazanılmış hak : 725

Kıbrıs : X, XXV, 126, 143, 178, 182, 218, 252, 253, 329, 333, 340, 344, 371, 372, 441, 714, 737, 834, 896, 898, 900, 929, 931, 965

Kıta sahanlığı : 393, 394, 401, 416, 417, 418, 419, 422, 423, 424, 425, 427, 428, 429, 439, 440, 459, 741, 895

Kosova : X, XI, 155, 157, 176, 179, 180, 194, 195, 219, 248, 264, 281, 297, 298, 321, 371, 372, 373, 544, 557, 568, 697, 747, 775, 845, 867, 913, 938, 960, 966

Kutup : XII, 381, 380, 415

**L**

Lahey : 2, 19, 21, 79, 264, 286, 295, 298, 396, 466, 471, 481, 483, 484, 491, 586, 587, 635, 670, 672, 737, 738, 739, 753, 757, 761, 763, 764, 769, 771, 786, 817, 828, 854, 855, 856, 857, 859, 860, 861, 862, 866, 868, 869, 870, 871, 879

**M**

Meşru müdafı : 486, 551, 572, 684, 837, 868, 869, 870

**N**

NAFTA : XXV, 599, 600, 603, 751, 752, 753

NATO : XXV, 34, 40, 138, 157, 176, 297, 410, 438, 470, 568, 697, 698, 703, 704, 746, 747, 775, 782, 829, 836, 845, 867, 921, 923, 924, 938, 939, 944, 945, 960, 964, 966, 972

**O**

Opinio juris : 23, 52, 53, 55, 59, 61, 62, 63, 64, 68, 82, 83, 86, 193, 388, 653, 870, 948

**P**

Panama : 324, 344, 384, 413, 435, 441, 470, 530, 543, 703, 706, 721, 746, 764, 834, 840, 846

**Q**

Quebec : 123, 167, 194, 195, 217, 219, 372

**R**

Rıza : 6, 7, 20, 26, 52, 53, 56, 61, 63, 65, 66, 82, 148, 176, 197, 216, 257, 290, 361, 367, 368, 387, 450, 470, 532, 534, 535, 536, 537, 542, 543, 546, 556, 559, 572, 574, 626, 653, 656, 659, 661, 662, 671, 672, 679, 680, 681, 706, 709, 763, 779, 783, 784, 785, 815, 834, 840, 879, 924, 929, 960

Rusya : 2, 22, 25, 26, 56, 130, 131, 157, 160, 164, 165, 179, 183, 184, 219, 231, 245, 250, 321, 323, 328, 329, 335, 343, 355, 372, 373, 380, 381, 384, 418, 447, 449, 452, 457, 458, 498, 670, 696, 707, 713, 717, 718, 738, 753, 809, 835, 840, 881, 882, 886, 887, 889, 897, 902, 904, 907, 914, 945

**S**

Savaş esirleri : 206, 247, 857, 858, 865, 879

Savaş suçları : 280, 300, 312, 876, 880

Self-determinasyon : 27, 28, 82, 89, 157, 158, 159, 166, 708, 838, 839, 841, 842

Sıcak takip : 439, 458

## Index

---

- Sivil : 18, 157, 175, 176, 180, 230, 248, 264, 272, 280, 284, 297, 299, 309, 310, 311, 312, 313, 434, 475, 478, 479, 483, 484, 485, 487, 511, 566, 569, 644, 646, 729, 752, 845, 854, 856, 857, 858, 859, 861, 867, 868, 869, 878, 880, 882, 899, 902, 908, 925, 938, 960
- Soykırım : 89, 118, 125, 199, 209, 213, 221, 280, 282, 284, 285, 286, 287, 288, 296, 299, 302, 304, 305, 306, 307, 308, 312, 313, 474, 478, 479, 480, 488, 513, 582, 583, 745, 795, 847, 866, 880, 921, 926, 928, 947
- Suriye : 484, 485, 513, 704, 705, 713, 739, 746, 829, 836, 837, 842, 843, 845, 846, 875, 881, 882, 895, 900, 904, 919, 946
- Süveyş : 384, 385, 672, 900, 933

## T

- Tahkim : 21, 75, 79, 80, 100, 320, 354, 360, 375, 384, 385, 421, 449, 452, 453, 454, 457, 505, 512, 518, 523, 525, 528, 534, 535, 536, 537, 538, 561, 598, 601, 607, 616, 625, 638, 639, 656, 665, 686, 690, 691, 701, 725, 735, 739, 740, 745, 747, 748, 751, 753, 754, 755, 756, 757, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 786, 817, 820, 822, 893, 962
- Takimada : 386, 394, 395, 397, 399, 402, 403, 433, 439
- Tanuma : 37, 61, 107, 180, 183, 186, 198, 213, 215, 231, 260, 308, 309, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 342, 343, 350, 351, 352, 356, 357, 362, 367, 368, 370, 372, 412, 429, 433, 513, 517, 518, 519, 546, 598, 690, 694, 695, 707, 776, 782, 791, 838, 951
- Tazminat : 79, 147, 197, 238, 250, 255, 271, 293, 337, 389, 434, 437, 443, 457, 458, 487, 488, 489, 493, 495, 522, 544, 561, 565, 566, 571, 578, 579, 580, 581, 582, 586, 594, 598, 600, 601, 602, 603, 604, 606, 607, 608, 617, 623, 641, 643, 648, 652, 675, 715, 724, 739, 750, 751, 755, 758, 759, 760, 803, 823, 902, 915, 929, 930, 959, 960, 967
- Türkiye : VII, XXIII, 60, 178, 218, 224, 251, 253, 257, 333, 410, 441, 468, 636, 667, 721, 725, 728, 836, 881, 895, 900, 908, 945

## U

- UAD : XXV, 412, 423, 427, 433, 458, 459, 769, 770, 783, 788, 795
- UCM : XI, XXV, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 295, 306, 308, 309, 311, 312, 313, 314, 873
- Ukrayna : 166, 183, 184, 200, 211, 219, 250, 290, 320, 329, 373, 452, 635, 696, 707, 717, 718, 747, 822, 835, 840, 945
- Uyuşmazlık çözümü : 607, 639, 731, 733, 749, 751, 755, 756, 766, 769, 812, 813, 895, 898, 967

## V

- Varşova Paktı : 34, 40, 836, 944, 945

## Y

- Yugoslavya : XI, XVIII, XXV, 25, 33, 79, 88, 89, 113, 139, 140, 153, 155, 159, 160, 161, 166, 176, 179, 211, 216, 228, 230, 237, 259, 263, 281, 283, 284, 287, 294, 297, 299, 302, 304, 305, 318, 319, 320, 321, 328, 330, 363, 376, 478, 529, 557, 562, 570, 571, 574, 575, 583, 596, 694, 695, 696, 697, 701, 703, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 720, 724, 726, 727, 739, 747, 748, 766, 775, 777, 779, 782, 794, 813, 819, 845, 854, 867, 869, 872, 873, 874, 879, 880, 888, 889, 898, 907, 908, 909, 912, 913, 915, 922, 924, 930, 931, 932, 935, 938, 939
- Yunanistan : 178, 179, 218, 251, 290, 321, 362, 475, 591, 725, 728, 787, 895, 899, 945

*Uluslararası Hukuk*, alanında kapsamlı ve otorite bir kitaptır. Kitap, Shaw'un eşsiz ifade berraklığı ile akademik titizliğini bir araya getirmekte, ilgi çekici ve yetkin bir üslupla hem anlama hem de eleştirel analiz imkanı sunmaktadır. Başlıca ilkeleri, uygulamaları ve davaları içeren ve ayrıntılı referanslarla okuyucuya ilave çalışma imkanı veren ve teşvik eden bu yeni baskı, anlaşılır ve merak uyandırıcı olmayı sürdürmesinin yanında, öğrencileri ve profesyonelleri motive de etmektedir. Bu yeni baskı, son zamanlardaki davaları ve antlaşmalar alanındaki gelişmeleri dikkate alarak; uluslararası hukuk-iç hukuk ilişkisi, uluslararası insancıl hukuk prensipleri, uluslararası ceza hukuku ve uluslararası ekonomi hukuku konularını daha da kapsamlı ele almıştır.

"Malcolm Shaw'un *Uluslararası Hukuk*'u uluslararası hukukun tüm alanlarının eşsiz biçimde kapsamlı, titiz ve sistematik bir anlatımını sunmaktadır. Shaw, detaylarla ilgilenmekten ve çok boyutluluğa hassasiyet göstermekten taviz vermeksizin, karmaşık hukuki konuları dikkatlice ayrıntılı olarak inceleme ve okuyucuya en son gelişmelerin doğru ve anlaşılır değerlendirilmesini sunma hususunda ustalığa sahiptir. Shaw'un kitabı benim uluslararası hukuka giriş kitabımdır ve yıllar boyunca öğrencilerim için giriş kitabı olmaya devam etmiştir. Sekizinci baskı bu önemli geleneği devam ettirmekte ve uluslararası hukuka yine katkı sunmaktadır."

Eyal Benvenisti, Cambridge Üniversitesi

"Akademik kariyerim boyunca uluslararası hukuk alanında ders vermek ve araştırma yapmak için bu kitabı kullandım ve gönül rahatlığıyla öğrencilerime tavsiye ettim. Öğrencilerim kitaptan memnun kaldılar ve kolay anlaşılabilir buldular. Bu kitap uluslararası hukukta mükemmel bir referans kaynağıdır. Dili berraktır, kapsamı geniştir ve içeriğinin düzenlenmesi okuyucu dostudur. Uluslararası ekonomi hukuku ile ilgilenen biri olarak, yeni baskının uluslararası hukukun hızla gelişen ve değişen bu alanını da içerdiğini görmekten memnuniyet duymaktayım. Bir bütün olarak ele alındığında kitap, uluslararası hukuk külliyyatına memnuniyet verici bir katkıdır. Hukukçulara, akademisyenlere, öğrencilere, diplomatlara ve hem uluslararası hukukla hem de uluslararası ilişkilerle ilgilenen diğer kimselere bu alanda kapsamlı ve otorite kitap olarak işlev görecektir."

Surya P. Subedi, Leeds Üniversitesi

Kapak Resmi: Fragmentation (Ilan Shaw)  
Orjinal Kapak Dizaynı: Andrew Ward  
Türkçe Kapak Dizaynı: Fatih Akın Özdemir

TÜRKİYE BİLİMLER AKADEMİSİ  
www.tuba.gov.tr



9 786052 249215