

T.C.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI  
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**DEVLETİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞUNUN  
DOĞMASI**

**Ali BAL**

Danışman

**Prof. Dr. Melda SUR**

2006

## Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Ali BAL

İmza

## YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

### Öğrencinin

**Adı ve Soyadı** : Ali BAL  
**Anabilim Dalı** : Kamu Hukuku  
**Programı** : Yüksek Lisans  
**Tez Konusu** : Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması  
**Sınav Tarihi ve Saati** :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün ..... tarih ve ..... Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 18.maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini ..... dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI	<input type="radio"/>	OY BİRLİĞİ ile	<input type="radio"/>
DÜZELTME	<input type="radio"/>	OY ÇOKLUĞU	<input type="radio"/>
RED edilmesine	<input type="radio"/>	ile karar verilmiştir.	

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. \*\*\*  
Öğrenci sınava gelmemiştir. \*\*

\* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.  
\*\* Bu halde adayın kaydı silinir.  
\*\*\* Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fullbright vb.) aday olabilir.	Evet
Tez mevcut hali ile basılabilir.	<input type="radio"/>
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir.	<input type="radio"/>
Tezin basımı gerekliliği yoktur.	<input type="radio"/>

### JÜRİ ÜYELERİ

### İMZA

.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red	.....
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red	.....
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red	.....

**ÖZET**  
**Yüksek Lisans Tezi**  
**Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Doğması**  
**Ali BAL**

**Dokuz Eylül Üniversitesi**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü**  
**Kamu Hukuku Anabilim Dalı**

Sorumluluk, hukukun her alanında düzenlenen hak ve özgürlüklerin güvencesi niteliğindedir. Haklar ve özgürlükler bir hukuk düzeninin diğer kişileri için yükümlülükler getirir ve bu yükümlülüklerin ihlali sorumluluğa yol açabilir. Uluslararası hukukta da, uluslararası hukukun kişiliği tartışmasız süjeleri devletler ve uluslararası örgütler haklara sahiptir ve buna karşılık yükümlülükler üstlenmiştir.

Devletin her uluslararası hukuka aykırı fiili bu devletin sorumluluğunu gerektirir. Hareket veya ihmalden oluşan davranışın, uluslararası hukukta devlete isnad edilebilmesi ve bu devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlalini teşkil etmesi durumunda, devletin uluslararası hukuka aykırı fiil bulunmaktadır. Bir devletin fiilinin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi uluslararası hukuka göre takdir edilir. Bu ilkeler çalışma konumuz olan devletin sorumluluğu hukukunun en temel ilkeleridir.

Devletin sorumluluğunun kodifiye edilmesi için Milletler Cemiyeti bünyesinde, çeşitli uluslararası örgüt ve derneklerde, bazı uzman kişiler tarafından ve son olarak da BM Genel Kurulunun yardımcı organı olan Uluslararası Hukuk Komisyonunda çalışmalar yapılmıştır. Komisyon 2001’de bir Tasarı ve Yorum Belgesi hazırlayarak çalışmasını tamamlamıştır. Biz de çalışmamızda bu Tasarı hükümlerine ve Yorum Belgesindeki açıklamalara sıkça yer vereceğiz. Bunun dışında, uluslararası hukuktaki gelişimi de görmek açısından Komisyonun Tasarıya son hâlini vermeden önceki çalışmalarına, öğretilerdeki görüşlere ve çeşitli uluslararası yargı ve hakemlik kararlarına yer vereceğiz.

**Anahtar Kelimeler:** 1) Devletin Sorumluluğu 2) Bir Uluslararası Yüklümlüğün İhlali 3) Devlete İsnad Edilebilme 4) Zarar 5) Kusur

## **ABSTRACT**

**Master Thesis**

**The Conditions of State Responsibility in International Law**

**Ali BAL**

**Dokuz Eylul University  
Institute of Social Sciences  
Department of Public Law**

**Responsibility constitutes a guarantee of rights and freedoms in every field of law. Rights and freedoms bring obligations for other subjects of the law system and breach of these obligations give rise to responsibility. In international law, states and international organizations, which are indisputable subjects of international law, have rights and also undertake obligations.**

**Every internationally wrongful act of a state entails the international responsibility of that state. There is an internationally wrongful act of a state when conduct consisting of an action or omission is attributable to the state under international law and constitutes a breach of an international obligation of the state. The characterization of an act of a state as internationally wrongful is governed by international law. These rules, which are the subject of our study, are fundamental principles of state responsibility law is our subject.**

**There has been a considerable works for the codification of state responsibility by several international organizations, associations, experts, under the structure of League of Nations and finally International Law Comission, which is a subsidiary organ of the United Nations. The Comission has completed it's work by preparing a draft and a commentary document. Articles of the draft code and the commentary document will be frequently mentioned in our study. In order to present the development of international law, preparatory works of the draft code, doctrine, several arbitrary and international court decisions will also be mentioned.**

**Key Words:** 1) State Responsibility 2) A Breach of An International Obligation 3) Attributable to the State 4) Damage/Injury 5) Fault

## DEVLETİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞUNUN DOĞMASI

YEMİN METNİ	II
TUTANAK	III
ÖZET	IV
ABSTRACT	VI
İÇİNDEKİLER.	VIII
KISALTMA CETVELİ	XIV
GİRİŞ	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### DEVLETİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞU KAVRAMI, SORUMLULUĞUN TARİHÇESİ, HUKUKÎ DAYANAĞI VE NİTELİĞİ

I. TERİM VE KAVRAM	4
II. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRMA	9
A. Genel Olarak	9
B. İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması	13
C. Uluslararası Suçlar Dolayısıyla Ceza Sorumluluğu	16
1. Bireylerin Ceza Sorumluluğu	16
2. Devletlerin Ceza Sorumluluğu	21
a. Genel Olarak	21
b. 2001 Komisyon Tasarısındaki Düzenleme	24
3. Değerlendirme	26
D. Uluslararası Örgütlerin Uluslararası Sorumluluğu	28
E. Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Olmayan Fiillerinden Dolayı Uluslararası Sorumluluğu	31
1. Genel Olarak	31
2. Bu Sorumluluğun Hukukî Dayanağı	35



F. Devletler ile Yabancı Özel Hukuk Kişileri Arasındaki Sözleşmelerin İhlallerinden Doğan Sorumluluk	39
1. Genel Olarak	39
2. Yatırım Hakemliği	44
<b>III. DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN TARİHÇESİ VE KODİFİKASYONU</b>	
A. Genel Olarak	49
B. Konu Milletler Cemiyeti Önüne Gelmeden Önceki Dönem	50
C. Konunun Milletler Cemiyeti Önünde Olduğu Dönem	54
D. Konunun Uluslararası Hukuk Komisyonu Önünde Olduğu Dönem	56
E. Uluslararası Hukuk Komisyonunun Getirdikleri	61
<b>V. DEVLETİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞUNUN DAYANAĞI</b>	66
<b>VI. DEVLETİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞUNUN NİTELİĞİ</b>	69

## İKİNCİ BÖLÜM

### ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRI FİİL

(Internationally Wrongful Act)

#### I. GENEL OLARAK

A. Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilin Unsurları	73
B. Uluslararası Sorumluluğun Gerekmesi	75
C. Bir Fiilin Uluslararası Hukuka Aykırı Olarak Nitelendirilmesi	80

#### II. ULUSLARARASI YÜKÜMLÜLÜĞÜN İHLÂLİ

A. Uluslararası Yükümlülük ve Genel Olarak Buna Dair Sınıflamalar	85
1. Yükümlülüğün Kaynağı Bakımından Yapılan Sınıflama	88
a. Devletin İradesine Mutlak Değer Atfedilen Kaynaklar	90
i. Andlaşmalar	90

ii. Örf ve Âdet	93
iii. Tek Taraflı İşlemler	94
b. Devletin İradesine Mutlak Değer Atfedilmeyebilen Kaynaklar	96
i. Hukukun Genel İlkeleri	96
ii. Emredici Hukuk Kuralları (Jus Cogens)	98
iii. Erga Omnes Yükümlülükler	101
2. Yükümlülüğün Yerine Getirilmesi Bakımından Yapılan Sınıflamalar	106
3. Uluslararası Standart Açısından Gereken Uluslararası Yükümlülük	108
B. Bir Uluslararası Yükümlülüğün İhlali (A Breach of An International Obligation)	112
1. Terim	112
2. Kavram ve Unsurlar	114
C. Uluslararası Hukuka Aykırı Fiil Sınıflamaları	119
1. Bir Harekete veya İhmale Dayanan Fiiller	120
2. Davranış ve Olay Fiilleri	121
3. Basit ve Bileşik Fiiller	121
4. Fiilin Uluslararası Suç Olup Olmadığına Göre Yapılan Ayrım	124
D. Uluslararası Yükümlülüğün İhlalinde Zaman Etkeni	131
1. Yükümlülüklerin Zaman Bakımından Uygulanması (Ratio Temporis)	133
a. Kural	133
b. İstisna Olabilen Durumlar	136
2. Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilin Sona Ermiş veya Sürmekte Olması	137

3. Sorumluluğun Doğduğu An	144
4. Zamanaşımı	145
<b>III. BİR ZARARIN VARLIĞI</b>	
A. Genel Olarak	147
B. Değerlendirme	155
C. Zarar Kavramıyla İlgili Sınıflamalar	157
1. Genel Olarak	157
2. Maddî Zarar ve Manevî Zarar Ayrımı	158
3. Hak ve Menfaat Ayrımı	161
4. Doğrudan Zarar ve Dolaylı Zarar Ayrımı	163
5. Uluslararası Hukuk Kişisine Doğrudan ya da Onların Vatandaşları ve Görevlileri Üzerinden Verilen Zararlar	164
<b>IV. KUSUR</b>	
A. Genel Olarak	165
B. Kusurlu Sorumluluk	166
C. Objektif Sorumluluk	170
1. Hukukun Genelinde Gelişimi	170
2. Kavram	172
D. Değerlendirme	175
<b>IV. FİİL İLE ZARAR ARASINDA NEDENSELLİK BULUNMASI (İllyet; Causality)</b>	181

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRI FİİLİN DEVLETE İSNADI

(Imputability-Attributable to the State)

<b>I. GENEL OLARAK</b>	185
------------------------	-----

## II. DEVLET ORGANLARININ FİİLLERİ

A. Genel Olarak	191
B. Yetkiyi Aşan (Ultra Vires) veya Yetkisiz (Unauthorized) Fiiller Bakımından	196
C. Yasama Yetkisi Çerçevesindeki Fiiller	201
1. Genel Olarak	201
2. Bir Andlaşmanın Yapılırken İç Hukuk Kurallarına Aykırı Hareket Edilmiş Olması Durumunda Sorumluluk	207
D. Yürütme Yetkisi Çerçevesindeki Fiiller	208
1. Genel Olarak	208
2. Yetkiyi Aşımı (Ultra Vires) Durumu	211
E. Yargı Yetkisi Çerçevesindeki Fiiller	214
1. Genel Olarak	214
2. Adaletten Kaçınma (Denial of Justice)	218
F. Kamu Yetkisi (Governmental Authority) Kullanan Diğer Kişi ve Oluşumlar Çerçevesindeki Fiiller	222
1. Genel Olarak	222
2. Özel Güvenlik Görevlilerinin Fiilleri Çerçevesinde	225
G. Bir Devletin Tasarrufuna Bir Diğer Devlet Tarafından Verilen Organların Fiilleri (Conduct of organs placed at the disposal of a State by another State)	227
H. Devletin Yönlendirmesi ve Kontrolü Altında Hareket Eden Kişilerin Fiilleri	229
İ. Resmî Otoritelerin Yokluğunda ya da İşlemediği Durumlarda İdarî Otoritenin İşlevlerini Yerine Getiren Kişi ve Kişi Gruplarının Fiilleri	234
J. Devletin Bir Uluslararası Hukuka Aykırı Fiili Kendi Fiili Olarak Kabul Etmesi ve Benimsemesi	236
III. ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN FİİLLERİ	238

<b>IV. BİR DEVLETİN BİR BAŞKA DEVLETİN FİİLLERİ BAKIMINDAN SORUMLULUĞU</b>	241
A. Bir Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilin Yapılmasına Yardım ve Destek Verilmesi	242
B. Bir Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilin Yapılması Üzerinde Gerçekleştirilen Yönlendirme (Direction) veya Kontrol (Control)	245
C. Bir Diğer Devletin Zorlaması (Coercion)	247
D. Bir Devletin Bir Başka Devletin Fiilleri Bakımından Sorumluluğuna Dair Tasarı Hükümlerinin Etkisi	248
<b>V. DİĞER DURUMLAR</b>	
A. Federal Devletler Bakımından Durum	249
B. Ardıl (Successor) Devletler Bakımından Durum	252
C. Koruma, Vekâlet veya Vesayet Altındaki Devletlerin Fiillerinden Doğan Sorumluluk	258
D. Karışıklık (Mob Violence), İsyân (Insurrection), İç Savaş (Internal War) ve Benzer Durumlar	
1. Genel Olarak	262
2. Devlet Organlarının Fiilleri Bakımından	265
3. İsyancıların Fiilleri Bakımından	267
a. İsyân Başarıyla Sonuçlanmamışsa	267
b. İsyân Başarıyla Sonuçlanmışsa	270
c. Fiilî Hükûmetlerin Durumu	273
<b>SONUÇ</b>	276
<b>KAYNAKÇA</b>	282
<b>EK I</b>	
<b>EK II</b>	

## KISALTMA CETVELİ

Add./ADD	: Addendum
AİHD	: Avrupa İnsan Hakları Divanı
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJIL	: American Journal of International Law
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Bkz./bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CJIL	: Chicago Journal of International Law
Çev.	: Çeviren
Doc.	: Document
ECHR	: European Court of Human Rights
Ed.	: Editor
Eds.	: Editors
EJIL	: European Journal of International Law
HILJ	: Harvard International Law Journal
ICC	: International Criminal Court
ICJ	: International Court of Justice
ICLQ	: The International and Comparative Law Quarterly
ICSID	: The International Centre for Settlement of Investment Disputes
ILC	: International Law Commission
ILO	: International Labour Organization
Inter-Am. CHR	: Inter-American Court of Human Rights
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KKTC	: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
m.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk Bülteni
MJIL	: Michigan Journal of International Law

NAFTA	: North American Free Trade Agreement
NJIL	: Nordic Journal of International Law
No.	: Number
p.	: paragraf
PCIJ	: Permanent Court of International Justice
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TDK	: Türk Dil Kurumu
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UHK	: Uluslararası Hukuk Komisyonu
USAD	: Uluslararası Sürekli Adalet Divanı
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
vs.	: ve saire
YILC	: Yearbook of International Law Commission

## GİRİŞ

Belirli her hukuk alanının temel olarak haklar, yükümlülükler ve bunların ihlâli halinde sorumluluklar öngördüğü söylenebilir. Her hukuk alanının muhatapları, ötekinin haklarına ve kendi yükümlülüklerine, her şeyden önce o hukuk düzeninin varlığına inandığı için uygun hareket eder. Aksi takdirde bir hukuk düzeninin varlığından söz edilemez. Bir hukuk düzeninin en belirgin ögesi de ötekinin haklarına ve kendi yükümlülüklerine aykırı davranan kişilerin belirlenmiş yaptırımlarla ve zorlamalarla karşılaşmasıdır. Bu, hukukun bazı “yap” ve “yapma”lar getiren diğer kurumsallaşmış disiplinlerden farklıdır. Aslında her kurumsallaşma, kristalize olmuş özgürlük ve özgürlüksüzlükler getirerek, bazı davranış ve inanç tarzları tesis eder ve bunlara uyulmaması hâlinde “ceza” veya “ödül” öngörür. Ancak hukukun farkı, bu düzenin ihlâli hâlinde, somut bir haricî gücün, bu düzenin otoritesine dayanarak ve bu düzeni de ihlâl etmeden yaptırım uygulayabilmesidir.

Her hukuk düzeninde kurallar gerçek hayatta ihlâl edilebilmiştir. Uluslararası hukukta da durumun farklı olması beklenemez. Uluslararası hukukta kurallar aracılığıyla üstlendiği yükümlülükleri ihlâl eden uluslararası hukuk kişileri, adına “yaptırım” demenin aşırı olabileceği birtakım tepkilerle karşılaşır. Bunun dışında, uluslararası hukuk kişileri, uluslararası yükümlülüklerini genellikle iradî olarak oluşturdukları gibi, yine rızalarıyla veya yetkilendirdikleri bir merci hükmüyle sorumluluk üstlenebilmektedirler. İşte çalışma konumuz da uluslararası hukukun aslî kişilerinden devletin sorumluluğu hakkındadır.

Uluslararası hukukta kişilikleri tartışmasız olan devletler ve uluslararası örgütler farklı nitelikleri dolayısıyla farklı sorumluluk rejimlerine tâbidir. Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu da sorumluluk hakkında çalışmalarında bunları ayrı konular olarak ele almıştır. Uluslararası örgütlerin sorumluluğuyla ilgili Komisyon çalışması sürmektedir. Ancak Komisyon, devletin sorumluluğuyla ilgili çalışmalarına bir Tasarıyla 2001’de son vermiştir. Bununla birlikte, konunun halen uygulama ve Tasarı üzerine hükümet yorumları vasıtasıyla gelişmekte olduğunu söylemeliyiz. Daha doğrusu, devletin sorumluluğu uluslararası hukukta hiçbir zaman gelişmesini



tamamlayamayacak bir konudur. Çünkü her yükümlülük, olası ve bir yükümlülük ihlâli ise, mevcut bir sorumluluk münasebeti getirir. O halde sorumluluk her ne kadar belirli genel ilkelerle idare edilse de, belirli ilkelerin dışına çıkmaksızın her sorumluluk münasebetinin çözümlenemeyeceği de bir gerçektir. Bu bakımdan konu üzerinde gelişme sürecektir.

Çalışmamız, devletin somut bir olay üzerine sorumluluğunun özel rejimi dışında kalıp, daha çok bu konudaki genel ve soyut ilkeleri belirlemeye yöneliktir. Bu konuda bir uluslararası sözleşme bulunmamakla birlikte, örf ve âdet kuralları ve bu konudaki örf ve âdet kurallarını kodifiye eden ve bununla sınırlı da kalmayıp, uluslararası hukukun tedrici gelişimini (*progressive development*) göz önünde tutan Uluslararası Hukuk Komisyonunun raporları, yorumları ve özellikle 2001 Tasarısı çerçevesinde önemli bir temel bulunmaktadır. Bunun yanı sıra yargı ve hakemlik organları karşılaştıkları olaylarda uluslararası sorumlulukla ilgili pek çok kural ve ilkeyi tespit edebilmiştir. Biz de çalışmamızı, devletin sorumluluğuna ilişkin kurallara, çalışmalara, öğretilerdeki görüşlere, yargı ve hakemlik kararlarına dayandırarak yapacağız.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşacaktır. Birinci Bölümü “Devletin Uluslararası Sorumluluğu Kavramı, Sorumluluğun Tarihçesi, Hukukî Dayanağı ve Niteliği” başlıklı olup, bu Bölüm içinde “Benzer Kavramlarla Karşılaştırma” kısmı önemli bir yer tutacaktır. Bu kısımda daha çok devletin nisbeten spesifik konulardaki sorumluluk hâllerini inceleyeceğiz. Bunlar, kendi rejimlerine sahip olup, devletin sorumluluğu hukukunun genel ilkelerine göre özellik göstermektedir. Yine bu Bölümde yer vereceğimiz “Devletin Sorumluluğunun Tarihçesi ve Kodifikasyonu” başlıklı kısım çalışmamızın önemli bir yönüne işaret edecektir. Zira çalışmamız bir bakıma uluslararası hukukun tarihî süreçte geçirdiği değişiklikleri içerecektir. Uluslararası hukuk zaten bir yönüyle insanlık tarihiyle örtüşmektedir.

Çalışmamızın İkinci Bölümü “Uluslararası Hukuka Aykırı Fiil” başlıklı olup, burada konunun esas kısmına geçeceğiz. Uluslararası hukuka aykırı fiil, sorumluluğun genel olarak hem ön koşulu, hem de yeterli koşuldur. “Uluslararası hukuka aykırı fiil” kavramı, aslında bir yükümlülüğün ihlâli anlamında kullanılmakla

birlikte, Uluslararası Hukuk Komisyonu, çalışmasında, yükümlülüğün ihlâlinin yanı sıra, ilgili fiilin devlete isnad edilebilmesi unsurunu da içerecek şekilde kullanılmaktadır. Ancak, biz çalışmamızın içeriğinde olmamakla birlikte, plânında uluslararası hukuka aykırı fiili, fiilin devlete isnad edilebilmesi konusundan ayırarak inceleyeceğiz. Yine de çalışmamızın içeriğinde bu kavramı, Komisyonun nitelendirdiği şekliyle ele alacağız. Bu Bölümde temel olarak “bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli” konusu üzerinde durmakla birlikte, “zarar”, “kusur”, “nedensellik bağı” konuları da ayrı başlıklar altında incelenecektir.

Çalışmamızın Üçüncü Bölümünde “Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilin Devlete İsnadı” konusuna yer verip, devlet tüzel kişinin karmaşık yapısı dolayısıyla hangi fiillerin hangi kurallar çerçevesinde devlete bağlanabildiğini inceleyeceğiz.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilen “rıza”, “meşru müdafaa”, “karşı önlemler”, “mücbir sebep”, “zaruret hâli” gibi durumlar her birinin aslında ayrı tez konuları olması sebebiyle, çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur. Yine sorumluluğun işletilmesi, sonuçları ve genelde sorumluluğu işletebilmek için başvuru karşı önlemler konuları da çalışmamızın dışındadır. Ancak gerektilikçe bunlardan söz edilebilecektir.

Çalışmamızda Türkçe ve İngilizce kaynaklara yer verip, yeri geldikçe kendi görüşlerimizi de ortaya koymaya çalışacağız. Yer vereceğimiz yargı kararlarına ilgili yargı organlarının resmî web sitelerinden ulaşılmıştır. Ancak hakemlik kararları için bu olanak bulunmadığı için, bunlar genelde incelediğimiz eserlerden aktarılarak şeklinde çalışmamızda yerini alacaktır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### DEVLETİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞU KAVRAMI, SORUMLULUĞUN TARİHÇESİ, HUKUKÎ DAYANAĞI VE NİTELİĞİ

#### I. TERİM VE KAVRAM

Türkçe’de “*sorum*” kökünden gelen “*sorumluluk*” terimi, Arapça’da “*suâl*” kelimesinden türeyen “*mes’uliyet*” terimi ile karşılanmaktadır. Her iki dilde de “*sorumlu*” veya “*mesul*” kavramın sözlük karşılığı, “suâl olunmuş; kendisinden sorulmuş” şeklinde okunabilir<sup>1</sup>. Türkçe ve Arapça kökünden farklı olarak Batı dillerinde ise sorumluluk (*responsibility, responsabilit *) anlamındaki terimler “cevap; karşılama” anlamında “*respons*” sözcüğünden türemektedir. Etimolojik olarak “*responsibility; responsabilit *” kavramları, Latince “*respondre de*” (kefil olmak) kelimesine dayanmaktadır. Roma hukukunda “*responsibility, responsabilit *” kavramları mevcut olmamakla birlikte, ilk çağlarda “*sponsor*” ve “*responser*” kelimelerinin “borçluya kefil olma, borcu karşılama” anlamlarına gelecek şekilde “garanti” karşılığında kullanıldığı olmuştur<sup>2</sup>.

Modern toplumda, bir hukuk tekniğı meselesi olan sorumluluk, önceleri bir ahlâk sorunsalı olarak ortaya çıkmıştır. Temelinde toplumsal adalet ve toplumsal menfaat dengesi ihtiyacını karşılması dolayısıyla, sorumluluk ahlâkî bir kavramdır<sup>3</sup>. Toplumsal hayatın güvenliğı ve düzeni bakımından önem arz eden sorumluluk, bu hayatın

<sup>1</sup> Bkz. HANÇERL OĞLU Orhan, Felsefe Sözlüğü, İstanbul 1989, sorumluluk maddesi; DEVELL OĞLU Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik L gat, Ankara 2003, mesuliyet maddesi.

<sup>2</sup> Bkz. DUPUY, Pierre-Marie, Le fait g n rateur de la responsabilit  internationale des etats, RCADI, Tome 188, (1984-V), s. 22. (Aktaran, POYRAZ Yasin, Uluslararası Hukukta Objektif Sorumluluğun Düzenlenmesi, Konya 2000, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 8-9). Ayrıca İngilizcede sorumluluk anlamında kullanılan “*responsibility*” ve “*liability*” terimlerinin ayrımı için çalışmamız içinde “Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Olmayan Fiillerinden Dolayı Uluslararası Sorumluluğu” başlığı altında yaptığımız açıklamalara bkz.

<sup>3</sup> Ahlâkî sorumluluğun, şu  c temel fikre dayandığı söylenebilir: i) Akıllı bir insan varlığının yerine getirmek zorunda olduğu ve yerine getirebileceği eylemler bulunmaktadır; ii) Bu eylemleri gerçekleştirmeme, yerine getirmeme cezayı gerektirebilir; iii) Buna karşın bu eylemleri yerine getirme ise, kişiyi  d llendirebilir, onurlandırabilir ya da övgüye değer biri yapabilir. (CEV ZC  Ahmet, Paradigma Felsefe Sözlüğü, İstanbul 1999, sorumluluk maddesi).

gelişmesiyle ahlâkî sahadan -buradaki yerini de muhafaza etmekle birlikte- hukukî sahaya gerek örf ve âdet kuralları gerek yazılı mevzuat kuralları olarak geçmiş durumdadır<sup>4</sup>. Sorumluluk, her toplumun doğasında bulunup, ahlâk, din veya hukuk sistemlerine yayılmış durumdadır<sup>5</sup>.

İlk önce genel sözlüklerde sorumluluk maddesinde yapılan tanımları, her birinin çok yönlü olan sorumluluk kavramına biraz daha ışık tutacağı düşüncesiyle, tekrara düşme kaygısı gütmenden ve kaynaklarda geçen terimlere de büyük oranda sadık kalarak burada sıralayacağız.

“Sorumluluk”, kişinin kendi davranışlarının ve kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi; sorum; mesuliyet<sup>6</sup>. Benzer bir tanımda buradaki üstlenme ifadesiyle birlikte “sorumluluk duygusu” kavramına gönderme yapılmıştır<sup>7</sup>.

Bir başka tanıma göre sorumluluk, bir kimsenin üstüne aldığı, yapmak zorunda bulunduğu ya da yaptığı bir iş için gerektiğinde hesap verme durumudur<sup>8</sup>. “Sorumluluk” kavramı için benzer bir tanım ise şöyledir: üstlendiği işten ötürü gerektiğinde hesap sorulma durumu<sup>9</sup>.

Nisbeten daha kapsamlı ve kavramın birkaç anlamına da işaret eden bir diğer tanıma göre “sorumluluk”, bir kimsenin kendisinin ya da başkalarının davranışları için bir kimseye ya da bir yetkiliye hesap verme, bu davranışların doğurabileceği sonuçlara katlanmayı kabul etme zorunluluğu ya da ahlâk açısından gerekliliği; bir görevden, bir işten sorumlu olma durumu, bu yükümlülüğün kendisi; karar alma yetkisinin yanı sıra hesap verme zorunluluğunu da içeren görev, meslek ya da sosyal konum. Bu kaynağa göre “sorumlu” kavramı ise, bir otoriteye karşı kendisine bağlı olan ya da

<sup>4</sup> ALSAN Zeki Mesud, Yeni Devletler Hukuku, C. I: Prensipler-Şahıslar, İstanbul 1955, s. 449.

<sup>5</sup> BROWNLIE Ian, System of The Law of Nations: State Responsibility (Part I), Oxford 1983, (Responsibility), s. 1.

<sup>6</sup> TDK, Türkçe Sözlük, Ankara 2005, sorumluluk maddesi.

<sup>7</sup> Bkz. HANÇERLİOĞLU Orhan, Türk Dili Sözlüğü, İstanbul 2000, sorumluluk maddesi.

<sup>8</sup> PÜSKÜLLÜOĞLU Ali, Türkçe Sözlük, İstanbul 2004, sorumluluk maddesi.

<sup>9</sup> DOĞAN Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, 2005, sorumluluk maddesi.

yükümlülüğünü üstlendiği kimselerin davranışları için hesap vermek zorunda olan kimse, mesul anlamına gelmektedir<sup>10</sup>.

Ahlâk yönünden sorumluluğu ifade eden bir başka tanıma göre “sorumluluk”, kişinin, ahlâkî öznenin, kendi eylemlerinin sorumluluğunu üstlenebilmesi durumudur. Yaptığı, gerçekleştirdiği şeyi tam bir biliçle ve özgürlükle yapabilecek ehliyetle olan kişinin durumunu ifade eden sorumluluk, kişinin, oluşumundan psikolojik olarak sorumlu olduğu sonuç ve gelişmeleri üzerine almayı vicdanî bir ödev sayması haline karşılık gelir<sup>11</sup>.

“Sorumluluk”, hukuk sözlüklerinde “uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme, tazminatla yükümlü tutulma, işlenmiş bir suçun gerektirdiği cezayı çekme”<sup>12</sup>, “riyeti lazım kaideye aykırı hareketin hesabını verme hâli”<sup>13</sup> olarak tanımlar bulmuştur.

Hukukî anlamda “sorumluluk”, bizim de çalışmamızda kullanmayı seçtiğimiz terimlere nisbeten yakın ifadelerle ve öz bir şekilde yapılan bir başka tanıma göre, hukuka aykırı eylemlerin doğurduğu zararları giderme yükümlülüğüdür<sup>14</sup>.

“Sorumluluk”, zarar verici bir fiilin ortaya çıkması durumunda, pozitif hukuk tarafından zararın giderilmesini öngören hukukî bir kurumdur. Hak ve yetkinin tanındığı, başka bir deyişle hukukun olduğu her yerde sorumluluk da vardır<sup>15</sup>. Bir başka deyişle bir hukuk düzeninin varlığı, o hukuk düzeni içinde yaşayan kişiler bakımından

---

<sup>10</sup> Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedi, Librarie Larousse 1986 (Gelişim Yayınları AŞ), sorumluluk maddesi. Aynı kaynak için ayrıca bkz. Dictionnaire Larousse Ansiklopedik Sözlük, Larousse 1993 (Milliyet).

<sup>11</sup> CEVİZCİ, sorumluluk maddesi. Eşil (Eschyle) “Kurban Getirenler” eserinde sorumluluğa gönderme yapan bir deyişle, “hiçbir kötülükten çekinmeyen insanın serkeşliği, doğal kuvvetlerin kör gazabından daha şiddetlidir.” demektedir. (HONIG, “Eşil’e Göre Mesuliyet Meselesi”, Çev. Yavuz ABADAN, Cemil Bilsel’e Armağan, İstanbul 1939, s. 210).

<sup>12</sup> YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996, sorumluluk maddesi.

<sup>13</sup> Türk Hukuk Lügati, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1998, sorumluluk maddesi.

<sup>14</sup> Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedi.

<sup>15</sup> BOZKURT Enver, Devletler Hukuku, Ankara 2004, s. 257.

birtakım yükümlülüklerin kaçınılmazlığını ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda onların sorumlu tutulmasını gerekli kılmaktadır<sup>16</sup>.

Bir hukuk düzeninde bulunmakla belirli bir hukuk alanına giren özneler, o hukuk düzeni tarafından belirli ödevlerle yükümlü tutulurlar. Bu öznelerin bu yükümlülüklerinin yerine getirmemeleri durumunda, doğan zararı giderme zorunluluğu doğar. O hâlde uluslararası hukukta da “sorumluluk”, bir uluslararası hukuk düzeninin varlığı dolayısıyla, kendilerine belirli yükümlülükler yüklenmiş uluslararası hukuk kişilerinin bu yükümlülükleri yerine getirmemeleri dolayısıyla doğan zararın ortadan kaldırılması zorunluluğunu ifade eder<sup>17</sup>. Avcı'nın yaptığı tanımda uluslararası hukuk düzeninin varlığına gönderme yapması pek anlamlı olup, bu, ileride “Sorumluluğun Dayanağı” başlığı altında sorumluluğun dayanağı olarak uluslararası hukukun varlığı düşüncemizi destekler niteliktedir.

“Sorumluluk” bir hukukî kurumdur ki, pozitif hukukun öngördüğü herhangi bir zararlı hareketten doğar ve zararın tazminini gerektirir. Sorumluluk konusu, hangi alanda olursa olsun her hukuk düzeninde nitelik itibarıyla aynıdır. Sorun, en özet hâliyle, bir zararın ortaya çıkması üzerine onun tazminidir. Zarar ise olasılıkla şu hareketlerden meydana gelebilir<sup>18</sup>:

- bireyler arasında özel ve karşılıklı ilişkilerden ve ayrıca işlenen suçlardan,
- diğer devletlerin özel veya genel menfaatlerini ve hatta uluslararası toplumun menfaatini ihlâl eden devletin tasarruflarından,
- zararın önlenmesine ve tamirine yönelik devlet hizmetlerinin yetersizliğinden, kötü işlemeden.

---

<sup>16</sup> MERAY Seha, Devletler Hukukuna Giriş, Ankara 1968, (Devletler), s. 625.

<sup>17</sup> AVCI Sedat, Organlarının Haksız Fiiller Dolayısıyla Devletin Mes'uliyetinin Şartları, Ankara Hukuk Fakültesi, Ankara 1972, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 7-8.

<sup>18</sup> ALSAN, s. 449, 452.

Uluslararası hukukta devletin sorumluluğu kavramı, bir devletin uluslararası hukuk kurallarına uymayarak yol açtığı zararları ödeme yükümlülüğüdür<sup>19</sup>. Devletin uluslararası sorumluluğu, anlaşılacağı üzere, uluslararası hukuk kurallarını ihlâl eden devletin bu aykırılıktan doğan zararı tazmin ve telafi etmesi demektir. Eğer devletlerin hakları ve ödevleri varsa, bu hakların ihlâl edilmesi veya ödevlerin yerine getirilmemesi bir hukukî netice doğurur, bu da bizi devletin sorumluluğunu aramaya sevk eder<sup>20</sup>. Uluslararası sorumluluk uluslararası hukuk kurallarının ihlâlinin hukukî sonucudur<sup>21</sup>.

Sorumluluğun bir hukukî sonuç olduğu göz önünde tutularak devletin uluslararası sorumluluğunu, “uluslararası hukuka aykırı bir fiil dolayısıyla uluslararası hukuk temelinde ortaya çıkan yeni bir hukukî ilişki” olarak tarif edebiliriz<sup>22</sup>. Bu yeni hukukî ilişki, söz konusu ihlâlin isnad edildiği ve uygun bir giderimle karşılık vermesi gereken taraf ile uluslararası bir yükümlülüğün ihlâli dolayısıyla bir giderim talep etmeye hakkı olan taraf arasında doğmaktadır<sup>23</sup>. Bu bakımdan “devletin sorumluluğu” kavramı, bir devletin bir uluslararası hukuka aykırı fiilinin hukukî sonuçlarını, yani, bir yandan hukuka aykırılığı yapan devletin yükümlülüklerini ve diğer yandan hukuka aykırılıktan etkilenen devletin haklarını ve yetkilerini göstermektedir<sup>24</sup>. Başka bir deyişle uluslararası hukuk bakımından kendisine tanınmış olan yetkiyi aşan ve bunun

---

<sup>19</sup> Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedi.

<sup>20</sup> BİLSEL Cemil, Devletler Hukuku, C. I: Devletler, İstanbul 1941, (Devletler), s. 218.

<sup>21</sup> TUNKIN G. I., Theory of International Law, Çev. William E. BUTLER, Cambridge Massachutes 1974, s. 381.

<sup>22</sup> Commentaries to Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act, Report of the ILC on the work of its Fifty-third session, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10, (A/56/10), chp.IV.E.2 (Bundan sonra asıl belgede “2001 Komisyon Yorumu” olarak zikredilecek, referanslarda “2001 ILC Commentaries” olarak belirtilecektir.), m. 1, p. 1, <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm> (13.03.2006); ANZILOTTI Dionisio, Devletler Hukuku, C. I: Giriş-Genel Teoriler, Çev. Sahir ERMAN, İstanbul 1946, s. 340; LÜTEM İlhan, Devletler Hukuku Dersleri, C. II: Yetkiler-Sahalar-Yetkilerin Kullanılması-Bariş ve Güvenliğin Sağlanması, Ankara 1960, s. 272; CZAPLINSKI Wladyslaw, “State Succession and State Responsibility” (Notes and Comments), The Canadian Yearbook of International Law, 1990, Vol. 28, s. 339.

<sup>23</sup> JIMÉNEZ de Aréchaga Eduardo/TANZI Attila, “International State Responsibility”, Ed. Mohammed BEDJAOU, International Law: Achievements and Prospects, Paris 1991 by UNESCO, s. 347.

<sup>24</sup> CASSESE Antonio, International Law, Oxford 2005, s. 241.

sonucu olarak uluslararası bir ödevi yerine getirmemiş bulunan devlet, bu hak ihlâlinden zarar gören devlete karşı sorumluluk altındadır<sup>25</sup>.

2001 Komisyon Tasarısının Yorum Belgesinin ilk paragrafında da vurgulandığı gibi sorumluluk konusu, devletin bir uluslararası yükümlülüğünü (birincil kuralı) ihlâl etmesi dolayısıyla ortaya çıkan ikincil kurallarla (secondary rules) ilgilidir<sup>26</sup>. Bu durumda bu “ikincil kurallar”a, giderim yükümlülüğü veya başka yükümlülükler şeklinde ortaya çıkan devletin ikincil yükümlülükleri (secondary obligations) demek yerinde olur<sup>27</sup>.

Uluslararası sorumluluğun yeni bir hukukî münasebet doğurması, ilkin davalı devletin uluslararası hukuka aykırı fiilin kendisine isnad edilip edilemeyeceğine ve bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâl edip etmediğine bağlıken, ikinci olarak bunun işletilmesi davacı devletin durumuyla ilgili bir konudur<sup>28</sup>. Bizim çalışmamız bu yeni hukukî münasebetin ilk yönüyle sınırlı olacaktır.

## **II. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRMA**

### **A. Genel Olarak**

Devletin uluslararası sorumluluğu geleneksel olarak genellikle devletler arasında uluslararası düzlemde ve bazen de uluslararası divanlar ya da mahkemeler önünde konu edilir. Ancak nisbeten son dönemlerde, bu iki yol saklı kaldığı gibi, başka olanaklar da ortaya çıkmıştır. Örneğin, bazı koşullarda bireyler veya şirketler, hakları çerçevesinde uluslararası divanlar ya da mahkemeler önünde devletlere karşı bazı iddialarda bulunabilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlâlleri bireyler tarafından Avrupa İnsan Hakları Divanı önüne getirilebilmekte ya da iki taraflı yatırım anlaşmalarının ihlâlleri anlaşmada öngörülen hakemlik mahkemelerinde

---

<sup>25</sup> Le FUR Louis, Devletlerarası Amme Hukuku (Çev. Nihat ERİM), C. I, Ankara 1942, s. 197-198.

<sup>26</sup> 2001 ILC Commentaries, Giriş, p. 1.

<sup>27</sup> CRAWFORD James/OLLESON Simon, “The Nature and Forms of International Responsibility”, Ed. Malcolm EVANS, International Law, Oxford 2003, s. 445.

<sup>28</sup> AMERASINGHE C. F., State Responsibility for Injuries to Aliens, Oxford 1967, s. 37.



görülebilmektedir<sup>29</sup>. Yine uluslararası alanda bazı haklara sahip olan kişilerin, aslında bundan da bağımsız olarak, birtakım yükümlülüklerle sahip olması ve bunların ihlâli halinde, ileride inceleyeceğimiz gibi özellikle cezaî alanda, ihlâl edilen kuralın uluslararası hukuk kuralı olması ve bunun takibinin uluslararası mercilerce yapılabilmesi açılarından uluslararası niteliği bulunan sorumluluğunun gündeme gelmesi vakidir.

Bunun yanı sıra bazı uluslararası iddiaların iç yargı organlarınca yürütülebilip yürütülemeyeceği konusu ise genelde, devletin bağımsızlığı kuralları gibi, devletlerin iç hukuk sistemlerinin uluslararası hukuka yaklaşımına bağlıdır. Bugün için iç yargı organları tarafından uluslararası hukuk kurallarının ikincil ve tamamlayıcı olarak gittikçe artan şekilde bir kullanımı söz konusudur. Ancak yargılama ve bağımsızlık kuralları arasındaki etkileşim ile iç hukuk ve uluslararası hukuk arasındaki ilişki bu konuyu karmaşık bir hale getirmiştir<sup>30</sup>. Biz burada uluslararası düzlemde ileri sürülen devletin sorumluluğu iddialarıyla konumuzu sınırlamaktayız.

BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun, 2001’de yapılan 53. oturumunda metnine son hâlini verdiği ve görüşülmek üzere BM Genel Kuruluna gönderdiği “Uluslararası Hukuka Aykırı Fiillerden Dolayı Devletlerin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Tasarıda (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)<sup>31</sup> devletin sorumluluğuna uygulanacak kurallar açısından eğilim, birincil kuralların ve gerek Tasarı içinde gerekse Tasarı dışında daha özel hükümlerin işletilmesini engellemeye yönündedir. Bunlar Tasarının lafzında “saklı tutma kayıtları”yla (saving clauses) genellikle diğer durumlara “bu maddelerin hâlel getirmeyeceği” (without prejudice to) ifadeleriyle sağlanır. Örneğin, m. 19, 27, 33, 41, 50, 54, 55, 56, 57, 58, 59 hükümleriyle bu uyum sağlanmak istemiştir<sup>32</sup>. Bu, özellikle Tasarı dışındaki özel

---

<sup>29</sup> CRAWFORD/OLLESON, s. 450.

<sup>30</sup> CRAWFORD/OLLESON, s. 450.

<sup>31</sup> Doc. A/56/10, Report of the ILC on the work of its fifty-third session (2001), Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10, Chapter IV.E.1, <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm> (13.03.2006). İlgili metin bundan böyle asıl metinde “2001 Komisyon Tasarısı” olarak zikredilecek, referanslarda “2001 ILC Draft” olarak kullanılacaktır. Ek I’de orijinal metni verilmiştir.

<sup>32</sup> Ayrıca bkz. BODANSKY Daniel/CROOK John R., “Symposium: The ILC’s State Responsibility Articles-Introduction and Overview”, AJIL, 2002, Vol. 96, s. 788, dn. 108.

düzenlemelerin saklı tutulması, uluslararası hukukun dinamik yapısı açısında da gereklidir.

2001 Komisyon Tasarısının özellikle Birinci Bölümü, bir devletin bir uluslararası hukuka aykırı fiil ika ettiği bütün durumlara uygulanır<sup>33</sup>. Zira Yorum Belgesinde de bu maddelerin devletin sorumluluğuyla ilgili bütün alanlara ilişkin olduğu belirtilmektedir. Bu hükümler bir devletin bir diğer devletle iki taraflı andlaşma temelinde üstlendiği yükümlülüklerin ihlâliyle sınırlanmaz. Aksine ilgili hükümler, yükümlülüğün bir veya birkaç devlete veya bir bireye ya da bir gruba veyahut bir bütün olarak uluslararası topluma karşı üstlenilip üstlenilmediğine bakılmaksızın, devletin uluslararası yükümlülüklerinin bütün alanlarında uygulama bulur<sup>34</sup>. Keza Tasarının bir uluslararası hukuka aykırı fiilin sonuçlarının düzenlendiği İkinci Bölümünün başındaki m. 28'in yorumunda, bu maddenin uluslararası hukuka aykırı fiilin sorumlu devlet ile kişiler veya devletten başka oluşumlar (entities) arasında getirdiği hukukî sonuçları dışlamadığı belirtilmiştir. Böylece devletin sorumluluğu, insan hakları ihlâllerine ve ihlâl edilen yükümlülüğün başlıca yararlananının devlet olmadığı uluslararası hukukun diğer ihlâllerine de uzanır<sup>35</sup>. Devletin sorumluluğunun en temel ilkesi olup da, Tasarının 2. ve 12. maddelerinde “bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli” koşulundaki ifadeye de burada dikkat çekmek gerekir. Yine Tasarı m. 12'de belirtildiği gibi bu yükümlülüğün kaynağı veya niteliği anılan koşulun gerçekleşmesinde etkili değildir.

O halde çalışmamızda önemli yer tutacak olan 2001 Komisyon Tasarısı maddelerinin ve genel olarak devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin örf ve âdet kurallarının ve genel ilkelerin de uygulanabildiği, ancak ihlâl edilen yükümlülüğün niteliğinin, sorumluluğa başvurulmasına ilişkin rejimin veya ortaya çıkan sorumluluk münasebetinin taraflarının, geleneksel olarak bir devletin diğer devlete bir hukuka aykırı fiil ika etmesi temeline dayanan geleneksel sorumluluk kurumunun öğeleri karşısında bazı özellikler gösterdiği durumlar ortaya çıkmıştır. Bunlar, uluslararası hukukun, insan

---

<sup>33</sup> HOBÉR Kaj/SWARTLING Mannheimer, “State Responsibility and Investment Arbitration”, s. 2, <http://www.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/ILA%20paper%20Hoher.pdf> (29.06.2006).

<sup>34</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, Giriş , p. 5.

<sup>35</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 28, p. 3.

hayatının gelişmesi, devletlerin ve uluslararası hukukun nisbeten yeni tartışmasız kişileri olan uluslararası örgütlerin faaliyetlerinin ve birbirleriyle olan münasebetlerinin çeşitlenmesi, hukukî olarak bir devlete tâbi olan alt birimlerin (gerçek kişiler, şirketler, hükûmet dışı kuruluşlar vs.) uluslararası alanda etkili olmaya başlaması ve devletlerin mutlak egemenlik alanı dışında düşünölmeye başlanması gibi etkenlerle değışime uğramasının neticesinde ortaya çıkan kurumlardır.

Geleneksel anlamda devletin uluslararası sorumluluğu kurumunun uluslararası hukukun ve uluslararası hukukla ilişkilendirilen diğer disiplinlerin benzer bazı kavramlarıyla karşılaştırmasını yapmak, konumuzun sınırlarını belirlemek açısından önem göstermektedir. Yine de bu ayrımlar mutlak olmayıp, birbiri ile hem kavram hem de teori düzeyinde ilgili olabilir. Bu sebeple, inceleyeceğimiz benzer kavramlar, ileride de asıl ve özellikle bu ayrımla özelleştirdiğimiz konumuzun ortaya konmasında bize yol gösterici olabilecektir. Burada üzerinde duracağımız durumlar:

- İnsan haklarının uluslararası alanda korunması çerçevesinde, devletin insan hakları ihlalleri neticesinde birey ile devlet arasında uluslararası düzlemde doğan yeni hukukî ilişki,
- Bireylerin savaş suçu, barışa ve insanlığa karşı suç ya da soykırım suçu gibi uluslararası suçları işlemesi sebebiyle, bireyin uluslararası alanda cezaî sorumluluğu,
- Uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği dolayısıyla uluslararası sorumluluğu,
- Devletin, uluslararası hukuk tarafından yasaklanmayan, ancak bir zarar meydana gelmesiyle ortaya çıkan sorumluluğu,
- Son olarak, uluslararasılaştırılmış sözleşmelerin ihlali neticesi doğan uluslararası sorumluluk.

## B. İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması

“İnsan hakları” kavramı, insanların salt insan olmalarından kaynaklanan, başka bir deyişle, uyrukluğun veya insanı insan olma vasfı dışında tanımlayıp, sınırlayan diğer vasıfların göz önünde tutulmadığı, bir ideal ortaya koyan ve ayrıca tek tek belirlenmiş hakların müşterek adı olarak tanımlanabilir. Bu tanımdan görüleceği üzere, insan haklarının çıkış noktası, kişi ve yer bakımından sınırlanmamış insanın bizzat kendisidir. Bu itibarla, insan haklarının tanınmasının, uygulanmasının ve ihlâli hâlinde korunmasının evrenselliği gündeme gelmektedir.

Kurallar üretme boyutuyla 18. yüzyıl Amerikan ve Fransız devrimlerinin ürünleri olan “ulusal” nitelikli belgelere değin götürülebilen insan hakları konusu, İkinci Dünya Savaşı öncesi ulus devlet anlayışının sonucu olarak “devletlerin üstünlüğü” ilkesi gereği “devlet tekeli”nde bulunuyordu. Buna “korunmanın ulusallığı” denebilecektir. Bu dönemde bireyler uluslararası hukukun öznesi değil, konusudur. Ancak silahlı çatışma ve savaş kurbanları, azınlıklar, yabancılar, sığınmacılar ve işçiler gibi belirli kişi gruplarının belirli haklarının korunmasını amaçlayan bazı uluslararası denetim ve koruma sistemleri oluşturulmuş ve uygulanmıştır<sup>36</sup>.

İnsan haklarının, hiçbir yönden ayırım gözetmeksizin bütün insanları kapsayacak şekilde uluslararası düzeyde korunması ve belirli kişi gruplarının yine belirli insan hakları ihlâllerine karşı korunmasıyla sınırlı olmayan genel yöntemler oluşturulması, ancak İkinci Dünya Savaşının yol açtığı büyük acıların ardından, BM Genel Kurulunun 10.12.1948 tarih ve 217 A (III) sayılı kararıyla kabul edilen “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”nin önsözünde vurgulandığı gibi, “insanlığın bilincini isyan ettiren barbar eylemler”den sonra, gerçekleşebilmiştir<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> GÜLMEZ Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Ankara 2004, s. 17, 19-20. Ayrıca bkz. GÖLCÜKLÜ Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1996, s. 2.

<sup>37</sup> GÜLMEZ, s. 17. 1864 tarihli Cenevre Sözleşmesi, 1899 ve 1907 tarihli La Haye Sözleşmeleri, ILO’nun 87 ve 98 sayılı Sözleşmeleri vs. bunlara örnek verilebilir.

İnsan haklarının uluslararası nitelik kazanmasında başrolü oynayan BM Örgütü birçok düzenlemeye temel olmuştur<sup>38</sup>. Ancak, BM Şartında insan haklarının neler olduğu konusunda bir açıklama getirilmemiştir.

İnsan haklarının korunmasının yazılı belgeler ve uluslararası andlaşmalar aracılığıyla gösterdiği bu gelişme öğretide insan haklarının evrensel bir nitelik kazandığının ileri sürülmesine sebep olmuştur<sup>39</sup>.

Günümüzde insan haklarının ağır ihlalleri ulusal yargılama dışında, uluslararası ceza yargılamasına da konu olabilmektedir. Özellikle AIHS ve ek protokoller çerçevesinde bireye bu haklar bakımından güvenceler getirilmekte, söz konusu andlaşmalara taraf devletlerin mevzuat değişikliğine gitmeleri veya bunların ihlali hâlinde tazminat ödemeleri gerekebilmektedir<sup>40</sup>. Ayrıca BM sistemi içinde ve bazı bölgesel koruma mekanizmaları aracılığıyla ilgili sözleşmeyle getirilen haklar uluslararası güvence altında bulundurulmaktadır<sup>41</sup>.

İnsan haklarının uluslararası alanda korunmasında, “kolektif menfaat” (collective interest) kavramı önemli bir yer tutar. Geçtiğimiz yüzyıl boyunca temel insan haklarının uygulanmasında uluslararası toplumun bir bütün olarak menfaatinin bulunduğu yönünde giderek artan bir uzlaşma bulunmaktadır. Bu sebeple yukarıda da bahsedilen bireye

---

<sup>38</sup> Bunlardan bazıları, 10.12.1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 16.12.1966 tarihli BM Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi, buna Ek 1966 tarihli Seçimlik Protokol ve 1989 tarihli İkinci Seçimlik Protokol, 16.12.1966 tarihli BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, 21.12.1965 tarihli BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi, 18.12.1979 tarihli BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi ve 06.10.1999 tarihli Ek Protokolü, 20.11.1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi vs.

<sup>39</sup> PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Ankara 2003, s. 218. Bu iddia, insan haklarının uluslararası örf ve âdetin ve hukukun genel ilkelerinin unsurlarını karşılamadığı karşı iddialarıyla, tartışılır gözükmektedir. Ancak burada biz, insan haklarının evrenselliği tartışmasına girmeyeceğiz. Ancak, konumuzun insan haklarının uluslararası alanda korunması mekanizmalarıyla benzerliğinden hareket ederek, insan haklarının uluslararası niteliğinin bulunduğu tespitini yetineceğiz.

<sup>40</sup> TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004, s. 47.

<sup>41</sup> Bölgesel koruma mekanizmaları içeren düzenlemelere Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi örnek olarak gösterilebilir. Benzer şekilde BM sistemi içinde, Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığının Önlenmesi Sözleşmesi ve Ek Protokolü, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi Seçmeli Protokolü, Irk Ayrımcılığının Her Türünün Yok Edilmesine İlişki Sözleşme çerçevesinde koruma mekanizmaları öngörülmüştür.

uluslararası alanda haklarını doğrudan getirme olanağı tanıyan mekanizmaların dışında, uluslararası hukuk kişiliği olan devletler de kendi uyruklarına karşı yapılan insan hakları ihlallerinde hukukî bir menfaat ileri sürebilmektedirler<sup>42</sup>.

İleride devletin iradesine mutlak değer atfedilmeyen jus cogens ve erga omnes yükümlülüklerin dışında, burada Gemalmaz'ın esas aldığı, taraf olunan insan hakları konulu sözleşmelerin ihlallerinden doğan sorumluluk türlerini aktaracağız. İnsan hakları sözleşmeleri, taraf devleti, o sözleşmede öngörülen haklarla çevrili şekilde, öncelikle ve esas olarak, kendi yetkili organlarının, ajanlarının fiillerinden ötürü sorumlu kılar. Burada “devlet-birey” ilişkisi ekseninde sorumluluk, bir başka ifadeyle “dikey sorumluluk” söz konusudur. Ancak, “birey-birey”, “çoğunluk-azınlık” ilişkiler düzleminde de devleti uluslararası alanda sorumlu tutmak (yatay sorumluluk) mümkündür. Bu ikinci sorumluluk türü devletin bazı yükümlülüklerine bağlı olarak ortaya çıkar. Örneğin devlet, özel kişiler arasındaki ilişkileri insan hakları kuralları uyarınca, haksızlığa yol açmayacak şekilde düzenlemekle yükümlüdür. Burada devletin ihlali önleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunlar, salt yaptırım mekanizmaları öngörmekle yerine getirilmeyebilir. Önleme yükümlülüğü yasal ve yargısal önlemlerin dışında, idarî, ekonomik, eğitsel önlemlere kadar uzanabilen bir alana yayılabilir. Ayrıca, bireyler arasındaki özel ilişkilerde ihalde bulunan taraf hakkında kovuşturma yapmak, failleri tespit etmek, yargılama yapmak, suçu sabit görülenleri cezalandırmak da devlet için yükümlülüktür<sup>43</sup>.

Her ne kadar yukarıda belirttiğimiz koruma mekanizmalarıyla insan haklarının çiğnenmesi durumunda, kişilerin ya da kişi gruplarının zarar görmesinin önlenmesi ve eğer zarar meydana geldiyse bunun telafisi amaçlanıyorsa da, bunların uluslararası sorumluluk kurumundan birçok farkları bulunmaktadır. Başta, insan haklarının korunmasında amaç, sorumluluk kurumundan farklı olarak, bir zararın giderilmesinden çok, insan kişiliğinin ve değerlerinin korunmasıdır. İkinci olarak, uluslararası

---

<sup>42</sup> KAPLAN Margo, “Using Collective Interests to Ensure Human Rights: An Analysis of The Articles on State Responsibility”, New York University Law Review, November 2004, Vol. 79, s. 1903.

<sup>43</sup> GEMALMAZ Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan HaklarıHukukunun Genel Teorisine Giriş, İstanbul 2003, s. 706-708.

sorumluluk kurumu yalnız yabancılar için işletilmektedirken, insan haklarının uluslararası alanda korunmasıyla hem bir devletin yurttaşlarının korunması hem de yabancıların haklarının korunması olanaklıdır. Ayrıca, insan haklarının korunması mekanizması kişilerce harekete geçirilebilirken, uluslararası sorumluluk, devletler ve diğer uluslararası hukuk kişileri arasında işletilebilmektedir. Ancak, bu son durumda yabancıların insan haklarının ihlâl edilmesi insan hakları mekanizması çerçevesinde önlenemez ve zararları giderilemezse, koşullarının yerine gelmesiyle, uluslararası sorumluluk kurumunun çalıştırılması olanağı da bulunmaktadır<sup>44</sup>. Bu noktada diplomatik koruma, uluslararası sorumluluk kurumu çerçevesinde devreye girmektedir. Ayrıca “insan hakları”nın korunması, genel olarak devletin sorumluluğuna nazaran spesifik konulara hasredilmiştir.

## **C. Uluslararası Suçlar Dolayısıyla Ceza Sorumluluğu**

### **1. Bireylerin Ceza Sorumluluğu**

Bireylerin, şirketlerin (corporations), hükûmet-dışı örgütlerin (non-governmental organizations) ve ilgili diğer grupların uluslararası hukuk kişiliğinin en azından şüpheli olması dolayısıyla, haklarında genel bir sorumluluk rejiminin olduğunu söylemek kolay gözükmemektedir<sup>45</sup>. Biz bu başlık altında, bireylerin belirli uluslararası hukuk kurallarını ihlâl etmeleri dolayısıyla gündeme gelecek sorumluluk çeşidini inceleyeceğiz. Bunun devletin sorumluluğu için geçerli ilkelerden farklı, cezayla yaptırımlandırılan bir rejimi bulunmaktadır. Bunun yanı sıra devletlerin cezaya muhatap olup olamayacağı da bir sonraki başlıkta konumuz içinde tutulacaktır.

Sorumluluk, bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlinin sonuçlarından biridir. Böylece ihlâlin isnad edilebilmesi, yükümlülüğün öznesi veya öznelere dayanır. Bu konuda uluslararası hukukun bir parçası olarak gelişen geleneksel teoriye ve uygulamaya göre ise, sadece devletler uluslararası yükümlülüğün öznesi olmaya

---

<sup>44</sup> PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri III. Kitap, Ankara 1999, (Dersler III), s. 151; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 401.

<sup>45</sup> CRAWFORD/OLLESON, s. 447.

ehildir<sup>46</sup>. Ancak günümüzde artık devletler uluslararası toplumda tek değildir, örneğin bireyler de uluslararası yükümlülüklerin doğrudan öznesi olabilmektedir. Bu da bugüne kadar salt devletlerin sorumlu tutulabilmesi durumuna değişiklikler getirecektir; en azından uluslararası sorumlulukla ilgili kodifikasyon çalışmalarında bu gelişmenin göz önünde tutulması gerekecektir<sup>47</sup>.

Uluslararası sorumluluk kurumu çerçevesinde sorumluluğu asıl gündeme gelebilecek kişiler, belirttiğimiz gibi, devletler ve uluslararası örgütler gibi uluslararası hukuk kişisidir. Bu bakımdan bireylerin savaş suçu, barışa ve insanlığa karşı suç ya da soykırım suçu gibi suçlar nedeniyle “devletin sorumluluğu” çerçevesinde yargılanması ya da cezalandırılması da söz konusu değildir. Bu gibi durumlarda, geleneksel uluslararası sorumluluk kurumundan farklı olarak, nihayet bireyin ceza sorumluluğu konusu ortaya çıkmaktadır<sup>48</sup>.

Birey, uluslararası yükümlülükler, dolayısıyla uluslararası hukuka tâbi olduğu ölçüde, uluslararası hukuka aykırılıklarda bulunabilir. Bu hukuka aykırılıklar, salt deniz haydutluğu ve köle ticareti durumlarına münhasır olmayıp, özellikle savaş hukukuyla ilgili konularda da ortaya çıkabilmektedir. Zira savaş hukukuna dair hükümlerin çoğu,

---

<sup>46</sup> Milletler Cemiyeti bünyesinde Uzmanlar Komitesi tarafından kabul edilen ve “Guerrero raporu” olarak da bilinen “Ülkesindeki Yabancılara veya Onların Mallarına Verilen Zararlardan Dolayı Devletlerin Sorumluluğu” (Responsibility of States for Damage Done in Their Territories to The Person Or Property of Foreigners) üzerine 1926 tarihli 4 No’lu Metinde belirtildiği gibi, uluslararası toplumun iradesiyle kurulan uluslararası hukuk, sadece devletlerin karşılıklı ilişkilerini yönetebilen bir hukuk dalıdır. Bu da sadece devletlerin aralarındaki ilişkilerde sahip olduğu haklardan ve ödevlerden oluşan bir sistemdir. O halde bu alanda bir devlet ancak bir başka devlete karşı iddia getirme hakkına sahiptir. Bireyler ise bu alanın dışındadır. Onlar, hayatlarının tek bir irade (devlet) tarafından düzenlendiği daha alt bir düzlemde dirler. Görüleceği üzere bireyler uluslararası hukukun öznesi olmadığı gibi, bununla bağlantılı olarak, bunların uluslararası hukukta sorumlu tutulması olanağı da bulunmaz. (Bkz. “Questionnaire No. 4: Responsibility of States for Damage Done in Their Territories to The Person or Property of Foreigners”, (by Guerrero), AJIL, Jul. 1926, Vol. 20, No. 3, s. 180).

<sup>47</sup> GARCÍA-AMADOR F. V., “State Responsibility of the New Trends of International Law”, AJIL, 1955, Vol. 49, No. 3, s. 340.

<sup>48</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 151-152; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 402.



devletlerin yanı sıra, silahlı kuvvetler mensubu olsun olmasın, onların uyruklarını da bağlamaktadır<sup>49</sup>.

Nitekim İkinci Dünya Savaşı sonrası Nüremberg Uluslararası Askerî Mahkemesinin kurulmasının da kararlaştırıldığı Avrupalı mihver devletlerinin (Almanya, İtalya, Macaristan, Bulgaristan ve Romanya) büyük savaş suçlarının kovuşturulması ve cezalandırılmasına ilişkin 08.08.1945 tarihli Londra Şartının (Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal) eki Mahkeme Statüsü m. 6'da, barışa karşı suçlar (crimes against peace), savaş suçları (war crimes) ve insanlığa karşı suçlar (crimes against humanity) ile ilgili bireysel sorumluluk hakkında Mahkeme yetkili kılınmıştır<sup>50</sup>. Buna paralel şekilde 19.01.1946 tarihinde Tokyo'da uzakdoğuda işlenen büyük savaş suçlarının kovuşturulması ve cezalandırılmasına için kurulan Uzakdoğu için Uluslararası Askerî Mahkeme Şartı (Charter of the International Military Tribunal for the Far East) m. 5'te aynı suçlar için Mahkeme bireyler açısından yetkili kılınmıştır<sup>51</sup>.

Yine Eski Yugoslavya için kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi (Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia

---

<sup>49</sup> JENNINGS Robert/WATTS Arthur, Oppenheim's International Law, Vol. I: Peace, Introduction and Part 1, London 1992, Ninth Edition, (OPPENHEIM), s. 505. Bireylerle ilgili olarak uluslararası sorumluluk sadece cezaî sahada ve nisbeten son dönemlerde gelişmiştir. Deniz haydutluğu, yüzyıllardır uluslararası hukuka aykırı bir suç olarak tanınmasına rağmen, bu, korsanların hukuk kişiliği olduğuna yönelik bir göndermeden çok, bu saldırılarla ilgili ceza yargılaması yapacak devlet için bir yargılama kuralı niteliğindedir. Zira "seren direğine" (yardarm) bir bayrak asılmasıyla hiç kimse hukukî kişilik kazanmaz. (CRAWFORD/OLLESON, s. 447). Uluslararası hukukun deniz haydutluğu olarak tanıdığı durumlarda, saldırılar dolayısıyla, bütün ulusların yargılama ve cezalandırma yetkisi bulunmaktadır. (Bkz. Dissenting Opinion of Judge Moore in "Lotus", Judgement, 1927, PCIJ Series A, No. 10, s. 70, [http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/-serie\\_A/A\\_10/35\\_Lotus\\_Opinion\\_Moore.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/-serie_A/A_10/35_Lotus_Opinion_Moore.pdf) (21.03.2006).

<sup>50</sup> Statü için bkz. <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtconst.htm> (18.03.2006). Şartta bireyleri aşar nitelikte bir ceza sorumluluğundan da bahsedilmesi özel bir not olarak düşünülmelidir. Statü m. 9 uyarınca, Mahkemede yargılanan bir bireyin üyesi olduğu bir grubun veya örgütün bir "suç örgütü" olarak ilan edilebileceği belirtilmiştir. Yine m. 10'da ilgili grubun veya örgütün "suçlu" (criminal) olarak ilan edilmesinden bahsedilmektedir.

<sup>51</sup> Statü metni için bkz. <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtfech.htm> (18.03.2006).

since 1991; International Tribunal for the Former Yugoslavia)<sup>52</sup> m. 1 ve m. 6 uyarınca ve Ruanda için kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi (Statute of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994)<sup>53</sup> m. 1 ve m. 7 uyarınca ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlalleri için sorumlu kişilerin kovuşturulması hakkında ilgili Mahkemeler yetkilendirilmiştir.

Son olarak 01.07.2002 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Ceza Divanı Hakkında Roma Statüsü (Rome Statute of International Criminal Court) m. 1’de, Divanın en ciddi uluslararası suçlarla ilgili olarak kişiler (persons) üzerinde yargılama yetkisini yerine getireceği hükmü getirilmiştir. Bu suçlar m. 5/1’de soykırım suçu (the crime of genocide), insanlığa karşı suç (crimes against humanity), savaş suçları (war crimes) ve saldırı suçu (the crime of aggression) olarak sayılmıştır. Divanın gerçek kişiler (natural persons) üzerinde yargılama yetkisi olduğu m. 25/1’de tekrar vurgulanmıştır. Bireyin ceza sorumluluğunun düzenlendiği bu hükümlerin devletin uluslararası sorumluluğu hükümlerini etkilemeyeceği de m. 25/4’te belirtilmiştir<sup>54</sup>.

Devletin sorumluluğuna karşılık olarak bireyin ceza sorumluluğu önemli gelişme göstermiştir. Hem devlet ajanları hem özel kişiler, ister barış zamanında olsun (savaş suçları hariç) ister savaş zamanında olsun uluslararası hukukun ciddi ihlalleri dolayısıyla artık sorumlu olabilmektedirler. Ayrıca salt küçük memurlar ve askerler değil, kıdemli politikacılar, kabine üyeleri, askerî liderler, sanayiciler de uluslararası suçlar için sorumlu tutulabilmektedir. Bu suçların ulusal ve uluslararası soruşturmaya ve cezalandırmaya tâbi tutulması, uluslararası insan hakları hukukunun ve uluslararası insancıl hukukun uygulanmasını sağlamaktadır. Uluslararası ceza sorumluluğu ile

---

<sup>52</sup> Statü metni için bkz. <http://www.ohchr.org/english/law/itfy.htm> (18.03.2006).

<sup>53</sup> Statü metni için bkz. <http://www.ohchr.org/english/law/itr.htm> (18.03.2006).

<sup>54</sup> Statü metni için bkz. [http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Rome\\_Statute\\_120704-EN.pdf](http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Rome_Statute_120704-EN.pdf) (18.03.2006).

devletin sorumluluğu bazı konularda (özellikle saldırı ve soykırım suçlarında) örtüşse de, uluslararası hukukta ayrı branşlar olarak gelişmiştir<sup>55</sup>.

Bireyin uluslararası sorumluluğu, görüleceği üzere İkinci Dünya Savaşı sonrasında ve cezaî sahada gelişmiştir. Ancak bu gelişme, bireyin hukukî sorumluluğu alanında gelişmeler olmasını dışlamamaktadır. Nitekim bu olasılık, devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin maddelerin, bir devlet adına hareket eden gerçek kişilerin uluslararası hukuk uyarınca doğan bireysel sorumluluğunu engellemeyeceği ilkesinin düzenlendiği 2001 Komisyon Tasarısı m. 58'in metnine de yansımıştır. Zira burada nitelik olarak ceza veya hukuk ayırımı yapmaksızın salt bireysel sorumluluktan (individual responsibility) bahsedilmektedir<sup>56</sup>. Bireyin uluslararası hukuka aykırı olan fiilleri hakkında "hukukî" yaptırımın öngörüldüğü uygulamalar da olagelmıştır. Örneğin, UAD'ın *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) Davasında* ayrı görüş bildiren yargıçlar, Birleşik Devletler'in "Alien Tort Claims Act"<sup>57</sup> ile öteden beri, insan hakları ihlalleri ve uluslararası hukukun önemli ihlalleri durumlarında geniş bir ülke dışı yargılama (extraterritorial jurisdiction) yetkisi tanıdığını belirtmiştir. Uluslararası değerlerin korunması işlevinin böyle tek yanlı olarak uygulanması ise, devletler tarafından genel olarak benimsenmemiştir<sup>58</sup>.

Yine genel uluslararası hukukun emredici hükümlerinin ciddî ihlalleriyle ilgili olarak Tasarı hükümlerinden aşağıda daha ayrıntılı inceleyeceğimiz m. 41'in son fıkrasında, bu hükümlerin, bu kısma gönderme yapan diğer sonuçları ve ihlallerin

---

<sup>55</sup> CASSESE, s. 245.

<sup>56</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 58, p. 2. Bu Tasarı hükmüyle bir bakıma devletin sorumluluğu ile bireyin, uygulamada daha çok cezaî sahada gelişen, uluslararası alanda sorumluluğu kurumlarının ayırımı vurgulanmak istenmiştir.

<sup>57</sup> Yabancıların işledikleri haksız fiiller nedeniyle yargılanıp tazminat ödemesini öngören bir yasadır. Bu yasaya dayanarak bir başvuruda bulunabilmek, ilgili fiilin uluslararası hukuka aykırı olmasını da gerektirmektedir. Yüzlerce yıl önce (1789) böyle bir kanun çıkartılmasının nedeniyse, deniz haydutlarıyla mücadeledir. (TARHAN Turgut, "Tüm İnsanlığın Düşmanı", 19.12.200 tarihli gazete makalesi, <http://www.radikal.com.tr/2000/12/19/yazarlar/turtar.shtml> (18.06.2006).

<sup>58</sup> Judgement, ICJ Reports 2002, Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans, and Buergenthal, p. 48, [http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icoBE/icobejudgment/icobe\\_ijudgment\\_20020214\\_higgins-kooijmans-buergenthal.PDF](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/icoBE/icobejudgment/icobe_ijudgment_20020214_higgins-kooijmans-buergenthal.PDF) (23.03.2006).

uluslararası hukukta gerektirebileceği diğer sonuçları etkilemeyeceği belirtilmiştir. Bu düzenleme bireyin uluslararası sorumluluğu için de geçerli kabul edilmelidir.

## 2. Devletlerin Ceza Sorumluluğu

### a. Genel Olarak

Devletlerin bir uluslararası hukuk kişisi olarak ceza sorumluluğu bulunup bulunmadığı sorununun ise, devletin uluslararası hukuka aykırı fiillerinin suç sayılıp sayılmayacağı, başka bir deyişle uluslararası hukuka aykırı fiillerinden dolayı devletin fail olup olamayacağı ve eğer bunlara olumlu yanıt verirsek devletlerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konularıyla beraber ele almak gerekmektedir.

Bu konuda zikredilmesi gereken ilk kaynak, BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun 1996'da hazırladığı "Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlar Taslağı"dır (Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind)<sup>59</sup>. Bu Taslağın 2. maddesine göre, insanlığın barışına ve güvenliğine karşı bir suç bireyin sorumluluğunu gerektirir. Ancak Taslağın 4. maddesinde, barışa ve insanlığın güvenliğine karşı bireylerin sorumluluğunu getiren bu tasarı hükümlerinin, uluslararası hukuk çerçevesinde devletlerin sorumluluğu meselesine hanel getirmeyeceği belirtilmiştir. Tasarının bu maddesinin yine Komisyon tarafından yapılan Yorumuna göre, bu Tasarıda belirtilen suçların ancak bireyler tarafından işlenebileceğinin açık olmasına karşılık, bireylerin bu suçları, devletin ajanı olarak, devletin yararına, devletin adına ya da bir hukukî yetkilendirme olmasa dahi devletle de facto (fiilî) bir ilişki içinde işlemesi hâlinde, bireylerin sorumluluğuna gidilmesi (cezalandırılması), devleti aklamayabilir ve devletin sorumluluğuna yine de gidilebilir<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Doc. A/51/10, Report of the ILC on the work of its forty-eighth session, 6 May -26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No. 10, Chapter II, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A\\_51\\_10.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_51_10.pdf) (13.03.2006).

<sup>60</sup> Doc. A/51/10, Chapter II, m. 4, p. 1-2. Benzer şekilde Roma Statüsünde Divanın yargı yetkisi temelde bireysel sorumluluğa (culpability) ilişkindir. Hatta bireylerin devlet politikası uyarınca veya devlet otoritesi altında yaptıkları resmî tasarruflar dolayısıyla da, Divan önünde devletlerin değil, bireylerin isimleri zikredilir. Ancak bu resmî devlet tasarruflarının (official act of state), uyruğu yargılanan devlet

2001 Komisyon Tasarısında yer verilmeyen; ancak konunun tarihî gelişimini görmek açısından burada zikredilmesi gereken bir diğer kaynak, Komisyonun yukarıda bahsi geçen 1996 tarihli raporunda “Devletin Sorumluluğu” (State Responsibility)<sup>61</sup> konulu maddeler Taslağının meşhur 19. maddesidir. Buna göre, bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlini oluşturan devletin bir fiili, madde konusuna bakılmaksızın, hukuka aykırı bir fiildir. Ancak, ihlâlinin bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından suç olarak kabul edildiği uluslararası toplumun esaslı menfaatlerini bakımından zorunlu olan bir uluslararası yükümlülüğün bir devlet tarafından ihlâl edilmesinden doğan uluslararası hukuka aykırı bir fiil bir “uluslararası suç” (international crime) teşkil eder<sup>62</sup>. Bu maddeye göre bunlar, saldırı suçu, sömürgecilik, kölelik sisteminin sürdürülmesi, soykırım, apartheid (ırk ayrımcılığı) ve denizlerin veya atmosferin ciddi ölçüde kirletilmesidir. Bununla birlikte bu sayım sınırlayıcı değildir<sup>63</sup>.

---

nasıl ki hukuka uygun olduğunu ileri sürebiliyorsa, Divan savcısı tarafından da “suç” olarak nitelendirilebilmesi mümkündür. Örneğin bir devlet üzerinde gerçekleştirilen askerî müdahaleler, bazı savaş yöntemlerinin kullanılması, bazı silah çeşitlerinin kullanılması durumlarında devletin fiillerinin cezaî açıdan nitelendirmesi yapılacaktır. Bu bakımdan Divan, ister istemez devletler arasında ortaya çıkan hukukî uyumsuzlukları inceleyen diğer uluslararası yargılama organları gibi bir işlev görecektir. (MORRIS Madeline, High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States, Law and Contemporary Problems, Vol. 64, No. 1, Winter 2001, s. 14-15).

<sup>61</sup> Doc. A/51/10, Chapter III.

<sup>62</sup> 1996 Taslağının 19. maddesi şöyledir:

1. An act of a State which constitutes a breach of an international obligation is an internationally wrongful act, regardless of the subject-matter of the obligation breached.
2. An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime.
3. Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, *inter alia*, from:
  - (a) A serious breach of an international obligation of essential importance for the maintenance of international peace and security, such as that prohibiting aggression;
  - (b) A serious breach of an international obligation of essential importance for safeguarding the right of self determination of peoples, such as that prohibiting the establishment or maintenance by force of colonial domination;
  - (c) A serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and apartheid;
  - (d) A serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas.
4. Any internationally wrongful act which is not an international crime in accordance with paragraph 2 constitutes an international delict.

<sup>63</sup> 19. maddede sayılan yükümlülük ihlalleri neticesinde devletin ceza sorumluluğu iç hukukta temel bir yeri olan “nullum crimen sine lege” (kanunsuz suç olmaz) ilkesiyle uyumlu değildir. Zira burada kimse bu

19. maddedeki “suç” (crime) ifadesi uluslararası sorumluluk kurumunda genel olarak bulunmayan bir nitelik taşıyor veya bazı sonuçları gündeme getirir. Bir ihlâl bir diğerinden rejim olarak genelde farklı değildir. Ayrıca ihlâl sonucunun bir hukuk kişisini nasıl etkilediğini anlamak da kolay değildir. Bu bakımdan ihlâl edilen yükümlülüğün konusuna dayanan farklı sorumluluk rejimleri kurma olanağı yoktur. Ancak bu durum, yine bir yükümlülüğün ihlâlini izleyen sonuçlar içinde kalan, bazı zorlayıcı önlemlerin alınmayacağı anlamına gelmemektedir<sup>64</sup>.

Söz konusu Taslak hükmü de genelde geleneksel gerekçelerle, Komisyonun kendi içinde olduğu gibi, başta Birleşik Devletler, Birleşik Krallık, Japonya ve Fransa olmak üzere birçok devletin de tepkisini çekmiş ve maddenin metinden çıkartılması istenmiştir. 2000 yılında, Tasarı üzerinde çalışan özel raportör Crawford’un tavsiyesi ve çalışmaları yürüten komisyonun kabulü üzerine, devletlerin işlediği “uluslararası suç” kavramı terk edildi ve 19. madde Tasarıdan çıkartıldı. Uluslararası sorumluluk konusunun cezaya ilişkin olmaktan çıkartılması (depenalization) önceden m. 19’u savunanları bile memnun etmiştir<sup>65</sup>. Devletlere ceza sorumluluğunun yüklenmesi konusunda önemli ve öncelikli bir problem, uluslararası ilişkilerdeki mevcut sistemin bunu karşılamaya uygun olmamasıydı<sup>66</sup>. Devletlerin kavramı benimsemedeki isteksizliklerinin yanı sıra, Komisyonun suçların sonuçlarını kesin olarak belirlemede ortaya çıkan zorluklar da maddeden vazgeçilmesinde etkili olmuştur<sup>67</sup>.

UHK özel raportörü Crawford’a göre, devlet suçları meselesini geleceğe yönelik olarak çözmek ne zorunlu ne de olasıdır. Kavramı destekleyen bazı uygulamalar bulunmakla birlikte, örneğin saldırı suçu BM Şartıyla ilgili olup, bunun uygulaması da

---

fiillerin ne olduğunu açık olarak ifade edemez. (BAŞLAR Kemal, “Uluslararası Hukukta ‘Erga Omnes’ Kavramı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Ergin Nomer’e Armağan, 2002, S. 2, s. 95).

<sup>64</sup> LYSÉN Görán, State Responsibility and International Liability of States for Lawful Acts: A Discussion of Principles, Uppsala 1997, s. 77-78.

<sup>65</sup> CRAWFORD James/PEEL Jacqueline/OLLESON Simon, “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of The Second Reading”, EJIL, 2001, Vol. 12, No. 5, s. 976-977.

<sup>66</sup> BROWNLIE, Responsibility, s. 32.

<sup>67</sup> CASSESE, s. 269.

ilkel aşamadır. Şu aşamada devletin suç teşkil eden fiilleriyle ilgili tutarlı bir sistem, ikisi de eşit öneme sahip olan, hem prosedürel hem de maddî açıdan eksiktir. Tasarı hükümlerinin diğer pek çok meseleyle de ilgili olan bu boşluğu doldurma olanağı bulunmamaktadır. Aynı zamanda bunun üzerinde durmak Komisyona yapabileceğinden fazla bir yük getirmek olacağı gibi, büsbütün bir başarısızlık riski de içermektedir<sup>68</sup>.

### **b. 2001 Komisyon Tasarısındaki Düzenleme**

2001 Komisyon Tasarısının İkinci Bölüm, Üçüncü Kısımında (Part Two, Chapter III), 1996 Taslağının 19. maddesine bazı yönlerden benzerlikler içeren “genel uluslararası hukukun emredici normlarından doğan yükümlülüklerin ciddî ihlalleri” (serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law) durumu düzenlenmiştir.

2001 Komisyon Tasarısında “uluslararası hukukun emredici normları” kavramı tanımlanmamıştır ve örneklenmemiştir. Oysa kavram konusunda 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (Vienna Convention on the Law of Treaties) m. 53 hükmü şöyledir: “Bir andlaşma, yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa, batıldır. Bu sözleşme bakımından milletlerarası genel hukukun bir emredici normu, bir bütün olarak devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur<sup>69</sup>.” İşte bu tanımla belirlenebilecek böyle bir yükümlülüğün ihlali, 2001 Komisyon Tasarısı m. 40/II’ye göre, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinden sorumlu devletin ağır (gross) ve sistematik ihlallerini içeriyorsa, ciddîdir. Bir ihlalin “sistematik” oluşu, ihlalin kasıtlı ve organize şekilde ika edilmesi

---

<sup>68</sup> Doc. A/CN.4/490, Add. 3, First report of the Special Rapporteur, Mr. James Crawford (50th session) of the ILC (1998), p. 97, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/128/60/PDF/N9812860-pdf?OpenElement> (09.06.2006).

<sup>69</sup> Metnin çevirisi için bkz. GÜNDÜZ Aslan, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, İstanbul 2003, s. 184-208.

anlamına gelir. İhlâlin “ağır” olması ise, ihlâlin veya onun etkilerinin şiddetini ifade eder<sup>70</sup>.

2001 Komisyon Tasarısının 41. maddesi uyarınca, bu ihlâlleri “hukuka uygun araçlarla”<sup>71</sup> sona erdirmek için devletlere işbirliği yapma, bu gibi ihlâlleri hukuka uygun olarak tanımama ve bunların sürdürülmesine yönelik bir destek veya yardımda bulunmama yükümlülükleri getirilmiştir. Bu gibi fiilleri tanımama zaten genel uluslararası hukuku yansıtır<sup>72</sup>. Burada öngörülen işbirliğiyle ilgili pozitif yükümlülüğünün ne şekilde olduğu konusunda Tasarıda sessiz kalınmakla birlikte, Yorum Belgesinde işbirliğinin yetkili bir uluslararası örgüt, özellikle BM, çerçevesinde organize olabileceği söylenebilir. Ayrıca madde hükmüyle herhangi bir kurumsallaşma altında olmadan da işbirliği olanağı açık tutulmuştur. Neticede işbirliği yükümlülüğü salt ihlâlden ferdî olarak etkilenen devletler için getirilmiş değildir<sup>73</sup>.

Eski madde 19 yerine getirildiği söylenebilecek m. 40 ve m. 41, genel uluslararası hukukun emredici bir normunu ihlâl eden devlete ek yükümlülükler getirmemekte, ihlâlden doğrudan zarar gören devlet dışındaki devletler bakımından bazı ek sonuçlar öngörmektedir. Özetle Komisyonun uluslararası hukukun geldiği noktada eski 19. madde gibi daha geniş öneriler getirme imkânı olamamıştır. Ancak konu gelecek uygulamalara nisbeten daha belirgin hale gelebilecektir<sup>74</sup>. Daha fazlası “sorumluluğun işletilmesi” konusuna girip, çalışmamız dışına çıktığı için bu konuyla ilgili incelememizi burada bir değerlendirmeye sona erdireceğiz.

---

<sup>70</sup> 2001 ILC Commentaries, m.40, p. 8.

<sup>71</sup> Burada kullanılacak araçlar, madde metninde bir belirleme getirilmediğine göre somut olaya göre değişebilecektir. Ancak bu ifadenin, barışçı çözüm getirme yollarında bir sınırlama da olmamasına rağmen, özellikle sorumluluğun tatminkâr şekilde işletilmesi yönünde uygulama bulması gerektiğini düşünmekteyiz.

<sup>72</sup> CRAWFORD/PEEL/OLLESON, s. 978.

<sup>73</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 41, p. 2-3.

<sup>74</sup> BODANSKY/CROOK, s. 785.



### 3. Değerlendirme

Bugün için, devletlerin cezaî sorumluluğunu kabul etmek, kanımızca yerinde bir tutum olmaz. Her şeyden önce “devlet suçları” kavramı, terminoloji bakımından ağırlıklı olarak iç hukuk çağrışımı yapıp, uluslararası hukuka uyumlu değildir<sup>75</sup>. Ayrıca devlet, insan topluluğu, ülke, siyasî otorite ve egemenlik unsurlarından teşkil eden bir bütün olması sebebiyle, (ki devletin, bu unsurların toplamının ötesinde artık yeni bir bütünlük ifade ettiği de ileri sürülse) bu unsurlardan yalnızca “insan topluluğu” içinden (söz konusu suçun faili addedilecek) gerçek kişilerin cezaya muhatap olabilmesi gerekmektedir<sup>76</sup>. Devletin geleneksel sorumluluğunun işletilmesi yine saklıdır. Ancak bu ifademiz tartışmanın ve uluslararası hukuktaki gelişmelerin sürmekte olduğu gerçeğiyle birlikte düşünülmelidir.

Ayrıca yeni Tasarıda m. 19’a alternatif olarak getirilen “genel uluslararası hukukun emredici normlarından doğan yükümlülüklerin ciddi ihlalleri”ne ilişkin düzenleme de tartışmaya açık görünmekle birlikte, bu, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinden bu yana birincil yükümlülükleri etkileyebilen veya birincil yükümlülük oluşturabilen “jus cogens” kavramıyla ilgili uluslararası deneyiminin olası katkısının yanı sıra, nisbeten daha ılımlı ifadeleri dolayısıyla daha kabul edilebilir gözükmektedir. Ayrıca aşağıda konuyla doğrudan ilgisi nisbetinde aktaracağımız bazı kurum ve uygulamalar, nisbeten daha radikal bir düzenleme olan ve bir uzlaşmaya da varılamayan eski m. 19 yerine getirilen m. 40-41 hükümleri için daha uygun bir uygulama zemini oluşturabilecektir.

---

<sup>75</sup> Ancak iç hukuka dayanarak da devletlerin ceza sorumluluğunun olamayacağına ilişkin argümanlar ileri sürülebilir. Örneğin, suç ve cezanın şahsiliği ilkesi devletlerin ceza sorumluluğu bakımından engel teşkil eder. Yine, tüzel kişilerin bazı yaptırımlara ve tedbirlere mecbur edilebilmesine rağmen, ceza sorumluluğu genelde bulunmaz. Devlet tüzel kişisi için de uluslararası hukukta aynısı düşünülebilir.

<sup>76</sup> Uluslararası uygulamada da açıkça ifade edildiği gibi, uluslararası hukuka karşı suçlar soyut oluşumlar (abstract entities) tarafından değil, bireyler (men) tarafından işlenir ve sadece böyle suçları işleyen kişilerin cezalandırılması için uluslararası hukuk hükümleri uygulanabilir. (International Military Tribunal for the Trial of the Major War Criminals, judgment of 1 October 1946, reprinted in AJIL, 1947, Vol. 41, No. 1, s. 221. 2001 Komisyon Tasarısı m. 36’da düzenlenen tazminatın (compensation) niteliği ile ilgili olarak, Yorum Belgesinde, zarar gören devletin veya onun uyruklarının malî olarak (financially) ölçülebilen zararlarına karşılık geldiği belirtilmiştir. Bu bakımdan tazminat cezalandırmayla da ilgili değildir. (2001 ILC Commentaries, m. 36, p. 4).

Tasarının İkinci Bölüm Üçüncü Kısımındaki (m. 40-41) yeni düzenleme, daha çok sorumluluğun sonuçlarının düzenlendiği “Bir Devletin Uluslararası Sorumluluğunun İçeriği” başlığı altında bulunmakla, m. 19’den farklı olarak konu, sorumluluğun doğmasıyla ilgili koşulların düzenlendiği Birinci Bölüm dışında tutulmuştur. Ayrıca dikkat edilirse, düzenleme, fiilin kendisine isnad edildiği devlete değil, fiilden doğrudan zarar gören devletin de yanı sıra, diğer devletlere birtakım yükümlülükler getirmektedir<sup>77</sup>. Zaten BM amaç ve ilkeleri çerçevesinde, özellikle BM Şartının VI. ve VII. Bölümlerinin uygulanmasına yol açacak uluslararası yükümlülük ihlallerinde, devletler BM’nin organik çatısı altında hareket etme olanağı bulabilmektedir. Bunun dışında nisbeten son dönemde gelişen insani müdahale kavramı da, ilgili ilkeler ışığında meşru şekilde yerine getirildiği müddetçe, Tasarıdaki yeni düzenlemeyi destekler nitelikte kullanılabilir.

Yine Tasarıda, zarar gören devletin dışındaki bir devletin sorumluluğa başvurabilmesinin düzenlendiği m. 48’e göre, ihlâl edilen yükümlülük bu devlet de (sorumluluğa başvuran) dâhil bir devletler grubuna yönelik olarak yüklenilmiş ve grubun kolektif menfaatinin korunmasıyla ilgili ise veya ihlâl edilen yükümlülük bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yüklenilmiş ise, zarar görenden başka bir devlet uluslararası sorumluluğa başvurabilir. Böyle bir devlet, sorumlu devletten uluslararası hukuka aykırı fiile son vermesini ve bunu tekrarlamamasına ilişkin güvenceler ve garantiler talep edebilir ve zarar gören devletin veya ihlâl edilen yükümlülükten yararlanan devletlerin yararına önceki maddeler uyarınca giderim yükümlülüğünü yerine getirmesini talep edebilir. Son olarak 2001 Komisyon Tasarısı m. 53’e göre, Üçüncü Bölüm İkinci Kısımda karşı önlemlerle (countermeasure) ilgili olarak düzenlenen hükümler, m. 48 uyarınca yetkili bir devletin, ihlâlin kesilmesini veya zarar gören veya ihlâl edilen yükümlülükten yararlanan devletlerin yararına giderim elde etmeyi sağlamak için sorumlu devlete karşı hukuka uygun önlemler alma hakkına halel getirmez.

---

<sup>77</sup> 2001 ILC Commentaries, Part Two, Chapter III, p. 7.

İleride “Jus Cogens”, “Erga Omnes Yükümlülükler”, “Uluslararası Sorumluluğun Gerekmesi”, “Fiilin Uluslararası Suç Olup Olmadığına Göre Yapılan Ayrım” başlıkları altında konunun ilgili diğer boyutları yer yer değerlendirilecektir. Burada şu kadarı söylenmelidir ki, Komisyon Tasarısı m. 40 ve m. 41, BM Şartında düzenlenen veya uygulamada gelişen mekanizmaların ve Tasarıdaki karşı önlemlerle ilgili düzenlemelerin devreye sokulmasıyla hayata geçirilebilecektir. Böylece, bir devletin uluslararası toplumun genelinin menfaatlerini etkileyen ciddi ihlallerinin uluslararası sorumluluk kurumundaki karşılıkları (responses) bulunabilecektir. İleride de inceleneceği üzere uluslararası hukuk, artık devletlerin salt iki taraflı yükümlülüklerinden doğan salt iki taraflı sorumluluklar dönemiyle sınırlı olarak düşünülmemeyecek kadar gelişmişliğe ve ferdî fiillerin daha büyük etkiler doğurduğu iç içe girmiş ilişkilere ve hassasiyete sahiptir.

#### **D. Uluslararası Örgütlerin Uluslararası Sorumluluğu**

Uluslararası örgütlerin uluslararası sorumluluğunun bulunduğu, ilk başta uluslararası sorumluluk kavramından çıkmaktadır. Zira uluslararası hukuk düzeninin varlığı, kendilerine birtakım yükümlülükler getirilmiş olan süjelerin bunları yerine getirmemeleri sebebiyle sorumlu tutulmaları sonucunu da doğurur<sup>78</sup>. Uluslararası örgütlerin uluslararası alanda sorumlu tutulabilecekleri, onların uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmalarının doğal sonucu olarak, kabul edilmektedir. Zira her hakkın birtakım yükümlülükleri beraberinde getirmesi söz konusudur<sup>79</sup>. Bu bakımdan bir devletin her uluslararası hukuka aykırı fiilinin bu devletin uluslararası sorumluluğunu gerektireceğine dair 2001 Komisyon Tasarısı m. 1 hükmünü, ilgili özneyi bir uluslararası örgüt ya da bir uluslararası hukuk kişisi (international legal person) şeklinde de okumak pekâlâ mümkündür<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> ANZILOTTI, s. 340.

<sup>79</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 169.

<sup>80</sup> CRAWFORD/OLLESON, s. 446. Ayrıca bkz. McCORQUODALE Robert/DIXON Martin, Cases and Materials on International Law, Oxford 2003, s. 403.

Uluslararası örgütlerin devletlerle ve diğer uluslararası örgütlerle andlaşma yapma yetkisinin bulunması, en temel ifadesiyle pacta sunt servanda (ahde vefa) ilkesi gereğince, onların bu andlaşmalarla bağlanmasını ve bunları iyiniyetle (good faith) yerine getirmesini gerektirir. Bu ilke, 1986 tarihli “Uluslararası Örgütlerin Devletlerle ve Kendi Aralarında Yaptıkları Andlaşmalar Hakkında Viyana Sözleşmesi” (Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations) m. 26’da da açıkça belirtilmiştir<sup>81</sup>. O halde bir andlaşmadan doğan uluslararası yükümlülüklerini ihlâl eden bir uluslararası örgüt bundan sorumlu tutulabilecektir.

Uluslararası hukukun uluslararası örgütlerin faaliyetlerine uygulanabilir genel ilkelerinden doğan yükümlülüklerin ihlâli de uluslararası örgütlerin sorumluluğuna yol açabilir<sup>82</sup>. Nitekim UAD *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights* konusuna ilişkin 29.04.1999 tarihli danışma görüşünde, BM’nin veya onun yetkisi içinde hareket eden ajanlarının hukukî işlemlerinden ötürü bağışıklığı bulunmasının,<sup>83</sup> bunlardan herhangi bir zarara uğranılmasının tazmin edilmesi konusundan ayrılması gerektiğine işaret ederek, bu fiillerden dolayı BM’nin uluslararası sorumluluk taşınması (bear responsibility) gerekebileceğini belirtmiştir<sup>84</sup>.

Devlet dışında uluslararası örgütlerin sorumluluğu sorunu, BM’nin Filistin’de arabuluculuk görevini yapmakta olan memurlarının yaralanmaları ve öldürülmeleri

---

<sup>81</sup> İşbu sözleşmenin “Pacta sunt servanda” başlıklı 26. maddesi şöyledir: “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.”, Sözleşme metni için bkz. [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_2\\_1986.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf) (20.03.2006).

<sup>82</sup> CRAWFORD/OLLESON, s. 446.

<sup>83</sup> 1946 tarihli “BM’nin Ayrıcalık ve Bağışıklıkları Hakkında Sözleşme” (Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations) m. VIII-Section 29’a göre, BM, kendisinin de bir tarafı olduğu sözleşmelerden (contracts) doğan uyuşmazlıkların ve diğer özel hukuk nitelikli uyuşmazlıkların çözümü için uygun tedbirleri almalıdır. Yine m. VIII-Section 30’a göre, böyle bir sözleşmenin yorumlanması veya uygulanması üzerine çıkan bütün anlaşmazlıkların, taraflar arasında herhangi bir başka çözüm yöntemi öngörülmemişse, UAD’a havale edileceği hükmü getirilmiştir. Sözleşme metni için bkz. [http://www.un.int/usa/host\\_p-i.htm](http://www.un.int/usa/host_p-i.htm) (20.03.2006). Bu bakımdan, BM’ye karşı ileri sürülen iddialarla ilgili olarak ulusal yargı organlarının yetkisinin bulunmadığı açıktır. Ancak, BM’nin değerlendirmesi ya da UAD’ın vereceği görüş veya karar üzerine, bu evrensel nitelikli Örgütün sorumluluk alması gerekebilecektir.

<sup>84</sup> ICJ Reports 1999, p. 66, <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/inuma/inumafame.htm> (11.02.2006).

üzerine, istenen danışma görüşüyle UAD'ın gündemine gelmiştir. Divan, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi)* konusuna ilişkin 11.04.1949 tarihli danışma görüşünde, sorumluluğun yalnız devletler arasında değil, bir devletle bir uluslararası örgüt arasında bir hukukî münasebet olarak da ortaya çıkabileceğini belirtmiştir<sup>85</sup>.

Uluslararası örgütlerin sorumluluğu pozitif hukukta da kimi andlaşmalarda belirtilmektedir. Bunlardan bazıları uluslararası örgütlerin kurucu andlaşmalarında<sup>86</sup>, bazıları da öteki uluslararası andlaşmalarda yer almaktadır<sup>87</sup>.

Uluslararası örgütlerin sorumluluğu, gerek organlarının gerek onlar adına görev yapan kişilerin fiilleri sebebiyle ortaya çıkabilecektir. Uluslararası hukukta sorumluluk bakımından uluslararası örgütün organları arasında bir ayırım yapılmamıştır. Böylece, ister bir karar organı olsun isterse bir yürütme veya yönetme yetkileriyle donatılmış bir organ olsun veyahut bir “operasyonel organ”<sup>88</sup> söz konusu olsun, uluslararası örgüt adına yaptıkları fiiller dolayısıyla örgütün sorumluluğuna yol açabileceklerdir<sup>89</sup>.

Uluslararası örgütlerin ve devletin sorumluluğu konularında sebep, amaç, dayanak yönlerinden bir fark bulunmamakla birlikte, uluslararası örgütlerin “*kendine*

---

<sup>85</sup> Bkz. MERAY Seha, “Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Cismanî Zararların Tazmini Meselesi”, AÜSBFD 1954, (BM Hizmetinde Uğranılan Zarar), s. 127 vd.; ÇELİK Edip, Milletlerarası Mesuliyet, İÜHF, 1957, C. XXI, S. 1-4, (Mesuliyet), s. 67.

<sup>86</sup> Örneğin, AT'nin Kurucu Andlaşması m. 215'te, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunun Kurucu Andlaşması m. 40'ta, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğunun Kurucu Andlaşması m. 188'de, üye devletlerin hukuklarının ortak genel ilkelerine uygun olarak, uluslararası sorumluluklarının bulunduğunu genel bir biçimde kabul etmektedir. (Bkz. PAZARCI, Dersler III, s. 169).

<sup>87</sup> Örneğin, 1967 tarihli “Uzayın Araştırılması ve Kullanımında Devletlerin Faaliyetlerini Yönetecek İlkelerle İlişkin Andlaşma” (Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies) m. 6'da, 1972 tarihli “Uzay Cisimlerinin Neden Olduğu Zararlar Konusunda Uluslararası Sorumluluğa İlişkin Sözleşme” (Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects) m. 22'de (bu iki Sözleşme için bkz. <http://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE11E.pdf> (20.03.2006)), 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi (UNCLOS) m. 139'da, m. 263'de ve m. 305 hükmünün göndermesiyle Ek IX m. 6'da (bkz. [http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/closindx.htm](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/closindx.htm) (20.03.2006)) yer alan düzenlemeler uluslararası örgütlerin sorumluluğunu öngörmektedir.

<sup>88</sup> Örneğin, BM Barış Gücü, Afrika Birliği Barış ve Güvenlik Konseyi.

<sup>89</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 413-414.

özgü nitelikleri”<sup>90</sup> dolayısıyla sorumluluğunun ayrı bir inceleme konusu olması gerektiği BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından takdir edilmiş ve Komisyon uluslararası örgütler bakımından sorumluluğa ilişkin bir tasarı çalışmalarına ancak, 2001’de “Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu”na ilişkin Tasarıya son hâlini verdikten sonra geçebilmiştir. Komisyon, bu konudaki ilk raporunu 2002 yılında vermiştir<sup>91</sup>. UHK’nin 2005 yılında konuyla ilgili verdiği son raporunda ilk 16 madde oluşturulmuş durumdadır. Bu Taslak maddelerinin kapsamının öngörüldüğü Taslağın 1. maddesine göre, uluslararası örgütlerin uluslararası hukukta hukuka aykırı olan fiilleri için uluslararası sorumluluğuna uygulanır. Yine m. 1/2’ye göre, bu taslak hükümleri, bir uluslararası örgütün bir uluslararası hukuka aykırı fiili için devletin sorumluluğuna uygulanır. Bu madde hükmü aslında 2001 Komisyon Tasarısı m. 57’nin bir yansıması niteliğindedir. 2001 Komisyon Tasarısı m. 57’ye göre, bu maddeler (devletin sorumluluğuna ilişkin maddeler), bir uluslararası örgütün veya bir devletin bir uluslararası örgütün fiili için uluslararası hukuktaki sorumluluğu meselesini etkilemeyecektir.

## **E. Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Olmayan Fiillerinden Dolayı Uluslararası Sorumluluğu**

### **1. Genel Olarak**

2001 Komisyon Tasarısının 1. maddesine göre “Bir devletin uluslararası hukuka aykırı her fiili bu devletin uluslararası sorumluluğunu gerektirir.” Buradan anlaşılan devletin sorumluluğu için yeterli koşul devletin bir hukuka aykırı fiilinin varlığıdır. Hukuka aykırı fiilin, kusur unsuruyla bir arada bulunması gerekip gerekmediği konusunda Komisyon sessiz kalarak, kusuru uluslararası sorumluluğun doğması için

---

<sup>90</sup> Bu nitelik farkının olağan olduğuna, *BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi* konusunda UAD’ın 1949 tarihli danışma görüşünde, “Bir hukuk düzeni içinde, nitelikleri ya da haklarının genişliği bakımından, hukuk kişileri zorunlu olarak aynı değildir; onların nitelikleri toplumun gereksinimlerine bağlıdır.” şeklinde işaret edilmiştir. (PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 139).

<sup>91</sup> Bu belge için bkz. Doc. A/57/10, Report of the ILC on the work of its fifty-fourth session (2002), General Assembly Official Records Fifty-seventh session, Supplement No. 10, Chapter VIII, <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2002/2002report.htm> (13.03.2006).

koşul saymamıştır. Ancak kusurun nitelik değiştirerek ve ayrıca sorumluluğun belirli noktalarında da aranarak varlığını sürdürdüğünü söyleyebiliriz. Bu konuyu ileride, “Kusur” başlığı altında ele alacağız. Ancak burada, uluslararası hukuka aykırı olmayan, başka bir ifadeyle herhangi bir uluslararası hukuk kuralıyla yasaklanmamış ancak, uluslararası hukuk kişilerine hiçbir yükümlülük getirmediği de söylenemeyecek olan bir konuda yapılan bir faaliyetten zarar meydana gelmesi hâlinde sorumluluğun ne olacağı, zararın karşılanmasının gerekip gerekmeyeceği konusunu UHK’nin çalışmaları çerçevesinde inceleyeceğiz.

Sorumluluk da bir tür yükümlülüktür ve bu faaliyetlerden bir zarar doğması durumunda, burada en azından bir sorumluluk üstlenme yükümlülüğünün bulunduğu söyleyebiliriz. Sorumluluğa yol açabilen bu faaliyetler uluslararası toplumu sınır aşan nitelikleri dolayısıyla ilgilendirmektedir.

Uluslararası hukukta sürdürülebilir kalkınma (sustainable development) açısından dikkat edilmesi gereken bir konu, özellikle çevrenin korunması ile ilgili olarak faaliyetlerin zararlı veya riskli sonuçları bakımından sorumluluk düzenlemeleridir. Bununla beraber devletler çevresel zararlar için, örneğin 1986 Çernobil olayında, diğer devletlere karşı iddialar getirmekte isteksiz görünmektedir. Hâlbuki bu faaliyetlerle ilgili önemli bir hukukî temel bulunmaktadır<sup>92</sup>.

UHK uluslararası hukuka aykırı fiilden doğan sorumluluğun yanında belirli hukuka uygun (lawful) faaliyetlerin yerine getirilmesinden doğan mutlak sorumluluğunun da tanınmasının önemine dikkat çekmiştir. Tamamen farklı olan bu iki sorumluluk kategorisinin birbiriyle ilişkilendirilmemesi gereği belirtilmiştir. Bu sebeple bu ikinci konu sonraki bir çalışma olarak ertelenecektir<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> WALLACE, M.M. Rebecca, International Law-A Student Introduction, London 1997, s. 203-204.

<sup>93</sup> Bkz. Doc. A/CN.4/220, Report of the ILC on the work of its twenty-first session, 2 June - 8 August 1969, Official Records of the General Assembly, Twenty-fourth Session, Supplement No. 10 (A/7610/Rev.1), Chapter IV, p. 83, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_220.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_220.pdf) (21.05.2006).

UHK özel raportörü tarafından konuyla ilgili olarak verilen ilk raporda ayrımın neden kaynaklandığı net olarak belirtilmiştir. Buna göre, hukuka aykırı fiilden ve hukukun yasaklamadığı fiillerden doğan yükümlülükler arasındaki genel zıtlıktan kaynaklanmaktadır. Raportöre göre konu her zaman için insan faaliyetlerinin sebep olduğu ve modern endüstrinin ve teknolojinin genişlettiği çevresel tehlike (environmental hazard) konusuyla birlikte tartışılmıştır<sup>94</sup>. Komisyonun uluslararası hukukun yasaklamadığı fiillerin zararlı sonuçlarıyla ilgili çalışması, bir yandan uluslararası çevre hukukunun geliştirilmesi ve kodifikasyonu üzerine bir girişim niteliğinde de olmuştur<sup>95</sup>.

Devletin hukukça yasaklanmayan fiillerinden ötürü risk sorumluluğu (liability for risk) ile devletin hukuka aykırı fiillerinden doğan sorumluluğu (responsibility) konuları birbirlerinden hukukî nitelik olarak farklı olsalar da, aynı terimlerle de ifade edilebilmiştir<sup>96</sup>. Komisyonun ilk önce terim konusunda çeşitli tercihleri olabilmekte birlikte, sonradan bir yükümlülüğün ihlâlini gerektiren durumlar için “responsibility” ve hukuka uygun olan veya hukuka aykırı olmayan faaliyetler bakımından “liability” terimini kullanmayı benimsemiştir<sup>97</sup>. Andlaşmalarda ve yargısal uygulamada terimler çeşitli şekillerde kullanılabilmiştir. Yaygın kullanımlardan birinde, “responsibility” devletin yükümlülüklerine ve “liability” yükümlülüğün ihlâlinden doğan sonuçlara gönderme yapmaktadır<sup>98</sup>. Bir diğer kullanımda, “liability” terimiyle özel hukuktaki

---

<sup>94</sup> Doc. A/CN.4/334 and ADD.1 and 2, Preliminary report on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law, by Mr. Robert Q. Quentin Baxter, Special Rapporteur, p. 4, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_334.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_334.pdf) (21.05.2006).

<sup>95</sup> BOYLE Alan E., “State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?”, ICLQ, January 1990, Vol. 39, No. 1, s. 4. Ayrıca eş zamanlı olarak Komisyonun uluslararası çevrenin korunması konusunu da içeren bir kodifikasyon çalışması da mevcuttur. Bkz. 1997 tarihli “Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna Dair Sözleşme” (Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses), [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8\\_3\\_1997.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf) (21.05.2006). Bu son konu için genel olarak bkz. AKTAŞ ACABEY Münevver, Sınırşan Sular (Hukukî Rejim, Dicle-Fırat ve Türkiye’nin Diğer Sınırşan Suları), İstanbul 2006.

<sup>96</sup> TUNKIN, s. 381.

<sup>97</sup> Bkz. Komisyon üyesi Mr. Kearney’nin görüşleri, YILC 1973, Vol. I, Summary Records of The Twenty-Fifth Session, 1243rd Meeting (06.07.1973), p. 37, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1973\\_v1\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1973_v1_e.pdf) (21.05.2006).

<sup>98</sup> Örneğin, 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 139, 235 ve 263’te “responsibility” ve “liability” terimlerinin kullanımı bu yöndedir.



yükümlülüklerimize gönderme yapılır ve “responsibility” ise uluslararası kamu hukukunda devletin yükümlülüklerini belirtir. Bu şekilde “liability”, petrol kirliliği ve nükleer zarar gibi konuların ve özel işletmecilerin veya devletin yarı-işletmeci olduğu durumlarda diğer devletlere verilen zararlar için iç hukukta sorumluluğun düzenlendiği anlaşmalarda kullanılan terim olmuştur<sup>99</sup>. Komisyon “liability” terimini, salt yükümlülüğün sonuçları anlamında değil, daha çok yükümlülüğün kendisi ve “responsibility” terimi gibi yükümlülüğün sonuçlarını içerir şekilde kullanmaktadır<sup>100</sup>.

Konu UHK'nin gündemine 1978 yılında “uluslararası hukukun yasaklamadığı fiillerden doğan zararlı sonuçlardan uluslararası sorumluluk” başlığı altında çalışma programına alınmasıyla dâhil olmuştur. Komisyon 1992’de konuya dair çalışmalarını aşamalı olarak incelemeye, ilk aşamada sınır aşan zararın önlenmesini, daha sonra da düzeltici önlemlerle (remedial measures) devam etmeye karar vermiştir. 1996’da konuyu bütün yönleriyle değerlendirmek,<sup>101</sup> 1997’de de bu konudaki çalışmalarını nasıl sürdüreceği sorununu ele almak üzere bir çalışma grubu kurulmuştur. 1997’de kurulan grup, 1978’den beri yapılan çalışmaları gözden geçirmiş ve konunun, içerik ve kapsam bakımından taşıdığı kavramsal ve teorik güçlükler, başlığın uygun olmaması ve devletin sorumluluğu konusuyla ilişkisi gibi sebeplerden ötürü açık olmadığı sonucuna varmıştır. Komisyon bu konuda iki meseleye temas etmiştir: “önleme” ve “uluslararası somut olayda sorumluluk”. Bu iki mesele birbiriyle ilişkili olmasıyla birlikte, birbirinden ayrı sorunlardır. Dolayısıyla bundan sonra söz konusu meselelerin ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır. Böylece önce meselesinin bir alt başlığı olarak “Tehlikeli Faaliyetlerden Sınır Aşan Zararın Önlenmesi” (Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities) sorununa yer verilmiş ve 2001’de bu konu hakkında bir taslak hazırlanmıştır<sup>102</sup>. Komisyonun 2002 yılında oluşturduğu çalışma grubu, “Tehlikeli

---

<sup>99</sup> Bkz. BOYLE, s. 9.

<sup>100</sup> Doc. A/CN.4/334 and ADD.I and 2, p. 12.

<sup>101</sup> Bu grubun hazırladığı rapor, önleme ilkesi ile tazminat ve diğer hukukî başvuru yollarına dair konunun tamamına değinmektedir. Bkz. Doc. A/51/10, Annex I, s. 100-132.

<sup>102</sup> Bkz. TÛTÛNCÛ Ayşe Nur, Milletlerarası Hukuk Komisyonunun 53. Oturumunda Kabul Edilen 2001 Tarihli Taslak Çerçevesinde Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınır Aşan Zararın Önlenmesi Sorununa Bir Bakış, MHB, 2002, S. 2, (Sınır Aşan Zararın Önlenmesi), s. 892. İlgili Taslak metni için bkz. [http://untreaty.un.org/ilc/texts-instruments/english/draft%20articles/9\\_7\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts-instruments/english/draft%20articles/9_7_2001.pdf) (22.05.2006).

Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınıraşan Zararlardan Uluslararası Sorumluluk” (International Liability in Case of Loss from Transboundary Harm Arising Out of Hazardous Activities) konusunu ele almaya başlamıştır. Çalışma halen sürmektedir. Görüldüğü gibi konu, “Uluslararası Hukuka Göre Yasaklanmış Olmayan Fiillerden Doğan Zararlı Sonuçlar için Uluslararası Sorumluluk” (International Liability for Injurious Consequences arising out of Acts not Prohibited by International Law) olup, 1997’de Komisyonun kararıyla iki temel başlık altında incelenmektedir.

Meydana gelen zarar tazminat ile tam olarak önceki duruma dönülmesini genellikle sağlayamaz. Bu bakımdan Komisyon’un konuyla ilgili verdiği 2001 Tasarısındaki temel amacını da ortaya koyar şekilde, önleme siyasetinin, zararı giderme kurumundan daha iyi olduğu söylenmelidir<sup>103</sup>.

## **2. Bu Sorumluluğun Hukukî Dayanağı**

Uluslararası sorumluluğun dayanağı, ulusal hukuk sistemlerinde bilinen sorumluluk modelleri uluslararası hukuka uymadığı için, çok çeşitli olabilmektedir. Bu bakımdan uluslararası sorumluluk için bütün durumlara uygulanabilir bir dayanak bulmak mümkün olmamıştır<sup>104</sup>. UHK’nin, çalışmasında, devletin geleneksel anlamda sorumluluğundan başka bu tarz bir sorumluluk ayırımına gitmesi, aslında uluslararası sorumluluğun dayanağının ne olduğuna ilişkin süregelen tartışmanın ve uygulamada değişik dayanak noktalarından sorumluluğun doğmasına örneklerin bulunmasının pozitif düzlemdeki yansımaları niteliğindedir. Nitekim bu yeni sorumluluk türü bir uluslararası hukuka aykırı fiile dayanmamaktadır.

Kusur teorisinin uluslararası hukukta bir bakıma artık kabul görmemesi, uluslararası hukukta sorumluluğun “risk” esasına dayandığı sonucunu göstermez. Risk sorumluluğu ya da mutlak sorumluluk (absolute liability) teorisinde, uluslararası sorumlulukta “hukuka aykırı fiil” koşul olarak aranmadığı için, bunun, incelemekte

---

<sup>103</sup> Bkz. TÛTÛNCÛ, Sınır Aşan Zararın Önlenmesi, s. 889-890.

<sup>104</sup> JENNINGS/WATTS, s. 509. Uluslararası sorumluluğun dayanağı konusu ileride ayrıca incelenecektir.

olduğumuz “hukuka aykırı fiil” esasına dayanan sorumluluktan farklı sonuçları olabilecektir. Bu bakımdan mutlak sorumluluk, hukuka aykırı fiile dayanan sorumlulukta kusurun bir zorunlu koşulu olarak sayılmaması durumundan daha ileri gitmektedir. İlk teorilere dayanan devletin sorumluluğu (liability of state), hukuka aykırı olmayan ancak ciddî risk oluşturan, uzay faaliyetleri, nükleer faaliyetler gibi, belirli faaliyetlerin yapılması dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Tehlikeli (hazardous) veya aşırı tehlikeli (ultra-hazardous) faaliyetlere özgü olan üçüncü kişiler için risk derecesi ve bu faaliyetlerden kaynaklanan zararın kapsamı, sonuçları bakımından katı (strict) ve mutlak (absolute) sorumluluk (liability) kavramının kabulüne yol açmıştır. Ancak “risk” ilkesi, genel bir sorumluluk ilkesi olmayıp, sadece uluslararası anlaşmalarla önceden ve açıkça belirlenen koşullarda ve durumlarda uygulanır<sup>105</sup>.

Uluslararası hukukun yasaklamadığı bir faaliyetten doğan sorumluluğun normatif dayanağı, belirttiğimiz gibi genelde bir uluslararası anlaşmadır. Ancak bunun dışında bu sorumluluk türünü özellikle bir hukukun genel ilkesine dayandırma yönünde eğilimler de ortaya çıkmıştır. Ancak bu iddialardan bir netice alınamamasının yanı sıra hem kullanılan terimlerde hem de hukukî kaynakların ele alınması konusunda birçok karışıklık da ortaya çıkmıştır. Ayrıca uluslararası yargı ve hakemlik uygulaması da konuyla ilgili genel bir tutarlılık gösterememiştir. Sınır aşan zararın tazmin edilmesinin temelde “hakkın kötüye kullanılması”, “risk teorisi”, “sebepsiz zenginleşme” gibi ilkelere dayandığı ileri sürülebilmektedir. Bunların ayrıntılarına çalışmamızda girmemekle birlikte, hiçbiri için de bütün durumları kapsayabilen bir hukukun genel ilkesi niteliğinin tartışmasız şekilde atfedilemediğini söylemeliyiz. Ancak özel olarak sebepsiz zenginleşme durumlarında genel olarak, ihlâlinin devletin uluslararası sorumluluğunu gerektiren bir yasak bulunduğu dikkat çekilmelidir<sup>106</sup>.

Bazı yazarlar bir devletin, yargılama yetkisi içinde kalan alanlarda, diğer ülkelere karşı hiçbir çevresel (environmental) zarar verilmemesini garanti etmek zorunda olduğu dile getirilmiştir. Bu görüş, çevre açısından mutlak bir sorumluluk sistemi

---

<sup>105</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 351.

<sup>106</sup> Bkz. LYSÉN, s. 149-158. Ayrıca bkz. POYRAZ, s. 129-132.

yüklenmesinden doğmaktadır. Zira bu teoriye göre, bir devlet, yargılama yetkisi içinde yapılmakta olan bir “kirletici faaliyet”ten (polluting activity), onun aldığı önlemlere de bakılmaksızın, sınır aşan (transfrontier) kirlilik dolayısıyla bütün durumlarda zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Burada devlet tarafından gösterilen “özen” (diligence) değerlendirmeye katılan bir unsur değildir, sadece bir devletin yargılama yetkisi dışında objektif olarak bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir<sup>107</sup>.

Örf ve âdet kurallarına göre bir devletin sınır aşan kirlilik dolayısıyla uluslararası sorumluluğu, eğer bu devletin kendisi bir zarara sebep olmamışsa ya da eğer zarara özel işletmeciler sebep olmuşsa, ancak devletin bu zararın ortaya çıkmasını önlemek için gerekli ve uygun önlemleri almışsa sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu hukukî durum ispat konusuyla ilgili bazı zorluklar içereceğinden bazı özel düzenlemeler, bir devletin diğer devletlere karşı onların ülkesine veya çevresine zarar veya sınır aşan kirletme yaratabilecek belirli özel faaliyetleri yetkilendirmeden önce alması gereken önlemleri ve teknik koşullar hakkında devletin yükümlülüklerini belirlemede devreye girmektedir<sup>108</sup>.

Yine bir diğer öneri, devletlerin topraklarına ve çevrelerine olağandışı risk (exceptional risk) oluşturan ve önemli zararlar (considerable damage) veren tehlikeli faaliyetler için devletin mutlak sorumluluğu üzerine genel bir sözleşme kurulması yönünde olmuştur. Ancak bu yaklaşım, her bir somut olaya uygulanabilir “dangerous veya ultra-hazardous activity”, “exceptional risk” ve “considerable damage” gibi

---

<sup>107</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 352. Bu yönde, BM'nin insan çevresi üzerine 1972 tarihli Stockholm Deklarasyonunun (Declaration of The United Nations Conference on The Human Environment) 21. ilkesine göre, “Devletler, BM Şartı ve uluslararası hukuk ilkeleri uyarınca, kendi çevre politikalarına uygun olarak kendi kaynaklarını kullanma konusunda egemen bir hakka ve onların yargılama yetkisi veya kontrolü altındaki faaliyetlerin, diğer devletlerin veya ulusal yargılama yetkisi sınırlarının ötesindeki alanların çevresine zarara meydan vermeme sorumluluğuna sahiptir.” Metin için bkz. [http://www.univie.ac.at/RI/KONTERM/intlaw/konterm/vrkon\\_en/html/doku/stockhol.htm](http://www.univie.ac.at/RI/KONTERM/intlaw/konterm/vrkon_en/html/doku/stockhol.htm) (04.04.2006). Ancak, bu ilkenin, devletin sorumluluğunu yöneten genel ilkeler ve uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları çerçevesinde düşünülmesi ve uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. (Bkz. JIMÉNEZ/TANZI, s. 352). Bu yönde uluslararası hukuka pozitif belgelerde yapılan göndermeler için BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m.139/2 ve m. 235/1 zikredilebilir. İlkine göre, “Milletlerarası hukuk kurallarına ve ... hükümlerine hâle gelmemek üzere, bir taraf devletin veya milletlerarası teşkilatın bu Kısımdan doğan sorumlulukları yerine getirmemesi yüzünden sebep olunan zarar, hukukî sorumluluğu gerektirir...” Belirtilen diğer maddeye göre, devletler, “milletlerarası hukuka uygun şekilde sorumluluk taşıyacaklardır.” (Metin için bkz. GÜNDÜZ, s. 357-446).

<sup>108</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 352.

kavramları belirlemede önemli zorluklar göstermektedir<sup>109</sup>. Bununla birlikte UHK, hukuka aykırı fiillere dayanan sorumluluğun yanı sıra hukukun yasaklamadığı belirli faaliyetlerin yapılmasından doğması muhtemel zararlar için sorumluluk konusunun önemini vurgulamış ve ayrı bir konu olarak ele almıştır. Zira bu konular farklı temellere dayandığı gibi bunları yöneten kurallar da farklıdır. Bu bakımdan bu iki konuyu birlikte incelemek, onların anlaşılmasını güçleştirmekten başka bir şeye yaramayacaktır<sup>110</sup>.

Uluslararası toplumda önemi giderek artan bir konu olan sınır aşan zararlardan doğan sorumluluk konusunda devletlerin genel bir ilke benimsemedikleri gerçeğinin yanında, anlaşılacağı üzere bazı andlaşmaların ve hatta örf ve âdet kurallarının varlığından bahsedilmelidir. O halde devletler, tam bir serbestlik içinde faaliyet gösterme durumunda değildirler. Onların faaliyet serbestilerini sınırlayan, ihlâl edilmesi durumunda sorumluluklarını gerektiren davranış standartları bulunmaktadır<sup>111</sup>. Genel olarak devletin egemenliği düşünceleri, devletlerin fiilleri için onlara mutlak bir sorumluluk yüklenmesi konusundaki temel itiraz sebeplerinden birisi olsa da, özellikle tehlikeli faaliyetlere ilişkin alanlarda mutlak sorumluluk belirli uluslararası andlaşmalarla tartışmasız olarak kabul edilmiştir. Mutlak sorumluluğun açıkça öngörüldüğü alanlar şunlardır: i) nükleer enerjinin barışçı kullanımı<sup>112</sup>; ii) denizlerin hidrokarbürlerler kirlenmesi; iii) uzay araçlarının neden olacağı zararlar<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 353.

<sup>110</sup> Doc. A/9010/Rev.1: Report of the ILC on the work of its twenty-fifth session (7 May-13 July 1973), s. 169, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1973\\_v2\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1973_v2_e.pdf) (27.03.2006).

<sup>111</sup> LYSÉN, s. 159.

<sup>112</sup> Bu konudaki Sözleşmeler baştan devletin sorumluluğunu değil, uygulanabilir iç hukuk bakımından özel sorumluluğu düzenlemektedir. (JIMÉNEZ/TANZI, s. 352).

<sup>113</sup> JENNINGS/WATTS, s. 509; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 404. Örneğin, 1972 tarihli Uzay Cisimlerinin Neden Olduğu Zararlar Konusunda Uluslararası Sorumluluğa İlişkin Sözleşmesi m. 2'de, "Fırlatan Devlet, kendi uzay cisminin yeryüzünde ve uçuş halindeki uçaklara verdiği zararlardan dolayı tazminat ödenmesinden mutlak olarak sorumlu (absolutely liable to pay compensation) olacaktır." hükmüyle spesifik bir mutlak sorumluluk durumu düzenlenmiştir. Sözleşme metni için bkz. <http://www.unoosa.org/pdf/publications/STSPACE-11E.pdf> (04.04.2006). Ayrıca, ismen zikredilen bu sözleşmeler için bkz. PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 404, dn. 936-938. Ayrıca bkz. JIMÉNEZ/TANZI, dn. 13; JENNINGS/WATTS, s. 510-511; LYSÉN, s. 137-145; POYRAZ, s. 124, dn. 521.

Bu yönde hükümler getiren andlaşmalardan bazıları şunlardır: 29.07.1960 tarihli Nükleer Alanda Hukuksal Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi<sup>114</sup>; 21.05.1963 tarihli Nükleer Zararlar Dolayısıyla Hukukî Sorumluluğa İlişkin Viyana Sözleşmesi<sup>115</sup>; Paris ve Viyana Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokol<sup>116</sup>; 29.11.1969 tarihli Denizlerin Hidrokarbürlerden Kirlenmesi Konusunda Hukuksal Sorumluluk Sözleşmesi; 17.12.1976 tarihli aynı konuda Avrupa Sözleşmesi; 29.03.1972 tarihli Uzay Cisimlerinin Neden Olduğu Zararlar Konusunda Uluslararası Sorumluluğa İlişkin Sözleşme<sup>117</sup>.

İşte burada UHK'nin "Tehlikeli Faaliyetlerden Sınır Aşan Zararın Önlenmesi" konulu 2001 Tasarısı bu tür faaliyetler bakımından genel olarak birincil yükümlülük niteliğinde bir düzen getirmekte ve Komisyonun ele almaya başladığı "Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınıraşan Zararlardan Uluslararası Sorumluluk" konusu bu tür faaliyetlerden doğan zararlarla ilgili genel sorumluluk ilkelerini (ikincil yükümlülükleri) düzenleme yönünde bir çalışma olarak önem taşımaktadır.

## **F. Devletler ile Yabancı Özel Hukuk Kişileri Arasındaki Sözleşmelerin İhlallerinden Doğan Sorumluluk**

### **1. Genel Olarak**

UHK'nin devletin sorumluluğu üzerine çalışmasına başladığı dönemde konu, genel olarak yabancıları korunması ve özellikle yabancı sermaye ile ilgili kurallar çerçevesinde düşünülmekteydi. O dönemde yabancı yatırımcıların iddialarının uyuğu oldukları devletler vasıtasıyla, yani diplomatik koruma yoluyla, getirilmesi söz konusudur. Ancak son yirmi yılda artan bir şekilde yabancı yatırımcılar iddialarını uyuşmazlık çözüm organlarına doğrudan getirmeye başladı. Özellikle "Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez" (The International Centre for

<sup>114</sup> Türkiye Sözleşmeye taraf devletlerden biridir. (Bkz. RG, 13.05.1961, S. 10806). Bu Sözleşme, 1964, 1982 ve 2004 tarihli ek protokollerle yenilenmiştir. Türkiye, daha önceki Protokolleri uygun bulma kanunuyla onaylamakla birlikte (sırasıyla bkz. RG, 13.06.1967, S. 12620; RG, 23.05.1986, S. 19115) 2004 Protokolünü imzalamış ancak, henüz onaylamamıştır.

<sup>115</sup> Türkiye görüşmelere katılmakla birlikte Sözleşmeyi imzalamamıştır. (Bkz. POYRAZ, s. 159, dn. 668).

<sup>116</sup> Türkiye tarafından uygun bulma kanunuyla onaylanmıştır. (Bkz. RG, 06.11.2005, S. 25985).

<sup>117</sup> Türkiye tarafından uygun bulma kanunuyla onaylanmıştır. (Bkz. RG, 04.05.2004, S. 25452).

Settlement of Investment Disputes) (ICSID) devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıkların isteğe bağlı çözümü için bir mekanizma sağlamaktadır. ICSID'e taraf olan devletler (15.12.2003 itibariyle bu sayı 143'tür.)<sup>118</sup> ICSID hakemliğine veya uzlaştırmasına izin veren iç hukuk düzenlemelerine gitmiştir<sup>119</sup>. Bu mekanizmayı ve devletin özel hukuk kişileri ile giriştiği andlaşmaları ihlâllerinden doğan sorumluluklarında uluslararası hukukun uygulanabilen ilkelerini aşağıda genel olarak inceleyeceğiz.

Uygulamada devletler ile özel taraflar (private parties) arasında ticari (commercial) ilişkiler içeren durumların çoğu iki taraflı anlaşmalar (bilateral agreement) içine girer. Bu düzenlemelerle hem sermaye ithal (capital-importing) eden hem de sermaye ihraç eden (capital-exporting) devletlerin temel menfaatlerini koruyarak yatırımın teşvik edilmesi planlanır. Ayrıca ikili andlaşmalar aracılığıyla uluslararası hukukta uygulanabilir standartlar oluşturulması sağlanabilir<sup>120</sup>.

Bir devlet ile bir yabancı özel hukuk kişisi arasındaki sözleşmeler (contracts) kural olarak buradaki devletin iç hukukuna göre yürütülür. Ancak ilk başta devlet, eğer yabancıya ileri sürdüğü bir iddiayla ilgili çözüm aramak için etkili bir iç başvuru olanağı tanımamışsa, devletin uluslararası sorumluluğu söz konusu olabilecektir<sup>121</sup>.

Tüzel kişilerin, gerçek kişiler gibi, bir uyrukluğa bulunmaktadır. Faaliyetleri ne kadar uluslararası olursa olsun, tüzel kişilerin bir uyrukluğunun bulunması gerekmekte olup, uluslararası hukuk bu konudaki yetkiyi devletlerin iç hukuklarına bırakmaktadır. Ulusal hukukun düzenleyiciliği burada gerek tüzel kişilerin hukukî statüleri gerek faaliyetleri bakımından söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, çok uluslu

---

<sup>118</sup> İlgili metinler ve genel tanım için bkz. Doc. ICSID/15, Nisan 2006, ICSID Convention, Regulations and Rules, [http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/CRR_English-final.pdf) (29.05.2006).

<sup>119</sup> WEISS Brown, "Invoking State Responsibility in The Twenty-first Century", AJIL, 2002, Vol. 96, s. 812.

<sup>120</sup> Bkz. SHAW Malcolm N., International Law, Cambridge 2001, s. 580-581.

<sup>121</sup> WALLACE, s. 189.

(multinational) ya da uluslar-ötesi ticaret ortaklıklarının ticari faaliyetlerinin uluslararası düzeyde düzenlenmesi, fiilen kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır<sup>122</sup>.

Uluslararası nitelikli ticaret ortaklıklarıyla ilgili olarak uluslararası hukukta ortaya çıkan önemli sorunlar arasında, ortaklıkların devletlerle yaptıkları sözleşmelerin hukukî nitelikleri, bunlardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde yetki, usûl ve sorumluluk kuralları sayılabilir.

Bu sözleşmelerin bilinen ilk örneği 1933'te İran ile bir İngiliz ortaklığı olan Anglo-İranean Oil Company arasında imzalanan petrol sözleşmesiyle ve sonraki benzer sözleşmelerle bir tarafın devlet diğer tarafın başka devletin uyuşunda bir tüzel kişi olduğu sözleşmeler bakımından birtakım yenilikler getirilmektedir. Bu yeniliklerden ilki, taraflar arasında sözleşmenin yorumuna ve uygulanmasına ilişkin olası uyuşmazlıklarda, sözleşme hükümleri dışında uygulanacak hukuk kurallarının (proper law; applicable law), hukukun genel ilkeleri ve hatta uluslararası hukuk kuralları olacağını belirlenmiş olmasıdır. Oysa geleneksel uluslararası hukukta bu tür özel sözleşmelerin, uluslararası özel hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümlenmesi gerekmekte olup, neticede bir devletin ulusal hukukunun uygulanması yoluna gidilmektedir<sup>123</sup>. Nitekim örneğin, *Payment of Various Serbian Loans Issued in France Davası*na ilişkin 12.07.1929 tarihli kararında USAD, ödünç alan devlet ile (yabancı) özel kişiler arasındaki ilişkileri, iç hukuk alanına giren ilişkiler olarak değerlendirmiştir<sup>124</sup>. Yine daha açık bir ifadeyle, devletlerin uluslararası hukuk kişileri olarak yetkileri içinde ve aralarında yapmadıkları sözleşmelerin dayanağının bir ülkenin iç hukuku olduğunu belirtmiştir. Ayrıca burada meselenin uluslararası özel hukuk veya yasaların çatışması öğretisine göre tanımlanacağı belirtilmiştir. Divana göre, bir egemen

---

<sup>122</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 227–228; PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri II, Ankara 2005, (Dersler II), s. 221.

<sup>123</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 228; PAZARCI, Dersler II, s. 221.

<sup>124</sup> PCIJ Series A, No. 20, s. 18, [http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie\\_A/A\\_2021/62\\_-\\_Emprunts\\_Serbes\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A_2021/62_-_Emprunts_Serbes_Arret.pdf) (13.03.2006).



devletin, borçlarının esasını ve kabul ettiği yükümlülüklerin geçerliliğini kendi hukukundan başka herhangi bir hukuka tâbi olarak düzenlediği varsayılamaz<sup>125</sup>.

Bu yeniliklerden ikincisi ise, taraflar arasında sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıkların iki tarafın atamalarıyla oluşacak bir uluslararası hakemlik organınca çözüme bağlanacağına öngörülmesidir. Oysa burada geleneksel uluslararası hukuka göre, uyuşmazlığın uluslararası özel hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği bir ulusal yargı organı tarafından çözülmesi gerekmektedir. Böylece, burada bu tür hükümler içeren sözleşmelerin “uluslararasılaştırılmış” (internationalised) bir nitelik kazandıkları söylenebilir<sup>126</sup>.

Uluslararasılaşmış sözleşmeler bakımından bazı ölçüler getiren bir başka zikredilmesi gereken önemli uygulamayı burada aktarmayı uygun gördük. 1977 tarihli *Texaco Overseas Petroleum Company v. Libyan Arab Republic Davası*nda tek hakem Dupuy, *Payment of Various Serbian Loans Issued in France Davası*na gönderme yaparak, sözleşmeye dayanan (contractual) uygulamanın etkisi altında yargısal tahlilin bu konuda değiştiğini belirtmiştir. Bu konuda eğilim, sözleşmeyi (contract) yerel alanın dışına taşıma (delocalize) ve sözleşmenin bir iç hukuka otomatik olarak bağlanmasını kesmek şeklindedir. Bu bakımdan bugün için belirli bir devletin, özellikle sözleşen devletin, iç hukukunun sözleşmeyi yönetmesi, tarafların bir anlaşmasına dayanır. Uluslararası ticaretin gerekleri bakımından artık tarafların iradesinin bağımsızlığı ilkesi 1920’lerin sonlarından çok daha önemlidir. Uluslararası hakemlik hukukunda kabul edildiği gibi, hukukun genel ilkelerine gönderme yapmak her zaman bir sözleşmenin uluslararasılaştırılması için yeterli ölçüt olarak kabul edilebilir. *Genel ilkelere başvurma sadece ilgili devlette yeterli yasal düzenleme eksiği bulunmasıyla açıklanamaz; bununla sözleşen özel tarafı sözleşmeci devletin tek taraflı ve ani yasal değişikliklerine karşı koruma amacı da bulunmaktadır.* Böylece taraflar arasında sözleşmeye dayanan bir denge bulunması sağlanmaya çalışılır. Hakeme göre bir sözleşmenin uluslararasılaşması bakımından ikinci yöntem sözleşmenin uygulanması veya yorumlanmasına ilişkin olası

---

<sup>125</sup> Adı geçen karar, s. 41-42.

<sup>126</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 228; PAZARCI, Dersler II, s. 222.

farklılıklar için hakemliğin devreye sokulmasıdır. Her ne kadar salt uluslararası hakemlik yargılama usûlünün seçilmiş olmasının kendiliğinden uluslararası hukukun uygulanmasına yol açmayacağı düşünülse de, bu tercih bir sözleşmeyi uluslararasılaştırmak için yeterli olduğunda da şüphe yoktur. Nihayet devletler ile özel taraflar arasında ekonomik gelişmeye dair anlaşmalar (economic development agreements) uluslararasılaşmış sözleşmeler bakımından yeni bir kategori teşkil etmektedir<sup>127</sup>.

Uluslararasılaştırılmış sözleşmelerle ilgili olarak “uluslararası sorumluluk” konusu, bu tür sözleşmelere hangi kuralların uygulanmakta olduğu ve uyuşmazlık ortaya çıktığında hangi hukuk kurallarının uygulanacağı sorunlarıyla beraber ele alınmalıdır. Yine sözleşmeyle getirilen yükümlülere uyulduğu sürece taraflar arasında uygulanan hukuk, yükümlülükler ihlâl edildiğinde de sorumluluk sorununda temel referans olacaktır.

Bu sözleşmelerde uyuşmazlık durumunda, bunlara uluslararası hukuk kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda öğreti bölünmüş durumdadır. Geleneksel görüşe göre, bu sözleşmeler için ilgili devletin iç hukuk kurallarının uygulanması gerekmektedir. Buna karşılık bazı yazarlar, bu sözleşmelere uluslararası hukukun uygulanmasının yerinde olacağı görüşündedir. Bir üçüncü görüşe göre, özellikle uluslararası hukukun devletler arası ilişkileri düzenlemek için oluşturulduğu noktasından hareketle, bu tür ara durumları düzenlemek için uygulamada giderek oluşan ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arası bir üçüncü tür hukuk düzeninin uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Burada, açıkça iç hukuk dışından hukuk kurallarının uygulanmasını öngören sözleşmelerde, ilgili devletin uluslararası sorumluluğunun sözleşme hükümleri başta olmak üzere, sözleşmede zikredilen hukuk düzeni kurallarına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu tür hüküm içermeyen sözleşmeler için ise, devletin sorumluluğu ilke olarak, ilgili devletin iç hukukuna göre değerlendirilir. Eğer

---

<sup>127</sup> Aktaran, McCORQUODALE/DIXON, s. 441-442.

uluslararası hukuk açısından zarar görenin tatmini sağlanamamışsa, o zaman, ilgili devletin uluslararası sorumluluğu yine söz konusu olabilecektir<sup>128</sup>.

Yukarıdaki açıklamamızın aslında bir tercih olarak uluslararasılaşmanın seçildiği yatay (horizontal) yaklaşıma işaret ettiğini söyleyebiliriz. Bu yaklaşıma göre, uluslararasılaşma (uluslararası niteliğe sahip olma), hukukun genel ilkelerinin ilgili sözleşmenin uygulanacak hukukunun bir parçası olarak değerlendirilmesiyle sağlanır. Burada mesele, iç hukuk sistemleri gibi tercih edilebilen hukukun genel ilkeleriyle birlikte sözleşmenin hangi hukuk sisteminde yerleştirileceğidir. Bu yaklaşım, sözleşen taraflar arasında ilişkileri eşit bir zemine oturttuğu için yataydır<sup>129</sup>.

## 2. Yatırım Hakemliği

Yatırım hakemliklerine ilişkin bütün rejimleri veya uygulamadaki bütün örnekleri incelemek bizim çalışmamız dışında olup, burada sadece uluslararası hukukun karşılaşılan uyuşmazlıkta uygulanabilirliği nisbetinde ve özet olarak konuyu ele alacağız. Yukarıda giriş yaptığımız ICSID hakemliği konuyla ilgili olarak belirttiğimiz genel duruma paralel özel bir düzenleme getirmesi açısından burada öne çıkmaktadır. Ayrıca bin beş yüzün üzerinde iki taraflı yatırım andlaşmasının ve NAFTA da dâhil dört çok taraflı andlaşmanın ICSID’i tartışmaların çözümü için bir forum olarak işaret etmesi önem taşımaktadır<sup>130</sup>. ICSID, Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (kısa adıyla Dünya Bankası) İcra Müdürleri (Executive Directors) tarafından düzenlenen ve 14.10.1966 tarihinde yürürlüğe giren “Devletler ile Diğer Devletlerin Uyrukları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesine Dair Sözleşme” (Washington Sözleşmesi) (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States) ile kuruldu. Sözleşmenin hükümleri uyarınca ICSID, sözleşmeye taraf devletler ile sözleşmeye taraf devletlerin uyrukları arasındaki yatırım

---

<sup>128</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 229; PAZARCI, Dersler II, s. 222-223.

<sup>129</sup> SPIERMANN Ole, “Applicable Law”, 2005, s. 6, <http://www.ila-hq.org/pdf/Foreign%20Investment/-ILA%20paper%20Hober.pdf> (29.06.2006).

<sup>130</sup> WEISS, s. 812.

uyuşmazlıklarıyla ilgili uzlaştırma ve hakemlik olanağı sağlamaktadır<sup>131</sup>. Bu mekanizmayla diplomatik koruma kurumunun dışında bir sorumluluk rejimi öngörülmüştür.

Washington Sözleşmesinde ICSID Hakemlik Mahkemesinin yetkilerinin ve işlevlerinin düzenlendiği m. 42/1'ye göre, Mahkeme, bir uyuşmazlık hakkında taraflarca üzerinde anlaşılan hukuk kuralları (rules of law) uyarınca hüküm verir. Böyle bir anlaşmanın yokluğunda Mahkeme, uyuşmazlığa taraf sözleşen devletin, yasalar atışması kuralları da dâhil, hukukunu ve uygulanabilen uluslararası hukuk kurallarını uygular. Bu Sözleşme m. 42/2'ye göre, Mahkeme, hukukun sessizliği veya belirsizliği durumlarında, açık olmayan bir karar vermemeyi tercih edebilir. Madde 42/3'e göre ise, ilk iki fıkra hükmü, Mahkemenin tarafların anlaşması üzerine hakkaniyete (ex aequo et bono) göre karar vermesine haled getirmez.

ICSID Hakemliğinde prosedürün her aşamasında taraf özerkliği ilkesi tanınır. ICSID Hakemliğinde hukuk seçimi bu sebeple tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak kuralları seçme özgürlüğünü benimsyen genel ilkeyi ortaya çıkarır. Bu ilke Washington Sözleşmesi m. 42/1'in ilk cmlesiyile getirilmiştir. Bir hakemlik anlaşmasında yapılan hukuk seçimi, taraflarca seçilen hukuk kurallarından (rules of law) oluşur. Bunlar bir ulusal hukuk sisteminin kuralları veya bu sistemin belirli kuralları, hukukun genel ilkeleri, belirli hukuk sistemlerine özgü kurallar veya uluslararası hukuk olabilir. Bu anlamda uluslararası hukuk ya doğrudan, muhtemelen ev sahibi devletin hukukuyla birlikte, ya da seçilen iç hukuka dâhil edilerek dolaylı yoldan uygulanabilir. Çoğu durumda uyuşmazlıklara anlaşmanın kendi hükümleri uyarınca hükmedilir. Yine sıkça iki taraflı yatırım andlaşmaları, uluslararası hukukun ilkeleriyle veya uluslararası hukukun ilgili kurallarıyla birlikte uygulanır. Hukukun seçimi ev sahibi devletinin hukuku yönünde de olabilir. Bazı durumlarda iki taraflı yatırım andlaşması, ev sahibi devletin hukukunu hiç zikretmeyip, sadece andlaşmanın kendisine veya uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarına gönderme yapabilir. Bazen de iki taraflı yatırım

---

<sup>131</sup> Bkz. Doc. ICSID/15, Nisan 2006, Giriş Bölümü.

andlaşmalarıyla, uluslararası hukuk kurallarına değil, ev devletinin iç hukukuna ve taraflar arasındaki belirli anlaşmalara gönderme yapılır. Bütün bu durumlarda mesele tarafların bu yöndeki niyetlerine indirgenmektedir<sup>132</sup>.

Ancak çoğu durumda taraflar aralarındaki yatırım anlaşmalarında veya dava esnasında açıkça anlaşmadıkça uygulanacak hukuk Washington Sözleşmesi m. 42/1'in ikinci cümlesine göre tespit edilir. Burada bir seçilen hukukun yokluğu söz konusudur. Maddenin "Mahkeme, uyuşmazlığa taraf sözleşen devletin, yasalar çatışması kuralları da dâhil, hukukunu ve uygulanabilen uluslararası hukuk kurallarını uygular." ifadesindeki "ve" sözcüğü ile ilgili olarak uluslararası hukukun rolü konusunda farklı teoriler ortaya çıkmıştır. İlk teoriye göre uluslararası hukukun uygulanabilirliği, Mahkeme önüne getirilen meselede ev sahibi devletin hukukunun boşluk içerdiği (lacunae) veya uluslararası hukukla uyumsuz olduğu durumlarla sınırlı olması gerekir, bu bakımdan ev sahibi devletin hukukuna azami etki tanınmalıdır. İkinci teoride, ev sahibi devletin hukukuna azami etki tanınması görüşüyle birlikte, uluslararası hukukun rolü, temel uluslararası hukuk kurallarıyla çatışan iç hukuk kurallarını düzeltmeyle sınırlı görülür. Üçüncü teoride ise, uluslararası hukukun kendi başına uygulanabilen bir bağımsız kurallar kaynağı olduğunu benimsenmektedir. Yakın bir zamana kadar ilk teorinin dışında görüş sahibi olanlar azlıktaydı. Ancak üçüncü teorinin de kendine uygulamada yer bulduğunu söylemeliyiz. Buna göre, ev sahibi devletin hukukuna baştan bakmaksızın uluslararası hukuk doğrudan erişilebilir bağımsız bir hukuk kaynağı teşkil eder. Bu görüş Washington Sözleşmesinin tarihsel gelişimiyle de uyum göstermektedir<sup>133</sup>.

Devletler veya devlet teşekkülleri (entities) bir yatırım uyuşmazlığı dolayısıyla hakemlik önündeyken uluslararası kamu hukukunun önemli bir rol oynadığı

---

<sup>132</sup> GAILLARD Emmanuel/BANIFATEMI Yas, "The Meaning of 'and' in Article 42(1), Second Sentence, of The Wahington Convention: The Role of International Law in The ICSID Choice of Law Process", ICSID Rev-FILJ, 2003, Vol. 18/2, s. 375-378.

<sup>133</sup> Bkz. GAILLARD/BANIFATEMI, s. 380-382, 403-404. Yazar üçüncü görüşten yana tutum göstermekte ve yaklaşımı "and means and" ("ve", "ve" demektir) olarak nitelendirmektedir. Zira yazara göre, uluslararası hukuk iç hukukla açık bir çatışma içinde olmasa bile, somut olay bakımından daha tercih edilebilir olabilir.

söylenmelidir. Bunun önemi şüphesiz somut olayın özelliklerine göre değişebilecektir. Örneğin kamulaştırma odaklı bir uyuşmazlıkta, yabancıların yatırımlarının korunmasına ilişkin uluslararası hukuk kuralları ve ilkeleri gündeme gelecektir. Ayrıca, örneğin iki taraflı yatırım koruma anlaşmaları veya diğer yatırım anlaşmalarına dayanan hakemliklerde, anlaşmaların yorumlanmasıyla ilgili uluslararası hukuk kuralları ve ilkeleri mutlak önemi haiz olup, özellikle Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi etkili olabilmektedir. Yatırım hakemliğinin bu çağında gittikçe artan bir şekilde devletin sorumluluğu hukuku, bunun da özellikle bir fiilin devlete isnad edilebilmesi yönü önem kazanmaktadır<sup>134</sup>.

Bazı yazarlara göre Komisyonun Tasarısı, bu maddeler salt devletler arasındaki sorumluluk durumlarına hitap ettiği için yatırım hakemliklerinde uygulanmaz. Bu bakımdan taraflardan birinin devlet dışında bir oluşum (non-state entity) olduğu yatırım uyuşmazlıkları bu maddeler dışında düşünülmelidir. Bununla birlikte Tasarının ilkelerinin yatırım hakemliklerinde de önemli bir rol oynadığı yadsınamaz<sup>135</sup>. Hakemlik kurallarını tartışmadan önce bir bakıma uluslararası örf ve âdet hukukunu yansıtan UHK Tasarısında öngörülen bazı ilkeler vurgulanmalıdır. Örneğin, bir fiilin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi uluslararası hukuk temelinde yapılır ve bu konuda iç hukuka göre değerlendirmenin ne olduğu da göz önünde tutulmaz (2001 UHK Tasarısı m. 3). Aynı şekilde temel bir hakemlik hukuku ilkesine göre de, yasama, yürütme, yargı ya da bir başka devlet fonksiyonu içinde bulunsun, herhangi bir devlet organının davranışı, onun devlet organizasyonu içindeki konumuna ve merkezî idareye ya da devletin belirli bir bölgesine ait olmasına bakılmaksızın uluslararası hukuk bakımından bu devletin fiili olarak düşünülecektir (2001 Komisyon Tasarısı m. 4). Bu ilke kapsamında devletin organı olmayan ancak kamu otoritesi uygulamak için yetkilendirilen kişi ve oluşumların fiilleri de hakemlik hukukuna göre devletin fiilleri sayılır (2001 Komisyon Tasarısı m. 5). Yine hakemlik hukukunda temel bir ilke, devlet organlarının ultra vires (yetkiyi aşan) fiillerinin de devlete isnad edilebilmesidir (2001

---

<sup>134</sup> HOBÉR /SWARTLING, s. 2.

<sup>135</sup> 2001 Komisyon Tasarısının maddelerinin “devletin” bütün sorumluluk durumlarına uygulanabileceğine dair “Benzer Kavramlarla Karşılaştırma” başlığı altında yaptığımız açıklamalara bkz.

Komisyon Tasarısı m. 7). Tasarı hükümlerinin yatırım uyumsuzluklarında uygulanabileceği üzerinde bugün için geniş bir uzlaşma olduğu söylenebilir<sup>136</sup>.

2001 Komisyon Tasarısına gönderme yapılan Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesinin *Compagnie Noga D'Importation et D'Exportation S.A.-Russian Federation Davası*na ilişkin 16.03.2004 tarihli kararı burada devletin bir sözleşmeye (contract) taraf olması durumuyla ilgilidir. Bir İsviçre şirketi olan davacı, 1990'ların başlarında Rusya Federasyonu ile bir ödünç anlaşması yapmıştı. Ödünç alınanlar geri ödenmeyince anlaşmadaki kayda dayanarak Noga, Stockholm'da hakemliğe başvurdu. Bu hakemlik kararında Rusya Federasyonu'nun Noga'ya belirli bir miktar ödeme yapmasına hükmedildi. Bu ödeme de yapılmayınca, Noga, Birleşik Devletler de dâhil birçok ülkede hükmün uygulanması için girişimde bulundu. Burada Rusya Federasyonu'nun bir itirazı, gerek hakemlik anlaşmasının gerekse davanın uygun tarafının Rusya Federasyonu'ndan çok Rusya Federasyonu Hükûmeti olduğuydu. Buna uygun olarak Rusya Federasyonu'nun hükûmetten ayrı bir varlığı olduğu ve Stockholm'daki hakemliğin tarafı olmadığını ileri sürmüştür. New York güney bölgesi Birleşik Devletler Bölge Mahkemesi (District Court) bu iddiaları kabul edip, Noga'nın başvurusunu reddetmiştir<sup>137</sup>. Temyiz Mahkemesi ise kararı, Rusya Federasyonu ile hükûmetin aynı taraf olduğu gerekçesiyle bozmuştur. Temyiz Mahkemesi, 2001 Komisyon Tasarısı m. 4'e birebir gönderme yaparak ve 1930 La Haye Konferansında bu anlamda önerilen m. 1'i de zikrederek, Bölge Mahkemesi tarafından yapılan ayrımın uluslararası hukukta dayanak bulamayacağını belirtmiştir<sup>138</sup>.

Sonuç olarak, artık uluslararası hukuk kişisi olan devletler ile yabancı özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzluklarda, diplomatik koruma yoluna gitmeden devletin sorumluluğuna başvurulabilmekte ve burada uluslararası hukuk kuralları ve özellikle

<sup>136</sup> Bkz. HOBÉR/SWARTLING, s. 3-5.

<sup>137</sup> Judgment of the United States Court of Appeals for the Second Circuit, 16 March 2004 (Docket Nos. 02-9237(L)-9272(CON), s. 2, 4-5, 10 <http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/2nd/029237p.pdf> (29.05.2006). Ayrıca bkz. HOBÉR/SWARTLING, 6-7.

<sup>138</sup> Adı geçen karar, s. 22-23. Öğretide de belirtildiği gibi, uluslararası hukukta devletin fiilleri hükûmetin fiillerinden ibaret olmamakla birlikte, hükûmetlerin fiilleri münhasıran temsil ettiği devletin fiilleri sayılır. (BOZKURT, s. 270).

devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar uygulanabilmektedir. Bu konuda hem pozitif düzlemde, hem de uygulamada gelişme olduğu açıktır.

### III. DEVLETİN SORUMLULUĞUNUN TARİHÇESİ VE KODİFİKASYONU

#### A. Genel Olarak

Devletlerin ülkelerinin tanındığı ve teorik olarak eşit kabul edildiği devletlerin egemenliği görüşüne dayanan geleneksel uluslararası hukukun kurulmasına yol açan Westphalia Barışından (The Peace of Westphalia)<sup>139</sup> bu yana 350 yıldan fazla geçmiştir. Gelişme şöyle özetlenebilir: “Devletler tedricen uluslararası hukuku yaratmıştır ve buradan doğan yükümlülükleri için birbirlerine karşı sorumlu olmuştur.” Yirmi birinci yüzyılın başında ise uluslararası toplum küreselleşmeye, bütünleşmeye; ancak aynı zamanda parçalanmaya başladı. Bu dönemde devletler merkezîleşmesini sürdürdü, ancak uluslararası örgütler, hükümet-dışı örgütler, şirketler, gerek meşru gerek meşru olmayan geçici (ad hoc) ulus-ötesi gruplar ve bireyler uluslararası toplumun önemli aktörleri olmaya başladı<sup>140</sup>. Türüne, konusuna ve uluslararası münasebetlerde kapladığı alana, şu an için aktif olup olmadığına bakmaksızın uluslararası örgütler için 2004 verilerine bağlı olarak Uluslararası Dernekler Birliğinin verdiği sayı 7350’dir. Bunun yanı sıra hükümet-dışı örgüt sayısı aynı Derneğin istatistiğine göre 51.509’dur<sup>141</sup>. Ayrıca dünya üzerinde yaşayan insan sayısı 6.515.071.382 olarak tespit edilmiştir<sup>142</sup>. Bu veriler uluslararası hukukun gelişen dünyada gün geçtikçe karmaşıklaştığını ve uluslararası hukukun gelişmesine olan ihtiyacın arttığını görmek açısından önemlidir. Uluslararası toplumda etkisi ve etkinliği artan, yukarıda belirttiklerimiz dışında devletler de dâhil, uluslararası aktörlerin karşısında uluslararası hukukun araçlarının da aynı güce sahip olması, mevcut durumu koruma ve ayrıca ileriye götürme amacı için gereklidir. Bu da en çok uluslararası hukuka uyulması ve uluslararası hukuka uymanın gerekliliğine olan inancın bulunması ile mümkün olabilecektir. Tam da bu noktada uluslararası hukukta

<sup>139</sup> İlgili metin için bkz. <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/westphal.htm> (11.05.2006).

<sup>140</sup> Bkz. WEISS, s. 798.

<sup>141</sup> İlgili istatistik için bkz. <http://www.uia.org/statistics/organizations/types-2004.pdf> (11.05.2006).

<sup>142</sup> İlgili istatistik için bkz. <http://www.census.gov/> (11.05.2006).



sorumluluk, uluslararası hukukun varlığı için gerekli ve uluslararası hukukun varlığının bir bakıma ispatı niteliğinde bir kurum olarak gündeme gelmektedir.

Aşağıda günümüzdeki duruma gelmeden önce, uluslararası sorumluluğu devletler bakımından ele aldığımız çalışmamızda, özellikle pozitif hukuk belgesi olmaya aday çalışmalar ve öğreti çerçevesinde bunun tarihî gelişimini kısaca aktaracağız. Aslında uluslararası hukuk bir bakıma tarihî gelişmeyle doğrudan ilgili olduğu için, bu bölüm çalışmamızda önemli bir yer tutacaktır.

## **B. Konu Milletler Cemiyeti Önüne Gelmeden Önceki Dönem**

Uluslararası sorumluluğa ilişkin kurallar ilk başta uluslararası toplumun ihtiyaçlarını karşılamaya yeterli olmamıştır. Zira bu dönemde ortak olarak kabul gören ilkelerin yokluğu söz konusudur. Özellikle devletlerin farklı egemenlik anlayışlarına sahip olmaları, sorumluluk kuralları üzerinde uzlaşma sağlanmasını güçleştirmiştir. Modern uluslararası hukuk ve buna bağlı olarak uluslararası sorumluluk, devletlerin egemenlik kavramına verdikleri anlamın değişmesiyle gelişmiştir<sup>143</sup>.

Uluslararası hukuk (the law of nations) 16. yüzyıla kadar, en azından Avrupa'da ve Avrupa'daki prensliklerle düzenli ilişkileri olan devletler bakımından, devletlerin uygulamalarında kabul ettikleri birtakım ilkeler çerçevesinde ve sonra da öğretilerde yavaş yavaş gelişmiştir. Uluslararası hukukun varlığı ortaya çıkar çıkmaz, sorumluluk konusu bir zorunluluk göstermiştir. Bunun başlarda pek açık olmadığını söyleyebiliriz. Uluslararası hukukunun ilk oluşum aşamasında hukuk ve ahlâk arasında belirgin bir ayırım bulunmamaktaydı ve bu dönemde doğal hukuk çeşitli biçimlerde uluslararası hukuk öğretisinde ön plana çıkmaktaydı. Bu ilişkiyle manevî yönden uğranılan zarar için sorumluluk kavramı uluslararası hukuka yansıtıldı. Ancak ahlâktan ve doğal hukuktan türeyen yaklaşım modeli konunun düşünce yönünün eksik kalmasına ve hukukî düşünce

---

<sup>143</sup> BOZKURT, s. 258-259.

temelinde kavramların daha yavaş gelişmesine yol açtı. Yine iç hukukun uluslararası hukukta bazı kavram karışıklıklarına yol açtığı da vakidir<sup>144</sup>.

Westphalia Barışından sonra uluslararası hukukta önemli değişiklikler meydana geldi. Bunlardan belki de en önemlisi ulus devletlerin ortaya çıkması ve mevcut devletlerin haklarının ve ödevlerinin temel yapıtaşı olarak siyasî egemenlik teorisinin gelişmesiydi. Devletlerin egemenliği teorisi, teokratik hukuk sistemine dayanan Hıristiyanlar (Avrupa) içindeki eski uluslararası ilişkiler geleneğinin yerine Hıristiyan olmayan ulusları da kapsayan daha geniş bir hukuk sistemiyle uluslararası ilişkilerin ve dolayısıyla uluslararası hukukun evrenselleşmesi realitesinin bir sonucu olmuştur<sup>145</sup>.

Devletin sorumluluğu konusundaki temel düşüncelerin oluşması Grotius'a (De Jure Belli ac Pacis, 1625), ardından Vattel'e (Le Droit des Gens, 1758)<sup>146</sup> kadar götürülebilir. Ancak 19 yüzyılda ve özellikle sonraki dönemde uluslararası hukukun bu alanına özel bir ilgi oluşabilmiştir<sup>147</sup>.

Aslında Grotius, başta yabancıların korunması üzerine gelişen, devletin sorumluluğu konusundan bahsetmemiştir. Zira o dönemde, bir devletin uyruklarının büyük çoğunluğu kendi ülkesi dışına çıkmazdı. Ancak Vattel'den sonra 18. yüzyılın sonlarına doğru, bir devletin uyruğuna zarar verilmesinin dolaylı olarak onun bağlı olduğu devlete karşı bir suç anlamına geldiği görüşü gelişti. Bu dönemde iki gelişme devletin sorumluluğu hukukunun gelişmesine katkı sağladı. İlk olarak 1794'te Birleşik Devletler ile Büyük Britanya arasında akdedilen "Jay Treaty" ile iki devlet arasındaki çeşitli iddiaları hükme bağlamak için üç "uluslararası iddialar komisyonu" kuruldu ve görevleri 1804'te tamamlandı. Bu Komisyonların çalışmaları, yurtdışındaki yabancıların korunmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar için modern uluslararası hakemlik çağını başlattı ve bir çözüm yöntemi ortaya koymuş oldu. İkinci olarak bu dönemde devletin

---

<sup>144</sup> BROWNLIE, Responsibility, s. 2-3.

<sup>145</sup> ELIAS T. O., "The Doctrin of Intertemporal Law", AJIL, Nisan 1980, Vol. 74, No. 2, s. 285.

<sup>146</sup> Vattel bu çalışmasında "devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde usûl" konusuna bir bölüm ayırarak, arabuluculuk ve hakemlik yollarına işaret etmiştir. (Aktaran, BRWONLIE, Responsibility, s. 5).

<sup>147</sup> AMERASINGHE, s. 1.

sorumluluğu hukukunu geliştiren etken, endüstri devriminin etkisiyle yabancı sermayenin dolaşımının ve dış ticaretin gelişmesiydi. Böylece yabancılar ve onların malları üzerinde pek çok menfaat çatışması ve anlaşmazlık meydana geldi. Başlarda uluslararası nezaket (comity) ve dostça ilişkilerin sürdürülmesi düşüncesiyle destek bulabilen iddialar üzerine bir emsal kararlar topluluğu niteliğinde hükümler getiren iddialar komisyonlarının (claims commission) tedricen gelişmesiyle, tazmin talepleri hukuka dayalı hak iddialarına dayanır oldu<sup>148</sup>.

İngilizce olarak 1915'te Borchard tarafından "*The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*", bu yönüyle konuyla ilgili olarak yapılan ilk önemli monografik çalışmadır. Ancak bundan önce, Bluntschli (*Das Modern Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 3rd ed. 1878), Fiore (*Nouveau droit international public*, 2nd Italian ed. 1885), Pradiere-Fodéré (*Traité de droit international public*, 1885), Heffter (*Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 8th ed. 1888)<sup>149</sup>, Calvo (*Le Droit International théorique et pratique*, 5th ed. 1896), Rivier (*Principes du droit des gens*, 1896), Heilborn (*Das System Völkerrechts entwickelt aus der völkerrechtlichen Begriffen* (1896), Tcharnoff (*Le Droit de protection exercé par un état à l'égard de ses nationaux resident à l'étranger* (1898), Triepel (*Völkerrecht und Landesrecht*, 1899), Moore (*A digest of International Law*, 1906), Anzilotti (*Teoria generale della responsabilità della Stato nel diritto internazionale*, 1902, 1906), Arias, Goebel, Bar, Foster, Marinoni gibi yazarlar tarafından konuyla ilgili bazı görüşler ileri sürülmüştür<sup>150</sup>.

19. yüzyılda daha çok Avrupa devletlerinin Latin Amerika devletlerine karşı getirdikleri iddialar ve bunların çözümü için kurulan "iddialar komisyonları" çerçevesinde konunun geliştiği söylenebilir<sup>151</sup>. Ancak bu dönemde sorumlulukla ilgili

---

<sup>148</sup> LILLICH Richard B., "Toward The Formulation of An Acceptable Body of Law Concerning State Responsibility", *Syracuse Law Review*, 1964-1965, Vol. 16, s. 722-723.

<sup>149</sup> İlk baskısı 1840'ta yapılan eserde, devletin sorumluluğuyla ilgili ilkeler teknik anlamda ilk kez incelenmiştir. (Aktaran, BWONLIE, *Responsibility*, s. 7).

<sup>150</sup> Aktaran, AMERASINGHE, s. 2. Bu döneme ait bir bibliyografya listesi için ayrıca bkz. BROWNLIE, *Responsibility*, s. 6-8.

<sup>151</sup> Örneğin Meksika ile Birleşik Devletler, Fransa, İngiltere ve İspanya arasında bu nitelikte ayrı ayrı komisyonlar kurulmuştur.

genel ilkeler üzerinde bir uzlaşa bulunduğu söylenemez. Bu dönemde önemli bir tartışma, mevcut hukuk görüşlerine itiraz eden Latin Amerika'yı temsil eden Calvo gibi bazı yazarlar tarafından dile getirilen yabancılarla ilgili davranışlarda uluslararası asgarî standart (international minimum standard) konusudur. Devletlerin uygulamalarındaki farklılıkları yansıtmaları açısından önemli yazarlar arasındaki görüş ayrılıkları konu üzerinde uluslararası örf ve âdet kuralları oluşmasını sağlayamamıştır.

Bütün yönlerden tutarlı bir teorik temel ve uygulama bulunmaması dolayısıyla, konunun kodifikasyonu bakımından eldeki ilgili kuralların neler olduğu sorunu gündeme gelmiştir. Ayrıca UHK'nin konuyla ilgili ilk özel raportörü García-Amador'un dediği gibi, devletin sorumluluğunu yöneten kuralların kodifiye edilmesi, sadece teorinin ve uygulamanın konu üzerinde tespit ettiği çeşitli hukuk kurallarını sayma ve bir sistematiğe koyma işiyle de sınırlanamaz. Zira bu kurallar çağdaş (contemporary) uluslararası hukukta önemli değişikliklere uğrayan geleneksel görüşlere ve kavramlara göre oluşturulmuş ve gelişmiştir. Bu sebeple bu konu üzerindeki kodifikasyon (yazılı pozitif hukuk kuralı olarak düzenleme) çalışmasında, muhakkak hukukun geçirdiği değişim göz önünde tutulmalıdır<sup>152</sup>.

Devletin uluslararası sorumluluğuyla ilgili kodifikasyon çalışmalarına ilkin bazı özel kuruluşlar ve uzman topluluklar tarafından girilmiştir. Bunlardan ilki, 1925 yılında "Amerikan Uluslararası Hukuk Enstitüsü"nin (American Institute of International Law) hazırladığı "Responsibility of Governments" ve "Diplomatic Protection" konulu projelerdir. Benzer şekilde "Japonya Uluslararası Hukuk Derneği" tarafından (International Law Association of Japan), "Uluslararası Hukuk Derneği"nin (International Law Association) Japonya Şubesi ile birlikte, ikinci bölümü "Rules Concerning Responsibility of a State in Relation to the Life, Person, Property of Aliens" olarak adlandırılan uluslararası hukukun kodifikasyonuna ilişkin bir çalışma yapıldı<sup>153</sup>. Uluslararası Hukuk Enstitüsü (Institute of International Law) 1927'de "International

<sup>152</sup> GARCÍA-AMADOR, s. 339-340.

<sup>153</sup> Japonya Uluslararası Hukuk Derneğinin hazırladığı çalışma metni için bkz. "The Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to The Person or Property of Foreigners", AJIL, April 1929, Vol. 23, No. 2, Supplement: Codification of International Law, Appendix No. 5, s. 231.

Responsibility of States for Injuries on Their Territory to The Person or Property of Foreigners” isimli bir taslak hazırlayarak konunun gelişimine katkıda bulunmak istemiştir. Yine konuyla ilgili olarak Harvard Hukuk Fakültesi 1929’da “Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to The Person or Property of Foreigners” projesini ve German International Law Society 1930’da konuyla ilgili bir taslak hazırlamıştır<sup>154</sup>. Bölgesel kuruluşlardan da konunun kodifikasyonuna ilişkin girişimler olmuştur. Örneğin, “Inter-American Juridical Committee” tarafından 1965’te “Principles of international law that govern the responsibility of the State in the opinion of the United States of America” hazırlanmıştır<sup>155</sup>. UHK’nin Harvard Hukuk Fakültesinden 1929’da hazırladığı taslağı güncellemesi istemesi üzerine 1961’de Fakültenin hazırladığı 40 maddelik bir taslak da bulunmaktadır<sup>156</sup>. Louis Sohn ve Richard Baxter tarafından hazırlanan bu son çalışmanın hukuka aykırı fiile ilişkin yeni bir uluslararası hukuk oluşturabilecek etkide olmasına rağmen, Komisyonun çalışmalarında önemli bir katkısı olamamıştır<sup>157</sup>.

### C. Konunun Milletler Cemiyeti Önünde Olduğu Dönem

Milletler Cemiyeti (League of Nations) Meclisi 1924’te Konseyinden “Uzmanlar Komitesini” (Committee of Experts) uluslararası hukukun kodifikasyonu için toplanmaya çağırmasını istemiştir. Kodifikasyonu için seçilen konulardan biri de devletin sorumluluğuydu<sup>158</sup>. Bunun üzerine Gustavo Guerrero tarafından hazırlanan

---

<sup>154</sup> Bkz. BROWNLIE, Responsibility, s. 10-11. Devletin uluslararası sorumluluğunun kodifikasyonuna ilişkin metinlerin derlemesi için genel olarak bkz. Doc. A/CN.4/96, Report of the Special Rapporteur, Mr. F.V. García-Amador, 8th Session of the ILC (1956), Annexes, s. 221-230, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_96.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_96.pdf) (13.03.2006).

<sup>155</sup> Metin için bkz. Doc. A/CN.4/217 and Corr.1 and Add.1, First report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur - Review of previous work on codification of the topic of the international responsibility of states, 21st session of the ILC (1969) s. 153, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_217.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_217.pdf) (13.05.2006).

<sup>156</sup> Bkz. Doc. A/CN.4/217 and Corr.1 and Add.1, s. 142 vd.

<sup>157</sup> ALLOTT Philip, State Responsibility and The Unmaking of International Law, HILJ, Winter 1988, Vol. 29, No. 1, s. 5.

<sup>158</sup> Kodifikasyonu için girilen diğer konular, “uyrukluk” (nationality) ve “karasuları” (territorial waters) konularıdır. Bu konulardan devletin sorumluluğu, uluslararası kamu hukukunun bütün dokusu için temel teşkil edecek ilkeler gerektirmektedir. Zira uluslararası hukukun belki de hiçbir konusu devletin sorumluluğu konusu gibi uluslar için sürekli, güncel ve hayati etkiye sahip değildir. Dahası bu konu uluslararası ticaretin ve uluslar arasındaki hareketliliğin ve yolculukların artması dolayısıyla gittikçe artan

rapor devletlere gönderildi. Devletler bu konunun zorluğunu gösteren cevaplar verdiler. Bununla beraber sorumluluk konusu, üzerinde devletlerce anlaşılacak kadar olgunlaşmış görünüyordu. Uzmanlar Komitesi toplanacak kodifikasyon konferansı için 31 tane görüşme temeli (basis of discussion) ve her biri için devletlerin görüşlerini bir rapor olarak hazırladı<sup>159</sup>. Nihayet 1930'da La Haye'de bir kodifikasyon konferansı toplandı. Ancak Komitenin hazırladığı rapor kullanıma uygun şekilde tamamlanmış değildi. Bununla birlikte konu üzerinde özellikle kesin hükümler kabul etmeye ilişkin ciddi problemler olduğu görüldü<sup>160</sup>. 13 Mart-14 Nisan 1930 tarihleri arasında 47 devletin katıldığı (Türkiye, katılan devletler arasındadır.) Konferansta 10 maddelik bir taslak üzerinde duruldu, ancak çoğu madde üzerinde uzlaşa sağlanamaması sebebiyle, Komite 11 Nisan'da, Konferansa hiçbir rapor vermemesi gerektiğine ve bütün delegelerin hazır bulunduğu oturumda sadece çalışmasını tamamlayamadığını ilan etmeye karar alarak, bunu uyguladı<sup>161</sup>.

Böylece 1930 La Haye Konferansı hiçbir somut sonuca varamadan sonuçlanmış oldu. Devletler hayati önem taşıyan bu konuda kendi ulusal çıkarlarını gözeterek konuya yaklaşırsa da, pek çok devletin delegesinin, hukukun bilimsel şekilde ortaya konması için çaba harcadığı ve onlar arasındaki görüş farklılıklarının, hukukun ne olduğuna ve ne olması gerektiğine ilişkin dürüst farklılıklar olduğu söylenebilir. Konferans, kısa süresine rağmen pek çok devletin bir araya gelerek konu üzerindeki görüşlerini serbestçe açığa vurması ve en azından bazı ilkelerde kristalize olmaya doğru bir ilerleme olduğunu göstermesi açısından yararlı olmuştur<sup>162</sup>.

Sonuç olarak 1930 La Haye Konferansı döneminde, siyasî bakış açısının kaçınılmaz olarak etkili olduğu devletin sorumluluğu konusu, Birleşik Devletler ve

---

bir öneme sahip olmaktadır. Bu sebeple girilen işin büyüklüğü ve ayrıca zorluğu görülebilir. (HACKWORTH Green H., "Responsibility of States for Damage Caused in Their Territory to the Person or Property of Foreigners: The Hague Conference Codification of International Law", AJIL, July 1930, Vol. 24, No. 3, s. 500).

<sup>159</sup> BİLSEL Cemil, "Memurların Yaptığından Devletlerin Arsulusal Mes'uliyeti", İÜHFİM, 1935, S. 1, (Memurlar), s. 11-12.

<sup>160</sup> BROWNLIE, Responsibility, s. 12.

<sup>161</sup> HACKWORTH, s. 515.

<sup>162</sup> HACKWORTH, s. 515.

benzer menfaatlere sahip olan devletler tarafından devletin yabancılara yönelik davranışlarının düzenlenmesi ile ilgili görülürken, örneğin Latin Amerika ülkeleri tarafından, bütün devletlerin egemenliğine saygı sınırları içinde yabancılara diplomatik korumasını zorunlu olarak sınırlama yönünden ele alınmıştır. Konu, UHK önüne hem düşünsel hem siyasî zorluklarla beraber gelmiştir<sup>163</sup>.

#### **D. Konunun Uluslararası Hukuk Komisyonu Önünde Olduğu Dönem**

BM Şartı m. 13'te BM Genel Kuruluna, öteki görevlerinin yanında "uluslararası hukukun giderek geliştirilmesini ve kodifikasyonunu özendirme" görevi yüklenmektedir. Bu görevi çerçevesinde Genel Kurul, 21.11.1947 tarihli kararıyla Uluslararası Hukuk Komisyonunu kurmuştur. Komisyonun 1981'den bu yana 34 üyesi bulunup, bunlar, uluslararası hukukta uzmanlıkları yadsınamayan ve başlıca uygarlık biçimleri ve hukuk sistemlerini temsil eden hukukçular arasından, kendi adlarına, devletlerinden bağımsız olarak seçilmektedirler. Komisyon, BM Örgütünün belirli bir ana organının çalışmalarının hazırlıklarını yapmak amacıyla kurulan yardımcı alt organlardan biridir<sup>164</sup>.

Uluslararası hukukun kodifikasyonu için yöntem olarak ön çalışmaları UHK yapar, orada teknik incelemeler ve hükümetlerle temas sonucu bir tasarı hazırlanır. Daha sonra eğer BM Genel Kurulu uygun görürse, tasarının andlaşma olması için bir çok taraflı konferansın toplanmasını sağlar<sup>165</sup>.

UHK 1949'da ilk oturumunda, öncelikli işlerden saymamakla birlikte, devletin sorumluluğu konusunu kodifiye edilecek konular arasına aldı. 1954'te altıncı oturumunda Komisyon, Genel Kurulun devletin sorumluluğuna egemen olan uluslararası hukuk ilkelerinin gecikmeksizin kodifiye edilmesi talebine ilişkin 07.12.1953 tarihli 799

---

<sup>163</sup> ALLOTT, s. 3-4.

<sup>164</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 112-113, 195.

<sup>165</sup> SUR Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, İzmir 2000, s. 79-80.

(VIII) sayılı kararına<sup>166</sup> dikkat çekti. Komisyon 1955'te yedinci oturumunda konu üzerinde çalışmaya başlama kararı aldı ve F. V. García-Amador'u özel raportör (special rapporteur) olarak atadı<sup>167</sup>.

García-Amador, 1956'dan 1961'e kadar altı oturumda art arda altı rapor sundu. Bunların hepsi de “yabancılara veya onların mallarına verilen zararlar için sorumluluk” (responsibility for injuries to the persons or property of aliens) konusuyla ilgiliydi<sup>168</sup>. Raportör ilk raporunda bizim de çalışmamızda muhtelif yerlerde göndermeler yaptığımız devletin sorumluluğunun kodifikasyonu üzerine daha önceden girilen bazı çalışmaları ek olarak derlemiştir. Bunun dışında ilk rapor Allott'a göre, alışıldık görüşlerin dışında ve uluslararası hukukun özel niteliği ve bu hukuku yönlendiren ilkeler hakkında çarpıcı görüşlerle doluydu<sup>169</sup>. García-Amador, insan hakları konusunu yabancıların korunmasıyla ilişkilendirerek önerdiği Taslağın 1. maddesinde, bu Taslağın hükümlerinin uygulanmasının amaçları için yabancıların buldukları ülkenin uyrukları gibi aynı hak ve hukukî garantilerden yararlanacağını ancak, bu hak ve garantilerin çağdaş uluslararası hukuk belgelerinde tanınan ve belirlenen insan hakları ve temel özgürlüklerden (human rights and fundamental freedoms) aşağı olamayacağını belirtmiştir<sup>170</sup>. García-Amador, salt yabancılara verilen zararlar açısından ele alınsa bile,

---

<sup>166</sup> Karar için bkz. <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/086/64/IMG/NR008664.pdf?OpenElement> (23.04.2006)

<sup>167</sup> Allott konuyu muhalif bir yönden ele almaktadır. Ona göre, UHK'nin bu talebi reddederek, uluslararası yükümlülükler üzerinde çalışmayı önermesi daha uygun olurdu. Böylece uluslararası hukukçuların bilgileri, tehlikeli de olabilen formüllere indirgenmemiş olacaktı. Uluslararası hukukun amacının dünyadaki bütün insanların değerlerini güncelleştirme ve menfaatlerini koruma olduğu varsayımı üzerinden uluslararası hukukta hangi yükümlülüklerin bulunması gerektiği sorununun bulmaya yönelmek gerekirdi. UHK'nin bugünkü devlet-baskın (government-dominated) şekliyle her şeyden önemli böyle bir amacı benimsemesi olasılığı yoktur. Yazar ayrıca, bu girişimin evrenselleşme yönünde bir menfaat sistemi değil, ancak çoktarafılılaşmış (multilateralized) ve devlete özgü menfaatler getirdiğini ileri sürmüştür. Ona göre, ilgili girişim, uluslararası toplumun hayatta kalması ve gelişmesi için gereken yönün tam tersine bir gidış seyretmektedir. Yazar, gözetilen menfaatin devletler bakımından ele alınmasını da eleştirmekte ve ancak hukukun her şeyi elinde tutan devletin üzerinde bir güce sahip olabileceğini de belirtmektedir. (ALLOTT, s. 16, 25).

<sup>168</sup> Konunun aşağıda özet olarak verilecek Komisyon aşamasındaki tarihî gelişimi ve sunulan raporlar için genel olarak bkz. <http://www.un.org/law/ilc/index.htm> (23.04.2006).

<sup>169</sup> ALLOTT, s. 4-5.

<sup>170</sup> Doc. A/CN.4/134 and Add.1 Sixth Report on International Responsibility by Mr. F.V. Garcia Amador, Special Rapporteur, 13th session of the ILC (1961), [http://untreaty.un.org/ilc/-documentation/english/a\\_cn4\\_134\\_add1.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/-documentation/english/a_cn4_134_add1.pdf) (09.05.2006).



konunun genişliğini görerek, diplomatik koruma konusunu, sadece “korumadan vazgeçilmesi” yönünden olsa da, önerdiği Taslağa dâhil etmiştir<sup>171</sup>.

Anlaşılabacağı üzere 1960’ların başlarına kadar devletin sorumluluğu hukukuyla ilgili hukuk sistemi ve öğretisi genellikle yabancıların korunması konusuydu. Bu dönemde sorumluluk, bir yabancıya uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlâl edilmesiyle zarar verilmesinin, yabancının uyruğunda olduğu devletin bir hakkına kendiliğinden zarar verdiği ilkesi üzerinde işlemekteydi. Ancak konuyla ilgili özel raportör olan Roberto Ago’nun başkanlığında UHK çalışmalarının bir sonucu olarak 1963’ten başlayarak daha geniş bir “devletin sorumluluğu hukuku” anlayışı üzerine odaklandı. Komisyon tarafından benimsenen yeni anlayış ikincil kuralların belirlenmesiyle ilgilidir. Bunlar, devletin sorumluluğunu yöneten ve salt yabancılara verilen zararlarla sınırlı kalmayan, diğer devletlere karşı yapmakla veya kaçınmakla yükümlü olduğu ödevlerini, bir başka deyişle birincil yükümlülüklerini ihlâl etmesinin bir sonucu olarak devreye giren kurallardır<sup>172</sup>. Ago’nun özetle ifade ettiği gibi, Komisyon’un çalışması içinde, “sorumlulukla ilgili her şeyin değerlendirilmesi, sorumluluk dışında hiçbir şeyin değerlendirilmemesi gerekir<sup>173</sup>.” Aslında Ago’nun yaklaşımı bir yönüyle konuyu genişletirken diğer yönüyle, örneğin millileştirme, yabancıların mallarının kamulaştırılması gibi konularda düzenlemelerden kaçınarak, konuyu sınırlandırmıştır. Ancak böyle yapmakla Komisyonun düzenlemesinde çeşitli

---

<sup>171</sup> Bkz. Doc. A/CN.4/106, Second report of the Special Rapporteur, Mr. F.V. García-Amador, 9th session of the ILC (1957), s. 105, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_106.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_106.pdf) (26.04.2006). Diplomatik koruma konusu, UHK’nin BM Genel Kurulu 1995 tarihli Res. 50/45 sayılı, 1996 tarihli Res. 51/160 sayılı ve 1997 tarihli Res. 52/156 sayılı kararlarındaki tavsiyesi üzerine gündemine alınmış ve 2004’te ilk okumada kabul edilen bir 19 maddelik taslak oluşturmuştur. Bkz. Doc. A/59/10, Report of the ILC on the work of its fifty-sixth session, 3 May to 4 June and 5 July to 6 August 2004, Chapter IV, <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2004/2004report.htm> (09.05.2006).

<sup>172</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 347. Aslında 19. yüzyılda, örneğin *Alabama Olayı*nda, salt ülkesindeki yabancıların gördükleri zararlardan değil, herhangi bir uluslararası hukuka aykırı fiile dayalı, hemen sonrasındaki öğretiye nisbeten, daha geniş bir sorumluluk fikri bulunabilmiştir. (Bkz. BODANSKY/CROOK, s. 773).

<sup>173</sup> Doc. A/CN.4/152 Report by Mr. R. Ago, Chairman of the Sub-Committee on State Responsibility, s. 253, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_152.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_152.pdf) (09.05.2006).

sebeplerle güçlük görülen konulardan çok, yapabileceği konulara odaklanması sağlanmıştır<sup>174</sup>.

Ago'nun özel raportör olarak görevde kaldığı 1963-1980 arasında 1969'dan itibaren verdiği sekiz raporda üzerinde çalışılan taslağın 35 maddeden oluşan "uluslararası sorumluluğun doğması" (the origin of international responsibility) başlıklı ilk bölümünü tamamladı. Bunlar, m. 19 dışında, 2001 Komisyon Tasarısında da temel olarak büyük oranda kabul görmüştür<sup>175</sup>.

Ago'dan sonra 1980-1986 arasında özel raportör olarak Willem Riphagen görevde kalarak, Komisyona altı rapor sundu. Bunlar daha çok sorumluluğun içeriğinin, şekillerinin, kapsamının ve uyuşmazlıkların çözüm yollarının düzenlendiği ikinci ve üçüncü bölümler üzerineydi.

Riphagen'den sonra 1988-1996 arasında görev alan raportör Gaetano Arangio-Ruiz döneminde, bütünü 60 maddeden oluşan Taslağın ikinci ve üçüncü bölümü tamamlandı. Taslak Komitesi (Drafting Committee) 1980'de 32. oturumunda (session) ilk okumada kabul ettiği birinci bölümle birlikte, Taslağın ikinci ve üçüncü bölümlerini 1996'da 48. oturumdaki ilk okumada geçici olarak kabul etti ve UHK bu metnin Genel Sekreter aracılığıyla hükûmetlere görüşleri alınmak üzere gönderilmesi kararını aldı<sup>176</sup>.

Son olarak James Crawford özel raportör olarak atandı. Crawford döneminde devletlerin uygulamalarındaki gelişmeler ve hükûmet yorumları ışığında taslak maddeleri üzerindeki çalışma sürdürüldü. Büyük yankı uyandıran ve tartışmalara yol açan 19. madde taslaktan çıkarıldı. 2001 Komisyon Tasarısı, uluslararası hukuka aykırılığın giderilmesi ve uluslararası hukukîliğin (international legality) yeniden kurulması için bir araç olarak devletin sorumluluğu konusuna ilişkin uluslararası

---

<sup>174</sup> ROSENSTOCK Robert, "The ILC and State Responsibility", AJIL, 2002, Vol. 96, s. 793.

<sup>175</sup> Karşılaştırmız, Doc. A/35/10, Report of the international Law Commission on the work of its Thirty-second session, 5 May - 25 July 1980, Official Records of the General Assembly, Thirty-fifth session, Supplement No. 10, Chapter III, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A\\_35\\_10.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_35_10.pdf) (07.05.2006) ve Doc. A/56/10, Chapter IV (2001 ILC Draft).

<sup>176</sup> Bkz. Doc. A/51/10, Chapter III, p. 64.

hukukun birleştirilmesine katkı sağlamış ve özellikle “crime” ve “delict” ayrımının öngörüldüğü m. 19 metinden çıkartılınca, önemli bir katılım oluşturmuştur<sup>177</sup>. Taslağın birinci bölümünün “uluslararası yükümlülüğün ihlali” başlıklı üçüncü kısmı, “bir devletin bir diğer devletin fiiliyle ilgili sorumluluğu” başlıklı dördüncü kısmı, “hukuka aykırılığı engelleyen durumlar” başlıklı beşinci kısmı ve “karşı önlemler” konusu yeniden incelendi. Yine uluslararası hukuka aykırı bir fiilin sonuçlarının ve devletin sorumluluğunun uygulanmasının düzenlendiği ikinci bölümde bazı değişiklikler yapıldı ve taslağın bütünüyle ilgili bazı hükümler dördüncü bölümde “genel hükümler” olarak düzenlendi. Nihayet Komisyon, çalışmasını 2001’de bir Tasarı ve Yorum Belgesi ile tamamladı<sup>178</sup>. Biz de çalışmamızda bu son çalışmaya, “genel hükümler” bölümü tamamlandığı ve artık oylanabilir bir aşamaya geldiğini ifade eder şekilde kendisinden konuyu çalışmasını talep eden Genel Kurula sunulduğu için artık “Tasarı” demeyi uygun görüyoruz.

UHK, 09.08.2001’de “Uluslararası Hukuka Aykırı Fiiller için Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Tasarısı” ile ilgili bir karar alması ve karara Tasarı

---

<sup>177</sup> DUPUY Pierre-Marie, “A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility”, EJIL, 2002, Vol. 13, No. 5, (Multilateral Dimension), s. 1053. Son raportör, 19. maddenin taslaktan çıkartılıp, “suç” kavramını terk etmesinden hemen önce, çalışmanın “uluslararası suç”, “jus cogens” ve “erga omnes” gibi bir bakıma BM Şartının VII. Bölümüyle ilgili sayılabilecek yönleri hakkında birbirine alternatif şu yollara işaret etmiştir: i) mevcut taslak maddeleri içinde bırakma; ii) “olağandışı ciddiyette hukuka aykırı fiiller” (exceptionally serious wrongful act) kavramıyla değiştirme; iii) tam bir (full-scale) devletin ceza sorumluluğu rejimini ayrıntılarıyla getirme; iv) devletin ceza sorumluluğu kavramını reddetme ve v) taslak maddelerinin geneline ve devletin ceza sorumluluğuna ilişkin olası ileriki çalışmalara hanel getirmeksizin, kavramı taslaktan çıkarma. (Doc. A/53/10, Report of the ILC on the work of its fiftieth session, 20 April -12 June and 27 July - 14 August 1998, Official Records of the General Assembly, Fifty-third session, Supplement No.10, Chapter VII, p. 252, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A\\_53\\_10.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_53_10.pdf) (15.05.2006)). Ayrıca bkz. SIMMA Bruno, “The Work of the International Law Commission at Its Fiftieth Session (1998)”, NJIL 67, 1998, s. 447).

<sup>178</sup> UHK çalışmasının uzun bir zaman neticesinde bitirilebilmesinin, konunun siyasî ve düşünsel pek çok tartışmayı içeriyor olmasının dışında, uluslararası toplumun aşırı bürokratik bir yapısının olmasıyla da ilgisi bulunmaktadır. (Bkz. ALLOTT, s. 9 vd.). Yine de UHK’nin ilk okumanın ardından beş yıllık bir sürede (quinquennium) birçok tartışmanın içinden sıyrılarak, Tasarıya son halini vermesi imkânsız başarmak gibi bir şeydir. Tasarının konuyu hem yargısal uygulama, hem devlet uygulamaları hem de uluslararası hukukun ilgili (örneğin, andlaşmalar hukukuna dair) önemli kurallarıyla dengeli şekilde tamamlamasına karşılık, Yorum Belgesi aceleye gelmiş ve bazı açılardan yüzeysel kalmıştır. (WITTICH Stephan, “Current Legal Developments: The International Law Commission’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts Adopted on Second Reading”, 15 LJIL, 2002, s. 918-919).

metnini de eklemesi için Statüsünün 23. maddesi uyarınca<sup>179</sup> BM Genel Kuruluna tavsiyede bulunma kararı aldı. Ayrıca UHK, Genel Kurulun, sonraki bir aşamada, konu ile ilgili bir sözleşme yapılması için tam yetkili temsilcilerden oluşan bir uluslararası konferans toplamasını tavsiye etme kararı aldı<sup>180</sup>. Genel Kurul 12.12.2001 tarihli bir kararla Komisyonun çalışmasını sona erdirmesinden ötürü memnuniyetini dile getirdi ve ilgili Tasarıyı, hükûmetlerin ileriki kabullerine ve diğer ilgili tutumlarına bir hanel getirmeksizin, onların dikkatine sundu<sup>181</sup>. Yine Genel Kurul 02.12.2004 tarihli kararıyla<sup>182</sup>, A/Res/56/83 sayılı kararına gönderme yaparak, konunun devletler arası ilişkilerdeki önemine işaret etti, Tasarı maddelerini bir kez daha hükûmetlerin dikkatine, onların ileriki kabullerine ve diğer ilgili davalarına bir hanel getirmeyeceğini belirterek, sundu. Önceki kararından farklı olarak Genel Kurul, Genel Sekreterden hükûmetleri maddelerle ilgili ileriki herhangi bir tutumu hakkında yazılı yorumlarını sunmaya davet etmeyi talep etti. Yine farklı olarak Genel Kurul, Genel Sekreterden uluslararası divanların, mahkemelerin ve diğer organların ilgili maddelere gönderme yapan ilk kararlarını derlemesini ve hükûmetleri bu bağlamda uygulamalarını bildirmeye davet etmesini talep etti. Yine bu kararda konu, Genel Kurulun 2007'de yapılacak olan 62. oturumundaki geçici gündemine dâhil edildi.

### **E. Uluslararası Hukuk Komisyonunun Getirdikleri**

UHK'nin çalışmasının birincil kuralların tespitinden çok sorumlulukla ilgili ikincil kuralların ve bir yükümlülüğün ihlâlinin çözüm yollarının düzenlenmesine yönelik olduğunu söylemiştik. Üzerinde durulan önemli konuları şu şekilde özetleyebiliriz<sup>183</sup>:

- Uluslararası hukuka aykırı fiil nedir?

---

<sup>179</sup> Statü (Statute of The International Law Commission) metni için bkz. [http://untreaty.un.org/ilc/texts/-instruments/english/statute/statute\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/-instruments/english/statute/statute_e.pdf) (14.05.2006).

<sup>180</sup> 2001 ILC Commentaries, bir kısa tanıtımın verildiği başlangıç paragrafları, p. 72-73.

<sup>181</sup> Karar için bkz. Doc. A/Res/56/83, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/97/PDF/-N0147797.pdf?OpenElement> (14.05.2006). Ek I'de orijinal metni verilmiştir

<sup>182</sup> Karar için bkz. Doc. A/Res/59/35, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/478/36/PDF/-N0447836.pdf?OpenElement> (14.05.2006). Ek II'de orijinal metni verilmiştir.

<sup>183</sup> Bkz. BODANSKY/CROOK, s. 773.

- Bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli ne zaman meydana gelir?
- Bir devlet, devletin dışındaki aktörlerin veya bir diğer devletin fiillerinden ne zaman sorumlu tutulabilir?
- Hangi durumlar hukuka aykırı bir fiili haklı kılar?
- Bir devlet hukuka aykırı bir fiilin giderimi için ne yapmalıdır?
- Hangi devletler uluslararası hukuka aykırı fiil hakkında iddia getirebilme durumundadır?
- Hangi durumlarda hangi karşı önlemlere izin verilmektedir?

2001 Komisyon Tasarısının Birinci Bölümü “Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiili” başlıklı olup, “Genel İlkeler”, “Fiilin Bir Devlete İsnad Edilmesi”, “Bir Uluslararası Yükümlülüğün İhlâli”, “Bir Devletin Bir Diğer Devletin Fiiliyle İlgili Olarak Sorumluluğu” ve “Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Durumlar” olmak üzere beş bölümden oluşmaktadır.

Tasarının İkinci Bölümü “Devletin Uluslararası Sorumluluğunun İçeriği” başlıklı olup, “Genel İlkeler”, “Zararın Giderimi” ve “Genel Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddî İhlâlleri” olmak üzere üç bölümden oluşmaktadır. Tasarının Üçüncü Bölümü “Devletin Uluslararası Sorumluluğunun İşletilmesi” başlıklı olup, “Devletin Sorumluluğuyla İlgili Başvuru” ve “Karşı Önlemler” olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. Tasarının Dördüncü Bölümü ise “Genel Hükümler”den oluşmaktadır.

UHK'nin konuyla ilgili Maddeler Tasarısı, devletin sorumluluğu hukukunun kodifikasyonunun ve tedrici gelişiminin (progressive development) iyi dengelenmiş bir sonucudur. Tasarının çoğu kısmının devletin sorumluluğu üzerine zaten mevcut olan kuralların bir kodifikasyonunu oluşturduğunu söylemekte tereddüt bulunmamaktadır. Özellikle hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumların (the circumstances precluding wrongfulness ) düzenlendiği Birinci Bölümün V. Kısmı uluslararası hukukta pek çok kez göndermeler yapılan belirli ilkelerden oluşmaktadır. Aynı şekilde, isnadiyet (attribution) veya daha genel olarak devletin sorumluluğunun doğması ve giderim ile

ilgili ilkeler mevcut uluslararası örf ve âdet hukukunu yansıtmaktadır. Diğer yandan, kimi hükümler, uluslararası hukuku tedrici olarak gelişimine katkı sağlar ve kimileri de tartışmalıdır. Bunlar bazen Komisyon tarafından da açıkça kabul edilmektedir<sup>184</sup>. Örneğin, genel uluslararası hukukun mevcut durumda devletlere Tasarının 40. maddesi anlamında ciddî ihlâllere karşı işbirliği yapmaya ve bunu hukuka uygun araçlarla sona erdirmeye ilişkin pozitif bir ödev yükleyip yüklediğinin tartışmaya açık olduğu, Komisyon tarafından da belirtilmiştir<sup>185</sup>. Yine, herhangi bir devletin, zarar gören veya ihlâl edilen yükümlülükten yararlanan bir devlet adına sorumluluğu ileri sürebilmesinin yetkilendirildiği m. 48/2 için Yorum Belgesinde, bu ilkenin, “tedrici gelişmeyle ilgili bir önlem” içerdiği belirtilmiştir<sup>186</sup>.

2001 Komisyon Tasarısında kabul edilen hükümler, uluslararası sorumlulukla ilgili genel ilkelerin bir kanunu (code) niteliğindedir. Bunlar, evrensel bir destek olmasa da, devletlerin geniş ölçüde üzerinde uzlaştıkları ilkelerdir. Ancak, örneğin, genel uluslararası hukukun emredici normlarının ciddî ihlâllerinin düzenlendiği m. 40 ve m. 41 hükümleri üzerinde tartışma sürmektedir<sup>187</sup>. Ayrıca, genel anlamda uluslararası sorumluluk konusu, halen bazı açılardan, örneğin hukukça yasaklanmayan sınır aşan faaliyetlerden doğan zararlardan devletin sorumluluğu, uluslararası örgütlerin kendilerine özgü sorumluluk durumları, yabancıların yatırımları hakkında çıkan uyuşmazlıklarda gündeme gelen devletin sorumluluğu konuları, halen tamamlanmış ilkelere göre yürütülmemektedir. Ancak bu konularda da bazı geleneksel uygulamalar bulunduğu söylenebilir.

UHK'nin uzun süren çalışması, Komisyonun devletin sorumluluğuyla ilgili ilkeleri kodlaştırırken, uluslararası toplumdaki ve uluslararası hukuktaki gelişmeleri de sürekli göz önünde tutmasını gerektirmiştir. Uluslararası hukukta iddialar bakımından başvuru yeri olarak özellikle uzmanlaşmış (specialized) rejimlere doğru bir eğilim görülmektedir. Örneğin, Dünya Ticaret Örgütünde, bölgesel insan hakları örgütlerinde,

---

<sup>184</sup> WITTICH, s. 917-918.

<sup>185</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 41, p. 3.

<sup>186</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 48, p. 12.

<sup>187</sup> McCORQUODALE/DIXON, s. 404.

iki taraflı yatırım andlaşmalarında ve çevrenin uluslararası alanda korunmasıyla ilgili belgelerde çeşitli başvuru ve koruma yolları düzenlenmiştir. Bunlar kendi uyumsuzluk çözüm yöntemlerine sahip olduğu gibi, kendi özel hukuklarına da (*lex specialis*) sahiptir. Uluslararası hukuktaki bu uzmanlaşma ve dağılma, Komisyonun sorumluluğa dair genel bir hukuk projesinin günün koşullarına tam anlamıyla uymasına engel olmuştur. Bununla birlikte, genel kuralların, bu özel düzenlemeler ve çözüm yolları bakımından boşluk doldurucu ve birleştirici bir etkisi yine de olabilecektir<sup>188</sup>. Ayrıca, bazı yazarlara göre asıl tehlike, Komisyonun devletin sorumluluğu üzerine çalışmasının etkisinin az olması değil, çok etkili olmasıdır. Bu yönde Caron, andlaşma benzeri düzenlemeler içeren Tasarının, önemli meselelerde diğer kaynakların yokluğuyla da birleşince, karar mercileri için ilgili uluslararası hukuk kuralının varlığını ispatlamaktan çok, maddeleri harfi harfine uygulamaya elverişli sayılmasını bir eleştiri olarak belirtmiştir. Yazar, özellikle özel düzenlemenin araştırılmasında ısrar edilmesinden yanadır<sup>189</sup>.

Her şeye rağmen UHK Tasarısının önemli bir kazanım olduğu görmezden gelinemez. Ancak bu, Tasarının, uluslararası hukukun konuyla ilgili bütün karmaşık alanları için çözüm getirdiği anlamına gelmez. Yine devlet uygulamalarının açık olan konulara ne zaman ve nasıl yanıt bulacağı da şu aşamada açık değildir<sup>190</sup>.

2001 Komisyon Tasarısı hükümleri için iki alternatif seçenek düşünülebilir: devletin sorumluluğuna dair bir sözleşme yapılması veya BM Genel Kurul tarafından kabul edilmesi. Sözleşme olarak bu maddelerin düzenlenmesi durumunda devletler nihai bir belge içinde buluşmuş olacaklardır. Bir çok taraflı andlaşma şeklinde hükümlerin benimsenmesi, bu hükümlere güç ve süreklilik katacaktır. Örneğin UHK'nin çalışması üzerine kabul edilen Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, hem güçlü bir etkiye hem de taraf olmayanlar için örf ve âdet niteliğinde sürekli bir etkiye sahiptir. Diğer yandan

---

<sup>188</sup> BODANSKY/CROOK, s. 774.

<sup>189</sup> CARON David D., "The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority", AJIL, 2002, Vol. 96, s. 872.

<sup>190</sup> Remarks by KLEIN Pierre, "The State of State Responsibility", (Pierre Klein; Laurence Boisson de Chazournes; Xue Hanqin; David D Caron), ASIL, Proceedings of Annual Meeting, 2002, ABI/INFORM Global, s. 168.

Genel Kurul tarafından bu hükümlerin kabulü daha bir esneklik sağlayıp, konunun hukukî gelişiminin sürmesine imkân verebilecektir<sup>191</sup>.

Mevcut Tasarıyı düzenleyen UHK, BM Genel Kurulu tarafından uluslararası hukukun aşamalı gelişimini ve kodifikasyonunu sağlamak için kurulan bir uzmanlar kuruluştur. BM Genel Kurulunun kararları devletlerin büyük çoğunluğunun görüşlerini gösterir, ancak tam bir hukukî bağlayıcılığı yoktur. Ayrıca Genel Kurul gibi devlet temsilcilerinden oluşmadığı için, Komisyonun ilgili çalışması, ancak UAD Statüsü m. 38/2 bağlamında en yetkili müelliflerin doktrinleri çerçevesinde, uluslararası hukukun tamamlayıcı kaynakları arasında sayılmalıdır<sup>192</sup>. Tasarının Yorum Belgesi (Commentary) ise Tasarıdaki pek çok belirsizliğin aydınlatılması için gerekli olup, Yorumda ayrıca madde metninde düzenlenmemiş bazı durumlara da maddenin yorumlanmasına yardımcı olacak şekilde işaret edilmektedir. Örneğin Tasarı isyancı hareketlerin fiillerinin devlete isnad edilmesine ilişkin 10. maddeyle ilgili olarak Yorum metninde, “ulusal uzlaşma hükûmeti” (government of national reconciliation) kurulması durumunda, söz konusu maddenin artık uygulanmaması gerektiği belirtilmiştir. Ancak maddenin lafzından bu sonuca varmak Yorum Belgesi olmaksızın mümkün olmazdı<sup>193</sup>. Mevcut durumda Yorum Belgesinin de Tasarı hükümleri benzeri bir etkiye sahip olabileceği düşüncesindeyiz. Ancak Tasarının bir sözleşme olarak kabul edilmesi durumunda, Yorum Belgesinin bağlayıcılığı bulunmamakla beraber maddelerin anlaşılmasında, yorumlanmasında, içeriğinin tespit edilmesinde tamamlayıcı bir etkiye sahip olabilecektir.

Komisyon Tasarısının bir uluslararası andlaşma olarak yürürlüğe girmesi durumunda, andlaşma, tarafları için bağlayıcı etkiye sahip olurken, uluslararası örf ve âdet hukukunu oluşturan devlet uygulamalarında, hukukçuların ve karar organlarının

---

<sup>191</sup> CRAWFORD/PEEL/OLLESON, s. 969.

<sup>192</sup> Bkz. AMERASINGHE, s. 30-32.

<sup>193</sup> BODANSKY/CROOK, s. 789.



uluslararası hukukun mevcut durumu ve gelecekteki rotası üzerine tartışmalarında ve uluslararası toplumun üyelerine verilen hukukî tavsiyelerde başlıca etken olacaktır<sup>194</sup>.

## V. DEVLETİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞUNUN DAYANAĞI

Genel anlamda sorumluluğun dayanağının, sadece kural koyucunun veya yargısal uygulamanın “bütün zararları giderme” iradesi olduğunu düşünmekten kaçınılmalıdır<sup>195</sup>. Sorumluluğun dayanağı, sorumluluk doğuran fiil kavramından daha geniş olup, bir felsefi anlayıştan beslenerek, hukuk dışı düşünceleri ve değerlendirmeleri de içerebilen bir kavramdır<sup>196</sup>. Bizce de sorumluluğun dayanağı: i) bir ölçüde pozitif hukuk düzenlemelerinde bulunabilir; ii) hukukî düzenlemelerle ve düzenleme politikasıyla sınırlı olarak düşünülmeyp, hukuk dışı disiplinler, düşünceler devreye girebilir; iii) sorumluluk tanımlamalarında en belirgin öğelerden biri olan giderimle sınırlı düşünülmebilir.

Devletin sorumluluğu, pozitif kurallarla ve bir fiilin haklar ve borçlar doğuran kurallar referans alınarak hukuka aykırı olarak nitelendiği varsayımıyla birlikte uluslararası hukukun bir genel ilkesi olarak kabul edilebilir. Bu bakımdan sorumluluk hukuku hukuka aykırı bir fiilin gerçekleşmesi ve fiilin sonuçlarıyla, özellikle uğratılan kaybın giderilmesiyle ilgilidir<sup>197</sup>.

Devletin sorumluluğu, uluslararası hukuk sisteminin doğasından, devletin egemenliği ve devletlerin eşitliği öğretilerinden kaynaklanan temel bir uluslararası hukuk ilkesidir<sup>198</sup>.

Uluslararası hukuk sistemi, devletlerin egemenliğinin tanınmasından onların ülke bütünlüğünün korunmasına kadar, onlara önemli yararlar sağlamaktadır. Bu sebeple, bu

---

<sup>194</sup> ALLOTT, s. 1.

<sup>195</sup> KOÇHİSARLIOĞLU Cengiz, Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, Dicle Hukuk Fakültesi Dergisi, 1984, S. 2, s. 241.

<sup>196</sup> Bkz. POYRAZ, s. 101.

<sup>197</sup> BROWNLIE, International Law, s. 420.

<sup>198</sup> SHAW, s. 541.

sistemin işletilmesine devletler, rızalarıyla uygun hukukî yükümlülükler kabul ederek katılmak durumundadırlar. Yine devletler, diğer uluslararası hukuk kişileri ve uluslararası toplum üzerinde etkisi olan faaliyetleri için sorumluluk da üstlenmelidir. Yargıç Huber'in *Spanish Zone of Morocco Davalarında* belirttiği gibi, sorumluluk, bir hakkın zorunlu doğal sonucudur. Bir uluslararası niteliği bulunan bütün haklar uluslararası sorumluluk içerir<sup>199</sup>. USAD *The Factory at Chorzów (Chorzow) Davası* ile ilgili hem 26.07.1927 tarihli yargılamasında hem de 13.09.1928 tarihli kararında bu durumu açıkça belirtmiştir. Buna göre bir uluslararası taahhüt ihlâl edildiği zaman, yeterli bir şekilde bunu gidermek, bir uluslararası hukuk ilkesidir; dolayısıyla giderim (reparation), bir sözleşmenin uygulanmasında, bu sözleşmede yazılı olmasına gerek olmaksızın zorunlu bir tamamlayıcı (complement) koşuldur<sup>200</sup>. Bu ilke Grotius tarafından da ifade edilmiştir. Ona göre, bir haksız eylem (hukuka aykırı fiil) yüzünden zarar verilmişse, doğal hukuk uyarınca bir yüküm de doğmaktadır, daha açık bir ifadeyle bu zararı gidermek zorunlu olmaktadır<sup>201</sup>.

Özel raportör Ago'nun ikinci raporunda bizim de katıldığımız şekilde, uluslararası hukuka aykırı bir fiilin uluslararası sorumluluğu gerektirmesine ilişkin temel ilkenin varlığının gerekçesinin, genellikle bir uluslararası hukuk düzeninin varlığında ve onun özneleri üzerinde bir tarz empoze eden yükümlülüğün doğasında bulunduğu belirtilmiştir. Şurası açıktır ki, eğer geçmişte yapıldığı gibi devletin mutlakiyeti savunularıyla devletin sorumluluğu düşüncesinden kaçınılmaya kalkılırsa, bir uluslararası hukuk düzeninin varlığını da reddetmek gerekecektir<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> Bkz. McCORQUODALE/DIXON, s. 403.

<sup>200</sup> Jurisdiction, 1927, PCIJ Series A, No. 9, s. 21, [http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie - A/A\\_09/28 Usine de Chorzow Competence Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie - A/A_09/28 Usine de Chorzow Competence Arret.pdf) (12.02.2006); Merits, 1928, PCIJ Series A, No. 17, s. 29, [http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie A/A\\_17/54 Usine de Chorzow Fond - Arr-et.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie A/A_17/54 Usine de Chorzow Fond - Arr-et.pdf) (12.02.2006).

<sup>201</sup> GROTIUS Hugo, Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli ac Pacis), Çev. Seha L. MERAY, Ankara 1967, s. 122.

<sup>202</sup> Doc. A/CN.4/233, Second report on State responsibility, by Roberto Ago, Special Rapporteur - the origin international responsibility, 22nd session of the ILC (1970), p. 13, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_233.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_233.pdf) (01.05.2006).

Uluslararası hukuka aykırı fiil ile sorumluluk arasındaki bağıntının kapsamı ve anlamı, Grotius tarafından da ifade edilmiştir. Buna göre, fiilin zarar vermesi (maleficium) hukukî yükümlülüklerin bağımsız bir kaynağıydı. Bugünkü hukukî terimlerle ifade edilecek olursa, burada, devletler arasındaki hukuka aykırı fiillerin, ortaya çıkmasından önce mevcut ilişkilerden ayrı bir hukukî münasebet doğuracağı söylenmek istenmiştir<sup>203</sup>.

Uluslararası sorumluluğun dayanağı, bir devletin bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâlinden önce bir kastı (intention) veya savsaklamayı (negligence) gerektiren “kusur” (fault) temelinde aranabildiği gibi, salt bir yükümlülüğün ihlâlinin anlamında objektif bir davranışın bulunması temelinde de aranabilmiştir. Ancak çeşitli iç hukuk sistemlerinde bilinen sorumluluk modellerinin uluslararası hukuk için her zaman uygun düşmeyeceği açıktır. Bu bakımdan uluslararası sorumluluğun bütün durumlar için geçerli tek bir dayanağı olduğunu söylemek zor gözükmektedir. Burada sorumluluğun dayanağı daha çok somut olaydaki yükümlülüğün niteliğine bağlı olacaktır<sup>204</sup>.

Uluslararası sorumluluğun dayanağını, devletlerin kendi yapısında ve uluslararası toplumda aramak gerekmektedir. Buna uygun olarak devletin kendine özgü yapısını takiben, aynı devletlerin şeklen bağımsızlığı ve sözleşme yapma yetkisi gibi, devletler arasında hukukî eşitlik ilkesi, uluslararası sorumluluğun dayandığı temeldir. Ahde vefa ilkesine uyulmaması, bir başka deyişle bir hukukî yükümlülüğün ihlâli, eşitler arasında kabul edilemez. Çünkü hiçbir devlet, hukuken bir diğerrinin üzerinde değildir ve ihlâlle zarar gören eşitlik durumunu yeniden tesis etmek için diğerr devletleri ihlâlin yol açtığı hasarın giderilmesine zorlayamaz. Uluslararası hukukun iç hukuktan ayrıldığı en önemli noktalardan biri de budur. Devletlerin hukuken eşit olduğu ilkesinden çıkan bir sonuç da, bir yükümlülüğün ihlâlinde devletin sorumluluğunun doğması bakımından hiçbir devlete istisna yapılamamasıdır<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Doc. A/CN.4/233, p. 14.

<sup>204</sup> JENNINGS/WATTS, s. 508-509.

<sup>205</sup> LYSÉN, s. 54.

Sonuç olarak, aslında en temel ifadesiyle sorumluluğun “bir zararın giderilmesi” anlamına gelmesine rağmen, zarar konusunda ileride de inceleyeceğimiz süregelen tartışma dolayısıyla, uluslararası hukukta her sorumluluk durumu için bir hukukî dayanak bulmak zor gözükmektedir. Ayrıca, örneğin, devletin uluslararası hukukun yasaklamadığı fiillerden doğan sorumluluğunu, çalışmamızın temelini oluşturan hukuka aykırı fiile dayanan sorumlulukla aynı temelde düşünme olanağı bulunmamaktadır. Ancak uluslararası hukukta bütün sorumluluk durumları için son bir tahlille bir müşterek temel aranacaksa, onun, uluslararası hukukun ve bir uluslararası hukuk düzeninin varlığı olabileceğini düşünmekteyiz. Aynı şekilde bu hukuk düzeninin varlığını koruma ve sürdürme bilinci, sorumluluğun bir anlamda “sorumluluk üstlenme” olması dolayısıyla, uluslararası sorumluluğun dayanağı olarak düşünülebilir. Bu düşüncede hem uluslararası hukuka aykırı fiile dayanan sorumluluk hem de uluslararası hukukun yasaklamadığı fiillerden doğan sorumluluk bir hukukî dayanak bulabilir. Ayrıca bunun, pek çok yargı ve hakemlik kararları veya devletlerin kendiliklerinden üstlendikleri sorumluluk durumları ile birlikte, uluslararası hukukun varlığı tartışmaları karşısında uygun bir karşılık olabileceği de açıktır. Aslında bu düzenin amacının ona bağlı kişilerin korunması ve varlıklarını sürdürmesi olsa da, bir hukuk düzeninin korunmasının ve sürdürülmesinin, daha üstün bir bütünlük arz etmesi sebebiyle, bazen o düzenin kişilerinin korunması ve varlıklarının sürdürülmesinden de önemli olabileceği söylenmelidir. Böylece uluslararası toplumda hukukun üstünlüğü sağlanmış olur.

## **VI. DEVLETİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞUNUN NİTELİĞİ**

Devletin uluslararası sorumluluğun niteliği, aslında ileride ayrı bir başlık altında inceleyeceğimiz “Sorumluluğun Gerekmesi” konusuna, bir başka deyişle, “sorumluluğun sonuçları” konusuna girmektedir. Nitekim örneğin Oppenheim’da “sorumluluğun niteliği” (nature of state responsibility) başlığı altında, daha çok

sorumluluğun ne gibi sonuçlar ortaya çıkardığı üzerinde durmuştur<sup>206</sup>. Burada daha çok teorik düzeyde kısa bir inceleme yapılacaktır.

Uluslararası sorumluluğun hukukî niteliğinin her şeyden önce iç hukuk anlamında suç temeline dayanmadığını söylemeliyiz. Sorumluluk hem andlaşmaların ihlalleriyle hem de diğer hukukî yükümlülüklerin ihlalleriyle ilgilidir. Bu bakımdan uluslararası hukukta sözleşme veya ceza sorumluluğu gibi ayrımlar bulunmamaktadır. Bununla birlikte uluslararası hukuka aykırı fiilin neticesi olarak giderim yükümlülüğünün doğması, iç sistemlerde özel hukuktaki ihlallere benzer bir kavram özelliği göstermektedir. Ayrıca iddiaların getirilmesi kişiseldir (in personam) ve taraflar kendi iddialarından da vazgeçebilmektedirler<sup>207</sup>.

Görüleceği gibi, devletlerin sorumluluğu geleneksel uluslararası hukukta, ceza sorumluluğu dışında düşünülmüştür. Ancak uluslararası hukukun gelişiminin bir sürecinde ortaya çıkan “uluslararası ceza sorumluluğu” kavramının, geleneksel olarak devletin hukukî (civil) sorumluluğu yöneten ilkeler üzerinde etkisi olmuştur. Suç fiili (criminal act) ve daha olağan hukuka aykırı fiil ayrımını yapmak her zaman kolay olmamakla birlikte, bazen ayırım netleşmektedir. Bir yabancıya karşı adaletten kaçınılmasının veya devlet ile yabancı gerçek veya tüzel kişiler arasındaki sözleşmelerin yerine getirilmemesi örneklerinin bir suç olarak nitelenmesi söz konusu olmamakla birlikte, soykırım, insanlığa karşı suç gibi temel insan haklarının belirli ihlallerinin devletin ceza sorumluluğunu gerektireceği ileri sürülmüştür<sup>208</sup>.

Yakın bir geçmişe kadar sorumluluk teorisinin tekliği, hem öğretinin büyük çoğunluğu tarafından, hem uygulamada destek bulmaktaydı. Şu halde ise ceza ve giderici (reparatory) unsur arasında yapılan ayırımın pozitif hukuk alanına girdiği söyleme imkânı bulunmasa da, gittikçe artan bir şekilde tasarlanır olmuştur. Yine de uluslararası sorumluluğun “hukukî” niteliği üzerinde üniter bir yapı, kuvvetlerin yan

---

<sup>206</sup> Bkz. JENNINGS/WATTS, s. 500-502.

<sup>207</sup> BROWNLIE, International Law, s. 421.

<sup>208</sup> Bu yönde bkz. GARCÍA-AMADOR, s. 345.

yana bulunduğu bir uluslararası toplumda devletler arasında hâkim anlayışı yansıtır<sup>209</sup>. Bu son görüş ve daha önce “Uluslararası Suçlar Dolayısıyla Ceza Sorumluluğu” başlığı altındaki incelememiz çerçevesinde bugün için devletin sorumluluğunun ceza sorumluluğu dışında tutulduğunu ve tutulması gerektiğini; ancak hukuka aykırı fiilden zarar gören devletin özel olarak veya genel olarak uluslararası toplumun üyelerinin, ihlâl dolayısıyla sadece giderim arama dışında, ihlâl karşı bazı tepkilerinin olabileceğini söylemeliyiz.

UAD’ın *Corfu Channel (Korfu Boğazı) Davasında*, yargıç Krylov, karşı görüşünde, gerek Roma hukukunun gerekse çağdaş özel hukukun ve ceza hukukunun terimlerinin uluslararası hukukta da kullanılabilmesini, ancak belirli bir esnekliğin göz önünde tutulup, ince ayrımlardan kaçınılması gerektiği belirtmiştir. Zira bazen iç hukukta rastlanan terimlerin uluslararası hukuka aktarılmasına ihtiyaç yoktur<sup>210</sup>. Bu ifade uluslararası hukukun özgünlüğünü ortaya koymaktadır. Bu gerekçeyle, biz de çalışmamızda iç hukukta temel bir yeri olan “suç” veya “haksız fiil” kavramlarını kullanmaktan özellikle kaçınmaktayız. İlk terimin uluslararası hukuka uygulanabilirliği sorusuna, bazı fiillerin şiddeti ve ciddiyeti bakımından diğerlerinden ayrılabilmesine rağmen, “devletin ceza sorumluluğu” gibi bir kurumsallaşma ve pozitif hukuk temelinde bir kabul olmaması dolayısıyla, olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Bir başka deyişle, sorumlu devlet için açıkça ayrı bir rejim öngörülmeven hukuka aykırı fiiller için “suç” gibi ayrı bir terim kullanmaya gerek duymamaktayız. “Haksız fiil” teriminin uygulanabilirliği için de, bunun daha çok özel hukuk alanlarında sözleşmeden kaynaklanmayan ve sebepsiz zenginleşmeden de doğmayan sorumlulukları karşılamak için kullanılması, uluslararası hukukta ise normun kaynağına göre ayrı sorumluluk rejimleri öngörülmemesi dolayısıyla, yine olumsuz yanıt vermek gerekecektir. Bu konular ileride muhtelif başlıklar altında öğretilerdeki görüşler ve hukukî belgelerdeki ifadeler kapsamında değerlendirilecektir.

---

<sup>209</sup> DUPUY Pierre-Marie, “Dionisio Anzilotti and The Law of International Responsibility of States”, EJIL, 1992, Vol. 3, No. 1, (Anzilotti and Responsibility), s. 147.

<sup>210</sup> ICJ Reports 1949, Dissenting opinion of Judge Krylov, s. 71, [http://www.icj-cij.org/icjwww/icses/-icc/icc\\_ijudgment/ICC\\_ijudgment\\_19490409\\_krylov\\_translation.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/icses/-icc/icc_ijudgment/ICC_ijudgment_19490409_krylov_translation.pdf) (21.05.2006).

Sonuç olarak, hukuka aykırı fiillerin ciddiyet derecesine göre gündeme gelen ve bazı devletler ve yazarlar tarafından da olumlu karşılanan “suç” ve “cünha”<sup>211</sup> (delict) ayrımı uluslararası hukukun tedrici gelişmesiyle ilgili olup, yine de uluslararası sorumluluğun ne “hukukî” ne de “cezaî”, ancak “uluslararası” olduğu üzerinde pek az görüş ayrılığının bulunduğu söylenmelidir<sup>212</sup>. Yine de bazı yazarların, sorumluluğun niteliğinin bugün için “uluslararası” ve “sui generis” olsa da, hukukun ileriki gelişmesinde hukuk ve ceza sorumluluğu ayırımına gidilebileceğine işaret ettiği de hatırdan tutulmalıdır<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> Pazarıcı'nın, devletler bakımından suç sayılmayan fiilleri nitelendirmede kullandığı terimdir. (Bkz. PAZARCI, Dersler III, s. 154). Biz de çalışmamızda aynı anlamda bu terimi kullanabileceğiz.

<sup>212</sup> SIMMA, s. 446-447.

<sup>213</sup> Bkz. Doc. A/53/10, Chapter VII, p. 284.

## İKİNCİ BÖLÜM

### ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRI FİİL

#### (Internationally Wrongful Act)

#### I. GENEL OLARAK

##### A. Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilin Unsurları

“Bir devletin her uluslararası hukuka aykırı fiili devletin uluslararası sorumluluğunu gerekli kılar<sup>214</sup>.” Uluslararası hukuka aykırı fiilin iki temel unsuru ise, 2001 Komisyon Tasarısı m. 2’de belirlenmiştir. Buna göre, bir hareketten veya ihmalden doğabilen bir uluslararası hukuka aykırı fiilden söz edebilmek için, fiilin:

- i. uluslararası hukuk bakımından devlete isnad edilebilir olması ve
- ii. devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlâlini teşkil etmesi

gerekmektedir<sup>215</sup>.

Bu iki unsurun hem bir arada bulunması gerekmektedir, hem de bunlar sorumluluğun doğması için yeterli koşullar olabilmelidir. Zira Brownlie’nin de belirttiği gibi, devletin sorumluluğu hakkında geniş formüller, hem yararsız olacak hem de önerilecek diğer koşulların meseleyi iç hukuka benzetmesi olasılığıyla birlikte, karışıklığa yol açabilecektir<sup>216</sup>.

Hemen burada bu unsurlarla beraber bir tanım yapmak gerekirse, uluslararası hukuka aykırı fiil, bir devlete isnad edilebilir şekilde bu devletin bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâl etmesi anlamına gelmektedir. Böyle nitelendirilen bir fiil devletin

---

<sup>214</sup> 2001 Komisyon Tasarısı m. 1: “Every internationally wrongful act of a state entails the international responsibility of that state.”

<sup>215</sup> Bir uluslararası hukuka aykırı fiil bulunması, dolayısıyla uluslararası sorumluluğun doğması için bu iki unsurun bulunması gerektiği konusunda öğretinin bir uzlaşısı içindedir. (JIMÉNEZ/TANZI, s. 348).

<sup>216</sup> Bkz. BROWNLIE, Responsibility, s. 36.



uluslararası sorumluluğuna yol açar. Devletin fiilinin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi ise ileride inceleyeceğimiz gibi uluslararası hukuk tarafından takdir olunur. Bu iki unsurun yanı sıra devletin sorumluluğu hakkında “kusur”, “zarar”, “nedensellik bağı” gibi koşullar da aranabilmektedir. Biz de çalışmamızda bu diğer unsurları da ayrı başlıklar altında değerlendireceğiz. Ancak şimdilik, diğer unsurların, “bir yükümlülüğün ihlâli” ve “fiilin devlete isnad edilebilirliği” unsurlarının yanında tartışmalı olduğunu söylemeliyiz.

Uluslararası hukuka aykırı fiilin iki unsurunun da bir arada bulunması gerektiği, gerek uluslararası yargı kararlarında gerekse hakemlik kararlarında benimsenmiştir. *USAD Phosphates in Morocco (Fas Fosfatları) Davası*na ilişkin 14.06.1938 tarihli kararında, fiilin bir devlete bağlanabildiği ve bunun bir devletin andlaşmadan doğan bir hakkına aykırı olduğu belirlenirse, bu iki devlet arasında derhal uluslararası sorumluluk kurulacağını belirtmiştir<sup>217</sup>. UAD da *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Davasına (Tahtan'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin Dava)* ilişkin 24.05.1980 tarihli kararında, ilk olarak fiilin İran'a isnad edilebilir olması bakımından ne kadar uzak olduğunun belirlenmesi, ikinci olarak yürürlükteki andlaşmalar ve olaya uygulanabilir diğer uluslararası hukuk kuralları bağlamında İran'ın yükümlülüklerine uygun hareket edip etmediğinin incelenmesi gerektiğini belirtilmiştir<sup>218</sup>.

Öğretide pek çok yazar tarafından uluslararası hukuka aykırı bir fiilin unsurlarından isnadiyetin subjektif unsur, yükümlülüğün ihlâlinin ise objektif unsur olduğu ileri sürülmüştür. Bu ayırım, ilkinde meselenin, davranışı devlete bağlanan bireyin haksız (wrongful) bir niyetinin (intent) veya savsaklamasının (negligence), bir başka deyişle kusurunun (fault) bulunmasının devletin sorumluluğunun doğması için gerekli olup olmadığı üzerinde gelişirken, ikincisinde meselenin, hukuka aykırı bir fiilden kaynaklanan zararın devletin uluslararası sorumluluğu için gerekli olup olmadığı

<sup>217</sup> PCIJ, Series A/B, No. 74, s. 28, [http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie\\_AB/AB\\_74/01\\_-\\_Phosphates\\_du\\_Maroc\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_AB/AB_74/01_-_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf) (12.02.2006).

<sup>218</sup> ICJ Reports 1980, p. 56, [http://www.icj-cij.org/icjwww/icasir/iusir\\_ijudgment/iusir\\_iJudgment\\_-\\_19800524.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/icasir/iusir_ijudgment/iusir_iJudgment_-_19800524.pdf) (12.02.2006).

üzerinde tartışma olmasından kaynaklanmaktadır<sup>219</sup>. Ancak 2001 Komisyon Yorumunda böyle bir terminolojiden özellikle kaçınıldığı belirtilmiştir. Zira bir kuralın ihlâli için söz konusu devlet ajanlarının ya da organlarının bazı bilgilere veya niyetlere sahip olmaları aranıyor olabilir<sup>220</sup>. Bu da, sübjektif olarak nitelenebilecek bir araştırmayı gerektirecektir. Sorumluluğun objektif ya da sübjektif oluşu, birincil yükümlülüklerin içeriği dâhil, somut olaydaki koşullara göre değişebilir. O hâlde mesele, birincil kuralların yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgilidir<sup>221</sup>. UHK de bu sebeple bu konuda genel kurallar getirmekten özellikle sakınmıştır. Aslında Komisyonun hukuka aykırı fiil bakımından ne objektif ne sübjektif bir temel getirdiği söylenebilir. Burada fiilin hukuka aykırılığının kasta, kusura, özen eksikliğine vs. dayanıp dayanmadığının birincil kurallara göre çözüleceğine işaret edilmekle yetinilmiştir. O halde Tasarı hükümlerinin, uluslararası hukuka aykırı fiil bakımından sübjektif değerlendirmelerin olabileceğini de yadsımadan, bu konuda nötr olduğu söylenebilir<sup>222</sup>.

## **B. Uluslararası Sorumluluğun Gerekmesi**

Bir devletin her uluslararası hukuka aykırı fiilinin devletin uluslararası sorumluluğunu gerektireceğine ilişkin ilke, salt henüz uluslararası hukuk kişileri tarafından onaylanmamış bir tasarı hükmü olmaktan öte, bir hukukun genel ilkesi niteliğindedir. Aksi takdirde uluslararası alanda bir hukuk düzeninin varlığından söz edilemez. Nitekim Özel Raportör Ago UHK'ye sunduğu ikinci raporunda, uluslararası hukuk teorisinde kökleşmiş şekilde yargı kararlarında ve devlet uygulamalarında benimsenen ilkelerden birinin, uluslararası hukukun hukuka aykırı bir fiil olarak nitelendirdiği bir devlet davranışının uluslararası hukukta o devletin sorumluluğunu gerektirmesi olduğunu belirtmiştir. İlke üzerinde görüş birliği bulunmakla birlikte, hukuka aykırı fiilin doğuracağı yeni hukukî münasebetin ne olduğu ve buradaki hukukî

---

<sup>219</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 348.

<sup>220</sup> Örneğin, Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme m. 2'de, "İşbu sözleşmede, soykırım, millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubu kısmen veya tamamen imha etmek amacıyla aşağıdaki fiillerden herhangi birinin irtikâp olunması demektir." hükmü getirilmiştir. (Bkz. GÜNDÜZ, s. 325).

<sup>221</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 2, p. 3. Biz de çalışmamızda "zarar" ve "kusur" kavramlarını ileride, yine bu Bölüm altında inceleyeceğiz.

<sup>222</sup> BODANSKY/CROOK, s. 782.

durumlar üzerinde tartışma bulunmaktadır<sup>223</sup>. Aslında sorumluluğun sonuçları konusuyla ilgili olmasına rağmen, çalışmamız boyunca kullanacağımız “sorumluluğun gerekmesi” ifadesinin belirli bir şekilde ortaya konması gerekliliği dolayısıyla bunun ne anlama geldiğini inceleyeceğiz.

Belirttiğimiz gibi, uluslararası hukuka aykırı bir fiilin, fiilin ika edilmesinden önce mevcut olan ilişkilere uluslararası hukuka dayalı yeni bir ilişki getirdiği kabul edilmektedir. Ancak, bu yeni ilişkinin belirlenmesi konusunda öteden beri farklı görüşler ileri sürülmüştür<sup>224</sup>. Anzilotti’yle anılan bir yaklaşıma göre, uluslararası hukuka aykırı fiilden doğan hukukî sonuç, fiilden zarar gören devlete zararın tazmin edilmesine ilişkin “özel bir hak” getiren ve fiili ika eden devlete de zararı tazmin etme yükümlülüğü yükleyen iki taraflı bir hukukî ilişkinin doğmasından ibarettir. Kelsen’le anılan bir diğer yaklaşıma göre ise, bir hukuk düzeni zorlayıcı bir düzen olduğundan, uluslararası hukuka aykırı fiilden doğrudan çıkan sonuç, fiilin zarar gören devlete sorumlu devlete karşı zorlayıcı bir yaptırıma başvurma hakkı vermesidir. Hâkim olan üçüncü yaklaşıma göre ise, uluslararası hukuka aykırı bir fiilin sonuçları yaptırımla ya da tazminatla sınırlanamaz, fiil, duruma göre farklı türde sonuçlara yol açabilir<sup>225</sup>.

Sonucu görüşe bağlamında, bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli, bu devletin uluslararası sorumluluğuna yol açar ve bu sorumluluk, bu devletin bir giderim yükümlülüğünü veya zarar gören devletin bir düzeltme arama veya karşı önlemlere başvurma hakkını veyahut belirli durumlarda uluslararası toplumun bir bütün olarak hukuka aykırı bu fiile belirli yöntemlerle karşılık verme yükümlülüğünü ortaya çıkarır. Bir uluslararası hukuka aykırı fiilin en olağan sonucu, bu fiilden zarar gören devletin fiili

---

<sup>223</sup> Doc. A/CN.4/233, p. 12, 15.

<sup>224</sup> Bu konuda görüşler ve tarihî gelişim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TUNKIN, s. 385-425. Aslında uluslararası hukuka aykırı fiile dayanan uluslararası sorumluluğun gerekmesi, uluslararası sorumluluğun sonuçları ve şekilleri konusuna girip, uluslararası sorumluluğun hukukî niteliğinin ne olduğu konusuyla da yakında ilgilidir. Uluslararası sorumluluğu, zarar gören devlet ile bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâlle zarara sebep olan devlet arasında ceza veya ceza benzeri bir yaptırım niteliğinde sayanlar olduğu gibi, bir özel hukuk ilişkisinin ihlâli halinde doğan maddî veya manevî yollardan bir giderim yükümlülüğü olarak sayanlar da olmuştur. Uluslararası hukukun varlığı ve kendine özgülüğü dolayısıyla, ağırlıklı olarak iç hukuktan türetilen nitelemelerin, uluslararası sorumluluk kurumunu ve onun hukukî niteliğini tamamiyle açıklamaya yetmeyeceği düşüncesindeyiz.

<sup>225</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 1, p. 3.

ika eden devletin ihlâl ettiği yükümlülüğü yerine getirmesini sağlamak veya bu devletten giderim elde etmek için uluslararası hukukta öngörülen önlemlere ve prosedürlere kendiliğinden başvurmasıdır. Bunun dışında giderim veya diğer sonuçlara ilişkin yollar bir devletin tarafı olduğu bir andlaşmada da öngörülmüş olabilmektedir<sup>226</sup>. Bu bakımdan uluslararası hukuk kurallarının ihlâllerinin hukukî sonuçları, pek çok şekil alabilir ve sadece yükümlülüğünü ihlâl eden devleti değil, zarar gören devleti, diğer devletleri ve uluslararası örgütleri de etkileyebilmektedir. Bu sonuçlar ihlâlin niteliğine bağlı bulunup, sebep olunan zararın tazmin edilmesi yükümlülüğünü, zarar görenin uluslararası hukuk tarafından izin verilen bazı önlemler uygulama hakkını, diğer devletlerin zarar gören devlete yardımda bulunma hakkını ve belki bir uluslararası örgütün söz konusu ihlâli yapan devlete karşı belirli faaliyetler üstlenme yükümlülüğünü içerebilir<sup>227</sup>.

Cassese, geleneksel uluslararası hukukta bir uluslararası kuralla yüklenen bir yükümlülüğü ihlâl eden devletin bundan sorumlu olacağına ve bu devletin giderimde bulunma zorunluluğu bulunduğuna işaret etmiştir. Ayrıca zarar gören devletin, ihkak-ı hakka (self-help) başvurma yetkisi bulunur. Böylece bu devlet, hukuka aykırı fiili düzeltmek veya bu fiili yapan devleti cezalandırmak amacıyla, savaş ve silahlı karşılık gibi zorlayıcı (forcible) faaliyetlerde bulunabileceği gibi, ekonomik yaptırımlar, andlaşmaların askıya alınması veya sona erdirilmesi gibi zorlayıcı olmayan (non-forcible) önlemler de alabilir. Bir başka deyişle uluslararası hukukun bu döneminde bir uluslararası hukuka aykırı fiilden zarar gören devlet, gerek hemen bir zorlama eyleminde bulunma, gerek bir giderim talep etme kararını kendisi verebilmekte, ayrıca eğer giderim sağlanmazsa yine kendi kararıyla hakemlik de dâhil çeşitli prosedürlerden ve mekanizmalardan barışçı yollarla çözüm arayabilmekte veya askerî veya ekonomik güç kullanarak giderim hakkını kullanabilmekteydi. Uluslararası hukukun bugünkü gelişmesi, özellikle BM Şartı m. 33 çerçevesinde, artık karşı önlemlere başvurmadan önce barışçı yollardan uyuşmazlığın çözülmesi için gayret etmesi gereği, devletleri art

---

<sup>226</sup> JENNINGS/WATTS, s. 501.

<sup>227</sup> TUNKIN, s. 382.

arda gelen adımları atmaya zorlamaktadır. Devletler, öncelikle giderim talep etmeli, sonra, eğer giderim sağlanmazsa veya tatminkâr bulunmazsa, görüşme, uzlaştırma, hakemlik gibi araçlarla barışçı yoldan çözüm için gayret göstermelidir. Son olarak eğer bu yollardan hiçbirinin yarar getirmediği ispatlanırsa, zarar gören devlet (ve bazı ağırlaştırılmış özel durumlarda diğer devletlerin de ihlâl edilen yükümlülüğe uyulmasını talep etme hakkıyla birlikte) barışçı karşı önlemler alabilmektedir<sup>228</sup>.

Uluslararası Hukuk Komisyonu özel raportörü Ago'nun "Devletin Sorumluluğu" hakkında üçüncü raporuna dayanan UHK raporunda önerilen 1. madde içerisinde, devletin sorumluluğunun alabileceği şekiller belirtilmekten kaçınılmıştır. Ancak "uluslararası sorumluluk" terimiyle, bir devletin uluslararası hukuka aykırı her fiilinden uluslararası hukukta doğabilen her türlü yeni ilişki kapsanmak istenmiştir. Bunlar, hukuka aykırı fiili ika eden devlet ile doğrudan zarar gören devlet veya uluslararası hukukun diğer özneleri arasında olabileceği gibi, hukuka aykırı fiili ika eden devletin zarar gören devletin haklarını yeniden kurma ve sebep olunan zararı giderme yükümlülüğü bulunacaktır. Ayrıca zarar gören devletin, tek başına veya uluslararası hukukun diğer özneleriyle birlikte, ihlâl eden (offending) devlet üzerinde uluslararası hukukta kabul edilen bir yaptırım uygulama hakkı da olabilmektedir<sup>229</sup>.

Ago, kurumsal yönden zayıflığı bulunan uluslararası toplumda sorumluluğun hukukîliğin (legality) korunmasına önemli katkısının olabileceğinin farkına vararak, devletin sorumluluğu rejimi salt tazmin edici (compensatory) işleviyle sınırlı olarak ele almamıştır. Ago bu düşüncesini gerçekleştirmek için, uluslararası sorumluluğu, pek çok iç hukuk sisteminde olduğu gibi kusura veya zarara dayandırmak yerine, bir devletin bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâl etmesi üzerine kurmuştur. Bu eğilim, sorumluluk kurumunda tazminatın önemini yitirdiği anlamına gelmez (örneğin bkz. zararın giderilmesinin düzenlendiği 2001 Tasarısı m. 34 vd.); ancak bugünkü Tasarıda birincil vurgu, uluslararası hukukîliğin yeniden tesis edilmesi üzerinedir (örneğin, eğer

---

<sup>228</sup> CASSESE, s. 242, 244-245.

<sup>229</sup> Doc. A/9010/Rev.1, m. 1, p. 10.

sürmekteyse, hukuka aykırı fiile son verilmesine ilişkin ilkenin getirildiği m. 30)<sup>230</sup>. Bu eğilime devletin sorumluluğunun objektifleşmesi (objectivation) de denmektedir<sup>231</sup>.

Üyelerinin hukuken eşit ve bağımsız olduğu ve aralarında bir çeşit sözleşmeye dayanan bir hukuk oluşturdukları uluslararası toplumun kendine özgü yapısı ve doğası dolayısıyla, böyle bir toplumda hukukun ihlâl edilmesi durumunda, sorumluluk açık bir sonuç olarak veya yaptırım (sanction) veyahut kuvvet kullanımının dışarıda tutulduğu misillemeler (reprisals) ortaya çıkabilir<sup>232</sup>.

Devletler, kendi alacakları önlemler<sup>233</sup> dışında, hukuka aykırı fiiller için diplomatik yollarla, görüşme, uzlaştırma, hakemlik ve yargısal çözüm aracılığıyla giderim arar. Devletin talepleri, hukuka aykırı fiile son verilmesi, durumun tekrarlanmaması, yükümlülüğün yerine getirilmesi, ihlâlden önceki durumun iadesi, zararlar için tazminat verilmesi veya tatmin sağlanması şekillerinde olabilmektedir<sup>234</sup>.

Az önce de belirttiğimiz gibi, devletin sorumluluğu kurumunun, uluslararası hukukîliği desteklemek amacıyla kullanılması savı ortaya atılmıştır. Bu da sorumlulukla ilgili bazı yeni sonuçların düşünülmesini gerektirmiştir. Bunlar tek bir merkezden idare edilmeyen uluslararası toplumda bazı uygun yöntemler olabilir. Örneğin, geleneksel olarak misillemeler (reprisals) denilen bu yöntemlerden biri de karşı-önlemlerdir. Karşı-önlemler (countermeasures) Tasarıda hem hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlardan biri olarak (bkz. m. 22) hem de devletin sorumluluğunun işletilmesiyle ilgili olarak düzenlenmiştir (bkz. Üçüncü Bölüm İkinci Kısım). Öngörülen bu maddelerin yeni bir sorumluluk kavramı ortaya çıkardığı ve geleneksel olarak

---

<sup>230</sup> Yine, m. 30'da hukuka aykırı fiilden sorumlu devletin bunu tekrar etmeyeceğine dair uygun güvenceler vermesi gerektiği de düzenlenmiştir. Tasarının 48. maddesinde ise, zarar gören devletten başka devletlerin sorumluluğu işletme olanağı tanınıp, maddenin 2. fıkrasında m. 30'a gönderme yapılarak, bu devletlerin de hukuka aykırı fiile son verilmesi ve bunu tekrar etmeyeceğine dair uygun güvenceler talep etme hakkı olduğu öngörülmüştür. Aslında hukukîliği koruma anlamında düşünülecek bir diğer ilke de, Tasarı m. 29'da düzenlenmiştir. Buna göre, İkinci Bölümde getirilen hukuka aykırı fiilin sonuçları, sorumlu devletin ihlâl ettiği yükümlülükleri sürdürme ödevini etkilemez.

<sup>231</sup> Bkz. KLEIN, s. 168.

<sup>232</sup> LYSÉN, s. 53.

<sup>233</sup> Bunlar için bkz. 2001 ILC Draft, Part Three-Chapter II.

<sup>234</sup> Bkz. 2001 ILC Draft, Part Two-Chapter I, Chapter II.

uluslararası yükümlülüğün ihlâli üzerine doğan iki taraflı yeni münasebet şeklinde kabul edilen sorumluluğun çok taraflılaşmaya (multilateralization) kaydığı söylenmelidir<sup>235</sup>.

Allott'a göre, uluslararası sorumluluğun gerekmesini bir uluslararası hukuka aykırı fiile dayandıran madde hükmü, farklı türde yükümlülüklerin ve farklı ihlâl türlerinin hepsinin "sorumluluk" olarak adlandırılan tek bir sonucun doğmasına yol açtığı anlamına gelmektedir<sup>236</sup>. Bu yaklaşımı, hukuka aykırı fiil üzerine doğan yeni münasebetin ne olduğu konusundaki tartışmaya uyarlamak gerekirse, uluslararası hukuka aykırı fiil, sadece sorumluluk münasebeti doğurur. Bunun dışında halen hukuken egemen ve eşit devletlerden oluşan bir uluslararası toplum temelinde düşünülen uluslararası hukukta özellikle "yaptırım" kavramının konunun dışında tutulmasında yarar bulunmaktadır. O halde tartışmalı yeni münasebetin ne olduğunu, 2001 Komisyon Tasarısında sorumluluğun içeriği hakkında İkinci Bölümde belirtilenler aslında ortaya koymaktadır. Bunun dışında sorumluluğun işletilmesinin düzenlendiği Üçüncü Bölümde öngörülen karşı-önlemler (countermeasures) ise, bir yaptırım niteliğinde sayılmamalı; bunların, yine devletlerin eşitliği dolayısıyla, uluslararası hukukun bir uluslararası hukuka aykırı fiile karşı, bazı kayıtlarla ve devletlerin eşitliği ilkesinin bir uzantısı olan oranlılık ilkesi özellikle gözetilerek, hukuka aykırı bir başka fiille karşılık verebilme hakkı olarak düzenlendiği göz önünde tutulmalıdır.

### **C. Fiilin Uluslararası Hukuka Aykırı Olarak Nitelendirilmesi**

Karşılaşılan olayda bir devletin fiilinin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi tamamen uluslararası hukuka göre takdir edilir. Bu konu 2001 Komisyon Tasarısı m. 3'de açıkça belirtilmiştir. Bu madde aslında m. 2'de hükme bağlanan "bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli" unsurunun daha açık bir ifadesinden

---

<sup>235</sup> Bkz. KLEIN, s. 168-169.

<sup>236</sup> ALLOTT, s. 12.

başka bir şey değildir. Ayrıca fiilin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi, “iç hukuka”<sup>237</sup> göre hukuka uygun olarak nitelendirilmesinden etkilenmez<sup>238</sup>.

Fiilin uluslararası hukuka aykırı olduğunun yine bizzat uluslararası hukuka göre takdir edilmesi ilkesine iki sonuç bağlanabilmektedir.

İlk olarak, devletin bir fiili, devletin kendi iç hukukunun hükümlerini ihlâl ediyor olsa bile ve bu iç hukuka göre devlet fiille bağlanıyor olsa bile, uluslararası bir yükümlülüğün ihlâli anlamına gelmediği sürece uluslararası hukuka aykırı olarak nitelenemez. Bu durum USAD’ın *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in The Dantzig Territory (Dantzig’deki Polonya Uyruklular)* konusuna ilişkin 04.02.1932 tarihinde verdiği danışma görüşünde açıkça belirtilmiştir. Buna göre, genel olarak kabul edilen ilkeler bakımından, bir devlet, uluslararası hukuk ve usûlüne göre kabul edilmiş uluslararası yükümlülükleri dışında, bir diğer devlete karşı ne kendisin ne de kendisinin anayasa hükümlerine dayanabilir. Dantzig Anayasasının uygulanması, Polonya’ya karşı gerek andlaşmadan gerek genel uluslararası hukuktan doğan uluslararası yükümlülüklerin ihlâline yol açabilir. Fakat burada Serbest Kent’in sorumluluğuna anayasa veya bir diğer yasa değil, bunun uygulanması dolayısıyla bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli yol açmaktadır<sup>239</sup>.

İkinci olarak, devlet, fiilin kendi iç hukukuna uygun olduğu iddiasıyla, uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinden kurtulamaz. Aynı ilke Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 27’de hükme bağlanmıştır. Buna göre, “Bir taraf

---

<sup>237</sup> Burada “iç hukuk” anlamında tercih edilen terim Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesine paralel olarak “internal law” olmuştur. Zira bu terimin kullanılması, daha sınırlı bir bölgenin hukuku anlamına gelebilen “municipal law” ya da yasama faaliyetinin bir merkezden yapıldığı hukuk sistemleri dışında eyalet sistemlerini ya da kantonal rejimin uygulandığı hukuk sistemlerini dışarıda tutan “national law” terimlerinden daha uygundur (2001 ILC Commentaries, m. 3. p. 9). Burada “iç hukuk” kavramı, devletin anayasası dâhil, yasaları, tüzükleri ya da kamu otoritesi kullanan gerçek ve tüzel kişilerin düzenlemeleri, kısacası bir devlette yürürlükte bulunan yazılı yazısız bütün hukuk kuralları anlamında kullanılmaktadır (Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 3, p. 9).

<sup>238</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 3. p. 1.

<sup>239</sup> PCIJ Series A/B, No. 44, s. 24-25, [http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie\\_AB/AB\\_-44/01\\_Traitement\\_nationaux\\_polonais\\_Avis\\_consultatif.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_AB/AB_-44/01_Traitement_nationaux_polonais_Avis_consultatif.pdf) (14.04.2006). Ayrıca bkz. AMERASINGHE, s. 39.



andlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz<sup>240</sup>.” Yine 2001 Komisyon Tasarısı m. 32’de, bir sorumlu devletin, Birinci Bölümdeki yükümlülüklerine uymama gerekçesi olarak iç hukuk hükümlerine dayanamayacağı belirtilmiştir.

USAD *The S.S Wimbledon Davasına* ilişkin 17.08.1923 tarihli kararında, bir olay hakkında bireysel olarak tarafsızlık düzenlemesine gidilmesinin Barış Andlaşması (Versailles) hükümlerine üstün sayılmayacağını belirtmiştir. Versay Barış Andlaşması (Treaty of Peace of Versailles) m. 380’e göre Almanya’nın Kiel Kanalını kendisiyle barış içinde olan bütün ulusların ticaret ve savaş gemilerine serbest ve açık bulundurması gerekmektedir. Bu maddeyle kabul edilen yükümlülüklerine karşı Almanya tarafsızlık düzenlemesini ileri süremez<sup>241</sup>. Yine *Dantzig’deki Polonya Uyuşmazlığı* konusuna ilişkin danışma görüşünde USAD, bir devletin uluslararası hukuk ve yürürlükteki andlaşmalar uyarınca mevcut yükümlülüklerden kurtulmak için kendi anayasa hükümlerine dayanamayacağını kabul etmiştir<sup>242</sup>. USAD’a göre bir devlet uluslararası yükümlülüğünün kapsamını sınırlamak amacıyla da yasalarına dayanamayacaktır<sup>243</sup>. Bir andlaşmanın tarafı olan devletlerin aralarındaki ilişkilerde

<sup>240</sup> Sözleşme metni için bkz. GÜNDÜZ, s. 184-208. Bu ilke, UHK’nin 1949 tarihli “Devletlerin Hakları ve Ödevlerine İlişkin Bildiri Taslağı” (Draft Declaration on Rights and Duties of States) m. 13’te önerilmiştir. Buna göre, “Her devlet andlaşmalardan ve uluslararası hukukun diğer kaynaklarından doğan yükümlülüklerini iyiniyetle yerine getirme ödevine sahiptir ve bu ödevi yerine getirmeme mazereti olarak anayasa veya yasa hükümlerine başvuramaz.”, [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/2\\_1-1949.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/2_1-1949.pdf) (13.03.2006).

<sup>241</sup> PCIJ Series A, No. 1, s. 29-30, [http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie\\_A/A\\_01/03\\_-\\_Wimbledon\\_Arret\\_08\\_1923.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A_01/03_-_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf) (14.02.2006).

<sup>242</sup> PCIJ Series A/B, No. 44, s. 24.

<sup>243</sup> Örneğin USAD’ın *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex Davasına* ilişkin 07.06.1932 tarihli kararı, PCIJ Series A/B, No. 46, s. 167, [http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie\\_-\\_AB/AB\\_46/01\\_Zones\\_franches\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_-_AB/AB_46/01_Zones_franches_Arret.pdf) (14.02.2006). Ayrıca bkz. *Jurisdiction of the Courts of Dantzig* konusunda USAD’ın 03.03.1928 tarihli danışma görüşü, PCIJ Series B, No. 15, s. 26-26, [http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie\\_B/B\\_15/01\\_Compotence\\_des\\_tribunaux\\_de\\_Danzig\\_Avis\\_consultatif.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_B/B_15/01_Compotence_des_tribunaux_de_Danzig_Avis_consultatif.pdf) (15.02.2006). Bir andlaşmanın taraflarının iç hukuklarına giderek mevcut uyuşmazlığı çözmeye girişmek, pratik birtakım zorluk ve imkânsızlıkları da beraberinde getirecektir. İlkın, iç hukukların düzenleme konusu çoğu kez iç hukuk kişileri olacağı için uluslararası münasebetlerde her iki taraf için de uygulanabilir düzenlemeler bulma olanağı her zaman mümkün olmayacaktır. Böyle bir uygulama getireceği belirsizlikler dolayısıyla, andlaşma hükümlerinin ilke olarak hızla uygulanmasına da imkân veremeyecektir. Ayrıca, özellikle iki tarafa da edimler getiren bir andlaşmanın karşılıklı ve birbirine uygun uygulamasını sağlamak açısından da iç hukuk kurallarına dayanarak uyuşmazlığı çözmeyen pratik zorluğu açıktır. Önemli bir diğer imkânsızlık da, tarafların bir andlaşmayı yaparken olası bir ihlâl hâlinde bir

tarafların iç hukuklarının bu andlaşma hükümlerine üstün gelemeyeceğinin, genel olarak kabul görmüş bir uluslararası hukuk ilkesi olduğu belirtilmiştir<sup>244</sup>.

UAD uygulamasında da bu ilke sık sık uygulanmış ve ilkeye göndermeler yapılmıştır<sup>245</sup>. UAD *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) Davasında* 20.07.1989 tarihli kararında, bir andlaşmanın ihlâlinin iç hukuka uygun, iç hukuka uygun bir fiilin andlaşma hükümlerine tamamen aykırı olabileceği belirtilmiştir. Zira bunlar ayrı meselelerdir ve birine aykırılığın bulunması diğerine aykırılığın bulunmasını gerektirmez<sup>246</sup>. Bu bakımdan devletin uluslararası hukuku ihlâli dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluğu (state responsibility) ile ulusal hukukun ihlâlinden doğan sorumluluğu (state liability) arasında kesin bir ayırım vardır<sup>247</sup>.

Fiilin uluslararası hukuka aykırı olduğuna ilişkin incelemede, özellikle bir insan hakları kuralının ihlâli, bir yabancıya ya da onun mallarına yönelik bir müdahale durumlarında, iç hukukun kurallarının içeriğine ya da uygulanmasına da çokça göndermeler yapılabilecektir. Zira burada iç hukuk kuralının yerine getirilmesi uluslararası hukuk kuralının yerine getirilmesiyle büyük oranda örtüşmektedir. Ancak ulusal hukuka ilişkin göndermenin alanı ve sınırları yine uluslararası hukuk tarafından belirlenir<sup>248</sup>.

---

diğerinin iç hukuk kurallarının ileri sürülebileceğini göz önünde tutmaması ve bu bakımdan bir devletin iç hukuk kuralı üzerinde bir diğerinin irade unsuru tamamen eksik kalmasıdır. Bu sebeplerle sözleşmenin “kendine yeterli” (self contained) oluşu kabul edilir. (Bkz. USAD’ın *Exchange of Greek and Turkish Populations* konusuna ilişkin 21.02.1925 tarihli danışma görüşü, PCIJ Series B, No. 10, s. 20, [http://www.icj-cij.org/cijwww/edecisions/ccpij/serie /B 10/01 Echange des populations grecques et - turques\\_Avis\\_consultatif.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/edecisions/ccpij/serie /B 10/01 Echange des populations grecques et - turques_Avis_consultatif.pdf) (15.02.2006).

<sup>244</sup> Örneğin, USAD’ın *The Greco-Bulgarian Communities* konusuna ilişkin 31.07.1930 tarihli danışma görüşü, PCIJ Series B, No. 17, s. 32, [http://www.icj-cij.org/cijwww/edecisions/ccpij/serie B/B 17/01 - Communautes greco-bulgares\\_Avis\\_consultatif.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/edecisions/ccpij/serie B/B 17/01 - Communautes greco-bulgares_Avis_consultatif.pdf) (15.02.2006).

<sup>245</sup> Örneğin, *Fisheries (United Kingdom v. Norway)* (İngiltere-Norveç Balıkçılık) Davası, ICJ Reports 1951, s. 132, [http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/iukn/iukn -judgment/iukn\\_ijudgment\\_19511218.PDF](http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/iukn/iukn -judgment/iukn_ijudgment_19511218.PDF) (15.02.2006); *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, ICJ Reports 1988, p. 57-58, Summary, <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/ismmaries/-ihqasummary880426.htm> (15.02.2006).

<sup>246</sup> ICJ Reports 1989, s. 73, 124 [http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/ielsi/ielsi\\_ijudgments/ielsi -ijudgment\\_19890720.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/ielsi/ielsi_ijudgments/ielsi -ijudgment_19890720.pdf) (15.02.2006).

<sup>247</sup> CRAWFORD/OLLESON, s. 450.

<sup>248</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 3, p. 7-8.

İleride de inceleyeceğimiz gibi, devlet bazı yasaları, hukukî düzenlemeleri dolayısıyla sorumlu tutulabilmektedir. O halde devletin iç hukukunun bir uluslararası hukuka aykırı fiilin varlığını tespit edebilmek için göz önünde tutulacağı açıktır. Zaten burada anlatılmak istenen fiili nitelendirmenin uluslararası hukuk tarafından yapılacağıdır. Yoksa iç hukukun bu değerlendirmede bir vakıa olarak ele alınmasında bir engel bulunmamaktadır, hatta çoğu zaman bu gerekli olabilmektedir.

Görüldüğü üzere, bir devletin uluslararası sorumluluğunun doğması konusunda en temel unsur “uluslararası hukuka aykırı bir fiil”dir. “Uluslararası hukuk” kavramının, burada, tüm uluslararası hukuk kuralları olmayıp, o devletin uymakla yükümlü olduğu uluslararası hukuk kuralları olduğu izahtan varestedir. Zira kimse yükümlüsü olmadığı bir kurala uymamakla suçlanamaz. Bu sebeple biz de çalışmamızın İkinci Bölümü çerçevesinde uluslararası hukuka aykırı bir fiil ile bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli kavramlarını birbirini yerine geçer şekilde kullanabileceğiz<sup>249</sup>. Bunlar, özellikle uluslararası sorumluluğun doğması için gerekli koşulların gittikçe sadeleşmesiyle ve bir uluslararası yükümlülüğe aykırı davranışın yeterli olması sebebiyle, hemen hemen aynı anlamlara gelmektedir. Ancak fiilin bir uluslararası hukuka aykırı fiil sayılması için, devlete isnad edilmesi de gerekmektedir. Bu konu ise çalışmamızın Üçüncü Bölümünde incelenecektir.

Bir uluslararası hukuka aykırı fiilin ortaya çıkıp çıkmadığı her şeyden önce ihlâl edildiği ileri sürülen yükümlülüğün gereklerine, uygulanmasına, amaçlarına, somut olayın gerçeklerine bağlıdır<sup>250</sup>. Bu hâlde, ilk önce uluslararası hukukta nelerin devletler için yükümlülük doğurduğunu ve sonra da, devletlerin hangi fiillerinin bu yükümlülükleri ihlâl anlamına geleceğini inceleyeceğiz.

---

<sup>249</sup> “Uluslararası hukuka aykırı fiil” ifadesi normalde “bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli” ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak UHK çalışmasında “uluslararası hukuka aykırı fiil” kavramıyla, ihlâlin devlete isnad edilebilmesi durumu da kapsamaktadır. (LYSÉN, s. 58).

<sup>250</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 1, p. 1; m. 12, p. 1.

## II. ULUSLARARASI YÜKÜMLÜLÜĞÜN İHLÂLİ

### A. Uluslararası Yükümlülük ve Genel Olarak Buna Dair Sınıflamalar

Uluslararası hukukta sorumluluk konusuyla gündeme gelecek kurallar özellikle bunların devreye girdiği zamana göre üçe ayrılarak incelenmiştir<sup>251</sup>:

- Bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığını ve yükümlülüklerin içeriğini belirleyen birincil kurallar (primary rules),
- Bir hukuka aykırı fiilin varlığını ve onun hukukî sonuçlarını belirleyen ikincil kurallar (secondary rules; second-level rules),<sup>252</sup>
- Sorumluluğun uygulanmasıyla ve ondan doğan diğer sonuçlarla ilgili kurallar. Bunlar, uluslararası başvuruların ele alınması, uluslararası mahkemeler veya diğer kuruluşlar aracılığıyla uyuşmazlıkların çözümündeki prosedür, zorlama ve yaptırımlar ile ilgili kuraldan oluşmaktadır.

Örneğin, bir yabancıya ait malın kamulaştırılması tazminat ödeme şartıyla belirli durumlarda kabul edilebilmektedir. Eğer devlet kamulaştırmanın bedeli olarak tazminat ödemezse, kamulaştırmanın koşullarına uyulmamış sayılır, bir başka deyişle devletin sorumluluğunu gerektiren bir yükümlülük ihlâli vardır. Burada tazminat ödenmesi gereği birincil kuraldır ve bunu yerine getirmemek ise sorumluluğun bir sonucu olarak yabancıya uyruğu olduğu devlete karşı zararın giderilmesine ilişkin bir ikincil yükümlüğü gerektirir<sup>253</sup>. Buradaki sınıflamanın ikinci maddesindeki kuralların bir devletin bir fiilinin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinin uluslararası hukuk tarafından takdir edileceğinin düzenlendiği 2001 Komisyon Tasarısı m. 3 çerçevesinde düşünülmesi gerektiğini belirtmeliyiz.

---

<sup>251</sup> SCHACHTER Oscar, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht 1991, s. 202. Aslında bu ayrım bazı açılardan kusurlu olmasına rağmen, UHK'nin, çalışmasını öğretilmekteki bazı verimsiz tartışmalardan serbest kılarak, görevini tamamlaması için kolaylık sağlamıştır. (SIMMA, s. 445).

<sup>252</sup> Cassese bu ikincil kuralların devletin sorumluluğu hukukunu oluşturduğunu açık şekilde belirtilmiştir. (Bkz. CASSESE, s. 244).

<sup>253</sup> LYSÉN, s. 60.

Birincil kurallar hukukun her alanında bulunduğu gibi uluslararası hukukta da bulunmaktadır. Bunlar, bir yükümlülüğü doğuran ve belirleyen ve bunlara uyulmaması durumunda sorumluluğa yol açan kurallardır. Birincil kurallar, bir andlaşmaya dayanabileceği gibi, örf ve âdetten veya hukukun genel ilkelerinden de kaynaklanabilmektedir<sup>254</sup>. Bu kuralların ihlâli yine birincil kurallar açısından bazı sonuçlara da yol açabilmektedir<sup>255</sup>.

Bir hukuka aykırı fiilin varlığını kabul etmek için gerekli koşulları ve hukuka aykırı fiilin ortaya çıkmasının hukukî sonuçlarını belirlemeye yarayan ikincil kurallar özellikle ilk yönüyle çalışmamızın temelini oluşturmaktadır. Biz burada, hukuka aykırı fiilin bulunup bulunmadığıyla ilgili değerlendirmenin, bir yükümlülüğün ihlâli üzerine gündeme geliyor olması sebebiyle, önce uluslararası yükümlülüğün ne anlama geldiğini ve sonra uluslararası yükümlülüğün ihlâlinin hangi koşullarda ortaya çıktığını inceleyeceğiz. Yükümlülüğün ne anlama geldiği, onun içeriğine özgü bir konu olsa da, her yükümlülüğün tek tek ne getirdiğini belirleme olanağı bulunmadığı için, ancak hukuka aykırı fiilin bulunduğunu tespit edebilmede ışık tutacak şekilde yükümlülüğün dayanağının ne olduğunu ve yükümlülük sınıflamalarını incelemekle yetineceğiz.

Yükümlülükler, dayandığı kaynak bakımından ve yerine getirilme bakımından da sınıflanarak incelenebilir. Ancak, uluslararası sorumluluğun doğması bakımından bu sınıflamalar, bir varlık yokluk meselesi olmayıp, sadece yükümlülüğün varlığını ve yükümlülüğün içeriğini tespit etmekte kolaylık sağlayabilecektir.

2001 Komisyon Tasarısı m. 12'ye göre, devletin bir uluslararası yükümlülüğüne uymayan fiili, söz konusu yükümlülüğün kaynağına veya niteliğine bakılmaksızın (regardless of its origin or character), onun uluslararası yükümlülüğünü ihlâli anlamına gelmektedir. O hâlde, bu hükümler, kaynağı ne olursa olsun, devletin bütün uluslararası

---

<sup>254</sup> 2001 ILC Commentaries, Giriş Bölümü, p. 1. Ayrıca bkz. SCHACHTER, s. 202.

<sup>255</sup> Örneğin, 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 60'ta, hem iki taraflı hem de çok taraflı andlaşmalar bakımından, bir andlaşmanın esaslı bir şekilde ihlâl edilmesi durumunda, diğer taraf veya taraflar açısından andlaşmayı sona erdirmeye veya kısmen veya tamamen askıya alma hakkı düzenlenmiştir. (Andlaşma metni için bkz. GÜNDÜZ, s. 184-208).

yükümlülüklerine uygulanacaktır. Uluslararası yükümlülükler, andlaşmayla, bir uluslararası örf ve âdet kuralıyla veya uluslararası hukuk düzenine uygulanabilen bir genel ilkeyle kurulabilmektedir. Ayrıca devletler bir tek taraflı işlemle de yükümlülük üstlenebilmektedir. Netice olarak, burada ihlâliyle gündeme gelecek yükümlülükle, uluslararası hukukun tanıdığı yükümlülük doğuran bütün hukukî işlemler kapsamaktadır<sup>256</sup>. Uluslararası hukukun kaynakları çeşitli şekillerde birbirinden etkilenebilmektedir. Örneğin, andlaşmalar, özellikle çok taraflı andlaşmalar, uluslararası hukukun genel ilkelerinin şekillendirilmesinde rol oynayabilir; bir örf ve âdet kuralı bir andlaşma hükmünün yorumlanmasına katılabilir; bir andlaşmadaki bir yükümlülük bir devletin tek taraflı işlemleri sebebiyle uygulama bulabilir; ve saire<sup>257</sup> ...

Bir yükümlülüğün kaynağı veya kökeni, yükümlülüğün ihlâli hâlinde ne sorumluluğun doğmasını engeller ne de sorumluluk rejimini etkiler. *Gabcikovo-Nagymaros Davasında*, incelemekte olduğumuz madde hükmüne benzer bir hüküm içeren UHK'nin "Devletin Sorumluluğu Hakkında Geçici Maddeler Taslağı" (*Draft Articles on State Responsibility provisionally adopted by the International Law Commission on first reading*) m. 17'ye UAD'ın 25.09.1997 tarihli kararıyla gönderme yapılmıştır<sup>258</sup>.

İhlâl edilen yükümlülüğün kaynağına göre, uluslararası sorumluluk için uygulanan rejim de tektir; bir başka deyişle devletin sorumluluğunda iç hukuk sistemlerindeki gibi medenî ve cezaî sorumluluk ayrımı bulunmaz. Ayrıca, *Rainbow*

---

<sup>256</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 12, p. 3. BM Şartının Giriş Bölümünde, incelemekte olduğumuz uluslararası yükümlülüklerin andlaşmalarla sınırlı olmayan bir şekilde doğabileceğine örnek olarak gösterilebilecek, andlaşmalardan ve uluslararası hukukun diğer kaynaklarından (and other sources of international law) doğan yükümlülükler saygı gösterilmesi için koşulları sağlama hedefi bulunmaktadır, <http://www.un.org/aboutun/charter/index.html> (04.03.2006).

<sup>257</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 12, p. 4.

<sup>258</sup> ICJ Reports 1997, No. 92, p. 47, [http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ihs/ihsjudgment/ihs\\_ijudgment\\_970925\\_frame.htm](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ihs/ihsjudgment/ihs_ijudgment_970925_frame.htm) (03.03.2006). "İhlâl edilen yükümlülüğün kaynağının konu dışı olması" başlıklı söz konusu Taslak m. 17 hükmü şöyleydi: "1. Bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlini teşkil eden bir devletin fiili, ister örf ve âdetten, isterse sözleşmeden veya bir başkasından doğsun, bu yükümlülüğün kaynağına bakılmaksızın, bir uluslararası hukuka aykırı fiildir. 2. Bir devlet tarafından ihlâl edilen bir uluslararası yükümlülüğün kaynağı, bu devletin uluslararası hukuka aykırı fiilinden doğan uluslararası sorumluluğunu etkilemez.", bkz. [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1980\\_v2\\_p2\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1980_v2_p2_e.pdf) (04.03.2006).

*Warrior Davası*na ilişkin hakemlik kararında, uluslararası hukukta sözleşmeye dayanan (contractual) ve haksız fiilden doğan (tortious) sorumluluk gibi bir ayrımın da bulunmadığı, dolayısıyla yükümlülüğün kaynağı ne olursa olsun bunun ihlâlinin devletin sorumluluğunu ve giderim ödevini doğuracağı belirtilmiştir<sup>259</sup>.

2001 Komisyon Tasarısı m. 12’de belirtilen bir diğer etkisiz unsur, yükümlülüğün niteliğidir. Ancak uygulamada bazı sınıflamalar benimsenmiştir. Genellikle davranış yükümlülüğü (obligations of conduct) ve sonuç yükümlülüğü (obligations of result) ayrımına gidilmektedir<sup>260</sup>. Ancak bu ayrımlar özel ve doğrudan sonuçlar doğurur nitelikte değildir<sup>261</sup>.

Aşağıda yükümlülüklerle ilgili yapılan sınıflandırmalara yukarıda eksik bıraktığımız nisbette yer vereceğiz.

## **1. Yükümlülüğün Kaynağı Bakımından Yapılan Sınıflama**

Devletin sorumluluğu, ancak genel olarak kabul edilmiş uluslararası hukuk kurallarına ya da kendi taahhütlerine aykırılıktan doğabilir. Bazı yazarlarca veya kuramlarda öne sürülen görüşlere aykırılık, sorumluluk için esas alınamaz<sup>262</sup>; zira bu iddialar, herhangi bir yükümlülük doğuramaz. Aynı şekilde, uluslararası ahlâka, uluslararası nezakete ve nihayet devletin iç hukukuna aykırı fiiller de devletin uluslararası sorumluluğuna yol açmaz<sup>263</sup>. Görüleceği üzere, yükümlülüğün hukukî dayanağı daima bir uluslararası hukuk normudur.

“Kaynak” kelimesi, başlangıç, bir şeyin çıktığı yer, köken, menşe, sebep gibi anlamlara gelmektedir. Hukuk düzeninde, uluslararası hukuk dâhil, hukuk normunun kaynağı maddî ve şeklî kaynaklar olarak ikiye ayrılarak incelenebilir. Bir uluslararası

<sup>259</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 12, p. 5. Ayrıca bkz. SHAW, s. 543.

<sup>260</sup> Örneğin, *Gabcikovo-Nagymaros Project Davası*nda UAD, ilgili andlaşmanın hedeflerinin yerine getirilmesi için tarafların davranış yükümlülükleri, yapma yükümlülükleri (obligations of performance) ve sonuç yükümlülükleri kabul ettiğini tespit etmiştir (Bkz. ICJ Reports 1997, p. 135).

<sup>261</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 12, p. 11.

<sup>262</sup> BİLSEL, *Devletler*, s. 223; ALSAN, s. 453; LÜTEM, s. 272-273.

<sup>263</sup> MERAY, *Devletler*, s. 627.

hukuk kuralı, tarihî, toplumsal, ahlâkî, dinî, ideolojik, ekonomik, kültürel ve teknik sebeplere dayanabilmektedir. Uluslararası hukukun maddî kaynakları kavramı, bu bakımdan uluslararası hukuk kurallarının kökenlerini, oluşmalarına neden olan her türlü toplumsal, düşünsel verileri ifade eder. Uluslararası hukukun şekli kaynakları ise, kuralı tespit eden ve bildiren kaynaklardır. Bunlar, hukuk kuralına şeklini veren ve kuralı bir yaptırıma bağlayan yöntemleri ifade etmektedir<sup>264</sup>. Konumuz bakımından kaynak kavramı, yükümlülük doğurucu ve uyulmaması hâlinde sorumluluk doğurucu etkiye sahip olan şekli kaynakları ifade eder.

Bir hukuk düzeninde, yazılı ve yazılı olmayan<sup>265</sup> şekli kaynakların bütünü “pozitif hukuk”u oluşturur. Pozitif hukuk (müsbet-olan-yürürlükteki-dogmatik hukuk), belirli bir dönemde, belirli bir toplumda hukukun ne ve nasıl olduğu sorularına verilen cevaptır<sup>266</sup>. Öyleyse, yürürlükten kaldırılmış ve ileride yürürlüğe girecek olan hukuk kuralları pozitif hukukun içinde yer almaz<sup>267</sup>.

Uluslararası hukukta pozitif (yürürlükte olmaları dolayısıyla yükümlülük getiren) kaynakların neler olduğu konusu Milletler Cemiyeti döneminde USAD Statüsü m. 38’de düzenlenmiştir. Aynı şekilde BM döneminde bunlar, UAD Statüsü<sup>268</sup> m. 38/T’de:

- Uluslararası andlaşma,
- Uluslararası örf ve âdet,
- Medenî uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri,
- Mahkeme kararları,
- Öğreti

olarak sayılmıştır. Bunlardan ilk üçü, UAD’ın, önüne gelen bir uyuşmazlık için karar verme görevini yerine getirirken öncelikli olarak başvurması gereken asli nitelikli

<sup>264</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 36.

<sup>265</sup> Henüz yazılı bir şekle bürünmemiş olan ancak, uyulmasının zorunlu olduğu kabul edilen örf ve âdet kuralları da pozitif hukuka dâhildir (ZEVKLİLER Aydın/ACABEY Beşir/GÖKYAYLA Emre, Zevkliler Medenî Hukuk, Ankara 1997, s. 5).

<sup>266</sup> AKİPEK Ömer İlhan, Devletler Hukuku, Birinci Kitap: Başlangıç, Ankara 1970, s. 62.

<sup>267</sup> ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 5.

<sup>268</sup> Bkz. <http://www.icj-cij.org/icjwww/ibasicdocuments/ibasictext/ibasicstatute.htm> (13.03.2006).



kaynaklardır. Mahkeme kararları ve öğreti ise, hukuk kuralı yaratma işlevi bulunmayan, ancak bir hukuk kuralının varlığının ya da içeriğinin tespit edilmesi için ikincil olarak başvurulabilen kaynaklardır.

UAD Statüsü m. 38/II'ye göre, tarafların anlaşması üzerine, Divanın “hak ve nısfete” (ex aequo et bono) göre karar vermesinde de bir engel bulunmamaktadır.

Uluslararası hukukun asli kaynakları arasında bir hiyerarşi olup olmadığı konusunda farklı görüş sahipleri olsa da,<sup>269</sup> bir hiyerarşi bulunmadığı görüşü genellikle kabul edilmektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, uluslararası yükümlülüğün dayanağı bir uluslararası hukuk normu olmakta ve bu normun varlığı ve içeriği de uluslararası hukukun pozitif kaynaklarından çıkmaktadır. Pozitif hukukun kaynağının türüne göre normun varlığını veya içeriğini tespit etme yöntemleri değişse de, bu noktada uluslararası sorumluluğun kaynakları uluslararası hukukun kaynaklarından farklı değildir. Zira uluslararası hukukun kaynaklarından birine yönelen herhangi bir ihlâl, sorumluluğun hukukî dayanağı olacaktır.

#### **a. Devletin İradesine Mutlak Değer Atfedilen Kaynaklar**

Aslında devletin iradesine mutlak değer atfedilen ve devletin iradesine mutlak değer atfedilmeyebilen kaynaklar ayrımı net ve kabul edilmiş olmayıp, çalışmamızda sorumluluğun en spesifik dayanağı olan ihlâlde söz konusu yükümlülüğün devlet bakımından nasıl meydana gelebildiğini ortaya koymak açısından elverişli görünmektedir. Burada bu ayrımlar üzerinde asgarî bir inceleme yapıp, bunların sorumluluk doğurmadaki etkileri üzerinde kesin cevaplar bulmaya çalışacağız.

#### **i. Andlaşmalar**

Andlaşma, uluslararası hukuk kişileri arasında, uluslararası hukuka tâbi hukukî sonuçlar doğurmak üzere meydana gelen irade uyuşması olarak tanımlanabilir. Bu tanım, andlaşmalar için üç temel unsurun bulunması gerektiğini ortaya koymaktadır.

---

<sup>269</sup> Bkz. ÇELİK Edip, Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap, İstanbul 1987, (Hukuk), s. 189-193.

Bunlar, uluslararası hukuk kişileri arasında yapılması, taraflar arasında uluslararası hukuka tâbi hukukî sonuçlar doğurması ve tarafların irade uyuşmasının bulunmasıdır<sup>270</sup>.

Yürürlükteki andlaşmaların uluslararası hukuku yarattığında hiçbir şüphe olamaz. Bununla beraber bir andlaşma genellikle sadece onun tarafları açısından etki doğurur. Ancak bazen de andlaşmalar yalnızca uluslararası hukuku açıklayıcı (declaratory) nitelikte olup, hukuk yaratma niteliği taşımazlar<sup>271</sup>.

Uygulamada andlaşmaları (treaties) ifade etmek için, anlaşma (agreement), sözleşme (convention), şart (charter), misak (pact), statü, protokol, genel senet (general act), son senet veya sonuç belgesi (final act), modus vivendi, mektup teatisi (exchange of letters) gibi çeşitli terimler kullanılabilir<sup>272</sup>. Bu terimlerin hepsinin her zaman aynı kavramı karşıladığını söyleyemsek de, genellikle andlaşmaların temel unsurlarını taşırlar. Ayrıca Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 2/1(a)'ya göre, "andlaşma", ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla belgede yer alsın ve kendine özgü ismi ne olursa olsun, devletler arasında yazılı şekilde aktedilmiş ve uluslararası hukuka tâbi olan uluslararası anlaşma (mutabakat) anlamına gelir<sup>273</sup>. O halde ilgili metnin ismi önem taşımayabilmektedir. Daha belirleyici olarak bir andlaşmadan söz edilebilmesi için, bunun hak ve yükümlülükler doğurması, bunları değiştirmesi veya sona erdirmesi gerektiğini söylemeliyiz<sup>274</sup>.

Uygulamada bazı bağlayıcılığı olmayan üstlenmeler (non-binding engagement) yapılabilmektedir ve bunların andlaşma oluşturmadığı kabul edilmektedir. Bu tür hukukî bağlayıcılığı olmayan üstlenmelerin uygulamada en sık karşılaşılan türü centilmenler anlaşmalarıdır<sup>275</sup>. Ancak belgenin adının onun hukukî nitelendirmesinde önemli olmadığı göz önünde tutularak, böyle bir nitelendirme için ilgili belgenin oluşması sırasındaki koşullar ve belgenin çeşitli hükümleri incelenmelidir. Burada belgede

---

<sup>270</sup> SUR, s. 15-17.

<sup>271</sup> AMERASINGHE, s. 28.

<sup>272</sup> SUR, s. 17-18; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 47-48.

<sup>273</sup> Andlaşma metni için bkz. GÜNDÜZ, s. 183-208.

<sup>274</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 45.

<sup>275</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 44.

kullanılan ifadeler ve sözcükler anlamlıdır. Örneğin, “âkit taraflar”, “taahhüt ederler” gibi hukukî yükümlülüğü ifade eden sözcükler belgenin bir andlaşma olduğunu gösterebilir. Buna karşılık hukukî yükümlülük yerine bir siyasî iradeyi gösteren “katılan devletler”, “vaad ederler”, “kararlıdırlar” gibi sözcükler belgenin bir uluslararası andlaşma olmadığını gösterebilir. Yine önemli bir ayırım, andlaşmanın süresi, yürürlüğe girme koşul ve zamanı gibi hususların düzenlendiği “son hükümler” kısmının bulunması belgenin hukukî bağlayıcılığına ortaya koyar niteliktedir<sup>276</sup>.

İç hukuktan farklı olarak uluslararası hukukta andlaşmaların hukuk kaynağı olmalarını sağlayan şey, uluslararası yaşamın gerekleridir. İç hukukta herkesi bağlayan soyut ve objektif kurallar koyan bir yasama organının karşılığı uluslararası toplumda yoktur. Devletler kendi kurallarını koyarlar. Bunu yapma aracı olarak da andlaşmaları seçerler. Bu bakımdan bir andlaşma hem bir yükümlülük kaynağı (iç hukuktaki sözleşmeler gibi) hem de ileriye dönük davranış kuralları kaynağı olabilir<sup>277</sup>.

Andlaşmalar sadece imzalanmakla, eğer salt imzalanarak yürürlüğe girmesi öngörülmemişse, hükümlerinin uygulanmasına ilişkin yükümlülük doğurmaz. Bu dönemde imzacı devlet, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 18’e göre, andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınmak mecburiyetindedir. O halde bu dönemde andlaşmayı yapan devletlerin temel yükümlülüğü bu konuyla sınırlı olmalıdır. Andlaşmalar yürürlüğe girmekle Viyana Sözleşmesi m. 26’ya göre, ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyiniyetle yerine getirmesi gerekir. Buna “ahde vefa” ilkesi denir.

Viyana Sözleşmesinin sorumluluğa ilişkin düzenlemeler getirmediği açıktır. Nitekim, m. 73’te, bu Sözleşmenin hükümlerinin bir andlaşma ile ilgili olarak devletin uluslararası sorumlulu konusuna hanel getirmeyeceği belirtilmiştir. Bu Sözleşme hükümleri ancak, ya uluslararası yükümlülükler (birincil kurallar) doğururlar ya da uluslararası andlaşmalara dayanan yükümlülüklerle ilişkin bir düzen getirirler.

---

<sup>276</sup> SUR, s. 90.

<sup>277</sup> GÜNDÜZ, s. 19.

## ii. Örf ve Âdet

Uluslararası hukukta örf ve âdet uluslararası hukuk kişilerinin tutum ve davranışları sonucu birlikte oluşturdukları yazılı olmayan uluslararası hukuk kurallarının bütünüdür<sup>278</sup>. Böyle bir kuralın varlığı, uluslararası hukuk kişilerinin aynı durumlarda aynı davranışları genel ve sürekli olarak tekrarlaması (maddî unsur) ve bu davranışın hukukî bir zorunluluk teşkil ettiği kanaatinin bulunmasına (manevî unsur) dayanmaktadır<sup>279</sup>. Burada ilgili davranış, bir şeyin yapılması (olumlu) olabileceği gibi, bir şeyin yapılmaması (olumsuz) şeklinde de olabilir. UAD Statüsünde bu kurallarla ilgili olarak “genel bir uygulama”dan söz edilse de, bölgesel hatta iki taraflı örf ve âdet kurallarının olabileceği de kabul edilmektedir<sup>280</sup>.

Görüleceği gibi, örf ve âdet kurallarının tespiti önemli ölçüde devlet uygulamalarına dayanmaktadır. Devletin doğrudan uygulamaları ise genellikle, diplomatik mektuplaşma, resmî açıklamalar, iç hukuk kuralları ve benzerlerinden oluşmaktadır. Bunun sorumluluk açısından önemi o devlet açısından uluslararası örf ve âdetten doğan bir yükümlülüğün mevcut olup olmadığını tespit edebilmek için ölçü olmasıdır<sup>281</sup>.

Andlaşmalar ve örf ve âdet kuralları uluslararası hukukta aynı bağlayıcı güce sahiptir. Bir devletin bir andlaşma hükmünü ihlâl ettiğinde ya da bir örf ve âdet kuralını ihlâl ettiğinde sorumluluk meselesi bakımından ne gibi farklar olabilir sorusuna, bir fark yoktur cevabını verebiliriz. Örneğin, genel olarak kabul görmüş bir örf ve âdet kuralı niteliğinde olan açık denizlerin serbestliği ilkesi 1958 tarihli Açık Denizlere Dair Cenevre Sözleşme yürürlüğe girmesiyle tarafları için bir andlaşma kuralı olur. Bu ilkenin bu sözleşmenin yürürlüğünden önce veya sonra ihlâl edilmesinin sorumluluk açısından hiçbir değişikliğe sebep olmayacağı açıktır. İster andlaşma hükmü olsun isterse

---

<sup>278</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 104.

<sup>279</sup> Manevî unsur, sıradan alışkanlık (habits) ve âdetlerden (usages) ve nezaket kurallarından örf ve âdet kurallarını ayıran bir unsurdur. (GÜNDÜZ, s. 19).

<sup>280</sup> SUR, s. 74-77.

<sup>281</sup> AMERASINGHE, s. 28-29.

örf ve âdet, uluslararası hukuk kuralının ihlâli uluslararası hukuka aykırı fiilin ortaya çıkmasına yol açar<sup>282</sup>. Uluslararası uygulama da bu yönde gelişmiştir<sup>283</sup>.

### iii. Devletlerin Tek Taraflı Uluslararası Hukuk İşlemleri

Tek taraflı işlemlerin bütün özelliklerini ortaya koymak için yeterli bir tanım yapmak güç olsa da, genel olarak bunların uluslararası hukukun tek bir uluslararası hukuk kişinin irade açıklamasına hukukî etkiler bağladığı hukukî işlemler olduğunu söyleyebiliriz<sup>284</sup>. Aslında tek taraflı işlemler doğrudan uluslararası hukukun kaynağı değildir. Ancak günümüzde birtakım hukukî etkiler meydana getirdikleri içi, tek taraflı işlemler uluslararası hukukun kaynaklarıyla ilişkili olarak ele alınır. Tek taraflı işlemlerin hukukî etkisinin dayanağı ise, bir uluslararası hukuk normudur<sup>285</sup>.

Tek taraflı işlemler üzerinde gelişen önemli bir tartışma konusu, bunların hukukî etkileriyle ilgilidir. Uluslararası hukukun düzenlediği çerçevede tek taraflı işlemlerin bunları yapan kişiler bakımından yükümlülükler ve üçüncü kişiler bakımından ise haklar doğuracağı konusunda öğretide hiçbir sorun bulunmamaktadır<sup>286</sup>. Nitekim uygulamada da bu yönde örnekler bulunmaktadır. Örneğin UAD *Nuclear Tests (Nükleer Denemeler) Davasına* ilişkin 20.12.1974 tarihli kararında belirtildiği gibi, tek taraflı işlemler yoluyla yaratılan hukukî veya fiilî durumlarla ilgili olarak verilen beyanların hukukî yükümlülükler yaratacağı çok iyi bilinmektedir. Bu tarz beyanlar çok özel olabilir ve çok defa da öyledir. Beyanda bulunan devletin (somut olayda Fransa'nın) niyeti, beyanın kendi hükümlerine göre bağlayıcı olma şeklindeyse, bu niyet beyana hukukî bir taahhüt niteliği verir ve ilgili devlet, bu beyana uygun hareket etmeye mecburdur. Bir beyan, eğer açıkça ve bağlanma niyetiyle yapıldıysa, uluslararası görüşmeler bağlamında

---

<sup>282</sup> TUNKIN, s. 383.

<sup>283</sup> Bu yönde bazı yargı ve hakemlik kararları için genel olarak bkz. PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 104-113.

<sup>284</sup> PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 121.

<sup>285</sup> SUR, s. 93.

<sup>286</sup> PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 121. Tek taraflı işlemde işlemin niteliğine bakarak muhatabın (olası hak sahibinin) kim olduğunu söylemek mümkün değildir. Muhatabın belirlenmesi için her durumda işlemin içeriğini incelemek gerekir. (ÇAĞIRAN Mehmet Emin, *Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri*, Ankara 2005, s. 588).

yapılmadıysa bile bağlayıcıdır. Beyanın hüküm doğurması için bir karşılık niteliğinde hiçbir şeye ya da beyanın daha sonradan kabulüne veyahut diğer devletlerden herhangi bir cevabın gelmesine de gerek yoktur. Ancak, kararda bütün tek taraflı işlemlerin yükümlülük doğurmayacağı da belirtilmiştir. Bununla birlikte bir devlet kendini bağlama niyetiyle özel bir meseleyle ilgili olarak belirli bir tutum takınmayı benimseyebilir. Niyet ise, işlemin yorumlanması yoluyla araştırılıp bulunmalıdır. Ancak, devletler hareket serbestilerini sınırlayacak beyanlarda bulduklarında, kısıtlayıcı bir yorum yapılmalıdır. Bu karara göre, tek taraflı işlemin dayanağı, andlaşmalar hukukundaki ahde vefa ilkesinin de dayanağı gibi, iyiniyettir. Bu nedenle ilgili devletler bu beyandan haberdar olabilir, bu beyanlara güvenebilir ve bu şekilde yaratılan yükümlülüğe uyulmasını isteme hakkına sahiptirler<sup>287</sup>. Benzer şekilde USAD *Legal status of eastern Greenland (Doğu Grönland Statüsü) Davasına* ilişkin 05.04.1933 tarihli kararında, hükûmeti adına yabancı bir devletin diplomatik temsilcisinin isteği üzerine, kendi yetki alanına giren bir sorunla ilgili olarak dışişleri bakanı (Ihlen) tarafından verilen bu nitelikli bir cevabın, bakanın temsil ettiği devleti bağlayacağını tartışmasız olduğunu belirtmiştir<sup>288</sup>.

Buna karşılık, öğretide bu tür işlemlerin üçüncü kişiler bakımından yükümlülük doğurması konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Geleneksel öğretide buna kesin olumsuz cevap verirken, öğretide giderek gelişen görüşe göre ise, bu tür işlemlerin de kimi zaman çok taraflı işlem özellikleri taşıması sebebiyle, ender de olsa, kimi yükümlülükler doğurabileceği kabul edilmektedir. Nitekim varlığı ve geçerlilik koşulları bir andlaşma veya örf ve âdet kuralı ile düzenlenen bir tek taraflı işlemin üçüncü kişiler bakımından birtakım yükümlülükler getirmesine mantıksal bir engel de yoktur. Böylece uygulamada da bir andlaşmanın veya bir örf ve âdet kuralının tanıdığı yetkiye dayanarak devletlerin kimi ulusal hukuk işlemlerinin üçüncü devletler ya da onların uyrukları için

---

<sup>287</sup> Kararda ilgili tek taraflı işlemin erga omnes etkiye sahip olacağına dair ifadeler de bulunmaktadır. Buna göre, Fransız yetkililerin beyanıyla, Divan dışında herkese karşı (erga omnes) ve açıkça yapılmıştır. Zira Fransız Hükûmeti, 1974'te atmosferdeki denemeler serisinin son bulduğunu açıkladığı zaman, bununla davacı taraf da dahil olmak üzere dünyadaki bütün devletlere bu denemelere gerçekten son noktayı koyma niyetini bildirmiştir. Fransız Hükûmeti, diğer devletlerin bu beyanı dikkate alıp, onun gerçekten uygulanacağına güvendiklerini görmezden gelemez. (Bkz. ÇAĞIRAN, s. 592).

<sup>288</sup> Kararlar için bkz. GÜNDÜZ, s. 178-182.

yükümlülükler yarattığı durumlara rastlanmaktadır. Örneğin, uluslararası boğazların hukukî rejimini düzenleyen andlaşmalarla hükme bağlanmayan konularda kıyı devletinin egemenlik yetkisinin geçerli olacağını öngören bir kurala, öte yandan, kimi andlaşma hükümlerine dayanarak Türkiye'nin 08.10.1998 tarihli bir tüzük ile Türk Boğazlarındaki deniz trafiğini düzenlemesi kaçınılmaz olarak üçüncü kişilere birtakım yükümlülükler getirmektedir<sup>289</sup>.

## **b. Devletin İradesine Mutlak Değer Atfedilmeyebilen Kaynaklar**

Westphalia Barışından bu yana daha çok iradeci-pozitivist temelde gelişen uluslararası hukuk sistemi özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra sorgulanır oldu. Bu dönemde geleneksel sistemin “devlet iradesinin kutsallığı”, “mutlak egemenlik” gibi kavramları ciddi şekilde eleştirildi. Bu yönde normatif düzeyde tedricen üç önemli gelişme yaşandı: hukukun genel ilkelerinin kabulü, jus cogensin kabulü ve erga omnes yükümlülüklerin ortaya çıkması<sup>290</sup>. Aşağıda bunları teorik tartışmalara mümkün mertebe girmeksizin, bazı hukukî temeller ve uygulamalar çerçevesinde özet olarak inceleyeceğiz.

### **i. Hukukun Genel İlkeleri**

Uluslararası toplumda salt iradeci görüşler karşısında ilk olarak UAD Statüsü m. 38/1'de kabul edilen “medenî uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri” kavramı yer aldı. Bunlar uluslararası düzenin anayasa kuralları niteliğinde kabul edilebilir<sup>291</sup>. Bu ilkeler, birçok ulusal hukuk düzeninde yer alan ve uluslararası hukuk düzenine aktarılmasına ne hukuk mantığı ne de devletlerin değer yargıları bakımından bir engel bulunmayan, devletlerin ortak değerlerini içeren kurallardır<sup>292</sup>. Günümüzde “medenî uluslar” terimi ise anlamını yitirmiş olup “muhtelif uluslar” terimi tercih edilebilir. Bu ilkelerin mutlak biçimde bütün devletlerin hukuklarında yer almaları gerekmeyip, sadece

---

<sup>289</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 121-122.

<sup>290</sup> BAŞLAR, s. 75-76.

<sup>291</sup> BAŞLAR, s. 76.

<sup>292</sup> PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 114.

bazı hukuk sistemleriyle sınırlı kalmadan devletlerin çoğunca benimsenmesi önemlidir<sup>293</sup>.

Hukukun genel ilkeleri, iyiniyet ilkesi, hakkın kötüye kullanılmaması, devletlerin egemenliği, iyi komşuluk ilkeleri, kuvvete başvurma yasağı, deniz alanlarının sınırlandırılmasında hakkaniyete uyulması, uluslararası yargı organlarının bağımsız yargıçlardan oluşması gibi ilkelerdir. Bunun dışında sorumluluk hukukuna ilişkin ilkeler, bu alanda uluslararası kodifikasyon henüz gerçekleşmediği için büyük önem taşır. Örneğin, zararın tümünün tazmin ettirilmesi, gecikme faizi, fiil ile zarar arasında nedensellik bağı, uluslararası yargıya başvurmadan önce iç başvuru yollarının tüketilmesi bunlardan bazılarıdır<sup>294</sup>.

Örf ve âdet kurallarının varlığı için gerekli olan kuralın bağlayıcı olduğuna ilişkin kanaatin bulunması hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmek için gerekli değildir. ayrıca burada devletlerin uygulamalarının da göz önünde tutulması gerekli değildir. Kuralın farklı hukuk sistemlerinde kabul edilmiş olması yeterlidir. Bu kurallar aksiyomatiktirler, bir başka deyişle bunların doğru kabul edilir ve ispatı aranmaz. Ayrıca hukukun genel ilkelerine karşı ısrarlı itiraz da bunların uygulanmaması sonucunu doğurmaz. Değiştirilmeleri ise aklî ve ebedî doğruyu yansıttıkları ölçüde mümkün olabilmektedir<sup>295</sup>.

Uluslararası uygulamada bu kaynağın varlığını açıkça kabul eden ifadelere rastlanmaktadır. Bunun dışında bu hukuk kaynağının ihlâli durumunda sorumluluğun doğduğu da kabul edilebilmiştir. Örneğin, *Korfu Boğazı Davası*na ilişkin kararında UAD, hiçbir devletin ülkesinin öteki devletlerin haklarına aykırı fiiller için

---

<sup>293</sup> SUR, s. 81.

<sup>294</sup> SUR, s. 83-84.

<sup>295</sup> GÜNDÜZ, s. 32.



kullanılmasına izin vermeme yükümlülüğü altında olduğunu, genel olarak kabul edilen insanlığın gerekleri ilkesine bağlamaktadır<sup>296</sup>.

## ii. Emredici Hukuk Kuralları (Jus Cogens)

İkinci olarak 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesiyle “jus cogens” kavramı uluslararası pozitif hukuka girerek, devletlerin bir yükümlülükle bağlanması iradesine mutlak değer atfedilmeksizin bazı normların bütün devletler için bağlayıcılığı ve geçerli olduğu kabul edilmiştir.

“Jus cogens”, yedek kural ya da değiştirilme olanağı bulunan kuralın (jus dispositivum) aksine, hukuk kişilerinin bu kurala aykırı bir kural kararlaştıramayacağı, kesin olarak uygulamak zorunda oldukları ve aykırı düzenleme getirilmesi durumunda bu düzenlemeyi geçersiz kılacak kurallardır. Bu anlamda birçok iç hukuk düzeninde de kişilerin sözleşme yapma özgürlüğünü sınırlayan, genellikle kamu yararının, genel ahlâkın ve güçsüzlerin korunmasını amaçlayan emredici kurallar bulunmaktadır<sup>297</sup>. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 53’e göre, “Bir andlaşma, yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışyorsa, batıldır. Bu sözleşme bakımından milletlerarası genel hukukun bir emredici normu, bir bütün olarak devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur<sup>298</sup>.” O halde daha açık bir ifadeyle bu kuralların hem ulusal hem de uluslararası hukuk

<sup>296</sup> Merits, ICJ Reports 1949, s. 22, [http://www.icj-cij.org/icc/icc\\_judgment/ICC\\_-\\_judgment\\_19490409.pdf](http://www.icj-cij.org/icc/icc_judgment/ICC_-_judgment_19490409.pdf) (13.03.2006). Hukukun genel ilkelerine gönderme yapılan bazı kararlar için genel olarak bkz. PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 117-118.

<sup>297</sup> PAZARCI Hüseyin, “Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı”, Bülen N. Esen’e Armağan, Ankara 1977, (Jus Cogens), s. 365. İç hukukta örneğin, Türk Borçlar Kanunu m. 19’a göre: “Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği sınır dairesinde, serbestçe tâyin olunabilir. Kanunun kat’i surette emrelediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlâka (âdaba) veya umumî intizama yahut şahsî hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.”

<sup>298</sup> Metnin çevirisi için bkz. GÜNDÜZ, s. 184-208.

düzenlerinde toplumun temel nitelikteki menfaatlerinin ferdî menfaate üstün gelmesinin ve toplumun ferdî iradeyi geçersiz kılabilmesinin yolunu açmaktadır<sup>299</sup>.

Jus cogens kurallar, uluslararası hukuk kurallarının ancak devletin iradesinin ürünü olarak oluştuğunu ve geçerli olduğunu kabul eden pozitivist görüşteki yazarların bir bölümü tarafından bu kurallarda bir tür doğal hukuk niteliği görülerek, reddedilmek istenmiştir. Oysa arada pozitivist görüşe göre de uyum kurmak mümkündür. Örneğin doğal hukuk kaynaklı bir kuralın uluslararası hukuk kişileri tarafından irade bildirmesi sonucu pozitif hukuk kuralı haline gelmesi olanağı her zaman bulunmaktadır. Aslında burada Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 53'teki "bir bütün olarak devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen" ifadesi, kuralın varlığı için var olan bütün devletlerin bunu kabul etmiş olmasının aranması anlamına da gelmez<sup>300</sup>. O halde insanlığın ortak yararı (common interest) için zorunlu olan bu kurallar üzerinde devletlerin bütününe rızasının bulunduğu farzedilir. Nitekim Sur'un ifade ettiği gibi, jus cogens niteliği taşıyan örf ve âdet kuralının oluşmasına itiraz yoluyla da engel olunamaz<sup>301</sup>. Bu, pozitivist görüşler açısından da kabul edilebilir niteliktedir. Zira bu ilkeler bir uluslararası hukuk düzeninin ve insanlığın asgarî ortak değerlerinin güvencesi olmakla, devletlerin iradelerinin bağımsızlığının da koruyucusu konumdadır<sup>302</sup>. Keza bu tür kurallara niteliğini veren kendilerini oluşturan kaynağın üstünlüğü veya farklılığı değil, daha çok içerdikleri kurala atfedilen niteliktir.

<sup>299</sup> DENK Erdem, "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar", AÜSBFD, 2001, C. 56(2), S. Nisan-Haziran, s. 45.

<sup>300</sup> PAZARCI, Jus Cogens, s. 370-371, 374.

<sup>301</sup> Bkz. SUR Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, İzmir 2000, s. 77.

<sup>302</sup> Bu kuralların gerekliliğini anlamak için UHK'nin Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Tasarısının Yorum Belgesindeki örnekleri saymak dahi yeterli olacaktır. BM Şartı hükümlerine aykırı şekilde bir hukuka aykırı kuvvet kullanımı, uluslararası hukukta suç teşkil eden bir diğer fiil, soykırım, deniz haydutluğu veya köle ticareti öngören andlaşmaların bu tür kuralların ihlali niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Yine bunların bastırılmasında her bir devletin işbirliği yapmaya çağrıldığına dikkat çekilmiştir. YILC 1966, Vol. II, s. 248, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1966\\_-v2\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1966_-v2_e.pdf) (03.05.2006). Yine İşkence Ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) m. 1'de tanımlanan işkenceye karşı getirilen yasak (Sözleşme metni için bkz. <http://www.ohchr.org/english/law/cat.htm> (13.06.2006)) ve silahlı çatışmalara uygulanacak temel uluslararası insancıl hukuk kuralları (Örneğin, bkz. *Nükleer Silahların Tehdidinin ve Kullanılmasının Meşruluğu* konusuna ilişkin UAD'ın 08.07.1996 tarihli danışma görüşü, ICJ Reports 1996, p. 79, <http://www.icj-cij.org/ijcwww/icasess/ianan/iananframe.htm> (13.03.2006)) emredici hukuk kurallarından sayılabilir. (Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 40, p. 5).

Bir başka deyişle jus cogens üstünlük veren, içerdikleri normun toplumsal değeri ve önemidir<sup>303</sup>.

Yine de uluslararası hukukta bu tür kurallar, ancak çok iyi örgütlenmiş ve özellikle de temel değerlerini önceden açık şekilde saptamış bir toplumda amacına hizmet eder şekilde uygulanabilecektir. Nitekim bu kuralların varlığına öğretilerde getirilen en önemli eleştiriler de bu konu üzerinde yoğunlaşmakta ve uluslararası toplumun bugünkü yapısı itibarıyla ilgili kurallara hazır olmak bir yana, bunların kötüye kullanılmasına elverişli olduğu savunulmaktadır<sup>304</sup>.

Ayrıca bu konuda teorik düzeyde deneyimin olumlu olduğunu da söylemek mümkündür. Zira bu kavram sayesinde insan haklarının korunması, silahsızlanma, kuvvet kullanılmasının önlenmesi ve barışın korunması amaçlarına yönelmiş kurallar ve devletlerin bağımsızlıklarını koruyan kurallar anayasal değerde kabul edilmiştir. Ancak “jus cogens” kavramının sadece andlaşmalar hukukuyla ilgili olması ve bunlara aykırı andlaşmaların geçersizliği sonucunu doğurması itibarıyla nisbeten dar bir kapsama sahip olabilmıştır<sup>305</sup>.

Kavramla ilgili olarak uluslararası yargı ve hakemlik organlarında daha çok yargıçların ayrı veya karşı görüşlerinde ve bazı tarafların savunma ve açıklamalarında

---

<sup>303</sup> DENK, s. 52. Grotius’un anlayışında, herhangi bir topluluğa katılanlar, açıkça ya da üstü kapalı bir sözleşmeyle bu toplumun çoğunca ya da buyurmaya yetkili kılınmış olanlarca kararlaştırılmış şeyleri kabul edeceklerine de söz vermiş olurlar. Bütün devletlerin ya da bunlardan büyük çoğunluğun karşılıklı olarak anlaşması da aralarında birtakım hukuk kurallarını kabul etmelerini sağlamıştır. Bu hukuk kuralları, her devletin yalnız kendi çıkarını değil, devletlerin evrensel birliğinin çıkarlarını göz önünde tutmaktadır. Bu hukuk kurallarına “doğal hukuk”tan farklı olarak, “uluslararası hukuk” (ius gentium) adı verilmiştir. (GROTIUS, s. 2-9). Görüleceği üzere Grotius, devletlerin egemenliğini görmezden gelmeden, bir devletler toplumu öngörüp, bunun kurallarının herkes için bağlayıcıyı ima etmiştir. Grotius’un hem doğal hukuku hem de devletlerin iradesini birlikte ele aldığını söyleyebiliriz.

<sup>304</sup> DENK, s. 45. Benzer şekilde Başlar da bu tür kuralların ihlâlinin sorumluluk doğurmasının ve bunun takip edilebilmesinin gerçek bir uluslararası kamu hukukunun doğmasını gerektirdiğini belirtmiştir. Bununla birlikte yazar, bugün ekolojik ve ekonomik yönden sınırların kalktığı bir dünyada dava açma hakkının (locus standi) her zaman salt doğrudan ilgili devletlere tanınmasının sorunlara neden olabileceğine de işaret etmiştir. (BAŞLAR, s. 77).

<sup>305</sup> Bkz. BAŞLAR, s. 76-77. Ayrıca bkz. DENK, s. 46. “Jus cogens”in bir önemli etkisine de hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumların düzenlendiği 2001 Komisyon Tasarısı Birinci Bölüm Beşinci Kısım m. 26’da işaret edilmiştir. Buna göre, bu Kısımda yer alan hiçbir şey, genel uluslararası hukukun bir emredici normu bakımından ortaya çıkan bir yükümlülüğe uymayan bir devletin herhangi bir fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.

jus cogense atıflar yapılmıştır. UAD, kararlarında genellikle jus cogens kuralların varlığı veya içeriği konusunda doğrudan bir yorum yapmamayı tercih etmektedir. Yine de ilgili kurallar, “uluslararası toplumun temel kuralları” ya da “uluslararası toplumun öncelikli kuralları” gibi ifadelerle UAD kararlarında ve yargıçların ekli görüşlerinde yerini almıştır<sup>306</sup>.

Genel uluslararası hukukun emredici normlarının ihlâli durumunda 2001 Komisyon Tasarısına göre, yükümlülüğünü ihlâl eden devletin değil, diğer devletlerin birtakım yeni yükümlülükleri doğar. Bunları çalışmamızda “Devletlerin Ceza Sorumluluğu” ve bunu takiben “Değerlendirme” başlıkları altında inceledik.

### iii. Erga Omnes Yükümlülükler

Jus cogensin kabulünden hemen bir yıl sonra UAD *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Davası*nda, uluslararası hukukta anayasal nitelikte temel değerlerin varlığını gösteren ve bunları korumayı amaçlayan üçüncü gelişme “erga omnes” (herkese karşı) kavramıyla ortaya çıktı. Bunlar, uluslararası toplumun genelinin menfaatine olduğu için zaman ötesi (intertemporal) ve mekan ötesi (interspatial) olarak bütün devletleri bağlar ve devletlerin bunlar üzerinde farazî bir rızasının olduğu kabul edilir<sup>307</sup>.

Uluslararası hukukta bütün normların aynı seviyede değerlendirildiği ve aynı rejime tâbi olduğu inancı son yıllarda etkisini kaybetmiştir. Uluslararası normlar arasında bir hiyerarşinin olması gerektiği düşüncesi hem öğretilerde hem de yargı kararlarında kabul görmeye başlamıştır. Bunların başlıcaları kısmen incelediğimiz uluslararası suçlarla ilgili yükümlülükler, jus cogens ve erga omnes yükümlülüklerdir. Bu kavramlar birbiriyle yakından ilgilidir<sup>308</sup>. Nitekim Crawford ilk raporuna 3. ekte, devletin suç teşkil eden davranışlarıyla ilgili olarak mevcut durumda hem prosedürel hem de maddî bakımdan tutarlı bir sistemin eksikliği dolayısıyla, devlet suçları

<sup>306</sup> Bu yönde UAD uygulamasından örnekler için bkz. (DENK, s. 48-51).

<sup>307</sup> BAŞLAR, s. 76-79.

<sup>308</sup> BAŞLAR, s.

meselesinin çözümünü hem gereksiz görmüştür hem de mümkün görmemiştir. Ancak burada raportör anlamlı bir şekilde uluslararası hukukta zaten mevcut olan uluslararası topluma bir bütün olarak ödevli olunan erga omnes yükümlülüklerine ve aykırı davranılamayan normlar olarak jus cogens kurallara dikkat çekmiştir. Bu bakımdan bu yükümlülüklerin ihlallerinin sonuçlarının uygun bir şekilde Tasarı hükümlerinde yansıtılması gerekmektedir. Ayrıca böyle yapmanın, uluslararası suçlar kavramının bir başka isim altında yeniden gündeme getirilmesi anlamına gelmeyeceği de belirtilmiştir<sup>309</sup>.

Erga omnes yükümlülükler Gaja'ya göre uluslararası toplumun temel menfaatlerini koruyan normların empoze ettiği yükümlülük türleri arasında diğerlerini kapsayan en geniş daireyi oluşturmaktadır. Jus cogens normlardan doğan yükümlülükler mutlaka erga omnestir; ancak bunun tersi doğru değildir. Bu sebeple jus cogens daha dar bir daire oluşturur<sup>310</sup>. Ayrıca devletin suçlarına dair sorumluluk öngören meşhur 19. madde Komisyonda 1976'da kabul edildiği zaman Yorum Belgesinde, ihlâlinin bir uluslararası suç olduğu yükümlülüklerin, mutlak bir sonuç olmamakla birlikte, genellikle jus cogens kurallardan türediği, bir jus cogens kuralıyla kurulan yükümlülüğün yerine getirilmemesi genellikle bir uluslararası suç oluştursa da, bunların ihlâlinin mutlaka bir uluslararası suç oluşturduğu yükümlülüklerden çok daha geniş olduğu belirtilmiştir<sup>311</sup>. Aslında bu yükümlülüklerin içeriklerinin ne olduğu konusu halen belirsizlikler içermektedir. Bu yükümlülüklerin özellikle insan hakları, çevrenin korunması ve kalkınmayla ilgili konularda yardımcı olabilecek bir mekanizma olması dolayısıyla daha ayrıntılı olarak üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır<sup>312</sup>.

Uluslararası hukukun genel kuralları arasında erga omnes yükümlülükler ve bu özel yükümlülüklerin türlerine bağlı olan sorumluluğun normatif yönleri uluslararası

<sup>309</sup> Doc. A/CN.4/490, Add. 3, p. 97-98.

<sup>310</sup> Bkz. ABI-SAAB Georges, "The Uses Of Article 19", EJIL, 1999, Vol. 10, No. 2, s. 348.

<sup>311</sup> Doc. A/31/10, Report of the ILC on the work of its twenty-eighth session, 3 May-23 July 1976, Chapter III, s. 75, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_-1976\\_v2\\_p2\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_-1976_v2_p2_e.pdf) (06.04.2006). Bu konu çalışmamızın "Fiilin Uluslararası Suç Olup Olmadığına Göre Yapılan Ayrım" başlığı altında daha geniş incelenmiştir.

<sup>312</sup> BAŞLAR, s. 100.

hukukun tedrici gelişmesiyle ilgili en hassas konuları arasındadır. Bu konu üzerindeki tartışma, jus cogens kavramı ve uluslararası hukuka aykırı fiiller bakımından uluslararası suçlar (crimes) ile uluslararası cünha (delict) arasındaki olası ayırım üzerinde gelişmektedir<sup>313</sup>.

Erga omnes yükümlülükler, ihlâlinin sadece hukuka aykırı fiilin kendisine karşı maddî olarak yöneldiği devletin bir sübjektif hakkının ihlâli anlamına gelmediği, aynı zamanda diğer bütün devletlerin aynı içeriğe sahip sübjektif haklarının ihlâli anlamına da gelen kurallardır. Bu kurallar hem andlaşmalardan (özellikle çok taraflı andlaşmalardan) hem de örf ve âdetten kaynaklanabilmektedir. Birçok çok taraflı andlaşmada, doğrudan kendilerine karşı yöneltilmemiş olan yükümlülük ihlâllerinde de diğer taraf devletlerin hukuka aykırı fiili ika eden devletin sorumluluğuna gidebildiği özel usûller getirilmiştir<sup>314</sup>. Burada sübjektif hak kavramı, uluslararası hukukta somut (substantive) bir menfaatle ilgili hukukî koruma anlamına gelmektedir<sup>315</sup>.

Cassese olağan sorumluluk ve ağırlaştırılmış sorumluluk ayırımı yaparak, bu ikinciyi erga omnes yükümlülükler temelinde ele almakta ve herhangi bir zararın doğmasının sorumluluğun doğması için zorunlu koşul olmadığını belirtmektedir. Ona göre ağırlaştırılmış sorumluluk önemli farklı özelliklere sahiptir. Bu tür bir sorumluluk ya barış, insan hakları veya halkların self determinasyon hakkı gibi temel değerlerin korunduğu, örf ve âdete veya çok taraflı andlaşmaya dayanan erga omnes yükümlülüklerden doğmaktadır. Bunlar belirli bir topluluğu ilgilendiren topluluk yükümlülükleridir (community obligation). Olağan sorumluluktan doğan yeni münasebet iki devlet arasında özel bir mesele iken, ağırlaştırılmış sorumluluk, ilgili yükümlülüğü ihlâl eden devlet ile diğer bütün devletler ya da belirli durumlarda diğer bütün sözleşen devletler arasında bir kamu ilişkisi (public relation) olarak meydana gelmektedir. Bu tür yükümlülüklerin ihlâllerinde sorumluluğa başvuran devletler dünya

---

<sup>313</sup> TANZI Attila, "Is Damage A Distinct Condition for The Existence of An Internationally Wrongful Act?", in M. Spinedi and B. Simma (editor), *United Nations Codification of State Responsibility* (New York, Oceana, 1987), s. 18.

<sup>314</sup> TANZI, s. 16.

<sup>315</sup> TANZI, s. 17, dn. 61.

toplumunun bütünü veya bir çok taraflı andlaşmanın tarafı olan devletlerin çoğu adına hareket ettiği için, kişisel bir menfaat izlemezler, aksine topluluk menfaati aranır. Yazar bu tür yükümlülüklerin ihlallerine karşı kurumsallaşmış tepkiler (institutionalized reactions) tasarlandığını belirtmiştir<sup>316</sup>.

Tunkin'e göre de, barışın ihlâli veya barışı ihlâle yönelik bir tehdit sadece menfaatleri değil artık bütün devletlerin haklarını da etkiler niteliktedir. Bu bakımdan her bir devletin barış üzerinde sübjektif bir hakkı olduğu söylenmelidir<sup>317</sup>.

Erga omnes yükümlülüklerin varlığını kabul etmelerine rağmen, bunların ihlâli halinde, uluslararası sorumluluğun ortaya çıkardığı “geleneksel iki taraflı ve yatay münasebete” (traditional horizontal relationship) uymayan bir başka sorumluluk şeklinin doğmaması gerektiği ve buna dayanarak üçüncü devletlerin (Aslında “üçüncü devlet” terimi bu yükümlülükler açısından uygun da sayılmaz.) bu sorumluluk ilişkisinin aktif bir öznesi olamayacağı ileri sürülmüştür. O halde erga omnes yükümlülüğün ihlâlinden doğan farazi dikey ilişki (hypothetical vertical relationship) uluslararası toplumun üyesi olan her bir devlet ile söz konusu hukuka aykırı fiili ika eden devlet arasında iki taraflı yatay ilişkilere ayrılacaktır. Aslında her bir devlet bu tür yükümlülüklerin ihlallerinin mağduru, ancak farklılık, hukuka aykırı fiilin maddî olarak mağduru ile diğerlerinin elde edeceği giderim şekillerinde olmaktadır<sup>318</sup>.

Özet olarak erga omnes yükümlülüklerin diğer yükümlülüklerden ayırıcı özelliği iki taraflı olmamasıdır. Hatta bu yükümlülüklerin iki taraflılığın anti-tezi olduğu da ifade edilmiştir. Bu yükümlülüklerin tipik özellikleri, bölünmezliği, karşılıklılık ilkesine dayanmaması, ihlâli halinde, yükümlülüğü doğuran andlaşmaya taraf olsun olmasın bütün devletleri etkilemesidir<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> CASSESE, s. 262, 264-265.

<sup>317</sup> TUNKIN, s. 418.

<sup>318</sup> Bkz. TANZI, s. 19. Ayrıca bu görüş, erga omnes yükümlülüklerle iç hukuklarda faili kamuyla karşı karşıya getiren ceza hukuku benzeri bir uluslararası sorumluluk sistemi yaratılacağından kaygılanan kişiler açısından da tatminkâr olabilecektir. (TANZI, s. 19).

<sup>319</sup> BAŞLAR, s. 107.

Bu yönde gelişen veya en azından sözü geçen bazı uygulamalar da bulunmaktadır. Örneğin, UAD *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* konusuna ilişkin 28.05.1951 tarihli danışma görüşünde, konunun çözümüne Soykırım Sözleşmesinin özel niteliği içerisinde çözüm bulunması gerektiğine işaret etmiştir. Zira işbu Sözleşmede öngörülen ilkelerin, herhangi bir andlaşma yükümlülüğüne dayanmasa bile, devletler üzerinde bağlayıcı olduğu medenî uluslarca kabul edilmiştir. Sözleşen tarafların salt kendilerine özgü herhangi bir menfaati bulunmaz, ancak onlar ortak bir menfaate (common interest) sahiptirler<sup>320</sup>.

UAD, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Davası* (Second Phase) ilişkin 05.02.1970 tarihli kararında erga omnes yükümlülüklerin varlığından ilk açıkça söz etmiştir. Buna göre, bir devlet, ülkesine yabancı yatırımları veya ister gerçek kişi olsun isterse tüzel kişi olsun yabancı uyrukluları kabul ettiğinde, onlara hukukî bir koruma sağlama zorundadır ve onlara ilişkin işlemlerle ilgili yükümlülüklerle bağlanır. Bununla birlikte bu yükümlülükler ne mutlak ne de sınırsızdır. Özellikle gerekli bir ayırım, bir devletin bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olan yükümlülükleri ile bu devleti diplomatik koruma alanında bir diğer devletle karşı karşıya (vis-à-vis) bırakan yükümlülükler arasında yapılmalıdır. Sözü edilen ilk yükümlülüklerin tam da doğası gereği onlar bütün devletlerle ilgilidir. Burada ilgili hakların önemi dolayısıyla onların korunmasından bütün devletlerin hukukî bir menfaate sahip olduğu kabul edilir. *Bunlar “erga omnes” yükümlülüklerdir.* Çağdaş uluslararası hukukta bu gibi yükümlülükler saldırı fiillerinin ve soykırımın yasaklanmasından, kölelikten ve ırk ayrımcılığından koruma da dâhil temel insan haklarıyla ilgili kurallardan kaynaklanmaktadır. Korumaya ilişkin haklardan bazıları genel uluslararası hukuk şekline dönüşmüştür, diğerleri de evrensel ya da evrensel sayılabilecek (quasi-universal) niteliği olan belgelerle sağlanır<sup>321</sup>.

---

<sup>320</sup> IJC 1951, Summary, <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/ippcgsummary510528.htm> (18.04.2006).

<sup>321</sup> ICJ 1970 Reports, p. 33-34. (Aktaran, HEINZE Eric/FITZMAURICE Malgosia (Eds.), *Landmark Cases in Public International Law*, London 1998, s. 897). UAD’ın ilgili davadaki ifadeleri bir “ratio



UAD *East Timor (Doğu Timur) Davasına* ilişkin 30.06.1995 tarihli kararında, Portekiz'in, halkların self determinasyon hakkının BM Şartından ve uygulamasından gelişen bir hak olduğu için, erga omnes niteliğe sahip olduğu iddiasını aleyhinde bir şey söylenemeyecek olarak değerlendirmiştir<sup>322</sup>.

UAD *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Davasına* ilişkin ilk itirazlar aşamasında 11.07.1996 tarihli kararında Soykırım Sözleşmesi tarafından özel bir yere konan hak ve yükümlülüklerin erga omnes hak ve yükümlülükler olduğunu belirtmiştir. Böylece Divan her devletin Sözleşme tarafından “belirli bir yere ait” olarak sınırlanmayan soykırım suçunun önlenmesi ve cezalandırılması zorunluluğuna dikkat çekmektedir<sup>323</sup>.

## 2. Yükümlülüğün Yerine Getirilmesi Bakımından Yapılan Sınıflamalar

Burada iki durum söz konusu olabilir<sup>324</sup>:

- Sonuç yükümlülüğü (obligation of result) hâlinde, devletten belirli bir sonuç beklenir ve bunu yerine getirmede devlet dilediği yolu seçebilmektedir.
- Davranış yükümlülüğü (obligation of conduct/means) hâlinde ise, devletin davranış serbestisi bulunmayıp, devlet belirli davranışlarda bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Değişik kapsamlarda olabilen bu yükümlülükler dakik hükümlerle belirlenebildiği gibi, “gerekeni yapmak”, “gereken özeni göstermek” şeklinde daha geniş ifadelerle de ortaya konabilmektedir.

Sonuç veya davranış yükümlülükleri ayrımı, aslında birincil yükümlülüklerle ilişkin olup, 2001 Komisyon Tasarısına da konmamıştır. Bununla birlikte sorumluluğun

---

decidendi” (bir davada belirli bir yönde karar vermenin sebepleri) olmayıp, bir “obiter dictum” (davanın esasını çözmeye yönelik olmayan ve bağlayıcı olmayan fikir) niteliğindedir. (BAŞLAR, s. 88, dn. 38).

<sup>322</sup> ICJ Reports 1995, p. 29, [http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/ipa/ipa\\_ijudgments/ipa\\_ijudgment-19950630.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/ipa/ipa_ijudgments/ipa_ijudgment-19950630.pdf) (12.06.2006).

<sup>323</sup> ICJ Reports 1996, Preliminary Objections, p. 31, [http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ibhy/-ibhyjudgment/ibhy\\_ijudgment\\_19960711\\_frame.htm](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ibhy/-ibhyjudgment/ibhy_ijudgment_19960711_frame.htm) (10.03.2006).

<sup>324</sup> SUR, s. 243.

ortaya konabilmesi için somut olayda yükümlülüğün ihlâlinin nasıl gerçekleşeceğinin tespiti konusunda yararı olacaktır. Yine bu ayırım, yükümlülüğün ihlâl zamanının ve ihlâl süresinin belirlenmesi açısından da önem taşımaktadır<sup>325</sup>. Bu ayırımı biz de kısaca aktarmayı uygun görmekteyiz.

1977 tarihli UHK raporu<sup>326</sup> m. 20'ye göre, “belirli bir davranış tarzı” (a particular course of conduct) benimsenmesini gerektiren bir uluslararası yükümlülüğün bir devlet tarafından yerine getirilmemesi durumunda bu devletin bir ihlâli bulunmaktadır. Buna koşt olarak m. 21'de, belirlenmiş bir sonucu bir devletin kendi seçeceği araçlarla yerine getirmesi gereken durumlarda, eğer devlet, seçtiği davranışla yükümlülüğün gerektirdiği sonucu elde edemezse bu devletin bir ihlâli bulunmaktadır. Bir devletin bir uluslararası yükümlülüğün gerektirdiği sonuca uymayan bir durum yarattığı ancak, yükümlülüğün bunu veya eşdeğer bir sonucu devletin sonraki davranışlarıyla elde edebilmesine izin verdiği durumlarda, eğer devlet sonraki davranışlarıyla da bu sonucu elde etmeyi başaramazsa, bir yükümlülüğün ihlâli bulunur.

Yine belirli bir olayı önlemeye ilişkin yükümlülükler de sonuç yükümlülüğü kapsamına girer<sup>327</sup>. Hatta buradan yola çıkarak Bozkurt, belirli bir sonucu güvence altına alan “önleme yükümlülükleri” ile devletin aktif bir eylemini gerektiren “davranış yükümlülükleri” ayırımı yapmaktadır. Yazar ilkinde örnek olarak deniz çevresinin ve genel olarak sınır aşan çevre kirliliğinin önlenmesiyle ilgili yükümlülükleri, ikincisine örnek olarak, çevre korumasını sağlamaya yönelik düzenleyici kuralların belirlenmesi ve kirliliğe yol açan faaliyetlerin denetimini göstermektedir<sup>328</sup>.

---

<sup>325</sup> Doc. A/32/10, Report of the ILC on the work of its twenty-ninth session, 9 May - 29 July 1977, Official Records of the General Assembly, Thirty-second session, Supplement No. 10, Chapter II, m. 20, p. 4, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A\\_32\\_10.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_32_10.pdf) (19.04.2006).

<sup>326</sup> Bkz. Doc. A/32/10, Chapter II, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A\\_32\\_10.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_32_10.pdf) (19.04.2006).

<sup>327</sup> KARL Wolfram, “The Time Factor in the Law of State Responsibility”, in M. Spinedi and B. Simma (editor), United Nations Codification of State Responsibility (New York, Oceana, 1987), s. 99. Örneğin bkz. 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, m. 194 ve m. 204(1).

<sup>328</sup> BOZKURT, s. 264.

Uygulamada da ilgili sınıflamaya dikkat çekilen kararlar olmuştur. Örneğin AİHD, kişinin yokluğunda ve kişiyi bilgilendirmeksizin yapılan yargılamanın AİHS m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlâl ettiği iddiasıyla önüne gelen *Colozza Davası*na ilişkin 12.02.1985 tarihli kararında, sözleşmenin taraflarına, onların hukuk sistemlerini m. 6'nın gereklerini yerine getirmede araçları seçme konusunda geniş bir takdir yetkisi bırakıldığını belirtmiştir<sup>329</sup>. Buna karşılık, AİHD, *Plattform Ärzte für das Leben v. Austria Davası*na ilişkin 21.06.1988 tarihli kararında, sözleşen tarafların, hukuka uygun gösteriler yapılabilmesini temin etmek için ancak makul ve uygun tedbirleri alabileceğini, mutlak şekilde bunu garanti edemeyeceğini ve araçları seçmede geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir. Ayrıca buradaki yükümlülüklerin “tedbir alma yükümlülüğü” olarak nitelenebileceği, ancak “bir sonuç elde etme yükümlülüğü” olmadığına işaret edilmiştir<sup>330</sup>.

### 3. Uluslararası Standart Açısından Gereken Uluslararası Yükümlülük

Uluslararası yükümlülüklerin kaynakları genelde uluslararası hukukun kaynaklarıyla eşit sınırlara sahiptir. Bunu takiben bu yükümlülükler egemen olan standart, uluslararası hukuk tarafından belirlenir. Bu standartlar bir andlaşma hükümlerinde geçiyor olabilir, bir örf âdet kuralından ya da hukukun genel ilkelerinden doğmuş olabilir. Burada genel olarak nelerin uluslararası standart oluşturduğunun aydınlatılması gerekir<sup>331</sup>.

Ülkesinde bulunan yabancıların veya bunların mallarının gördüğü zararlar için devletin sorumluluğu konusunda temelde iki ayrı görüş ortaya çıkmıştır: uluslararası asgarî davranış standardı (international minimum treatment standard veya international

<sup>329</sup> ECHR Series A, No. 89 (1985), p. 30, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=1132746FF1FE2A468ACCBCD1763D4D8149&key=12002&sessionId=6044774&skin=hudoc-en&attachment=true> (04.03.2006). Yine benzer yönde bkz. *De Cubber v. Belgium*, ECHR Series A, No. 86 (1984), p. 35, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=1132746FF1FE2A468ACCBCD1763D4D8149&key=12005&sessionId=6044974&skin=hudoc-en&attachment=true> (05.03.2006).

<sup>330</sup> ECHR Series A, No. 139 (1988), p. 34, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=Plattform%20%C4rzte%20f%C3%9Cf%C3%9Cv.%20Leben%20v.%20Austria&sessionId=6044802&skin=hudoc-en> (05.03.2006).

<sup>331</sup> AMERASINGHE, s. 43.

standard of justice) ve ulusal davranış standardı (national treatment standard veya the principle of the equality of nationals and aliens)<sup>332</sup>. Bunlardan ilkinde, geçmişte devletlerin yurtdışında bulunan uyruklarını koruma hakkını kullanması için bir temel olarak başvurulmuşken, ikincisi bir yabancıya gittiği ülkede oranın uyruklarıyla aynı davranışa muhatap olmayı kabul ettiği ve ülkesinde bulunduğu devletçe ona aynı hukukî ve yargısal korumanın verildiği müddetçe, artık bu devletin uluslararası sorumluluğu boş çıkarabilmesi amacına dayanan bir ilke olarak ileri sürülmüştür<sup>333</sup>.

Uluslararası davranış standardı pek çok batılı devlet tarafından benimsemiştir. Buna göre her devlet, ülkesindeki yabancılara bu standarda uygun olarak davranmalıdır. Eğer bu devletin iç hukuku, bu asgarî davranış standardının altında bir durum öngörüyorsa bile yabancılar, bu iç hukuka bakılmaksızın belirli bir uluslararası standarttan yararlanır<sup>334</sup>.

Ulusal davranış standardına göre yabancı uyruklular, sadece ev sahibi devletin uyrukları gibi aynı usûlde davranılma hakkına sahiptir. Bu öğretiyeye göre yabancılar, özel olarak tek bir korumadan yararlanacaklardır, o da, yabancı uyruklulara ayrımcılık (discrimination) yapılmaması ilkesiydi. Ulusal davranış standardı, daha çok gelişmekte olan devletler ve özellikle Latin Amerikalı devletler tarafından savunuldu<sup>335</sup>. Yine 1933 tarihli “Devletlerin Hakları ve Ödevleri Hakkında Amerikalılar Arası Montevideo Sözleşmesi” (Montevideo Convention on Rights and Duties of States) m. 9’da ulusal standart esas kabul edilmiştir. Buna göre, vatandaşlar ve yabancılar hukukun ve ulusal otoritelerin aynı şekilde koruması altındadır ve yabancılar vatandaşların sahip olduğundan başka veya daha geniş haklar ileri süremezler<sup>336</sup>.

---

<sup>332</sup> Biz bu ilkeleri ifade için, kavramların ulusal ve uluslararası düzlemlerdeki ayrımlardan kaynaklanması dolayısıyla, “uluslararası davranış standardı” ve “ulusal davranış standardı” terimlerini kullanmayı tercih etmekteyiz.

<sup>333</sup> Bkz. A/CN.4/96, p. 134.

<sup>334</sup> HILLIER Tim, Sourcebook on Public International Law, London 1998, s. 355; SHAW, s. 569.

<sup>335</sup> HILLIER, s. 356; SHAW, s. 569.

<sup>336</sup> Sözleşme metni için bkz. <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/intdip/interam/intam03.htm> (24.04.2006).

Ulusal davranış standardı yaklaşımının gelişmesi, temel adalet standartlarının zorunlu olarak ihmal edilmesi düşüncesinden çok, batı ekonomilerinin baskınlığına artan tepkiyle açıklanabilir. Ulusal davranış standardını kabul eden devletler asgarî davranış standardı kavramının iç işlere bir müdahale vasıtası olarak kullanıldığını biliyordu. Tam bu noktada Calvo doktrini şekillendi. Müdahale etmeme ilkesinin bir uzantısı niteliğinde olan öğretisi, yabancıların sadece vatandaşları ile uyumlu haklarının bulunmasını ve ancak iç hukuk alanında giderimin aranabilmesini ifade eder<sup>337</sup>.

Uluslararası standart kavramı 19. yüzyılda kendiliğinden gelişmiş ve uygulamada geniş destek görmüştür. Ancak ilkenin gördüğü destek açık olsa da, ilkenin içindekiler ve belirlenmesi açık olmaktan uzaktır. Örneğin, *Neer Davasında* Meksika-Birleşik Devletler Genel İddialar Komisyonu Meksika'da çalışan bir Birleşik Devletler vatandaşının silahlı kişilerce öldürülmesi üzerine Meksika otoritelerinin katili bulmada özen eksikliği bulunduğu iddiasını inceledi. Komisyon 1926 tarihli kararında, kesin bir formül uygulamaya girişmeksizin, ilkin devlet fiillerinin uygunluğunun uluslararası standartlar bakımından incelenmesi gerektiğine işaret etmiştir. İkinci olarak Komisyon, yabancıya yönelik davranışın bir hukuka aykırı fiil oluşturması için, kötü bir davranışa, kötüniyete, yükümlülüğün kasıtlı bir şekilde ihmaline veya her makul ve tarafsız kişinin eksikliklerini kolayca kabul edebileceği devlet faaliyetindeki bir yetersizliğe denk olması gerektiğini belirtmiştir. Burada söz konusu olan yetersizliğin bir yasanın eksik uygulanmasından veya ülke yasalarının otoritelere uluslararası standartlara uygun yetkiler vermemesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Komisyon somut olayda Meksika'nın böyle bir özen eksikliği olduğuna karar vermeye hazır olamamıştır<sup>338</sup>.

Bazen uluslararası hukukun bakımından bir yabancıya gösterilmesi gereken standarttan aşağıya düşülmesinin, ya doğrudan bir zarara sebep olan ve devlete isnad edilen bir fiille veya ihmalle ya da bir adaletten kaçınma durumuyla dolaylı olarak

---

<sup>337</sup> SHAW, s. 570.

<sup>338</sup> Bkz. SHAW, s. 570; McCORQUODALE/DIXON, s. 438.

devletin sorumluluğuna yol açabileceği ileri sürülmüştür<sup>339</sup>. Kimi yazarlar, uluslararası standardın değişmez bir içerikle belirli bir standart ortaya koyamayacağını ileri sürmüştür. Buna göre, ancak bir somut olayın özelliklerinin ışığında yabancıya gördüğü zararlar için devletin uluslararası sorumluluğunun incelenebileceği bir yöntem belirlenebilir. Burada bir standardın içeriğinin ne olduğu daha çok adaletten kaçınma (denial of justice) kavramı çerçevesinde ele alınmıştır. Adaletten kaçınma kavramı, ileride tartışılmalı noktalarıyla birlikte incelenecektir, ancak şimdilik kavramın, bir özel veya ceza adaletinin uygunsuz yönetimi anlamına geldiğini söyleyebiliriz<sup>340</sup>.

Devletin sorumluluğuyla ilgili kodifikasyon çalışmalarında Garcia-Amador ilk raporunda, her iki öğretinin de aslında yabancıları koruma temel amacına sahip olmaları sebebiyle, geçmişte uygulamadaki ve teorideki uzlaşmaz çatışmanın temel insan hakları (essential rights of man) bakımından bir sentezinin bulunabileceği iddiasındadır<sup>341</sup>. Buna göre ilk olarak, devlet ülkesindeki yabancılar, aynı kendi vatandaşları gibi sivil haklardan (civil rights) yararlandırmayı sağlamak ve aynı kişisel garantiler bulundurmak yükümlülüğü altındadır. Bu haklar ve garantiler çağdaş uluslararası belgelerde kabul edilen temel insan haklarından (fundamental human rights) daha aşağıda olmamalıdır. İkinci olarak, bu sivil haklar ihlâl edilir ve kişisel garantiler gözetilmezse, sadece eğer uluslararası hukukça kabul edilen temel insan hakları etkilenirse, uluslararası sorumluluk gerekecektir<sup>342</sup>. O gün için bu yaklaşım pek çok problemlili konu arasında çok göze çarpmadı. Ancak insan hakları son zamanlarda önemli gelişme göstermesi sebebiyle, sivil ve siyasî haklar bakımından devlet davranışıyla ilgili belirli bir asgarî standardın oluştuğu söylenebilir. Hatta ilgili belgelerde genelde vatandaş veya yabancı göndermesi yapılmadan, devletin ülkesi içindeki veya yargılama yetkisine tâbi bütün bireyler ayırım

---

<sup>339</sup> Örneğin bkz., McCORQUODALE/DIXON, s. 437.

<sup>340</sup> Bkz. SHAW, s. 570-571.

<sup>341</sup> Bkz. A/CN.4/96, p. 151-159.

<sup>342</sup> Doc. A/CN.4/106, s. 112-113, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_106.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_106.pdf) (26.04.2006).

yapılmaksızın, kapsam dâhilinde bulundurulmaktadır<sup>343</sup>. Burada uyrukluğun rol oynamadığı bir koruma söz konusudur.

Sonuç olarak şu söylenebilir, yabancılara yönelik davranışlarla ilgili uluslararası hukukun genel bir kural ayırımına gitmesi mümkün değildir. Bunlar genellikle olduğu ileri sürülen belirli haklara dayanmaktadır. Belirli bir durumda hangi standardın işletileceğine uluslararası hukuk karar verir ve burada esas, iç hukuk hükümlerine uluslararası hukukun ihlâli için bir mazeret olarak başvurulamayacağı ilkesidir<sup>344</sup>.

## **B. Bir Uluslararası Yükümlülüğün İhlâli (A Breach of An International Obligation)**

### **1. Terim**

Sorumlulukta temel olan ilke daha önce de belirttiğimiz gibi: “Uluslararası hukuka aykırı her fiilin, bu fiili ika etmiş olan -bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâl etmiş olan- devletin sorumluluğunu gerektirmesidir.” 2001 Komisyon Tasarısında “bir hakkın ihlâli” değil de “bir yükümlülüğün ihlâli” sorumluluk için koşul olarak tercih edilmiştir. Gerçi her hak, başkalarına buna uygun bir davranışta bulunmayı empoze etmekle bir yükümlülüğe karşılık gelmektedir. Ancak Tasarıdaki bu tercih bir anlam taşımaktadır veya en azından yerindedir. Zira uluslararası hukuk, devletlerin veya daha genel ifadeyle uluslararası hukuk kişilerinin onu temelde kendiliklerinden düzenlemesi ve uygulaması gereken bir hukuk dalı olarak, yükümlülükleri ön plana çıkarır. Bir hukuka aykırı fiil durumunda sorumluluğun, “sorumluluk bilinci” olmaksızın kolay kolay neticelenemeyeceğini de göz önünde tutarsak, “devletin bir hakkının ihlâl edilmesi” yerine “devletin bir yükümlülüğünü ihlâl etmesi” teriminin tercih edilmesi uygundur. Zira sorumluluk bir bakıma, birincil yükümlülükler ile bunların ihlâli halinde devreye giren yükümlülükler arasındaki hukukî bağıntıdır.

---

<sup>343</sup> SHAW, s. 571.

<sup>344</sup> HILLIER, s. 356.

Ayrıca 2001 Komisyon Tasarısı m. 2’de “bir devletin bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâli” (breach of an international obligation of the state) terimi kullanılarak, hem bir andlaşmadan doğan hem bir andlaşmaya dayanmayan yükümlülükler kapsam dâhilinde bulundurulmak istenmiştir<sup>345</sup>. USAD *Chorzow Davasında*, “breach of an engagement” (bir taahhüdün ihlâli) terimini<sup>346</sup>; UAD *Interpretation of Peace Treaties (Barış Andlaşmalarının Yorumu)* konusuna ilişkin 18.07.1950 tarihli danışma görüşünde “refusal to fulfil a treaty obligation” terimini kullanmıştır<sup>347</sup>. Yine uygulamada “any violation by a state of any obligation”, “non-execution of international obligation”, “violation of international obligation” terimleri de kullanıldı<sup>348</sup>. 1930 La Haye Kodifikasyon Konferansında önerilen m. 1’de “any failure ... to carry out the international obligations of the state” ifadesi kullanıldı<sup>349</sup>. Bunlar arasında bir anlam farkı bulunmamaktadır. Nihayet 2001 Komisyon Tasarısında tercih edilen terim, UAD Statüsünün Divanın konu bakımından yetkisinin düzenlendiği m. 36/2(c) hükmü ile uyumlu olmuştur.

Bizim de birbiri yerine geçer şekilde kullanabildiğimiz “uluslararası hukuka aykırı fiil” ve “uluslararası yükümlülüğün ihlâli” terimleri, Lysén’in belirttiğine göre zaten genelde aynı anlama gelmektedir. Ancak UHK çalışmasında “uluslararası hukuka aykırı fiil” kavramıyla, ihlâlin devlete isnad edilebilmesi durumu da kapsamaktadır<sup>350</sup>.

İç hukukta çok yerleşmiş bir kavram olan ve özellikle kusur unsurunu içeren “haksız fiil” ile karıştırılmaması için ve elverdiği ölçüde karşılaştırılmaması gerektiği

---

<sup>345</sup> Ayrıca burada seçilen terimle, 2001 Komisyon Taslağı m. 3’te getirilen düzenlemeye de uygun olarak, uluslararası hukukun bağımsız niteliğine bir kez daha vurgu yapılmaktadır. (2001 Commentaries, m. 12, p. 2).

<sup>346</sup> Jurisdiction, 1927, PCIJ Series A, No. 9, s. 21; Merits, 1928, PCIJ Series A, No. 17, s. 29.

<sup>347</sup> ICJ Reports 1950, Summary, <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/igaunsummary-500718.htm> (15.04.2006).

<sup>348</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 2, p. 7.

<sup>349</sup> Bkz. A/CN.4/96, s. 225.

<sup>350</sup> LYSÉN, s. 58.



düşüncesiyle, çalışmamızda bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli anlamında “uluslararası hukuka aykırı fiil”<sup>351</sup> terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

Bizim bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli anlamında, terim olarak kullanmayı tercih ettiğimiz “uluslararası hukuka aykırı fiil” kavramıyla eş anlamda “yolsuz hareket” terimi bazı yazarlar tarafından kullanılmaktadır<sup>352</sup>.

Uluslararası bir yükümlülüğün ihlâli aşağıda inceleyeceğimiz gibi, devletin bir yükümlülük bakımından yapması gereken hareket ile fiilen yaptığı hareket arasındaki, bir başka deyişle uluslararası hukukun gerekleri ile mevcut konunun gerçekleri arasındaki, uyumsuzluktur. Uygulamada seçilen ifadeler de bunu onaylar niteliktedir. Örneğin, “incompatibility with the obligations”<sup>353</sup>, “acts contrary to” ve “inconsistent with a given rule”<sup>354</sup>, “failure to comply with treaty obligations”<sup>355</sup> ifadeleri kullanılmıştır. Yine UAD 20.07.1980 tarihli *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) Davamda*, meselenin, söz konusu talebin, ilgili andlaşma gereklerine uyup uymadığı olduğu belirtilmiştir<sup>356</sup>.

## 2. Kavram ve Unsurlar

İç hukukta hukuka aykırı fiiller genellikle “sözleşmeye aykırı fiiller” ve “haksız fiiller” olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir<sup>357</sup>. “Geniş anlamda haksız fiil” kavramı ise sebep sorumluluğunu da içerecek şekilde bir üst kavram olarak kullanılır<sup>358</sup>. Sorumluluk hukuku bakımından, ister sözleşmeden doğsun, ister geniş anlamda haksız fiilden

<sup>351</sup> 2001 Komisyon Tasarısı m. 1’deki “internationally wrongful act” şeklindeki terimin karşılığıdır. Fransızca “fait internationalement illicite” terimi “delit” ya da benzer şekilde iç hukukta özel anlamı olan terimlere nazaran daha tercih edilebilir durumdadır. Aynı sebeple İngilizcede de “tort”, “delit”, “delinquency” terimlerinden sakınılmalıdır. (2001 ILC Commentaries, m. 1. p. 8).

<sup>352</sup> Örneğin, bkz. BİLSEL, Devletler, s. 223, ALSAN s. 453; LÜTEM s. 273, ÇELİK, Mesuliyet, s. 67.

<sup>353</sup> Örneğin, *Tahran’daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin Dava*, ICJ Reports 1980, p. 56.

<sup>354</sup> Örneğin, *Nikaragua’da Askerî ya da Yarı Askerî Faaliyetler Davası*, Merits, ICJ Reports 1986, sırasıyla p. 115, 186, [http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/inus/inus\\_ijudgment/inus\\_ijudgment\\_19860627.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/inus/inus_ijudgment/inus_ijudgment_19860627.pdf) (13.03.2006).

<sup>355</sup> *Gabcikovo-Nagymarosı Davası*, ICJ Reports, 1997, p. 57.

<sup>356</sup> ICJ Reports 1989, p. 70.

<sup>357</sup> TANDOĞAN Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 5-7.

<sup>358</sup> EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: I, İstanbul 1998, s. 456.

doğsun,<sup>359</sup> doğan zarar sebebiyle zarar görene karşı tazmin yükümlülüğü söz konusu olmaktadır<sup>360</sup>. Bu ayrımın ise, ihlâl edilen hukuk kuralının kaynağına göre yapıldığı görülmektedir.

İç hukuktaki bu sözleşmeye aykırı fiiller ile haksız fiiller ayrımının uluslararası hukuk bakımından da kabul edilebileceği düşüncesiyle, uluslararası andlaşmadan doğan sorumluluğu ayrıca ele alan yazarlar bulunmaktadır<sup>361</sup>. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi, gerek mahkeme kararları gerekse öğreti, böyle bir ayrımın yapılmadığını, ihlâl edilen hukuk kuralının bir andlaşmaya, örf ve âdete ya da hukukun genel ilkesine dayanmasının uluslararası sorumluluğu etkilemediğini kabul etmektedir<sup>362</sup>.

Genel olarak denilebilir ki, uluslararası düzlemde sorumluluk yükümlülüğün varlığının kaçınılmaz bir neticesidir. Zira bir uluslararası hukuk kişinin bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâl etmesi onun uluslararası sorumluluğunu gerektirmektedir<sup>363</sup>. Bir diğer yönüyle, eğer bir yükümlülüğün ihlâli bulunmuyorsa, verilen zararı giderme yükümlülüğü ve zarar gören tarafın da giderim arama hakkı olamaz (damnum sine injuria). Bu durumlarda “ex gratia” (hukukî bir yükümlülük olmadan bir iyi niyet işareti olarak verilen) tazminat söz konusu olabilir. Özetle bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli, devletin sorumluluğunun (uluslararası hukuka aykırı fiile dayanan sorumluluk kastedilmektedir) doğuşunun olmazsa olmaz (sine qua non) koşuludur<sup>364</sup>.

Burada bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlinin varlığının gerekli, ancak yeterli olmadığını da belirtmeliyiz. Zira sorumluluk açısından bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlinin bulunması koşulu, belirli kişilerin veya kişi gruplarının hareketlerinin veya ihmallerinin sonucu olarak bir devlet tarafından sebep olduğu kabul edilen, bir

---

<sup>359</sup> Geniş anlamda haksız fiilde taraflar arası bir hukukî ilişkinin ihlâli değil, objektif bir hukuk kuralının ihlâli bulunmaktadır. (TANDOĞAN, s. 6).

<sup>360</sup> EREN, s. 81.

<sup>361</sup> Örneğin, ÖZMAN Aydoğan, Devletler Hukukunda Müeyyide, Ankara 1974, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 16.

<sup>362</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 153-154; Ayrıca bkz. AVCI, s. 67.

<sup>363</sup> HILLIER, s. 321; CRAWFORD/OLLESON, s. 445.

<sup>364</sup> LYSÉN, 53, 55.

uluslararası hukuk kuralıyla öngörülen bir yükümlülüğün gereklerinin yerine getirilmemesi durumudur. Bireyler genellikle uluslararası yükümlülüklerle tâbi olmadığı gibi, uluslararası hukuka aykırı sayılacak fiillerden kendilerini ceza alanı dışında sorumlu yapacak fiiller ika edemez<sup>365</sup>. O halde sorumluluğun doğması için doğru ölçü, salt devletin sorumlu olduğu kabul edilen uluslararası hukuka aykırı bazı fiillerin (yükümlülük ihlallerinin) bulunması değil; kişi ve kişi gruplarının fiillerinden doğan duruma devlet tarafından sebep olduğu kabul edilebiliyorsa, bunun uluslararası hukuka göre hukuka aykırı olarak nitelenmesi gerekmektedir<sup>366</sup>. Burada ilgili fiiller devletin fiilleri olarak sayıldığı gibi, sorumluluk da devletin üzerindedir. İlgili fiillerin devletin fiilleri olarak sayılması konusu tam olarak üçüncü bölümde incelenecektir.

Uluslararası hukukta bir yükümlülüğün ihlali genellikle diğerlerinin haklarına aykırı bir davranışa eşit bulunmuştur<sup>367</sup>. Bir uluslararası hukuk kişinin, bir diğer uluslararası hukuk kişinin, hatta bir bütün olarak uluslararası toplumun bir uluslararası hakkıyla eşleşmeyen bir uluslararası yükümlülüğünün olamayacağı ileri sürülmüştür. Diğer devletlerin bir yükümlülükten yararlanması değişik sebeplerle olabilir ve yükümlülüğün yerine getirilmesi çeşitli menfaatler sağlıyor olabilir. Bu noktada çok taraflı anlaşmalar, kurallarının ve kurumlarının farklılığıyla ve bunlarla korunması umulan menfaatler açısından iki taraflı anlaşmalardan ayrılır. Ancak yükümlülüğün kaynağı ve niteliği ne olursa olsun, hukuka aykırı bir fiil 2001 Komisyon Tasarısı m. 2'de öngörülen iki unsura göre belirlenir. Sorumluluğun kim tarafından işletileceği ayrı bir meseledir<sup>368</sup>.

Salt uluslararası hukuka aykırı bir fiilin sorumluluk için yeterli olup olmadığı ve ayrıca bir kusurun bulunmasının gerekip gerekmediği konusunu ileride inceleyeceğiz.

---

<sup>365</sup> Devletler genellikle, bireyin cezaî alan dışında uluslararası sorumluluğunu benimsemese de, bireyin yaptırımı ceza olmayan uluslararası sorumluluğu olasılığını 2001 Komisyon Tasarısı m. 58'deki gibi göz önünde tutan ifadelerin olduğunu da belirtmeliyiz. (Bu konuda çalışmamızda "Bireylerin Ceza Sorumluluğu" başlığında yapılan açıklamalara bkz.).

<sup>366</sup> AMERASINGHE, s. 42.

<sup>367</sup> *Fas Fosfatları Davasında* USAD, "bir devletin anlaşmadan doğan hakkına aykırı fiil" ifadesini kullanmıştır (PCIJ, Series A/B, No. 74, s. 28).

<sup>368</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 2, p. 8.

Ancak burada Şu kadarını söyleyelim ki, “kusurlu sorumluluk” ve “objektif sorumluluk” kurumları çevresinde odaklaŐan bir tartiŐma bulunmakla birlikte, devletin salt uluslararası hukuka aykırı bir fiilin onun uluslararası sorumluluğu için yeterli olduğu ileri sürölmektedir<sup>369</sup>. Zira 2001 Komisyon Tasarısının 1. maddesinde “devletin uluslararası hukuka aykırı her fiilin onun sorumluluğunu gerektirdiği” belirtilirken, 2. maddede “ bu fiilin bir devlete isnad edilebilir olduğu ve bu devletin uluslararası bir yükümlölüğünün ihlâlini oluşturduğu zaman, devletin uluslararası hukuka aykırı bir fiilin meydana geldiği” hükme bağlanmıştır. Bu ifadeden, uluslararası hukuka aykırı bir fiilin uluslararası hukuka aykırılık unsurunun yanı sıra bir kusur içermesinin koşul olarak aranmadığını anlamaktayız. Zira Komisyonun bu konuda susmayı seçmesi bir anlam taşımaktadır.

Belirli bir hareket tarzının devletin uluslararası yükümlölüklerine aykırı bulunup bulunmadığını tespit etmek, fiili hukuk kuralına göre takdir etmek, daha doğrusu yapılan hareketin yapılması yüklenilen hareket tarzıyla karşılaştırılması demektir. Ortaya çıkan bir hareket tarzının takdiri, bir fiil meseledir<sup>370</sup>; hukukî mesele ise, aykırı davranıldığı ileri sürölen yükümlölüğu getiren hukuk kuralının yorumlanmasından ibarettir. Şu hâlde, nelerin uluslararası hukuka aykırı fiiller olduğunu belirlemeye çalıŐmak ne yararlı ne de mümkün gözökmektedir. Zira genelde ne gibi fiillerin uluslararası hukuka aykırı olduğu söylenemez; ancak belirli bir fiilin belirli bir kurala aykırı olup olmadığı söylenebilir<sup>371</sup>. O hâlde, her bir olayda devlet tarafından fiilî olarak (in fact) ika edilen fiilin, uluslararası yükümlölük tarafından hukuken (legally) tayin edilen davranış tarzıyla karşılaştırılması gerekmektedir<sup>372</sup>.

Şu durumda, uluslararası hukuk normunun kaynağından bağımsız olarak, hukuka aykırılık, devletin yapması gereken bir Şeyi yapmaması veya yapmaması gereken bir Şeyi yapması Şeklinde ortaya çıkabilir. Hukuka aykırı fiil, gerek bir hareketle (action)

---

<sup>369</sup> Bkz. AVCI, s. 66–67; PAZARCI, Dersler III, s. 153.

<sup>370</sup> Fiilin yorumu, tüm üyelerin eşit olduğu uluslararası toplum düzeninde, hukukun yanı sıra, siyasî ve ideolojik değerlendirmelere de açık bulunabilmektedir. (POYRAZ, s. 30).

<sup>371</sup> ANZILOTTI, s. 359-360.

<sup>372</sup> LYSÉN, s. 62; 2001 ILC Commentaries, m. 12, p. 2.

gerekse ihmal (omission) yoluyla olabilmektedir<sup>373</sup>. Bu son duruma 2001 Komisyon Tasarısı m. 2’de de işaret edilmiştir.

Hukuka aykırı fiil iki unsur içermektedir:

- dış dünyada ortaya çıkan bir fiil,
- bu fiilin uluslararası bir yükümlülüğü ihlâl etmesi.

2001 Komisyon Tasarısı m. 12’ye göre, bir devletin bir yükümlülüğüne uymayan fiili, o uluslararası yükümlülüğün ihlâli anlamına gelmektedir. Burada yükümlülüğün kaynağının (origin) veya niteliğinin (character) de bir önemi bulunmamaktadır.

Bazı durumlarda ilgili devletten tam olarak belirli bir davranış beklenir, bazı durumlarda ise yükümlülükle asgarî bir standart getirilir ve daha fazlasını yapma konusunda devlet serbesttir. Ayrıca bir uluslararası yükümlülükle yasaklanan bir davranış, bir konunun yasalaştırılması, idarî veya bir başka faaliyet, hatta böyle bir faaliyet tehdidi veya bir nihaî yargı kararı içerebilir. Tasarınının 12. maddesinde yükümlülüğe “uymayan” (not in conformity with) bir fiilden bahsedilmesi, ihlâlin alabileceği çeşitli şekilleri kapsar nitelikte bir esnekliğe sahiptir<sup>374</sup>. Daha önce de söylediğimiz gibi, burada her olayda mevcut yükümlülüklerle yapılan fiil arasında bir değerlendirme yapılacaktır.

Devletin uluslararası sorumluluğu, hem iki taraflı (bilateral) yükümlülüklerin ihlâlinden hem de birden fazla devlete ya da uluslararası topluma karşı bir bütün olarak üstlenilen yükümlülüklerden doğabilir; nisbeten daha küçük aykırılıklar gibi, genel uluslararası hukukun emredici normlarından doğan (peremptory norms) yükümlülüklerin ciddî ihlâllerini de içerebilir. İhlâlin ağırlığı ve ihlâl edilen yükümlülüğün emredici niteliği sorumlu devlet bakımından doğacak sonuçları etkileyebilmektedir<sup>375</sup>. Ancak Tasarınının 1. Bölümünde (Part One) yer alan düzenlemeler devletin bir yükümlülüğünü

<sup>373</sup> BİLSEL, Devletler, s. 223; ALSAN, s. 453; LÜTEM, s. 272; ÇELİK, Mesuliyet, s. 67.

<sup>374</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 12, p. 2.

<sup>375</sup> Bu konuda bkz. 2001 Komisyon Taslağı, İkinci Kısım-Üçüncü Bölüm (Part Two, Chapter III) ve özellikle m. 41, Üçüncü Kısım-İkinci Bölüm (Part Three, Chapter II) ve özellikle m. 48.

ihlâli dolayısıyla, yükümlülük ve ihlâl sınıflamalarına gidilmeksizin, onun sorumluluğuna yol açmaya yetecek niteliktedir<sup>376</sup>.

Çalışma kapsamımız dışında bulunan sorumluluğun işletilmesi ve neticeleri burada daha fazla incelenmeyecektir.

Bir yükümlülüğün ihlâli durumunda yükümlülüğün konusu (subject matter) sorumluluğun doğması bakımından bir etkiye sahip değildir. Bu konuda uygulamada da herhangi bir ayrıma gidilmemiş, uluslararası bir taahhüdün ihlâlinin uluslararası sorumluluk gerektirdiğinin belirtilmesiyle yetinilmiştir<sup>377</sup>. Ayrıca, uluslararası yükümlülük altına girme hakkı devletlerin egemenliğinin bir unsurudur<sup>378</sup>. Bu bakımdan devletler tarafından hangi konuda yükümlülük üstlenildiğinin, yükümlülüğün ihlâli durumunda bir etkisinin bulunmaması makul gözükmektedir.

### **C. Uluslararası Hukuka Aykırı Fiil Sınıflamaları**

Hukuka aykırı fiiller, gerek öğretide gerekse zaman zaman uluslararası hukuk metinlerinde yükümlülük sınıflamalarına paralel olarak, ayrıma tâbi tutulmaktadır. Hemen belirtelim ki, yükümlülük sınıflamaları uluslararası sorumluluğun doğmasını etkilemediği gibi, hukuka aykırı fiil ayrımlarının da uluslararası sorumluluğun doğması açısından bir etkisi olmamaktadır. Ancak bu sınıflamalar, gerek yükümlülük ihlâlinin tespitinde gerekse doğan sorumluluğun neticeleri açısından etkili olabilmektedir. Bu bakımdan burada temel bazı sınıflandırmaları aktarmayı uygun görmekteyiz. Bu başlık altında aslında ani ve sürekli hukuka aykırı fiiller de incelenebilir. Ancak biz, bu konuyu “zaman etkeni” içinde ele almayı daha uygun gördük.

---

<sup>376</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 12, p. 6.

<sup>377</sup> Örneğin, bkz. *Factory at Chorzów*, Jurisdiction, 1927, PCIJ Series A, No. 9, s. 21; *Factory at Chorzów, Merits*, 1928, PCIJ Series A, No. 17, s. 29; *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Second Phase, ICJ Reports 1950, Summary.

<sup>378</sup> Bkz. *The S.S Wimbledon*, PCIJ Series A, No. 1, s. 25.

## 1. Bir Harekete veya İhmal Dayanan Fiiller

Yukarıda bahsettiğimiz gibi, ilk ayırım, fiilin bir hareketten veya ihmalden kaynaklanmasına dayanır<sup>379</sup>. Bir uluslararası hukuka aykırı fiil, bir devletin bir veya birden fazla hareketinden veya ihmalden veyahut bunların birleşmesinden oluşabilecektir<sup>380</sup>. Buradaki “ihmal” kavramını ceza hukuku anlamında kullanmaktayız. Bir başka deyişle “ihmal”, yapmama, hareketsiz kalma anlamına gelmektedir. “İhmal” kavramı özel hukukta ise, kusurun kast dışında bir türü olarak kabul edilmektedir.

*Korfu Boğazı Davasıyla ilgili olarak*<sup>381</sup> UAD 9 Nisan 1949 tarihli kararında, Korfu Boğazı'nın mayınlanmasının Arnavutluk'un, bilgisi olmaksızın başarılamayacağı düşüncesiyle ve bundan doğan yükümlülüklerini de ayrıca tartışmadan ancak, durumu boğazdan geçen gemilere bildirmemesinden ve özellikle onları tehlike hakkında uyardırmamasından dolayı ağır ihlâli bulunduğu hükmetmiştir. Zira Arnavutluk felaketi önlemek için hiçbir girişimde bulunmamıştır ve bu onun uluslararası sorumluluğunu gerektirir<sup>382</sup>. UAD *Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin Davada*, İran Hükûmeti'nin, militanların saldırılarına karşı Birleşik Devletler misyon binalarının, personelinin ve arşivlerinin korunması için gerekli önlemleri almadığını tespit etmiştir. Divan, İran Hükûmetinin gerekli adımları atmayışını, salt bir ihmal ya da uygun araçların yokluğundan fazlası olduğu şeklinde değerlendirmiştir. Karara göre bu

---

<sup>379</sup> BİLSEL, Devletler, s. 223; Le FUR, s. 200; ALSAN, s. 453; ÇELİK, Mesuliyet, s. 67; LÜTEM, s. 272; AMERASINGHE, s. 38; ÖZMAN s. 18-19. İç hukuk öğretisinde de durum aynıdır, Bkz. EREN s. 481-487.

<sup>380</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 1, p. 1, m. 12. p. 2.

<sup>381</sup> Olayın gelişimi şöyledir:

22 Ekim 1946'da, Mauritius ve Leander kruvazörleriyle Saumarez ve Volage torpido muhriplerinden oluşan bir Britanya Harp filosu Korfu limanından ayrılarak kuzey yönüne doğru ilerleyerek Korfu Boğazı içinde, önceden mayınları temizlenmiş bir bölgeye giriyor. Saranda Körfezi'nin dışında Saumarez torpido muhribi bir mayına çarparak ağır yara alıyor. Bunun üzerine, Saumarez muhribini yedeğine alarak ilerleyen Volage da bir mayına çarparak yaralanıyor ancak, yedeğindeki gemiyi de çekerek Korfu'ya gelebiliyor. Mayınların patlamasıyla her iki geminin uğradığı zararların dışında, mürettebattan subay ve er olmak üzere kırk dört kişi ölüyor ve kırk iki kişi yaralanıyor. 13 Kasım 1946'da, Korfu Boğazı Britanya gemileri tarafından temizleniyor, yirmi iki mayın incelenmek üzere Malta'ya götürülüyor ve bunların GY tipi Alman mayınları olduğu anlaşılıyor. (Bkz. ÇELİK, Mesuliyet, s. 68).

<sup>382</sup> Merits, ICJ Reports 1949, s. 22-23.

hareketsiz kalma (inaction) kendiliğinden, İran'ın yükümlülüklerinin açık ve ciddî bir ihlâlini oluşturur<sup>383</sup>.

## 2. Davranış ve Olay Fiilleri

Hukuka aykırı fiilin kaynağını dikkate alan bir başka görüşe göre, salt davranış ve olay fiilleri ayrımı yapılmaktadır. İlkinde hukuka aykırı fiil, münhasıran devlet organları tarafından yapılmış bir fiil, bir hareketten veya ihmalden doğar; ikincisinde ise hukuka aykırı fiil, doğrudan böyle bir fiilden değil, bu fiile illiyet bağıyla bağlanan ve hukuka aykırı fiilin varlığı için zorunlu olan haricî bir olaydan doğar<sup>384</sup>. Bu ayrım, uluslararası yükümlülükleri davranış ve sonuç yükümlülükleri olarak sınıflandıran görüşün bir yansıması olarak ortaya çıkar<sup>385</sup>.

## 3. Basit ve Bileşik Fiiller

Bir başka ayrıma göre hukuka aykırı fiiller, basit ve bileşik (composite) olmak üzere iki grupta toplanmaktadır. Bu ayrımda basit fiiller, uluslararası hukuk kişilerinin bir hareketine veya ihmaline dayanan bir fiili neticesi, kendisine objektif olarak bağlanabilen bir durumu ifade eder. Ancak eğer uluslararası hukuk kişilerinin herhangi bir organı tarafından işlenen hukuka aykırı fiil, bir diğer organ tarafından da onay görür ve hukuka aykırılık ortadan kaldırılmazsa, bileşik hukuka aykırı fiil söz konusu olmaktadır. İkinci hâlde hukuka aykırı fiil, uluslararası hukuk kişilerinin birden çok organı tarafından işlenmektedir. Böyle bir ayrım, niteliği gereği uluslararası hukuka özgü olup, iç hukukta bulunmamaktadır<sup>386</sup>.

2001 Komisyon Tasarısı m. 15/1'e göre, bir uluslararası yükümlülüğün, bir hareket veya ihmal diğer ihmal veya hareketlerle birlikte ele alındığında ortaya çıkan, toplamda hukuka aykırı olarak tanımlanan bir hareket veya ihmaller serisiyle bir devlet tarafından ihlâli, hukuka aykırı fiil meydana getirmek için yeterlidir. Bir bileşik fiil

<sup>383</sup> ICJ Reports 1980, p. 63, 67.

<sup>384</sup> Bkz. AVCI, s. 70.

<sup>385</sup> BOZKURT, s. 262.

<sup>386</sup> Bu görüş için bkz. AVCI, s. 70; ÖZMAN, s. 19-20.



durumunda, Komisyon Tasarısı m. 15/2'ye göre, hareketler veya ihmaller uluslararası yükümlülüğe aykırı kaldığı sürece, ihlâl, hareketler veya ihmaller serisinin ilkiyle başlayan ve süren bütün zaman aralığına yayılır.

Bir bileşik fiilin hangi hareketler veya ihmallerle ortaya çıkacağı ve kaç hareket veya ihmalin bir bileşik fiil oluşturacağı, somut olayın gerçeklerine ve ihlâl edilen yükümlülüğün düzenlenme şekline, amaçlarına bağlıdır. Hareketler veya ihmaller bir serinin bir parçası olmak durumundadır. Ancak bir ihlâl oluşturmak için yeterli sayıda fiil ortaya çıkmışsa, bütün serinin bir bileşik hukuka aykırı fiil kategorisi içinde bulunma amacıyla ika edilmiş olması gerekli değildir<sup>387</sup>.

Komisyon Tasarısı m. 14'te, sona ermiş olan ve sürmekte olan fiiller ayrımının daha ince bir ayrıma tâbi tutulmuş (refinement) bir hâli, m. 15'te "bileşik bir fiille oluşan ihlâl" başlığı altında düzenlenmiştir. Bileşik fiiller, hukuka aykırı davranışı oluşturan bir fiiller veya ihmaller serisinin ilkinden başlayarak bir zamana yayılan mütamadî ihlâllere yol açabilir. Bileşik fiiller, birtakım davranışların toplamından oluşan ihlâllerle sınırlıdır. Örneğin, soykırım, apartheid veya insanlığa karşı suç, ırk ayrımcılığıyla ilgili sistematik fiiller, bir ticaret anlaşmasıyla yasaklanan ayırım gözetici sistematik fiiller gibi, genellikle toplamda hukuka aykırı olarak tanımlanabilecek bir hareketler veya ihmaller serisi niteliğindedir<sup>388</sup>.

Soykırım suçunun incelenmesi, bileşik fiillerin tespiti açısından uygun bir örnek olabilir<sup>389</sup>. Zira bu suç tipi, suçu işleyen birimin (entity), devlet de buna dâhil, sistematik bir politika ve uygulama benimsemesini gerektirir. 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (Convention on the Prevention and

---

<sup>387</sup> 2001 ILC Commentaris, m. 15, p. 8.

<sup>388</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 15, p. 1-2. Ayrıca bkz. LYSÉN, s. 72. Uluslararası hukuka aykırı fiilin sistematik olması, sorumluluğun işletilmesinde temel bir kural olan "iç başvuru yollarının tüketilmesi" gerekliliğini ortadan kaldırabilir. (Örneğin, bkz. *Ireland v. United Kingdom Davası*, ECHR, Series A, No. 25 (1978), p. 159, <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/viewbkm.asp?action=open&table=1132746FF-1FE2A468ACBCD1763D4D8149&key=91&sessionId=7413622&skin=hudoc-en&attachment=true> (13.05.2006)).

<sup>389</sup> Aslında bu suçun işlenmesi öncelikle bireylerin uluslararası alanda ceza sorumluluğuna yol açar. Buna bağlı olarak daha sonra, devletin genel anlamda sorumluluğu doğabilecektir.

Punishment of the Crime of Genocide) m. 2'ye göre, millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubu kısmen veya tamamen imha etmek maksadıyla aşağıdaki fiillerden herhangi birinin irtikâp olunması soykırım suçunu teşkil eder. Burada suçun, “grup azalarının katli; grup azalarının bedenî veya aklî melekelerinin ciddî surette haleldar edilmesi; grubun, bedenî varlığının kısmen veya tamamen imhasına müncer olacak (varacak) hayat şartlarına kaste tâbi tutulması” gibi fiillerden oluşacağı belirtilmiştir<sup>390</sup>. Bu fiillerin sistematik unsurlar içerdiği açıktır. UAD önünde *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Davasında*, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti, Bosna-Hersek Cumhuriyeti'nin 29.12.1992'de ardılık bildirisini (notification of succession) ve 1948 Sözleşmesini yürürlüğe koyma ifadesi dolayısıyla, işbu Sözleşmenin ancak, Sözleşme m. 13'te geçtiği gibi, tevdi izleyen doksaninci günde yürürlüğe gireceği ve bu sebeple 29.03.1993'ten önce olduğu ileri sürülen olaylar bakımından ve alternatif olarak, başvuran devletin ardılık bildirisini olan 29.12.1992 tarihinden önce olduğu ileri sürülen fiiller bakımından Divanın yetkili olmayacağını ileri sürdü<sup>391</sup>. Divan ise, 1948 Sözleşmesi m. 9'da, Sözleşmenin kişi (*ratione personae*) ve konu (*ratione materiae*) bakımından uygulanmasıyla ilgili hüküm olduğunu, zaman bakımından (*ratione temporis*) uygulama konusunda ise sessiz kaldığını, bu bakımdan bu sonuncuyu Divanın belirlemesi gerektiğini belirtmiştir. Divan, Sözleşmede bir zaman sınırı konmaması ve tarafların da buna bir çekince getirmemiş olmaları dolayısıyla, somut olayda Bosna-Hersek'te çatışmanın başlamasından bu yana gelişen olaylara Sözleşmeye etki tanıyarak yargı yetkisine sahip olduğu kararına varmıştır<sup>392</sup>. Görüleceği üzere burada hareketlerin veya ihmallerin birleşmesinden oluşabilecek bir soykırım suçu, fiillerin bir sürekli fiil olarak değerlendirilmesine yol açabilmektedir. Bu bakımdan bu olay, aşağıda inceleyeceğimiz 2001 Komisyon Tasarısı m. 15'teki sürmekte olan fiiller açısından da bir örnek teşkil etmektedir.

---

<sup>390</sup> Bkz. GÜNDÜZ, s. 325-327.

<sup>391</sup> Preliminary Objections, ICJ Reports 1996, p. 14, D.1-D.2.

<sup>392</sup> Adı Geçen Karar, p. 34.

#### 4. Fiilin Uluslararası Suç Olup Olmadığına Göre Yapılan Ayrım

Bir diğer ayrım yükümlülüğün ihlâl edilmesi durumunun ciddiyetine göre yapılmıştır. Buradaki ayrım, zarar görenin önemine (veya uluslararası ilişkilere yönelik tehlike derecesine), uluslararası hukuka aykırı fiile karşı tepki vermeyi yetkilendirmesine ve meşru yaptırımların türüne ve niteliğine göre yapılan “uluslararası suç” (crime) ve “diğerleri” (nisbeten daha basit ihlâller) ayrımıdır<sup>393</sup>. Burada suç olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi bir yana ilk ihlâller, uluslararası toplumun genelinin menfaatiyle ilgilidir. Bir hukuka aykırı fiilin hangi kategoriye gireceği için, ihlâl edilen yükümlülüğün niteliği bakımından her halde geçer bir ilke bulunduğunu söyleyemeyiz. Zira bu ayrımda önemli olan ilgili yükümlülüğün içeriğidir. Ancak bazı yükümlülük türlerinin ihlâllerinin genellikle, devletle sınırlı olmadan uluslararası suç olarak değerlendirilebilmesi bakımından bunlar bu başlık altında incelenebilir. Aslında bu ayrıma, daha önce “Devletlerin Ceza Sorumluluğu” başlığı altında aktardığımız gerekçeler ve en azından 2001 Komisyon Tasarısında yer verilmemesi sebebiyle, uluslararası hukukun şu aşamasında hiç incelenmemesi de makul olurdu. Ancak uluslararası hukukun tedrici gelişimini görebilmek ve üzerinde bir dönem önemle durulmuş ve tartışmanın halen sürebildiği bu konuyu burada aktarmayı uygun gördük. Bu başlık altında kullanabileceğimiz “suç” kavramıyla, ne mevcut durumu ne de görüşümüzü yansıtmayı amaçladık. Bu daha çok, görüşü ileri sürenlerin tercih ettiği kavramdır.

Kapsamlı bir kavram olan uluslararası hukuka aykırı fiil, andlaşma yükümlülüklerinin nisbeten önemsiz (minor) ihlâllerinden, belirli uluslararası kuralların bir suç boyutunda ağır (grave) ihlâllerine kadar uzanabilmektedir<sup>394</sup>.

Bu ayrımın ortaya çıkmasında Ago'nun 5. raporunda da belirttiği gibi, sosyalist yazarların, özellikle Tunkin'in önemli katkısı olmuştur. Tunkin 1962'de uluslararası

---

<sup>393</sup> MOHR Manfred, The ILC's Distinction Between 'International Crimes' and 'International Delicts' and Its Implementation, in M. Spinedi and B. Simma (editor), United Nations Codification of State Responsibility (New York, Oceana, 1987), s. 117.

<sup>394</sup> JENNINGS/WATTS, s. 502-503.

hukuka aykırı fiillerin sonuçlarının incelenmesine ayırdığı çalışmasında, uluslararası hukukun İkinci Dünya Savaşından bu yana hukukun ihlâlüne göre iki kategoriye ayırdığını belirtmiştir. Bunlardan ilki, barışı tehlikeye sokabilecek saldırılardan, ikincisi diğer bütün uluslararası hukuka aykırı fiillerden oluşmaktadır. Yine bu görüşten yola çıkarak daha yalın bir ifadeyle “uluslararası suç” ve basit ihlâl (simple breaches of international law) ayırımına Levin tarafından işaret edilmiştir<sup>395</sup>.

UHK, çalışmalarıyla BM Şartı m. 13/1(a)’da öngörülen, BM Genel Kurulunun uluslararası hukukun giderek geliştirilmesini (progressive development) ve kodifikasyonunu teşvik etme amacına uygun olarak, devletlerin uluslararası sorumluluğu konusunu günün gereklerine uygun ve geniş bir şekilde ele almak zorundadır. Bu bakımdan Komisyonun “haklı savaş” (jus ad bellum) temeline dayanan geleneksel uluslararası hukuk sisteminden her şeyden öncelikli olarak uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve sürdürülmesi ve devletlerin egemen eşitliği ilkeleriyle BM Şartına dayanan çağdaş uluslararası hukukun “medenî uluslar” (civilized nations) kavramı yönünde temel değişikliklerini gözetecektir<sup>396</sup>. Yine Rossides, uluslararası hukukun artık BM’den önce, savaşın egemenliğin meşru bir uygulaması olarak kabul edildiği dönemlerden farklı bir anlayışa sahip olduğunu ve bu ilk anlayışın artık gayri meşru ve akıl dışı olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple Komisyon süratle uluslararası barış ve güvenlik ile ilgili meselelerde uluslararası hukukun kodifikasyonu görevini yerine getirmelidir. Bir uluslararası hukuk düzeninin hayatî zorunluluğu bulunan bir dünyada bu hukuk düzenine Komisyonun katkısı olmalıdır<sup>397</sup>.

UHK’nin özel raportörü Roberto Ago öncülüğünde, kanımızca en çok da yukarıdaki gerekçeler göz önünde tutularak önerilen 19. maddede, uluslararası hukukun çiğnenme derecelerine göre cürüm (crime) ve cünha (delict) ayırımına gidilmiştir<sup>398</sup>.

---

<sup>395</sup> Doc. A/CN.4/291 and Add.1 & 2 and Corr.1, Fifth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur - the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility (continued), 28th Session of the ILC (1976), p. 140, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_291.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_291.pdf) (21.04.2006).

<sup>396</sup> MOHR, s. 116.

<sup>397</sup> Bkz. Komisyon üyesi Mr. Zenon ROSSIDES’in görüşleri, 1363rd meeting (06.05.1976), p. 17-19.

<sup>398</sup> Doc. A/31/10, Chapter III, s. 75.

Buna göre, önceden tek olan sorumluluk rejimi yeni uluslararası sorumluluk anlayışıyla birbirinden tamamen farklı iki rejime ayrılmaktadır<sup>399</sup>.

Buradaki ayırmda uluslararası suçlar, yükümlülüğün erga omnes karakterine veya yükümlülüğün emredici kurallardan (peremptory norms) doğmasına dayandırılmamıştır. Zira her uluslararası suç bir erga omnes yükümlülüğün ihlâli anlamına geliyorken, her erga omnes yükümlülüğün ihlâli bir uluslararası suç teşkil etmez. Örneğin, deniz hukuku ile ilgili birçok kuralın erga omnes olmasıyla birlikte, bunların ihlâlinin muhakkak bir uluslararası suç teşkil edeceği söylenemez. Aynı şekilde emredici normların ihlâl edilmesi de her zaman uluslararası suç oluşturmaz<sup>400</sup>. Bir başka deyişle emredici normlara aykırılık, tek başına suç teşkil etmez ve devletler açısından henüz gelişmekte olan suç kavramından daha geniş bir alanı ifade eder. Sadece ahlâka aykırı olarak evrensel boyutta kınanan fiil, genel suç teorisinde ahlâkîlik açısından suç sayma problemleri bir yana, kendiliğinden uluslararası suç teşkil etmez<sup>401</sup>.

Uluslararası yükümlülükleri doğuran normların anayasallığına (constitutionality) göre uluslararası düzende bir hiyerarşinin bulunduğu açıktır. Zira bazı normlar emredici nitelikte ve böylece hiyerarşinin en üstünde bulunmaktadır. İç hukukta hukuk kurallarının bir hiyerarşi içinde sıralanması pek çok ülkede şu şekildedir: bir kurucu meclis tarafından oluşturulan anayasal kurallar, bir yasama meclisi tarafından oluşturulan kurallar ve idarenin aldığı düzenleyici kurallar. Ancak uluslararası hukukta böyle bir şeklî ölçüt bulunmamıştır: uluslararası hukukun bütün kaynakları, örf ve âdetten, sözleşmeden veya bir başka kaynaktan doğsun, kurucu kurallar meydana getirebilir. Bu sebeple uluslararası hukuk kurallarının kuruculuğu noktasından onlar arasındaki bir ayırmda incelenmesi gereken konu kuralın kaynağı değil, içeriğidir<sup>402</sup>.

<sup>399</sup> Bkz. Doc. A/CN.4/291 and Add.1 & 2 and Corr.1, p. 26.

<sup>400</sup> Bkz. Komisyon üyesi Mr. N. A. USHAKOV'un görüşleri, 1373rd meeting (20.05.1976), YILC 1976, Vol. I, Summary Records of the Twenty-eight Session 3 May-23 July 1976, p. 36, [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC\\_1976\\_v1\\_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1976_v1_e.pdf) (06.04.2006).

<sup>401</sup> GILBERT Geoff, "The Criminal Responsibility of States", ICLQ, April 1990, Vol. 39, No. 2, 349.

<sup>402</sup> Bkz. Komisyon üyesi Mr. Mustafa Kamil YASSEEN'in görüşleri, YILC 1976, Vol. I, 1364th meeting (07.05.1976), p. 27.

19. maddenin 2. paragrafı, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ilkesiyle ilgiliyken, paragraf 3'te sıralanan suçlar, uluslararası barış ve güvenliğin tehdidine sebep olabilen durumları da düzenlemektedir. Madde 19/3'te sayılan suçlar, "ciddî" (serious) olarak tanımlanmaktadır. Ancak devletlerin hangi ihlalleri "ciddî", hangilerini "ciddî olmayan" olarak sınıfladıkları belirsizdir. Bir fiili bir suç olarak tanımada uygun etken ancak belirli bir yükümlülüğün niteliği olacaktır. İki taraflı anlaşmaların ihlali bir uluslararası suç teşkil etmeyebilir. Ancak bunun uluslararası barış ve güvenliği tehdit etmesi durumunda ceza sorumluluğu alanında değerlendirilmesi gerekir. Böylece uluslararası barış ve güvenliğin tehdidi kavramı, suç olarak fiillerin sınıflanmasına dayanır. Ayrıca maddede fiilin " bir bütün olarak uluslararası topluma karşı" yapılması unsuru, iç hukuklardaki bazı suçların kamuya karşı işlenmesi ve sonuç olarak bunların kamu davasıyla cezalandırılabilir olması durumuna benzemektedir. Bu bakımdan bir bütün olarak uluslararası toplumun menfaatleri kavramı genişletilmelidir. Şu durumda BM Şartı m. 39'a göre, uluslararası barış ve güvenliğin tehdit altında olup olmadığının tespiti ve tespitin olumlu olması halinde ne gibi önlemlerin alınacağı Güvenlik Konseyinin yetkisindedir. Yine bir jus cogens normunun varlığı üzerine bir ihtilaf durumunda konu, UAD'a gönderilebilir<sup>403</sup>.

Bir uluslararası yükümlülüğün ihlalinin bir uluslararası suç oluşturması konusunda ölçütün, yükümlülükle korunan hakkın insanlık için önemi olduğu belirtilmiştir. Eğer bir yükümlülüğün ihlali uluslararası barış ve güvenliği korumak için bir uluslararası suç olarak nitelendirilirse, bu, uluslararası toplum için söz konusu yükümlülüğün öneminden kaynaklanmaktadır. Diğer yandan, ihlalinin her zaman için bir uluslararası suç oluşturmadığı emredici normlar uluslararası toplum için bu anlamda nisbeten daha az önem taşıyabilecektir<sup>404</sup>.

Komisyon raportörü Ago tarafından kabul edildiği gibi ayrımın uygulamadaki kaynağı UAD'ın *Barcelona Traction Davası*na ilişkin kararında bulunabilir. Buna göre, devletin bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülükleri ile diplomatik

<sup>403</sup> Bkz. Sir Francis VALLAT'ın görüşleri, YILC 1976, Vol. I, 1373rd meeting (20.05.1976), p. 14-15.

<sup>404</sup> Mr. N. A. USHAKOV'un görüşleri, YILC 1976, Vol. I, 1373rd meeting (20.05.1976), p. 37.

koruma alanında diğ er bir diğ er devletle yüz yüze olunan yükümlülükler arasındaki ayrımın gerekliliğ inden söz edilmiştir. İlk yükümlülüklerin korunmasında bütün devletlerin hukukî menfaati bulunmaktadır, bunlar erga omnes yükümlülüklerdir<sup>405</sup>.

İhlâlinin bir uluslararası suç olduğ u yükümlülükler, mutlak bir sonuç olmamakla birlikte, genellikle jus cogens kurallardan türemektedir. Bir jus cogens kuralıyla kurulan yükümlülüğ ün yerine getirilmemesi genellikle bir uluslararası suç oluştursa da, daha önce de belirttiğ imiz gibi bunlar, ihlâlinin mutlaka bir uluslararası suç oluşturduğ u yükümlülüklerden çok daha geniştir<sup>406</sup>.

Böyle bir ayrımın olması gerektiğ i (de lege ferenda) BM Genel Kurulunda devletler ve öğ retide yazarlar tarafından benimsenmiştir. Zira bu ayrım, içtihat hukukunun kodifiye edilmesinden çok uluslararası toplumun mevcut ihtiyaçları için önemlidir. Ayrımla ilgili önerinin kabul görmesi, onun devletin sorumluluğ undaki modern gelişmeleri yansıttığ ını ve dünya toplumunun mevcut gerekleriyle bulunduğ unu göstermektedir. Bundan, devletin sorumluluğ uyla ilgili geleneksel iki taraflı sistemin, bütün devletlerin genel ve esaslı menfaatlerini koruyan kurallarla ilgili olaylarda uygun şekilde iş lemediğ i anlaşılır. Ancak bazı devletler de bu ikili (dual) rejimin büyük dikkatle uygulanması gerektiğ ine dikkat çekmiştir. Uluslararası toplumun her üyesinde bulunduğ u kabul edilen hukukî menfaat, bir uluslararası suç iş lenirse, herhangi bir devlete bireysel olarak bir faaliyette bulunma yetkisi veremez. Aksi takdirde böyle bir anarşik (in favor of a society without laws; lawless) sistem, 19. yüzyılda uluslararası ilişkilerde sıkça olan müdahalenin en kötü şekillerinin tekrar ortaya çıkmasına yol açacaktır. Nitekim bu ayrımın ilk savunucuları, aynı zamanda kendini dünyanın veya bir kıtanın polisi olarak tayin eden bazı devletler tarafından bir müdahale politikasını da savunmuşlardır. Bu sebeple bu ayrımın sadece uluslararası toplumun kurumsallaş mış yetkili organları (the competent organs of institutionalised international community) çatısı altında uygulanması bir zorunluluktur. Bu yönde pek çok devlet de bir uluslararası suçun objektif olarak tespit edilmesi için çağ daş bir uzlaştırma prosedürünü uygun

---

<sup>405</sup> ICJ Reports 1970, p. 33. (Aktaran, HEINZE/FITZMAURICE, s. 897).

<sup>406</sup> Doc. A/31/10, Chapter III, s. 119-120.

görmüştür<sup>407</sup>. Zira cezanın uygulanması genel olarak dikey bir ilişkinin varlığını gerektirdiği için, uluslararası hukukta devletlerin egemen eşitliği ilkesiyle uyumsuz. Ayrıca mevcut durumda devletler herhangi bir kuruma kendilerini hukuka uymaya zorlayacak bir otorite de tanınmış değillerdir. Kısacası ceza hukukundaki temel konulardan biri olan suçluya ceza veya yaptırım verilmesi bakımından uluslararası hukukta bu yaptırımı uygulayacak mercii yokluğuna dikkat çekilmiştir<sup>408</sup>.

Uluslararası suçların genel özelliği, ihlâlden doğrudan zarar görsün görmesin, uluslararası toplumun bütün üyelerinin bu ihlâlin kesilmesini isteme hakkı bulunmasıdır. Bu hak ancak barışçı yöntemlerle, özellikle doğrudan zarar görmeyen devletin uluslararası bir suç işleyen devletle bir yargısal bağa (a jurisdictional link) sahip olması durumunda, yargı yoluyla kullanılabilir. Bu, bir *actio popularis* değildir ancak, yargılamaya rıza göstermeye ilişkin temel kurallarla uyum içinde UAD bu ayrımın desteklenmesine katılabilecektir<sup>409</sup>.

Bu ayrımın bir diğer özelliği, üçüncü devletlerin suça göz yummaktan ve suçun neticelerini meşru olarak tanımaktan kaçınmaları yükümlülüğüdür. Bir diğer özellik, bütün devletlerin bu fiile karşılık olarak barışçı karşı önlemlere (counter-measures) ve misillemelere (reprisals) başvurma hakkı olmasıdır<sup>410</sup>.

Yine raportör Arangio-Ruiz tarafından önerilen Taslak maddelerinde de bu ayrım korunmuştur ve her birinden doğan hukukî sonuçların ayrı ayrı ele alınması önerilmiştir<sup>411</sup>.

Nihayet 1996 Taslağı<sup>412</sup> m. 19/2'ye göre, ihlâlinin bir bütün olarak uluslararası toplum tarafından suç olarak kabul edilen uluslararası toplumun esaslı menfaatleri

---

<sup>407</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 357.

<sup>408</sup> GILBERT, s. 350-351.

<sup>409</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 357-358.

<sup>410</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 358.

<sup>411</sup> Doc. A/44/10, Report of the ILC on the work of its forty-first session, 2 May-21 July 1989, Official Records of the General Assembly, Forty-fourth session, Supplement No. 10, Chapter IV, p. 231 vd., [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A\\_44\\_10.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_44_10.pdf) (13.03.2006).

<sup>412</sup> Bkz. Doc. A/51/10, Chapter III (State Responsibility).



bakımından zorunlu olan bir uluslararası yükümlülüğün bir devlet tarafından ihlâl edilmesinden doğan uluslararası hukuka aykırı bir fiil, bir uluslararası suç teşkil eder. Taslak m. 19/4'e göre ise, ikinci fıkra uyarınca bir uluslararası suç olmayan bir uluslararası hukuka aykırı fiil, bir uluslararası cünha (delict) oluşturur.

Hükümetler tarafından sunulan yorumlarda konu üzerinde şiddetli tartışmaları açığa vuran görüş farklılıkları olmuştur. Kimi devletler uluslararası suç kavramının uygulamaya taşınabilirliğinden ve etkililiğinden kuşkularını belirterek, bunun, devletin sorumluluğu sisteminin bütününe zarar verebileceği gerekçesiyle, kavrama karşı çıkmaktadır. Diğer bazı devletlerse, kavramı, “daha ciddi” ve “daha az ciddi” hukuka aykırı fiiller arasında belirli bir ayırımın devletin sorumluluğu rejimine getirilmesi gerektiği düşüncesiyle desteklemektedir. Yine de her iki görüşte de konunun, salt kodifikasyonla ilgili değil, tedrici gelişmeyle ilgili olduğu ve daha fazla açıklanmaya ihtiyacı olduğu kabul edilir. Aslında hiçbir devletin de kelimenin tam anlamıyla bir “ceza sistemi” kurulmasını desteklediği söylenemez<sup>413</sup>.

Son olarak 2001 Komisyon Tasarısının İkinci Kısımının Üçüncü Bölümünde (m. 40-41) “Genel uluslararası hukukun emredici normlarından doğan yükümlülüklerin ağır ihlalleri” (Serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law) başlığı altında, 1996 Taslağı 19. madde hükmüyle benzerlikler taşıyan düzenlemelere gidilerek, bu ayırımın varlığı saklı tutulmuştur. Tasarının 41. maddesine göre, uluslararası genel hukukun emredici normlarına karşı ağır ve sistematik ihlallere karşı devletler hukuka uygun araçlarla buna bir son vermek için işbirliğine davet edilmektedir. Ayrıca devletlere bu tür ihlallere karşı yardım etmeme yükümlülüğü de getirilmektedir. Bu ayırımın son durumda böyle bir pratik yararı bulunabileceğini ve varlığını isim değiştirerek bir ölçüde koruduğunu söyleyebiliriz.

Ago'dan 2001 Komisyon Tasarısına kadar m. 19'da yer verilen bu ayırımı kullanan “uluslararası suçlar” terimi, devletin sorumluluğunun bir yönüyle de olsa ceza hukukuna mı benzetildiği (criminalization) sorusunu doğurmuştur. Ancak bu kapsamda

---

<sup>413</sup> SIMMA, s. 446.

ortak bir “devletin ceza sorumluluğu” kurumu bulunmamaktadır. Zira bir devletin cezalandırılması devletlerin egemenliği temeline dayanan modern uluslararası hukuk düzenine tamamen yabancıdır. Buradaki “uluslararası suçlar” terimi tamamen son derece ağır niteliği olan belirli bir uluslararası hukuka aykırı fiil türlerini tanımlamak için kullanılmaktadır<sup>414</sup>.

#### **D. Uluslararası Yükümlülüğün İhlâlinde Zaman Etkeni**

Uluslararası yükümlülüklerin ihlâlinde zaman etkenine ilişkin ilkeleri incelemeden önce bu ilkelerin belirlenmesinin gerekliliğini belirtmek gerekmektedir. Zaman etkenine bağlı sonuçları sınırlayıcı olmadan şöyle sıralayabiliriz<sup>415</sup>:

- Bir uluslararası hukukun yapıldığı zamanın belirlenmesi yükümlülüğün ihlâlinin ciddiyetinin değerlendirilmesinde önemli olabilir<sup>416</sup>.
- Hukuka aykırılığı önleyen durumlardan “zaruret hali” (necessity), bir devletin “vahim” (grave) ve “pek yakın” (imminent) bir tehlikeye karşı esaslı bir menfaatini korumak için başka seçeneği olmaması durumunda yararlanabildiği bir yoldur<sup>417</sup>.
- Diplomatik koruma devletler tarafından sadece hukuka aykırı fiilin yapıldığı zaman aralığında vatandaşı olan bir kişi için kullanılabilir.
- İddia konusu olan uluslararası hukukun ihlâli için giderimin arandığı uluslararası divan ve mahkemelerin yargılama yetkisi bakımından da önemli bir konudur. Çünkü yargılama yetkisiyle ilgili devletler tarafından yapılan

---

<sup>414</sup> MOHR, s. 139.

<sup>415</sup> KARL, s. 96. Ayrıca bkz. LYSÉN, s. 71.

<sup>416</sup> Örneğin, UHK'nin 1996 tarihli Taslağında uluslararası suçlar ile uluslararası cünha üzerine yapılan sınıflamayla ilgili m. 19'da, kölelik, soykırım ve apartheid suçlarını yasaklama gibi insanların korunması için başlıca önemli uluslararası yükümlülüklerin geniş bir alana yayılmış boyutta (on a widespread scale) ciddi ihlâlleri uluslararası suçlar arasında sayılmıştır. (Bkz. A/51/10, Chapter III).

<sup>417</sup> Bkz. 2001 Komisyon Tasarısı m. 25/1(a). Burada geçen “yakın” kavramı, tehlikenin en yakında (proximate) olmasını ifade etmektedir. (2001 ILC Commentaries, m. 25, p. 15). Burada şüphesiz somut olaya özgü özellikler belirleyici olacaktır.

bildiriler ve andlaşmalar genellikle bir dönem (terminal date) için verilmektedir<sup>418</sup>.

- Uluslararası hukuka aykırı fiil için tazminatın belirlenmesinde zararın miktarı bu fiilin ika edilmesi tarihinden itibaren ilgili faizi de içerir. Bu sebeple ödenmesi gereken tazminat miktarı zarar gören devletin hukuka aykırı fiile uğratılmasından bu yana geçen zamana bağlıdır.
- Fiilin yapıldığı zaman ile fiile uygulanacak hukuk arasında bir bağ bulunması açısından söz konusu olacak “zamanlararası hukuk” (intertemporal law) ayrıca incelenmeye değerdir.
- Hukuka aykırı fiilin ileri sürülebilir olmasıyla ilgili olarak zamanaşımı bakımından önemlidir.

Biz burada uluslararası sorumlulukta zaman etkenini daha çok yükümlülüğün zaman bakımından varlığı, zaman bakımından ihlâl ve sorumluluğun doğması konuları çerçevesinde ve sorumluluğun işletilmesiyle ilgili kısımlara mümkün mertebe girmeden ele alacağız.

Her uluslararası hukuka aykırı fiil zaman içinde ortaya çıkar. Bu yönüyle ilkin uluslararası yükümlülüğün ihlâl anı (moment of breach) ve ikinci olarak da hukuka aykırı fiilin yapıldığı (onun başlamasından kesilmesine kadar uzayan) zaman (time of commission of the wrongful act) tespit edilmelidir. Zaman etkeninin bu ikinci yönü ihlâl in süresiyle (duration of breach) ilgilidir. Her iki açıdan da konu “hukuka aykırı fiilin (veya suçun) yapıldığı (veya işlendiği) zaman” (tempus commissi delicti) terimiyle ifade edilebilir. Burada sadece hukuka aykırı fiilin kendisi değil, ayrıca bir fiili hukuka aykırı kılan “hukuk” da zaman etkeninin bir yönünü oluşturmaktadır. Zira uluslararası hukukun zaman içinde değişmesi sebebiyle, neyin bir uluslararası hukuka aykırı fiil

---

<sup>418</sup> Örneğin, Türkiye UAD’ın yetkisini 1947-1972 yılları arasında beşer yıllık sürelerle ve karşılıklılık koşuluyla kabul etmiştir. Bu tarihten sonra Ege kıta sahanlığı sorunuyla birlikte Türkiye kabul bildirimini yenilememiştir. (SUR, s. 190).

oluşturduğu da uluslararası hukuka bağlı olacaktır. Hukuk ile fiilin zaman yönüyle örtüşmesi zamanlararası hukuk (intertemporal law) kavramını ortaya çıkarır<sup>419</sup>.

Biz de önce yükümlülüğün ihlâl anında halen yürürlükte olması durumunu, sonra da bir diğer başlık altında yükümlülük ihlâlinin zamanını inceleyeceğiz. Yükümlülük ihlâlinin zamanı genellikle ilgili yükümlülüğün niteliğine ve içeriğine bağlı olarak değişebilir<sup>420</sup>. Bu bakımdan burada her zaman geçerli ilkeler tespit etmek kolay değildir. Aslında bu konuyu bir yönüyle basit fiil-bileşik fiil ayrımı konusunda değerlendirdik. Burada da tamamlanmış fiiller ve sürekli fiiller bakımından konuyu ele alacağız. Son olarak sorumluluğun doğduğu an ve zamanaşımı konularını inceleyeceğiz.

## 1. Yükümlülüklerin Zaman Bakımından Uygulanması (Ratio Temporis)

### a. Kural

Zamanlararası hukuk problemi, bir andlaşma yükümlülüğünün veya uluslararası kamu hukuku kaynaklı bir diğer yükümlülüğün onla eşzamanlı hukukun ışığında mı yoksa örneğin uyuşmazlığın ortaya çıktığı sonraki bir hukuk bağlamında mı anlaşılması gerektiği meselesine ilişkindir<sup>421</sup>. Konuya, özel olarak Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde de girilmediği gibi, UHK de bu andlaşmalar hukukuna dair çalışmasında, bir somut olayda bir andlaşmanın yorumlanması bakımından zamanla ilgili kapsamlı bir kural koymanın zorluğundan söz etmiştir<sup>422</sup>.

Bununla birlikte Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 28, birincil kurallar bakımından ilkeye ilişkin sayılabilir. Buna göre, “Andlaşmadan farklı bir niyet anlaşılmadıkça veya böyle bir niyet başka türlü tespit edilmedikçe, andlaşma hükümleri andlaşmanın bir taraf bakımından yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen herhangi

---

<sup>419</sup> Bkz. KARL, s. 96-97.

<sup>420</sup> LYSÉN, s. 70.

<sup>421</sup> LYSÉN, s. 68.

<sup>422</sup> YILC 1966, Vol. II, s. 222.

bir hareketle veya vakıyyla veya ortadan kalkan herhangi bir durumla ilgili olarak o tarafı bağlamaz<sup>423</sup>.”

Zamanlararası hukuk uluslararası hukukun gelişmesine ve evrenselleşmesine bağlı olarak ortaya çıkmış ve bazen de “uluslararası zamanlararası hukuk” olarak kullanılmıştır. Kavram, hangi terimle karşılanırsa karşılanırsın hem bir esasa ilişkin kural hem de bir yorum kuralı olarak sayılabilecektir.

Her şeyden önce uluslararası bir yükümlülüğün ihlâlinden bahsedebilmek için ihlâlî anında yükümlülüğün halen yürürlükte olması gerektiği kabul edilmelidir. Bu husus 2001 Komisyon Tasarısı m. 13’te de belirtilmiştir. Buna göre bir devletin fiili, fiilin yapıldığı zaman meseledeki yükümlülükle devletin bağlı olmaması durumunda bu uluslararası yükümlülüğün ihlâlini teşkil etmemektedir.

2001 Komisyon Tasarısı m. 13, sorumluluk iddiaları bakımından devletlere devletin sorumluluğuyla ilgili konularda uluslararası hukukun geçmiş uygulamalarına karşı önemli bir garanti getirir<sup>424</sup>. Ayrıca uluslararası hukukun iradeye dayanan (contractual) niteliği dolayısıyla, uluslararası yükümlülüğün geçmişe yürümemesi gerekmektedir<sup>425</sup>.

Zamanlararası hukuk teorisi, hukukun gelişmesinde bir aşamada ülke kazanma sorunuyla (özellikle ülke üzerinde sömürge egemenliğinin kurulmasıyla) sınırlı olarak ele alınsa da, uluslararası örf ve âdet hukukunun çeşitli alanlarında uygulama bulabilir. Konunun sınırlı şekilde düşünülmesinde muhtemelen *Island of Palmas (Palmas Adası) Davasında* ilk kez ele alınması etkili olmuştur<sup>426</sup>. İlkenin uygulaması hakkında bazı uygulamalar bulunmaktadır. Örneğin, Yargıç Huber’in, *Palmas Adası Davasına* ilişkin 1928 tarihli kararda belirttiği gibi<sup>427</sup>, olayda her iki taraf da, keşif hakları ve meskûn

---

<sup>423</sup> Andlaşma metni için bkz. GÜNDÜZ, s. 183-208.

<sup>424</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 13, p. 1.

<sup>425</sup> LYSÉN, s. 73.

<sup>426</sup> ELIAS, s. 285.

<sup>427</sup> Olayın gelişimi şöyledir:

olmayan ya da vahşi kabileler veya yarı medenî insanların yaşadığı bölgelerin mülkiyetinin edinilmesi ile ilgili uluslararası hukuk kurallarının Orta Çağlar ve 19. yüzyılın sonu arasında önemli değişiklikler geçirdiğini kabul etmektedir. *Her iki taraf ayrıca, hukukî bir olgunun bu olguyla ilgili bir uyumsuzluğun ortaya çıktığı veya çözümlenmesi gereken döneme ait hukuka göre değil, bu hukukî olguyla çağdaş olan hukukun ışığında değerlendirilmesi gerektiği konusunda hemfikirdir.* Bu nedenle, İspanya'nın yaptığı keşfin etkileri 16. yüzyılın ilk yarısında geçerli olan uluslararası hukuk kurallarına göre belirlenecektir<sup>428</sup>. Yine Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi bir İngiliz ve bir Amerikan gemisinin açık denizde çarpışması neticesinde Amerikan gemisinin batması üzerine önüne gelen *Scotia Davasında* (1872) başlıca ticaretçi devletler tarafından kabul gören deniz hukuku kurallarını, dava konusu çarpışma vuku bulduğu zaman geçerli olan hukuk kuralları olarak kabul etmenin gerekliliğini belirtmektedir<sup>429</sup>. Bu konuda yine, Amerikan vatandaşlarına ait köle ticaretinde kullanılan gemilerin İngiliz otoritelerince alıkonması üzerine Birleşik Devletler-Birleşik Krallık Karma Komisyonunda alınan kararlar da ilkeyi dikkat çekici şekilde ortaya koymaktadır. Komisyon, söz konusu olayların çeşitli zamanlarda meydana gelmesi dolayısıyla, her bir olayın meydana geldiği tarihte köleliğin uluslararası hukuka uygun olup olmadığını incelemiştir. Buna göre, *The Enterprize Olayında*, uluslararası hukukun köle ticaretini hukuka aykırı bulmadığı bir dönemde İngiliz otoriteleri tarafından yapılan fiilleri, yabancıların mallarına uygun davranma yükümlülüğünün ihlâli olarak değerlendirirken; *The Lawrence Olayında*, artık köle ticaretinin medenî uluslarca yasaklanan bir faaliyet olması dolayısıyla, İngiltere'nin sorumluluğuna gerek görmemiştir<sup>430</sup>. UAD, *Northern Cameroons (Kuzey Kamerun) Davasına* ilişkin

---

1898 İspanyol-Amerikan Savaşı sonunda İspanya, Filipinler'i Birleşik Devletler'e o yıl yapılan Paris Andlaşmasıyla devretti. 1906'da bir Birleşik Devletler memuru kendisine devredilmiş olduğuna inandığı Palmas (ya da Miangas) adasını ziyaret etti ve göndere Hollanda bayrağının çekilmiş olduğunu gördü. Palmas Mindanao adası iki mil uzunluğundadır ve genişliği bir milden azdır. 1928 yılında 1000 kişiden az bir nüfusu vardı ve ekonomik, askerî ve diğer türlü önemi ihmal edilebilecek düzeydeydi. Yine de Hollanda ve Birleşik Devletler ada üzerindeki egemenlik sorununu hakeme götürmüşlerdir. (Aktaran, GÜNDÜZ, s. 257).

<sup>428</sup> Aktaran, GÜNDÜZ, s. 259.

<sup>429</sup> Aktaran, MERAY Seha, "Devletler Hukukunda Denizle İlgili Bazı Örnek Olaylar", AÜSBFD, 1957, C. XII, No. 3, s. 52.

<sup>430</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 13, p. 2.

02.12.1963 tarihli kararında, söz konusu ilkeyi uygulamıştır. Buna göre, vesayet eden devlet, ilgili vesayet andlaşmasının yürürlüğü esnasında andlaşmanın ihlâli niteliğindeki ve bir diğer BM üyesi devlete ya da onun vatandaşlarından birine karşı zarar veren fiillerden sorumludur ve vesayet sona ermesiyle tazmin iddialarından kurtulamamaktadır<sup>431</sup>.

## **b. İstisna Olabilen Durumlar**

Daha çok yükümlülüğün niteliği bakımından zamanlararası hukuk esasına istisna sayılabilecek bazı özel bulunabilmektedir. Örneğin, insan hakları uygulamasında Divanın AİHS'yi evrimsel (evolutionary) yorum yöntemiyle uygulaması dolayısıyla durum biraz farklı olabilmektedir. Bu yönde AİHD *Tyrer v. The United Kingdom Davası*na ilişkin 25.04.1978 tarihli kararında, sözleşmenin o anki koşulların (present day conditions) ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğunu ve bu alanda Divanın Avrupa Konseyine üye devletlerin ceza politikalarında genel olarak kabul edilen standartlar ve gelişmelerden etkilenemeyeceğini belirtmiştir<sup>432</sup>.

Ayrıca uluslararası hukukun uluslararası hukukun öznelerini nisbeten daha sıkı kayıt altına alan emredici normları bakımından bir ayrık durum da 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin 64. maddesinde, “Eğer milletlerarası genel hukukun yeni bir emredici normu çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir andlaşma bâtil hâle gelir ve sona erer.” hükmü getirilmiştir. Bu madde itibarıyla andlaşmanın sona ermesi, yine bu Sözleşme m. 71/2(b)'ye göre, “ tarafların andlaşmanın sona ermesinden önceki icrası suretiyle doğan herhangi bir hak, yükümlülük veya hukukî durumlarını etkilemez, şu kadar ki bu hak, yükümlülük veya durumların daha sonra muhafaza edilmeleri genel milletlerarası hukukun emredici normu ile çatışmadığı oranda mümkündür<sup>433</sup>.” Buna göre, bir uluslararası yükümlülüğün

<sup>431</sup> Preliminary Objections, ICJ Reports 1963, Summary, <http://www.icj-cij.org/icjwww/iddecisions/-isummary/icuksummary631202.htm> (05.03.2006).

<sup>432</sup> Merits, ECHR Series A, No. 26, p. 31, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=-open&table=1132746FF1FE2A468ACCB CD1763D4D8149&key=168&sessionId=6880341&skin=hudoc-en&attachment=true> (03.05.2006). Ayrıca bkz. LYSÉN, s. 69.

<sup>433</sup> Andlaşma metni için bkz. GÜNDÜZ, s. 184-208.

uluslararası hukukun emredici bir normuyla çatışmadığı bir dönemde ilgili yükümlülüğün ihlâli dolayısıyla doğmuş bir sorumluluk, sonradan, ihlâl edilen yükümlülükle çatışan uluslararası hukukun yeni bir emredici normunun ortaya çıkmasıyla, kural olarak ortadan kalkmamaktadır. Ancak eğer sorumluluğun ileri sürülmesi, işletilmesi veya hukukî neticelerinin ortaya çıkması, yeni emredici normla çatışır nitelikteyse, artık bu normdan önce doğmuş sorumluluğun da devam etmemesi gerekir. Yeni emredici norma aykırı andlaşmalar sona ereceğinden dolayı, bu andlaşmaların ilgili emredici normun ortaya çıkmasından sonra ihlâl edilmeleri ise artık açıkça sorumluluk doğurucu niteliğe sahip değildir; aksine, bu eski andlaşmalarla getirilen hükümlerin yeni emredici norm bakımından adeta ihlâl edilmeleri zorunluluğu söz konusudur.

Son olarak devletin yürürlükte olan bir yükümlülüğünün ihlâlinin bir uluslararası hukuka aykırı fiil teşkil edeceğine dair ilkeyi, devletlerin aralarında geçersiz saymaya yönelik düzenlemelerine bir engel bulunmamaktadır. Bu, “lex specialis” ilkesinin düzenlendiği 2001 Komisyon Tasarısı m. 55 hükmü gereğince mümkün gözükmektedir<sup>434</sup>.

## **2. Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilin Sona Ermiş veya Sürmekte Olması**

Burada aslında tam olarak uluslararası yükümlülüğün ihlâlinin zamana yayılması meselesini inceleyeceğiz. Hukuka aykırı bir fiilin ne zaman başladığı ve ne kadar sürdüğü konusu devletin sorumluluğu alanında sıkça ortaya çıkan bir meseledir. Bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlinin varlığı ve süresi, büyük oranda yükümlülüğün varlığıyla ve içeriğiyle ve söz konusu ihlâlin gerçekleriyle ilgili bir konu olsa da, bazı temel ilkeler bulunmaktadır<sup>435</sup>. Bunlardan bazıları 2001 Komisyon Tasarısında

---

<sup>434</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 13, p. 6. 2001 Komisyon Taslağı m. 55 şöyledir: “Bu hükümler, uluslararası hukuka aykırı bir fiilin varlığı ya da devletin uluslararası sorumluluğunun içeriği veya uygulanması ile ilgili koşulların özel uluslararası hukuk hükümleri tarafından yürütülmesi durumunda uygulama bulmaz.”

<sup>435</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 14, p. 1. Konunun somut olaydaki yükümlülüğün niteliğine bağlı olduğuna örnek olarak, uluslararası hukuk tarafından bir sonuç yükümlülüğünün öngörüldüğü durumda, bu yükümlülüğe ilk seferde aykırı olan bir fiilin ika edilmesiyle meselenin sona ermediğini söylemeliyiz.



belirlenmiştir. Komisyon Tasarısı m. 14/1'e göre, devletin sürekli niteliği olmayan bir fiille bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâli, onun etkileri sürüyor olsa bile, fiilin yapıldığı zamanda meydana gelmiştir. Tasarı m. 14/2'ye göre, bir devletin sürekli niteliği olan (continuing character) bir fiille bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâl etmesi, fiilin uluslararası yükümlülüğe aykırı olarak sürdüğü ve kaldığı bütün zamana yayılır.

2001 Komisyon Tasarısı m.14/1'de yer alan ilke, sürekli olmayan, bir başka deyişle zaten tamamlanmış olan bir ihlâl niteliğindeki fiillerle ilgilidir. Ayrıca bu fiilin tek bir anda gerçekleşmiş olması gibi bir zorunluluk da yoktur; zira fiiller genellikle kaçınılmaz olarak belirli bir zaman dilimine yayılacaktır. Örneğin, hukukî bir işlemle bir taşınmazın kamulaştırılması ve mülkiyet hakkının (title) alınması tamamlanmış bir fiil niteliğindedir<sup>436</sup>. Yine bir sivil uçağın düşürülmesi veya açık denizde bir ticaret gemisinin batırılması tamamlanmış fiillerden sayılır<sup>437</sup>. Bu bakımdan bu ilkenin işlevinin temelde ikinci fıkrada düzenlenen, sürekli niteliği olan fiillerle ilgili ilkeyi belirlemek ve belirgin kılmak olduğu söylenebilir.

Bir fiil, salt onun etkileri ve sonuçları zamana yayıldığı için sürekli niteliği olan bir fiil sayılmaz; ilgili fiilin sürüyor olması gerekir. Örneğin bir işkence fiilinin yol açtığı acılar veya bir kamulaştırmanın ekonomik etkileri sürüyor olabilir. Bu durumlar ancak 2001 Komisyon Tasarısının İkinci Kısımında düzenlenen giderim ve eski hâle iade ile

---

Zira "Bir devletin bir uluslararası yükümlülüğün gerektirdiği sonuca uymayan bir durum yarattığı ancak, yükümlülüğün bunu veya eşdeğer bir sonucu devletin sonraki davranışlarıyla elde edebilmesine izin verdiği durumlarda, eğer devlet sonraki davranışlarıyla da bu sonucu elde etmeyi başaramazsa, bir yükümlülüğün ihlâli bulunur." (Bkz. Doc. A/32/10, Chapter II, m. 21). İşte bu yükümlülükler bakımından, yüklenen sonucun sonradan elde edilmesi durumunda bir hukuka aykırı fiil ortaya çıkmış sayılmaz. Ancak, eğer belirlenmiş yükümlülüğün elde edilemez olduğu anlaşılırsa, (Örneğin, bir yabancının hukuka aykırı olarak gözaltına alınmış olması, olmamış sayılmayacağı için, artık eşdeğer sonucun, bu hukuka aykırılığı tazmin etmek olduğu söylenebilir.) ancak ortaya çıkan eşdeğer sonuç devlet tarafından yerine getirilmezse, bir sorumluluk doğar. (Bkz. KARL, s. 98-99).

<sup>436</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 14, p. 2, 4. Ancak örtülü bir şekilde bir taşınmazın işgali (creeping occupation), tamamlanmış bir fiil sayılmayıp, sürekli niteliği olan fiillerden sayılmaktadır. (Örneğin, bkz. *Papamichalopoulos and Others v. Greece Davasına* ilişkin 24.06.1993 tarihli karar, ECHR Series A, No. 260-B (1993), <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&-highlight=Papamichalopoulos%20%7C%20Others%20%7C%20v.%20%7C%20Greece&sessionId=6704595&skin=hudoc-en> (07.03.2006).

<sup>437</sup> KARL, s. 99.

ilgili yükümlülükler bakımından, örneğin tazminatın belirlenmesinde, etkili olabilecektir<sup>438</sup>.

Tasarının 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, sürekli niteliği olan bir fiil, fiilin uluslararası yükümlülüğe aykırı olarak sürdüğü ve kaldığı bütün döneme yayılır, yeter ki bu dönemde yükümlülük yürürlükte kalmaya devam etsin. Devletin bir andlaşma yükümlülüklerine uymayan ve yürürlükte olan yasalarının olması, yabancı memurların hukuka aykırı şekilde alıkonması, elçilik binalarının işgali, sömürgecilik faaliyetleri, bir diğer devlet ülkesinin hukuka aykırı şekilde işgali veya burada bu devletin rızası dışında silahlı kuvvet bulundurması, verilebilecek bazı örneklerdir<sup>439</sup>.

Aslında tamamlanmış ve sürekli niteliği olan fiiller arasındaki ayırım görecelidir. Sürekli bir hukuka aykırı fiil, başlatılan ancak ilgili zaman içinde sona erdirilmeyen fiillerdir. Sürekli bir fiil, hukuka aykırı şekilde tutulan kişilerin serbest bırakılması, ortadan kaybolan bir kişinin yakın bir akrabasına teslimi, hukuka aykırı olarak işgal edilen topraklardan kuvvetlerin çekilmesi örneklerinde olduğu gibi, kesilebilir ve fiilin geleceğe doğru artık sürmediği düşünülür. Bu son durumda artık fiilin tamamlanmış fiillerin düzenlendiği m. 14/1 kapsamında düşünülmesi gerekecektir<sup>440</sup>. Bu bakımdan aslında burada yapılan ayırımın iç hukuklardaki ceza hukukunun hareketten doğan neticenin devam etmeyip derhal sona erdiği “ani suç” ile neticenin bir süre devam ettiği “mütemadi” suç ayırımından<sup>441</sup> farklı olduğunu söylemeliyiz<sup>442</sup>. Zaten genelde uluslararası hukukta uluslararası hukuka aykırı fiiller bir zaman aralığına yayılır ve bu ayırma göre sorumluluk bakımından değerlendirildiği anda uluslararası hukuka aykırı fiilin halen sürüyor olması gerekmektedir. Söz konusu fiil sürmüyorsa, artık 2001

---

<sup>438</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 14, p. 6.

<sup>439</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 14, p. 3.

<sup>440</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 14, p. 5.

<sup>441</sup> Bkz. ÖZBEK Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Ankara 2006, s. 134-135.

<sup>442</sup> Bir başka görüşe göre ise, ceza hukukundaki anî hareketli suçlar-mütemadi suçlar niteliğindeki ayırım, uluslararası hukuk bakımından da kabul görmektedir. Bu ayırmda anî hukuka aykırı fiil, fiilin meydana geldiği an ile sona erdiği an aynı olmaktadır. Eğer fiil meydana gelmekle sona ermiyor bir süreklilik arz ediyorsa sürekli hukuka aykırı fiilden söz edilir. (Bu görüş için bkz. ÖZMAN, s. 20; Ayrıca bkz. AVCI, s. 70-71).

Komisyon Tasarısı m. 14/1'de düzenlenen tamamlanmış (not having continuing) fiiller kapsamında düşünülmesi gerekir. Bu ayrım pratikte, sürmekte olan hukuka aykırı fiillere karşı girişilen karşı önlemlerin, örneğin meşru müdafanın, hukuka aykırı olarak değerlendirilmekten muaf olup olmayacağını belirlenmesi, sorumluluktan doğacak sonuç, örneğin hukuka aykırı fiile son verilmesinin de talep edilebilmesi gibi konularda etkili olabilecektir.

Uluslararası uygulamada fiilin sürekli niteliğinin göz önünde bulundurulduğu kararlara rastlanmaktadır. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Divanı, *Blake Davasına* ilişkin 24.01.1998 tarihli kararında, ilgili kişinin (Mr. Nicholas Blake) ortadan kaybolmasını sürmekte olan bir durumun başlangıcı olarak kabul etmiştir. Bu bakımdan Divan öncelikle sürmekte olan durumun ilgili devlete (Guatemala) isnad edilmesi meselesini inceleme kararı almıştır<sup>443</sup>.

Benzer şekilde UAD, *Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin Davada*, İran'ın diplomatik ilişkiler ve konsolosluk ilişkileri hakkında Viyana Sözleşmelerindeki yükümlülüklerine karşı art arda gelen ve sürekli ihlallerini tespit etmiştir<sup>444</sup>. Yine UAD, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970) (Namibya'da Güney Afrika'nın Sürekli Varlığı)* konusuna ilişkin 21.06.1971 tarihli danışma görüşünde, BM Genel Kurulunun 1966 tarihli 2145 (XXI) sayılı, manda rejimine son verildiği ve Güney Afrika'nın bu topraklarda artık bir idare hakkı kalmadığı yönündeki kararına ve özellikle Güvenlik Konseyinin Güney Afrika'nın Namibya'daki varlığının hukuka aykırı (illegal) olduğuna ilişkin ilgili bağlayıcı kararına rağmen durumun sürdürülmesinin, Güney Afrika'nın sorumluluğuna yol açacağını

---

<sup>443</sup> Inter-Am. CHR, Judgment, Series C, No. 36, p. 67, [http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf\\_-ing/seriec\\_36\\_-ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf_-ing/seriec_36_-ing.pdf) (06.03.2006).

<sup>444</sup> ICJ Reports 1980, p. 78, 80.

belirtmiştir. Bu durumda Güney Afrika ilgili ülkeden idaresini çekmek ve buna bir son vermek yükümlülüğü altındadır<sup>445</sup>.

AIHD uygulamasında da sürmekte olan fiiller ayrıca tespit edilmiştir. Örneğin *Papamichalopoulos and Others v. Greece Davasına* ilişkin kararda konu, 1967’de yapıldığı ileri sürülen, resmî şekilde kamulaştırılmaksızın deniz kuvvetleri fonu lehine ilgili mülke elkonması ve burada bazı tesislerin kurulması sonucu, mülkiyetin huzurlu kullanımının ihlâl edilmesiyle ilgilidir. Askerî diktatörlüğün 12.12.1969’da feshettiği Sözleşme ve Ek 1 No.lu Protokol, bu yönetimin sona ermesinden sonra 28.11.1974’te yeniden onaylanmıştır. Nihayet Divan, 24.06.1993 tarihli kararında burada sürmekte olan bir ihlâl olduğunu tespit etmiştir<sup>446</sup>. Yine AIHD, *Loizidou v. Turkey Davasına* ilişkin 18.12.1996 tarihli kararında, Kuzey Kıbrıs’ta 1974’ten beri Türk kuvvetlerinin bulunması dolayısıyla başvuranın (Mrs. Titina Loizidou) taşınmazına erişmesinden yoksun kaldığını belirtmiştir. Türkiye 22.01.1990’da bir deklarasyonla Divanın yargılama yetkisini bu tarihten sonra olacak olaylar bakımından kabul ettiği için, Divan ancak başvuranın ihlâlin bu tarihten sonra da sürdüğü yönündeki iddiasını inceleyebilecektir. Ayrıca Türkiye söz konusu taşınmazın 7 Mayıs 1985 KKTC Anayasası m. 159’la geri dönüşsüz şekilde kamulaştırıldığını ileri sürmüştür. Divan, BM Güvenlik Konseyinin Kuzey Kıbrıs ile ilgili 541 (1983) ve 550 (1984) sayılı kararlarına ve uluslararası uygulamaya gönderme yaparak bu Anayasaya hukukî geçerlilik atfedilemeyeceğini ve başvuranın 1985 Anayasası dolayısıyla mülkiyetini kaybetmiş sayılamayacağını ve bunu takiben başvuranın ilgili mülkün hukukî sahibi sayılmaya devam edileceğini belirtmiştir<sup>447</sup>.

---

<sup>445</sup> ICJ Reports 1971, p. 117-127, Summary, <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/-inamsummary710621.htm> (19.03.2006).

<sup>446</sup> ECHR, Series A, No. 260-B (1993), p. 40, 41, 46.

<sup>447</sup> Merits, ECHR Reports 1996-VI, p. 32, 41-47, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=-1&portal=hbkm&action=html&highlight=Loizidou%20%7C%20v.%20%7C%20Turkey&sessionid=6093346&skin=hudoc-en> (07.03.2006). Kararın daha çok ceza hukuku yönünden eleştirisi için bkz. ÖNOK Rıfat Murat, Tarihî Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Ankara 2003, s. 239-240). Yine AIHD *Cyprus v. Turkey Davasına* ilişkin 10.05.2001 tarihli kararında benzer gerekçelerle Türkiye’nin Sözleşmeden doğan çeşitli yükümlülüklerinin sürekli ihlâline hükmetmiştir. (Karar hakkında ayrıntılı bilgi ve eleştiri için bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 545 vd.).

Bir uluslararası hukuka aykırı fiilin sürmekte olan niteliğinin tespitinin genellikle yükümlülüğün içeriğine ve ihlâlin gerçeklerine bağlı olduğunu söylemiştik. Uluslararası hukuka aykırı bir fiil ancak uluslararası bir yükümlülüğün ihlâl edilmesiyle ortaya çıkmaktadır. Uluslararası hukuka aykırı bir fiilin “yakın bir zamanda ortaya çıkacağından korkulması” (imminent) genellikle yeterli değildir. Ancak bazı kurallarla, bir fiile ilişkin tehdit, teşvik veya teşebbüs kendiliğinden uluslararası hukuka aykırı sayılabilir<sup>448</sup>. Örneğin, UAD *Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons (Nükleer Silahların Tehdidinin ve Kullanılmasının Meşruluğu)* konusuna ilişkin 08.07.1996 tarihli danışma görüşünde, devletlerin diğer devletleri ülke bütünlüğüne veya bağımsızlığına karşı kuvvet kullanmaktan caydırmak amacıyla bazı silahlara sahip olabileceğini ve salt bu silahlara sahip olmanın BM Şartı m. 2/4 uyarınca tehdit sayılıp sayılmayacağını belirli etkenlere bağlı olduğunu bildirmiştir. Eğer bir olayda kuvvet kullanılması hukuka aykırıysa, kuvvet tehdidinin kendisi de hukuka aykırı olacaktır. Bazı devletler nükleer silahlara sahip olmanın kendiliğinden hukuka aykırı kuvvet kullanma tehdidi olduğunu ileri sürmüşlerdir. Zira onlara sahip olunması, onların kullanılmaya hazır olduğunu da gösterir. Divana göre bu silahlara sahip olmanın BM Şartı m. 2/4 bakımından bir tehdit sayılması, planlanan bir kuvvet kullanmanın bir devletin ülke bütünlüğüne ve bağımsızlığına ve BM Şartının amaçlarına karşı yöneltilip yöneltilmediğiyle veya savunma aracı olarak düşünülen durumlarda, gereklilik ve orantılılık ilkelerinin aşılmamasıyla ilgili olacaktır<sup>449</sup>. O hâlde buradan çıkan sonuç, nükleer silah kullanma tehdidinin (burada fazla bir problem olmadığı söylenebilir) veya nükleer silahlara sadece sahip olmanın uluslararası hukuka aykırı bir tehdit sayıldığı durumlarda, söz konusu durumlara son verilene kadar bunlar, sürekli uluslararası hukuka aykırı fiillerden sayılacaktır.

Yine 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi m. 3'teki, “soykırım suçunun işlenmesinin yanı sıra, soykırım işlemek için doğrudan ve alenî surette tahrik, soykırım suçuna teşebbüs (attempt) gibi fiillerin de cezayı

---

<sup>448</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 14, p. 13.

<sup>449</sup> ICJ Reports 1996, p. 47, 48.

gerektireceği”<sup>450</sup> hükmünün daha önce incelediğimiz birleşik hukuka aykırı fiillere olduğu gibi, sürekli hukuka aykırı fiillere de yol açmaya elverişli olduğunu söylemeliyiz.

Bununla birlikte UAD *Gabcikovo-Nagymaros Davasında*, bir hukuka aykırı fiilin veya saldırının genellikle fiilin veya saldırının kendisiyle karıştırılmaması gereken hazırlık hareketleriyle gerçekleştiğini belirtmiştir. Divana göre bir hukuka aykırı fiilin fiilen gerçekleştirilmesi (ister anî olsun isterse sürekli olsun) ile hazırlık niteliğindeki ve hukuka aykırı bir fiil niteliğinde olmayan önceki hareketler arasında ayırım yapılmalıdır<sup>451</sup>. Sonuç olarak, bir uluslararası hukuka aykırı fiil gerçekleşmeden önceki fiiller bakımından, eğer daha önceki fiiller bir uluslararası hukuka aykırı fiil niteliğinde değilse, uygulamanın değişebildiğini söyleyebiliriz. Bu da en çok görüleceği üzere yükümlülüğün içeriğine ve yükümlülük sahibi devletin tutumlarına göre değişiklik gösterebilmektedir.

Devletin yükümlülük kategorilerinden bir diğeri olan önleme yükümlülükleriyle ilgili olarak aykırı fiilin süreklilik kazanması durumunda, yine sürekli niteliği olan bir fiilden bahsedilecektir. Bu kategoriyle ilgili açık düzenleme 2001 Komisyon Tasarısı m. 14/3’te getirilmiştir. Buna göre, bir devletin önlemesi gereken belirli bir olayda bu uluslararası yükümlülüğünü ihlâli, olayın yükümlülüğe aykırı olarak sürdüğü ve kaldığı bütün zaman aralığına yayılır. Burada hareketsizliğin (ihmalin) sürekliliğinin bulunduğu açıktır.

Uluslararası uygulamada söz konusu ilke, önleme yükümlülüğünün ihlâli dolayısıyla ortaya çıkan durumlara uygulanmıştır. Endüstriyel faaliyete ilişkin olarak dumanın neden olduğu atmosferik kirlenme dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan devletin sorumluluğuna ilişkin *Trail Smelter Davasındaki* hakemlik kararında, hiçbir devletin, topraklarını başkalarına veya bunların mallarına zarar verecek şekilde kullanamayacağı sonucuna varılarak, Kanada sorumlu tutulmuştur. Olayda başta söz konusu işletmenin faaliyetlerinin devamına izin verilmiş, ancak duman salıverilmesinden doğan Amerikan

---

<sup>450</sup> Metin için bkz. GÜNDÜZ, s. 325-327.

<sup>451</sup> ICJ Reports 1997, p. 79. (Karar hakkında geniş bir özet için bkz. AKTAŞ ACABEY, s. 363-377).

zararlarının tazmininin istenebileceği sürekli bir düzen kurulmasına karar verilmiştir<sup>452</sup>. Burada bir bakıma fedakârlığın denkleştirilmesi gibi bir düzen getirildiği söylenebilir.

Sürekli niteliği olan bir uluslararası hukuka aykırı fiilin bazı hukukî sonuçları olmaktadır. Örneğin, 2001 Komisyon Tasarısı m. 30(b)'de, uluslararası hukuka aykırı bir fiilden sorumlu devletin, eğer bu fiil sürüyorsa, ona son vermesi yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca Tasarı m. 43'e göre, bir devletin sorumluluğuna başvuran zarar gören devlet, o devlete iddiasını bildirmelidir. Eğer sürekli niteliği olan bir fiil söz konusuysa, zarar gören devlet sorumlu devletin hukuka aykırı fiile son vermesi gerektiğini belirtebilmektedir.

### 3. Sorumluluğun Doğduğu An

Aslında sorumluluğun doğduğu an konusunda incelediğimiz çalışmalarda doğrudan, özel bir başlık altında herhangi bir bilgiye rastlayamadık. Ancak konumuzun adının da gerektirdiği gibi, bunun ortaya konması zorunludur.

Bilge'nin şu ifadesine dikkat çekmek isteriz: "... bir milletlerarası haksız fiil ika edildiği zaman, muayyen mesuliyet şartları mevcut ise, bunu ika eden devletin milletlerarası mesuliyeti doğar. Bu mesuliyet muayyen Devletler Hukuku kaidelerine riayet edilerek iddia ve tesbit ettirilir. Böylece milletlerarası mesuliyet sabit olunca bunun neticesi olan tazminatın (réparation) şekil ve miktarı tayin ve hesap edilir<sup>453</sup>."

Yukarıdaki ifadeden görüleceği üzere, sorumluluk, koşullarının oluştuğu an doğar. Nitekim 2001 Komisyon Tasarısı m. 1'de de açıkça, bir devletin her uluslararası hukuka aykırı fiilinin onun uluslararası sorumluluğunu gerektirdiği belirtilerek, araya herhangi bir zaman unsuru konmamıştır. Zaten iç hukuktaki gibi bir kural koyan, kuralı uygulayan ve uyuşmazlık durumunda yargılama işlevi gören genel geçer bir kurumsallaşmanın olmadığı uluslararası hukukun kendine özgü yapısı, koşulları

---

<sup>452</sup> TÛTÛNCÛ Ayşe Nur, "Trail Smelter Hakem Kararı Hukukun Kodlaştırılmasında Örnek Olay Olarak Etkisi ve Kararın Özeti", İÛHFM, C. LV, S. 4, 1997, s. 318, 336.

<sup>453</sup> BİLGE A. Suat, Tebaanın Yabancı Memleketlerde Diplomatik Himayesi, Ankara 1953, s. 12.

gerçekleşmiş bir sorumluluğun doğmasını, sorumluluğun tespit edilmesi için veya başka koşulların eklenmesi için bekletmeye de olanaklı değildir. Ancak birtakım uygulama yöntemleriyle (yargı, hakemlik, devletlerin diplomatik yollarla sorumluluğu kabulü vs.) bunun tespit edilmesi veya ettirilmesi konusu, sorumluluğun doğduğu andan muhtemelen farklı (sonra) olacaktır. İlgili uygulama yönteminin doğmuş olan sorumluluğu tespit etmekten öte bir şey olmadığını düşünmekteyiz. Zira sorumluluk, zorunlu olarak birtakım uygulama yöntemlerinin (prosedürlerin) ardından doğmaz.

#### 4. Zamanaşımı

Konunun bir diğer boyutu da zamanaşımı meselesidir. Hak düşüren zamanaşımı (extinctive prescription) zaman etkeniyle yakından ilgili bir kavramdır. Uluslararası hukukta iddiaların ileri sürülmesi için mutlak bir zaman sınırı bulunmaz, ancak genellikle bir hukuka aykırı fiile dayanan (delictual) uluslararası hukuka aykırı fiillerin “makul bir zaman aralığında” (within a reasonable period of time) getirilmemişse zamanaşımına uğradığı (barred) ya da hakkın düştüğü (extinguished) kabul edilmektedir<sup>454</sup>.

2001 Komisyon Tasarısı m. 45/2’de, zamanaşımı konusundan geniş olmakla birlikte onu da içerecek şekilde, sorumluluğa başvurma hakkının kaybı bakımından “iddianın düşmesi” (lapse of the claim) düzenlenmiştir. Buna göre, eğer zarar gören devletin, davranışları sebebiyle iddianın düştüğünü geçerli şekilde kabul etmiş sayılmalı ise, devletin sorumluluğuna başvurulmayabilir.

Komisyon Tasarısı m. 45/2’de, devletin davranışlarının vurgulanmasının sebebi, iddianın düştüğünü belirlemek amacıyla bir ölçüt getirebilmektir. Zira bazı durumlarda devlet makul olmayan bir gecikme (unreasonable delay) gösterebilir. Ancak bazı durumlarda da zarar gören devlet iddiasını sürdürmek için makul her şeyi yapar ve bu

---

<sup>454</sup> KARL, s. 96.



durumlarda tek başına zamanın geçmesi, zarar gören devletin duruma rıza gösterdiğini ifade etmez<sup>455</sup>.

UAD, *Certain Phosphate Lands in Nauru Davasına* ilişkin 26.06.1992 tarihli kararında ilkenin bu boyutuna değinmiştir. Konu, 1947-1968 tarihlerinde vesayet altında bulunan Nauru Cumhuriyeti'nin Avustralya'ya yönelik, onun idareye katıldığı döneme ilişkin sorumluluk iddiaları üzerine gündeme gelen uyuşmazlıktır. Avusturya ise Nauru'nun 1968'de bağımsızlığını elde ettiğini ve iddialarının makul sürede ileri sürülmüş olmaması dolayısıyla kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. Divan, bu konuda herhangi bir andlaşma hükmü bulunmasa dahi, başvuru sahibi devletin gecikmesinin onun başvurusunu kabul edilemez kılabileceğini onaylamakla birlikte, uluslararası hukukun bu konuda herhangi bir belirli zaman sınırı getirmediğini ifade etmiştir. Bu sebeple Divan, her bir olayın özellikleri ışığında, zamanın geçmesinin başvuruyu kabul edilemez kılıp kılmadığını belirleyecektir. Divan, somut olayda bu iki devlet arasındaki ilişkilerin niteliği gereği, zamanın geçmesinin başvuruyu kabul edilemez kılmadığına karar vermiştir. Bununla beraber Divan, gerçeklerin tespitinin ve uygulanacak hukukun belirlenmesiyle ilgili gecikmenin Avustralya'yı hiçbir şekilde etkilemeyeceğini belirtmiştir<sup>456</sup>. Benzer şekilde *LaGrand Davasına* ilişkin 27.06.2001 tarihli kararında UAD, Almanya'nın, ilgili ihlâlin yapıldığını öğrendikten birkaç yıl sonra dava açmasına rağmen, iddiasını kabul edilebilir bulmuştur<sup>457</sup>.

Bununla birlikte uluslararası uygulamada genellikle zamanaşımına ve gecikmeye ilişkin genel bir kuralın olmadığı kabul edilir. Bu bakımdan daha çok somut olayın

---

<sup>455</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 45, p. 6.

<sup>456</sup> Olay şöyle gelişmiştir:

Nauru'nun bağımsızlığını kazandığı 31.01.1968'de, Nauru devlet başkanının, vesayet (trusteeship) döneminden, Britanya'nın, Avustralya'nın ve Yeni Zelanda'nın sorumluluğunun bulunduğu ileri sürdüğü haberleri çıktı. 05.12.1968'de Nauru devlet başkanı, Avustralya dışişleri bakanına konuyla ilgili bazı taleplerle mektup yazdı, ama taleplerine uygun cevap alamadı. 1974'te konu Avustralya dışişleri bakanının Nauru ziyaretinde yine gündeme getirildi. Daha sonra 06.10.1983'te Nauru devlet başkanı Avusturya başbakanına bir mektup yazarak Nauru'nun durumunu anlamaya davet etti. Nihayet Nauru 19.05.1989'da Divan'a başvurdu. Preliminary Objections, ICJ Reports 1992, p. 31-36, [http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/inaus/inaus\\_ijudgments/inaus\\_ijudgment\\_19920626.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/inaus/inaus_ijudgments/inaus_ijudgment_19920626.pdf) (06.03.2006).

<sup>457</sup> Merits, ICJ Reports 2001, p. 52-57, [http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/igus/igusjudgment/-igus\\_ijudgment\\_20010625.htm](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/igus/igusjudgment/-igus_ijudgment_20010625.htm) (22.02.2006).

gerçeklerine ilişkin bir değerlendirme gerekmektedir<sup>458</sup>. Ancak Komisyon Yorum Belgesinde madde metninde de geçmeyen önemli bir diğer duruma dikkat çekilmiştir. Zarar gören devletin iddiasının düştüğünü kabul etmesinin yanı sıra, sorumlu devletin ciddî şekilde zararına olacak bir gecikmenin de iddianın kabul edilemez olmasına sebep olabileceği belirtilmiştir. Yine sorumlu devletin iddianın getirilmesinde uğrayacağı bazı zararlar bakımından giderim şekli ve kapsamı için gecikmenin göz önünde tutulabileceği ifade edilmiştir<sup>459</sup>.

### III. BİR ZARARIN VARLIĞI

#### A. Genel Olarak

Devletin uluslararası sorumluluğunda temel ilkelerden biri, uluslararası hukuka aykırı bir fiil ika eden devletin, bu fiilden doğan zararı gidermesi zorunluluğudur. Nitekim USAD'ın *Chorzow Davası* ile ilgili hem 26.07.1927 tarihli yargılamasında hem de 13.09.1928 tarihli kararında bu durum açıkça belirtilmiştir. Buna göre, bir uluslararası taahhüt ihlâl edildiği zaman, yeterli bir şekilde bunu gidermek, bir uluslararası hukuk ilkesidir; dolayısıyla giderim (reparation), bir sözleşmenin uygulanmasında, bu sözleşmede yazılı olmasına gerek olmaksızın zorunlu bir tamamlayıcı (complement) koşuldur<sup>460</sup>. Yine *Korfu Boğazı Davası*na ilişkin 09.04.1949 tarihli kararında UAD, Arnavutluk'un meydana gelen zararlardan sorumluluğu olup olmadığı ve bir tazminat yükümlülüğü altında olup olmadığı sorularına karşılık olarak, ilkinde olumlu cevap verilmesi hâlinde, ikinciyi sormaya gerek kalmayacağını belirtmiştir<sup>461</sup>. İç hukukta da durum farklı değildir. Sorumluluk hukukunda tazminat borcunun doğabilmesi için, haksız fiillerde hukuka aykırı bir davranış, tehlike sorumluluğunda tipik tehlikenin gerçekleşmesi ya da olağan sebep sorumluluğunda objektif özen yükümünün ihlâli

---

<sup>458</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 45, p. 9, dn. 738.

<sup>459</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 45, p. 11.

<sup>460</sup> Jurisdiction, 1927, PCIJ Series A, No. 9, s. 21; Merits, 1928, PCIJ Series A, No. 17, s. 29.

<sup>461</sup> Merits, ICJ Reports 1949, s. 23-24.

sonucunda bir zararın doğmuş olması gerekmektedir. Zira zarar olmayan yerde hukukî sorumluluk da yoktur<sup>462</sup>.

Devletin sorumluluğunda zarar unsuru uluslararası toplumun üzerinde yoğunlaştığı en önemli konulardan biri olmuştur. Bu konu, uluslararası toplumun ortaya çıkan ihtiyaçlarına göre uluslararası hukukun tedrici gelişmesiyle (progressive development) açıklanabilir. Reuter tarafından konuyla ilgili yapılan tahlile göre bugün için zarar üç önemli dönüşümün eşliğindedir. Bunlardan ilki, risk sorumluluğu alanının gelişmesidir. İkincisi, artık özel ve ulusal sermayeler arasında daha büyük bir bütünleşmeye gidildiği için, birey tarafından uğranılan zarar, bireyin eskisine göre daha az hukukî varsayıma dayanması gereğiyle vatandaşı olduğu devletin uğradığı zarar sayılmaktadır. Üçüncüsü ise, uluslararası hukuka aykırı bir fiilin varlığı, dolayısıyla uluslararası sorumluluğun doğması için zararın koşul olarak sayılmaması yönünde gelişen eğilimdir<sup>463</sup>. Bunlardan ilki, kısmen çalışmamızın ilk bölümde “Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Olmayan Fiillerinden Dolayı Uluslararası Sorumluluğu” başlığı altında incelendi, kısmen de ikinci bölümde “Objektif Sorumluluk” başlığı altında incelenecek. İkincisi, bir yönüyle ilk bölümde “Devletler ile Yabancı Özel Hukuk Kişileri Arasındaki Uluslararası Sözleşmelerin İhlallerinden Doğan Sorumluluk” başlığı altında incelendi; ancak, bir yönüyle de sorumluluğun işletilmesi konusuna girip, çalışmamızın dışında kalmaktadır. Burada daha çok üçüncü gelişme üzerinde duracağız.

Zarar, bir kimsenin sahip olduğu bir şeyden yoksun bırakılmasıdır. Bu kimse bu şeyi ya yalnız doğal hukuk uyarınca, ya sözleşme, ya mülkiyet hakkı ya da yasalar gibi insan eliyle yapılmış bir eylemle edinmiş olmaktadır<sup>464</sup>. Burada Grotius’un bir kişinin sahip olduğu şeyler konusunda doğal hukuka özellikle gönderme yapması, hem daha önce incelediğimiz jus cogensin, erga omnes yükümlülüklerin doğması konusunda önemli bir etken olabilmiştir hem de aşağıda inceleyeceğimiz sorumluluğun doğması için zararın gerekip gerekmediği sorunu için ilk elden önemli bir noktaya dikkat çeker

---

<sup>462</sup> EREN, s. 487.

<sup>463</sup> Bkz. TANZI, s. 2.

<sup>464</sup> GROTIUS, s. 122.

niteliktedir. Zira doğal hukuktan da doğabilen bir hakkın, bir başka deyişle aykırı davranılmasına insan aklının ve doğasının tahammül edemeyeceği durumlar da zarar sayılabilmektedir.

Olağan olarak “malvarlığında meydana gelen azalma” anlamına gelen “zarar” kavramı, uluslararası sorumluluk hukukunda bir unsur olarak, özel hukukta haiz olduğu önem ve bağımsızlığa sahip olmaktan uzaktır. Devletler arasındaki münasebetlerin en esash unsuru, son bir tahlille, çok defa bu münasebetlerin temelini teşkil etse bile salt ekonomik (material; patrimonial) unsur değil, daha çok uluslararası hukuk kişilerinin şerefi, haysiyeti, manevî kıymeti gibi fikrî unsurlardır<sup>465</sup>. O hâlde bir devletin hakkının bir diğer devlet tarafından ihlâl edilmesi, maddî sonuç doğurmasa bile, hiçbir şekilde katlanılmasını zorunlu sayamayacağımız bir zarar doğuracaktır. Buna dayanarak, bir hakkın herhangi bir şekilde ihlâlüne, iddiacı devlet bakımından maddî (material) veya parasal (pecuniary) bir zarar doğurmasa bile, bir giderim yükümlülüğünün denk geldiğini söyleyebiliriz<sup>466</sup>. Anzilotti böylece zararın maddî olmayan (non-material) niteliği bakımından hukukî zarar (legal harm) terimine işaret etmiş olmaktadır. Bu görüş, uluslararası yükümlülüğün ihlâlinin yol açtığı malvarlığı zararının çok önemli olabileceği, uygulamada da sıkça bu şekilde olduğu ve maddî zararların bir hukukî zarar da içereceği iddialarıyla tartışılabilir görülebilecektir<sup>467</sup>.

Ancak örneğin, uluslararası hukukun bir devlete isnadı mümkün bir şekilde ihlâl edilmesi dolayısıyla kişilerin maruz kaldığı zararların tazmininin, sözü geçen zararların bilfiil doğmuş olması hâlinde talep edilebileceği de şüphesizdir<sup>468</sup>. Anzilotti'nin bu görüşlerinin, UHK çalışmalarında zararın ayrıca bir koşul olarak düzenlenmesinden kaçınılmasında etkisi olmuştur<sup>469</sup>. Anzilotti'nin buradaki görüşleri ikili (dualist) düzen anlayışının savunucularından olmasıyla uyum göstermektedir. Zira iç hukukta zararı giderme amacına yönelmiş sorumluluk kurumunu, uluslararası hukuk bakımından

<sup>465</sup> Nitekim Lysén'in dediği gibi pek çok olayda en iyi (par excellence) giderim aracı, resmî bir özür yoluyla tatmin sağlamaktır. (LYSÉN, s. 97-98).

<sup>466</sup> ANZILOTTI, s. 358. Ayrıca bkz. JIMÉNEZ/TANZI, s. 348.

<sup>467</sup> DUPUY, Anzilotti and Responsibility, s. 145.

<sup>468</sup> ANZILOTTI, s. 358.

<sup>469</sup> Bkz. Doc. A/CN.4/233, p. 54.

sadece zarar yönünden ele almamış; bu hukuk düzeninin sürdürülmesini de en az diğer amaç kadar konu içerisinde saymıştır.

Anzilotti'nin görüşleri, aşağıda da göreceğimiz, daha sonradan öğretilerde zararı sorumluluğun doğması açısından zorunlu koşul saymayan veya bir ihlâl durumunda zararı her halükarda zaten mevcut kabul eden görüşlerden bazı açılardan farklıdır. Örneğin Anzilotti sorumluluğu salt iki taraflı bir münasebet olarak ele aldığı için, insan haklarının, çok taraflı anlaşmaların veya erga omnes yükümlülüklerin, niteliklerine atfen, ihlâlî durumunda zarar görmüş olmanın veya bir başka deyişle zararın ortaya çıkmasının aranmayacağını ileri süren görüşlerden gerekçe noktasında ayrılmaktadır.

Bir zararın varlığı uluslararası sorumluluğun ileri sürülebilmesi için koşul olarak kabul edilse de; aksini ileri süren, herhangi bir zarara sebep olmayan uluslararası hukuka aykırı fiillerin de uluslararası sorumluluk doğuracağını savunan yazarlar olmuştur. Bu yazarlar bu yönde Birleşik Krallık-Venezuela Ortak Komisyonunun *Fransız Asfaltları Genel Ortaklığı Davasına* ilişkin 1903 tarihinde verdiği kararı örnek göstermektedirler<sup>470</sup>. Burada 2001 Komisyon Tasarısı m. 2'de belirtilen "uluslararası hukuka aykırı bir fiilin bir devlete isnad edilebilmesi" ve "ihlâlin bu devletin bir uluslararası yükümlülüğünü teşkil etmesi" koşullarının sorumluluk açısından yeterli olup olmadığı gündeme gelmektedir.

UHK raporunda,<sup>471</sup> ele alınan konulardan biri de, bir uluslararası hukuka aykırı fiilin mevcut olup olmadığı sonucuna varmadan önce "bir yükümlülüğün ihlâlî" ve "fiilin devlete isnadı" koşullarının yanı sıra bir üçüncü temel koşul olan zarar, bir başka deyişle bir devletin sübjektif hakkının zarara uğratılması üzerineydi. Buna göre, zararın varlığını zorunlu bir koşul olarak kabul eden yazarlar bulunmakla birlikte, onların "zarar" (damage) kavramını kullanmaları, yine de aynı olguya ve buna aynı yönden göndermeler yaptıklarını göstermeyebilir<sup>472</sup>. Bazen "zarar" kavramı salt ekonomik

<sup>470</sup> Aktaran, PAZARCI, Dersler III, s. 156.

<sup>471</sup> Doc. A/9010/Rev.1.

<sup>472</sup> Ago, zararın varlığını zorunlu sayan yazarların, kavramı, uluslararası düzlemde devlete verilen bir zarar olarak değil, iç hukukta bireylere (yabancılara) verilen zarar olarak ele aldıklarını belirtilmiştir. Bu

nitelikte bir zarara gönderme yapar nitelikte kullanılmaktadır. Bir zararın varlığı halinde bu, hukuka aykırı fiilin sonuçlarını, örneğin giderim şekillerini ve kapsamını, belirlemede kesin bir ölçü verebilmektedir. Ancak bu anlamda bir zararın, bir hukuka aykırı fiilin varlığı için zorunlu ve bağımsız bir unsur olmadığı açıktır. Genellikle zarar, salt ekonomik menfaatlerle ilgili olmayıp, manevî menfaatlerle de ilgili bir kavramdır. Zaten, uluslararası hukuka aykırı bir fiil için zararın varlığının zorunlu bir unsur olduğunun ileri sürülmesi, genellikle “zarar” kavramının bu anlamda kullanmasından kaynaklanmaktadır. Buradan şu sonuca varmak mümkündür, *bir devlete karşı bir uluslararası yükümlülüğün herhangi bir ihlâli, bu devleti birtakım zarar çeşitlerine maruz bırakır* (any breach of an obligation towards another State involves some kind of ‘injury’ to that other State). O halde bir uluslararası hukuka aykırı fiilde doğal olarak bir zarar bulunması, aynı zamanda bir uluslararası yükümlülüğün ihlâl edilmesi durumunda da ister istemez bulunmaktadır<sup>473</sup>. Görüleceği üzere Ago raporunda, devletin uluslararası sorumluluğuyla ilgili ikincil kurallarda zarara yer vermemekle birlikte, bu unsurun bir bakıma birincil kuralların içinde değerlendirileceğine işaret etmektedir. Adı geçen Komisyon raporunda önerilen 3. maddede, 2001 Komisyon Tasarsısı m. 2 benzeri bir hüküm getirilmiştir. Buna göre, bir hareket veya ihmalden meydana gelen davranış uluslararası hukukta devlete isnad edilebilirse ve davranış devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlâlini teşkil ederse bir uluslararası hukuka aykırı fiil bulunmaktadır. Burada Komisyon zarar unsuruna yer vermemeyi tercih etmiştir.

---

bağlamda zarar unsuruna verilen önem, devletin sorumluluğunun salt yabancılara verilen zararlar çerçevesinde ve sorumluluğa ilişkin kurallar ile yabancılara yönelik davranışlara ilişkin kuralların birlikte düşünülmesinden kaynaklanmaktadır. Esasında devletin yabancılara yönelik temel yükümlülüğü, onlara zarar vermemek ve onlara zara verilmesine izin vermemektir. Eğer yükümlülük böyle ise, yabancının bir zararı olmaksızın, bir yükümlülüğün ihlâlinden de söz edilemeyecektir. (Doc. A/CN.4/246 and Add.1-3, Third Report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility, 23rd Session of the ILC (1971), p. 73, [http://untreaty.un.org/ilc/-/documentation/english/a\\_cn4\\_246.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/-/documentation/english/a_cn4_246.pdf) (31.03.2006)).

<sup>473</sup> Doc. A/9010/Rev.1, m. 3. p. 12. Zarar aranmaksızın kurulacak bir sorumluluk kurumunun teorik olmaktan öteye geçemeyeceğini ve bir iddia getirmenin ileri süren Komisyon üyesi Mr. Sette Camara'nın görüşleri için bkz. YILC 1973, Vol. I, 1205th meeting (14.05.1973), p. 40-43. Yine Komisyon üyesi Reuter, aynı oturumda, uluslararası sorumluluk için zararın varlığını koşul olarak saymamasına rağmen, Ago'nun da bunun dışında kalan diğer koşullarla sorumluluk kurmanın her zaman mümkün olmadığını benimsediğini ve örneğin, özel kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk durumlarında zararın ayrıca hesaba katılması gereken bir unsur olduğunu kabul ettiğini belirlemiştir. (Bkz. YILC 1973, Vol. I, 1205th meeting, p. 50). Reuterin demek istediği, Ago, zararı zorunlu koşul saymamasına rağmen, zarar olmadan sorumluluğun doğmayacağı hallerin varlığını da kabul etmektedir.

Yukarıdaki raporda geçen görüşten ayrı görüşte olan Jiménez de Aréchaga, belirli bir davranışın hukuka aykırı olmasını, onun diğer uluslararası hukuk kişilerine getireceği olası zararlara dayandırmaktadır. Zira uluslararası hukuka aykırı fiil için bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli gerekli olmakla birlikte, yeterli değildir. Fiilin kendisine bağlandığı devlet ile iddia sahibi devlet arasında sorumluluk bağlamında otomatik bir bağ oluşturmak için ek bir koşul gereklidir; bu da, iddia sahibi devlet tarafından uğranılan bir zararın varlığıdır. Burada zararın gerekliliği birincil kuralların bir parçası olmayıp, zararın varlığı diplomatik veya yargısal düzlemde gündeme geleceği için, ikincil kurallarla ilgilidir. Dolayısıyla bir devletin bir hukuka aykırı fiilinden ötürü ancak bir diğerinin zarara uğraması durumunda sorumluluğu olacaktır. Yazara göre zararın gerekliliği, “hiçbir kişinin hukukî nitelikte bir menfaate sahip olmaksızın bir dava ileri süremeyeceği” temel hukuk önermesinden (fundamental legal postulate) türemektedir<sup>474</sup>. Bu bakımdan yazara göre devletler, herhangi bir diğer devletin her ihlâli veya aykırılığı için giderim arama konusunda havada asılı haklara (floating rights) sahip değildir<sup>475</sup>.

Schachter’e göre, bir iddiayı sürdürmek için bir hukukî menfaatin bulunması gerekir ve çoğu olayda böyle bir hukukî menfaat, ancak ihlâl bir zarara yol açmışsa mevcut olmaktadır. Yine de burada bir yükümlülüğün niteliği açısından bir ayırım yapılması gerekmektedir. İlkin, bir devletin kendi vatandaşlarına karşı, özellikle insan hakları ve iş standartları konularında, andlaşmalarla üstlendiği yükümlülüklerini ihlâl etmesi durumunda, sözleşmenin diğer tarafları açısından, onlar ihlâlden özel olarak etkilensin veya etkilenmesin, maddî olmayan bir zarar doğduğu kabul edilmelidir. İkinci bir ayırım, “erga omnes” yükümlülüklerle ilgilidir<sup>476</sup>.

Uluslararası suçların (international crimes) gerektirdiği “erga omnes” nitelikli temel yükümlülüklerin ihlâl edilmesi durumunda, ihlâlle etkilenen uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve temel insan hakları konularında bütün devletlerin hukukî

---

<sup>474</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 349.

<sup>475</sup> Bkz. SCHACHTER, s. 206.

<sup>476</sup> SCHACHTER, s. 206.

menfaati bulunmaktadır. Bu durumlarda devletlerin bir maddî zarara uğraması ya da ihlâlin doğrudan mağduru olması da gerekmemektedir. İhlâlin doğrudan mağduru olmayan devletlerin giderim hakkı, hukuka aykırı fiilin kendisine isnad edildiği tarafın ihlâline son vermeye ve statükoyu tesis etmeye yarayacak önlemleri almak şeklindedir. Maddî ve manevî zararlar için tazminat hakkı sadece ihlâlin doğrudan mağduru olan devlete aittir<sup>477</sup>.

Tanzi burada zararın maddî veya manevî olmasına bakmaksızın uluslararası bir yükümlülüğün ihlâlinin bir sonucu olarak “hukukî zarar” (legal damage) kavramını kullanmaktadır. Ona göre, bir devletin ihlâl ettiği herhangi bir uluslararası yükümlülüğü bir diğ erinin sübjektif bir hakkına karşılık geldiği için, hukukî zarar sadece bir uluslararası hukuk kişinin hukuk tarafından korunan hakkının (legal right) tecavüzü olarak tanımlanmalıdır. Bu bakış açısından bir kişinin bir menfaatinin ihlâli bu özne için bir zarara yol açar. Sübjektif hak bir öznenin somut menfaatlerine hukuk düzeni tarafından verilen bir hukukî koruma olduğu için, bu korumanın herhangi bir şekilde ihlâl edilmesi bir maddî veya manevî zarar olmasına bakılmaksızın, bir zararın varlığını gerektirir<sup>478</sup>. Lysén’e göre de tartışılan konu, uluslararası sorumluluğun aralarında nedensel bir bağ bulunan yükümlülüğün ihlâli ve zarar unsurlarının birleşmesinden mi kaynaklandığı yoksa sorumluluğun zarara bakmaksızın mı mevcut olduğu üzerinedir. Bu ikinci durumda, ihlâlin kendisi zarar ortaya çıktığını kabul etmek için yeterlidir. Burada maddî ve manevî zarardan ayrı olarak hukukî zarar kavramı gündeme gelir. Bu kavramla devletin onuruna, saygınlığına, egemenliğine verilen zararlara gönderme yapılmaktadır<sup>479</sup>.

Pek çok yazar giderimin ölçüsü olarak maddî ve manevî zararları ele almaktadır. Manevî zararın uluslararası hukuka aykırı bir fiilin varlığı için yeterli koşulu oluşturduğu konusunda bir genel uzlaşma bulunsa da, “manevî zarar” ifadesinin salt bir devletin egemenliğine açık bir saldırı bulunması durumları için mi yoksa salt hukuk tarafından

---

<sup>477</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 349.

<sup>478</sup> TANZI, s. 8.

<sup>479</sup> LYSÉN, s. 97.



korunan bir hakkın ihlâli anlamında mı kullanıldığı açık değildir. Jiménez, devletler arası ilişkilerde bir maddî veya parasal niteliğin bulunmasının zorunlu olmadığı düşüncesiyle, uluslararası hukuka aykırı bir fiilin, bu nitelikler dışında “maddî olmayan” (non-material) menfaatlere de zarar verebileceğini belirterek, “manevî zarar” kavramından daha geniş olan “maddî olmayan zararlar”ın da (non-material damage) yeterli bir giderimle düzeltilmesini önermiştir. Bu bakımdan Jiménez’e göre tatmin (satisfaction), devletin kişiliğine gelen maddî olmayan zararların veya manevî zararların bir giderim şekli olarak kabul edilmiştir<sup>480</sup>.

Tanzi, hukukî zarar ile manevî zarar ayrımının, her iki zarar türünün niteliğinin maddî olmaması, uluslararası hukukta büyük öneme sahip olması ve tatmin kurumu içinde çözülmeye çalışılması dolayısıyla karışıklığa yol açabileceğini belirtmiştir. Dahası uluslararası uygulama da geleneksel manevî zarara gönderme yaparak, bu karışıklığı gidermeye katkı sağlamamıştır<sup>481</sup>.

Lysén’e göre, bir zarar bulunmamasına rağmen, bir yükümlülük ihlâl edilmiş olabilir, fakat bu, uluslararası sorumluluğu katı anlamda (stricto sensu) gerektirmez. Ancak bu durum buradaki ihlâlin hiçbir malîyeti olmadığı anlamına da gelmez. Dahası bir zarar varsa bile, diplomatik görüşme yolu saklı olmak üzere, herhangi bir çözüm de bulunmayabilir<sup>482</sup>.

2001 Komisyon Tasarısında “zarar” kavramına uluslararası hukuka aykırı bir fiilin varlığı için koşul olarak yer verilememesine rağmen, onun Yorum belgesinde, böyle bir koşulun gerekli olup olmadığının ana yükümlülüğün içeriğine bağlı olduğu ve bu noktada genel bir kural bulunmadığı belirtilmiştir. Örneğin “birörnek” (uniform) bir hukuk düzeni getirmeyi amaçlayan bir andlaşmanın<sup>483</sup> gereğinin yerine getirilmemesi durumunda, andlaşmaya taraf diğer herhangi bir devletin özel bir zarar görmesi gerekli değildir. Böyle bir yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınılmasının derhal bir ihlâl teşkil

---

<sup>480</sup> TANZI, s. 8-9.

<sup>481</sup> TANZI, s. 9.

<sup>482</sup> LYSÉN, s. 58-59.

<sup>483</sup> Buna yasa-andlaşma denmektedir (Bkz. SUR, s. 20).

edip etmediği ve başka şartların gerekip gerekmediği konusunda yine belirleyici unsur ana yükümlülüğün içeriğine ve yorumuna dayanır<sup>484</sup>.

Nitekim Cassese, yaptığı “olağan sorumluluk” (ordinary responsibility) ve “ağırlaştırılmış sorumluluk” (aggravated responsibility) ayrımıyla, sorumluluğa yüklenen bazı yeni anlamlara göre, herhangi bir maddî ya da manevî zarar doğmadan da sorumluluğun doğabildiğine dikkat çekmiştir. Komisyon çalışmalarında da belirtildiği gibi, insan haklarıyla veya ILO sözleşmeleriyle ilgili erga omnes yükümlülüklerin düzenlendiği andlaşmalarda hiçbir maddî veya manevî zarara gerek olmaksızın taraf devletler ilgili yükümlülüklerini ihlâl etmeleri halinde sorumlu tutulabilmektedir. Yazar sorumluluğun türleri hakkında seçtiği ayırımından yola çıkarak, olağan sorumluluk durumlarında ve en azından uluslararası örf ve âdete göre zararın hukuka aykırı fiilin zorunlu bir unsuru olduğunu, ancak ağırlaştırılmış sorumluluk hallerinde böyle bir mutlak koşulun bulunmadığını belirtmiştir. İlk duruma delil olarak devlet uygulamaları da örnek gösterilmiştir. Nitekim olağan sorumluluk, zarar gören devlet ile hukuka aykırı fiili ika eden devlet arasında doğan ve genelde zarar gören devletin giderim isteme hakkının olduğu bir yeni ilişkidir<sup>485</sup>.

## **B. Değerlendirme**

Dikkat edilirse zararın zorunlu koşul olarak ele alınmaması, daha çok sorumluluğu işleten, giderim arayan devletin doğrudan zarar görmemesinin zorunlu olmadığı düşüncesine dayanmaktadır. Nitekim 2001 Komisyon Tasarısı m. 48’de “zarar gören devletin dışındaki devletlerin sorumluluğa başvurması” konusu düzenlenerek, bunun artık teorik bir temel bulduğunu söyleyebiliriz. Yine uygulamada da, özellikle erga omnes yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin içerisinde yer alan jus cogens kuralların ihlâl edilmesi durumunda, sorumluluğa başvuracak devletin zarar gören devlet olmasına gerek bulunmayabilmektedir<sup>486</sup>. Zira erga omnes yükümlülüklerle ya belirli bir

---

<sup>484</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 2, p. 9.

<sup>485</sup> Bkz. CASSESE, s. 252.

<sup>486</sup> Örneğin, USAD *Wimbledon Davası*na ilişkin tarihli kararında Kiel Kanalına ilişkin Versay Barış Andlaşması hükümlerinin yerine getirilmesinde davacı devletlerin her birinin menfaati bulunmaktadır. Bu

devletler grubunun ya da uluslararası toplumun bütününün bir düzen içinde tutulması amaçlanır. Bu sebeple bu yükümlülüklerin ihlâli, her şeyden önce adına “hukukî zarar” demenin uygun olabileceği, bu düzenin bir arada tutulması veya huzuru üzerinde bir etki taşıyacaktır. Bu etkiye de bir zarar demek mümkün gözükmemektedir. *Sorumluluğun işletilmesi dışında, sorumluluğun doğması bakımından ise, zararın genel olarak bulunması kanımızca gereklidir. Ancak burada zarardan ne anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır. Biz, zarar olgusunu, Komisyon Tasarısına da uygun şekilde, ihlâl edilen yükümlülüğün içeriğinde aramanın doğru olacağını düşünmekle birlikte, geniş anlamda ele alınması gerektiği belirtmeliyiz. Bu bakımdan salt bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlinin, doğasında bulunan, diğer devletler üzerindeki etkisinin de zarar olarak nitelendirilebileceğini düşünmekteyiz.* Bazen tek taraflı uluslararası hukuk işlemlerinden sayılan bazı beyanların da, *Nükleer Denemeler Davası*ndaki gibi,<sup>487</sup> bir uluslararası yükümlülük üstlenme olarak sayılabildiği ve bu beyanlara uygun davranılması konusunda uluslararası toplumda doğan beklentinin, devletlere ilgili beyanlarla yaratılan yükümlülüğe uyulmasını isteme hakkı verebileceği belirtilmiştir. O halde bu konunun yine devletin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ancak geniş anlamda ele aldığımız zararın bulunduğu her durumda, sorumluluğun doğmayabileceği ayrıca belirtilmelidir.

Sorumluluk temelde yükümlülük ihlâli üzerine doğan yeni bir hukukî münasebetse, bir devletin, yükümlülüğünü ihlâl eden devletten yükümlülüklerini yerine getirmesini veya eski durumun iadesini talep edebilmesi de bir sorumluluk münasebetinin varlığına işaret eder niteliktedir. O halde Komisyonun bir zararın varlığını sorumluluğun doğması için zorunlu saymamasını, her ihlâl durumunda bir zararın olabileceği ve bunun sorumluluğa yol açabileceği düşüncesine dayandırabiliriz. Anzilotti'nin uluslararası hukukta zararın, iç hukuk düzenlerindeki nisbette önemli

---

sebeple davacı devletlerin, onlar herhangi bir parasal zarara uğramamış olsalar bile, işbu Andlaşmanın m. 380-386 bakımından koşulların herhangi bir ihlâli durumunda veya bu maddelerin yorumlanması gibi uyuşmazlıklar olduğunda, ilgili herhangi bir devletin Milletler Cemiyeti aracılığıyla yargılama sağlanmasına başvurabileceğine ilişkin 386. madde kapsamına girdiğini belirtmiştir. (PCIJ Series A, No. 1, s. 20).

<sup>487</sup> Karar için bkz. GÜNDÜZ, s. 180 vd.

olmadığına dikkat çekmesini bu bakımdan anlamlı bulmaktayız. Ayrıca yükümlülüğün ihlâlinin doğası gereği diğer kişiler üzerinde doğuracağı etkinin, salt bir menfaat üzerinde değil, hukuken korunan bir menfaat (hak) üzerinde olması durumunda zarar olarak nitelenebilmesi gerekir. Bir başka deyişle uluslararası hukuk kişilerinin salt menfaatlerinin zarara uğraması da sorumluluğu gerektiren bir koşul oluşturmaz. Bu son mesele, aşağıda “Hak ve Menfaat” başlığı altında daha ayrıntılı incelenecektir.

### C. Zarar Kavramıyla İlgili Sınıflamalar

#### 1. Genel Olarak

İç hukuk öğretisinde ve uygulamasında zarar, “geniş anlamda zarar” ve “dar anlamda zarar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>488</sup>. Dar anlamda zarar, teknik anlamdaki maddî (mamelekî) zararı ifade etmektedir. Burada bir kimsenin malvarlığında rızası dışında bir azalma meydana gelmektedir. Mağdur göreceli olarak yoksullaşmıştır<sup>489</sup>. Uluslararası hukukta da buna paralel olarak zararı, uluslararası hukuk kişilerinin haklarının bulunduğu alanda meydana gelen eksilme olarak tanımlayabiliriz<sup>490</sup>.

Geniş anlamda zarar ise kişinin malvarlığında uğradığı zararlarla birlikte şahıs varlığında, başka bir deyişle manevî varlığında uğradığı zararı da kapsamaktadır. Manevî zararda, bir kişinin kişilik haklarına yöneltilen haksız bir tecavüz dolayısıyla duyduğu cismani ve manevî acı, ıstırap, hayat zevklerinde bir azalma söz konusudur<sup>491</sup>. Görüleceği üzere, maddî zararda “malvarlığında azalma meydana gelmesi” durumuna koşut olarak manevî zararda kişinin “rahatında azalma” meydana gelmektedir<sup>492</sup>. Böylece geniş anlamda zarar her ikisini kapsayacak şekilde, hukuken korunan maddî ve

---

<sup>488</sup> EREN, s. 487.

<sup>489</sup> TANDOĞAN, s. 63; DESCHEANUX Henri/TERCIER Pierre, Sorumluluk Hukuku, Çev. Salim ÖZDEMİR, Ankara 1983, s. 14, 19.

<sup>490</sup> BOZKURT, s. 264.

<sup>491</sup> TANDOĞAN, s. 63.

<sup>492</sup> DESCHEANUX/TERCIER, s. 14.

manevî varlıkların, bunlara yapılan bir tecavüzün vukuundan önceki ve sonraki hâlleri arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır<sup>493</sup>.

Zarar kavramını hem maddî hem de manevî zarar kavramlarını kapsayacak şekilde kullanmayı tercih etmekle birlikte, özellikli kavramları yeri geldikçe somut olaydaki zararı nitelemede kullanacağız. Zira uluslararası hukuka aykırı fiillerin neticesinde çoğu kez devletlerin manevî kıymetlerinin ve dolayısıyla uluslararası hukuk düzeninin ihlâlinin söz konusu olması itibariyle, manevî zararların maddî zararlar kadar önemli olduğunu söylemek yanlış olmayacak ve zarar kavramını “vuku bulan bütün zararın tazmin edilmesi ilkesi”<sup>494</sup> gereği de geniş anlamda ele almak da yerinde olacaktır.

UAD Statüsü m. 36/2(d)’ye göre, Divanın Statüsünün bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlinin gerektirdiği tazminatın niteliğini ve kapsamını belirlemek amacıyla kabul edilebileceği belirtilmiştir. Tazminata hükmetme yetkisine sahip olan Divanın karşılaşılan olayda ortaya çıkan zarar çeşitlerini belirlemesi de gerekecektir. Çünkü örneğin maddî zararlar daha çok para tazminatını gerektirirken, manevî zararlar için üzüntünün belirtilmesi, özür dilenmesi, bir devletin onurunun zedelendiği durumlarda o devletin bayrağına selam verilmesi ya da sorumluluğu doğuran olaya yol açan kamu görevlisi hakkında iç yaptırımlara gidilmesi gibi tatmin yollarını gerektirir<sup>495</sup>. Bu sebeple bu sınıflamaların bir kısmına değinmekte fayda görmekteyiz.

## 2. Maddî Zarar ve Manevî Zarar Ayrımı

Daha önce de belirttiğimiz gibi, maddî zarar, kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Malvarlığı, ekonomik bir değeri olan, parayla ölçülebilen hukukî değerlerin bir bütünü olup, aktif ve pasif unsurlardan oluşur.

---

<sup>493</sup> TANDOĞAN, s. 63.

<sup>494</sup> Bkz. 2001 Komisyon Tasarısı m. 31/1’de, “Sorumlu devlet uluslararası hukuka aykırı fiilin yol açtığı zarar için tam bir giderimde bulunma yükümlülüğü altındadır.” hükmü getirilmiştir. Grotius da bu ilkeye işaret etmiştir. Ona göre, zararlı bir fiilden sorumlu olan, bu fiil yüzünden ortaya çıkan bütün sonuçlardan sorumludur. (GROTIUS, s. 124).

<sup>495</sup> Zararın giderilmesi yolları için bkz. SUR, s. 251-252.

Malvarlığının pasif yönü, borç ve mükellefiyetlerden ibarettir. Bu hâlde azalma kavramı da aktiflerin azalması veya negatif kutup olan pasiflerin artması şeklinde belirmektedir<sup>496</sup>.

Maddî zarar, fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr (kâr mahrumiyeti) olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlardan ilkinde zarar görenin hâlihazırda sahip olduğu şeyler azalırken; ikincisinde sahip olabileceği şeyler azalmaktadır. Bir başka deyişle maddî zarar, malvarlığının aktifinin artmasının ya da pasifinin azalmasının önlenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>497</sup>. Bu ikinci durumda malvarlığının zarar verici fiilden önceki durumuyla sonraki durumu arasında bir değişiklik olmamakla beraber, zarar verici fiil olmasaydı malvarlığında bir artış meydana gelecekti, diyebiliriz<sup>498</sup>.

Manevî zarar ise, bir kişinin iradesi dışında, kişiliğini oluşturan hukukî değerlerinde meydana gelen azalmayı ifade eder<sup>499</sup>. Bu kişilik değerleri iç hukuk kişileri için hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, resim, haysiyet, ticari itibar gibi değerlerken; uluslararası hukuk kişileri için egemenlik, ülke bütünlüğü, iç işlerine karışılmaması, bağımsızlık, kara ve deniz sınırlarının veya hava sahasının güvenliği, uyruklarının korunması, temsilcilerine saygı, isim, bayrak, marş ve benzeri ulusal değerler olabilecektir.

Uluslararası hukukta “manevî zarar” kavramı belirsizlikler içermesine rağmen, bir devletin onurunun (honour) ve saygınlığının (dignity) hiçe sayılması (slight) dolayısıyla ortaya çıkan zararların bu türden olduğu söylenebilir<sup>500</sup>.

Uluslararası mahkeme kararları 20. yüzyılın başlarına kadar yalnızca verilen maddî zararları uluslararası sorumluluk nedeni olarak kabul etmiştir. Örneğin, 31.07.1905’te hakem Ralston, önüne gelen bir uyuşmazlıkta “duygular ölçülebilir

---

<sup>496</sup> EREN, s. 488-489.

<sup>497</sup> EREN, s. 491-494.

<sup>498</sup> TANDOĞAN, s. 65.

<sup>499</sup> EREN, s. 498.

<sup>500</sup> Doc. A/9010/Rev.1, m. 3, p. 12; CASSESE, s. 252.

değildir ne bolivar olarak ne de sterlin olarak” demektedir<sup>501</sup>. Ancak 01.11.1923 tarihli kararıyla *Lusitania Davasında* Birleşik Devletler-Alman Karma İddialar Komisyonu, bir Amerikan gemisinin bir Alman denizaltısı tarafından batırılmasında ölen kişilerin yakınlarının acılarından ve üzüntülerinden kaynaklanan manevî zararları da göz önünde tutmuştur<sup>502</sup>. O tarihten bu yana manevî zararları uluslararası sorumluluk kapsamında değerlendiren birçok uluslararası mahkeme kararlarına rastlanmaktadır<sup>503</sup>.

*Korfu Boğazı Davasında*, UAD önünde Arnavutluk Hükûmeti, Britanya harp gemilerinin, kendi rızası olmaksızın mayın temizleme faaliyetine “operation retail” girişmiş olmalarının egemenliklerine ihlâl teşkil ettiğini ileri sürmüştü. Divan huzurunda Arnavutluk Hükûmeti’nin müşaviri (conseil), “Fransız mahkemeleri önünde olsaydık bir frank tazminat talep ederdik. Burada istediğimiz, egemenliğimizi ihlâl eden politikanın, yani kuvvet politikasının, hukuk bakımından, Divan tarafından kınanmasıdır.” demiştir<sup>504</sup>. UAD da bu yönde kanaat getirmiştir. Ortada maddî bir zarar olmadığına göre bu manevî zararın tarziyeyle telafisi gerekmektedir. Divan, Arnavutluk’un egemenliğinin Büyük Britanya tarafından ihlâl edilmiş bulunduğunu tespit ve beyan etmenin kendisinin uygun bir tarziye (appropriate satisfaction) olduğuna ittifakla karar vermiştir<sup>505</sup>.

---

<sup>501</sup> Aktaran, ERKİNER Hakkı Hakan, *Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Kaynağı ve Sonuçları* (Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonunun Çalışmaları ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002, s. 41. Bu yönde zikredilen bazı kararlar için bkz. AMERASINGHE, s. 56, dn. 1. İç hukukta da, manevî zarar ancak, “mağdurun objektif olarak kişilik haklarının saldırıya uğraması” objektif unsurunun ve “saldırının mağdur tarafından hissedilmesi” subjektif unsurunun bir arada gerçekleşmesi koşuluyla ortaya çıkacaktır. Bu subjektif unsurun da gerçek kişilere özgü bir durum olduğu ve bu sebeple tüzel kişilerin manevî tazminat isteminde bulunmalarının olanaksız olduğu da ileri sürülmüştür. (DESCHEANUX/TERCIER, s. 25).

<sup>502</sup> Bu kararda hakem, bedensel zararlar gibi, zihinsel veya manevî zararların da göz önünde tutulacağına tereddüt olmadığını belirterek, uluslararası hukukta zarar gören bir kişinin manevî zararlarının da uygun şekilde giderilmesi gerektiğine karar vermiştir. Buna göre manevî zarar için giderim, *Lusitania* adlı gemiyle batan kişinin anne ve babasına karşı yapılacaktır. (Aktaran, AMERASINGHE, s. 55).

<sup>503</sup> Aktaran, PAZARCI, Dersler III, s. 158.

<sup>504</sup> ÇELİK, Mesuliyet, s. 78.

<sup>505</sup> Merits, ICJ Reports 1949, s. 36.

### 3. Hak ve Menfaat Ayrımı

Uluslararası sorumluluk, ancak uluslararası hukukun koruduğu bir hakka ilişkin zarar meydana gelmesi durumunda mümkündür. Bir hak oluşturmayan ya da doğrudan veya dolaylı menfaatlere verilen zararlardan dolayı uluslararası sorumluluk ileri sürülemez<sup>506</sup>. Bu bakımdan uluslararası ahlâk veya nezaket kurallarına (comitas gentium) aykırı bir davranış, dostça olmayan bir hareket olarak nitelenebilir, devletler arası ilişkileri olumsuz etkileyebilir; ancak uluslararası sorumluluk doğurmaz<sup>507</sup>. Daha genel bir deyişle her zarar uluslararası sorumluluk doğurmamakta, zarara yol açan fiilin uluslararası hukuka aykırı olup olmaması sorumluluk için belirleyici olmaktadır.

Aslında hak ve menfaat ayrımındaki temel mesele, bir hukuka aykırılığın bulunup bulunmadığıdır. Zira uluslararası sorumluluk kurumuyla, bir hakka dayanmayan, salt bir menfaatin zarara uğratılmasının değil; bir hakkın ihlâli neticesinde ortaya çıkan zararın tazminini öngörülmektedir. Hak, en yalın ifadesiyle, “kullanılması kişinin iradesine bağlı hukuk tarafından korunan menfaatlerdir”. Buna göre, hak kavramının bir menfaat içerdiği açıktır. Ancak, bir menfaatin “hukuk tarafından korunması” unsurunda hak kavramının ayırt edici özelliği belirlemektedir. Uluslararası hukukta bir hakkın kaynağı, uluslararası hukukun kaynaklarına karşılık gelmektedir. Hak, pozitif manada bir andlaşmadan, örf ve âdet kuralından, hukukun genel ilkelerinden doğabilecektir. “Uluslararası hukukun koruduğu menfaatler” de, bir başka deyişle “uluslararası hukukun koruduğu haklar” da, genel olarak bunlardan meydana gelir.

Bir devletin menfaatlerine zarar verilmesi, bu zararı getiren fiili yapan devletin sorumluluğunu her zaman gerektirmez. Çünkü herhangi bir zarara sebep olmak muhakkak bir uluslararası hukuka aykırılığın olduğunu göstermez. Özellikle mefaaf

---

<sup>506</sup> Le FUR, s. 198; PAZARCI, Dersler III, s. 155.

<sup>507</sup> MERAY, Devletler, s. 78; AVCI, s. 66-67; PAZARCI, Dersler III, s. 152; PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri I, Ankara 2004, (Dersler I), s. 9-10.



kavramı geniş anlaşılmaktaysa, zarar tamamen hukuka uygun bir fiilden kaynaklanmış olabilir<sup>508</sup>.

Hukukî menfaat (legal interest) sorunu, vatandaşlarının kişiliklerine veya mallarına verilen zararlar dolayısıyla devletin getirdiği iddialarda sıkça ortaya çıkmıştır. Bir devlet tarafından, bir diğer devletin vatandaşlarının haklarının (rights) uluslararası hukukun aykırı şekilde ihlâl edilmesi durumunda, bu ikinci devletin hukukî bir menfaate sahip olduğu kabul edilir. Vatandaşların hakları ve menfaatleri arasındaki ayrımın önemine UAD ve diğer uluslararası mahkemeler tarafından da işaret edilmiştir. Örneğin UAD, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Davası*na ilişkin 05.02.1970 tarihli kararında, sadece bir menfaatin etkilenmesinin değil ancak, bir hakkın ihlâlinin sorumluluğu gerektirdiğini belirtmiştir. Buna göre, ihlâl edilen bir hak ve zarar verilen bir menfaat arasındaki fark, mevcut durumdan kolayca ortaya çıkmayabilir. Bir durumun hangi kategoriye girdiği bir hukuk meselesi olup, bunun tespiti mahkemeler veya kural koyucular tarafından yapılır<sup>509</sup>.

Zarar, uluslararası hukuka aykırı fiillerden doğan sorumluluk kurumunda, olsa olsa bir yükümlülüğün ihlâline bağlı olarak değerlendirilmelidir. Bir yükümlülük genelde bir diğerinin hakkına karşılık geleceği için, genel olarak ancak hakların zarara uğratılması sorumluluğa yol açabilecektir. Ancak daha önce de incelediğimiz gibi, zararı bir uluslararası sorumluluğun doğması için her zaman zorunlu unsur olarak saymanın çok doğru olmayacağı da göz önünde tutulursa, genel olarak sadece menfaat ihlâllerinin sorumluluk gerektirmediği, hak ihlâllerinin ise genel olarak sorumluluk gerektirdiği söylenmelidir.

---

<sup>508</sup> TUNKIN, s. 383.

<sup>509</sup> Bkz. SCHACHTER, s. 206.

#### 4. Doğrudan Zarar ve Dolaylı Zarar Ayrımı

Doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımı, illiyet bağı esas alınarak yapılan bir ayrımdır. Buna göre zarar verici olayın uygun sonucu olan her zarar doğrudan zarar, diğerleri ise dolaylı zarar olarak nitelenmektedir<sup>510</sup>.

Uluslararası sorumluluk doğuran zarar, uluslararası hukuka aykırı fiilin doğrudan sonucudur. Genellikle kabul gören görüşe göre doğrudan zarar, uluslararası hukuka aykırı fiilin zorunlu, kaçınılmaz sonucudur. Dolaylı zarar ise, doğrudan zararlara bağlı olarak ortaya çıkan ikincil zararları ifade eder<sup>511</sup>. Grotius'un ifadesine göre doğrudan zarar, bir kişiyi özel bir hakkı olduğu şeyden mahrum bırakmak anlamına gelir. Eğer zarara sebep olan fiil yapılmamış olsaydı, o kişi bir şeye sahip olacaktı ancak, bu fiilin yapılması sebebiyle o kişinin o şeye sahip olması olanağı ortadan kalkmışsa, dolaylı zarar bulunmaktadır<sup>512</sup>.

Birleşik Devletler ile Birleşik Krallık arasındaki 1872 tarihli *Alabama Davasında* hakemlik mahkemesi, İngiltere tarafından silahlandırılan ve Güneylilere satılan Alabama gemisinin ABD'ye ait gemileri batırmasını doğrudan zarar kabul ederken; dolaylı olarak ortaya çıkan gemi sigorta fiyatlarının ve yük taşıma ücretlerinin artmasını dolaylı zarar olarak görmüş ve uluslararası sorumluluk dışında tutmuştur<sup>513</sup>.

Aslında bu ayırım nedensellik bağı esas alınarak yapıldığı için pratikte genelde bir anlam taşımayacaktır. Nitekim *Life Insurance Davasında* (1924) Almanya-Birleşik Devletler Karma Hakem Mahkemesi, Almanya'ya isnad edilen fiil ile şikayet olunan zarar arasında kesilmez bir bağ olduğundan zararın doğrudan ya da dolaylı olmasının önemsiz olduğunu belirtmiştir<sup>514</sup>. Bu bakımdan nedensellik bağının incelenerek, ileride nedensellik bağı başlığı altında da inceleyeceğimiz gibi, uygun illiyetin varlığı sorumluluğun doğması için yeterli olacaktır.

---

<sup>510</sup> TANDOĞAN, s. 70; EREN, s. 495.

<sup>511</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 155.

<sup>512</sup> GROTIUS, s. 154.

<sup>513</sup> Aktaran, PAZARCI, Dersler III, s. 155-156.

<sup>514</sup> Aktaran, BOZKURT, s. 267, dn. 401.

## 5. Uluslararası Hukuk Kişisine Doğrudan ya da Onların Vatandaşları ve Görevlileri Üzerinden Verilen Zararlar

Uluslararası sorumluluğa neden olan zararlar, ilkin bir uluslararası kişinin doğrudan gördüğü zararları ifade etmektedir. Bunlar, yukarıda da incelendiği gibi maddî zararlar olabileceği gibi, manevî zararlar da olabilmektedir. Ancak uluslararası hukukta uluslararası kişilerin vatandaşlarının (devletler için) ve görevlilerinin (uluslararası örgütler için) gördükleri zararlar nedeniyle de sorumluluk kabul edilmektedir. Vatandaşların ve görevlilerin gördükleri zararlar dolayısıyla onların bağlı olduğu devletin veya örgütün bir tür manevî zarar gördüğü düşüncesi uluslararası uygulamada en çok rastlanan gerekçeyi oluşturmaktadır<sup>515</sup>. Ancak örneğin insan hakları sözleşmelerinin veya uluslararası iş sözleşmelerinin ihlâl edilmesi durumunda ihlâl, sözleşmenin diğer tarafları açısından genellikle ekonomik bir zarar doğurmadığı gibi, hatta onlar için manevî bir zarara da yol açmaz. Ancak bunların ihlâli yine de açıkça bir uluslararası hukuka aykırı fiil oluşturur<sup>516</sup>.

Geleneksel uluslararası hukuk teorisine ve uygulamasına göre, salt devletler uluslararası hukukun öznelere olduğu için, uluslararası alanda devletlerin dışında iddia getirme hakkı başka hiçbir öznedede yoktur. Devlet de uyruklarının gördükleri zararlardan ötürü, onların hakkını sağlamak amacıyla, zararı kendi hakkı olarak ileri sürmektedir<sup>517</sup>. Bu konu artık diplomatik koruma kurumuyla ilgili olup, çalışmamızın dışında seyretmektedir. Burada şu kadarı söylenmelidir ki, uluslararası hukukta uyrukların yabancı ülkede korunması, dünyada ekonomik münasebetlerin aldığı şekil üzerine gelişmiştir. Gerek devletlerin birbirleriyle, gerek fertlerin birbirleriyle ve gerekse devletlerin yabancılarla giriştikleri münasebetler sonsuz şekilde çoğalmıştır. Fertler yabancı memleketlere sermaye yatırmakta veya dış ülkelerde çalışmakta veya çeşitli

---

<sup>515</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 158.

<sup>516</sup> Doc. A/9010/Rev.1, m. 3, p. 12. Bu son durumda uluslararası sorumluluğa ilişkin genel ilkelerin dışında öngörülen bazı özel koruma mekanizmaları önünde, örneğin AİHD önünde veya ICSID Hakemliğinde, bireylerin veya tüzel kişilerin doğrudan iddia getirme hakkı düzenlenebilmektedir. Sorumluluktaki genel ilkelere göre ise, böyle bir bireyin doğrudan iddia getirme hakkı bulunmaz.

<sup>517</sup> GARCÍA-AMADOR, s. 341-342.

sebeplerle buralarda bulunmaktadır. Gerçek anlamda diplomatik korumanın bu etkenlerle 19. yüzyılda gelişmeye başladığı söylenebilir<sup>518</sup>.

#### IV. KUSUR

##### A. Genel Olarak

Bir devletin fiilleri, kasdî (intentional) olsun olmasın diğer devletlere, onların saygınlığı ve prestiji dâhil, çeşitli zararlara yol açabilir<sup>519</sup>. Uluslararası sorumluluğun doğabilmesi için objektif olarak uluslararası hukuka aykırı bir fiilin bulunmasının yeterli olup olmayacağı, ayrıca bir kusurun bulunmasının gerekip gerekmediği, öğretide tartışılmıştır. Tartışma, “Uluslararası sorumluluk iradenin belirli bir durumuna dayanmalı mıdır?” sorusu merkezindedir<sup>520</sup>. Bu konuda ileri sürülen görüşler “kusur” (fault; culpability) ve “objektif sorumluluk” (objective responsibility; absolute responsibility) kavramları etrafında toplanmaktadır.

Konunun tespitinde asıl zorluk, gerek doktrinde gerek uygulamada öne çıkan bir eğilimin olmaması ve dolayısıyla devletlerin bir noktada birleşmemiş olmalarıdır<sup>521</sup>. Yine de uygulamada ve öğretide objektif sorumluluk esasına doğru eğilimin ağır bastığı söylenmelidir<sup>522</sup>. Öğretide öne çıkan fikirleri şöyle gruplayabiliriz<sup>523</sup>:

- Yalnız zararın vaki olması yeterli olmayıp, bunun bir kusur neticesi meydana gelmesi gereklidir (Kusur Görüşü).
- Sadece uluslararası hukuka aykırı ve zarar verici bir fiilin varlığı yeterlidir (Objektif Görüş).
- Kusur devletin salt yapması gereken, ancak yapmadığı (ihmalî) fiilleri bakımından gereklidir (Karma Görüş)<sup>524</sup>.

<sup>518</sup> BİLGE, s. 14-15.

<sup>519</sup> LYSÉN, s. 53.

<sup>520</sup> ANZILOTTI, s. 360; LYSÉN, s. 91.

<sup>521</sup> AVCI, s. 71.

<sup>522</sup> SHAW, s. 546.

<sup>523</sup> ALSAN, s. 453; LÜTEM, s. 273.

<sup>524</sup> Bkz. JIMÉNEZ/TANZI, s. 350.

- Sorumluluk “kusur” esasına değil, hasar (risk, tehlike) esasına dayanır<sup>525</sup>.
- Anzilotti ve Visscher gibi objektif görüşü kabul etmekle beraber bunu bir yorum meselesi sayanlar da olmuştur. Bunlara göre sorumlulukta esas uluslararası hukuka aykırı fiildir. Ancak bu fiilin devletin sorumluluğunu gerektirip gerektirmeyeceği, ihlâl edilen uluslararası hukuk kuralının içeriğinde aranmalıdır<sup>526</sup>.

Biz bütün bu görüşleri, her bir görüşün daha çok bir diğerine tepki olarak ortaya çıkması söz konusu olsa da, kendi içinde diğerinin etkisini taşıması dolayısıyla iki başlık altında incelemeyi uygun görmekteyiz: “kusurlu sorumluluk” ve “objektif sorumluluk”.

## **B. Kusurlu Sorumluluk**

Geleneksel görüşe göre uluslararası sorumluluğun doğabilmesi için uluslararası hukuka aykırı fiilin, kast (intention; dolus) ya da kusur (fault; negligence; culpa)<sup>527</sup> şeklinde bir kusur neticesinde ortaya çıkması gerekmektedir<sup>528</sup>. Temeli Roma hukukuna dayanan “kusur” anlayışı, bu anlayışla şekillenen iç hukuklara koşut olarak devletin uluslararası sorumluluğu konusunda, pozitivist olma eğiliminde olan yazarlar tarafından bile, temel koşullardan biri olarak kabul edilmiştir<sup>529</sup>. Bu görüşe göre devletin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için, zararın varlığı tek başına yeterli değildir, bunun bir kusurlu davranış neticesi ortaya çıkmış olması gerekir<sup>530</sup>.

---

<sup>525</sup> Aslında kusurun aranmadığı sorumluluk türü için, “objektif sorumluluk”, “mutlak sorumluluk”, “risk sorumluluğu” gibi kavramlar kullanılmakla birlikte, biz çalışmamızda “objektif sorumluluk” kavramını, kusurun, en azından sübjektif kusurun aranmadığı sorumluluk çeşidi için kullanmayı tercih etmekteyiz. Diğerleri ise çalışmamızın Birinci Bölümünde incelediğimiz, “hukukun yasaklamadığı fiillerden doğan sorumluluk” için daha uygun görünmektedir.

<sup>526</sup> BİLSEL, Devletler, s. 223.

<sup>527</sup> Özel hukukta ihmal, terim olarak bir kusur çeşidini ifade ederken, ceza hukukunda ihmal “yapmama”, “hareketsiz kalma” durumunu ifade etmektedir. Burada kastedilen ihmal özel hukuk anlamında bir kusur çeşididir.

<sup>528</sup> BROWNLIE, Responsibility; s. 44; PAZARCI, Dersler III, s. 153.

<sup>529</sup> ANZILOTTI, s. 360; MERAY, Devletler, 627; PAZARCI, Dersler III, s. 154; DUPUY, Anzilotti and Responsibility, s. 140.

<sup>530</sup> BİLSEL, Devletler, s. 223; ALSAN, s. 453; LÜTEM, s. 273; PAZARCI, Dersler III, s. 154.

Şu hâlde kusurun ne olduğunu araştırmak gerekmektedir. Kavram iç hukuk öğretisinde, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği bir davranışı ifade eder<sup>531</sup>. Bir başka tanıma göre kusur, kötü davranış ya da irade zayıflığı sonucu hukukun öngördüğü bir ödevin yerine getirilmemesidir<sup>532</sup>. Kusurun sorumluluğun temel ilkelerinden biri olarak sayılması, bu tanımlardan da görüleceği gibi, tarihî perspektifte sorumluluğun bir ahlâk kavramı olarak ortaya çıkmasıyla uyum göstermektedir.

Görüldüğü üzere, kusur her şeyden önce hukuka aykırı bir davranışı gerektirir. Bu sebeple kusurlu bir fiil her hâlde hukuka aykırı bir fiildir. Kusurlu bir fiilin hukuka aykırı olmaması mümkün değildir. Zira hukuk düzeninin hukuka aykırı olmayan bir davranışta bulunan kişiyi kınaması düşünülemez<sup>533</sup>.

İsviçre ve Alman hukuklarında kusur, hukuka aykırılıktan ayrı bir unsur olarak değerlendirilirken, Fransız hukukunda böyle bir ayrıma gidilmemiştir. Fransız hukukunda hukuka aykırılık kusurun objektif unsuru olarak kabul edilmektedir. İlkinde ise hukuka aykırılık, bir normun objektif olarak ihlâl edilmesi anlamındayken, kusur ise norm ihlâlinin subjektif yönüyle ilgilidir. Kusurun arandığı sorumluluk için, hukuka aykırı bir davranışta bulunan kişinin hukuka aykırılık dışında, o kişiye atfedilmesi mümkün bir irade bozukluğunun ve eksikliğinin varlığı da gereklidir. Ancak bu ayrımın açık olmadığı kolayca ileri sürülebilir. Zira failin subjektif davranışını değerlendirmek için, onun bu davranışının objektif bir model ile karşılaştırılması çoğu kez zorunlu olacaktır<sup>534</sup>.

Hukuka aykırılığın tespitinde ölçü, bir objektif norma uygun davranışın ne olduğuyken, bu uygunluğun ölçüsü yine nesnel düzeyde ele alınacak bir kişinin davranış tarzıdır. Bu da diğer yandan kusurlu davranışın tespit edilmesi demek olacaktır. Bu sebeple uluslararası hukukta da, kişilerin iç dünyalarıyla ilgili bir kavram olan kusurun bu noktada objektifleştiği ve artık bu şekliyle hukuka aykırı fiilin içinde ister istemez

---

<sup>531</sup> TANDOĞAN, s. 45; EREN, s. 551.

<sup>532</sup> DESCHEANUX/TERCIER, s. 49.

<sup>533</sup> EREN, s. 551-552.

<sup>534</sup> DESCHEANUX/TERCIER, s. 40.

bulunduğu düşüncesindeyiz. Kusurun uluslararası sorumlulukta hiçbir etkisinin olmadığını söylemek doğru olmaz. Bu bakımdan uluslararası hukukta “kusur” kavramının bir bakıma Fransız hukukundaki yaklaşıma benzediğini söyleyebiliriz.

Devletlerin sorumluluğu bakımından kusur kavramı, uluslararası hukuka özellikle Grotius tarafından aktarılmıştır. Ona göre, devleti temsil eden tek organ olan hükümdarın kusurlu fiilleri devletin uluslararası sorumluluğuna yol açar. Hükümdarın bazı şekil şartlarını yerine getirmeksizin savaş ilan etmesi, bir memurun hükümdarın emirleri doğrultusunda kusurlu bir harekette bulunması devletin uluslararası sorumluluğunu gerektirecektir. Ona göre eğer memur aldığı emirlere aykırı hareket ederek bir hukuka aykırı fiil işlerse, devlet, yani hükümdar sorumlu olmayacaktır; devlet ancak bu fiilleri önlemek için gerekli tedbirleri almazsa sorumlu olabilecektir. Aynı şekilde fertlerin uluslararası hukuka aykırı fiillerinden de devlet gerekli tedbirleri almadığı gerekçesiyle sorumlu tutulabilecektir<sup>535</sup>. Yine Grotius’un görüşünü benimseyen (Grotian) yazarlardan Lauterpacht, Verdross ve Eagleton sorumluluğu, ajanlarının “kusurluluğu” (mental element; mens rea) ölçüsünde yaptıkları hareketlerden ve ihmallerden devletin sorumlu olacağı fikrine dayandırmaktadır. Zira devlet, manevî bir varlıktır ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin asıl adresi, devletin ajanlarıdır<sup>536</sup>.

Grotius’a göre, zararı telafi etme yükümlülüğü kusurdan doğar. Bu unsuru Grotius uluslararası alanda dava açma şartı olarak sayar<sup>537</sup>. Devletin kusuru ise yükümlülüklerini yerine getirmemek veya gerekli özeni göstermemek şekillerinde ortaya çıkar<sup>538</sup>. Bu son durumda kusurun aslında bir bakıma objektif açıdan ele alındığını görmekteyiz.

Anzilotti’ye göre, kasten ya da bir kusurla bir fiilin ika edilmesi, ruhî bir hâl olarak iradenin belirli durumlarını ifade eder ve bunlardan ancak gerçek kişilere atfen söz etme imkânı vardır. Örneğin bir elçilik binasında hacizde bulunulmuştur. Devletin

---

<sup>535</sup> GROTIUS, s. 126-127. Ayrıca bkz. MERAY, Devletler, s. 627-628.

<sup>536</sup> SCHACHTER, s. 203. Ayrıca bkz. BROWNLIE, International Law, s. 424 ve dn. 32.

<sup>537</sup> Bkz. AVCI, s. 73.

<sup>538</sup> Le FUR, s. 200-201.

bu gibi fiillerden sorumlu olduğunda şüphe yoktur, zira bunlar, devletin uluslararası hukuka aykırı fiillerinin tipik örneklerindedir. Burada ya haczi yapan adliye memurunun kastından veya taksirinden söz edilecek ya da adliye memurunun hacizde bulunmasını mümkün kılan yasayı koyanların kast veya taksirleri bulunacaktır. İlk durumda kusurun araştırılması mümkün olmakla birlikte, kusurun bulunduğunu ileri sürmek nasıl olasıysa, kusur daima inkâr da edilebilecektir. Ayrıca memur iç hukuka uygun davranıyor da olabilir. Bu durumda, yapmakla yükümlü olduğu bir şeyi yapan memurun kusurundan söz edilemeyecektir. Memurun uluslararası hukuka aykırı hareket etmekte olduğunu bildiği, bilmesi gerektiği ya da bilmekle birlikte yine de istemiş olduğu söylenemez. O hâlde kusurun, fiilin sebebini teşkil etmediği ve fiilin devlete isnat edilmesinde bir önemi olmadığı açıktır<sup>539</sup>.

Devleti temsile yetkili kimsenin iyi seçilmemiş olmasından (culpa in eligendo) veya onun üzerinde gereken denetimin ifa edilmemiş olmasından (culpa in custodiendo) dolayı devletin sorumluluğunun doğduğu görüşleri uluslararası hukuka uygun düşmemektedir ve bugün terk edilmiş durumdadır. Varılması gereken netice şudur ki, uluslararası hukukta organ-ferdin “animus”u (manevî durumu) ilke olarak sorumluluğun sebebini ya da koşulunu teşkil etmez. Sorumluluk, devletin uluslararası yükümlülüğünü ihlâl etmesinden doğar<sup>540</sup>. Burada objektif sorumluluğun bir hukuka aykırı fiile dayanan sorumluluk çerçevesinde kastedildiği açıktır. UHK çalışmaları, özellikle 1. maddelerinde, “devletin uluslararası hukuka aykırı her fiilinın onun sorumluluğunu gerektirmesi” ilkesi Anzilotti’nin görüşlerini yansıtır niteliktedir<sup>541</sup>.

Devletler Hukuku Enstitüsü 1927 tarihinde Lozan toplantısında “kusur” görüşünü terk etmiştir. 1930 tarihli Kodifikasyon Konferansında “Organları tarafından (yasama, yürütme, yargı) yapılan ve toprakları üzerinde bir yabancıнын şahsına veya

---

<sup>539</sup> ANZILOTTI, s. 362-363. Devletin sorumluluğunun temelinin iç hukuklardaki gibi kusur veya risk olmadığı, zarar verici faaliyetin yolsuz niteliğinin olduğu Basdevant tarafından da ifade edilmiştir (Bkz. BİLSEL, Devletler, s. 224).

<sup>540</sup> ANZILOTTI, s. 363; AVCI, s. 75-76.

<sup>541</sup> DUPUY, Anzilotti and Responsibility, s. 142-143. Örneğin bkz. UHK’nin devletin sorumluluğu üzerine bir tasarı hazırlamaya yönelik çalışmasının ilk bölümünün (Part One) ilk okumasını tamamladığı raporu, Doc. A/35/10, Chapter III, m. 1. Aynı şekilde bkz., 2001 Komisyon Tasarısı, m. 1.



malına zarar veren devletin uluslararası borçlarına her aykırılık bu devleti sorumlu kılar.” hükmü önerilmiştir. Burada “uluslararası borçlarına her aykırılık” ifadesi objektif esasın kabulüdür. 1932’de Kodifikasyon Komitesince devletlere arz edilen görüşler “objektif” esas üzerine olmuş ve iştirak eden devletler de bunu kabul etmiştir<sup>542</sup>.

2001 Komisyon Tasarısı m. 1’de “devletin uluslararası hukuka aykırı her fiilinin onun uluslararası sorumluluğunu gerektirdiği” ilkesinden hareketle kusurun bir koşul olarak öngörülmediği açıktır. 2001 Komisyon Yorumunda sorumluluk için belli bir derece kusurun, savsaklamanın ya da özen gösterme yükümünün (due diligence) yerine getirilmesinden kaçınılmış olmasının varlığı şart koşulmamış, somut olaya göre tespitin değişebileceği ve bunda birincil yükümlülüklerin de yol gösterici olacağı dile getirilmiştir<sup>543</sup>. Kısacası kusur, zarar verme amacı olarak anlaşılırsa, sorumluluk için bunun gerekmediği açıktır. Zira birincil yükümlülüklerde belirli bir manevî unsur aranmıyorsa, devletin hukuka aykırı fiili devletin niyetinden bağımsız şekilde sorumluluk için esas teşkil eder<sup>544</sup>. Ancak buradan kusurun ikincil kurallardan değil birincil kurallardan olduğu anlamı çıkmaz. Sadece UHK konuyla ilgili genel bir kural getirmemeyi tercih etmiştir<sup>545</sup>.

## C. Objektif Sorumluluk

### 1. Hukukun Genelinde Gelişimi

Uluslararası sorumluluk konusunda bir kusurun varlığı özellikle bunu işleyen kişinin niyetinden, davranış biçiminden, görevinin gereklerine ve sınırlarına kadar birçok verinin değerlendirilmesini gerektirmesi sebebiyle 20. yüzyılın başlarında öğretilerde sorumluluğu daha objektif verilere dayandırma arayışı doğmuştur. Duguit’in

<sup>542</sup> Bkz. BİLSEL, Devletler, s. 224.

<sup>543</sup> Bkz. 2001 Commentaries, m. 2, p. 3. Örneğin, “Uzay Cisimlerinin Neden Olduğu Zararlar Konusunda Uluslararası Sorumluluğa İlişkin 1972 Sözleşmesi” (Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects) m. III’te, m. III’e göre, “Yeryüzünden başka bir yerde, bir fırlatan Devletin bir uzay cismine veya uzay cisimi içinde bulunan insanlara veya mallara, başka uzay cisimi tarafından verilen zararlarda, zarar veren uzay cisimini fırlatan Devlet, zarar ancak kendisinin ve hareketlerinden sorumlu olduğu kişilerin herhangi bir kusurundan kaynaklanmıyorsa sorumlu olur.” hükmü getirilmiştir.

<sup>544</sup> 2001 Commentaries, m. 2, p. 10.

<sup>545</sup> BODANSKY/CROOK, s. 781.

gerçekçi okulunun görüşlerini uluslararası hukuka uyarlamaya yönelik çabalar, uluslararası sorumluluğun zarar ile buna sebep olan kişi arasında illiyet bağının kurulmasıyla doğacağı şeklinde sonuçlanmıştır<sup>546</sup>. Zira medenî hukukta da belli oranda sarsılmış geleneksel kusur kavramı yerine uluslararası ilişkilerin özel niteliğine daha uygun düşen bir kavram konmak istenmiştir. Böylece uluslararası hukukta daha tatmin edici bir sorumluluk kurumunu tesis etmenin mümkün olacağı belirtilmiştir<sup>547</sup>.

Uluslararası hukukta objektif esas görüşü, kusur esasına bir tepki olarak doğmuştur. Bu durum ilk başta, sorumluluğu kusurlu fiilde arayan görüşlerin bizzat kendileri tarafından getirilen istisnalarla ortaya çıkmıştır. Bunlar, karışıklık ve iç savaş dönemlerinde yabancılara verilen zararlarla ilgiliydi. Ancak, uluslararası sorumluluğu geleneksel özel hukuk teorilerinden bağımsız tesis etme düşüncesindeki yazarlar da kusurun hukuka aykırı fiilin zorunlu koşulu olmaması konusunda görüş birliğine varamamıştır<sup>548</sup>.

Sorumluluğun hukukun genelinde kusur esasından objektif esas yönünde gelişmesinin çeşitli sebepleri bulunmaktadır. 18 yüzyıldan beri süregelen endüstrileşme ve makineleşme hareketlerinin yaşam için tehlikeli bir hâle geldiği açıktır. Arz ettiği tehlikeler dolayısıyla bunlardan faydalanmaktan vazgeçmek de mümkün gözükmemektedir. Ancak bu faaliyetler neticesi meydana gelen zararlar bakımından sorumluluğu kusur esasına göre belirlemek, kusurun ispatının çok zor hatta genelde imkânsız olması sebebiyle netice vermeyecektir. Kusuru ispat edememenin neticesi de mağdura yüklenmemelidir. Ayrıca kusur ispat edilse dahi, çoğu kez zararın büyüklüğü karşısında kusur yetersiz kalabilecektir<sup>549</sup>. Aynı şekilde devletlerin uluslararası sorumluluğu bakımından da devletlerin faaliyetlerinin hem çeşitliliğinin artması hem boyutlarının büyümesi dolayısıyla kusur esası yetersiz kalmıştır<sup>550</sup>.

---

<sup>546</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 155.

<sup>547</sup> Aktaran, Le FUR, s. 199.

<sup>548</sup> ANZILOTTI, s. 360-361.

<sup>549</sup> TANDOĞAN, s. 91-93.

<sup>550</sup> Bkz. WALLACE, s. 176.

Görülüyor ki, objektif sorumluluk modern toplumda bir ihtiyaç olarak doğmuştur. Doğabilecek zararların nitelik ve nicelik bakımından önemli derecede çeşitlilik ve artış göstermesi ve zararın kusurla bağlantısının her zaman için belirlenememesi karşısında insanın güvenliğini “kusur esasıyla” teminat altına alabilmenin zorluğu ortadadır. Bu bakımdan tehlikeli bir faaliyetiyle başkasına zararı dokunan kişi, bir kusuru olmasa dahi zararı tazmin etmelidir<sup>551</sup>.

Ayrıca “katı bir şekilde ferdiyetçi olan Roma hukukunda sorumluluğun esası olarak kabul edilen kusur”,<sup>552</sup> 19 yüzyıldan itibaren gelişen sosyal düşüncelerle sorgulanır olmuştur. Başta zararın kişisel bir kusurdan ileri gelmediği hâllerde toplumun zarar göreni himaye etmesi fikri, zamanla yerini sorumluluk sigortalarına bırakmıştır. Sorumluluk sigortaları da kusursuz sorumluluğun kabulünde olumlu rol oynamıştır. Böylece kişisel sorumluluk kolektif sorumluluğa dönerek, doğan zararlar, zarar veren kişi ile sigortalılar arasında paylaştırılarak, zaten bir kusuru olmaksızın yahut bu araştırılmaksızın, zararı ödemek zorunda kalan kişinin durumu yumuşatılmıştır<sup>553</sup>.

## 2. Kavram

Objektif esasa göre, bir devletin bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâl etmesi dolayısıyla zarar gören devlete karşı, mücbir sebep, imkânsızlık, vazgeçme gibi gerekçeler ve mazeretler bulunmadığı sürece, giderim sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Haklı kabul edilecek mazeretlerin yokluğunda, yükümlülüklerini ihlâl eden devlet, onun fiili ve ortaya çıkan sonuç arasında nedensel bir bağ bulunursa, sorumlu olmaktadır. Bir başka deyişle burada genel durum, objektif sorumluluktur ve devlet otoritelerinin bir kötü niyetinin bulunması anlamında kusur aranması

---

<sup>551</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, s. 182-183.

<sup>552</sup> İfade için bkz. ANZILOTTI, s. 360. Kusur kavramının Roma hukuku kökenli olmasına rağmen, kusurun sorumluluğun nedeni olmadığı da ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre Roma hukukunda sorumluluğun esası, birden fazla kişi arasında geçerli bir hukukî ilişkide meydana gelen bir karışıklığa “denkleştirici ve giderici adalet”in tepkisidir. Cermen hukukunda da objektif sorumluluk esası kabul edilmiş olup, “İradî olmayarak bir zarara sebep olan kişi, bu zararı iradî olarak gidermelidir.” ilkesi geçerli olmuştur. (KOÇHİSARLIOĞLU, s. 179).

<sup>553</sup> TANDOĞAN, s. 95.

gerekmemektedir<sup>554</sup>. Objektif esas görüşüne göre, yetkisiz bir memur uluslararası hukuk bakımından zarar verici bir fiil işlediğinde, bu fiil devletin istediği bir fiil olmamakla birlikte, eğer bir sorumluluk doğduğu kabul edilirse, bu sorumluluk kişisel kusur kavramının rol oynamadığı bir “teminat” fikrine dayanır. Burada devletin sorumluluğunun objektif vasfı bulunmaktadır<sup>555</sup>. Objektif sorumluluğun düşünce temeli ise, ahlâk anlayışına dayanan sorumluluktan farklı olarak, adalet duygusudur<sup>556</sup>.

Objektif sorumluluk teknik olarak fiilin isteğe bağlı yapıldığı (voluntary act) düşüncesine dayanır. Öyle ki bir aracılık ve nedensel bir bağ kurulduğu zaman, yükümlülüğün bir ihlâli bulunduğu kabul edilmektedir. Çeşitli kurumlar ve ajanlar vasıtasıyla işleyen ve karışık ilişkiler yumağı niteliğindeki topluluklar arasında ilişkiler içeren uluslararası yaşamın koşullarında ultra vires fiillerle ilgili bir kamu hukuku karşılaştırması yapmak, devleti temsil etsin etmesin, hukuka aykırı fiili yapan gerçek kişiler üzerinde subjektif kusur araştırması yapmaktan çok daha gerçekçi olacaktır<sup>557</sup>. İleride, devletin ultra vires fiillerden dolayı sorumluluğunu incelerken bazı örnek olaylarla da, devletin sorumluluğunda kusur esasının ve objektif esasın aslında isnadiyet konusuyla yakından ilişkili olduğunu göreceğiz.

Sorumluluğun burada bazı yazarlar tarafından ileri sürüldüğü gibi kusur sorununa bakılmaksızın isnadiyet, illiyet ve hukukî mazeretler bağlamında ele alınması söz konusudur<sup>558</sup>. Bu itibarla objektif esas, hem bir yükümlülüğün objektif olarak ihlâl edilmesinin, bir başka deyişle hukuka aykırı fiil ile netice arasında bir nedensellik bulunmasının, hem de fiilin objektif olarak devlete isnad edilebilmesinin sorumluluk doğması için gerekli ve yeterli olması ve ayrıca fiil ile netice veya fiil ile devlet arasındaki bağ incelenirken kusurluluğun da araştırılmaması anlamına gelmektedir.

---

<sup>554</sup> SCHACHTER, s. 203. Ayrıca bkz. HILLIER, s. 338; SHAW, s. 545; BROWNLIE, International Law, s. 423.

<sup>555</sup> Le FUR, s. 199. Bu yönde 2001 Komisyon Tasarısı m. 7’de, devlet organlarının veya kamu otoritesi kullanmaya yetkilendirilen kişilerin veya oluşumların yetkilerini aşması veya talimatlara karşı gelmesi durumunda dahi, bunların fiillerinin devletin fiili sayılacağı düzenlenmiştir.

<sup>556</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, s. 241.

<sup>557</sup> BROWNLIE, Responsibility, s. 38.

<sup>558</sup> BROWNLIE, Responsibility, s. 39.

Özellikle fiilin devlete isnad edilmesine ilişkin pozitif kuralların oluşması, bu esasın netleşmesi bakımından gerekli olacaktır.

“Objektif sorumlulukta kusur kavramı tamamen dışlanmış mıdır?” sorusuna olumlu yanıt vermek güç olduğu gibi, “kusurdan tamamen azade” bir genel sorumluluk ilkesine gerek de yoktur. Zira etkin bir sorumluluk kurumu için, objektif sorumluluk kabul görmeli, ancak kusur sorumluluğu da ortadan kalkmamalıdır. Zaten mevcut durumda kusurun objektifleştiğini ve sorumluluğun genişletildiğini söylemek mümkündür<sup>559</sup>. Kusur esasına yöneltilen eleştiriler, kusurun tamamen terk edilmesini isteme anlamına gelmemektedir. Kusur kavramı sorumluluğun temel ilkelerinden biri olarak kalabilir, objektif esas görüşü bir bakıma kusur ilkesini tamamlar niteliktedir. Kusurun sorumluluk doğuracağı açıktır (kusurun olumlu etkisi), ancak salt kusurun sorumluluk doğuracağı, bir başka ifadeyle, kusur olmaksızın sorumluluğun doğmayacağı (kusurun olumsuz etkisi) artık kabul edilebilir bir fikir olmaktan çıkmıştır. Kusur ilkesi bu bakımdan yetersiz kalmıştır<sup>560</sup>.

Kusur esası dayanağını, davranışı temelde “iyi” ya da “kötü” olarak ele alan ahlâkın bir ürünüdür. Bu sebeple sorumluluğu kusurdan başka dayanaklarla da haklı gösterme imkânı vardır<sup>561</sup>. Kusurun esas bakımından bir kenara konduğu sorumluluk çeşidinde, sorumluluk başka esaslara dayandırılmak istenmiştir. “İllyet bağı”, “yarar ile zarar arasında bağlılık”, “tehlike ya da özel bir tehlike yaratma”, “hakkaniyet”, “fedakârlığın denkleştirilmesi”, “egemenlik alanı”, “hukuka aykırılık”, “objektif özen yükümünün yerine getirilmemesi”, “anormallik”, “emniyet ve garanti” bu esaslardan bazılarıdır<sup>562</sup>. Bunlardan uluslararası hukuka uygun düşenin “hukuka aykırı surette ika edilen zararın tazmini” ilkesi, yani “hukuka aykırılık esası” olduğu kanaatindeyiz. 2001 Komisyon Tasarısı m. 1’deki düzenleme bunu destekler yöndedir. Zira uluslararası hukukun kendisi, devletlerin egemenliğinin, işlerliğinin, gelişmesinin, menfaatinin

---

<sup>559</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, s. 191.

<sup>560</sup> Bkz. TANDOĞAN, s. 91; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 207, 211, 213.

<sup>561</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, s. 241.

<sup>562</sup> Ayrıntı için bkz. POYRAZ, s. 92-96. Ayrıca bkz. TANDOĞAN, s. 93-94; KOÇHİSARLIOĞLU, s. 243-273.

teminatı niteliğindedir. Bu bakımdan uluslararası hukuka aykırılık esası, iç düzende kusur yerine dayandırılması önerilen diğer fikirleri bir ölçüde kapsar niteliktedir.

#### D. Değerlendirme

Bu başlık altında daha çok “kusur” kavramının çeşitli yönleriyle incelenmesine devam edeceğiz ve uluslararası hukukta bu yönde gelinen noktayı belirlemeye çalışacağız. Çünkü asıl tartışma, bir kusurun uluslararası hukuka aykırı fiilin, bir başka deyişle sorumluluğun varlığı için zorunlu bir koşul olup olmadığı üzerinde odaklanmıştır. Objektif sorumluluk olsa olsa kusurun koşul olmamasının ifadesidir.

Kusur esasını göz önünde bulunduran yazarların görüşlerine dayanak olabilecek nitelikte bazı yargı veya hakemlik kararları olmuştur. Örneğin, İngiliz korumasındaki Sierra Leone’de çıkan isyanda davaya adını veren kuruluşun mallarına zarar verilmesi ve bazı misyonerlerinin öldürülmesi üzerine Birleşik Devletler ile İngiltere arasında gündeme gelen *Home Missionary Society Davası*na ilişkin 1920 tarihli hakem kararına göre, otoriteyi ihlâl eden isyancıların fiillerinden hiçbir devlet, bir iyiniyet (good faith) dışı tutumu veya isyanı bastırmada kusuru (negligence) olmadığı müddetçe sorumlu değildir<sup>563</sup>. Bir başka yargı kararı *Korfu Boğazı Davası* hakkında verilen karardır. Burada UAD, İngiliz savaş gemilerinin mağduriyetine sebep olan mayın tarlasının Arnavutluk karasularında bulunmasının tek başına mayınlamadan Arnavutluk’un haberi olduğunu göstermeyeceğini belirtmiştir. Bu sebeple olay ne “ilk bakışta” (prima facie) Arnavutluk’u sorumluluk altına sokar ne de “ispat yükünü”<sup>564</sup> değiştirir<sup>565</sup>. Bu bakımdan bir devlet, sadece bir başka devletin kendi ülkesinde zarar görmesinden dolayı mutlak (absolute) şekilde sorumlu tutulmamaktadır<sup>566</sup>.

<sup>563</sup> Aktaran, BROWNLIE, Responsibility, s. 42; HILLIER, s. 339; SHAW, s. 546; BROWNLIE, International Law, s. 424.

<sup>564</sup> Kötüniyetin bulunduğu varsayılmayacağı için, bu subjektif unsuru iddia sahibi devletin ispatlaması gerekmektedir. (Bkz. JIMÉNEZ/TANZI, s. 366-367).

<sup>565</sup> Merits, ICJ Reports 1949, s. 18.

<sup>566</sup> JENNINGS/WATTS, s. 509. *Korfu Boğazı Davası*, Oppenheim’de sorumluluğun temeli olarak kusur koşulunun gerekli olduğunun belirtilmesinin hemen ardından verilen örnek olaydır. Hatta daha önceki baskılarda Oppenheim’de yazan Lauterpacht, karardaki bu ifadeleri, “Kusursuz sorumluluk olmaz.”

Bunun dışında bazı yargı veya hakemlik kararlarında sübjektif anlamda kusurun doğrudan göz ardı edildiği de olmuştur. Örneğin, Birleşik Krallık-Birleşik Devletler İddialar Hakemlik Mahkemesi *Jessie Davası*na ilişkin 1921 tarihli kararında, Birleşik Devletler'in, gelir memurlarının açık denizde bir İngiliz gemisine çıkıp, arama yapmaları sebebiyle sorumlu olduğuna karar vermiştir. Oysa buradaki memurlar, iç hukuk tarafından böyle bir aramayı yapabilecekleri konusunda yetkili olduklarını ve iki devlet arasında bu konuda bir uzlaşma bulunduğunu sanıyorlardı<sup>567</sup>.

Bazen kusur kavramı, bir kötü niyet veya kusurlu ihmalden çok, bir uluslararası yükümlülüğün ihlâline eşit kabul edilebilmiştir. Yine bazen uygulamada da “kusur” (fault) teriminin, “görevin ihmali” (omission of duty) veya “hukuka aykırı fiil” (unlawful act) anlamlarında kullanıldığı olmuştur. Ancak bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlinden ayrı anlam taşımayan böyle bir kusur kavramından yola çıkarak ayırma gitmenin bir anlam ifade etmeyeceği de açıktır<sup>568</sup>.

Kusur kavramıyla genelde iki duruma gönderme yapılabilmektedir. İlk kusur, yükümlülük ihlâlinde davranışla ilgili olarak gerçek anlamda devletin kusurluluğunun (blameworthiness) tespit edilmesi anlamında kullanılabilmektedir. İkinci olarak kusur kavramı, önceden belirlenmiş bir yükümlülükle, hukukun bir devlet tarafından belirli bir özenin gösterilmesini gerektirdiği durumlarda, bir yükümlülük ihlâlinin bulunduğu

---

mealinde ele almıştır. (Aktaran, BROWNLIE, Responsibility, s. 43; HILLIER, s. 339; BROWNLIE, International Law, s. 425). Aslında Divan, bu olayda, Arnavutluk'un, sorumlu tutulmasından önce, kusur yönünden değerlendirme yapmak yerine, bir yükümlülüğünün ihlâlinin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiğine işaret etmiştir. Nitekim Divan, Arnavutluk'un sorumluluğu bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirmesinde, Arnavutluk'un sorumlu sayılmak için hangi yükümlülüklerinin bulunduğu belirlemeye girişmiştir. Buna göre, Arnavutluk, genel kabul görmüş denizlerde ulaşımın serbestliği ilkesi gibi, hiçbir devletin ülkesini diğer devletlerin haklarına aykırı şekilde kullandırmama yükümlülüğü gibi, Arnavutluk'un buradaki yükümlülüğü de karasularındaki mayınların varlığını gemilere bildirmek ve yaklaşan İngiliz gemilerini de söz konusu yakın tehlike için uyarmaktır. Oysa Arnavutluk otoriteleri tarafından hiçbir şey yapılmamıştır. Arnavutluk'un bildirimde ve uyarıda bulunma yükümlülüklerini yerine getirmesi için, mayınların varlığından haberli bulunması gerektiğini de göz önünde tutan Divan, sonuç olarak, Boğazın mayınlanmasının Arnavutluk'un bilgisi olmaksızın başarılamayacağı düşüncesindedir. (Bkz. Merits, ICJ Reports, s. 22-23).

<sup>567</sup> Aktaran, HILLIER, s. 338. Yine bu yönde uygulamadan pek çok örnek için çalışmamız içinde “Yetkiyi Aşan (Ultra Vires) veya Yetkisiz (Unauthorized) Fiiller Bakımından” başlığı altında aktarılanlara bkz.

<sup>568</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 350. Ayrıca bkz. BROWNLIE, International Law, s. 424-425.

tespit edilmesi olabilmektedir<sup>569</sup>. Bunları daha çok son durumu tespit etme amacıyla sırayla inceleyeceğiz.

İlk durum için öznel bir değerlendirme gerektirdiği anlamıyla kusur teorisinin, uygun bir “devletin sorumluluğu kurumu” kurulması için ne devletlerin uygulamalarıyla ne de UHK'nin çalışmalarında gösterdiği son eğilimle bağdaştığını söylemeliyiz<sup>570</sup>. Bu konuda öğretilerde artık hâkim anlayış, davranışı devlete bağlanan bireyin haksız bir niyetinin veya savsaklamasının uluslararası sorumluluğun zorunlu bir koşulu olmadığı yönündedir. Sorumluluğun tespiti genellikle devletin organı olarak hareket eden kişilerin psikolojik tutumlarına değil, objektif bir davranışa bağlıdır. Bir başka deyişle bir devlet onun ajanlarının kusurunu tespit etmeye gerek olmaksızın bir yükümlülüğün ihlâli halinde sorumludur. Uluslararası uygulamada uluslararası sorumluluğun tespitinde zarara yol açan kişileri harekete geçiren ruhsal durum (state of mind motivating) genel olarak araştırılmamıştır<sup>571</sup>.

Bununla birlikte uluslararası hukukta bir devletin yükümlülüğünün ihlâli için söz konusu devletin ajanlarının ya da organlarının bazı bilgilere veya niyetlere sahip olmaları aranıyor olabilir. Bunlar birincil yükümlülüklerin içeriğinden anlaşılabilir<sup>572</sup>. Ancak buradan genel bir sorumluluk ilkesi çıkartmak, uluslararası hukuk kurallarına uyulmadığı her durumda birçok ajanın zihinsel durumlarının ve niyetlerinin incelenmesini gerektirecektir. Örneğin, açık denizde bir savaş gemisinin bir diğer gemiye uygunsuz bir çıkarma yapması (boarding), objektif sorumluluk teorisine göre bu çıkarma, çıkarmayı yapan gemi görevlileri iyiniyetli olsa bile, hukuka aykırıdır<sup>573</sup>.

---

<sup>569</sup> LYSÉN, s. 90-91.

<sup>570</sup> SCHACHTER, s. 203.

<sup>571</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 350. Örneğin *Korfu Boğazı Davasında* UAD, Arnavutluk'un varlığını bildiği veya bilmesi gerektiği karasularındaki mayınlardan ötürü doğabilecek bir felaketi önlemek için hiçbir girişimde bulunmaması ve tehlikeyi boğazdan geçen gemilere bildirmemesinden ve özellikle onları tehlike hakkında uyarmamasından Arnavutluk'u sorumlu tutmuştur. (Merits, ICJ Reports 1949, s. 22-23). Görüleceği gibi burada Arnavutluk'un sorumlu tutulması için onun ajanlarının sübjektif kusurlarına bakılmamıştır.

<sup>572</sup> Örneğin, Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme m. 2'de, “İşbu sözleşmede, soykırım, millî, etnik, ırkî veya dinî bir grubu kısmen veya tamamen imha etmek maksadıyla aşağıdaki fiillerden herhangi birinin irtikâp olunması demektir.” hükmü getirilmiştir. (Bkz. GÜNDÜZ, s. 325).

<sup>573</sup> Örneğin, bkz. *Jessie Davası* kararı. (Aktaran, HILLIER, s. 338).



Ayrıca sübjektif kusur unsurunu arayan genel bir sorumluluk ilkesi tanımak, hem büyük zorluklara yol açar hem de açık bir hukuk kuralının değerini yıpratır. Ancak bunu birincil kuralların bir ihlâlin varlığı için hiçbir durumda iyiniyet ve belirli bir savsaklama ölçüsü aranmadığı şeklinde anlamak uygun olmaz. Bu, her bir olaydaki birincil kuralların belirlenmesiyle ilgili bir konudur<sup>574</sup>.

İkinci olarak hukukun bir devlet tarafından belirli bir özenin gösterilmesini gerektirdiği durumlarda kullanılan kavramların iç hukukta da önemli yerinin olduğunu tespit etmeliyiz. Özel hukuklarda kusurun ihmal türü, hukuka aykırı sonucun istenmemesine rağmen bunun meydana gelmemesi için koşulların gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi halinde bulunmaktadır<sup>575</sup>. Bir başka deyişle ihmal, aynı koşullar altında aynı türdeki kişilerin gösterdikleri gerekli özenin gösterilmemesi, kısaca özen eksikliğidir. Bu bakımdan ihmalin ölçüsü objektiftir<sup>576</sup>.

Uluslararası hukukta ise devletlerin bir yükümlülüğün yerine getirilmesinde gerekli özeni göstermeleri, her durumda ve özellikle yabancıların zarar görmemesi veya gördükleri zararlardan ötürü onlara uygun hukukî yollar sağlaması şekillerinde ortaya çıkabilmektedir. Gerekli özen gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin (lack of due diligence) devletin sorumluluğuna yol açması uluslararası uygulamada tutarlı şekilde kabul edilmektedir. Gerekli özenin ne olduğuna ilişkin bütün durumlara uygulanabilir bir tanım bulmak mümkün olmamakla birlikte, bunu tespit etmek için her bir olayın kendi özellikleri göz önünde tutulacaktır<sup>577</sup>. Uygulamada çeşitli şekillerde ortaya çıkan ve uluslararası hukukun ihlâli için yeter koşul oluşturan özen gösterme eksikliği, genel olarak, kötü şekilde organize olmuş bir hizmetten, yasama veya yürütme

---

<sup>574</sup> SCHACHTER, s. 203.

<sup>575</sup> TEKİNAY Selâhattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Halûk, ALTOP Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 494; EREN, s. 558.

<sup>576</sup> EREN, 599.

<sup>577</sup> Gereken özenin gösterilmemesi durumunda doğan sorumluluk halleriyle ilgili bazı “Birleşik Devletler-Meksika Genel İddialar Komisyonu” kararları için bkz. Von GLAHN Gerhard, Law Among Nations an Introduction to Public International Law, New York 1986, s. 232-236.

tarafından gereken yeterli etkililiğin sağlanamaması, iyiniyet içerisinde bulunulsa da hatalı bir faaliyetin yapılması gibi durumlardan ortaya çıkabilmektedir<sup>578</sup>.

Pozitif hukukta özen yükümlülüğü olarak nitelenebilecek pek çok örnek bulunabilir. Biz birkaç örnek vermekle yetineceğiz. Örneğin, AİHS yaşama hakkının düzenlendiği m. 2'nin uygulanması, kişiler açısından etkili bir hukukî koruma garanti edilmesini gerektirmektedir. Bu anlamda bu madde Sözleşmeye taraf devletler için, salt yaşama hakkına saygı gösterilmesi negatif yükümlülüğü değil, aynı zamanda insan yaşamını etkili korumak, korkutucu etkiye sahip etkili ceza hükümlerine yer vermek, anılan hükümlerin ihlâl edilmesi durumunda da etkili bir ceza kovuşturması yapmak gibi pozitif yükümlülükler de getirmektedir. Aynı durum işkence ve insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele yasağının düzenlendiği AİHS m. 3 için de belirgin şekilde geçerlidir<sup>579</sup>. Benzer şekilde “İrk Ayrımcılığının Her Türünün Yok Edilmesine İlişki Sözleşme” (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) m. 2/1(d)'de, taraf her devletin ırk ayrımcılığını bütün uygun araçlarla yasaklamak ve sona erdirmek yükümlülüğü altında olduğu hükmü getirilmiştir<sup>580</sup>. Yine çevreyi koruyucu sözleşmelerde benzer düzenlemeler getirilmektedir<sup>581</sup>.

Özen gösterme subjektif bir unsur değildir, daha çok devletin sorumlu tutulduğu ihlâl için önceden bulunan bir yükümlülüğün içeriğidir<sup>582</sup>. Uluslararası mahkemeler de özen göstermeyle ve belirli devlet organlarının yerine getirmeyi başaramadığı faaliyetlerle ilgili standartlar tespit edebilmektedir. Şu çok açık şekilde söylenmelidir ki,

---

<sup>578</sup> LYSÉN, s. 91.

<sup>579</sup> TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 204-205, 247. AİHD, anılan maddelerin koruduğu hakların ihlâl edilmesi durumlarında, fiillerin Sözleşmecî devlet tarafından yapıldığının veya onun göz yumması sonucu gerçekleştiğinin hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde ispatlanmasının mümkün olmamasına rağmen, “etkin, etkili veya bağımsız bir soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlâlî” (the lack of an efficient, effective or independent investigation) sonucuna vararak devletin sorumluluğuna hükmedebilmiştir. Bu konuda örnek olaylar için bkz. Adı geçen eser, s. 222-244. Ayrıca AİHS m. 13'te, bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlükleri ihlâl edilen her kişinin “etkili başvuru hakkı” olduğu düzenlenmiştir.

<sup>580</sup> Sözleşme metni için bkz. [http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/d\\_icerd.htm](http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/d_icerd.htm) (13.04.2006).

<sup>581</sup> Genel olarak bkz. 1987 tarihli The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer <http://www.unep.org/ozone/Montreal-Protocol/Montreal-Protocol2000.shtml> (10.05.2006); 1997 tarihli Kyoto Protocol to The United Nations Framework Convention on Climate Change, <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.html> (10.05.2006).

<sup>582</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 350.

burada sübjektif bir unsur varsa dahi, o, bir yükümlülük türüne dönüşmüştür<sup>583</sup>. UHK sisteminde de özen gösterme yükümlülüğü birincil kurallara ait bir konudur. Her yükümlülüğün ihlâli de devletin sorumluluğunu gerektireceği için de, bu yükümlülüğün ihlâli de devleti sorumlu kılacaktır<sup>584</sup>. Şu halde özen göstermenin iradenin kınanması gereken veya gerekmeyen bir hali olmasından çok, bir uluslararası yükümlülük, bir uluslararası hukuk kuralı olduğu söylenebilir. Nitekim Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 26'da, yürürlükteki her andlaşmanın, ona taraf olanları bağlayacağı ve iyiniyetle (in good faith) yerine getirilmesi gerektiği hükmü kanımızca, bir çeşit özen yükümlülüğü getirmektedir. Yine bu Andlaşma m. 31'de, andlaşmaların iyiniyetle yorumlanması gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca artık, uluslararası hukuka iç hukuklardan geçen ve uluslararası uygulamada da başvurulan iyiniyetin bir genel hukuk ilkesi olduğu söylenebilir<sup>585</sup>.

Sonuç olarak devletin uluslararası sorumluluğu kurumunda kusur esasının önerilmesinin bir dayanağı, devletlerin iradelerinin öneminin temel kaynak olduğu mutlak egemenlik anlayışı olduğu düşünülebilir. Ancak şunu söylemeliyiz, devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğması ve uluslararası hukukun varlığı da devletlerin egemenliğinin bir uzantısıdır.

Günümüzde uluslararası yükümlülüklerin sübjektif bir kusur ile ihlâl edilmesi, uluslararası sorumluluk için mutlak bir koşul değildir. Yine kusur kavramını uluslararası yükümlülüğün ihlâli ile eş anlamda kullanmak da uygun olmaz. Bununla birlikte bazı özel durumlarda kusur ilkesinin kabul edilmesi ya da dolaylı bir unsur olarak göz önünde tutulması mümkündür<sup>586</sup>. Sonuç olarak, kusur ancak varlığı bir hukuk kuralı tarafından aranıyorsa sorumluluk konusunda gerekli olacaktır. Aksi birincil kurallarda öngörülmedikçe, objektif sorumluluğun genel ilke olmaya daha yakın görüldüğünü söylemeliyiz. Zira bu ilke uluslararası ilişkilere uygun bir standardın sürdürülmesi için ve giderim ilkesini etkili şekilde yürütmek için nisbeten daha iyi bir esas sağlar. Kusurun

<sup>583</sup> Bkz. BROWNIE, *International Law*, s. 426; BODANSKY/CROOK, s. 783.

<sup>584</sup> LYSÉN, s. 94.

<sup>585</sup> Bkz. SUR, s. 83.

<sup>586</sup> BOZKURT, s. 267-269.

varlığı veya boyutu zararlarla ilgili ölçüleri etkileyebilecektir<sup>587</sup>. Bunun dışında sorumluluğun doğması için kusurun ayrıca araştırılmasına genel olarak gerek olmadığını ve bu sebeple bir yükümlülüğün ihlâlinin kendinde olan subjektif unsurların da objektifleştiğini söyleyebiliriz.

#### **IV. FİİL İLE ZARAR ARASINDA NEDENSELLİK BULUNMASI (İllyet; Causality)**

Uluslararası hukukta sorumluluğun kurulması için bir yükümlülüğün ihlâli ile meydana geldiği ileri sürülen zarar arasında bir nedensel bağ (a causal link) bulunması gerekmektedir. Nedensellik bağı zararın giderilmesini sınırlayabileceği gibi, bazen de zararın giderilmesi yükümlülüğünü ortadan kaldıracaktır<sup>588</sup>. Bir yükümlülüğün ihlâlinin incelemekte olduğumuz hukuka aykırı fiile dayanan sorumluluğun olmazsa olmaz koşulu olmasına rağmen, yukarıda da belirttiğimiz gibi zarar, uluslararası hukukun mevcut durumunda her zaman aranan bir koşul olmaktan çıkmış durumdadır. Bu durumda, zararın bulunup bulunmadığına bakılmadığı durumlarda, nedensellik bağının aranmasına da gerek kalmayabilecektir. Ancak zarar, yine de sorumluluğun doğası gereği sorumluluk hallerinde sıkça aranabilen bir koşul olacağı için, yine nedenselliğin de bulunması bir koşul olacaktır.

2001 Komisyon Tasarısında bir zararın varlığından koşul olarak bahsedilmemesiyle uyumlu olarak nedensel bağ unsuru da düzenlenmiş değildir. Ancak Tasarı m. 31/II'de, sorumlu devletin uluslararası hukuka aykırı fiille sebep olunan zarar için tam bir giderim yükümlülüğü olduğu düzenlenmiştir. Paralel olarak Tasarı m. 36/I'e göre, uluslararası hukuka aykırı bir fiil için sorumlu devlet "sebepl olduğu zarar" (damage caused) için tazminat ödeme yükümlülüğü altındadır. Maddede geçen "sebepl olduğu zarar" ifadesi incelediğimiz fiil ile zarar arasında nedensel bir bağ bulunması durumuna gönderme yapar niteliktedir. İlgili maddelerdeki "sebepl olduğu zarar" ifadesi, uluslararası hukuka aykırı fiilden kaynaklanan bütün sonuçları değil, uluslararası hukuka

---

<sup>587</sup> BROWNLEE, *International Law*, s. 425-426.

<sup>588</sup> LYSÉN, s. 104.

aykırı fiilden doğan ve bu fiile bağlanabilir zararlar üzerinde giderim yükümlülüğünün olduğunu ifade etmektedir<sup>589</sup>.

Nedensellik bağı bakımından, özellikle uzak olayların ve araya giren sebeplerin bulunması durumunda sorumluluğun ölçüsünün ne olacağı konusu her hukuk sisteminde tartışılan bir konu olmuştur. Bu konular bir bakıma farklı yükümlülüklerin uygulamacılar tarafından değerlendirmesine bağlı olacaktır<sup>590</sup>. Zira nedensel bir bağ bulunması gereği, bir uluslararası yükümlülüğün her ihlâliyle aynı ilişki içinde olmayabilir. Bir başka deyişle, iç hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da, zararın uzaklığı, tek bir formül aramayla çözülebilecek bir hukuk meselesi değildir. Çok uzak olmayan yeterli bir nedensel bağ kavramı m. 31’de, zararın hukuka aykırı fiilin sonucu olması gerektiği ifadesiyle, herhangi bir ek nitelime yapmaksızın, açıklanmış sayılır<sup>591</sup>.

Zararın hukuka aykırı fiile özgülmesi salt tarihsel ve nedensel işlemlere değil hukukî işlemlere bağlı bir konudur. Giderim yükümlülüğünün ortaya çıkması için zarar ile hukuka aykırı fiil arasında bulunması gereken bağı tanımlamak için çeşitli ifadeler kullanılabilmiştir. Örneğin zararın “hukuka aykırı fiile yakın bir neden olarak isnad edilebildiği” (attributable [to the wrongful act] as a proximate cause), “değerlendirilmek için çok dolaylı, uzak ve belirsiz olduğu”, “hukuka aykırı fiilin bir sonucu olarak doğduğu” gibi ifadelerden nedensellik unsurunun gözetildiği anlaşılmaktadır. Yine bazı durumlarda “doğrudanlık” (directness), “öngörülebilirlik” (foreseeability) ve “yakınlık” (remoteness) ölçütleri karşılaşılan olay bakımından göz önünde tutulabilmiştir.<sup>592</sup>

Uluslararası uygulamada ilkeye gönderme yapıldığı durumlar bulunmaktadır. Örneğin, bir Fransız firmasının Selanik’teki bürolarından çıkarılması ve geçici yerleşkelerinde çıkan bir yangınla mallarını kaybetmesi üzerine getirilen *Lighthouses Davasında* Fransız-Yunan Hakem Mahkemesi 1956 tarihli kararında, ilgili firmanın

---

<sup>589</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 31, p. 9.

<sup>590</sup> Bkz. SHELTON Dinah, “Righting Wrongs: Reparations in The Articles on State Responsibility”, AJIL, 2002, Vol. 96, s. 846.

<sup>591</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 31, p. 10.

<sup>592</sup> Bu konuda uygulamadan örnekler için bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 31, p. 10.

yerinden çıkarılmasından Yunanistan'ın sorumlu tutulabileceği kabul edilse bile, yangının sebep olduğu zarar ile tahliye arasında bir nedensel bağlantının bulunduğu kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, zarar ne öngörülebilir, ne tahliyenin normal bir sonucudur, ne de Yunanistan'a bir dikkat eksikliği isnad edilebilir. Bu bakımdan dava reddedilmelidir<sup>593</sup>.

Benzer şekilde UAD tarafından da ilkenin uygulandığı görülmektedir. Örneğin, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nikaragua'da Askerî ya da Yarı Askerî Faaliyetler) Davası*na ilişkin 27.06.1986 tarihli kararında Nikaragua'nın ileri sürdüğü maddî kayıplarıyla ilgili olarak UAD, bunun, Divanın varabildiği sonuçlardan daha geniş etkiye sahip olan Birleşik Devletler'in sorumluluğuyla ilgili tartışmaya dayandığını belirtmiştir. Bu bakımdan, Divanın uluslararası hukuka aykırı bulduğu Birleşik Devletler'in her bir fiilinin bir sonucu olarak zarara uğradığını göstermesi ve ispat etmesi için Nikaragua'ya fırsat verilmesi gerekmektedir<sup>594</sup>. Yine UAD'ın *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) Davası*na ilişkin kararında, ilgili şirketin (ELSI), şirkete İtalyan otoritelerce elkonmasından önce zaten iflasa doğru gittiğini tespitle, elkoyma (requisition) ve iflas arasında nedensellik bağı bulunmuş ve buna uygun olarak da yükümlülük ihlâli ve giderim iddialarını reddetmiştir<sup>595</sup>.

Bu konuda pek çok yöntemle fiil ile netice arasında bir bağ kurulabilmesine rağmen, daha çok uygun nedensellik bağının kabul gördüğünü söylenebilir. Uygun nedensellik bağı teorisine göre, “somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana eğilimi itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağı uygun illiyet bağı denilir<sup>596</sup>.

---

<sup>593</sup> Aktaran, BROWNLIE, *International Law*, s. 426.

<sup>594</sup> ICJ Reports 1986, p. 284.

<sup>595</sup> ICJ Reports 1989, p. 135-136.

<sup>596</sup> EREN, s. 509.

Uluslararası uygulamada da uygun illiyet bağına başvurulduğu görülür. Örneğin, Fransa-Venezuela Karma Hakem Mahkemesi *Maninat Davası* (1905) ilişkin kararında, yanlış tıbbî teşhise bağlı olarak yaralanmaya ve maluliyet sonucunun doğmasına haksız tutuklamanın sebep olduğu gerekçesiyle Venezuela'yı sorumlu tutmuştur. Mahkeme verdiği kararı, zararın yapılan hukuka aykırı fiilin ne dereceye kadar tabii ve yakın sonucu olduğu incelemesine dayandırmıştır<sup>597</sup>. Yine *Life Insurance Davası*nda (1924) Almanya-Birleşik Devletler Karma Hakem Mahkemesi, ika edilen fiillerle doğan zarar arasında “normallik” unsuru üzerinde durmuştur. Mahkemenin gerekçeleri anlamlıdır. Ona göre, Almanya'ya isnad edilen fiil ile şikayet olunan zarar arasında kesilmez bir bağ olduğundan zararın doğrudan ya da dolaylı olması önemsizdir. Fiil ile zarar arasında nedensellik bağı kurulurken sebeplerin tümünü belirlemek de gereksizdir. Hatta fiil ile zarar arasındaki nedensellik zincirini, halka halka, kesin, açık ve ayrıntılarıyla belirleme olanağı da yoktur. Dahası zararlı sonuç doğuran fiil bakımından Almanya'nın sebep-sonuç ilişkisindeki yerini belirlemek Mahkemenin görevi değildir. söz konusu fiil, etkili ve zararı doğuracak nitelikteyse, Almanya'ya atfedilebilecek ve Almanya fiilin hukukî sonuçlarına katlanacaktır<sup>598</sup>.

---

<sup>597</sup> Aktaran, AVCI, s. 104.

<sup>598</sup> Aktaranlar, POYRAZ, s. 42 ve dn. 155; BOZKURT, s. 267 ve dn. 401.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRI FİİLİN DEVLETE İSNADI

#### (Imputability-Attributable to the State)

#### I. GENEL OLARAK

Uluslararası sorumluluğun doğabilmesi için, uluslararası hukuka aykırı bir fiilin ya da sorumluluk öngörülen bir faaliyetin bulunmasının yanı sıra bu fiilin ya da faaliyetin bir uluslararası hukuk kişisine ait olması gerekir. Dolayısıyla uluslararası hukuka aykırı bir fiilden ya da zarar neticesinde sorumluluk öngörülen bir faaliyetten bahsedebilmek, bunların devletlere ya da uluslararası örgütlere bağlanmasını zorunlu kılmaktadır<sup>599</sup>. Gerçi isnadiyet, somut bir olayda ana problemin bir yükümlülüğün ihlâlinin bulunup bulunmadığının araştırılması olduğu için gereksiz kavram olarak görülebilir. Ayrıca isnadiyetin içeriğinin somut olaydaki yükümlülüğe ve ihlâlin niteliğine göre değişebileceği gerçeği de bunu destekler görünmektedir<sup>600</sup>. Ancak fiilin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinin devlete isnad edilmesi meselesinden normatif bir çalışma olarak tamamen ayrılması gerekir. Bu bakımdan fiilin devlete isnad edilebilmesi de fiilin hukuka uygunluğu ya da başka bir özelliği hakkında bir şey ifade etmez<sup>601</sup>. Yine, isnadiyet somut olayda kimlerin devletin organı ve memuru olduğu konusunda iç hukuk ile uluslararası hukuk arasında farklılık bulunması durumunda özellikle önem kazanmaktadır. Bu karışıklık sonuç olarak ancak açık bir isnadiyet kavramı öngörülmesiyle çözülebilir<sup>602</sup>.

İllyet, fiil ile netice (çoğu kez zarar) arasındaki bağı ifade ederken; isnadiyet, fiil ile fail arasındaki bağı ifade eder. Fail ile fiil arasında bir bağın aranması -koşul olma, ayrıca değerlendirilme bakımından- devletin uluslararası sorumluluğu kurumunda temel bir yer tutmaktadır. İç hukuk düzenindeki sorumluluk hâllerinde de haksız fiilin ya da

<sup>599</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 159. Ayrıca bkz. AMERASINGHE, s. 49.

<sup>600</sup> BROWNLIE, Responsibility, s. 36.

<sup>601</sup> 2001 ILC Commentaries, Part One-Chapter II, p. 4.

<sup>602</sup> AMERASINGHE, s. 49.



suçun “failin fiilinden doğmuş olması gerekliliği” kaçınılmaz bir koşul olsa da, “sorumluluğun doğması” noktasında ayrıca incelenmeyebilmektedir. Konu, iç hukukta ayrıca kişinin isnad kabiliyetinin olup olmadığı gibi bazı özel durumlarda da önem taşımaktadır. Bir yükümlülüğün ihlâli sayılan bir hareketin veya ihmalin, birçok unsurun bir araya gelmesiyle oluşan ve belki en karmaşık örgütlenme şekli olan devletin fiili olup olmadığı sorununun, bir tek kişinin fiilinin onun iradesine yüklenebilip yüklenemeyeceği sorunundan çok daha belirsizlikler içeren ve araştırmaya değer bir konu olduğu açıktır.

Ayrıca devleti kimlerin yükümlülük altına sokabileceğine ilişkin uluslararası işlemler de isnadiyet meselesinden ayrı bir konu olmalıdır. Zira bu, sorumluluğun değil bir yükümlülüğün doğmasına ilişkin bir konudur. Bu konu bir yönüyle çalışmamızın İkinci Bölümünde incelenmiş bulunuyor.

“Imputability” terimi farklı disiplinlerde kullanılabilirdi için, yazarlar tarafından farklı düşüncelerle kullanılması karışıklığa yol açabilmiştir. UHK karışıklıkları önlemek amacıyla anlamlı bir şekilde bu terim yerine bir süredir “attributable to the state” terimini kullanmayı tercih etmiştir<sup>603</sup>. Uygulamada “imputable to”<sup>604</sup> ve “imputability to”<sup>605</sup> ya da “imputation” terimlerinin kullanıldığı da vakidir. Türkçede terim üzerinde bir sorun olmadığı için, biz de mutad anlamıyla “devlete isnad edilme” terimini kullanacağız.

İsnadiyet, bir kişi veya kişiler grubu tarafından ika edilen bir fiilin bir devlete ya da bir diğer uluslararası hukuk kişisine hukukî olarak bağlanması, fiilin artık bu ikincinin fiili sayılması ve bu sebeple sorumluluğa yol açması anlamına gelmektedir<sup>606</sup>.

---

<sup>603</sup> BROWNLIE, Responsibility, s. 37. 2001 Komisyon Tasarısında uluslararası hukuka aykırı bir fiilin bir unsuru olarak devlete isnad edilebilir olması, “attributable to the state under international law” sözcükleriyle ifade edilmiştir.

<sup>604</sup> Örneğin, *Tahtan'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin Dava*, ICJ Reports 1980, p. 29.

<sup>605</sup> Örneğin, *Nikaragua'da Askerî ya da Yarı Askerî Faaliyetler Davası*, Merits, ICJ Reports 1986, p. 86.

<sup>606</sup> Von GLAHN, s. 227.

Teoride devlete vatandaşlık, mutad mesken ya da bir şirketin kurulması (incorporation) dolayısıyla bağlı olan bütün gerçek kişilerin, tüzel kişilerin veya toplulukların davranışlarının, bunların devletle bir irtibatı olsun ya da olmasın, devlete isnad edilmesi mümkündür. Oysa uluslararası hukukta bu yaklaşım, hem bir organizasyon olarak devletin kendi fiilleri kapsamında sorumluluğunu sınırlamak hem de kamu otoritelerinin kışkırtması dışında kalan kişilerin kendi fiillerini tespit edebilmek bakımından benimsenmez. O hâlde uluslararası hukukta devlete ancak kendi organlarının ya da bunların yönlendirmesi, kışkırtması ve kontrolü altında hareket eden kişilerin fiilleri isnad edilebilir<sup>607</sup>.

Burada ayrıca gündeme gelebilecek ilgili diğer konular, devletin yönlendirmesi ve kontrolü altında hareket eden kişilerin fiilleri, özel kişilerin fiilleri, devletin bir uluslararası hukuka aykırı fiili kendi fiili olarak tanınması veya benimsemesi; olağan şekilde örgütlenmiş devletler dışında bileşik devletlerde veya yönetiminin bir başka devlette bulunduğu bir ülkede uluslararası hukuka aykırı fiilinin kime bağlanacağı; ayaklanmalar ve iç savaşlarda doğan zararlardan dolayı devletin hangi koşullarda sorumlu olacağı şeklinde sıralanabilir. Bunlar ileride ayrı başlıklar altında incelenecektir.

Uluslararası hukuka aykırı bir fiilin bir devlete isnad edilmesi için temel iki koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>608</sup>:

- Failin ehil olması (devletin uluslararası ehliyetinin olması)
- Fiil ile fail arasında bir bağın olması.

Her şeyden önce şu belirtilmelidir ki, uluslararası hukukta sorumluluk ancak sorumluluk ehliyetini haiz bir kişiye, bir hukuk kişisine yüklenebilir. Zira uluslararası hukuk kişiliği, o kişi bakımından, uluslararası alanda hak ve borçlara sahip olmayı, hakları doğrudan uluslararası alanda koruyabilmeyi ve uluslararası sorumluluğun doğabilmesini ifade eder<sup>609</sup>. Sorumluluk ehliyeti bakımından bu “hukukî” gerekliliğin

---

<sup>607</sup> 2001 ILC Commentaries, Chapter II, p. 2.

<sup>608</sup> LÜTEM, s. 274.

<sup>609</sup> SUR, s. 1.

yanı sıra sorumluluk için, somut olayda devletin “fiilî” olarak da söz konusu fiili ika etme yeteneği bulunmalıdır<sup>610</sup>. Zira modern anlamda devlet kurumunun en önemli özelliği, egemenliğine tâbi olan yerlerde ve her zaman, tek başına bir kontrol icra etmesini mümkün kılan bir örgüte sahip olmasıdır<sup>611</sup>.

Uluslararası hukukun tartışmasız kişileri, devletler ve uluslararası örgütlerdir. Uluslararası hukukta kişiliği en azından söz konusu olan diğer kişi ve birimler yeri geldikçe incelenecek ancak, bizim konumuz açısından burada özellikle devletlerin durumu incelenecektir.

Uluslararası alanda sorumluluk ehliyeti bulunan devletin<sup>612</sup> ne olduğunun burada kısaca tespit edilmesi gerektiği kanısındayız. Devlet, belirli bir coğrafi alanda yerleşmiş, bir siyasî otorite altında yaşayan insan topluluğunun oluşturduğu sürekli egemen varlık olarak tanımlanabilir<sup>613</sup>. Bir devletin varlığından söz edebilmek için bu tanımdan çıkarılacak temel dört unsur bulunmaktadır: ülke, insan topluluğu, siyasî otorite ve egemenlik. Konumuz açısından burada özellikle egemenlik unsurunun işlenmesi gerekmektedir. Zira uluslararası sorumluluk, her türlü devlete isnad olunamaz, sorumluluk münasebeti ancak egemenliği haiz devletler arasında doğar<sup>614</sup>. Yine devletlerin egemenliğinin bir diğer uzantısı, devletler arasında onların hukuka aykırı fiilleri için sorumlu olma açısından bir eşitliğin bulunmasıdır. Bu yönde UKH'nin 1996 Taslağı m. 2'de, “Her bir devlet, onun uluslararası sorumluluğunu gerektiren bir

---

<sup>610</sup> Örneğin, *Korfu Boğazı Davasında UAD*, “Arnavutluk’un donanmaya sahip olmaması ve sahil otoritelerinin elinde ancak birkaç kayık ve motor bulunması sebebiyle, mayınlama ameliyesinin Arnavutluk’a izafe edilemeyeceğine” karar vermiştir. Ancak burada Arnavutluk, mayınlamadan değil, Britanya savaş gemilerine durumu haber vermemekten dolayı sorumlu sayılmıştır (ÇELİK, Mesuliyet, s. 74). Yine UAD’ın *Namibya’da Güney Afrika’nın Sürekli Varlığı* konusuna ilişkin danışma görüşüne göre, diğer devletleri etkileyen davranışlardan ötürü devletin sorumluluğunun hukukî esası, o ülke üzerindeki egemenlik hakkı veya bunun meşruiyeti değil, bir ülkenin fiilen kontrol edilmekte oluşudur. (Aktaran, TOLUNER Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), İstanbul 1996, s. 8).

<sup>611</sup> TOLUNER, s. 1.

<sup>612</sup> Bu husus USAD’ın *Fas Fosfatları Davasında* şu şekilde teyit edilmiştir: “Bir devlete isnad edilebilecek ve bir diğer devletin sözleşmeden doğan haklarına aykırı olarak tavsif edilebilecek bir fiil söz konusu olduğunda, uluslararası sorumluluk bu devletler arasındaki münasebetler sahasında ortaya çıkar.” (MERAY, Devletler, s. 626).

<sup>613</sup> SUR, s. 99.

<sup>614</sup> AVCI, s. 46.

uluslararası hukuka aykırı fiil ika etme olasılığıyla karşı karşıyadır.” hükmü getirilmiştir. 2001 Komisyon Tasarısında bu yönde bir hüküm bulunmamakla beraber, böyle bir hükmün açıkça bulunması da gerekmemektedir. Aksi düşünülürse, ya uluslararası hukukta mevcut meşru devlet tanımından ya da uluslararası hukukun varlığından söz etmemek gerekecektir.

Uluslararası sorumluluk için “hükümet gücü”<sup>615</sup>, ancak tam egemen devletlerde görünür ve bu devletler basit devlet olarak ele alınırlar. Tam egemen ve basit devletler gibi konfederasyona dâhil devletler de yaptıkları uluslararası hukuka aykırı fiiller dolayısıyla sorumlu tutulmalıdırlar. Zira bu tip devletler hem iç hukuk hem uluslararası hukuk bakımından devlet niteliğini haizdirler<sup>616</sup>.

Uluslararası hukuka aykırı fiilleri, egemen devletin, kamu hizmetlerini, uluslararası münasebetlerini yerine getirmek ve sürdürmek için kullandığı organlarının veya ajanlarının fiillerinde aramak gerekmektedir<sup>617</sup>. Zira bir hukuk kişiliği olan devletin fiilinden söz edebilmek, gerçek kişiler ya da gerçek kişi grupları tarafından bir harekette bulunulmasını ya da hareketsiz kalınmasını zorunlu kılar<sup>618</sup>. Devlet ancak ajanları ve temsilcileri vasıtasıyla fiil ika edebilir<sup>619</sup>. O hâlde burada mesele, devletin bir diğer devlete karşı yükümlülüklerine aykırı bir hareket tarzını ifade eden ferdî fiillerin

---

<sup>615</sup> Lütem bunu “failin ehil (capable) olması; uluslararası ehliyetinin bulunması” olarak ifade etmektedir (Bkz. LÜTEM, s. 274).

<sup>616</sup> AVCI, s. 46.

<sup>617</sup> MERAY, Devletler, s. 629.

<sup>618</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 2, p. 5.

<sup>619</sup> Bkz. USAD’ın 10.09.1923 tarihli *Questions relating to settlers of German origin in Poland Olayına* ilişkin danışma görüşü, PCIJ Series B, No. 6, s. 22, [http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/-ccpij/serie\\_B/B\\_06/Colons\\_allemands\\_en\\_Pologne\\_Avis\\_consultatif.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/-ccpij/serie_B/B_06/Colons_allemands_en_Pologne_Avis_consultatif.pdf) (12.02.2006). Ayrıca bkz. AMERASINGHE, s. 37-38; TUNKIN, s. 382; JIMÉNEZ/TANZI, s. 358; JENNINGS/WATTS, s. 540; HILLIER, s. 340; SHAW, s. 548; BROWNLIE, Responsibility, s. 37; CASSESE, s. 246. Bir devletin hukuka aykırı fiili aslında genel olarak, bir insanın (human beings) bir diğer insana karşı bir hukuka aykırı fiilidir. Bu bakımdan hukuka aykırı fiil ile onun sonucu olarak giderim yükümlülüğü (liability) arasına giren sorumluluk konusu, salt kavramsal olmaktan fazlasıdır. Bunun somut sonucu, hakları ve yükümlülükleri yerine getiren kişilerin, bir yandan bunları uygulamakla yetkilendirildiğinin diğer yandan eğer hukuka aykırı hareket ederse devlete sorumluluk geleceğinin farkında olabilmeleridir. Eğer kişiler kendilerini hukukun empoze ettiği yükümlülükten ve onun gerektirdiği sorumluluktan kişisel olarak ayrı tutabiliyorsa, bu hukukun ahlâkî etkisinin önemli derecede azaldığı söylenebilir. Bu, devlet ajanının iç hukuktaki kişisel yükümlülükleri ile devletin uluslararası yükümlülükleri arasında ahlâkî kopukluk, uluslararası hukuk ile iç hukuk düzenlerinin hukukî kopukluğundan kaynaklanmaktadır. Bu kopukluklar aslında her iki sistemin yaşamasına olanak verir. (Bkz. ALLOTT, s. 14).

uluslararası hukukun hangi şartları altında devlete isnad edilebildiğini tespit etmektir<sup>620</sup>. Uluslararası hukuka aykırı bir fiilin bir devlete isnad edilebilmesi koşulu aynı zamanda, devlete isnad edilemeyen bir fiilin uluslararası sorumluluk doğurmayacağı ve devlet tüzel kişiliğine dâhil olsa da bir başka kişiye veya kuruma karşı fiil dolayısıyla bir talep hakkının doğmayacağı anlamlarına gelmektedir<sup>621</sup>.

Uluslararası hukukta isnad kabiliyetinin mutlak surette uluslararası hukuk kurallarına tâbi olmasına rağmen, bu kurallarda iç hukuk kurallarına atıfta bulunulması veya ancak iç hukuk tarafından yetkili sayılan kişilerin ika ettiği fiillerin devletin uluslararası hukuka aykırı fiili sayılacağına tespit edilmesi mümkündür. Ancak bu durumun uluslararası hukuk tarafından iç hukuka gönderme yapmaya gerek görülmesiyle mümkün olduğu unutulmamalıdır<sup>622</sup>. Nelerin devlet organı olduğunu belirlemede devletlerin iç hukukları ve uygulamaları şüphesiz önem taşımaktadır. Devletlerin yapılanması ve devlet organlarının işlevleri kural olarak uluslararası hukuk tarafından idare edilmese de, uluslararası hukukun nelerin devlet organı olarak sayılacağı konusunda farklı bir rolü bulunmaktadır. Kamu görevi gören ya da kamu otoritesi kullanan organların fiilleri, bu organlar iç hukuk tarafından bağımsız ve idarenin dışında sayılsa da devlete atfedilebilir. Burada organın yetkilerinden çok devlet organı olması asıl öneme sahiptir<sup>623</sup>. Örneğin, bir ferdin bir yabancı devlet ülkesinde

---

<sup>620</sup> ANZILOTTI, s. 341; ALSAN, s. 454-455.

<sup>621</sup> *BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi* konusuna ilişkin danışma görüşünde UAD, “bir devlete karşı uluslararası bir talebin söz konusu olabileceğini”; bir başka deyişle uluslararası hukuka aykırı fiilin hükümete değil, ancak devlete izafe (isnad) edilebileceğini belirtmiştir. (Bkz. ÇELİK, Mesuliyet, s. 74). Pek çok hukuk sisteminde devlet organları, kendilerine dava açabilme ve sorumlu olma konusunda açık haklar ve yükümlülükler getirilen hukuk kişilerinden (bakanlıklar, diğer hukukî varlıklar) oluşsa da, uluslararası hukukta uluslararası sorumluluğun durumu başkadır. Burada devlet, tek bir hukuk kişisi olarak, bir bütün olarak incelenir. (2001 ILC Commentaries, m. 2, p. 6). Nitekim devlet, salt iç örgütlenmesini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. (2001 ILC Commentaries, Part One-Chapter II, p. 7).

<sup>622</sup> Bkz. ANZILOTTI, s. 341-342; AMERASINGHE, s. 39. İkinci Bölümde incelediğimiz, bir fiilin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelenmesinin uluslararası hukuk tarafından takdir edilmesi gerektiği ilkesi kanaatimizce burada da uygulama bulur. Bu konuda Yorum Belgesine göre iç hukukun uluslararası sorumluluğun varlığıyla ya da başka bir yönüyle ilgisinin olduğu pek çok olay ortaya çıkabilecektir. Ancak böyle bir durumda dahi iç hukuka yapılan bir göndermenin alanını ve sınırlarını uluslararası hukuk belirlemektedir. (Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 3, p. 8). Yine bir fiilin uluslararası hukukun kişisi olarak bir devlete gerçek bir nedensellik bağına dayanarak değil, ancak uluslararası hukuk ölçütleriyle yüklenebileceği belirtilmiştir. (Bkz. 2001 ILC Commentaries, Chapter II, p. 4).

<sup>623</sup> 2001 ILC Commentaries, Chapter II, p. 6.

bulunması, uluslararası hukuka izafe edilmeden, insan hayatında meydana gelen doğal olaylardan sayılabilir. Ancak bir ferdin bu hareketleri yanında bazı hareketleri de devletin fiili niteliğindedir. Bu son durumda uluslararası hukukun, özellikle devletin bir organı olması sebebiyle devlete izafe ettiği ferdî fiil ve hareketler söz konusudur. Dolayısıyla bunlara “uluslararası hukukî tasarruflar” da denmektedir<sup>624</sup>. Devlet organlarının fiilleri aşağıda ayrı bir başlık olarak ve alt başlıklara ayrılarak incelenecektir.

Bir fiilin isnad edilmesi söz konusu olmazsa, bir hukukî varsayımla koşulun gerçekleştiği kabul edilebilmiştir. Bu, isnadyetin doğrudan uygulanamadığı yerde dolaylı bir sorumluluk olduğu fikrini akla getirmektedir<sup>625</sup>. Örneğin, Oppenheim’da bu bağlamda devletin doğrudan (original) sorumluluğu ile dolaylı (vicarious) sorumluluğu ayırımına işaret edilmiştir. Doğrudan sorumluluk, devletin hükûmeti tarafından ya da onun emri veya yetkilendirmesiyle ika edilen fiillerden doğarken, dolaylı sorumluluk devletin o fiil bakımından yetkisi olmayan ajanları, vatandaşları ya da ülkesinde yaşayan yabancıların fiillerinden doğar. Bu kategoriler arasında hukukî sonuçlar bakımından bir fark bulunabilse de, bir somut olay açısından esaslı farklar bulunmaz<sup>626</sup>. Bu ayrımların artık kabul görmemesi sebebiyle ve sorumluluğun işletilmesi konusuna girmeyip, sorumluluğun sadece doğması çerçevesinde yapılan bu çalışmada dolaylı sorumluluk konusundan daha fazla söz etmeyeceğiz.

## II. DEVLET ORGANLARININ FİİLLERİ

### A. Genel Olarak

2001 Komisyon Tasarısı m. 4/I’de, herhangi bir devlet organının davranışının, uluslararası hukuk bakımından bu devletin fiili olarak sayılacağı hükmü getirilmiştir. Buna göre, bu organın yasama, yürütme, yargı ya da bir başka devlet fonksiyonu içinde

---

<sup>624</sup> BELİK Mahmut, Devletler Hukukunda Hukukî Tasarruflar, İÜHFİM, 1966, C: XXXII, S. 1, s. 456.

<sup>625</sup> BROWNLIE, Responsibility, s. 36.

<sup>626</sup> Bkz. JENNINGS/WATTS, s. 501-502. Ancak böyle bir ayırma gitmek yerinde değildir. Bilsel’in belirttiği gibi, aslında kişilerin fiilleri devlete isnad olunabiliyorsa, burada devletin doğrudan doğruya sorumluluğu söz konusudur (BİLSEL, Devletler, s. 227).

bulunması ile onun devlet organizasyonu içindeki konumu ve merkezî idareye ya da devletin belirli bir bölgesine ait olması, fiilin devletin fiili sayılmasını engellemez.

UAD *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights* konusuna ilişkin danışma görüşünde bir devletin organlarının davranışlarının devletin fiili olarak sayılması gerektiğine ilişkin açık ve geleneksel bir uluslararası hukuk kuralı bulunduğunu belirtmiştir<sup>627</sup>. Ayrıca bu görüşte 2001 Komisyon Tasarısı m. 4'e benzer bir hüküm içeren UHK'nin 1996 tarihli "Devletin Sorumluluğu" (State Responsibility)<sup>628</sup> konulu maddeler Taslağının 6. maddesine de gönderme yapılmıştır.

"Devlet organı" kavramı devlet organizasyonunu oluşturan ve onun adına hareket eden bütün bireysel veya ortak varlıkları kapsamaktadır<sup>629</sup>. Devlet organları merkezî idareyle, yüksek düzey memurlarla ya da dış ilişkilerden sorumlu kişilerle sınırlanmış değildir. Bu, türü, sınıflama içindeki yeri, hiyerarşi içindeki yeri ve yerine getirdiği fonksiyon ne olursa olsun ve il bazında ya da hatta yerel düzlemde yer alsın bütün devlet organlarını kapsar<sup>630</sup>. Devletin bütünlüğü ilkesi, bütün organların hareket veya ihmallerinin devletin hareket veya ihmalleri sayılmasını gerektirir. Ayrıca uluslararası yükümlülüklerin çeşitliliği dolayısıyla devlet organlarını "uluslararası hukuka aykırı fiil işleyebilen-uluslararası hukuka aykırı fiil işleyemeyen" olarak sınıflama olanağı bulunmamaktadır<sup>631</sup>.

Örneğin, 1985'te Fransız gizli ajanlarının bir Greenpeace gemisi olan Rainbow Warrior'un batırılması üzerine gelişen *Rainbow Warrior Davası*na ilişkin 1987 hakem kararında, Fransa bu fiillerden, devlet terörü sayılan bu fiil için talimatın Fransa devleti içinde yüksek veya düşük düzeyde alınıp alınmadığı konusuyula ilgilenmeden, sorumlu tutulmuştur<sup>632</sup>. Aynı şekilde *Massey Davası*na ilişkin 1927 tarihli hakem kararında, her

<sup>627</sup> Bkz. ICJ Reports 1999, p. 62.

<sup>628</sup> Bkz. A/51/10, Chapter III.

<sup>629</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 4, p. 1.

<sup>630</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 4, p. 6. Ayrıca bkz. JIMÉNEZ/TANZI, s. 358.

<sup>631</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 4, p. 5.

<sup>632</sup> Bkz. WALLACE, s. 178; HILLIER, s. 341.

ne zaman “bir kişinin” (devlet hizmetindeki kişilere atfen) bir olumsuz fiili (misconduct) bulunursa, iç hukukta onun statüsü veya mevkii (rank) ne olursa olsun, uluslararası bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinin söz konusu olduğu ve onun devletin sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir<sup>633</sup>.

O halde devlet, gördükleri işlev ne olursa olsun, organlarının olumlu veya olumsuz davranışlarından sorumludur. “Devlet organlarının fiillerinden sorumludur.” ifadesi, hem salt onun organlarının fiillerinden sorumlu tutulabileceğini hem de bütün organlarının fiillerinden sorumlu tutulabileceğini ifade eder<sup>634</sup>. Zira uluslararası hukuk bakımından hukuka aykırı fiilleri devlete isnad edilebilen organların fiilleri hukukî bir varsayımla, devletin fiilleri sayılarak, adeta asimile olacaktır<sup>635</sup>.

“Devlet organı” terimiyle, 2001 Komisyon Tasarısı m. 4’te, yasama, yürütme ve yargı faaliyetleri dışında “herhangi bir diğer fonksiyon” (any other functions) gören organlar da kapsam içi tutularak kavramın sınırlı düşünülmesinden sakınılmıştır. Bir devlet organının bir davranışının “devletin özel hukuka göre giriştiği” işlerden (acta jure gestionis)<sup>636</sup> ya da “ticari” işlerden sayılması isnadiyetin amaçları bakımından konu dışı olmaktadır. Şüphesiz, bir özel hukuk sözleşmesinin bir devlet tarafından ihlâli uluslararası bir yükümlülüğün de ihlâl edildiği sonucuna vardırılmaz. Ancak, örneğin, aynı durum için sözleşmenin diğer tarafınca getirilen iddialar bakımından bu devletin mahkemeleri tarafından adaletten kaçınılması gibi bir uygulamayla uluslararası hukuka aykırı bir fiilin varlığından söz edilebilir<sup>637</sup>.

Devlete bir uluslararası hukuka aykırı fiilin isnad edilmesi konusunda devletin yüksek memurlarının fiilleri ile ikinci derecedeki memurların fiilleri arasında bir ayırım

---

<sup>633</sup> Aktaran, LYSÉN, s. 86.

<sup>634</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 358.

<sup>635</sup> WALLACE, s. 176; SHAW, s. 548.

<sup>636</sup> “Acta jure imperii” (devletin egemenlik yetkisine dayanarak yaptığı işler) ve acta jure gestionis (devletin bir özel hukuk kişisi olarak yaptığı işler) ayrımı daha çok devletlerin yargı bağımsızlığı konusunda söz konusu olmaktadır. Bu konuda bkz. ILC Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property, with commentaries, Part III, p. 3, [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4\\_1\\_1991.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf) (15.03.2006).

<sup>637</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 4, p. 6.



yapılmamıştır. Daha alt derecelerdeki memurların daha sınırlı bir faaliyet alanı bulunabilir ve nihaî kararlar alma yetkileri de bulunmayabilir. Ancak buna rağmen bu memurların fiilleri devletin fiilleri sayılmaktadır<sup>638</sup>. Yine memurun statüsünün ne olduğunun hukuka aykırı fiil ika edebilmeleri bakımından etkili olmadığı da buna uygun olarak örf ve âdet hukukunu yansıtır niteliktedir.

2001 Komisyon Tasarısının 4. maddesi hem merkezî organlar hem de bölgesel ve yerel organlar bakımından uygulama bulur. Öğretide de belirtildiği gibi, illerin, ilçelerin, belediyelerin fiillerinden dolayı, bunların iç hukuka göre hukuk kişiliği bulunsa da uluslararası hukuk kişilikleri bulunmadığından, bağlı oldukları devlet sorumludur<sup>639</sup>. Bu ilke *Heirs of the Duc de Guise Davası*nda (1951) İtalya ve Fransa Uzlaştırma Komisyonu tarafından, bir barış andlaşmasının uygulanması konusunda İtalya Cumhuriyeti'nin, Sicilya'nın iç işlerinde özerkliğini kabul etmiş olmasına rağmen, sorumlu olduğu şeklinde belirtilmiştir<sup>640</sup>.

Burada temel meselelerden biri de kimin devletin bir organı olduğunun neye göre tespit edileceğine ilişkindir. Fiilin hem uluslararası hukuka aykırılığını hem de devlete isnad edilmesini incelerken temel referansın bizzat uluslararası hukukun kendisi olduğunu belirtmiştik. Bir başka deyişle bunları nitelendirmede takdir uluslararası hukukundur. Uluslararası hukuka aykırı fiil ika edebilen ve bu fiillerinin bir üyesi oldukları devlete isnad edilebildiği organlar, 2001 Komisyon Tasarısı m. 4/II'ye göre, devletin iç hukukuna uygun olarak bu statüye sahip olan kişiler ve varlıklar içermektedir. Burada diğer konulardan farklı olarak takdirin iç hukuklara bırakıldığı sonucu çıkmaz.

---

<sup>638</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 4, p. 7.

<sup>639</sup> BİLSEL, Devletler, s. 229; MERAY, Devletler, s. 636.

<sup>640</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 4, p. 8. Bugün için bu ilke açık olsa da tarihî önemi bulunan bir hakem kararına da dikkat çekmek isteriz. Birleşik Krallık-Türkiye Karma Hakem Mahkemesi, *Ransomes, Sims and Jefferies Ltd. v. Türkiye Davası*nda (1928) Türk yasalarınca hukukî kişiliği olan Edirne ilinin özel hukuk alanına giren sözleşmesinden dolayı Türkiye'nin sorumlu olmayacağına karar vermiştir. (LÜTEM, s. 278; MERAY, Devletler, s. 636). Burada aslında konu özel hukuk alanına girdiği için devletin sorumluluğunun kabul edilmediği haklı olarak düşünülebilse de, Lütem'in belirttiğine göre, bu dava belediyelerin sorumluluğunun tespitinde bir ölçü oluşturmaktadır. (LÜTEM, s. 278).

2001 Komisyon Yorumunda organların tespit edilmesiyle ilgili olarak, devletin bir oluşumu devletin bir organı olarak nitelendirdiği durumlarda bir sorun olmadığı ancak, iç hukukun referans alınmasının her zaman tek başına yeterli olmayacağı belirtilmiştir. Zira bazı sistemlerde çeşitli oluşumların statüleri ve fonksiyonları sadece hukukla değil uygulamayla belirlenmektedir. Yine bazı sistemlerde kimlerin organ sıfatı bulunduğu hiç belirtilmemiş olabilir. İç hukukta terimin özel bir anlamda kullanılması da ayrıca yanıltıcı olabilecektir. Bu sebeplerle iç hukukundaki sınıflamayı, nitelendirmeyi ileri sürerek bir devletin uluslararası sorumluluktan kurtulamayacağı açıktır<sup>641</sup>. Uluslararası hukukta devletlerin belirli bir iç örgütlenme kabul etmeleri yönünde bir yükümlülük olmadığı için, devletlerin iç yapılanmalarının çeşitlilikler gösterebildiği açıktır. Buna dayanarak, devletin, organları veya organlarının yetkileri hakkında ilan ettikleri de uluslararası hukuk bakımından yol gösterici (indicative) olmakla birlikte, nihâî (conclusive) bir değer taşımaz<sup>642</sup>. O hâlde kısaca şu söylenebilir, bir devletin, organı olarak kabul ettiği kişiler ve oluşumlar isnadiyet açısından devletin organı olarak kabul edilirler. Bu durum hem de ileride inceleyeceğimiz “devletin bir uluslararası hukuka aykırı fiili kendi fiili olarak tanınması ve benimsemesi” durumunun da gereğidir. Bunun dışında devletin, organı olarak işaret etmediği veya organı olmadığını ileri sürdüğü kişilerin ve oluşumların fiillerinin, özellikle bunların kendilerine verilen bazı vasıflardan veya tahsis edilen araçlardan yararlanarak devletin bir organı gibi hareket etmesi durumlarında, uluslararası hukuk tarafından devlete isnad edilmesi de mümkündür. Zira uluslararası ilişkilerin garanti edilmesi gerekmektedir. Burada da değerlendirme ölçüsü uluslararası hukukun kendi ölçüleri olacaktır.

Bir devlet adına işlenecek fiiller devletin üç temel yetkisine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır: yasama, yürütme ve yargı yetkileri. Ancak, devlete bağlı olarak kamu yetkisi kullanan başka kuruluşların fiillerine ilişkin olarak da sorumluluk doğabilmektedir<sup>643</sup>. Aslında devletin her bir erkinin veya organının fiilleri çerçevesinde sorumluluğu konusunu incelemenin artık pek rağbet gören bir konu olmadığını

---

<sup>641</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 4, p. 11.

<sup>642</sup> LYSÉN, s. 85.

<sup>643</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 159.

söylemeliyiz. Çünkü devlet kendi organlarının fiillerinden bu organın yetkilerine, işlevine bakılmaksızın ve ayrı bir rejim de öngörülmeden sorumlu tutulabilmektedir. Ancak konu bütünlüğünün sağlanması ve bazı özellikli durumların göz önünde bulundurulması bakımından biz de bu ayrımlara göre çalışmamızı sürdüreceğiz. Ancak daha önce devlet organlarının yetkilerini aşan fiilleri bakımından devletin sorumluluğu konusunu inceleyeceğiz.

## **B. Yetkiyi Aşan (Ultra Vires) veya Yetkisiz (Unauthorized) Fiiller Bakımından**

2001 Komisyon Tasarısı m. 4 hükmünün açık olmasına rağmen, uygulamada örneğin devletin bir organı olan kişinin yetkisi içinde hareket edip etmediğinin belirlenmesi gibi bazı zorluklar ortaya çıkmaktadır. Burada her şeyden önce ilgili kişinin gizli veya uygunsuz bir niyetinin olması ya da kamu gücünü kötüye kullanması konunun dışında tutulmalıdır. Onun dışında bir organın veya bir kişinin resmî bir yetki içinde ya da yetkisinin gölgesinde hareket etmesi durumunda söz konusu fiil devlete isnad edilebilir. Ayrıca bir devlet organının yetkisini aşarak ve yetkisini kötüye kullanarak hareket etmesi ile tamamen özel fiiller arasındaki ayrıma hakemlik kararlarında da işaret edilmiştir. Burada ilkinde giren fiiller devlete isnad edilebilirken, bir memurun özel bir kişi olarak hareket etmesi durumunda fiil devlete isnad edilememektedir. İlk durumda bir organın yetkisi dışında (ultra vires) fiilleri yine de devlet adına yapılmış fiiller olarak sayılmaktadır<sup>644</sup>.

Geleneksel yazarların bir kısmı, bir organın iç hukuka göre yetkilerini aşarak veya aldığı talimatlara uymayarak bir fiil ika etmesi durumunda bunun devlete isnad edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bu görüşe göre, bir devlet organı neredeyse hiçbir zaman hukuka aykırı fiiller ika etmek için yetkilendirilmediği veya talimat almadığı için, devletin sorumluluğu yanlış olacaktır. Ancak devlet uygulamaları

---

<sup>644</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 4, p. 13.

öteden beri organların iç hukuka aykırı ya da yetkilerinin sınırları dışında hareket eden organların fiillerinden devletlerin sorumlu tutulması şeklinde oluşmuştur<sup>645</sup>.

2001 Komisyon Tasarısı m. 7’de, yetkisi içinde hareket eden organların, kişilerin ve idare tarafından yetkilendirilen oluşumların fiillerinin devletin fiili olarak düşünüleceği belirtilmiştir. Hatta bunların yetkisini aşması veya talimatlara karşı gelmesi durumunda dahi ilke geçerlidir. Bu madde yetkisiz (unauthorized) veya yetkiyi aşan (ultra vires) fiilleri kapsamaktadır.

Devlet organlarının kendi yetkileri içinde ve böylece devletin iç hukukuna uygun olarak hareket etmelerine rağmen, bu fiillerin uluslararası hukuka aykırı olmaları hâlinde, devletin bundan sorumlu olacağına hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Örneğin arada suçluların iadesine dair bir andlaşma olmasına rağmen, iç hukuka uygun şekilde hareket ederek bir suçlunun verilmesi talebinin reddi hâlinde devletin sorumluluğu doğabilecektir. Aynı şekilde iç hukukun kendilerine tanımış olduğu yetki çerçevesi dışında ve buna aykırı olarak hareket etmiş olsalar dahi organların uluslararası hukuka aykırı fiilleri devlete isnad edilir. Dahası, “fiilen” devlet organı olarak hareket eden kişiler tarafından ika edilen fiiller, bu kişilerin iç hukukça organ sıfatını haiz olup olmadıklarına ve bu sıfatı haiz iseler dahi sözü geçen sıfatın kendilerine verdiği yetki içinde kalıp kalmadıklarına bakılmaksızın, devletin fiili sayılmaktadır. Örneğin, yabancı bir devlet limanında bulunan bir savaş gemisinin kumandanının, hükûmetinden talimat almaksızın ya da aldığı talimata aykırı şekilde, gemi adamlarından birkaç kişiyi karaya göndermesi ve kaçak bir bahriyeliyi tutuklatması (Alman “Panther” gemisinin Brezilya’nın Itajahi limanında 1905 yılında çıkardığı olaydır<sup>646</sup>); aynı şekilde kanunen ceviz verilmemiş olmasına aldırmadan polisin yabancı elçilik binasında arama yapması devlete isnad edilebilir fiillerdir<sup>647</sup>. Aslında “uluslararası hukukî tasarruflar”, devletin iradesinin, devletin yetkili organları vasıtasıyla beyan edilmesi anlamına gelmektedir. Ancak yukarıdaki örneklerde sorumluluğun doğması doğrudan devletin iradesine izafe

---

<sup>645</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 358.

<sup>646</sup> Olay için bkz. BİLSEL, Devletler, s. 239; JENNINGS/WATTS, s. 547, dn. 7.

<sup>647</sup> ANZILOTTI, s. 342.

edilemese de, uluslararası hukukun, meydana gelen fiile uluslararası netice bağlamasından kaynaklanmaktadır; zikredilen fiiller bu münasebetle uluslararası hukukî tasarruf niteliğindedir<sup>648</sup>.

Devletin sorumluluğu, burada, diğer devletlerin, fiilen o devletin organı olarak hareket eden bir kişinin yetkisi dâhilinde hareket edip etmediğini bilemeyeceği ve bu sebeple her bir devletin kendi örgütünün diğer devletler bakımından arz edebileceği tehlikeye karşı onları temin etme yükümlülüğü bulunduğu görüşüne dayanmaktadır<sup>649</sup>. Bu sebeple bu ilke, uluslararası ilişkilerde gerekliliğinden hiçbir şüphenin bulunmadığı “devletler sorumluluktan kurtulma gerekçesi olarak kendi iç hukuklarına başvuramaz” ilkesinin bir uzantısını oluşturmaktadır.

Bir devlet, iç hukuk hükümlerine ya da söz konusu fiilin yapılmaması ya da farklı şekilde yapılması gerektiği şeklinde organlarına ve ajanlarına talimatlar verdiği iddiasına dayanarak sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bir organın ya da oluşumun resmî yetkisine dayanarak veya yetkisini aşarak açıkça hukuka aykırı bir fiil ika etmesi devleti bağlamaktadır. Bu ilke artık gerek uluslararası hukukta gerekse devlet uygulamalarında geniş bir şekilde kabul görmektedir<sup>650</sup>. Örneğin, bir Fransız vatandaşının iki Meksikalı asker tarafından öldürülmesi üzerine ortaya çıkan *Caire Davası*yla ilgili olarak oluşturulan komisyona göre, failerin yetkileri dışında ve amirlerinin emirlerine de karşı gelerek hareket ettiği varsayılsa dahi, devletin sorumluluğunun gerekeceği, zira failerin memurluk yetkilerinden yararlanarak ve bu statünün kendilerine sağladığı araçları kullanarak hareket etmesi söz konusudur<sup>651</sup>. Benzer şekilde Birleşik Devletler-Meksika Genel İddialar Komisyonu *Youmans Davası*na ilişkin 1926 tarihli kararında, sığınma arayan bir Amerikalı grubun evlerine

---

<sup>648</sup> “Uluslararası hukukî tasarruf” kavramı için bkz. BELİK, s. 456-466.

<sup>649</sup> ANZILOTTI, s. 343.

<sup>650</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 7. p. 2, 4. Komisyonun özel raportörü F.V. Garcia Amador tarafından 1961’de verilen 6. rapor m. 12/2’de, yetkilerini aşan ancak yetkileri içinde hareket ediyormuş gibi görünen ilgili organların veya memurların hareketleri ve ihmalleri devlete isnad edilecektir, denmektedir. (Doc. A/CN.4/134 and Add.1).

<sup>651</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 7, p. 5. Ayrıca bkz. HILLIER, s. 338; SHAW, s. 546; McCORQUODALE/DIXON, s. 410-411; CASSESE, s. 246-247.

ateş açılması ve bunların öldürülmesiyle ilgili olarak askerler tarafından grubun korunmamasını, askerlerin emirlere karşı hareket etmesine rağmen, Meksika'ya isnad etmiştir<sup>652</sup>. Yine Texas'taki Meksika konsolosu Mallen bir Texas polisi tarafından iki kez saldırıya uğraması üzerine gündeme gelen *Mallen Davası*nda hakem 1927 tarihli kararında anılan ilkeyi uygulamıştır. Bu saldırılardan ilkinde sokakta karşılaştığı konsolosu tehdit edip, ona karşı saldırıda bulunmuştur. İkinci olayda, polis Mallen'in yolculuk ettiği trene binerek, ona saldırıda bulunmuş ve onu hapse koyma niyetiyle treni durdurmak istemiştir. Mahkemeye göre, ilk saldırı özel kişilerin fiilleri gibidir ve devletin sorumluluğunu gerektirmez. İkinci saldırıda ise polis, yetkili olduğunu belirtmek için resmî kimliğini göstererek kendi memuriyet konumunun avantajını kullanmıştır. Ayrıca bir özel kişinin bir başka kişiyi hapse koyma gibi bir olanağı da olamaz. Bu sebeple mahkemeye göre, Birleşik Devletler, memurun bir özel husumetle hareket etmesi söz konusu olsa da açık bir otoriteyle hareket etmesi sebebiyle, bu fiillerden sorumlu tutulmalıdır<sup>653</sup>. Aynı şekilde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Divanı *Velásquez-Rodríguez v. Honduras Davası*na ilişkin 29.07.1988 tarihli kararında, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlâlinin, bir organın veya memurun iç hukuk hükümlerini ihlâl edip etmediği ve yetkisinin sınırlarını aşıp aşmadığı konusundan bağımsız olduğunu belirtmiştir. Buna göre ayrıca, uluslararası hukukta bir devlet, ajanlarının resmî yetkileri içinde bulunan hareketlerden ve ihmallerden, hatta söz konusu ajanlar, yetki alanlarının dışında hareket etmiş ya da iç hukuku ihlâl etmiş olsa dahi, sorumlu olmaktadır<sup>654</sup>. İlkenin uygulandığı bir örnek de uyuşmazlıklara uluslararası hukuk ilkelerinin de uygulanabildiği ICSID'in *Southern Pacific Properties Ltd. v. Arab Republic of Egypt Davası*na ilişkin 1993 tarihli kararıdır. Olay, Gize Piramitlerinin çevresinde turizm amaçlı arazi geliştirmeye ilgili olarak Mısır ile Southern Pacific Ltd. arasında yürürlüğe konan sözleşmeyle (contract) tanınan izin, Mısır otoritelerince bu sözleşmeye karşı sürmekte olan ülke içi muhalefet sebebiyle geri çekilmesi üzerine gelişmiştir. Mısır'ın burada karşı tarafın da kendisine zarar verdiğini ileri sürdüğü

---

<sup>652</sup> Aktaranlar, WALLACE, s. 177; HILLIER, s. 343-344; CASSESE, s. 247.

<sup>653</sup> Aktaran, HILLIER, s. 344.

<sup>654</sup> Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 4, [http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf\\_ing/-seriec\\_04\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf_ing/-seriec_04_ing.pdf) (24.02.2006).

fiillerin Mısır otoritelerince ülke hukukunda öngörülen prosedür izlenmemesinden kaynaklandığını ileri sürmesine karşılık, ICSID kendini uygulamakla bağlı saydığı yetkiyi aşan fiillerle ilgili uluslararası hukuk ilkesinin burada geçerli olduğunu ve eğer bu tür fiillerin devlete bağlanmayacak olsaydı, devletin uluslararası sorumluluğunun yanıltıcı hale getirileceğini belirtmiştir<sup>655</sup>.

Yukarıda verilen örnek kararlardan da görüleceği gibi, aslında devlet organlarının yetkiyi aşan fiillerinin de devletin fiilleri sayılması, devletin sorumluluğu kurumuna objektif esasın egemen olduğu söylenebilir. Kusur esasında bile aranması gereken kişilerin bir kusurunun bulunması değil, devletin bir kusurunun bulunması gereğidir. Ancak objektif esasta sorumluluğun doğması için ne fiilleri devlete isnad edilebilen kişilerin ne de devletin kusuru aranır. Özet olarak “organların veya ajanların yetkiyi aşan fiillerin de devletin fiili sayılması” ilkesine göre, sorumluluk kurumunda sorumluluğun doğması için, memurların yetkilerini aşıp aşmadığı veya niyeti değil, kendilerine görevleriyle ilgili olarak temin edilen araçları veya statüyü objektif olarak kullanıp kullanmadığı esas olacaktır<sup>656</sup>. Bir başka deyişle devletin, organlarının açık yetkileri veya genel yetki alanları içerisinde işledikleri ultra vires fiillerden dolayı sorumluluğu olmaktadır<sup>657</sup>.

Bir devlet organının yetkisiz fiillerinin devletin fiili sayılması konusunda bir temel mesele de, resmî organların yetkisiz davranışlarıyla ilgili olarak 2001 Komisyon Tasarısı m. 7'nin uygulanabilirliğini tespit ederken organın resmî sıfatı (official capacity) içinde kalıp kalmadığıdır. Hukuka ya da talimatlara aykırı olsa da memurluğun kendisine sağladığı imkân içinde hareket eden memurların fiillerini memurun resmî sıfatı dışına çıkan fiillerinden ayırmak gerekmektedir. Zira bu ikinci gruba giren fiiller özel kişilerin fiillerine benzer ve devlete isnad edilemez. 1991 tarihli *Petrolane, Inc. v. Islamic Republic of Iran Davası*nda İran-Birleşik Devletler İddialar Mahkemesi, temel sorunun, fiilin kişiler tarafından resmî yetki zırhı altında işlenip işlenmediği olduğu

<sup>655</sup> Aktaran, McCORQUODALE/DIXON, s. 412-413.

<sup>656</sup> Örneğin, bkz. *Caire Davası* (1929). Bkz. McCORQUODALE/DIXON, s. 411; CASSESE, s. 246.

<sup>657</sup> BROWNLIE, International Law, s. 435.

belirtilmiştir. Kısacası bu mesele, daha önce de değindiğimiz, açık bir otoriteyle hareket edilip edilmediği noktasında netleşmektedir<sup>658</sup>. Bir başka deyişle, fiili yapan kişinin, devletin bir organı olmasına rağmen, bu sıfatıyla hareket etmemiş olduğu hâller farklıdır. Örneğin, bir polis veya gümrük memurunun, memurluk yetkisinin kendisine sağladığı araçları hiçbir şekilde kullanmaksızın, bir yabancı diplomasi ajanının mallarını çalması bu kabildendir. Bu fiiller özel kişilerin fiilleriymiş gibi değerlendirilirler<sup>659</sup>. Özetle, organ statüsüne sahip olsa da, özel olarak hareket eden kişilerin fiillerinden ötürü devlet sorumlu olmayacaktır<sup>660</sup>. Ancak memurun özel sahasında yaptıkları ile memuriyeti altında yaptıklarını ayırt etmek uygulamada zorluklar gösterebilecektir<sup>661</sup>. Yine de fiilin sistematik veya yinelenen bir şekilde ika edilmesi durumunda, devletin söz konusu fiili bildiği veya bilmesi gerektiği ve gerekli tedbirleri alması gerektiği varsayımıyla, yetkisiz de olsa memurluk sıfatıyla hareket edilmesi ve özel bir kişi olarak hareket edilmesi arasındaki ayrıma gidilmeyebilir<sup>662</sup>.

## C. Yasama Yetkisi Çerçevesindeki Fiiller

### 1. Genel Olarak

Yasama organı, bir ulusun politik hayatında önemli bir yer tutsa da genellikle devletin diğer devletlerle uluslararası ilişkilerinde devleti temsil etme işlevinde bulunmaz. Bununla beraber, yasama organı devletin bir organıdır, bir uluslararası hukuka aykırı fiil ika ederse, bunun ilgili kurallar çerçevesinde devlete isnad edilip edilmediği araştırılır ve devletin bunlardan tam olarak sorumluluğu olabilir<sup>663</sup>.

Bir devletin yasama yetkisi çerçevesindeki her türlü hukukî işlemleri nedeniyle sorumluluğunun doğabilmesi genellikle kabul edilen bir ilkedir. Başka bir deyişle, bir

---

<sup>658</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 7, p. 7.

<sup>659</sup> ANZILOTTI, s. 343.

<sup>660</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 358.

<sup>661</sup> JENNINGS/WATTS, s. 545.

<sup>662</sup> 2001 ILC Commentaries, m.7, p. 8.

<sup>663</sup> JENNINGS/WATTS, s. 542. Yine belirli durumlarda idarî düzenlemelere (administrative regulations) gidilmesi yönünde bir uluslararası yükümlülüğün ihlâl edilmesi de devlet mekanizmasının bir uluslararası hukuka aykırı fiili sayılabilir. (JIMÉNEZ/TANZI, s. 362).



devlet, uluslararası hukuka aykırı düşen anayasa hükümlerinden, biçimsel anlamdaki yasalarına, kararnamelerine, tüzüklerine ve yönetmeliklerine kadar yasama nitelikli tüm hukukî işlemlerinden sorumlu tutulabilmektedir<sup>664</sup>. USAD'ın *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Polonya Yukarı Silezyasında Kimi Alman Çıkarları) Davasına* ilişkin 25.05.1926 tarihli kararında, iç hukukun, uluslararası hukuk ve onun organı olan Divan için, mahkeme kararları ve idarî önlemler gibi, devletin iradesini açıklayan ve faaliyetlerini oluşturan olgular (facts) olduğu ifade edilmiştir<sup>665</sup>. O hâlde devletin iç hukukuna dayanarak sorumluluktan kurtulamayacağı ilkesini de göz önünde tutarak, devletin iç hukukunun uluslararası hukuk tarafından ancak fiilî veriler olarak değerlendirilebileceğini söyleyebiliriz.

Devletin yasama faaliyeti dolayısıyla sorumluluğu meselesinin, devletin uluslararası sorumluluğu kurumunun devletlerce kabul görmesinden daha çok zorlukla karşılaşması doğaldır. Zira burada devletlerin egemenliği hiçbir faaliyetinde olmadığı kadar açıktır. Yasama, egemen iradenin ifadesidir ve hukuku da -en azından pozitif hukuku- bizzat bu egemen irade düzenlemektedir. Hukukun kendisinin zarar ve sorumluluk doğuramayacağı düşünülebilir. Ancak doğal egemenlik hakkında çağdaş anlayışların gelişmesi üzerine bu anlayışta da değişime gidilmiştir. Günümüzde çıkardığı yasa uluslararası hukuka aykırı olan devlet bundan sorumludur<sup>666</sup>.

Uluslararası hukukta devletlerin içeride diledikleri gibi örgütlenmekte serbest oldukları kabul edilir. Bu serbestinin sınırını devletin uluslararası yükümlülükleri çizer. Devlet, anayasasıyla uluslararası yükümlülüklerini hiçe saydığı zaman uluslararası sorumluluk gündeme gelebilecektir. Örneğin, bir devletin anayasasıyla bütün yabancıları ülkeye yerleşir yerleşmez vatandaşlığa alan ve bu yolla zorunlu askerî vazife yükleyen

---

<sup>664</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 159-160.

<sup>665</sup> Merits, 1926, PCIJ Seris A, No. 7, s. 19, [http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie\\_A/A\\_07/17\\_Interets\\_allemands\\_en\\_Haute\\_Silesie\\_polonaise\\_%20Fond\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_%20Fond_Arret.pdf) (20.02.2006).

<sup>666</sup> BİLSEL, Devletler, s. 230.

bir hüküm uluslararası örf ve âdete aykırı olacak ve hükmü uygulayan devleti sorumluluk altına sokabilecektir<sup>667</sup>.

Uluslararası hukuka aykırı fiil, iç hukuk bakımından yasama faaliyeti olarak vasıflandırılan bir faaliyetin yerine getirilmesi ya da yerine getirilmemesinden ibaret olabilir<sup>668</sup>. Bir devletin yasama yetkisinde bulunan fiilleri sebebiyle uluslararası sorumluluğu uygulamada da iki biçimde ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, bir devlet uluslararası yükümlülüklerine aykırı yasa çıkartmasından dolayı sorumlu tutulabilir. Burada yükümlülük bir andlaşmadan olabileceği gibi bir örf ve âdet kuralından ya da hukukun genel ilkesinden doğabilir. İkinci olarak, bir devletin uluslararası hukukun gerektirdiği bir yasayı çıkartmaması ya da iptal etmesi gereken bir yasayı iptal etmemesi durumlarında sorumluluğu doğabilmektedir. Burada devlete yasama görevinde bir ihmal kusuru atfedilmektedir<sup>669</sup>.

1930 La Haye Konferansında önerilen m. 6'ya göre, bir devlet, ya uluslararası yükümlülükleriyle uyumsuz bir yasama faaliyetine girişmesinin ya da yükümlülüklerini yerine getirmek için gerekli bir yasama faaliyetini yapmamasının sonucu olarak yabancıların gördükleri zararlardan sorumlu tutulabilecektir<sup>670</sup>.

Yasama faaliyetinin uluslararası hukuka aykırı olması durumun hakkında akla ilk gelecek olan, doğrudan doğruya yabancılar hakkında kabul edilmiş yasalar ya da yabancıları da etkileyen yasalardır. Uluslararası hukuk bakımından yabancılara tanımaya ve buna uymaya mecbur olduğu bir hakkı tanımayan bir yasa sorumluluğa yol açabilecektir. Böyle bir kanunun yabancılarla birlikte vatandaşlara da uygulanıyor oluşu, bu kanunun uluslararası hukuka aykırı sayılmasını engellemez<sup>671</sup>.

Ulusal mevzuatın yetersizliği öne sürülerek devletin uluslararası sorumluluktan kurtulamayacağı ilkesine, çalışmamızın İkinci Bölümünde incelendiği gibi, uygulamada

---

<sup>667</sup> Le FUR, s. 202; ALSAN, s. 455; LÜTEM, s. 275.

<sup>668</sup> ANZILOTTI, s. 343; MERAY, Devletler, s. 630; BROWNLIE, International Law, s. 434.

<sup>669</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 160-161.

<sup>670</sup> Bkz. Doc. A/CN.4/96, s. 225.

<sup>671</sup> MERAY, Devletler, s. 631.

sıkça başvurulmuştur. USAD, *Exchange of Greek and Turkish Populations* konusuna ilişkin 21.02.1925 tarihli danışma görüşünde, geçerli şekilde uluslararası yükümlülükler altına girmiş olan bir devletin, üstlendiği bu yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak için yasalarında gerekli değişiklikleri yapmak zorunda olduğunu belirtmiştir<sup>672</sup>. Yine bu konuda klasik bir örnek de *Alabama Davası*dır. Amerika’da “Ayrılık Savaşı” sırasında, İngiltere’nin kendi limanlarında Güneyliler hesabına donattığı Alabama adlı geminin Kuzeylilere zarar vermesi üzerine, Birleşik Devletler Birleşik Krallık’ı tarafsızlık ilkelerine aykırı hareket etmekle suçlamıştı. Hakemliğe havale edilen meseleyle ilgili olarak Birleşik Krallık, tarafsızlığın ihlâlini önlemek için mevcut kanunların yetersizliğini de ileri sürmüştü. Hakemlik Mahkemesi 08.05.1871 tarihli kararında, ulusal mevzuatın yetersizliğinin uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi zorunluluğunu engelleyecek bir sebep olmadığını belirtmiştir<sup>673</sup>.

Uluslararası hukuk genel olarak yasalar çıkartma yükümlülüğü yüklememekle birlikte, belirli bir hareket tarzını tespitle yetinir ve bunu sağlayacak vasıtaları seçme konusunda devletleri serbest bırakır. Bu bakımdan belirli bir yasanın çıkartılması zorunlu olsa dahi, uluslararası hukuka aykırılık o yasanın çıkartılmamasından değil, fakat uluslararası hukukça gerekli kılınan hareket tarzının takip edilmemesi dolayısıyla ortaya çıkar. Bu sebeple sözü geçen hareket tarzını sağlamak için gerekli olan yasanın yokluğuna rağmen, devletin belirli şekilde hareket etmekle yükümlü olacağı o durumun vaki olmaması sebebiyle, uluslararası hukuka aykırı bir fiilin hiçbir zaman doğmaması da mümkündür<sup>674</sup>.

O hâlde ilke olarak, yasama faaliyetinden dolayı devlet, ihlâl niteliğinde ve zarar verici fiilin ortaya çıkması hâlinde sorumlu tutulabilecektir. Sorumluluk kavramının sorumluluğun sonuçlarından salt tazminat yönünden ele alınarak, bir yasanın çıkartılmamasının, ancak bundan henüz bir zarar da doğmamış olmasının sorumluluğa yol açmaması gerektiği bir yere kadar makul görülebilir. Ancak sorumluluğun sonuçları,

---

<sup>672</sup> 1925, PCIJ Series B, No. 10, s. 20.

<sup>673</sup> Aktaran, MERAY, Devletler, s. 630-631.

<sup>674</sup> ANZILOTTI, s. 345.

salt tazminat arama hakkı-tazminat verme yükümlülüğü ile sınırlı bir hukukî münasebet olmadığı için, bir devletin bir diğer devletten daha önceden tespit edilen şekilde hareket edilmesini isteme hakkının bulunması da bir sorumluluk münasebetininin bulunduğunu ifade edebilecektir. Bu bakımdan çıkartmakla yükümlü olduğu bir yasayı çıkartmayan devlet de, bu bir zarara yol açmamış olsa bile, sorumluluk altındadır. Ancak burada sorumluluk münasebetinin sonucu, bir zarar ortaya çıkmamışsa, örneğin tazminat olamayacaktır. Ayrıca bu, daha önce de belirttiğimiz gibi, sorumluluğun bir bakıma “sorumluluk bilinci” anlamına gelmesiyle de uyum içindedir. Ayrıca aşağıda Jiménez’in davranış yükümlülükleri ve sonuç yükümlülükleri bağlamında yaptığı açıklamalar ve Brownlie’nin konunun, daha çok sorumluluğun ne zaman gerekeceği üzerine olduğunu ileri sürmesi konuya daha bir açıklık getirecek niteliktedir. Yine Anzilotti de aslında buradaki düşüncemize benzer argümanlar ileri sürmüştür.

Devletin ya yasalaştırmak ya da ilga etmekle yükümlüsü olduğu pek çok uluslararası yükümlülükleri bulunabildiğini belirtmiştik. Bunların başında belirli uluslararası hukuk kişileri açısından “birörnek” (uniform) bir hukukun kabul edilmesini amaçlayan andlaşmalar gelmektedir<sup>675</sup>. Bunlar “davranış yükümlülüğü” şeklindedir. Bu durumda belirli bir kuralın yasalaştırılması (enactment) ya da yasalaştırılmaması (non-enactment) devletin uluslararası sorumluluğunu gerektirmektedir. Bu, sonuç yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda genellikle farklı olmaktadır. Devletin, bir sonucu sağlamaya yönelik yükümlülüklerinde, sorumluluk, uluslararası hukuka aykırı bir iç hukuk kuralının bulunması değil, bu iç hukuk kuralının somut şekilde uygulanmasından doğmaktadır. Bu ilke, devletin uluslararası sorumluluktan kurtulması için sonuç yükümlülüğüne uyan bir yasalaştırmaya gitmesi ancak, bu yasayı gerçekte

---

<sup>675</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 363. Örneğin, 1949 tarihli “Savaş Zamanında Sivil Kişilerin Korunmasına İlişki Cenevre Sözleşmesi” (Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War) m. 146’da, sözleşen tarafların bu sözleşmenin ağır ihlallerinden herhangi birini işleyen veya işlenmesi emrini veren kişiler bakımından etkili ceza yaptırımları getirmek için gerekli yasalaştırmayı yapmayı üstlendiği belirtilmiştir. Sözleşme metni için bkz. <http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/92.htm> (13.04.2006). Aynı şekilde 1965 tarihli “İrk Ayrımcılığının Her Türünün Yok Edilmesine İlişki Sözleşme” m. 2/1(c)’de, Her bir taraf devlet, hükûmete ait, ulusal ve yerel politikalarını gözden geçirmek için ve ırk ayrımcılığı yaratmaya veya bunu sürdürmeye yönelik etkisi olan yasaları ve düzenlemeleri, her nereden bulunursa bulunsun, değiştirmek, kaldırmak veya etkisiz kılmak için gerekli önlemleri almalıdır.” hükmü getirilmiştir. Sözleşme metni için bkz. [http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/d\\_icerd.htm](http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/d_icerd.htm) (13.04.2006).

uygulamaması durumunda da geçerlidir. Bu bakımdan aslında genel olarak devletin iyi yasalar çıkartması tek başına yeterli olmayıp, bunları uygulaması da gerekmektedir<sup>676</sup>.

Devletin uluslararası yükümlülüklerine aykırı bir yasalastırma yapmasının sonucu olarak sorumlu olmasında zaman etkeni pratik önemi olan bir sorun olarak ortaya çıkabilmektedir. Sonuç yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle sorumluluk kurulmasında suçun işlenme anı (tempus commissi delicti), uluslararası hukuka aykırı bir yasalastırmanın sonucu olarak gerçek bir zararın ortaya çıktığı andır. Zira salt sonuç yükümlülüğüne aykırı bir yasa yapılması uluslararası sorumluluğun doğması açısından yeterli olmamaktadır. Böyle bir yasa olsa olsa diğer devletlerin bunun uygulanmaması yönünde hatta öncesinde yasanın çıkartılmaması yönünde itirazda bulunabilmesine sebep olur<sup>677</sup>. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, kanımızca bu son durumda dahi, giderim şekilleri farklı olsa da, bir sorumluluk münasebetinden söz etmek uygun düşebilir.

Modern devletlerin yasama erki kural olarak esaslı hukukî sınırlamalara tâbi olmasa da, vatandaş ya da yabancı bireyler bakımından bir yasa, anayasaya uygun olsa dahi, haksız veya gayrimeşru olabilmektedir. Örneğin devletin uluslararası bakımdan tanımaya ve uymaya mecbur olduğu bir hakkı getirmeyen bir yasanın varlığı, salt böyle bir yasanın o hakkı düzenlememesi sebebiyle, sözü geçen kişileri o belirli haklardan mahrum etme neticesini doğurur ve bu hakkın tanınmasını ve bu hakka uyulmasını talep edebilen yabancı devlet bakımından uluslararası hukuka aykırı bir fiil teşkil eder. Ancak uluslararası düzenin süjeleri bakımından, bu sıfatla bir yasa değil, devletin uluslararası hukuk ölçüleriyle takdir olunabilen bir hareket tarzı mevcuttur<sup>678</sup>. Zira burada temel problem daha çok, bir görevin yerine getirilmemesinin ya da gereği gibi yerine getirilmemesinin sorumluluğu ne zaman gerektireceğidir. Genellikle yabancılara verilen zararlarda bir yasama faaliyetinden ya da ihmalinden bir zarar neticesinin davacı tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Yine de özellikle bir

---

<sup>676</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 362-363.

<sup>677</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 363.

<sup>678</sup> ANZILOTTI, s. 344.

andlaşma yükümlülüğünün mevcut olduğu durumlarda yasalar ya da yasama ihmalleri, başka koşullara gerek olmaksızın, sorumluluk doğururlar. Başka bir deyişle eğer bir andlama, iç hukukta belirli kurallar getirilmesini öngörüyorsa, bu yükümlülüğü yerine getirmeme andlaşmanın ihlâli bakımından sorumluluk gerektirir<sup>679</sup>.

Uluslararası bir andlaşmanın getirdiği yükümlülükler açık olduğu sürece ve iç hukukun buna uyumsuzluğunun bir yasama kusurundan, devletin ilgili uygulamasından ya da her ikisinden kaynaklanması arasında bir fark bulunmamaktadır; önemli olan devlet mekanizmasında andlaşmanın standartlarının yerine getirilip getirilmediğidir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükler bu türdendir<sup>680</sup>.

## **2. Bir Andlaşmanın Yapılırken İç Hukuk Kurallarına Aykırı Hareket Edilmiş Olması Durumunda Sorumluluk**

Bir andlaşmanın yapılmasına ilişkin mevcut iç hukuk kurallarına uyulmamış olmasının andlaşmanın geçersizlik sebebi olup olmadığı konusu tespit edilmelidir. Zira bağlanmadığı bir andlaşmaya aykırılıktan dolayı devletin sorumluluğu doğmayacaktır. Bunun araştırılması, iç hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki münasebeti ortaya koyacak oluşu bakımından gereklidir.

Bir andlaşmanın yapılmasıyla ilgili olarak iç hukuk kurallarına aykırı hareket edilmiş olması konusunda öğretici ihtilafıdır. Monist görüşlere göre (Scelle, Kelsen), iç hukuk bakımından geçersizlik andlaşmayı uluslararası alanda da geçersiz kılar. Oysa bu görüş, “uluslararası hukukun üstünlüğü” fikrine ters düştüğü gibi, uluslararası ilişkilerde güveni zedeler ve iç işlere müdahale anlamına gelecek bazı araştırmaları da beraberinde getirir. Bir diğer görüşe göre (Carré de Malberg, Anzilotti), iç hukuka aykırılık uluslararası alanda geçerliliği etkilememektedir. Bunların dayanakları, uluslararası ilişkilerde güvenin tesis edilmesi ve iç işlere karışma anlamına gelecek bazı

---

<sup>679</sup> BROWNIE, Responsibility, s. 142-143.

<sup>680</sup> BROWNIE, Responsibility, s. 143.

araştırmalardan kaçınmaktır. 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 46/I’de her iki anlayış dikkate alınarak, hukukî güvenlik fikri de göz önünde tutularak ortalama bir çözüm benimsenmiştir<sup>681</sup>. Buna göre, “Bir devlet, bir andlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlâl etmek suretiyle açıklandığı vakıasına rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, meğerki ihlâl aşikâr ve iç hukukun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili olsun<sup>682</sup>.” Böylece, özellikle devlet iradesinin anayasa hükümlerine aykırı biçimde belirtilmesi neticesinde, andlaşmanın o devleti bağlamayacağı ve dolayısıyla andlaşmaya uyulmaması hâlinde devletin sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmektedir. Ancak bu kuraldışı durum iradenin açıklanmasıyla sınırlı olup, uygulanan uluslararası hukukta anayasa hükümlerinin uluslararası sorumluluğun doğmasına engel olmadığı görülmektedir<sup>683</sup>.

## **D. Yürütme Yetkisi Çerçevesindeki Fiiller**

### **1. Genel Olarak**

Bir devletin uluslararası sorumluluğu belki en çok da yürütme yetkisinin kullanılması sırasında ya da idarenin fiilleri nedeniyle söz konusu olmaktadır. Uygulanan uluslararası hukukta bu konuda idare görevlilerinin nitelikleri arasında bir ayrıma gidilmemiştir. Sivil görevlilerin, güvenlik görevlilerinin ya da askerlerin fiilleri uluslararası sorumluluğa yol açabilmektedir<sup>684</sup>. Yine, her ne şekilde nitelendirilirse nitelendirilsin (il, eyalet, komün vs.), kamu tüzel kişilerinin ve uluslararası hukuk kişiliği olmayan sömürge idarelerinin fiillerine bu bölüm altında yer alan genel ilkeler uygulanır<sup>685</sup>.

---

<sup>681</sup> SUR, s. 42.

<sup>682</sup> Andlaşma metni için bkz. GÜNDÜZ, s. 183-208.

<sup>683</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 160. Örneğin bkz. USAD’ın *Dantzig’deki Polonya Uyrıklular* konusuna ilişkin danışma görüşü, 1932, PCIJ Series A/B, No. 44, s. 24.

<sup>684</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 161.

<sup>685</sup> ANZILOTTI, s. 346.

Devleti sorumlu kılma konusunda devlet görevlilerinin hiyerarşik yerine ilişkin olarak ise, bir süre Latin Amerika devletlerinin, nisbeten alt düzeydeki memurların (minor officials) fiilleri dolayısıyla devletin uluslararası sorumluluğunun doğmayacağını ileri sürmelerine karşılık, bugün uygulanan uluslararası hukukta bu türden iddialar kabul görmemektedir<sup>686</sup>. Bugün daha çok, kendi yetkileri içinde kalarak uluslararası bir yükümlülüğe aykırı hareket eden bütün memurların fiillerinden dolayı devletin sorumlu olacağı kabul edilmektedir.

Ayrıca, öğretilerde devletin, yüksek memurlarının fiillerinden “doğrudan doğruya”, küçük memurlarının fiillerinden ise, uluslararası hukuka aykırı fiilin neticelerini gidermede ve memuru cezalandırmada gereken özenin (due diligence) gösterilmemesi hâlinde “dolayısıyla” sorumlu olacağı ileri sürülmüştür<sup>687</sup>. Bu ayrımı, uluslararası sorumluluk ilkelerinin uluslararası hukukun varlığını ortaya koyma ve doğan zararı giderme ölçüleriyle bağdaştırma olanağı bulunmadığı düşüncesindeyiz<sup>688</sup>. Ancak örneğin bir devlet başkanının özel bir kişi olarak hareket ederek devletin uluslararası bir yükümlülüğünü ihlâl eden fiillerinden dolayı, hem yabancı devlet yargı organları hem de kendi ülkesi yargı organları önünde yargılanmadan bağışık olabileceği için, sorumluluğu bir ölçüde devletin dolaylı (vicarious) olarak üstlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>689</sup>. İleride de inceleneceği gibi, tam anlamıyla özel kişilerin fiillerinden dolayı devlete sorumluluk yüklenmez. Burada dolaylı sorumluluk önerisinin ancak devlet başkanlarının, özellikle devletin uluslararası yükümlülükleri bakımından, özel kişiler gibi hareket etme alanının muhtemelen çok sınırlı olması dolayısıyla kabul edilebileceği düşüncesindeyiz. Bir fiilin devlete isnad edilmesi hakkında genel kurallar yine geçerlidir.

---

<sup>686</sup> MERAY, Devletler, s. 632; PAZARCI, Dersler III, s. 162. Ayrıca bkz. JIMÉNEZ/TANZI, s. 364; BROWNLIE, International Law, s. 432.

<sup>687</sup> MERAY, Devletler, s. 632.

<sup>688</sup> Uluslararası sorumluluk için devletin yüksek memurları veya küçük memurlar ayrımı 1930 La Haye Konferansında verilen rapor m. 7’de ve 8’de de yapılmamıştır. (Bkz. Doc. A/CN.4/96, s. Annex 3, s. 225-226).

<sup>689</sup> JENNINGS/WATTS, s. 541. Ancak örneğin, hükümet üyelerinin özel kişiler gibi hareket ederek yaptıkları zararlardan dolayı, yargılama yolu açık olacağı için ve bu kişiler devleti kişileştirmede için, devletin bunları dolaylı da olsa üstlenmesi için bir sebep yoktur. (JENNINGS/WATTS, s. 542).



Devletin yürütme organlarının fiilleri dolayısıyla uluslararası sorumluluğunu incelemek, netice itibarıyla devlete isnad edilebilecek devlet memurlarının fiillerini incelemek olacaktır. Memur kavramını burada, devlet başkanından en alt rütbedeki askere kadar yürütme erkine dâhil bütün kişileri ifade etmek için kullanmak uygun düşer. Soyut bir varlık olan devlete ait işler az ya da çok yetkili birtakım memurlarca yapılır. Bunların fiilleri özel nitelikte olmadığı sürece, devletin fiili olarak sayılmayı ve devlete sorumluluk yüklenmesini gerektirir<sup>690</sup>.

Memurların yaptıkları bütün işler konumuzu ilgilendirdiği ölçüsüyle şu şekilde sınıflandırılabilir<sup>691</sup>:

- Memurun fiili hem iç hukuka hem de uluslararası hukuka uygundur. Bu durumda ne iç hukuk bakımından ne de uluslararası hukuk bakımından bir sorun görünmektedir.
- Memurun fiili iç hukuka aykırı olmakla birlikte uluslararası hukuka aykırı değildir. Bu durumda uluslararası hukuk bakımından bir sorun görünmemektedir. Devlet isterse bu fiillerden ötürü memurunu iç hukukuna göre takip eder.
- Memurun fiili iç hukuka uygun ancak, uluslararası hukuka aykırıdır. Burada devletin sorumluluğu, iç hukukunu uluslararası hukuka uygun bulundurmayarak uluslararası hukuka aykırı fiile meydan vermiş olması itibarıyla bulunmaktadır. Bu noktada memurun fiili devletin fiilidir.
- Memurun fiili hem iç hukuka hem de uluslararası hukuka aykırıdır. Örneğin, memur yetkisini aşarak bir fiil işlemiştir ve bu fiil uluslararası hukuka da aykırı bulunmaktadır. İşte fikir ve uygulama ayrılığı özellikle bu noktada

---

<sup>690</sup> BİLSEL Devletler, s. 232-233. Biz de bundan sonra memur kavramını devletin yürütme ve idare işlerini gören gerçek kişiler için kullanacağız. “Devlet ajanları” kavramı ise daha geniş olup, devlet organlarını oluşturan gerçek kişileri ifade eder.

<sup>691</sup> BİLSEL, Memurlar, s. 3; BİLSEL, Devletler, s. 234-235; ALSAN, s. 456; LÜTEM, s. 275-276.

ortaya çıkmaktadır. Zira bu fiilin devletin fiili olduğunu tereddütsüz söylemek her zaman mümkün olmayabilir<sup>692</sup>.

Şunu baştan söylemek gerekir ki, yürütmenin fiilleri, uluslararası sonuçları bakımından, uluslararası hukuk kurallarına dayanılarak değerlendirilir. Devletin, bir başka devlete karşı yükümlülüklerini ihlâl eden, uluslararası hukuka aykırı bir idarî tasarrufunun iç hukuka uygun olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Devletin geçerli uluslararası yükümlülüklerine aykırı surette hareket eden organın ya da memurun, bu hareket tarzına yetkisinin olması, kendisine verilmiş takdir yetkisi içinde hareket etmesi, hatta bu takdir yetkisi dolayısıyla ika ettiği fiillere karşı iç hukukta yargı yolunun bulunmaması, fiilin bir uluslararası hukuka aykırı fiil sayılmasına ve devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasına engel teşkil etmez<sup>693</sup>.

## 2. Yetki Aşımı (Ultra Vires) Durumu

Yukarıda söylediğimiz gibi, bir devlet ajanlarının yetkilerini aşan (ultra vires) fiilleri dolayısıyla devletin uluslararası sorumluluğunun doğması temel tartışma konusu olmuştur. Uluslararası münasebetlerde, iç hukukta olduğu gibi hizmet kusuru ile memurun kişisel kusuru arasında ayırım yapmak kolay değildir. Bu sebeple öğretide de bu konuda birlik bulunmamıştır. Bir yandan bu iki kusur arasındaki ayırımın uluslararası hukukta da gözetilmesi ve dolayısıyla kişisel kusurlardan dolayı devletin sorumluluğuna gidilememesi görüşü, diğer yandan adalet düşüncesiyle memurun kişisel kusuru hâlinde dahi devletin sorumluluğuna gidilmesi görüşü ortaya çıkmıştır. Uygulamada her iki görüşün destek bulacağı kararlara rastlamak mümkündür<sup>694</sup>.

Triepel'in daha 1899'da bu konuda günümüz anlayışlarına yakın, daha doğrusu ışık tutan, bir görüşü bulunmaktadır. Ona göre devlet, memurlarının yabancılara karşı fiillerinden yasal yetkileri çerçevesinde hareket ettiği derece sorumludur. Ancak,

---

<sup>692</sup> Bu konuda, 1941 öncesi öğretide ileri sürülen görüşler ve birçok örnek olay için bkz. BİLSEL, Memurlar, s. 1-20; BİLSEL, Devletler, s. 232-242.

<sup>693</sup> ANZILOTTI, s. 345-346.

<sup>694</sup> MERAY, Devletler, s. 633.

yetkileri dışına çıkan memurun fiillerinden de devletin sorumluluğunun doğması gerekecektir. Aslında bu sonuncu fiillerin devletin fiilleri olmaması mümkündür; ancak uluslararası münasebetlerin güvenliği için, zaten uygulamada genellikle kabul gören bir ilke olarak, bu fiillerin devlete isnad edilmesi zorunludur<sup>695</sup>. Anzilotti de benzer görüştedir. Ona göre uluslararası hukuka aykırı bir fiilin devlete isnad edilmesi, organ-fert ile devlet arasındaki hukukî münasebetten tamamen bağımsızdır. İç hukuk bakımından bir fiilin devletin değil, ferdin fiili sayılması, bu şekilde devlet hakkında hukukî sonuçlar doğurmasına elverişli bulunmasa dahi, bu durum, uluslararası hukuk tarafından fiilin devletin fiili sayılmasına ve fiile uluslararası hukukta sonuçlar bağlanmasına engel teşkil etmez. Zira her devlet kendi iç örgütünün diğer devletler bakımından arz edebileceği tehlikeye karşı bütün devletleri güvende tutmak zorundadır<sup>696</sup>. Devletin sorumluluğunun, devletin memurlarını iyi seçmede (culpa in eligendo) ya da denetlemede (culpa in custodiendo) kusuru olduğu görüşlerine dayanması artık kabul görmemektedir. O hâlde burada sorumluluğun dayanağı yine uluslararası hukuka aykırılıktır; amacı da uluslararası münasebetlerin güvenliğini sağlamaktır.

Milletler Cemiyeti, 1924 yılında olgunlaşmış uluslararası hukuk ilkelerini kodifiye etme kararıyla beraber uluslararası sorumluluk konusu da gündemine almış bulunuyordu. Bu gelişmenin de etkisiyle Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1927 Lozan toplantısında Prof. Strisover'in sorumluluğa dair raporu üzerinde duruldu. Bu raporun 1. maddesinde, memurların kanuna veya üst bir makamın emrine aykırı fiillerinden ve yine organların yetkileri dışında, fakat devlet organı sıfatını taşıyarak ve kendilerine bu sıfatla verilmiş vasıtaları kullanarak yaptıkları fiillerden devletin sorumlu olduğu belirtilmiştir<sup>697</sup>.

Milletler Cemiyeti'nin 1930 La Haye Konferansında, uluslararası hukuk meseleleriyle ilgili bazı ortak kurallar belirlenmek istenmiştir. Konumuzla ilgili olarak

---

<sup>695</sup> Bkz. BİLSEL, Memurlar, s. 6-7.

<sup>696</sup> ANZILOTTI, s. 343.

<sup>697</sup> BİLSEL, Memurlar, s. 12.

önerilen 8. maddede, memurların yetkileri içinde kalarak yaptıklarından ya da yapmadıklarından yabancıların zarar görmesi devletin uluslararası yükümlülüklerine aykırı ise sorumluluk devlete yüklenmektedir. Ayrıca m. 8/II'de, yabancıların uğradıkları zararların memurların yetkisi dışında, fakat resmî sıfatlarıyla hareket ederek devletin uluslararası yükümlülüklerine aykırılık oluşturması hâlinde yine devletin sorumluluğunun doğacağı kabul edilmiştir. Bu ikinci fıkra geniş bir destek bulmadan, hatta pek çok muhalif görüşlerle birlikte, tamamlanamamıştır. Son olarak m. 8/III'de, memurun yetkisizliği yabancıların bilebileceği ve bundan dolayı zararın önüne geçebileceği kadar açıksa, devlet için sorumluluk olmadığı kabul edilmiştir. Neticede komisyon özellikle bu konu dolayısıyla çalışmalarını bir raporla sonuçlandıramamıştır<sup>698</sup>. UHK 1975 tarihli raporunda La Haye Konferansında benimsenen m. 8/3 bakımından, bir devletin sorumlu tutulması gerektiği ciddi bazı olaylarda bile ona sorumluluktan kaçması için kolay bir yol sağlamasının kabul edilemez bir risk taşıdığını belirtmiştir<sup>699</sup>. Örneğin bir devletin başkanının, kendi yetkileriyle ilgili iç hukuk kurallarını açıkça ihlâl ederek bir saldırı savaşı başlattığı durumda, bunu devletin bir fiili olarak ve böylece sorumluluğun dayanağı olarak düşünmemek anlamsız olacaktır<sup>700</sup>. UKH'nin bu görüşünde, onun devletin sorumluluğu kavramını La Haye'deki gibi salt yabancılarla verilen zararlarla sınırlı düşünmemesinin etkisi de bulunmaktadır.

Bu konuda bugün için ağırlıklı eğilim, yetkisini aşan memurun fiillerinin etkisini giderme yönünde iç hukuk çerçevesinde devletin bir ihmali söz konusuysa, sorumluluğun devlete atfedilebileceği şeklindedir<sup>701</sup>.

---

<sup>698</sup> Bkz. Doc. A/CN.4/96, (UHK öncesi devletin uluslararası sorumluluğuyla ilgili kodifikasyon çalışmalarının eklerde verildiği metindir.), Annex 3, s. 226. Ayrıca bkz. BİLSEL, Memurlar, s. 18; BİLSEL, Devletler, s. 237.

<sup>699</sup> Doc. A/10010/Rev.1 Report of the ILC on the work of its twenty-seventh session, 5 May - 25 July 1975, Official Records of the General Assembly, Thirtieth session, Supplement No. 10, s. 69, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A\\_10010.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_10010.pdf) (07.04.2006).

<sup>700</sup> Doc. A/10010/Rev.1, s. 69, dn. 92.

<sup>701</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 162. Meray, yetkileri dışında uluslararası hukuka aykırı bir fiil ika etmiş memurların devlet tarafından takip edilmemesinin ve cezalandırılmamasının uluslararası sorumluluğa yol açması gerektiği şeklinde bir eğilim olduğunu söylemektedir (MERAY, Devletler, s. 633). Burada hukuka

Memurların, devletin iç hukukuna göre yetkilerini aşarak ya da görünüşte (ostensible) resmî fonksiyonları içinde kalarak, ancak devletin bir yetkilendirmesi veya emri olmaksızın ika ettikleri uluslararası hukuka aykırı fiiller dolayısıyla devletin uluslararası sorumluluğu bulunmaktadır. Bir devletin memurları devletin disiplini altında bulunup, onların resmî fonksiyonlarının görünüşte (apparent) yerine getirilmesi veya memurluğa övgülenen otorite içinde kalan bütün fiilleri devlete isnad edilebilir<sup>702</sup>.

Sonuç olarak uluslararası hukuka aykırı bir fiil, iç hukuk düzeni açısından idare fonksiyonuna ait bir faaliyetin yerine getirilmesinden ya da getirilmemesinden ibarettir<sup>703</sup>.

## **E. Yargı Yetkisi Çerçevesindeki Fiiller**

### **1. Genel Olarak**

Uluslararası hukuk bakımından, mahkeme kararları devlet faaliyetinin bir görüntüsünden başka bir şey değildir ve bu konuda da uluslararası hukuka özgü takdir ölçüleri uygulama bulur. Başka bir deyişle, bir mahkeme kararı uluslararası yükümlülüklerin ihlâlini teşkil ediyorsa, bunun bir devlet fiili olarak uluslararası hukuka aykırı fiil olduğu rahatça söylenebilir. Görüleceği üzere devletin diğer organlarının adliye müdahale etmesine yer bırakmayan “yargı erkinin bağımsızlığı” ilkesinin ve hükmün değeri ve doğruluğu konusunda herhangi bir tartışmayı bertaraf eden “kesin hüküm” kurumunun otoritesini ileri sürmek suretiyle devletin yargı organlarının fiilleri dolayısıyla uluslararası sorumluluğunun doğmayacağını söylemek yerinde olmayacaktır<sup>704</sup>. Uluslararası hukukta yabancılara karşı ancak mahkemenin mensup olduğu devlet vardır. Mahkemeler ulus adına hüküm verirler ve bu hükmün uluslararası

---

aykırı fiilin bütün neticelerinin giderilmemesinin sorumluluğu gerektirdiğinin üzerinde durulmalıdır. Zira devlet organlarının geneli için, onların yetkiyi aşan fiillerinden dolayı devletin sorumluluğunun açık olduğunu yukarıda belirtmiştik.

<sup>702</sup> JENNINGS/WATTS, s. 545.

<sup>703</sup> ANZILOTTI, s. 345.

<sup>704</sup> ANZILOTTI, s. 348-349; Le FUR, s. 204. Ayrıca bkz. JENNINGS/WATTS, s. 543.

hukuka uygun olması gerekir<sup>705</sup>. Ancak bir devlette yargılama faaliyeti gösteren mahkeme her zaman için bu devletin mahkemesi olmayabilir. Yine özel hukuk hakemlik mahkemeleri de bulunduğu devletin mahkemesi niteliğinde olmayabilir. Bu hâllerde bunların fiilleri devleti sorumlu kılmamaktadır<sup>706</sup>. Ancak bu son durum için devletin başka yükümlülüklerinin ihlâlinin söz konusu olabileceği de göz önünde tutulmalıdır.

Her şeyden önce devletin iç hukuk kuralları ile uluslararası yükümlülükleri arasında uyum sağlanamaması bakımından uluslararası hukuka aykırılığın şu şekillerde ortaya çıkabileceğini söyleyebiliriz: i) Mahkeme uluslararası yükümlülükler için uygun olan bir iç hukuk kuralını yanlış yorumlayabilir. (Örneğin, iç hukuka göre de devletin ancak birtakım işlevsel yetkilere sahip olduğu bir deniz alanı hakkında mahkeme, buranın tamamen mülkî olduğu sonucuna varmış olabilir.); ii) o zamana kadar sadece ihtimal dâhilinde bulunan bir uluslararası hukuka aykırı fiile vücut vererek, mahkeme uluslararası yükümlülüğe aykırı iç hukuk kuralını doğru yorumlayabilir. (Örneğin, salt belirli bir suçtan iade edilmiş olan kişi mahkeme tarafından başka suçlardan da mahkûm edilir.); iii) Bir başka durumda mahkeme, iç hukuk kurallarının uygulanması konusunda ilk itirazlar bakımından veya ikincil bir meselenin çözümü için dikkate alınması gereken uluslararası hukuk kurallarının yorumunda yanılmış olabilir. (Örneğin, kimlerin diploması ajanı olduğunu tespit ederken yanılmış ve kanunun bu kişiye tanımış olduğu yargı veya malî bağışlıkları kabul etmemiş olabilir.)<sup>707</sup>.

Devletin uluslararası sorumluluğu yargı faaliyeti bakımından genel olarak şu durumlarda ortaya çıkmaktadır: i) yargı organının kuruluş kusuru; ii) yargı organı önünde dava açma hakkının bulunmaması; iii) yargılama usûlünde bazı aykırılıklar; iv) adalet dağıtımında olağandışı gecikme; v) bir yabancıya karşı suç işleyen kişinin yeterli özen gösterilerek (due diligence) kovuşturulmaması ya da cezalandırılmaması; vi) açıkça adil olmayan karar verilmesi; vii) bir yabancı lehine verilen mahkeme kararının

---

<sup>705</sup> ALSAN, s. 457. Her ülkede adalet mekanizması birtakım garantiler altında adalet dağıtır. Başka herhangi bir endişeyle değil, ancak hakkın yerine ulaştırılması endişesiyle hareket etmek adalet fikrinin temelinde bulunur. Bu bakımdan ona güvenmek herkesin görevidir (BİLSEL, Devletler, s. 246, dn. 1).

<sup>706</sup> Bu konuda örnek olaylar için bkz. JENNINGS/WATTS, s. 543, dn. 2.

<sup>707</sup> ANZILOTTI, s. 348.

uygulanmaması vs. Bir yargı organının yargılamada iyiniyetli olarak hareket etmesine rağmen bazı noksanların ya da kusurların ortaya çıkmasının devletin uluslararası sorumluluğunu gerektirmediği de kabul edilmektedir<sup>708</sup>. İyiniyetin burada söz konusu olmasının, yabancılara karşı bir düşmanlık hissiyle yargı organlarının karar vermesinin devletin uluslararası sorumluluğuna mutlak surette yol açması durumunun tersten okunması dolayısıyla ortaya çıktığını düşünmekteyiz. Ancak, iyiniyetin olduğu her yerde de sorumluluğun doğmayacağını söylemek mümkün gözükmemektedir. Nitekim iyiniyet esası, sorumluluk kurumunda objektif eğilimlere gittikçe ağırlık verildiği gerçeğiyle de bağdaşmaz.

Devletin yargı faaliyeti dolayısıyla sorumluluğunun doğması yukarıda saydığımız devlete isnad edilebilen uluslararası hukuka aykırı fiillere dayanmaktaysa da, devlet faaliyetlerinin, uluslararası hukuk bakımından takdir olunmasını ve böylece iç hukuk tarafından yapılan nitelendirmelerden tamamen bağımsız şekilde anlaşılmasını gerektirmektedir. Zira ortada ancak bir devletin bir fiili bulunmaktadır. Yine de devletin yükümlülüklerinin kapsamının ve içeriğinin tespit edilmesi noktasında, bir faaliyetin iç hukuk tarafından yapılan nitelendirmenin göz önünde tutulması yerinde olacaktır. Devletlerin kendi iç örgütlerinin esaslı nitelikleri ile ters düşecek uluslararası yükümlülükler üstlenmediğini bu konu bakımından bir karine olarak kabul etmek uygun olur. Bunun somut neticesi şüphe hâlinde söz konusu tezadı gideren ya da ortadan kaldıran yorum tarzının tercih edilmesi olacaktır. Bu sebeptendir ki, bir somut olayda devletin uluslararası yükümlülüğü yargı faaliyetinin yerine getirilmesiyse, devletin sözü geçen faaliyetin normal surette yerine getirilmesini mümkün kılması, devlete düşen yükümlülük bakımından yeterli olacaktır. Örneğin, yabancılara serbestçe mahkemelere başvuruda bulunma hakkını vermek, mahkemelerin bağımsızlığını temin etmek, belirli fiilleri yapmış olan kişileri adlî makamlara teslim etmek gibi. Yoksa devletin, belirli bir kararın (örneğin mahkûmiyet) çıkacağını temin etmesi ya da verilen bir kararın yerinde olup olmadığını denetlemesi gibi bir uluslararası yükümlülüğü, aksi yönde hüküm içeren bir andlaşmaya tâbi olmadığı müddetçe, yoktur. Bu, uluslararası yükümlülüklerin

---

<sup>708</sup> Bkz. PAZARCI, Dersler III, s. 163; PAZARCI Dersler I, s. 246.

mümkün mertebe devletin iç düzenlenmesini ihlâl etmeyecek şekilde yorumlanması gerektiği ilkesiyle de uyumludur<sup>709</sup>.

Yine devletin iç hukukuna aykırı olan bir yargı kararı dolayısıyla da istisnai olarak devlet sorumlu tutulabilmektedir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi devlet, yargı organlarının yabancılar hakkında sadece hatalı kararlarından ötürü kural olarak sorumlu olmaz. Hiçbir devlet ne kendi vatandaşları ne de yabancılar hakkında mahkemelerinin yanılmayacağını garanti edebilir<sup>710</sup>. Ancak bunun sonuçlarının, iç hukuk bakımından olanak bulunup bulunmamasından bağımsız olarak, ilgili devlet tarafından üstlenilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. İşte devlete artık bu ikinci yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla tam bir sorumluluk yüklenebilecektir.

Uygulamada, bir yargı organının iç hukuka aykırı bir kararı sonucu istisnai olarak devletin sorumluluğuna gidilebilmesi için genellikle şu üç gerekçe aranmıştır: i) söz konusu karar iç hukukun açık ve affedilmez bir ihlâlini oluşturmalı; ii) karar, son yer mahkemesinden çıkmış olmalı, bir başka deyişle, bütün başvuru yolları tüketilmiş olmalı; iii) mahkemede kötü ve ayrımcı bir niyet bulunmalı. Bu sonuncu unsurla ilgili olarak bazı hakem kararlarında yerel mahkemenin bir önyargıyla, hileyle ya da dış bir baskıyla hareket etmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Kötüniyetin bulunduğu varsayılmayacağı için, bu sübjektif unsuru iddia sahibi devletin ispatlaması da gerekmektedir<sup>711</sup>.

---

<sup>709</sup> ANZILOTTI, s. 349-350.

<sup>710</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 366. Milletler Cemiyeti bünyesinde Uzmanlar Komitesi tarafından kabul edilen “Ülkesindeki Yabancılar veya Onların Mallarına Verilen Zararlardan Dolayı Devletlerin Sorumluluğu” (Responsibility of States for Damage Done in Their Territories to The Person Or Property of Foreigners) üzerine 1926 tarihli 4 No’lu Metni üzerine Komitedeki tartışmaların bir sonucu olarak Guerrero tarafından verilen yapılan değişiklikler raporu sonuç bölümünde, hata (error) ile verilen bir yargı kararının devletin sorumluluğunu gerektirmeyeceği belirtilmiştir. Yine Harvard Hukuk Fakültesi tarafından hazırlanan 1929 tarihli “Ülkesindeki Yabancılar veya Onların Mallarına Verilen Zararlardan Dolayı Devletlerin Sorumluluğu Hakkında Sözleşme Taslağı m. 9’da, devleti adaletten kaçınma durumunda sorumlu olacağı düzenlendikten sonra, bir ulusal mahkemenin açıkça haksızlık teşkil etmeyen bir hatasının adaletten kaçınma anlamına gelmediği belirtilmiştir. (Metinler için Bkz. Doc. A/CN.4/96, sırasıyla, s. 222, 229).

<sup>711</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 366-367.



## 2. Adaletten Kaçınma (Denial of Justice)

Bir devletin yargı organlarının faaliyetleri dolayısıyla uluslararası sorumluluğu konusu, bir davada davalı, davacı ya da -eğer dava, bir ceza davası ise- sanık sıfatıyla bulunan yabancılara karşı genel ifadesiyle aslında adaletten kaçınma (ihkak-ı haktan imtina) durumunda ortaya çıkmaktadır<sup>712</sup>.

Bir yargı kararıyla ilgili adaletten kaçınma bulunduğu yönündeki bir iddia, bir bakıma bu gerekçeyle uluslararası sorumluluğun varlığı için özel gerekleri ortadan kaldırmak, bir başka deyişle kötü niyeti ve yargı yollarının tükendiğini ispatlama gerekliliğinden kaçınmak için bir girişim niteliğindedir. Zira adaletten kaçınma durumunda artık kendisine karşı bir uluslararası hukuka aykırı fiil yapılan kişinin, gerekliyse bile, kötünüyeti ya da yerel başvuru yollarının tüketildiğini ispatlamasını aramak anlamlı olmaz<sup>713</sup>.

Menşei ortaçağa kadar giden “adaletten kaçınma” kavramının tanımı ve nelerin adaletten kaçınma anlamına geldiği konularında genel geçer bir pozitif uluslararası hukuk kuralı olmadığı gibi, uluslararası mahkeme ve hakemlik kararları da bu yönde bir tespiti imkân vermemekte, aksine zaman zaman çelişkiler göstermektedir<sup>714</sup>. Kavram geniş anlamda, devletin yasama, yürütme ve yargı organlarının bir uluslararası hukuka aykırı fiilin sonuçlarını gidermek istememesi ya da giderim için imkân vermemesidir<sup>715</sup>. Başka bir deyişle adaletten kaçınma geniş anlamda devletin yabancılara koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesini ifade etmektedir<sup>716</sup>. Bu kavramın dar ve teknik anlamda tanımlanmasında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Özellikle Latin Amerikalı yazarlar, kavramı bir davanın yargı organları önüne götürülmesine engel olunması ya da

<sup>712</sup> MERAY, Devletler, s. 634; PAZARCI, Dersler III, s. 162.

<sup>713</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 366.

<sup>714</sup> GÜNAL H. Yılmaz, İhkak-ı Haktan İmtina Hâlinde Devletin Milletlerarası Mes’uliyeti, AÜSBFD, Mart 1959, C. XIV, S. 5, s. 173, 176. “Adaletten kaçınma” kavramının uygulanması zor ve çeşitli yorumlara tâbi olmasına rağmen, burada devletin sorumluluğu kesindir. (GÜNAL, s. 186). Ayrıca adaletten kaçınmanın uluslararası hukuka yasaklandığına ilişkin bir sorun bulunmayıp, mesele adaletten kaçınmanın niteliği üzerinedir. Uluslararası uygulamada ve öğretilerde adaletten kaçınmanın yasaklanmasının hukukun genel ilkesi olduğu kabul edilmektedir. (PAZARCI, Dersler I, s. 246).

<sup>715</sup> MERAY, Devletler, s. 634; GÜNAL, s. 173-174.

<sup>716</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 163.

yargılamanın reddedilmesi durumları çerçevesinde ele almışlardır. Bu görüş taraftarları diplomatik korumanın kötüye kullanılmasına engel olmak istemişlerdir. Bu görüşü eleştirenler ise, kavramın bu şekilde dar anlaşılmasının, devletin yabancılara karşı yükümlülüklerinde uluslararası hukuk yerine iç hukuk kurallarının esas alınmasının yanlış olacağı temelinden hareket etmişlerdir<sup>717</sup>. Kavram üzerinde görüş birliği olmamasına rağmen, onun, idarenin haksız (unjust) hareketleri veya ihmalleri için ya da yabancının zarar gördüğü bütün durumlara yönelik olarak kullanılması yerine, adaletin sevk ve idaresinden doğan durumlarla sınırlı anlamda kullanılması daha yerinde olur<sup>718</sup>. Günal'ın konuyu yasama ve yürütme erklerinin fiilleri dışında, ancak adlî meselelerle ilgileri ölçüsünde, bir başka deyişle dar anlamda ele alması önemlidir. Yazar, kavramın incelenmesini salt adlî organlara hasretmekte, ancak adlî organların fiillerinden dolayı ise geniş anlamda değerlendirmektedir<sup>719</sup>.

Devletler arasındaki menfaat düşünceleri dışında, “adalet” kavramının neyi ifade ettiğinin göreceli olabilmesi de “adaletten kaçınma” kavramının yeknesak bir kullanımına elvermemiştir. Ancak Günal'ın yaptığı değerlendirme bizce uygun görünmekte ve yargı faaliyeti dolayısıyla devletin sorumluluğu, etkili soruşturmanın yapılmaması gibi durumları da içererek daha geniş anlama gelebilen “adaletten kaçınma” kavramının içinde bir konu olmaktadır. Bu bakımdan ilgili kavramı, teknik anlamına uygun düşecek şekilde yabancının yargı çerçevesinde korunmasına ilişkin bütün durumları içerdiği anlamıyla ve aşağıda verilen bazı ölçüler çerçevesinde kullanacağız.

“Adaletten kaçınma” kavramı somut olarak daha çok bir yabancının somut (substantive) hakları ihlâl edildiğinde, onlara ev sahibi devletin uygun giderim araçlarını sağlamaması ya da eğer bir yabancı, bu devletin yasalarını ihlâl ederse onun takibatı ve cezalandırılması konusunda adil bir hukuk süreci (due process of law) gözetilmemesi anlamına gelmektedir. Kavram, salt adlî organların fiilleri çerçevesinde ama geniş olarak

---

<sup>717</sup> MERAY, Devletler, s. 634.

<sup>718</sup> Bkz. JENNINGS/WATTS, s. 544, dn. 5.

<sup>719</sup> GÜNAL, s. 177-178.

ele alındığında, yerel mahkemelere başvuru hakkının reddedilmesi, etkin olmayan bir soruşturma veya yargı süreci ya da açıkça adil olmayan bir davranış veya yargı kararı durumlarına doğru genişleyecektir. Fakat ne anlama gelirse gelsin adaletten kaçınma durumunda asıl mesele yine, uluslararası hukuka aykırı bir fiilin varlığı, bunun devlete isnad edilebilirliği ve yabancıya zarar vermesi unsurları çerçevesinde yapılacak değerlendirme neticesinde bir devletin uluslararası sorumluluğunun bulunup bulunmadığı olmaktadır. Kavram üzerinde yetkililer arasında bir anlaşma sağlanmadığı durumlarda, sorumluluğun adaletten kaçınma dolayısıyla doğduğunu ileri sürmeden önce, her bir olayın kendi özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır<sup>720</sup>.

Adli organlarla sınırlı ancak bunların fiilleri bakımından geniş anlamda ele aldığımız “adaletten kaçınma” kavramının belirlenmesinde kanımızca AİHS m. 6’da düzenlenen “adil yargılanma hakkı”, sınırlayıcı olmamak kaydıyla, göz önünde tutulabilmelidir<sup>721</sup>. Zira bu hükmün sözleşen tarafları bağladığı kesin olmakla birlikte, her bir uluslararası hukuk kişisi için de bir hukukun genel ilkesi ya da erga omnes yükümlülük olarak bağlayıcı kabul edilmesinde kanımızca bir sakınca bulunmamaktadır. Zira ilgili Sözleşmeye taraf devletler için “uygar uluslar” tabirini kullanmanın yerinde

---

<sup>720</sup> Von GLAHN, s. 229.

<sup>721</sup> “Adil yargılanma hakkı” başlıklı AİHS m. 6 metni şöyledir:

1. Herkes, gerek medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlâk, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde, veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.
2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.
3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:
  - a. Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
  - b. Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
  - c. Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için malî olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;
  - d. İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
  - e. Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

olması ve adil yargılanma hakkının diğer bütün insan haklarının bir hukuk devletinde yerine getirilmesinin en temel güvencesi olarak uluslararası toplumun genelini ilgilendirmesi dolayısıyla, bu, pekâlâ mümkün gözükmemektedir. Hatta adaletten kaçınma kavramı için AİHD'nin evrimsel yorum yöntemiyle Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri daha ileri götüren yorumları da göz önünde tutulabilir. Yine AİHS'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının düzenlendiği 5. maddesi de adaletin temini ve maddenin ihlâli halinde adaletten kaçınma durumunun düşünülebilmesi bakımından önem gösterebilecek niteliktedir. Adil yargılanma hakkı ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı salt bölgesel bir sözleşmede öngörülen bir ilke de değildir. Farklı coğrafyalardan yüzün üzerinde devletin, bir başka deyişle “*muhtelif uluslar*”ın, taraf olduğu 1966 tarihli BM Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmede ilki m. 14'te ve ikincisi m. 9'da düzenlenmiştir. Nisbeten daha kapsamlı haklar getiren Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme m. 14, yine adaletten kaçınmanın tespit edilebilmesi için uluslararası yargı organları ya da hakemlikler tarafından göz önünde tutulmaya değerdir. Yalnız burada bir iç yargı organı önünde, örneğin, “mahkemede kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan kişiye bir tecümanın parasız yardımının sağlanmaması durumunda, devlete adaletten kaçınma gibi ciddî bir uluslararası hukuka aykırılık yüklenebilmeli midir?” sorusu gündeme gelebilir. Kanımızca sorunun cevabı, konunun kötüye kullanılmaya çok elverişli olması ve daha önemlisi devlete bir uluslararası hukuka aykırı fiili isnad ederken, onun sübjektif bir kusurunun olup olmadığına bakılmaması dolayısıyla, olumlu olmalıdır.

Adaletten kaçınma, uluslararası pozitif hukukun gelişiminde de göz önünde tutulan bir kavramdır. 1930 La Haye Konferansında önerilen m. 9'a göre, bir yabancıya zarara uğraması: i) (aleyhine iç) başvuru yolu bulunmayan, devletin uluslararası yükümlülükleriyle uygunsuzluğu açık bir adlî karar varsa; ii) ya da devletin yükümlülüklerine aykırı şekilde yargı organları tarafından, bir yabancıya yargısal yollara başvurma hakkını kullanmasının engellenmesi veya yabancıya, muhakeme

usûlünde adaletin yerine getirilmesinden kaçınma anlamına gelebilecek haksız engellemelere ya da gecikmelere uğratılması durumunda devlet sorumlu olur<sup>722</sup>.

Uluslararası uygulamada da adaletten kaçınma sebebiyle devletin uluslararası sorumluluğuna gidilebilmiştir. Örneğin, *B. E. Chattin Davasına* ilişkin 1927 tarihli kararında Meksika-Birleşik Devletler Genel İddialar Komisyonu, Amerikan vatandaşı olup, Meksika’da demiryolunda kondüktör olarak çalışan ilgilinin yüklenen zimmet suçunun suçlusu olduğuna ilişkin bir problem olmamasına rağmen, mahkeme önünde sunulan delillerin ciddî ölçüde standarttan sapma (irregularity) göstermesinin Meksika’nın sorumluluğa yol açtığına karar vermiştir. Komisyonun sözünü ettiği sapmalar, uygun bir soruşturmanın yapılmaması, ilgilinin tanıklarla ve delillerle yeterince karşı karşıya getirilmemesi, kendisine karşı getirilen bütün suçlamalardan ilgilinin haberli kılınmaması, yargılama sürecinin başlamasında makul olmayan gecikme durumlarıdır. Bunun dışında hâkimlerin tutumlarında, ilgilinin ileri sürdüğü gibi, derin bir düşmanlık veya cezaevinde kötü muamele gördüğü ispatlanmamıştır<sup>723</sup>. Yine *Janes Davasına* ilişkin Meksika-Birleşik Devletler Genel İddialar Komisyonunun 1926 tarihli kararında, Meksika’da öldürülen Amerikan vatandaşının katillerinin bilinmesine rağmen, bunlara karşı sekiz yıldır hiçbir yakalama veya cezalandırma faaliyetine girişilmemiş olması bu kapsamda değerlendirilmiştir<sup>724</sup>.

## **F. Kamu Yetkisi (Governmental Authority) Kullanan Diğer Kişi ve Oluşumlar Çerçevesindeki Fiiller**

### **1. Genel Olarak**

Devletlerin doğrudan doğruya organları dışında kalan yerel idareler ile kamu iktisadî kuruluşlarının fiillerinin devlete isnad edilip edilemeyeceği konusu, bu idarelerin ya da kuruluşların somut olaydaki fiillerinin kamu yetkisinin kullanılıp kullanılmadığına göre ika edilmiş olmasına göre belirlenmektedir. Örneğin, Fransa-İtalya Uzlaştırma

<sup>722</sup> Bkz. Doc. A/CN.4/96, s. 226.

<sup>723</sup> Benzer kararlar için bkz. Von GLAHN, s. 235-236.

<sup>724</sup> Aktaran, SHAW, s. 571.

Komisyonu *Mossé Davasına* ilişkin 17.01.1953 tarihli kararında, bir devlet içinde fiilen kamu yetkileri kullanan her kişinin ya da kuruluşun fiillerinin devlete isnad edileceğinin kabul edildiğini belirtmektedir<sup>725</sup>.

Fiilleri devlete isnad edilebilen bireyler kategorisi *de facto* devlet organlarını oluşturur. Bunlar, resmî olarak devletin bir memuru statüsüne veya makamına sahip olmamasına rağmen, ancak aslında devlet adına hareket etmektedirler. Bu bireylere bu özelliği veren olgular şöyle sıralanabilir: i) devletin talimatı altında olmaları; ii) devletin tam bir kontrolü altında olmaları; iii) devletin memuru olarak davranmaları<sup>726</sup>.

2001 Komisyon Tasarısı m. 5'e göre, devletin bir organı olmayan ancak kamu otoritesinin işlevlerini yerine getirmek amacıyla bu devletin hukuku tarafından yetkilendirilen bir kişinin veya birimin (entity) fiilleri, bu yetki içinde hareket etmesi koşuluyla, uluslararası hukukta devletin fiilleri sayılacaktır.

Tasarının 5. maddesiyle, devlet organları yerine devlet teşekküllerinin özelleştirilmesi ancak, belirli kamu ve düzenleme işlevlerinin saklı tutulması durumu gibi, gittikçe artan "para-statal"<sup>727</sup> oluşumları sorumluluk konusuna dâhil etmek için düzenlenmiştir<sup>728</sup>. Burada kullanılan "birim" (entity) terimi geniş anlaşılmaktadır. Devlet teşekküllerinin, yarı kamusal kuruluşların, hatta özel bazı durumlarda özel şirketlerin, normalde devlet organları tarafından yürütülen kamusal nitelikli fonksiyonları yerine getirmek için devletin hukukuyla yetkilendirilmesi hâlinde, buradaki "oluşum" kavramı içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada söz konusu birimin fiili, belirli bir kamu yetkisinin uygulanmasıyla ilgilidir. Örneğin, bir ülkede cezaevi muhafızlığının özel güvenlik firmaları tarafından yerine getirilmesi ve bunların yetkileri içinde cezaeviyle ilgili düzenlemeler ve yargısal yaptırımlar uyarınca yakalama, disiplin gibi konularda kamu gücü kullanmaları mümkündür<sup>729</sup>. Görüleceği üzere zaman

---

<sup>725</sup> Bkz. PAZARCI, Dersler III, s. 163-164.

<sup>726</sup> CASSESE, s. 247-248.

<sup>727</sup> İdare tarafından kısmen ya da tamamen kontrol edilen ya da sahip olunan; kamu benzeri.

<sup>728</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 5, p. 1.

<sup>729</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 5, p. 2.

zaman devletin uluslararası yükümlülüklerini de yerine getiren özel oluşumların fiilleri devlete isnad edilebilmektedir. Bu ilkeyle bir bakıma devletin devlet dışı (non-state) aktörlere kendisi adına hukuka aykırı fiilde bulunma izni vererek sorumluluktan kaçmasının önüne geçilmek istenmektedir<sup>730</sup>. Örneğin, İran-Birleşik Devletler İddialar Mahkemesi (Iran-United States Claims Tribunal) önüne gelen 1985 tarihli *Hyatt International Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran Davasında*, devlet tarafından kurulan ve devletin yakın kontrolünde tutulan hayır amaçlı özerk bir kuruluşun bir kamu oluşumu sayılması, uyuşmazlığın Divanın yargılama yetkisi içinde kabul edilmesine yol açmıştır<sup>731</sup>.

Bir oluşumun devletin yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket etmesi burada incelediğimiz konu dışında kalmalıdır. Nitekim, bunlar ayrı olarak 2001 Komisyon Tasarısı m. 8’de düzenlenmiştir. Tasarının 5. maddesi uyarınca bir oluşumun fiilinin devlete isnad edilmesinde, söz konusu oluşuma devletin ne ölçüde sermayeyle katıldığı, malların mülkiyetinin hangi nisbette kimde olduğu veya bunun idarî bir kontrole tâbi olup olmadığı gibi kesin ölçütler getirilmemektedir. Bunun yerine burada getirilen ölçüt, bu oluşumların belirli idarî fonksiyonlar yerine getirmek için devlet tarafından yetkilendirilmiş olmasıdır<sup>732</sup>. Ancak Tasarının 5. maddesinin 8. maddesiyle birlikte değerlendirilebileceği söylenmelidir. Şöyle ki, özel kişilerin veya oluşumların fiilleri kural olarak devlete isnad edilemez. Ancak eğer bunlar devletin talimatlarıyla hareket ediyorsa, m. 8 uyarınca böyle bir fiil devlete isnad edilir. Burada ilgili kişinin veya oluşumun davranışının bir idarî faaliyet olması da zorunlu değildir. Madde 8’deki diğer durum, devletin kontrolü ve yönlendirmesi altında hareket eden kişi ve oluşumların fiillerinin devlete isnad edilebilmesiyle ilgilidir. Burada devletin kendi oluşumlarının davranışlarıyla ilgili zorlu bir mesele ortaya çıkar. Eğer devlet bir oluşumu sadece kurar da, bu oluşum sonradan hukuka aykırı bir fiil ika ederse, bu fiilin devlete isnad edilebilmesi için, devletin anılan rolü yeterli olmaz. Ancak bu oluşum, bir idarî otorite uyguluyorsa, ayrı bir hukuk kişiliği olsa bile, onun fiillerinin artık m. 5

---

<sup>730</sup> KONTOS, s. 237.

<sup>731</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 5, p. 2.

<sup>732</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 5, p. 3.

uyarınca değerlendirilip, devlete isnadı mümkün olur. Şüphesiz uluslararası hukuk, bir oluşumun iç hukuk uyarınca ayrı bir hukuk kişiliği olabileceğini kabul eder. Bununla birlikte, bir özel oluşum örtüsü altında, yükümlülüklerden kaçınma, hakları kötüye kullanma amaçları veya hileli diğer amaçlar söz konusu olunca, uluslararası hukukun buna göz yummayacağı da açıktır<sup>733</sup>.

O hâlde, fiilin devlete bağlanması verilen idarî yetkiye dayanıyorsa, söz konusu oluşumun ancak idarî bir faaliyet gördüğü durumlarda, fiilin devlete isnad edilebilmesi gerekir. Örneğin, bir demiryolu şirketinin bazı polis yetkileriyle donatılması hâlinde şirketin bu yetkiyi kullanması, bunun uluslararası hukuk bakımından devletin bir fiili olarak sayılmasını gerektirecektir. Ancak örneğin bu şirketin bilet satışı ya da demiryolu araçları satın alması gibi faaliyetleri bunun dışında kalacaktır<sup>734</sup>. Neyin idarî yetki kapsamına girdiği konusu 5. maddede tanımlanmamakla beraber, burada belirleyici hususlar, söz konusu oluşumun içinde bulunduğu toplumun tarihi, gelenekleri vs. olabilecektir<sup>735</sup>.

## **2. Özel Güvenlik Görevlilerinin Fiilleri Çerçevesinde**

Burada önemi gittikçe artan bir konuya da değinmekte yarar görmekteyiz. Devletin memuru olan polis memurlarının görevde olmadıkları zamanlarda (off-duty) özel güvenlik görevlisi olarak çalışırken ika ettikleri fiillerden dolayı devletin sorumlu tutulabilmesi bazı şartlarda mümkün olabilmektedir. Bu durumlarda devletin sorumluluğu, kişinin resmî polis memuru olarak yetki öne sürüp sürmediğine veya örneğin resmî üniforma giyerek veya resmî araç kullanarak bu yönde bir görüntü verip vermediğine bağlı olmaktadır. Bu konu özellikle göz önünde bulundurulmalıdır. Zira böyle kişiler, görünüşte böyle bir otoriteyi taşımaları veya diğer yetkililerin

---

<sup>733</sup> HOBÉR /SWARTLING, s. 11.

<sup>734</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 5, p. 5.

<sup>735</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 5, p. 6.



denetimlerinde bu kişilere göz yumabilmesi olanağına sahip olabilmeleri sebepleriyle, özel güvenlik firmaları ve onların müşterilerince özellikle tercih edilmektedir<sup>736</sup>.

Görüleceği üzere kamu yetkisi kullanabilen kişilerin önemlilerinden birisi özel güvenlik görevlileridir. Devletler bunların fiillerine karşı insan haklarının korunması bakımından yüksek bir koruma sağlamakla yükümlüdür. Devletin özellikle bunların ihlallerine karşı önleme, soruşturma, cezalandırma ve tazminat ödeme gibi ödevleri bulunmaktadır<sup>737</sup>. Bu konuda uygulamadan kararlara da rastlanmaktadır. Örneğin, AİHD *Atanassov v. Bulgaria Davasına* ilişkin 11.01.2001 tarihli kararında, özel güvenlik görevlileri tarafından yapılan bir kötü muamele iddiasını incelemiş ve devletin bunlara karşı koruma sağlama pozitif yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir. Ancak karar, iç hukuk yolları tüketilmediği için kabul edilemez bulunmuştur<sup>738</sup>. AİHD, *Avşar v. Turkey Davasında*, davacının kardeşinin (M. Ş. Avşar) otoritelerin bilgisiyle ve koruması altında hareket eden köy korucuları (village guards) tarafından kaçırıldığı ve daha sonra öldürüldüğü iddiasını incelemiştir<sup>739</sup>. Divan 27.03.2002 tarihli kararında, davalının, suçun otoritelerin bilgisi olmaksızın kendi özel alanında hareket eden kişiler tarafından ve dolayısıyla devletin sorumluluğunun ötesinde işlendiği savunusunu kabul etmemiştir. Zira Divan, köy korucularının olayın gerçekleşmesinde resmî konumlarından yararlandıklarını tespit etmiştir. Bununla birlikte Divan gerçekleşen ölümden davalıyı doğrudan sorumlu tutmamış ancak, söz konusu fiillerin mağdur açısından gerçek ve yakın tehlikesine karşı hareketsiz kalınmasını göz yumma olarak nitelendirmiştir<sup>740</sup>.

---

<sup>736</sup> KONTOS Alexis P., “‘Private’ security guards: Privatized force and State responsibility under international human rights law”, *Non-State Actors and International Law*, 2004, Vol. 4, s. 213.

<sup>737</sup> KONTOS, s. 229.

<sup>738</sup> ECHR, Court (Fourth Section), p. 4, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=1132746FF1FE2A468ACCBCD1763D4D8149&key=22903&sessionId=7200540&skin=hu-doc-en&attachment=true> (28.05.2006).

<sup>739</sup> ECHR, Reports of Judgments, Court (First Section), p. 3, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/-viewhbkm.asp?action=open&table=1132746FF1FE2A468ACCBCD1763D4D8149&key=2143&sessionId=7200393&skin=hu-doc-en&attachment=true> (28.05.2006).

<sup>740</sup> Adı geçen karar, p. 412-413.

## **G. Bir Devletin Tasarrufuna Bir Diğer Devlet Tarafından Verilen Organların Fiilleri (Conduct of organs placed at the disposal of a State by another State)**

2001 Komisyon Tasarısı m. 6'ya göre, bir devletin tasarrufuna bir diğer devlet tarafından verilen bir organın fiili, eğer organ, tasarrufuna verildiği devletin kamu otoritesini kullanarak hareket ediyorsa, uluslararası hukukta bu devletin fiili olarak kabul edilecektir. Buradaki isnadiyetin temel üç koşula bağlandığı söylenebilir. İlk söz konusu ilişkide gönderilen, bir devletin organı olmalıdır. Bu bakımdan özel kişilerin ve oluşumların davranışları bu madde içinde düşünülmez<sup>741</sup>. Burada Tasarı m. 4 vd. referans olarak alınmalıdır. İkinci olarak bu devletin organı bir diğer devletin tasarrufuna yerleştirilmeli ve son olarak da bu devletin kamu otoritesini kullanmalıdır.

Tasarının 6. maddesinde “tasarrufuna verilme” ifadesi, ilgili organların davranışlarının uluslararası hukukta gönderen devletin değil, kabul eden devletin fiilleri olarak sayılması için temel koşuldur. Kabul eden devletin “tasarrufunda yerleştirilme” kavramı bu organın kabul eden devletin otoritesi altında ve amaçları için hareket ettiğini gösterir. Ancak madde metninden de çıktığı gibi bir organın davranışının kendisine isnad edilmesi için, ilgili organın salt kendi tasarrufuna yerleştirilmiş olması yetmez, ayrıca gönderen devletin talimatlarından çok, kabul eden devletin mekanizmasıyla birlikte hareket etmesi gerekir. Böylece bu maddeyle devletler arasında anlaşmalarla öngörülen olağan işbirliği ilişkileriyle ilgili değildir<sup>742</sup>.

“Bir devletin organlarının bir diğer devletin tasarrufuna yerleştirilmesi” kavramıyla sınırlı olan durumlara, bir salgın veya bir doğal afetin üstesinden gelmek amacıyla yardım için bir başka ülkenin buyruğu altına yerleştirilen sağlık hizmeti birimleri veya belirli durumlarda bir başka devletin yargı organı olarak faaliyette bulunmak için atanan yargıçlar örnek olarak gösterilebilir. Diğer yandan örneğin kolektif meşru müdafaa hakkının veya bir diğer amacın uygulanması için bir devlete yardım amacıyla gönderilen silahlı kuvvetler bu maddenin dışında düşünülmemelidir. Daha genel

<sup>741</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 6. p. 5.

<sup>742</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 6, p. 2, 4.

ifadeyle şöyle söylenebilir, söz konusu kuvvetlerin gönderen devletin otoritesi altında kaldığı durumlarda, bu organlar, kabul eden devletin değil, gönderen devletin kamu otoritesini tatbik eder. Diğer durumlar, bir organın hem kendi hem bir diğer devletin talimatlarıyla hareket etmesi şeklinde veya birkaç devletin birleşmiş bir tek organı söz konusu olabilir. Bu durumlarda ilgili davranışlar Komisyon Tasarısı Birinci Bölüm İkinci Kısım altında her iki devlete de isnad edilebilecektir<sup>743</sup>. Bir devletin işlevlerinin onun rızası olmaksızın ülkeyi işgal veya kendi organlarının fiillerine izin vermeye zorlama gibi yollarla yerine getirilmesi yine bu madde kapsamı dışındadır<sup>744</sup>. Bir diğer durum bir başka devlete gönderen devletin amaçları için veya paylaşılan amaçlar için gönderilmekle birlikte, özerkliğini ve statülerini yitirmeyen diplomasi, konsolosluk, kültür misyonları veya yabancı kurtarma ve yardım örgütleri gibi organlar bu madde dışında kalır. Son olarak uluslararası örgütler tarafından bir devletin tasarrufuna yerleştirilen ve bu devletin kamu otoritesini kullanan organların durumları veya bir devlet tarafından andlaşma uyarınca bir uluslararası kuruluşa transfer edilen kişilerin durumları bu maddeye dâhil değildir. Bu konu devletler ile uluslararası örgütler arasındaki karmaşık ilişkilerle ilgilidir<sup>745</sup>.

Uluslararası uygulamada anılan ilkeye gönderme yapılan kararlara rastlanmaktadır. Örneğin, AİHD *Drozd and Janousek v. France and Spain Davasına* ilişkin 26.06.1992 tarihli kararında Fransa ve İspanya'dan Andorra mahkemelerinin üyeleri olarak bulunan yargıçların Fransa veya İspanya yargıçları olarak hareket etmediğini belirtmiştir. Zira bu mahkemeler işlevlerini bağımsız bir şekilde yerine getirirler ve onların hükümleri Fransa veya İspanya otoriteleri tarafından denetime de tâbi değildir. Dahası davacı tarafından Andorra mahkemelerine Fransa veya İspanya'nın herhangi bir müdahalesinin bulunduğu dair bir iddia da ileri sürülmemiştir. Divan

---

<sup>743</sup> Bu son durumlar için sorumlu devletlerin çokluğunun düzenlendiği Tasarının 46. maddesi gündeme gelebilecektir.

<sup>744</sup> Bu son durumlar bir devleti hukuka aykırı fiil ika etmesinde yönlendiren ve kontrol eden devletlerin belirli koşullarla sorumluluğunun düzenlendiği Tasarı m. 17 ve bir devletin hukuka aykırı bir fiil ika etmeye zorlanmasının düzenlendiği m. 18 çerçevesinde değerlendirilebilir.

<sup>745</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 6, p. 3-4, 9. buna uygun olarak 2001 Komisyon Tasarısı m. 57'de, hem uluslararası örgütlerin sorumluluğu hem de uluslararası örgütlerin davranışları dolayısıyla devletin sorumluluğu konusu Tasarı kapsamı dışında tutulmuştur.

burada ayrıca Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında yargıçların başka yerlere gönderilmesi (secondment) veya yabancı ülkelerin tasarrufuna yerleştirilmesi uygulamasına da dikkat çekmiştir<sup>746</sup>. Gönderen devlet bu gibi yargıçların maaşlarını ödemeye devam etse bile, bunlar kabul eden devletin yargıcı olarak faaliyet gösterdiği müddetçe, bunların fiilleri bu ikinci devlete isnad edilebilir<sup>747</sup>.

## **H. Devletin Yönlendirmesi ve Kontrolü Altında Hareket Eden Kişilerin Fiilleri**

Özel kişilerin fiillerinin devlete isnad edilmemesi kural olmakla birlikte, devlet ile özel kişiler veya oluşumlar arasında birtakım ilişkilerin bulunması durumunda, söz konusu fiillerin devlete isnad edilebilmesi mümkün olabilmektedir. Bu konunun düzenlendiği 2001 Komisyon Tasarısı m. 8 iki durumla ilgilidir. İlk olarak özel kişilerin hukuka aykırı fiili yapmada devletten talimat alması söz konusu olabilir. İkinci durum özel kişilerin daha genel şekilde devletin yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket ediyor olmasına ilişkindir. Devlet ile kural olarak fiillerinin devlete bağlanmadığı özel kişiler arasında gerçek bir ilişkinin mevcut olması durumunda, söz konusu fiiller devlete isnad edilebilecektir. Burada uluslararası hukukta “etkililik” (effectiveness) ilkesinde dayanağını bulan ve ya devletin bir talimatı (instruction) ya da bir yönlendirmesi (direction) veya kontrolü (control) altında yapılan bir fiil dolayısıyla bir gerçek ilişkinin tespiti gerekmektedir<sup>748</sup>. Burada “direction” terimi, salt bir teşvik veya telkin değil, gerçek ve etkili bir yönetimi gösterir anlamda, “control” terimi ise, salt daha az bir ilgiyi ifade eden gözetim/denetim anlamında değil, fiilin işlenmesinde bir tahakkümü (domination) gösterir anlamında kullanılmaktadır<sup>749</sup>.

Devletin talimatı ya da yönlendirmesi veya kontrolü altında yapılan fiillerin, özel kişi veya kişiler tarafından ya da idarî bir faaliyet olarak ika edilmesi önem taşımaz. Burada genellikle devlet yapılanmasının dışında kalan ancak, devlet organlarının,

---

<sup>746</sup> Bkz. ECHR Series A, No. 240 (1992), p. 96, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=1132746FF1FE2A468ACBCD1763D4D8149&key=355&sessionId=7257441&skin=hudoc-en&attachment=true> (01.06.2006)

<sup>747</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 6, p. 8.

<sup>748</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 8, p. 1.

<sup>749</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 17, p. 7.

faaliyetini toplanmış veya kışkırtılmış kişi ve kişi grupları vasıtasıyla desteklediği durumlarda söz konusu olmaktadır. Örneğin, polis kuvvetlerinden ya da silahlı kuvvetlerden olmayan özel kişilerin veya kişi gruplarının bir komşu ülkede yardımcı olarak kullanılması veya buraya gönüllü olarak gönderilmesi veyahut bir yabancı ülkede belirli bir misyon yerine getirmek için yönlendirilmesi devletin fiilleri sayılmaktadır<sup>750</sup>.

*Zafiro Davasına* ilişkin 1925 tarihli hakem mahkemesi kararında Birleşik Devletler, bir ticaret gemisinin sivil mürettebatı tarafından yapılan yağmalama dolayısıyla sorumlu tutuldu. Çünkü bu gemi, Amerikan deniz kuvvetleri tarafından bir destek gemisi olarak kullanılmakta olup, bir Amerikan donanma memurunun emri altında bulunan bir tacir kaptanın emri altında tutulmaktaydı. Mahkeme somut olayda uygun bir kontrolün yapılmadığını vurgulamıştır<sup>751</sup>.

Fiilin devlete isnad edilebilmesi için kontrolün ne derece olması gerektiği konusunda, *Tahrân'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin Davasıyla* ilgili kararında UAD, meselenin esasının kontralar (contras) tarafından uluslararası insancıl hukukun (international humanitarian law) ihlâlinin Birleşik Devletler'e isnad edilebilip edilemeyeceği ile ilgili olduğunu belirtmiştir. Divan, meseleyi "kontrol" kavramı merkezinde değerlendirdi ve Birleşik Devletler askerî personelinin operasyonda doğrudan yer aldığı ispatlanamasa da, Birleşik Devletler ajanları operasyonun planlanmasına, yönetilmesine, desteklenmesine ve yapılmasına katıldığını saptadı. Bu sebeple söz konusu saldırıların Birleşik Devletler'e isnadı Divan bakımından tespit edilmiş görünmektedir<sup>752</sup>. Bu kararda yine UAD, Nikaragua'nın daha geniş iddiaları üzerine, "Onlara (kontralara) Birleşik Devletler tarafından para ve diğer desteklerin verilmesine rağmen, Birleşik Devletlerin her bakımdan, örneğin kontraların onun adına hareket etmesi gibi, kontrol derecesinde faaliyette bulunduğu konusunda bir delil bulunmamaktadır... Birleşik Devletler'in, davacı devletin (Nikaragua'nın) iddia ettiği gibi insan haklarına ve insancıl hukuka aykırı suçları yönettiğine ya da işlediğine dair

---

<sup>750</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 8, p. 2.

<sup>751</sup> Aktaran, BROWNIE, International Law, s. 436.

<sup>752</sup> Merits, ICJ Reports 1986, p. 86.

deliller olmadıkça, Birleşik Devletler'in yukarıda belirtilen katılım şekilleri kendiliklerinden bir anlam taşımayacaktır. (Zira) bu fiiller Birleşik Devletler kontrolü olmaksızın da kontralar tarafından işlenebilirdi. (O hâlde) bu fiillerin, Birleşik Devletler'in hukukî sorumluluğuna yol açması için, bu devletin, ihlâllerin gerçekleştiğinin ileri sürüldüğü askerî ve yarı-askerî operasyonlar esnasında etkili bir kontrole (effective control) sahip olduğunun ilke olarak ispatlanması gerekecektir.” demiştir<sup>753</sup>.

Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Divanı Üst Mahkemesi (The Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia), UHK Taslak Komitesi tarafından 1998'de geçici olarak benimsenen 8. madde<sup>754</sup> hükmüne göndermede bulunduğu, 15.07.1999 tarihli *Prosecutor v. Tadić Davası*na ilişkin kararında, devletin yasalarına göre organ sıfatı olmayan ancak fiilen devlet adına hareket eden kişilerin fiillerinin devlete isnad edileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre bu maddenin mantığı, devletin organlarının yapamadığı ya da yapmaması gerektiği fiillerin özel kişilere yaptırılmasıyla veya iç hukukça devlet organı olarak sınıflanmasa da aslında idarî faaliyete katılan kişilerin fiilleri dolayısıyla sorumluluktan kaçmasını önlemektir. Burada sorumluluk, özel kişiler tarafından ika edilen fiillerin devlete isnad edilmesiyle ilgili ilkeler uyarınca devletin bunlar üzerinde kontrolünün olmasına dayanmaktadır. Buradaki kontrolün derecesi her bir somut olaya göre değişebilmektedir<sup>755</sup>. Bu kararda Mahkemece, silahlı çatışmanın uluslararası olduğunun düşünülmesi için, Bosnalı Sırplardan oluşan silahlı kuvvetler üzerinde (Federal Republic of) Yugoslavya otoritelerinin finansal, ekipman ya da askerî operasyonların planlanması veya gözetimi gibi desteklerinin ötesinde tam (overall) bir kontrolünün olması gerektiği belirtilmiştir<sup>756</sup>.

---

<sup>753</sup> Adı geçen karar, p. 109, 115. Ayrıca bkz. McCORQUODALE/DIXON, s. 415-416.

<sup>754</sup> 2001 Komisyon Tasarısı m. 8'in birebir aynısıdır.

<sup>755</sup> Case IT-94-1, *Prosecutor v. Tadić*, (1999), p. 117, <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/tad-aj990715e.pdf> (25.02.2006).

<sup>756</sup> Adı geçen karar, p. 145.

Burada Mahkeme, UAD'ın Nikaragua'ya ilişkin kararındaki yaklaşımdan (effective control), ilgili fiillerin devlete sorumluluk getirmesi açısından, nisbeten daha hafif bir standart (overall control) benimsemiştir. Ancak bu sonraki kararda devletlerin sorumluluğu konusunun değil, bireyin uluslararası alanda cezaî sorumluluğunun araştırıldığı da göz önünde tutulmalıdır. Mahkemenin özel kişilerin fiillerinin devlete isnad edilmesine ilişkin ilkelere gönderme yapması, devletin sorumluluğuna karar verecek oluşundan değil, uluslararası insancıl hukuk kurallarını tespit etmek için Yugoslav otoritelere ilgili silahlı güçlerin fiillerinin isnad edilip edilemeyeceğini ortaya çıkarma amacını taşımaktadır. Sonuç olarak kontrolün derecesi her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Yine de Wittich'e göre, bu iki yargı organı arasındaki yaklaşım farklılıkları, isnadiyetin amacının genel uluslararası hukukta isnadiyete ilişkin farklı kuralların uygulanmasını haklı kılıp kılmayacağı tartışmalarına açıktır<sup>757</sup>. Her iki yargı organı arasında farklı ölçütlerden hareket edilmiş olsa da, her iki yaklaşımın temeli, devletin özel kişileri basit şekilde desteklemesi veya cesaretlendirmesinden çok, kontrol etmesi veya yönlendirmesi ölçütlerine dayanmaktadır<sup>758</sup>.

Benzer şekilde AİHD *Loizidou v. Turkey Davasına* ilişkin kararında, devlet otoritelerinin kendi ülkesi dışındaki fiillerinden dolayı sorumluluğunun olduğu gibi, onların etkili bir kontrolüyle işlenen fiillerin de bu kapsamda değerlendirildiği belirtilmiştir<sup>759</sup>.

Bir diğer nisbeten güncel sayılacak olay 11 Eylül olaylarıdır. Burada terörist faaliyetlerden dolayı 2001 Komisyon Tasarısı m. 8 gibi, idarî otoritenin unsurlarını yerine getirenlerin fiillerinin düzenlendiği m. 5 ve devlet tarafından tanınan ve kabul edilen fiillerin düzenlendiği m. 11 de gündeme gelebilecektir. Bununla birlikte herhangi

---

<sup>757</sup> Bkz. WITTICH, s. 894-895.

<sup>758</sup> JINKS Derek, "State Responsibility for The Acts of Private Armed Groups", CJIL, 2003, Vol. 4, No. 1, s. 89.

<sup>759</sup> Merits, ECHR Reports, 1996-VI, p. 52, 56. Bu dava bakımından ayrıca bkz. Decision on the Preliminary Objections: ECHR Series A, No. 310 (1995), p. 62, <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=loizidou&sessionid=6836294&skin=hudoc-en> (30.04.2006).

bir maddenin uygulanabilmesi henüz belirsiz gerçeklerin araştırılmasına bağlı olacaktır. Burada gerek sözleşmeden gerekse örf ve âdetten kaynaklanan birincil kurallara göre bir devletin ülkesini saldırı faaliyetleri için kullandırması veya bu grupları barındırması dolayısıyla sorumluluğunun ortaya çıkması daha muhtemel gözükmektedir<sup>760</sup>. Şöyle ki, Birleşik Devletler BM Şartının meşru müdafaa hükümleri anlamında silahlı bir saldırıyla karşı karşıya olduğunu ve meşru müdafaa hakkının Afganistan'a karşı olduğunu ileri sürmüştür. Zira El-Kaide'nin liderleri Afganistan'daki Taliban rejimi tarafından desteklenmekte (supporting) ve barındırılmaktaydı (harboring). Bununla birlikte Birleşik Devletler, El-Kaide'nin Taliban adına hareket ettiğini veya malum saldırıların planlanmasında veya yapılmasında Taliban'ın doğrudan herhangi bir rol oynadığı veya doğrudan herhangi bir bilgiye sahip olduğunu ileri sürmemiştir. Bir başka deyişle Birleşik Devletler'in iddiaları Afganistan'ın ilgili gruplar üzerinde etkili (veya tam) bir kontrolünün olup olmadığına bakılmaksızın ileri sürülmüştür. Bu iddialar Birleşik Devletler için yeni olmamakla birlikte, 11 Eylül'ün ardından daha geniş uluslararası destek buldu. BM Güvenlik Konseyi, NATO, Amerikan Devletleri Örgütü açık veya örtülü şekilde bu iddiaları onayladılar. Bu gelişmeler geleneksel isnadiyet rejiminde ve devlet faaliyeti (state action) kavramında bir değişikliğe işaret edebilir. Ancak bu değişiklik, gereksiz, etkisiz ve hatta ters etki yaratabilecektir<sup>761</sup>.

Bu olaylar ışığında, her bir olayda devletin talimatları, yönlendirmesi ve kontrolü altında ortaya çıkan fiillerin, karşılaşılan olayın özellikleri göz önünde tutularak devlete isnad edilebilip edilemeyeceği kararlaştırılmalıdır. Bu kavramlar arasında net ayrımlar da olmadığına göre bunlardan birinin bulunması isnad için yeterli olabilecektir<sup>762</sup>.

Nihayet, devlet tarafından talimat verilen, yönlendirilen veya kontrol edilen kişi veya kişi gruplarının kendilerine verilen yetkilere veya bu devletin uluslararası yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi durumunda sorun ortaya çıkabilir. Bu durumda hukuka aykırı ya da yetkisiz fiilin görevi açıkça aşmış sorusu bir çözüm

---

<sup>760</sup> BODANSKY/CROOK, s. 784.

<sup>761</sup> JINKS, s. 89-90.

<sup>762</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 8, p. 7.



getirebilir. Zira devletler organı olmayan kişilere talimatlar verirken uluslararası hukuka aykırı bir şekilde işleneceği riskini göz önünde bulundurmazlar. Diğer yandan bir devletin etkili kontrolü altında hareket eden kişilerin fiilleri, belirli talimatlar görmezden gelinmiş olsa bile devletin fiili sayılacaktır<sup>763</sup>.

### **İ. Resmî Otoritelerin Yokluğunda ya da İşlemediği Durumlarda İdarî Otoritenin İşlevlerini Yerine Getiren Kişi ve Kişi Gruplarının Fiilleri**

2001 Komisyon Tasarısı m. 9'da, "Resmî otoritelerin yokluğunda (absence) ya da işlememesinde (default) ve otoritenin işlevlerinin yerine getirilmesinin gerektiği bu gibi durumlarda idarî otoritenin işlevlerini yerine getiren kişi ve kişi gruplarının fiilleri uluslararası hukukta devletin fiilleri sayılır." hükmü getirilmiştir. Anlaşılacağı üzere maddede olağanüstü hâller düzenlenmektedir. Bu durum maddedeki "... gerektiği bu gibi durumlar" (... in circumstances such as to call for) ifadesinden de anlaşılmaktadır. Bu gibi olaylar, düzenli otoritelerin çözüldüğü, dağıldığı, bastırıldığı veya işlemez hâle geldiği devrim (revolution), silahlı çatışma (armed conflict) veya yabancı işgali (foreign occupation) gibi durumlarda ortaya çıkar. Yine bir yabancı işgalinden sonra yasal otoritelerin kademeli olarak kurulduğu durumlarda da bu ilkenin uygulanması söz konusudur. Burada dayanağını eski "*levée en masse*"<sup>764</sup> fikrinde bulan, "düzenli otoritelerin yokluğunda vatandaşların meşru müdafaası" benzeri bir durum söz konusudur<sup>765</sup>.

Bu düzenlemenin uygulama bulması için her şeyden önce, kişi veya kişi gruplarının idarî otoritelerin işlevlerini kendi inisiyatifleriyle yerine getirmesi gerekmektedir. Bu bakımdan burada yerine getirilen faaliyetin niteliğine, devlet organizasyonu ile bu kişiler arasındaki resmî bir ilişkinin varlığından daha çok önem

<sup>763</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 8, p. 8.

<sup>764</sup> Temelini Platon'un "Yasalar" (Laws) kitabında, olağanüstü durumlarda poliste, erkeklerle talimde bulunan kadın ve çocuklar dâhil, bütün vatandaşlarının askerî faaliyette bulunmasını ifade eden "militia" (milis) fikrinde bulan "*levée en masse*" kavramı, tam ve terim olarak Fransız İhtilali sıralarında doğmuştur. Olağanüstü durumlarda eli silah tutan herkesin askere alınmasını ya da zorla vergi toplanmasını ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. [http://en.wikipedia.org/wiki/Lev%C3%A9e\\_en\\_masse](http://en.wikipedia.org/wiki/Lev%C3%A9e_en_masse) (13.03.2006).

<sup>765</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 9, p. 1-2.

verilmektedir. Ayrıca *de facto* hükûmetlerin organlarının fiilleriyle buradaki düzenleme birbirine karıştırılmamalıdır. Zira m. 9’da düzenlenen durumlar, bir devletin mekanizmasının veya yürürlükteki hükûmetin yerinin düzen dışı kişiler tarafından alınması ya da belirli faaliyetlerdeki noksanlıkların bunlar tarafından giderilmesi durumları ile ilgilidir. *De facto* hükûmetler ise devlet mekanizmasının artık bizzat kendisidir ve bunların fiillerini devlet organlarının fiillerinin düzenlendiği 2001 Komisyon Tasarısı m. 4 kapsamında değerlendirmek gerekmektedir<sup>766</sup>.

İran-Birleşik Devletler İddialar Mahkemesi *Yeager v. Islamic Republic of Iran* olayıyla ilgili olarak, devrim sonrası Tahran Havaalanında göç, gümrük ve benzeri bazı fonksiyonlarla ilgili faaliyetlerde devrim muhafızlarının fiillerini İran İslam Cumhuriyeti’ne isnad edilebilir bulmuştur. Zira söz konusu muhafızlar, hükûmet tarafından yetkilendirilmiş olmasa da, resmî otoritelerin yokluğunda, hükûmetin bilmek zorunda olduğunun kabul edildiği ve itiraz etmediği bazı idarî işlevleri yerine getirmektedir<sup>767</sup>.

“Resmî otoritelerin yokluğu ya da işlememesi” ifadesi hem devlet mekanizmasının toptan çöküşü hem de devletin kısmi çöküşü veya belirli bir bölgede kontrolü kaybetmesi üzerine resmî otoritelerin bazı işlevleri yerine getirememesi durumlarını kapsamaktadır. Düzenlemedeki “absence” ve “default” terimleri bunu karşılıyor gözükmektedir<sup>768</sup>. Yine idarî otoritenin işlevlerinin özel kişiler tarafından yerine getirilmesi, kurulu bir otorite bulunmadığı için polis veya diğer fonksiyonların yerine getirilmesi girişimine dayanmalıdır. Bu sonuncu durum, m. 9’daki düzenlemeyi, isyancı gruplar dâhil, özel kişilerin fiillerinin devlete isnad edilemeyeceği ana kuralından ayırmaktadır<sup>769</sup>.

---

<sup>766</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 9, p. 4.

<sup>767</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 9, p. 2. Ayrıca bkz. HILLIER, s. 342; SHAW, s. 552.

<sup>768</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 9, p. 5.

<sup>769</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 9, p. 6.

## **J. Devletin Bir Uluslararası Hukuka Aykırı Fiili Kendi Fiili Olarak Kabul Etmesi ve Benimsemesi**

2001 Komisyon Tasarısı m. 11'e göre, Tasarının İkinci Bölümü çerçevesinde devlete isnad edilemeyen fiiller, devletin söz konusu fiilleri kendisinin fiilleri olarak tanınması ve kabul etmesi durumunda ve bu kapsamda yine devletin fiilleri olarak sayılacaktır.

2001 Komisyon Tasarısı İkinci Bölümde isnadiyet ile ilgili ilkeler, isyancı veya benzeri bir hareketin fiillerinin düzenlendiği m. 10'daki istisna, fiili ika eden kişilerin fiilin işlendiği zaman devletin bir organı ya da devlet adına hareket eden kişiler olması varsayımına dayanmaktadır. Madde 11'de ise, fiilin işlendiği zaman devlete isnad edilemeyen fiillerin sonradan devlet tarafından kendisinin olarak benimsenmesi durumlarına özgüdür. Burada fiil artık devletin fiili sayılır<sup>770</sup>.

*Lighthouses Davasıyla ilgili olarak hakemlik mahkemesi, Girit tarafından başlatılan bir imtiyaz sözleşmesi ihlâli dolayısıyla Yunanistan'ı sorumlu tutulmuştur. Girit, fiilin yapıldığı dönemde Osmanlı Devleti'nin özerk (autonomous) bir bölgesidir. Ancak söz konusu ihlâlin başta Yunanistan ve Girit arasında düzenli bir etkileşim varmışçasına ika edilmesi ve sonradan Yunanistan tarafından buna devam edilmesinin uygun bulunması sebepleriyle Yunanistan sorumlu tutulmuştur<sup>771</sup>.*

Ardıl devletler bakımından, yeni devletin eski devletin ülkesiyle ilgili sorumluluk durumlarından sorumlu olup olmadığı pek açık değildir. Ancak eğer ardıl devlet, ülkesi üzerinde sürmekte olan bir hukuka aykırılıkla karşı karşıya gelir ve bunu benimser ve sürdürürse, devletin sorumluluğu üstlendiği pekâlâ ileri sürülebilecektir<sup>772</sup>. Bu konu ileride ayrı bir başlık altında daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

---

<sup>770</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 11, p. 1.

<sup>771</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 11, p. 3.

<sup>772</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 11, p. 3.

UAD 24.05.1980 tarihli *Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin Davayla* ilgili kararında, devletin kendi organlarıyla işlemediği ancak benimsediği ve sürdürdüğü veya sürmesine göz yumduğu olaylar bakımında örnek niteliğinde bazı tespitlerde bulunmuştur. Buna göre, Birleşik Devletler hükûmeti üzerinde baskı uygulamak amacıyla elçiliğin işgalinin ve elçilik personelinin rehine olarak alıkonmasının sürdürülmesiyle ilgili Ayetullah Humeyni tarafından ilan edilen politikaya İran otoriteleri tarafından uyulmuş ve onlar tarafından benimsendiği (endorse) pek çok kez ifade edilmiştir. Bu politika, elçiliğin işgali ve diplomasi ve konsolosluk personelinin alıkonması ile ortaya çıkan durumun hukukî niteliğini değiştirmektedir. Söz konusu olaylara Ayetullah ve İran otoriteleri tarafından onay verilmesi (approval) ve bunları sürdürme kararı (the decision of perpetuate), söz konusu fiilleri bu devletin fiillerine dönüştürmüştür<sup>773</sup>.

2001 Komisyon Tasarısı m. 11'deki "acknowledges and adopts the conduct in question as its own" ifadesi bakımından, fiillerin salt mevcut olduğunun tanınması ve sözlü olarak fiillerin onaylandığının ifade edilmesi ilke olarak m. 11 bağlamında devletin uluslararası sorumluluğuna yol açmaz. Nitekim uygulamada birçok olay karşısında devletler, söz konusu olayı onaylama yönünde tutum sergilemektedir. Bu maddenin uygulanması bakımından önemli olan ilgili fiilin kendi fiili olarak kabul edilmesidir. Eğer bir devlet kendisine isnad edilemeyen bir fiil dolayısıyla sorumluluk almak isterse, örneğin, önlemek için çaba harcadığı, fiilin ortaya çıkmasından sonra da bunu onaylamadığı ve bundan dolayı derin üzüntü içinde olduğu fiiller bakımından sorumluluğu kabul etmesi durumlarında, m. 11 uygulanabilecektir<sup>774</sup>.

---

<sup>773</sup> ICJ Reports 1980, p. 74, [http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/iusir/iusir\\_ijudgment/iusir\\_iJudgment\\_19800524.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/iusir/iusir_ijudgment/iusir_iJudgment_19800524.pdf) (12.02.2006). UAD aslında bu kararında, söz konusu onaylamanın fiiller üzerinde etkisinin bulunup bulunmadığı veya İran'ın söz konusu fiillerin işlenmesi sürecinde başından beri ve tüm süreçte sorumluluğunun olup olmadığı konularında bir karara varmak yerine, İran'ı uygun tedbirlerin alınmaması ve koruma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle daha önceden sorumlu tutmuştur. (Bkz. adı geçen karar, p. 63-68).

<sup>774</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 11, p. 6.

### III. ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN FİİLLERİ

Özel kişilerin fiillerinin devlete isnad edilebilmesi hakkında tek ve bir örnek ölçüt bulunduğunu söyleyemeyiz<sup>775</sup>. Konunun aslında bir başlık altında sınırlanamaması, 2001 Komisyon Tasarısında, salt özel kişilerin fiilleri bakımından devletin sorumluluğunu düzenleyen bir madde hükmü getirilmemesinden de bellidir. Bu sebeple biz bu başlık altında kısmen daha önce çeşitli başlıklar altında değindiğimiz ve ileride özellikle isyancıların fiillerinin devlete isnad edilebilmesi konusunda da inceleyeceğimiz durumları genel anlamda ele alacağız.

Özel kişilerin fiilleri bakımından yabancı bir devlet başkanı veya temsilcilerine karşı girişilen suikastlar, yabancı devletin bayrağına ve armalarına hakaret, yabancı devlete karşı isyana hareketlerine teşvik, hakaret niteliğinde yayın yapma gibi günlük hayatta sıkça karşılaşılan ferdî fiiller dolayısıyla devletin sorumluluğunun bulunup bulunmadığı inceleme konusu olabilecektir<sup>776</sup>.

Öncelikle şunu belirtmeliyiz ki, devlet, ülkesindeki bütün kişilerin her fiilinden sorumlu değildir<sup>777</sup>. Tam anlamıyla özel kişilerin fiilleri dolayısıyla devletin uluslararası sorumluluğu ilke olarak doğmaz. Burada sorumluluğun bulunmamasıyla ilgili olarak öteden beri ileri sürülen sebep, en düzenli işleyen devletlerin bile halkının tamamını hukuka uyar bir hâlde bulundurmasının imkânsız olmasıdır. Sorumluluğun dayanağı noktasını ilgilendiren bu görüşü yerinde bulmayan Bilsel'e göre ise sorumluluk, imkânsızlık sebebiyle değil, ancak devletin üstüne düşen bir yükümlülüğü yerine getirmiş olması dolayısıyla doğmayacaktır<sup>778</sup>. Özel hukuk kişilerinin tek ya da topluca ika ettikleri fiilleri sebebiyle devletin uluslararası sorumluluğunun doğması için bu

<sup>775</sup> Bkz. Case IT-94-1, *Prosecutor v. Tadić*, (1999), p. 117.

<sup>776</sup> ANZILOTTI, s. 351. Ayrıca bkz. JIMÉNEZ/TANZI, s. 359.

<sup>777</sup> Örneğin, Şili-Birleşik Devletler İddialar Komisyonu, *Lovvet Davasına* ilişkin 1892 tarihli kararında, uluslararası hukukta bütün otoritelerin, bir ulusun vatandaşlarından (subjects) biri tarafından verilen bir zararın ulusun kendisi tarafından yapılmış gibi düşünülmemesi gerektiği ilkesinde görüş birliğinde olduğunu belirtmiştir. (Aktaran, AMERASINGHE, s. 49-50).

<sup>778</sup> BİLSEL, *Devletler*, s. 248.

fiillerin devletle doğrudan bir bağının kurulması gerekmektedir<sup>779</sup>. Milletler Cemiyeti bünyesinde İtalya ve Yunanistan arasındaki 1923'te *Tellini Olayı* üzerine gelişen uyuşmazlığı çözmek üzere görevlendirilen bir özel Hukukçular Komitesi (Committee of Jurists) aslında bu konuda genel olarak halen geçerli temel ilkeyi göstermektedir. Buna göre, bir devlet ülkesinde yabancılara karşı işlenen siyasî suçların, ancak devletin suçun önlenmesi ve takibi için bütün makul önlemleri almakta ihmali varsa devletin sorumluluğunu gerektireceğini belirtilmiştir<sup>780</sup>.

Devletin özel hukuk kişilerinin fiilleri dolayısıyla uluslararası sorumluluğunun olup olmadığı ve hangi koşullarda sorumluluğunun olduğu konusunda geleneksel öğretilerde ve uygulamada iki temel eğilim ortaya çıkmıştır. Bunlardan birine göre, bir toplumun üyesi tarafından bir başka topluma ya da onun bir üyesine karşı işlenen fiiller, fiili işleyen kişinin üyesi olduğu toplumun fiilleri sayılır ve bundan bütün üyeler mallarıyla ve canlarıyla sorumlu olur. “Zümre tesanüdü” (grup dayanışması) olarak ifade edilebilecek bu anlayış Cermen kökenlidir. Buna karşılık olarak, dayanağını Roma hukukundaki “kusur” kavramından ve “işlenen fiilden dolayı kusursuz sorumluluk olmaz” ilkesinden alan ve uluslararası hukuk bakımından Grotius tarafından ileri sürülen anlayışa göre ise, bir ferden bir yabancı devlet ya da hükümdar aleyhine bir suç hazırladığını bilen ve buna engel olma olanağı olduğu hâlde suçun işlenmesinin önüne geçmeyen (*patientia*) veya suçluyu barındıran ve gerek iadeyi gerekse cezalandırmayı reddederek suçlunun cezadan kurtulmasına sebep olan (*receptus*) devlet, bu suretle suçun şeriki sayılır. Devletin sorumluluğu da ilgili kişiyle münasebetinden değil, buradan doğmaktadır<sup>781</sup>.

Bununla birlikte burada “devletin işlenen suçun şeriki olması” kavramı açık olmadığı gibi, devletin suçun önlenmesi veya cezalandırmasındaki başarısızlığı durumlarında genel olarak suçun işleyen kişi ile devlet arasında açıkça bir iştirak ilişkisi de bulunmaz. Ancak devlet otoritelerinin planlanan bir suçun önceden bilmesine rağmen

<sup>779</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 166.

<sup>780</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, Birinci Bölüm-İkinci Kısım, p. 3.

<sup>781</sup> ANZILOTTI, s. 352-353; JIMÉNEZ/TANZI, s. 359.

seyirci kalması veya onları kışkırtması durumlarında devletin şerik olduğu söylenebilir. Devletin buradaki sorumluluğunun temeli, aslında uluslararası hukuk bakımından daha yerinde ifadelerle, devletin suçu işleyenle iştiraki değil, suçu önlemek için makul ve yeterli bütün önlemleri alması ve suç işlendikten sonra suçlunun takibi, tutuklanması, yargılanması ile ilgili ödevlerini yerine getirmemesi olmaktadır. O halde devletin, özel kişilerin fiilleri için değil, organlarının “özen eksikliği” (the lack of due diligence), ihmali dolayısıyla sorumlu olması sebebiyle, ayrıca devletin iştirakinden veya dolaylı sorumluluğundan söz etmek gereksizdir<sup>782</sup>.

Özel hukuk kişilerinin fiillerinin bir devlete bağlanabilmesi olanağı, bu kişilerin ya fiilen devlet adına hareket etmeleri ya da devletin yabancıları korumadaki yükümlünün yerine getirilmemesi veya gereği gibi yerine getirilmemesi hâllerinde bulunur. Bu ikinci durumda devlet yabancıları ya da bir diğer devlete karşı özel hukuk kişileri tarafından ika edilen fiillerde yeterli önlemleri almada ya da bu fiilleri yapanları cezalandırmada yetersiz davranışlar göstermiş olabilir<sup>783</sup>. Özel kişilerin devlet adına hareket ettiği durumları, yukarıda çeşitli başlıklar altında incelemiş bulunuyoruz. Burada daha çok ikinci durum üzerinde duracağız.

Yukarıdaki gelişim seyri bağlamında, uluslararası hukukun genel olarak özel kişiler tarafından ika edilen ve yabancı devleti zarara uğratan veya buna tecavüzü ifade eden fiilleri, ferdî fiiller saydığını; ancak bu fiillere bazı uluslararası yükümlülükler ve bunlara karşılık gelen haklar bağladığını söyleyebiliriz. İşte devletin sorumluluğu, özel kişilerin fiillerinden değil ancak, bu fiile uluslararası hukukun bağladığı yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden doğmaktadır<sup>784</sup>.

Uluslararası pozitif hukuk olmaya aday çalışmalarda da konunun ele alındığını söylemeliyiz. 1930 La Haye Kodifikasyon Konferansında önerilen m. 10’a göre,

---

<sup>782</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 360.

<sup>783</sup> AMERASINGHE, s. 51; JENNINGS/WATTS, s. 549; Von GLAHN, s. 236-237; PAZARCI, Dersler III, s. 166-167; CASSESE, s. 250. Devletin koruma yükümlülüğündeki eksikliklerle ilgili bazı “United States-Mexico General Claims Commission” kararları için bkz. Von GLAHN, s. 232-236.

<sup>784</sup> ANZILOTTI, s. 356-357.

yabancılara veya onların mallarına özel kişiler tarafından zarar verilmesiyle ilgili olarak devlet, ancak zarar verici fiilleri önlemek, telafi etmek veya cezalandırmak için normal olarak alması gereken önlemleri almaması durumunda sorumludur<sup>785</sup>.

Özel kişilerin uluslararası hukuka aykırı fiilleri devlete sorumluluk doğurması bakımından genellikle iki açıdan değerlendirilmiştir. Yukarıda incelendiği şekliyle bunlardan ilki, devletin bu fiillerin ortaya çıkmaması için önceden almakla yükümlü olduğu tedbirlerde ya da bu tedbirlere rağmen ortaya çıkan aykırılığa son vermede veya fiillerin neticelerini gidermede ya da bu kişilerin takibatı için yapması gerekenlerde eksikliği veya hatası bulunması durumlarıdır. İkinci olarak da, ilgili fiiller, söz konusu kişi ve kişi gruplarının devlet tarafından yönlendirilmesi veya kontrol edilmesi durumları açısından incelenebilir. Bu iki durumda da ilgili fiiller devlete isnad edilebilir. Örneğin UAD'ın *Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin Davayla* ilgili kararında konunun her iki açıdan değerlendirmesini yapan ifadelere rastlanmaktadır. İlk olarak Divan, İran'ın militanların saldırılarına karşı Birleşik Devletler misyon binalarının, personelinin ve arşivlerinin korunması için gerekli önlemleri almadığını tespit etmiştir. Buna göre bu hareketsiz kalma (inaction) kendiliğinden, İran'ın yükümlülüklerinin açık ve ciddî bir ihlâlini oluşturur<sup>786</sup>. Ayrıca İran otoritelerinin tutumlarını, elçiliğin işgalinin ve elçilik personelinin alıkonmasının sürdürülmesi şeklinde bir politika olarak değerlendiren Divan, militanların, saldırıları gerçekleştiren otoritelerin ve rehinelere bekleyen kişilerin (jailers) artık İran'ın ajanları olarak sayıldığını ve onların fiillerinin İran'ı sorumlu kıldığını belirtmiştir<sup>787</sup>.

#### **IV. BİR DEVLETİN BİR BAŞKA DEVLETİN FİİLLERİ BAKIMINDAN SORUMLULUĞU**

Yukarıda devletin, ona isnad edilebilen bir uluslararası yükümlülüğünü ihlâli dolayısıyla sorumluluğunu inceledik. Temel olarak devlet kendi fiillerinden sorumlu tutulur. Buna bir bakıma devletin sorumluluğunun bağımsızlığı denebilir. Zira devletin

<sup>785</sup> Bkz. Doc. A/CN.4/96, Annex 3, s. 226.

<sup>786</sup> ICJ Reports 1980, p. 63, 67.

<sup>787</sup> ICJ Reports 1980, p. 74.



kendi uluslararası yükümlülük alanı bulunduğu gibi, buna bağlantılı sorumluluklara da sahip olmalıdır. Ancak kimi durumlarda devletin tek başına hareket etmesinden çok, birkaç devletin birlikte hareket etmesinden doğan bir uluslararası hukuka aykırı fiil söz konusudur. Burada her bir devletin hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmesinde kendi rolünü oynaması söz konusu olabileceği gibi, birkaç devletin müşterek bir organ aracılığıyla hukuka aykırı fiil ika etmesi de olabilir<sup>788</sup>.

Bazı durumlarda bir devletin davranışı bir diğer devletin bağımsız davranışına da bağlı olabilir. Örneğin, AİHD *Soering Davasına* ilişkin 07.07.1989 tarihli kararında, Birleşik Krallık tarafından bir kişinin muhtemelen insanlık dışı ve alçaltıcı muamele göreceği ve Sözleşmeye taraf olmayan bir devlete (Birleşik Devletler'e) iadesini Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>789</sup>. Yine bazı durumlarda bir devletin bir diğer devletin bir davranışını veya en azından bu davranıştan doğacak zararı önleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla sorumluluğu gerekebilir<sup>790</sup>.

Aslında devletin sorumluluğu kural olarak devletin yükümlülüklerini kedisinin ihlâl etmesinden doğar. Ancak, bu kısım altında devletin bir başka devletin fiilleri bakımından sorumluluğu konusu ele alınmaktadır. Aşağıda bu konuya ilişkin üç temel ayrımı inceleyeceğiz.

#### **A. Bir Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilin Yapılmasına Yardım ve Destek Verilmesi**

2001 Komisyon Tasarısı m. 16'ya göre, bir devletin bir uluslararası hukuka aykırı fiil yapmasına yardım eden veya destek sağlayan bir devlet, eğer bu uluslararası

---

<sup>788</sup> 2001 ILC Commentaries, Birinci Bölüm-Dördüncü Kısım, p. 1-2.

<sup>789</sup> ECHR Series A, No. 161, p. 85-91, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=1132746FF1FE2A468ACBCD1763D4D8149&key=200&sessionId=7302353&skin=hudoc-en&attachment=true> (05.06.2006). AİHD'nin ilgili ilkeyi uyguladığı diğer kararları için bkz. *Cruz Varas v. Sweden*, ECHR Series A, No. 201 (1991), p. 69-70, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=1132746FF1FE2A468ACBCD1763D4D8149&key=255&sessionId=7303625&skin=hudoc-en&attachment=true> (05.06.2006); *Vilvarajah v. United Kingdom*, ECHR Series A, No. 215 (1991), p. 115-116, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=1132746FF1FE2A468ACBCD1763D4D8149&key=294&sessionId=7303776&skin=hudoc-en&attachment=true> (05.06.2006).

<sup>790</sup> Bkz. *Korfu Boğazı Davası*, ICJ Reports 1949.

hukuka aykırı fiille ilgili olguları bilerek bu şekilde hareket etmekteyse ve fiil bu devlet tarafından yapılmış olsaydı da uluslararası hukuka aykırı olacak idiyse, sorumludur.

İlk koşuldan yola çıkarak, ilgili yardımın veya desteğinin uluslararası hukuka aykırı fiil ika etme amacıyla kullanılacağını bilmemesi durumunda, yardımı sağlayan devletin sorumluluğunun bulunmayacağı söylenmelidir. Zira maddî veya finansal yardım sağlayan devletler normal olarak bunun bir hukuka aykırı fiil ika etmek amacıyla kullanılacağı riskini hesaplamaz. İkinci koşulda ise m. 16 yardım eden devletin kendi bağlı olduğu yükümlülüklerin ihlalleriyle sınırlanmaktadır. Zira yardım eden devlet bir diğer devlete her ikisinin de bağlı olduğu bir yükümlülüğün ihlâlini yaptırılmaz. Diğer yandan bir devlet kural olarak bir diğer devletin bağlı olduğu yükümlülüklerle bağlı değildir<sup>791</sup>. Bir devlet yükümlüsü olmadığı bir kurala uymayan bir harekette bulunabilir. Görüleceği üzere maddede bir uluslararası hukuka aykırı fiilin yapılmasına yardım eden ve destek sağlayan devletlerin sorumlu tutulması için iki temel koşul öngörülmüştür. Bununla birlikte Komisyon Yorumunda bir üçüncü koşul sayılmaktadır. Aslında bu üçüncü koşul ilk koşulun lafzından doğal olarak çıkmaktadır. Yorum Belgesine göre, söz konusu yardımın veya desteğin hukuka aykırı fiilin yapılmasını kolaylaştırma (facilitating) amacıyla verilmesi gerekmektedir. Bu koşul, m. 16'nın uygulanmasını verilen yardımın sonradan yapılan hukuka aykırı fiile açıkça bağlanması durumlarıyla sınırlar. O halde bir devlet, eğer verilen yardım vasıtasıyla, bir uluslararası hukuka aykırı fiilin meydana gelmesini kolaylaştırmayı amaçlamaz ve yardım edilen devlet de bununla gerçekten bir hukuka aykırı fiil ika etmez ise, yardım ve destek dolayısıyla ilk devletin sorumluluğu doğmaz. Bunun dışında söz konusu yardımın hukuka aykırı fiilin yapılması için zorunlu olması gerekmeyp, ilgili fiile önemli bir destek sağlaması yeterlidir<sup>792</sup>. Ancak eğer ilgili yardım olmasaydı söz konusu uluslararası hukuka aykırı fiil

---

<sup>791</sup> Andlaşmalar hukuku bakımından bu ilkeye andlaşmaların nisbî etkisi denmektedir. Bu, bir andlaşmanın ilke olarak sadece taraflarını bağlayıp, onlar için hak ve yükümlülük doğurması anlamına gelmektedir. Uluslararası hukukta anılan ilke devletlerin egemenliği ilkesiyle uyum içindedir. (SUR, s. 47). Bu ilke, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 34-35 uyarınca da sabittir.

<sup>792</sup> Bkz. ILC Commentaries, m. 16, p. 3-6.

yapılamayacak idiyse, bir başka deyişle bu yardım, uluslararası hukuka aykırı fiilin zorunlu unsuruysa, hukuka aykırı fiil her iki devlete de isnad edilebilecektir<sup>793</sup>.

Yardım eden devlet bakımından bu koşulların oluşmaması durumunda da, uluslararası hukuka aykırı bir fiil ika eden devletin sorumluluğunun doğmasının, fiilin ona isnad edilebilmesi ve kendi uluslararası yükümlülüklerini ihlâl etmesi koşullarıyla bağımsız olarak değerlendirilerek mümkün olacağında şüphe yoktur. Ancak anlaşılacağı üzere, yardım eden bir devletin sorumlu olması için, yardım ettiği devletin bir uluslararası hukuka aykırı fiil ika etmiş olması, bir başka deyişle bu ikinci devletin uluslararası sorumluluğunun gerekmesi öncelikle zorunludur<sup>794</sup>.

Bu madde bir devletin bir diğer devlete bu ikinci devletin uluslararası yükümlülüklerini ihlâl eden bir fiil ika etmesinde gönüllü olarak yardım etmesi, örneğin önemli bir tesis sağlaması veya ilgili faaliyeti finanse etmesi, durumlarıyla ilgilidir. Yine bir uluslararası su yolunun kapatılmasına, bir yabancı ülkedeki kişilerin kaçırılmasına, bir üçüncü devlet uyruklarına ait mallara zarar verilmesine çeşitli araçlar sağlama bu durumlara örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi durumlarda asıl sorumluluk fiili ika eden (acting) devlettedir; yardım eden devletin rolü, fiili destekleyici (supporting) olmasıdır. Nitekim madde metninde de kendisine yardım edilen devletin hukuka aykırı fiil ika etmesinden söz edilmektedir. Bu, yardım ve destek yapan devleti hukuka aykırı fiili birlikte yapan (co-perpetrator) veya bu fiile katılan (co-participant) devletlerin durumlarından ayırmaktadır. Böylece yardım eden devlet sadece kendi davranışının uluslararası hukuka aykırı fiilin yapılmasına sebep olduğu ve destek sağladığı kapsamda sorumlu tutulabilecektir<sup>795</sup>.

Uygulamada devletin ülkesini bir diğer devletin bir üçüncü devlete karşı silahlı saldırıda bulunması amacıyla kullanılmak şeklinde yardım sağlaması konusu sıkça

---

<sup>793</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 16, p. 10. Bu son durumda Tasarının sorumlu devletlerin çokluğunun düzenlendiği 47. maddesi gündeme gelir.

<sup>794</sup> Ayrıca bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 16, p. 11.

<sup>795</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 16, p. 1.

gündeme gelen bir konudur<sup>796</sup>. Örneğin, 1986'da Trablus'un ve Bingazi'nin Birleşik Devletler tarafından bombalanmasıyla ilgili olarak Libya, Birleşik Krallık devletinin, çeşitli hava üslerini Amerikan uçaklarına kullandırması olgusuna dayanarak sorumluluğunu ileri sürmüştür<sup>797</sup>. Konuyla ilgili Güvenlik Konseyine önerilen bir kararın veto edilmesine rağmen, Genel Kurul, BM Şartının ve uluslararası hukukun bir ihlâli olarak nitelendirdiği askerî saldırıyı kınayan ve bütün devletleri Libya'ya karşı saldırılar için yardım ve tesis vermekten kaçınmaya çağırarak bir karar yayımlamıştır<sup>798</sup>.

## **B. Bir Uluslararası Hukuka Aykırı Fiilin Yapılması Üzerinde Gerçekleştirilen Yönlendirme (Direction) veya Kontrol (Control)**

2001 Komisyon Tasarısı m. 17'ye göre, bir devletin bir uluslararası hukuka aykırı fiil yapmasında onu yönlendiren veya kontrol eden bir devlet, eğer bu uluslararası hukuka aykırı fiille ilgili olguları bilerek bu şekilde hareket etmekteyse ve fiil bu devlet tarafından yapılmış olsaydı da uluslararası hukuka aykırı olacak idiyse, sorumludur.

Madde metnindeki “direct” terimi, salt bir teşvik veya telkin değil, gerçek ve etkili bir yönetimi gösterir anlamda, “control” terimi, salt daha az bir ilgiyi ifade eden gözetim/denetim (oversight) anlamında değil, fiilin işlenmesinde bir tahakkümü (domination) gösterir anlamında kullanılmaktadır<sup>799</sup>.

Burada sorumluluk, Tasarının 16. maddesi uyarınca yardım ve destek sağlayan devletin sorumluluğundaki gibi verilen yardım ölçüsüyle sınırlı olmayıp; bir devleti yönlendiren veya kontrol eden devlet söz konusu uluslararası hukuka aykırı fiilin tamamından sorumlu olmaktadır<sup>800</sup>. Ancak, yönlendirilen veya kontrol edilen devlet, hukuka aykırı fiil yapmak için yönlendirilmiş olması gerekçesiyle Tasarının hukuka

---

<sup>796</sup> Aslında burada ülkesini kullandıran devletin durumu 1974 tarihli 3314 (XXIX) sayılı Saldırının Tanımı Kararı m. 3(f)'de saldırı kavramı içinde değerlendirilmiştir. Karar için bkz. <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement> (02.06.2006).

<sup>797</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 16, p. 8.

<sup>798</sup> G.A. Res. 41/38 of 20 November 1986, p. 1, 3, <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/495/46/IMG/NR049546.pdf?OpenElement> (02.06.2006).

<sup>799</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 17, p. 7.

<sup>800</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 17, p. 1.

aykırılığı ortadan kaldıran durumlarına başvuramaz. Zira bu devlet yönlendirmeye uymayı reddetmek zorundadır. “Üstün emri” (superior orders) savunusu uluslararası hukukta devletler için söz konusu olamaz<sup>801</sup>. Yönlendiren devletin yönlendirilen devletin söz konusu hukuka aykırı fiili yapmaya zaten istekli olduğunu göstermesi de kendisi açısından bir gerekçe olamaz<sup>802</sup>.

Yönlendirme ve kontrolün yapılmasından doğan sorumluluk büyük ölçüde tarihsel önemi haizdir. Koruma (protectorate) veya bir başka devlet üzerinde hükmetme yetkisi bulunma (suzerainty) gibi uluslararası bağımlılık (dependency) ilişkileri, bağımlı devlete isnad edilebilen davranışlardan dolayı uluslararası açıdan sorumlu olarak baskın (dominant) devletleri ele almayı gerektirmiştir<sup>803</sup>. Ancak biz bu konuyu ileride “Koruma, Manda, Vekâlet veya Vesayet Altındaki Devletlerin Fiillerinden Doğan Sorumluluk” başlığı altında inceleyeceğiz. Yalnız burada şu kadarını söylemeliyiz ki, bağımlı ülkelerin (dependent territories) durumu, bir devletin bir diğer devletin davranışlarından sorumluluk hallerinden birinin düzenlendiği m. 17’nin kapsamı dışında kalır. Zira bir ülke ile bir diğeri arasındaki bağımlılık ilişkilerinin çoğunda, bağımlı ülke bir dereceye kadar uluslararası kişiliğe sahip olsa da, bir devlet değildir<sup>804</sup>. Ayrıca federal devleti oluşturan birimlerin kendiliklerinden andlaşmalara ve uluslararası ilişkilere girdiği durumlarda da, bu birimler uluslararası hukukta yine bir devlet sayılmaz. Federal devletlerin sorumluluğu diğer devletlerin sorumluluğundan farklı olmayıp, devleti oluşturan birimlerin davranışları federal anayasaya göre kendi yerel kontrolü içinde bulursa dahi fiil Tasarı m. 4-9 hükümlerine göre federal devlete isnad

---

<sup>801</sup> Dikkat edilirse yönlendirilen devletin yönlendirmeyi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum olarak gösteremeyeceği belirtilmiştir. O halde kontrol edilme durumlarında kontrolün derecesine göre kontrol edilen devletin, somut olayın özellikleri de önemli olmakla birlikte, sorumluluktan kurtulması olanağı açık tutulmuştur.

<sup>802</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 17, p. 9.

<sup>803</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 17, p. 2.

<sup>804</sup> O halde bağımlılık ilişkileriyle ilgili olarak, bağımlı unsurun uluslararası hukuk kişiliğini koruyan bir devlet olması durumunda, m. 17’nin diğer koşulların da gerçekleşmesiyle, uygulanabileceğini; ancak bağımlı unsurun uluslararası hukukta baskın devlet içerisinde kabul edilip, uluslararası hukuk kişiliğinin olmadığı durumlarda, uygulanması için iki devletin bulunmasını gerekli kılan m. 17’nin uygulanmayacağını söylemeliyiz.

edilir<sup>805</sup>. Bununla beraber işgal edilen devletlerin fiilleri için onların fiillerini yönlendiren ve kontrol eden işgalci devletin sorumluluğu bulunmaktadır<sup>806</sup>.

### **C. Bir Diğer Devletin Zorlaması (Coercion)**

2001 Komisyon Tasarısı m. 18'e göre, bir devleti bir uluslararası hukuka aykırı fiil yapmaya zorlayan bir devlet, eğer fiil, zorlama olmasaydı (but for the coercion), zorlanan devletin bir uluslararası hukuka aykırı fiili olacak idiyse ve zorlayan devlet fiille ilgili olguları bilerek böyle hareket etmekteyse, sorumludur.

Bu maddede düzenlenen sorumluluk, zorlama fiilinin kendisinden değil, zorlanan devletin davranışından kaynaklanan hukuka aykırı fiildir. Zorlama fiili, zorlayan ve zorlanan devlet arasında bir sorumluluk ilişkisi doğurabilmekle beraber, bu konu, m. 17 hükmü dışında kalmaktadır. Buradaki sorumlulukla, özellikle bir devleti bir uluslararası hukuka aykırı fiil yapmaya zorlayan devlet ile bu hukuka aykırı fiilin yapılmasından zarar gören arasındaki durum düzenlemektedir<sup>807</sup>.

Tasarının 18. maddesi 23. maddede düzenlenen mücbir sebep durumuyla bir bakıma aynı temel niteliğe sahiptir. Bu bakımdan zorlanan devletin iradesini mecbur eden davranışın, bu devlete zorlayan devletin isteği dışında hiçbir seçenek bırakmaması durumu, maddenin uygulanması için yeterli olacaktır. Bunun dışında salt bir yükümlülüğe uymayı güçleştiren veya bir yardım, yönlendirme içeren davranışlar bu madde dışında kalmaktadır. Dahası burada, madde bakımından uluslararası hukuka aykırı olan belirgin bir fiile zorlamanın bulunması gerekmektedir<sup>808</sup>.

Mücbir sebeple zorlamanın aynı nitelikte olması, pek çok durumda zorlanan devletin sorumluluğunun zarar gören devlet karşısında ortadan kalkacağı anlamına gelmektedir. Bu durum, madde metninde "zorlama olmasaydı" ifadesiyle belli edilmektedir. Zira zorlamanın olması zorlanan devlet açısından hukuka aykırılığı

---

<sup>805</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 17, p. 4.

<sup>806</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 17, p. 5.

<sup>807</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 18, p. 1.

<sup>808</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 18, p. 2.

gidermektedir. Bu sebeple madde metninde 16. ve 17. maddelerden farklı olarak “hukuka aykırı fiille ilgili etkenlerin bilinmesi” koşulundan değil, “fiille ilgili etkenlerin bilinmesi” koşulundan söz edilmektedir. Bilme koşulu ise “circumstances of the act” ifadesiyle belirtilmektedir. Dikkat edilirse maddede zorlayan devlet tarafından “fiile ilişkin olguların” bilinmesiyle, fiilin hukukîliğinden çok gerçek durumlara gönderme yapılmaktadır. Bu sebeple hukuku bilmemenin mazeret olmamasına rağmen, olguların bilinmemesi zorlayan devletin sorumluluğunu belirlemede önemli olacaktır<sup>809</sup>. Önceki iki maddeden farklı olarak m. 18’de ayrıca zorlayan devletin ihlâl edilen yükümlülükle bağlı olup olmadığı önem taşımamaktadır. Aksi olsaydı zorlanan devlet de muhtemelen hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durumdan yararlanacak ve zarar gören devlet giderimden mahrum kalabilecekti<sup>810</sup>. Son olarak ilgili zorlamanın hukuka aykırı olması gibi bir sınırlama olmadığını da belirtmeliyiz<sup>811</sup>.

#### **D. Bir Devletin Bir Başka Devletin Fiilleri Bakımından Sorumluluğuna Dair Tasarı Hükümlerinin Etkisi**

2001 Komisyon Tasarısı m. 19’a göre, bir devletin bir başka devletin fiilleri için sorumluluğunun düzenlendiği hükümler, somut olaydaki fiili yapan devletin veya bu maddelerin diğer hükümleri açısından herhangi bir diğer devletin uluslararası sorumluluğuna hanel getirmez.

Tasarının 19. maddesiyle üç konu amaçlanmaktadır. İlk olarak amaçlanan, bir devletin yardımı veya desteğiyle, yönlendirmesi veya kontrolü altında ya da zorlamasına bağlı olarak hukuka aykırı fiili yapan bir diğer devletin olası uluslararası sorumluluğunu saklı tutmaktır. Bir başka deyişle, yardım eden, yönlendiren veya zorlayan devlete uluslararası sorumluluğun isnad edilmesi, yardım edilen, yönlendirilen veya zorlanan devletin sorumluluğunu her zaman engellemez. Madde 19’la ikinci olarak, ilgili maddelerin (m. 16, 17, 18), somut olayda yardım eden, yönlendiren veya zorlayan devletleri bunlar dışında herhangi bir uluslararası hukuk kuralı uyarınca sorumlu tutmayı

<sup>809</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 18, p. 4-5.

<sup>810</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 18, p. 6.

<sup>811</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 18, p. 3.

engellemeyeceğine açıklık kazandırmak amaçlanmaktadır. Üçüncü olarak amaçlanan, ilgili uluslararası hukuka aykırı fiilin diğer devletlere isnad edilebilme olasılığını engellemektir<sup>812</sup>.

## V. DİĞER DURUMLAR

### A. Federal Devletler Bakımından Durum

Bir federal devlette uluslararası düzeyde faaliyette bulunma yetkisinin ilke olarak merkeze ait olması sebebiyle, federal devleti oluşturan birimler (federe devletler) tarafından ika olunan uluslararası hukuka aykırı fiillerin sorumluluğu da merkezin, yani uluslararası hukuk kişiliği bulunan federal devletin olacaktır<sup>813</sup>. Zira birtakım idarî ve siyasî birimlerin yararlandıkları geniş serbesti ve bunlara karşı merkezî hükûmetin sınırlı yetkisi dolayısıyla karşılaşılan zorluk ne olursa olsun, federal devlet, uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmemek ya da yükümlülüklerini yerine getirmediği zaman sorumlu olmamak amacıyla anayasasına ve kendini oluşturan birimlerle arasındaki yetki paylaşımını öngören iç düzenine dayanamaz<sup>814</sup>. Mevcut federal devletlerin durumu incelendiğinde de, federe devletlerin uluslararası sorumluluk yüklenmekten hukukî olarak yoksun oldukları ya da kaçındıkları ve her zaman federal devletin sorumlu tutulduğu ortaya çıkmaktadır<sup>815</sup>.

2001 Komisyon Tasarısı m. 4'ün son cümlesi aslında, federal devletlerde birimlerin fiillerinin devlete isnad edilebildiğine ilişkin bir gönderme yapmaktadır. Buna göre devletin bir organının devlet organizasyonu içindeki konumu ve merkezî idareye ya da devletin belirli bir bölgesine ait olması, fiilin devletin fiili sayılmasını engellemez. O halde federe birimlerin fiilleri, devletin organlarının fiilleri gibi, devletin fiilleri olarak kabul edilir.

---

<sup>812</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 19, p.

<sup>813</sup> BİLSEL, Devletler, s. 228; PAZARCI, Dersler III, s. 164. Bunlardan farklı olarak konfederasyonları oluşturan devletlerin ayrı ayrı sorumluluğu bulunabilmektedir. Zira bunların her birinin uluslararası hukuk kişiliği bulunmaktadır. (BİLSEL, Devletler, s. 228).

<sup>814</sup> ANZILOTTI, s. 347; MERAY, Devletler, s. 636; BROWNLIE, International Law, s. 433.

<sup>815</sup> PAZARCI, Dersler II, s. 93.



Karşılaşılan somut olayda ilgili devlet ülkesinin bütünlüğü açısından federal yapıda olması ya da özel bir özerkliğe sahip bölgelerinin olması fiili devletin fiili saymak için engel değildir. Aynı şekilde devletin uluslararası yükümlülüklerine uygun şekilde hareket etmek için, devletin iç hukukunun federal parlamentoya devleti oluşturan birimleri zorlama yetkisi verip vermediğinin de bu noktada bir önemi bulunmamaktadır. Bu konuda *Montijo Davası* (1875) ile ilgili olarak verilen karar aynı yönde pek çok kararın başlangıcı niteliğindedir<sup>816</sup>.

Federasyonu oluşturan devletlerin fiillerinden dolayı ancak uluslararası hukuk kişiliği olan federal devletin sorumlu olacağına ilişkin ilke, somut olay, federal devletin anayasa hükümleriyle yapılan yetki dağılımında salt federe devletin yetkisi içinde kalan bir konu olsa bile, kabul edilmektedir. Örneğin, Örneğin, *Cayugas Hintlileri Davasında Birleşik Krallık-Birleşik Devletler Hakem Mahkemesi* 1926 tarihli kararında, New York eyaletinin ilgili Hintlilerle yaptığı anlaşmalardan Birleşik Devletlerin sorumluluğunun olduğu kabul edilmiştir<sup>817</sup>. Yine, Fransa-Meksika İddialara Komisyonu *Pellat Davasına* ilişkin 07.06.1929 tarihli kararında şöyle demektedir: “Yabancı bir devletin iddialarına yol açan bir devletin içindeki devletlerin fiilleri için federal devletin uluslararası sorumluluğu inkâr edilemez; hatta bu, devletin federal anayasasının, merkezî idareye federe birimler üzerinde kontrol yetkisi ve onlardan uluslararası hukuk kurallarına uymalarını talep etme hakkı vermediği durumlarda dahi aynıdır<sup>818</sup>.” Benzer şekilde UAD’ın *LaGrand Davasına* ilişkin 03.03.1999 tarihli geçici tedbirler (provisional measures) kararında, bir devletin yetkili organlarının fiillerinden dolayı uluslararası sorumluluğunun doğduğunu, somut olayda Alman vatandaşı Walter LaGrand’ın beklemede bırakılmaması için Birleşik Devletler’in bütün tedbirleri alması gerektiği ve bu tedbirlerin uygulanmasının Arizona eyaletinin yetkisine girse de, Birleşik Devletler’in anılan eyalete konunun uygulanmasını havale etme yükümlülüğü altında

---

<sup>816</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 4, p. 9. Bu konuda 1800’lerin sonu ile 1900’lerin başlarında devletlerin ilkeyi açıkça kabul ettiğini gösteren bazı uygulamaları için bkz. BİLSEL, Devletler, s. 228-229.

<sup>817</sup> Aktaran, LÜTEM, s. 278; MERAY, Devletler, s. 636; PAZARCI, Dersler III, s. 165.

<sup>818</sup> Aktaran, PAZARCI, Dersler III, s. 165; CASSESE, s. 246.

olduğu ve eyaletin de Birleşik Devletler'in uluslararası alanda üstüne düşen kurallara uygun hareket etme yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir<sup>819</sup>.

Federal devletlerin yapısı ve yetki dağılımı çeşitli şekillerde olabilmekte ve bütünü oluşturan birimlerin çoğu kez ayrı bir uluslararası hukuk kişiliği olmadığı ve andlaşma yapma yetkileri de bulunmadığı için sorumluluğu federal devlete yüklemek makul görünmektedir. O hâlde federasyonu oluşturan bir birimin (constituent unit) kendi hesabına anlaşma (agreement) yapmaya yetkisi olması durumunda<sup>820</sup>, anlaşmanın diğer tarafının ihlâl hâlinde federal devletin bu birimine başvurmayacağı konusunda taahhüt altına girmesi her zaman için olasıdır. Bu durumda federal devletin sorumluluğu da gerekmecektir. Bir başka olasılık bir uluslararası andlaşmada bir federal devletin sorumluluğunun özel hükümlerle sınırlanabilmesidir<sup>821</sup>. Bu durumlar bir andlaşmanın ancak andlaşmaya taraf olanlar arasında uygulanabileceği genel ilkesinin istisnasıdır. Bunlar dayanağını 2001 Komisyon Tasarısı m. 55'te de yer verilen "lex specialis" ilkesinden almaktadır<sup>822</sup>.

Yukarıda bahsettiğimiz ilke, federe devletin uluslararası hukuk kişiliğinin olmaması ve uluslararası alanda genel olarak yükümlülükler edinmemesi gerekçesine dayanmaktadır. Ancak, sınırlı da olsa federe devletlere andlaşma yapma yetkisi tanındığı andan itibaren, federe devletin sorumluluğu da gündeme gelebilecektir. Sorumluluğun

---

<sup>819</sup> Request for The Indication of Provisional Measures Order, ICJ 1999 Reports, p. 28, [http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/igus/igusorder/igus\\_order\\_19990303.htm](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/igus/igusorder/igus_order_19990303.htm) (28.03.2006)

<sup>820</sup> Örneğin, 18.04.1999 tarihli İsviçre Konfederasyonu Federal Anayasası m. 56(1)'de, "kantonların kendi yetkileri dâhilinde yabancı devletlerle andlaşma yapabileceği" ve m. 56(3)'te, "kantonların alt kademeli yabancı makamlarla ilgilenebileceği, diğer durumlarda kantonların yabancı devletlerle ilişkilerinin Konfederasyon tarafından yürütüleceği" hükmü getirilmiştir. Yine m. 172(3)'te, "kantonlardan birinin ya da federal hükûmetin itirazı hâlinde, yabancı devletlerle kantonlar arasındaki ya da kantonlararası andlaşmaların onaylanıp onaylanmamasına Federal Parlamento'nun karar vereceği" düzenlenmiştir. İlgili anayasa metninin İngilizcesi için bkz. <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1999/2556.pdf> (22.02.2006).

<sup>821</sup> Örneğin, Paris'te kabul edilen 16.11.1972 tarihli Dünyanın Kültür ve Doğal Mirasının Korunması Hakkında Sözleşme (Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage) m. 34(b)'ye göre, bu sözleşmenin uygulanmasının, federasyonun anayasal sistemi tarafından yasal tedbirler almakla yükümlü tutulmayan ve federasyonu oluşturan devletlerden, ülkelerden, eyaletlerden, kantonlardan birinin yargı yetkisi alanına girmesi durumunda federal hükûmet, ilgili hükümler hakkında, bunların kabulünü tavsiyeyle beraber, zikredilen birimleri bilgilendirir. Sözleşme metni için bkz. [http://whc.unesco.org/world\\_he.htm](http://whc.unesco.org/world_he.htm) (22.02.2006).

<sup>822</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 4. p. 10.

federe devlete kalması için, ayrıca andlaşmada, andlaşmaya aykırılıklar dolayısıyla merkezin sorumlu olacağı yönünde bir hükmün de bulunmaması gerekmektedir. Bununla beraber, federe devletin sebep olduğu zararı gidermesi herhangi bir şekilde sağlanamadığı durumlarda, son olarak yine uluslararası hukuk kişiliği bulunan federal devletin sorumluluğu ileri sürülebilmelidir<sup>823</sup>.

## **B. Ardıl (Successor) Devletler Bakımından Durum**

Ardıl devletler bakımından durum, belirli bir davranış standardının şart koşulduğu, uluslararası hukuk kurallarının bir ihlâlinin sonuçlarını belirlerken devreye giren ve ikinci düzey kurallar olarak anılan devletin sorumluluğuna ilişkin genel ilkeler ile uluslararası hukukun diğer alanları arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır<sup>824</sup>.

Konuyla ilgili baştan varılması gereken önemli bir ayrım, hükûmetlerin ardıllığının konumuzun dışında olduğudur. Uluslararası hukukun başlıca kişileri egemen devletlerdir. Bu bakımdan uluslararası haklar da ödevler de hükûmetlere değil, devletlerin kendisine aittir. Devletlerin ardıllığı egemenliğin geçmesiyle ve öncekinin artık devam etmemesi sonucuyla belirlenir. Bu bakımdan bir iç yetkinin bir devletten diğerine geçmesi, resmî ideolojide değişiklik olması veya büyük sosyal ve politik değişiklikler getiren devrimler (Fransız ve Sovyet Devrimleri), egemenliğin değişmesine sebep olmadığı müddetçe, devletlerin ardıllığının doğmasına yol açmaz. Örneğin yakın geçmişte Orta ve Doğu Avrupada yaşanan büyük değişiklikler uluslararası hukukun karşısına devletlerin ardıllığı meselesini getirmiştir. Eski Sovyetler Birliği'nin bağımsız cumhuriyetleri tam olarak ardıl devlet niteliğindedir. Zira onlar, salt hükûmet değişikliklerinden çok, egemenlik değişikliği geçirmişlerdir<sup>825</sup>.

Devletlerin ardıllığıyla ilgili olarak yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte, uluslararası örf ve âdeti de belirli ölçüde yansıtan iki önemli sözleşme yapılmıştır:

---

<sup>823</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 165.

<sup>824</sup> SHAW, s. 543.

<sup>825</sup> VOLKOVITSCH Michael John, "Righting Wrongs: Towards A New Theory of State Succession to Responsibility for International Delicts", *Columbia Law Review*, 1992, Vol. 92, s. 2163, 2165.

23.08.1978 tarihli “Devletlerin Andlaşmalara Ardılığına Dair Viyana Sözleşmesi” (Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties)<sup>826</sup> ve 08.04.1983 tarihli “Devletlerin Malvarlığı, Arşiv ve Borçlara Ardılığına Dair Viyana Sözleşmesi” (Vienna Convention on Succession of States in respect of State Property, Archives and Debts)<sup>827</sup>.

1978 tarihli Sözleşme m. 2/1(b) ve 1983 tarihli Sözleşme m. 2/1(a) hükümlerine göre “devletlerin ardılığı”, ülkenin uluslararası ilişkileri için sorumluluk bakımından bir devletin yerinin bir diğer devlet tarafından alınması anlamına gelmektedir. Yine 1978 tarihli Sözleşme m. 2/e ve 1983 tarihli Sözleşme m. 2/d hükümlerine göre “devletlerin ardıl olma tarihi”, ülkenin uluslararası ilişkileri için sorumluluk bakımından ardıl devletin önceki (predecessor) devletin yerine geçtiği tarih anlamına gelmektedir. Görüleceği gibi “ardılık” kavramı hem ortaya çıkış hem de bunun zamanı açısından uluslararası ilişkilerde sorumluluğu kimin üstlendiği konusu çerçevesinde ele alınmaktadır.

1978 tarihli Sözleşmenin 39. maddesinde, “İşbu Sözleşmenin hükümleri, devletlerin andlaşmalara ardılığının etkileri bakımından, bir devletin uluslararası sorumluluğundan veya devletler arasında düşmanlığın ortaya çıkmasından doğan herhangi bir meseleyle ilgili olarak baştan bir hüküm getirmemektedir.” denmektedir. Görüldüğü üzere devletlerin ardılığının kodifikasyonunda sorumluluk konusu doğrudan ele alınmamaktadır. Aynı tutum devletin sorumluluğuyla ilgili kodifikasyon çalışmasında da gösterilmiştir.

Hukuka aykırı fiiller için sorumluluk açısından ardılıkla doğrudan ilgili bazı kararlar bulunmaktadır. Örneğin, Birleşik Krallık-Birleşik Devletler İddialar Komisyonu *Brown Davası*na ilişkin 1923 tarihli kararında ardıl devletin önceki devletin fiilleri için sorumluluğunu kabul etmemiştir. Olay şöyle gelişmiştir: Güney Afrika devletine bağlı

---

<sup>826</sup> Sözleşme metni için bkz. [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3\\_2\\_1978.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3_2_1978.pdf) (02.03.2006).

<sup>827</sup> Sözleşme metni için bkz. [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3\\_3\\_1983.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3_3_1983.pdf) (02.03.2006).

Transvaal'da kendisine altın madeni imtiyazı verilen bir Amerikan vatandaşı olan R. E. Brown, hükûmet tarafından 1895'te bir bildiriyle haklarından mahrum bırakıldı. Transvaal'ın 1900'de İngilizler tarafından ilhakının ardından, Birleşik Devletler hükûmeti konuyu Komisyona getirmiştir. Karara göre, İngiliz hükûmeti sorumluluğu kabul eden hiçbir düzenleme yapmamıştır ve ayrıca hiçbir İngiliz ajanı Brown'ın haklarını ihlâl etmiş değildir. Bu sebeple burada ardıl devlet ne sorumlu tutulur ne de tazminat ödemelidir. Yine aynı Komisyon 1925-1926 tarihli *F. H. Reward Davasına* ilişkin kararında Birleşik Devletler'in Hawaii Adaları'nı ilhakından önce ülkenin yerel otoritelerince bir grup İngiliz vatandaşının adadan hukuka aykırı şekilde çıkartılmasını değerlendirmiştir. *Brown Davasında* ardıl devletin öncekinin hukuka aykırı fiillerinden sorumluluğuna itiraz eden İngiliz hükûmeti iki örnek olayı ayırmaya çalışmıştır. Ona göre, sorumluluğun ardıl devlete geçmesi, kuvvet kullanılarak gerçekleştirilen bir ilhak durumunda kabul edilmemeli; ancak gönüllü terk durumunda kabul edilmelidir. Bununla birlikte Komisyon ardıllığın türü ve şekli ne olursa olsun hukuka aykırı fiillerden doğan borçlarda (delictual debts) ardıllığın olmadığına karar vermiştir<sup>828</sup>.

Ardıl devletler bakımından, yeni devletin eski devletin ülkesiyle ilgili sorumluluk durumlarından sorumlu olup olmadığı aslında pek açık değildir. Ancak eğer ardıl devlet, ülkesi üzerinde sürmekte olan bir hukuka aykırılıkla karşı karşıya gelir ve bunu benimser ve sürdürürse, devletin sorumluluğu üstlendiği pekâlâ ileri sürülebilecektir<sup>829</sup>. Örneğin, Fransız-Yunan Hakemlik Mahkemesinin *Lighthouses Davasına* ilişkin kararına konu olayda, bir Fransız şirketinin (Collas et Michele) Osmanlı Devletine ait kıyılarda deniz fenerleri üzerinde sahip olduğu imtiyaz Yunan hükûmeti tarafından I. Dünya Savaşı sırasında kamulaştırılmıştı. Egemenliğin Yunanistan'a geçmesinden önce Türk otoritelerce yapılan fiiller için Yunanistan'ın sorumluluğuyla ilgili bazı iddialar getirildi. Hakem mahkemesi bunlardan Yunanistan'ın ardıl devlet olarak sorumluluğunu kabul etmezken, Yunan hükûmetinin egemenliğin

---

<sup>828</sup> Aktaran, CZAPLINSKI, s. 343-344. Ayrıca bkz. VOLKOVITSCH, 2182-2187.

<sup>829</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 11, p. 3.

kendisine geçmesinden sonra sürdürdüğü hukuka aykırı fiillerden de sorumlu olduğuna karar vermiştir<sup>830</sup>.

Yukarıdaki kararlarda ardıl devletin önceki devletin fiillerinden dolayı sorumluluğu olmadığına ilişkin ilkenin mutlak olmadığını gösteren ifadeler bulunmaktadır. Örneğin *Lighthouses Davası*nda sorumluluk hakkında devletlerin ardıllığının bütün türlerine ilişkin evrensel bir kural bulunmadığı belirtilmiştir. Uluslararası uygulama şu durumda hukuka aykırı fiile dayanan sorumluluk açısından ardıllık hakkında ilkeler tasarlamak için yeterli temel oluşturacak güçte değildir<sup>831</sup>.

Ardıl devletin sorumluluklara da ardıl olmadığına ilişkin geleneksel öğretilerde kabul edilen ilkeyi Huber'in sorumluluğun mutlak şekilde kişiselliği (strictly personal) ilkesine dayandıranlar da olmuştur. Ancak bu görüş konuyu ciddî şekilde basite indirgemektedir. Bu sebeple çağdaş pek çok yazar tarafından da eleştirilmiştir. Özetle ardıl devletin sorumluluğunu genel olarak kabul etmeyen geleneksel görüş örf ve âdet kuralı olarak kabul edilmek için ne teorik ne de pratik temele sahiptir. Konunun öngörüldüğü uluslararası anlaşmalar ve diplomatik uygulama hem tutarlı değildir hem de zaman zaman yanlış yorumlanabilmiştir. Ayrıca uluslararası mahkemelerin kararları da geleneksel görüşe yeterli destek sağlamaktan uzaktır<sup>832</sup>.

Konuyla ilgili geleneksel görüşün, ardıl devletin öncekinin hukuka aykırı fiillerinden dolayı sorumluluğu bulunmadığı ve fiilin muhatabı devlet için herhangi bir çözümün bulunmadığı yönünde olmasına rağmen, diplomatik ve yargısal uygulamanın bunun yanlışlığını ortaya koymaya yetecek şekilde geliştiğini ileri sürenler de olmuştur<sup>833</sup>.

Volkovitsch ardıl devletlerin önceki devletin hukuka aykırı fiilleri için sorumluluğu üzerine bir adi karinenin (rebuttable presumption) kabul edilebileceğini

---

<sup>830</sup> Aktaran, CZAPLINSKI, s. 344-345. Ayrıca bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 11, p. 3.

<sup>831</sup> CZAPLINSKI, s. 345, 356.

<sup>832</sup> VOLKOVITSCH, s. 2195-2196.

<sup>833</sup> Örneğin bkz. VOLKOVITSCH, s. 2162.

ileri sürmektedir. Adi karinenin doğası gereği, bu ilke her duruma katı şekilde uygulanabilir yeterlilikte değildir. Ayrıca devletin ardıllığı konusunun uzun tarihi, olası her durumda tek ve katı bir kural uygulamanın zaman zaman haksız ve savululamayacak sonuçlara yol açabileceğini göstermektedir. Aslında genel olarak devletlerin ardıllığı konusunun kodifiye edilmeye elverişli bir konu olmadığı ve tedrici gelişmeye bırakılması gerektiği ileri sürülmüştür. Viyana Sözleşmelerinin başarısızlığı da bu görüşü doğrular niteliktedir. Hukuka aykırı fiiller için sorumluluk hakkında bir düzenlemeye gitmek aynı yaklaşımla bakılırsa daha da zor bir konudur<sup>834</sup>.

Biz de ardıl devletler bakımından her duruma uygulanabilir bir kural getirmenin zorluğunu kabul etmekle birlikte, Volkovitsch'in ardıl devletin öncekinin fiillerinde sorumluluğu bulunduğuna ilişkin önerisini makul bulmaktayız. Ancak ardıl devlete öncekinin fiillerini yüklemenin açıkça uygun olmayacağı, örneğin sömürgeci devletlerle ilgili, durumların da uygulamacılar tarafından ayrıca göz önünde tutulması gerekir.

Volkovitsch adi karine önerisine uluslararası hukukta ve iç hukukta yer alan bazı ilkeleri destek olarak göstermektedir. Örneğin uluslararası hukukta, egemenliğe ardıllık zamanında özel kişilerin devlete veya diğer özel kişilere karşı sahip olduğu haklar, bir başka deyişle kazanılmış haklar (acquired rights) ilkesi ve egemenlikle beraber geçen haklara bağlı yükümlülüklerin de devlete geçmesi ilkesi devletin sorumluluk bakımından da ardıllığı için gösterilen ilkelerdir. Yine iç hukukta bir sorumluluk türü olan sebepsiz zenginleşme (unjust enrichment), yani hukuka aykırı fiilden sağlanan menfaatin ardıl devlete geçmesi, durumunda sorumluluğun da ardıl devlete geçmesi şeklinde bir kabul uygun görünmektedir<sup>835</sup>.

Burada sorumluluğa ardıl olmanın yukarıdaki adi karine önerisine rağmen kesin olduğu durumlar da bulunmaktadır. Her şeyden önce ardıl devletin kurulmasından sonra

---

<sup>834</sup> Bkz. VOLKOVITSCH, s. 2198-2199.

<sup>835</sup> Bkz. VOLKOVITSCH, s. 2203-2211.

yaptığı hukuka aykırı fiillerden dolayı sorumluluğu bulunduğu açıktır<sup>836</sup>. Nitekim ardıllık konusuna dair Viyana Sözleşmelerine göre devletlerin ardıllığı, ülkenin uluslararası ilişkileri için sorumluluk bakımından bir devletin yerinin bir diğer devlet tarafından alınması anlamına gelmektedir. Buradaki sorumluluğun sonraki devletin hem yükümlülükler üstlenebilmesini hem de bunları ihlâl etmesi halinde sorumluluğunun söz konusu olabilmesini ifade ettiği düşüncesindeyiz. Aslında Komisyon andlaşmalara ardıllık konusu üzerindeki Tasarısının Yorum Belgesinde ve malvarlığı, arşivler ve borçlar konusu üzerindeki Tasarısının Yorum Belgesinde buradaki “sorumluluk” ifadesiyle “devletin sorumluluğu” kavramının kastedilmediğini belirtmiştir. Komisyona göre “sorumluluk” ifadesi, “ülkenin uluslararası ilişkileri için” ifadesiyle birlikte okunmalıdır. Komisyonun da belirttiği üzere bu ifade, “egemenliğin geçmesi” veya “andlaşma yapma yetkisinin geçmesi” ifadeleri yerine daha tercih edilebilir bulunmuştur<sup>837</sup>. Yorum Belgelerinde ifadelerle ilgili bu kayıtların yer alması Viyana Sözleşmelerinde sorumlulukla ilgili herhangi bir ilke getirmekten özellikle kaçınılması<sup>838</sup> durumuyla uyum göstermektedir. Ancak “ülkenin uluslararası ilişkileri için” sorumluluk ifadesi pratikte ister istemez yeni devletin hem yükümlülükler üstlenebilmesi hem de bunları ihlâl etmesi halinde sorumluluğunun söz konusu olabilmesi anlamına gelecektir.

Yine önceki devlet, eski ülkesini etkileyen değişiklik olduktan sonra halen mevcudiyetini sürdürüyorsa, uluslararası hukuka aykırı fiillerden dolayı sorumludur. Bu ilke Birinci Dünya Savaşı sonrası yapılan barış andlaşmalarında da kabul edilmiştir. Benzer şekilde, devletlerin birleşmesi durumunda sorumluluğun da geçtiği kabul edilir. Zira bu durumlarda genellikle ardıl devlet öncekilerin bütün haklarını üzerine almakta ve böylece öncekilerin hukuka aykırı fiillerinden de bir ölçüde yarar elde edebilmektedir.

---

<sup>836</sup> VOLKOVITSCH, s. 2199.

<sup>837</sup> Bkz. Doc. A/9610/Rev.1, Report of the ILC on the work of its twenty-sixth session, 6 May - 26 July 1974, Official Records of the General Assembly, Twenty-ninth session, Supplement No. 10, Chapter II, m. 2, p. 4, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A\\_9610.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_9610.pdf) (27.05.2006); Doc. A/36/10, Report of the International Law Commission on the work of its Thirty-third session, 4 May - 24 July 1981, Official Records of the General Assembly, Thirty-sixth session, Supplement No. 10, Chapter II, m. 2, p. 3, [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A\\_36\\_10.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_36_10.pdf) (27.05.2006).

<sup>838</sup> Bkz. 1978 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 39.



Bu durumlarda sorumluluktan doğan yükümlülükler, sözleşmeye dayanan borçlar gibi ele alınmalıdır. Bir diğer durum, ardıl devletin *ex gratia* tazminat verme yolunu her zaman için tercih edebilmesidir<sup>839</sup>. Bir önemli konu da soykırımın veya köleliğin yasak olması gibi jus cogens kuralların ihlâliyle ilgilidir. Bu kurallar her devletin uluslararası topluma girmesinin örtülü bir koşulu olarak, ardıl devletler bakımından da geçerli olur. Uluslararası hukuk bir devletin yeni bir oluşum olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulmasına izin vermez<sup>840</sup>. Ancak örneğin sömürge ve işgal durumundan kurtularak kurulan devletleri önceki zorba devletin fiillerinden sorumlu tutmak açıkça haksızlık olur<sup>841</sup>.

### **C. Koruma, Vekâlet veya Vesayet Altındaki Devletlerin Fiillerinden Doğan Sorumluluk**

Hukuka sıkça genel ve eşit uygulanan üniter bir yasa olarak gönderme yapılır. Fakat pek çok iç hukuk sistemi farklı hak ve sorumluluk düzenlemeleriyle, vasilik gibi, kayyımlik gibi, velilik gibi alternatif rejimler geliştirmiştir. Bu rejimlere ilgili taraflar arasında güç ilişkisinin açıkça asimetrik olduğu durumlarda başvurulur. Doğal olarak hukuk aşağı yukarı güç eşitliğinin bulunduğu ve birbirlerinin üzerinde hakimiyeti bulunmayan taraflar arasındaki ilişkileri, istisnai olarak da, bir tarafın diğerinden açıkça daha güçlü olduğu ve resmî veya örtülü bir yetkiyle diğeri üzerinde işlemler yapabildiği ilişkileri düzenler<sup>842</sup>.

Uluslararası hukuk sistemi bütün devletlerin egemen eşitliği ilkesine dayandığı için bu tür asimetrik ilişkiler kategorisi engellenmiştir. Ancak güç, bu farazi eşitliği altüst eder. Bu konuda genellikle eşit olmayan adlaşmalar (unequal treaty) ve aslan payı anlaşmaları (leonine agreement) örnek gösterilir. Bu sebeple uluslararası hukukta da

---

<sup>839</sup> CZAPLINSKI, s. 357.

<sup>840</sup> VOLKOVITSCH, s. 2200.

<sup>841</sup> VOLKOVITSCH, s. 2201.

<sup>842</sup> REISMAN W. Michael, "Reflections on State Responsibility for Violations of Explicit Protectorate, Mandate, and Trusteeship Obligations", MJIL, 1989, Vol. 10, s. 232.

kabul gören, “koruma” (protectorate), “manda” (mandate) ve “vesayet” (trusteeship) gibi bazı mekanizmalar öngörülmektedir<sup>843</sup>.

Daha önce de belirttiğimiz gibi koruma veya bir başka devlet üzerinde hükmetme yetkisi olma gibi uluslararası bağımlılık ilişkileri, bağımlı devlete isnad edilebilen davranışlardan dolayı uluslararası açıdan sorumlu olarak baskın devletleri ele almayı gerektirmiştir<sup>844</sup>. Genel olarak bağımlı ülkelerin durumu, bir devletin bir diğer devletin davranışlarından sorumluluk hallerinden birinin düzenlendiği m. 17'nin kapsamı dışında kalır. Zira bir ülke ile bir diğeri arasındaki bağımlılık ilişkilerinin çoğunda, bağımlı ülke bir dereceye kadar uluslararası kişiliğe sahip olsa da, bir devlet değildir<sup>845</sup>. Burada kastedilen uluslararası kişilik durumu, uluslararası alanda bazı haklara ve yükümlülüklerle sahip olabilme durumunu ifade edip, tam bir egemenlik anlamında değildir. O halde bağımlılık ilişkileriyle ilgili olarak, bağımlı unsurun uluslararası hukuk kişiliğini koruyan bir “devlet” olması durumunda, m. 17'nin diğer koşulların da gerçekleşmesiyle, uygulanabileceğini söylemeliyiz. Ancak bağımlı unsurun uluslararası hukukta baskın devlet içerisinde kabul edilip, uluslararası hukuk kişiliğinin olmadığı durumlarda, uygulanması için iki devletin bulunmasını gerekli kılan m. 17'nin uygulanmayacağını söylemeliyiz. Bu son durumda artık somut ilişkinin içeriğine göre ilgili ülkedeki ika edilen uluslararası hukuka aykırı fiillerden dolayı koruyucu, vekâlet eden, vesayet eden veya daha genel ifadeyle baskın devletin sorumluluğu kabul edilmelidir. Aksi takdirde ilgili ülkenin diğer devletlerle uluslararası ilişkilerinin güvenliğini temin edecek bir hukukî mekanizmasının yokluğu söz konusu olurdu. Ancak çeşitlilik gösteren bağımlılık ilişkilerinin hiçbirinde bağımlı unsurun uluslararası hukuk kişiliğinin bulunmadığını söyleyemeyiz. Aşağıda öncelikle uluslararası hukukta ortaya çıkan bağımlılık ilişkilerini genel olarak belirtip, bunların fiillerinin baskın unsura isnad edilip edilemeyeceğini inceleyeceğiz.

---

<sup>843</sup> REISMAN, s. 232-233.

<sup>844</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 17, p. 2.

<sup>845</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 17, p. 4.

Tarihsel süreçte önce ortaya çıkan koruma ilişkisi, uluslararası politığın sömürgecilik ve imparatorluk dönemlerine ait bir kavram sayılır. Bu bakımdan kavram, küçültücü olarak düşünülüp, bugün için kullanılmamaktadır. Burada koruma altındaki devletin (the protected) uluslararası hukuk kişiliğinden doğan uluslararası haklarının hepsini veya bir kısmını koruyucu devlete (the protector) devretmesi söz konusudur. Aslında korumanın içeriği korumayı düzenleyen anlaşmaya göre çeşitlenebilir, ancak yine de bütün bunlar için geçerli olan özellik, taraflardan birinin diğerine itaat etmesidir. Koruma altındaki devletin uluslararası hukuk kişiliği, mevcut olmaya devam etmekle birlikte, adeta hareketsiz kalmıştır<sup>846</sup>. Burada genel olarak korunanın fiillerinden ötürü koruyucu devletin sorumluluğu bulunduğu kabul edilir. Uygulama bu yönde gelişmiştir. Örneğin *British Claims in The Spanish Zone of Morocco (Fas'ta İngiliz Malları) Davasına* ilişkin 01.05.1925 tarihli hakem kararında koruyucu devletin sorumluluğuna karar verilmiştir. Benzer şekilde UAD önünde *Rights of Nationals of the United States in Morocco (Fas'taki Amerikan Yurttaşlarının Hakları) Davasında* (1950-1952) koruyucu devlet olan Fransa muhatap alınmış ve dava edilmiştir<sup>847</sup>.

Yirminci yüzyılın başlarında Milletler Cemiyeti Misakı m. 22'yle yeni bir hukuka uygun koruma sistemi olan “manda” (mandate) veya bir diğer adıyla “vekâlet” ilişkisi geliştirildi. Bu ülkelerde yapılan hukuka aykırı fiillerin uluslararası sorumluluğunun vekil devlete ait olduğu kabul edilmektedir. Zira vekâlet rejiminde vekil devletin bu ülkenin bütün uluslararası ilişkilerini yürütmesi öngörüldüğü için, bu hak onun karşısı olan sorumlulukları da beraberinde getirmektedir<sup>848</sup>. Nitekim USAD *The Mavrommatis Palestine Concession Davasına* ilişkin 30.08.1924 tarihli kararında Filistin'de Osmanlı döneminde elde ettiği imtiyazın Mavrommatis'ten alınması sebebiyle vekil devlet olan Birleşik Krallık'ı sorumlu tutmuştur<sup>849</sup>.

---

<sup>846</sup> REISMAN, s. 233-234. Ayrıca bkz. PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 182.

<sup>847</sup> Bkz. PAZARCI, Dersler III, s. 165-166, dn. 51; SUR, s. 245.

<sup>848</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 166.

<sup>849</sup> PCIJ Series A, No. 2, s. 23, [http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie\\_A/A\\_02/06-Mavrommatis\\_en\\_Palestine\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A_02/06-Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf) (28.06.2006).

Ancak 1945'ten bu yana uluslararası ilişkilerdeki gelişmelerle ve özellikle sömürgeleikten kurtulma hareketleriyle (decolonization) eski bağımlılık ilişkileri ortadan kalkmıştır. Böylece yeni kurulan bağımlılıklar, temsil eden devlet açısından herhangi bir yönlendirme veya kontrol hakkı içermeyebilir. Temsille ilgili durumlarda temsil edilen oluşum, diplomatik ilişkileri bir başka devlet kanalıyla yürütebilse de, kendi uluslararası yükümlülüklerinin sorumlusu olarak kalır. Temsil eden devlet böyle durumlarda sadece söz konusu diplomatik ilişkinin üzerinde bir aracı olması dolayısıyla, bu ilişkinin içeriğiyle ilgili bir sorumluluk üstlenmez. Bu gelişme, koruyucu devletin korunan devleti onun uluslararası ilişkilerinde temsil etmesi dolayısıyla sorumluluğunun meydana geldiğini ve koruyucu devletin korunan devlet yerine sorumlu olduğunu kabul eden *Fas'ta İngiliz Malları Davası*ndaki karar ile aslında çelişmez. Zira bu hakemlik kararında yukarıda da belirttiğimiz gibi korunan devlet tarafından uluslararası ilişkilerin sürdürülmesine son veren bir koruma durumu söz konusuydu. Bu bakımdan korunan devletlerin hukuka aykırı fiillerinden dolayı uluslararası sorumluluk zarar gören üçüncü devletlerin zararına olacak şekilde ortadan kaldırılamazdı. Koruyucu devletin burada sorumluluğunun kabul edilmesi bu tehlikeyi ortadan kaldırmak için uygun bir yöntem olarak görülmüştür. Kısacası koruyucu devletin sorumluluğunun dayanağı temsil ilişkisi olmayıp, onun korunan devlet üzerinde tam (total) bir kontrole sahip olmasıdır. Zira koruyucu devletin buradaki tek rolü diplomatik ilişkilere aracı olmak değildir<sup>850</sup>.

Yeni bağımlılıkların örnek kurumlarından biri de BM Şartı m. 75-85 ile düzenlenen vesayet (trusteeship) ilişkisidir. Bu bağımlılık ilişkisi, bir bakıma vekâlet ilişkisine benzediği için, sorumluluk da vesayet eden devletin üzerinde olmaktadır<sup>851</sup>. UAD *Kuzey Kamerun Davası*na ilişkin 02.12.1963 tarihli kararında söz konusu ilkeyi uygulamıştır. Buna göre, vesayet eden devlet, ilgili vesayet andlaşmasının yürürlüğü esnasında andlaşmanın ihlâli niteliğindeki ve bir diğer BM üyesi devlete ya da onun

---

<sup>850</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 17, p. 3.

<sup>851</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 166.

vatandaşlarından birine karşı zarar veren fiillerden sorumludur ve vesayetin sona ermesiyle tazmin iddialarından da kurtulamamaktadır<sup>852</sup>.

Aslında sorumluluğun değerlendirilmesinde her ilişkinin içeriğinin somut olayda ayrıca incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim Bilsel'in belirttiği gibi, koruyucu ve vekil devletler, koruma ve vekâlet altındaki devletleri ne derece temsil etmekteyse, bunların ülkelerinde yapılan uluslararası hukuka aykırı fiillerden sorumluluk da o derece geçer. Bunun dışında baskın olan devletin fiillerinden dolayı koruma veya vekâlet altındaki devletlere sorumluluk bakımından bir pay düşmez<sup>853</sup>. Bu ölçünün bütün bağımlılık durumlarında, bağımlılık durumuna verilen statüye mutlak değer atfetmeksizin, göz önünde bulundurulması gerektiğini düşünmekteyiz.

#### **D. Karışıklık (Mob Violence), İsyân (Insurrection), İç Savaş (Internal War) ve Benzer Durumlar**

##### **1. Genel Olarak**

Karışıklık durumlarında yabancıнын mülkünün istila edilmesi, yağma edilmesi, yakılması görülebilir, bir yabancı öldürülebilir. Bir şirketin bir yabancı ülkede sahip olduğu ticari taşınmazlar bombardımana maruz kalabilir, yabancılara ait taşıma araçları ve malları müsadere edilebilir. Karışıklık hâllerinde bütün bu durumlar ihtimal dâhilindedir ve bu bağlamda yaşanmış pek çok örnek de bulunmaktadır<sup>854</sup>.

Devletin bu gibi durumlarda sorumluluğunun bulunmadığını ileri sürenler için, mücbir sebebin varlığı veya kusurun yokluğu düşüncesi; devletin sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürenler içinse, devletin bu durumlara kendi görevini iyi şekilde yerine getirmemesi yüzünden sebep olduğu ve risk esasına göre devletin zararı tazmin

---

<sup>852</sup> Preliminary Objections, ICJ Reports 1963, Summary, <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/-isummaries/icuksummary631202.htm> (05.03.2006).

<sup>853</sup> BİLSEL, Devletler, s. 229.

<sup>854</sup> BERLIA Georges, "İç Harp ve Devletin Milletlerarası Mesuliyeti", Çev. İlhan AKİPEK, AÜHFD, 1954, C. XI, S. 1-2, s. 167. Aynı eser için ayrıca bkz. BERLIA Georges, "Dâhilî harb ve Devletin Beynelmîlel Mesuliyeti", Çev. Tanık YENİSEY, Adliye Ceridesi, 1938, No. 6-10, s. 843-863.

yükümlülüğünün bulunduğu iddiaları gerekçe olabilmıştır. Ancak bunların hiçbiri kabul olunamaz. Zira devletin sorumluluğunu uluslararası bir yükümlülüğün ihlâline bağladığımız ve fiilin devlete isnad olunabilmesini de aradığımız göre, bu esaslar bu konuda da geçerli olmalıdır<sup>855</sup>.

İsyan ve iç savaş benzeri durumlarda ortaya çıkan uluslararası hukuka aykırı fiillerden ötürü devletin uluslararası sorumluluğunu tespit edebilmek her şeyden önce bu durumları açıklamayı gerektirmektedir. Ancak bu konuda ne terimler bakımından ne de terimlerin kullanıldığı anlam bakımından bir birlik bulunmaktadır. Toplanma, kargaşa, karışıklık, bunalım, ayaklanma, ihtilal, isyan (insurrection), iç savaş (civil war) terimleri bunlardan bazılarıdır. Bunların hepsinin hukuk terimleri olduğunu söyleyemeyiz. Bunlar, herhangi bir toplanma ve gösteri hareketinden iç savaşa kadar uzanabilen durumlar olabilmektedir<sup>856</sup>. 2001 Komisyon Tasarısının konuyla ilgili 10. maddesinde kullanılan “isyancı hareket” (insurrectional movement) terimi, “nisbeten daha sınırlı iç karışıklıklar” (relatively limited internal unrest), “gerçek bir iç savaş durumu” (a genuine civil war situation), “sömürge karşıtı bir mücadeleyi” (an anti-colonial struggle), “bir ulusal bağımsızlık hareketini” (the action of a national liberation front), “devrimci veya karşı devrimci hareketleri” (revolutionary or counter-revolutionary movements) kapsar niteliktedir<sup>857</sup>.

---

<sup>855</sup> BİLSEL, Devletler, s. 262-263.

<sup>856</sup> BİLSEL, Devletler, s. 252-253. 12.08.1949 tarihli Cenevre Sözleşmesine Ek ve 08.06.1977 tarihli Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına Dair Protokolün madde bakımından uygulanması konusunda 1. maddesinde yapılan ayırımın, bu hareketlerin fiillerinin devlete isnad edilebilmesi bakımından bir ölçü verebileceğini düşünmekteyiz. (Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 10, p. 9). Zira maddede, hareket türleri arasında şiddetine ve dolayısıyla kontrolün devletin elinden çıkmasına göre, hareketin (uluslararası olmayan) bir silahlı çatışma sayılması ve söz konusu Protokolün uygulanması bakımından bir derecelendirmeye gidilmektedir. Söz konusu Protokol m. 1/1’de, “... bir yüksek âkit tarafın ülkesinde onun silahlı kuvvetleri ile sorumlu bir komuta altında ve ülkenin bir bölümünde uzun süreli ve düzenli askerî operasyonlar yürütmeye yetecek ve bu Protokolü uygulayacak kadar kontrolü sağlayan ayrılıkçı silahlı güçler (dissident armed conflict) ya da örgütlenmiş diğer silahlı gruplar arasında” geçen silahlı çatışmalar uluslararası olmayan silahlı çatışmalar olarak kabul edilmektedir. Protokol m. 1/2’ye göre ise, “İşbu Protokol, silahlı çatışmaya varmayan, basit karışıklık (riot), münferit ve düzensiz şiddet eylemleri ve benzer yapıya sahip diğer eylemler gibi iç karışıklık (disturbance) ve gerginlik (tension) durumlarında uygulanmayacaktır.” Protokolün metni için bkz. <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/94.htm> (28.02.2006).

<sup>857</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 10, p. 9.

Ancak bunlardan nisbeten daha ciddî sayılabilecek siyasî örgütlenmeleri olan ve uluslararası hukukta uluslararası hukuk kişiliği bulunup bulunmadığı tartışmaya yol açan<sup>858</sup> ancak en azından sınırlı da olsa bazı uluslararası haklar taşıdığından ve yükümlülükler üstlendiğinden şüphe bulunmayan hareketler için, bunların hukuka aykırı fiillerinden ötürü sorumluluk değerlendirmesi ayrıca yapılabilecektir.

Uluslararası hukuk kişiliğine sahip olduğu oranda ulusal kurtuluş hareketleri uluslararası haklar ve yükümlülükler elde etme yeteneğine sahiptir ve onların bu yükümlülüklerini ihlâl etmeleri durumunda sonuçlarını taşımaları gerekmektedir. Burada bazı hukuka uygunluk sebepleri olabileceğinden,<sup>859</sup> örneğin bir ulusal kurtuluş hareketinin self determinasyon mücadelesi sırasında, bir sömürgeci güce veya bunun vatandaşlarına karşı zarar verici fiillerinden dolayı genel olarak uluslararası hukuka aykırı bir fiili bulunmaz ve dolayısıyla hareketin sorumluluğu doğmaz. Ancak örneğin, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesinin ihlâli, insancıl hukuk ilkelerinin ihlâlini oluşturabilecektir.<sup>860</sup> Ancak ulusal kurtuluş hareketlerinin fiillerinden zarar gören üçüncü devletlerle bu hareket arasında sorumluluk ilişkisinin kurulmasının ilgili hareketin faaliyetinin niteliğine göre yapılabileceği savunulmuştur. Buna göre, eğer bu

---

<sup>858</sup> Örneğin, tek hedefi baskı (domination) ve zor (constraint) sistemlerine karşı halkının self determinasyon hakkını elde etmek için mücadele veren ulusal kurtuluş hareketlerinin (national liberation movements) uluslararası hukuk kişiliği bulunduğu dair görüşler için bkz. ATLAM Hazem, “National Liberation Movements and International Responsibility”, in M. Spinedi and B. Simma (editor), *United Nations Codification of State Responsibility* (New York, Oceana, 1987), s. 39, 43-46. UAD’ın *BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi* konusuna ilişkin 11.04.1949 tarihli danışma görüşünde BM’nin uluslararası hukuk kişiliği bulunduğu karar vermesine gerekçe olan önermeler, burada ulusal kurtuluş hareketlerinin uluslararası hukuk kişiliği olduğunu ileri sürbilmek için temel dayanak noktalarından olmaktadır. Buna göre: i) BM’nin uluslararası kişiliğinin olması onun devlet veya devlet üstü olmasını gerektirmez. Bir hukuk sisteminde kişiler, nitelikleri ve haklarının kapsamı bakımından birbirinin aynı değildir. ii) Uluslararası münasebetlerin gelişmesi devletten farklı olarak bazı oluşumların çıkmasına sebep olmuştur. BM de bunlardan biridir. iii) BM’nin kendine özgü organları, özel bir misyonu, yetki ve ayrıcalıkları vardır. Örgüt andlaşma imzalamaya yetkisiyle Örgüt üyelerinin karşısında bir konum da alabilmektedir. (Aktaran, MERAY, *BM Hizmetinde Uğranılan Zarar*, s. 128). Ulusal kurtuluş hareketlerinin, devletler ve uluslararası örgütler gibi tartışmasız uluslararası hukuk kişiliği bulunduğu söylenemez. Ancak bireyler gibi bu tür oluşumlar, bazı haklara sahip olabildiği gibi, yükümlülükler de üstlenebilmektedir. Bu bakımdan, bu hareketleri oluşturan bireyler hakkında ceza sorumluluğunun işletilebileceği bir yana, bu hareketlerin hiçbir uluslararası sorumluluklarının bulunmadığını söylemek de kolay gözükmemektedir. Bu hareketlerin yükümlülük üstlendiği oranda sorumluluklarının doğabileceğini, devletin sorumluluğuna ilişkin genel ilkelerin bunlar için de uygun düştüğü müddetçe uygulanabileceğini düşünmekteyiz.

<sup>859</sup> Tarafımızca vurgu yapılmıştır.

<sup>860</sup> ATLAM, s. 47.

hareketlerin fiilleri sömürgeci güce karşı askerî mücadele kapsamında değilse, bunlardan üçüncü devletlere karşı doğan zararlardan ilgili hareketin sorumluluğu bulunmaktadır. Buna karşılık faaliyet, hareketin sömürgeci güce karşı giriştiği askerî mücadele kapsamındaysa, bu faaliyetlerden üçüncü devletlerin göreceği zararlardan ötürü sorumluluk öngörülmesinin, sömürgeci güce karşı girişilen mücadelenin etkinliğini azaltacağı düşüncesiyle çok tartışmalı bir konu olmuştur. Atlam burada, *ex gratia* (nezaketen; lütuf olarak) tazminat kurumuna da işaret etmiştir<sup>861</sup>.

Ayrıca hareketin niteliğine veya meşru olup olmadığına gönderme yaparak sorumluluk açısından kesin bir ayırım yapılması hem gereksiz hem de sakıncalıdır. Odaklanılması gereken konu, söz konusu fiilin uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları bakımından hukuka uygun olup olmadığı olmalıdır<sup>862</sup>. Yine isyan veya bir benzeri hareketten zarar gören devletin bu fiiller bakımından bir iddia getirme hakkı bulunduğunu varsayarsak, bu iddianın isyancı harekete karşı mı yoksa mevcut devlete karşı mı ileri sürülebileceği sorusu gündeme gelmektedir<sup>863</sup>.

Aşağıda önce karışıklık ve isyan dönemlerinde devlet organlarının fiillerinin ne derece devlete isnad edilebildiğini ve daha sonra isyancıların fiillerinin devlete isnad edilebilip edilemeyeceğini inceleyeceğiz. İsyancıların fiilleri bakımından devletin uluslararası sorumluluğunun bulunup bulunmadığı meselesi gerek öğretide gerekse uygulamada isyanın sonucuna göre değerlendirilmektedir.

## **2. Devlet Organlarının Fiilleri Bakımından**

İsyan ya da iç savaş durumlarında bir ayrıma gidilmekte ve askerî operasyonlar neticesi doğan zararlar sebebiyle devletin uluslararası sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir. Devletin bu konudaki sorumsuzluğunun gerekçesi olarak genellikle

---

<sup>861</sup> Bkz. ATLAM, s. 47-49.

<sup>862</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 10, p. 11. Ancak hareketin meşru olup olmamasının başka sonuçlar doğurabilmesi mümkündür. (Bkz. ATLAM, s. 47).

<sup>863</sup> ATLAM, s. 36.



mücbir sebep ya da zaruret hali gösterilmektedir<sup>864</sup>. Uluslararası uygulama da bu yönde gelişmiştir. Örneğin, *American Electric and Manufacturing Co Davasında* hakem, savaşta kullanılmış bulunan ve uluslararası hukukça yasaklanmayan araçların yabancılara yönelik sebep olduğu zararlar hakkında devletin sorumluluğunun bulunmadığının açık bir uluslararası hukuk ilkesi olduğuna işaret etmektedir. Yine *Bembelista Davasında* hakem, davacının savaşın pek şiddetle cereyan etmiş olduğu ve ortaya çıkan zararın “savaşın mutad hadiselerinden” biri olduğu ve davacının bir taşınmaza burada sahip olma talihsizliğine uğraması sebebiyle bir tazminata hükmetmemiştir<sup>865</sup>.

Buna karşılık devletin askerî operasyon gereklerinin dışında kalan fiilleri dolayısıyla sorumluluğu kabul edilmektedir. İşkence yapma, silahlı çatışma dışında ve yargılama yapmaksızın öldürme, askerî gerekler olmadan yakma ve yok etme, yağmalama, zarar giderim ödemedi el koyma gibi fiiller dolayısıyla devlet sorumlu tutulabilecektir<sup>866</sup>. Zira bu gibi durumlarda ya bir hukuka uygunluk sebebi hiçbir şekilde bulunmamakta (örneğin, işkence suçunda) ya da hukuka uygunluk orantısız hareket edilmesi dolayısıyla ortadan kalkmaktadır.

2001 Komisyon Tasarısı m. 10/3’te, m. 10’un, herhangi bir fiilin, ilgili hareketle ilgili olsa da, m. 4-9 uyarınca devletin fiili sayılmasına engel etmeyeceği belirtilmektedir. Böylece, isyancı hareketin fiilleri bakımından ihtiyatlı olma, önleme ve cezalandırma noktasında yükümlülüklerini yerine getirmemesi devletin sorumlu tutulmasına yol açabilecektir. Örneğin, isyancı hareketin saldırı tehditlerine karşı devletin diplomatik misyon binalarının korunması için uygun önlemleri almaması şüphesiz sadece devletin sorumluluğuyla ilgilidir<sup>867</sup>.

*ICSID Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka Davasında* AAPL’nin kısmen sahibi olduğu bir şirkete ait bir tesisin Sri Lanka güvenlik güçleri

---

<sup>864</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 167.

<sup>865</sup> Aktaran, BERLIA, s. 169.

<sup>866</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 167-168. Ayrıca bkz. BERLIA, s. 172.

<sup>867</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 10, p. 15.

tarafından imha edilmesi iddiasını inceledi. Sri Lanka güvenlik güçleri ise, o tesisin ülkedeki ayrılıkçı (secessionist) “Tamil Tigers” tarafından kullanıldığını ileri sürdü. Merkezin 1991 tarihli kararına göre, devletin “Tamil Tigers” ile ilgili fiilleri için sorumluluğu bulunmamasıyla birlikte, AAPL’nin malvarlığını korumadaki özen eksikliği dolayısıyla sorumluluğu bulunmaktadır. ICSID burada uluslararası hakemlik kararlarında da ve öğretideki yazarlarca da açıkça ifade edilen uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkelerine açıkça ve atıflar yaparak başvurmuştur<sup>868</sup>.

### 3. İsyancıların Fiilleri Bakımından

#### a. İsyan Başarıyla Sonuçlanmamışsa<sup>869</sup>

Her şeyden önce isyancıların devleti ele geçirmeyi veya hükûmet olmayı başaramamış olması hâlinde, isyancıların, örneğin uluslararası insancıl hukuk bakımından ihlallerinin, onların kişisel sorumluluğuna yol açabileceğini söylemeliyiz<sup>870</sup>. Bu ise, incelemekte olduğumuz devletin uluslararası sorumluluğu konusunun dışındadır<sup>871</sup>.

<sup>868</sup> Kararın özeti için bkz. , McCORQUODALE/DIXON, s. 418.

<sup>869</sup> Henüz isyanın sonuçlanmamış olması durumunun da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği düşüncesiyle, bu başlık altında sadece isyanın başarısızlıkla sonuçlandığı durumlar kastedilmemektedir.

<sup>870</sup> Buradaki sorumluluğun, bireyin uluslararası alanda ceza sorumluluğu ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. Buradaki ceza sorumluluğu, topluluğun bütününe yönelik (corporate criminal responsibility) olarak değil, ancak tek tek bireylere yönelik olarak işletilebilecektir. Zira Uluslararası Ceza Divanı Hakkında Roma Statüsünde de gerçek kişilerin (natural persons) sorumluluğundan bahsedilmektedir. (Bkz. CRAWFORD/OLLESON, s. 447).

<sup>871</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 10. p. 16. Ancak, UHK’nin 1975 tarihli raporunun ilgili 14. maddesinin birinci fıkrasında, bir devletin ülkesinde ya da yönetimi altındaki bir başka ülkede kurulan isyancı bir hareketin bir organının fiilinin uluslararası hukukta bu devletin fiili olarak düşünülmeceği belirtildikten sonra, maddenin üçüncü fıkrasında, ilk fıkra hükmünün, uluslararası hukukta isnadın yapılabildiği durumlar bakımından “in any case in which such attribution may be made under international law”, bu fiillerin bu isyancı harekete isnad edilebilmesine hâlel getirmeyeceği düzenlenmiştir. (Bkz. Doc. A/10010/Rev.1). Bu raporda ilgili maddenin yorumunda Komisyon, m.14/3’ün isyancı hareketle ilgili ikincil bir koruma kaydı niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Buna göre bu kaydın amacı, bu bağlamda ortaya çıkan isnadla ilgili bütün sorunları derhal çözmek olmayıp, uluslararası hukukun ilgili ilkelerine bu problemi havale ederek uluslararası uygulama ışığında böyle bir isnad olanağı sağlamaktır. Bu itibarla Komisyon m. 14/3’te, “in any case in which such attribution may be made under international law” ifadesini kullanarak, isyancı hareketlerin uluslararası hukuk kişiliği (“possessing separate international personality”, “possessing recognized international personality”) tartışmalarından kaçınmayı tercih etmiştir. (Bkz. Doc. A/10010/Rev.1, m. 14, p. 30).

Eğer isyan başarısızlıkla sonuçlanmışsa, devletin isyancıların fiilleri sebebiyle sorumluluğu ilke olarak doğmaz. Bu durum, devlet otoritesinin fiilen ve sürekli biçimde yerleşmediği yerde sorumluluğun da olmayacağı görüşüyle açıklanmaktadır<sup>872</sup>.

Bazı yazarlara göre ise, devletin buradaki sorumsuzluğunun dayanağı mücbir sebeptir<sup>873</sup>. Ancak mücbir sebep fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran deprem, yangın, sel gibi önüne geçilmez bir olaydır. Bu bakımdan devletin burada sorumlu olmamasının sebebi, isyancıların hukuka aykırı fiillerinin devlete isnad edilmesinin mümkün olmamasıdır<sup>874</sup>. Zira devletin, isyancı veya bu gibi bir diğer hareketin örgütlenmesinden ve yapısından bağımsız olduğu ve kaldığı farz edilir. Bu, devletin isyanı bastırması durumuna özgü bir ilkedir<sup>875</sup>.

Uygulamada da ilkeye gönderme yapılan kararlara rastlamak mümkündür. Örneğin, Birleşik Devletler’de iç savaş döneminde güneydeki Confederate yetkililerinin Louisiana’da İngiliz mallarına verdikleri zararlar üzerine İngiliz-Birleşik Devletler Komisyonuna getirilen 1871 tarihli *Hanna v. United States Davasına* ilişkin savunmada Birleşik Devletler’i temsil eden komisyon üyesi, davacının mallarına zarar verilmesine katılan Louisiana devletinin bir isyan örgütü olduğunu ve Birleşik Devletler hükûmetine karşı düşmanlık içinde hareket ettiğini belirtmişti. Bu, hukukî hükûmetin yerine kurulmuş bir fiilî hükûmet olarak nitelendirilmez. Onun fiilleri suç teşkil eder ve Birleşik Devletler hükûmeti bakımından sorumluluk doğuramaz<sup>876</sup>.

Başlangıçta büsbütün söz konusu hareketin üyelerinin ika ettiği fiiller özel kişilerin fiilleri gibi görünmektedir. Bunlar, bir karışıklığa ya da toplu bir gösteriye katılan kişi veya kişilerin devlete isnad edilemeyen fiillerine benzemektedir. Özellikle

---

<sup>872</sup> Bkz. HOUGHTON, N. D., “The Responsibility of The State for The Acts and Obligations of Local De Facto Governments and Revolutionists”, Minnesota Law Review, 1929-1930, Vol. 14, (Local De Facto Governments), s. 254; PAZARCI, Dersler III, s. 168.

<sup>873</sup> Bu karışıklık hâlleri devletin istek ve iradesi dışında, adeta önüne geçilemez bir doğa olayı gibi doğmuştur. Bu, devletin bu gibi hâllerde sorumluluğunu mutlak surette reddedenler için temel dayanaktır. (Bkz. BİLSEL, Devletler, s. 262. Ayrıca bkz. LYSÉN, s. 89).

<sup>874</sup> JIMÉNEZ/TANZI, s. 361-362.

<sup>875</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 10, p. 4.

<sup>876</sup> Aktaran, HOUGHTON, Local De Facto Governments, s. 257.

organize bir hareket ortaya çıktığı zaman, hareketin fiillerinin onlar üzerinde etkili kontrol olanağı azalan devlete isnad edilmesi olasılığı daha da düşmektedir. Kurulu bir otoriteye karşı sürmekte olan bu tarz hareketlerin ika ettikleri fiiller bakımından genel ilke, bunların devlete isnad edilememesidir. Bir başka deyişle henüz başarı elde edememiş isyancı hareketlerin fiilleri devlete isnad edilememektedir. Ancak bu fiillerin devlete 2001 Komisyon Tasarısı İkinci Bölümde yer alan diğer maddeler, örneğin m. 9, çerçevesinde isnad edilebilmesinde bir engel bulunmamaktadır<sup>877</sup>. Eğer isyancıların veya özel kişilerin normatif (bir norma dayanan veya normla ilgili) özelliği olan (polis hizmetleri gibi) idarî otoritenin yürütülmesi şeklinde fiillerse, 2001 Komisyon Tasarısı m. 9 çerçevesinde, resmî otoritelerin yokluğunda veya işlememesinde kişi ve kişi gruplarının fiilleri devletin fiilleri sayılabilecektir<sup>878</sup>.

Eğer devlet, olanakları dâhilinde yabancıyı ya da yabancının mallarını söz konusu fiilden kurtarmak için yeterli özeni (due diligence) göstermemişse sorumlu tutulabilmektedir. Yine devletin isyancıları affetmesi durumunda uluslararası sorumluluğu doğabilmektedir. Bu ikinci durumda devletin ilgili kişilerin fiillerinin sorumluluğunu yüklediği varsayılmaktadır<sup>879</sup>. Bir başka deyişle söz konusu karışıklık öncesinde, devlet bunlardan yabancı bir devletin veya bir yabancı kişinin zarar görmesini önlemek için gerekli özeni göstermiş olmalıdır ve bu özene rağmen bir zarar ortaya çıkmışsa, bu zarar talepleri bakımından devletin mahkemelerine gitme yollarının açık olması ve bu kişilerin cezalandırılması gerekmektedir. Bunlar ilgili devlet için bir yükümlülüktür<sup>880</sup>. O halde devletler genellikle doğrudan isyancıların fiillerinden değil, bu fiillerin gerçekleşmesi olasılığına karşı önleme ve onlar gerçekleştikten sonra etkili bir soruşturma yapma yükümlülüklerini yerine getirmemekten ötürü sorumlu tutulabilecektir.

---

<sup>877</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 10, p. 2.

<sup>878</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 9, p. 6. Amaçlarını başaramayan isyancı güçler belirli bir bölgede geçici olarak kontrolü sağlayarak üzerine bazı idarî (governmental) faaliyetlerde bulunmuş, örneğin, o bölgede uygulanan belirli yasalar çıkartmış olabilir veya vergi toplamış olabilirler. Bu durumlarda meşru hükümet için sonradan, örneğin ödenmiş vergileri tekrardan talep etmeme gibi, yükümlülükler de doğabilir. (JENNINGS/WATTS, s. 553).

<sup>879</sup> PAZARCI, Dersler III, s. 168. Ayrıca bkz. Von GLAHN, s. 237, 247-248; JIMÉNEZ/TANZI, s. 361; BROWNIE, International Law, s. 438.

<sup>880</sup> JENNINGS/WATTS, s. 551-552.

İsyancıların başarılı olmaması durumunda devletin ilgili fiilleri önleme ve fiiller gerçekleştikten sonra bunları takip etmede bir hukuka aykırılığının tespiti bakımından bir ölçü vermek gerekmektedir. Karışıklık, isyan ve iç savaş durumlarında devlet otoritesinin fiilen ve sürekli biçimde yerleşmediği düşüncesiyle devletin sorumsuzluğu kabul ediliyorsa, sorumluluğun da, devletin ilgili yükümlülüğü (önleme, koruma, kovuşturma vs.) yerine getirmeye ne derece hakim olduğunun değerlendirilmesiyle ortaya çıkabileceği kanaatindeyiz. Bir başka deyişe devlet, olası veya mevcut karışıklık durumundan doğan yükümlülüklerine ne derece hükmedebilmekteyse, bunları yerine getirmemesinden de o derece sorumlu olmalıdır. Bu değerlendirmenin, devletlerin egemenliği ve devletin fiilinin ona, subjektif unsurlardan çok, objektif olarak isnad edilebilmesi eğilimiyle uyum göstermesi bakımından da önem gösterdiğini düşünmekteyiz.

İsyancıların fiilleriyle ilgili, devletin, isyanın bastırılmasında bir ihmali ya da herhangi bir iyiniyete (good faith) aykırı ihlâli bulunmadığı müddetçe sorumlu tutulamayacağına dair genel ilke, *Solis Davasında* tam olarak tanımlandığı şekliyle uluslararası pek çok hakemlik kararında da kabul görmüştür. Diplomatik uygulamalar da bu yönde gelişmiştir<sup>881</sup>.

## **b. İsyan Başarıyla Sonuçlanmışsa**

Buna karşılık isyan, isyancıların başarısıyla sonuçlanmış ve isyancılar devleti ele geçirmişse, bunların mücadele sırasında yaptıkları fiiller dolayısıyla, devletin uluslararası sorumluluğu uygulamada kabul edilmektedir<sup>882</sup>. 2001 Komisyon Tasarısı m. 10/1’de de, “Bir devletin yeni hükûmeti olan isyancı bir hareketin bir fiili, uluslararası hukukta bu devletin fiili sayılmaktadır.” denmektedir. Tasarının m. 10/2 hükmünde ise, “Önceden mevcut bir devletin ülkesinin bir bölümünde ya da bu devletin idaresinde olan bir toprak üzerinde yeni bir devlet kurmayı başaran isyancı veya bir diğer hareketin fiili

---

<sup>881</sup> Bkz. 2001 ILC Commentaries, m. 10, p. 3. Yine *Home Missionary Society Davası*na ilişkin 1920 tarihli hakem kararında aynı ilkeye gönderme yapılmıştır. (Aktaranlar, AMERASINGHE, s. 50; HILLIER, s. 339; SHAW, s. 551).

<sup>882</sup> MERAY, Devletler, s. 637; JENNINGS/WATTS, s. 553-554; PAZARCI, Dersler III, s. 168.

uluslararası hukukta bu yeni devletin fiili sayılmaktadır.” denmektedir. Bu hükümler, isyancıların amaçlarını elde edememesi durumunda isyancıların fiillerinin devlete isnad edilemeyeceğine ilişkin yukarıda aktardığımız genel ilkenin istisnası niteliğindedir.

Buradaki temel düşünce, ayaklananların başından beri ulusal iradeyi ve dolayısıyla devleti temsil ettikleridir<sup>883</sup>. Bir başka deyişle, isyancılarla sonradan kurulan idare arasında bir sürekliliğin olduğunun ve devletin bir uluslararası hukuk kişisi olarak varlığını sürdürdüğünün varsayılması, bu hareketlerin fiillerinin devlete isnad edilebilmesine yol açmaktadır<sup>884</sup>. Zira devlet, kurumlarının değişmesine ve yeniden yapılanmasına rağmen, aynı devlettir ve uluslararası sorumluluğun yüklenilebileceği tek öznedir. Yine mevcut bir devletin ülkesinin bir kısmında ya da idaresinde olan bir toprakta bir isyan veya bir diğer hareketin kurduğu yeni devletin, ilgili hareketin fiillerinden doğan sorumluluğu aynı düşüncelere dayanmaktadır. Buradan çıkan önemli bir sonuç da, devlete isnad edilen fiillerin, söz konusu hareketin üyelerinin kişisel fiilleriyle bir ilgisinin olmaması gerektiğidir<sup>885</sup>. Görüldüğü üzere, isyancıların başarısızlığı hâlinde, devletin sorumlu tutulmamasına ilişkin ilke ile burada, isyancıların kurduğu yeni devletin veya rejimin sorumlu tutulmasına ilişkin ilke benzer hukukî temellere dayanmaktadır.

Yukarıda da söz ettiğimiz gibi ilgili hareketin taraftarlarının fiillerinin yeni devlete isnad edilebilmesi için hareketle bir bağının kurulması gerekmektedir. Örneğin, *Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin Davayla* ilgili UAD kararında, militanların elçilik binasına saldırısında ve oradaki personeli rehine olarak alıkoymasında, onların İran'ın bir ajanı veya organı olarak kabul edilen herhangi bir resmî statüye sahip olduğu belirtilmez. Onların fiilleri bu temelde devlete isnad edilebilir olarak kabul edilemez. İlgili fiiller, ancak İran'ın bazı yetkili organları tarafından özel bir işin yerine getirilmesinin yüklendiği militanların devlet adına hareket etmesi durumunda İran'a doğrudan isnad edilebilir. Divan önündeki bilgiler, bu militanlar ile

<sup>883</sup> MERAY, *Devletler*, s. 637; PAZARCI, *Dersler III*, s. 168.

<sup>884</sup> Bu gerekçeye uluslararası uygulamada da gönderme yapılmıştır. Örneğin bkz. İran-Birleşik Devletler İddialar Mahkemesinin *Short v. Iran Davası* p. 33. (Aktaran, McCORQUODALE/DIXON, s. 417).

<sup>885</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 10, p. 4-6.

devlet arasında o zaman için böyle bir bağ bulunduğunu tespit etmeye yeterli değildir<sup>886</sup>. Aynı şekilde İran-Birleşik Devletler İddialar Mahkemesi *Short v. Iran Davası*nda, İran İslam Devrimini (1978-79) takiben, başvurusunun devrim taraftarlarınca İran'dan ayrılmak zorunda bırakılması ve bu fiillerin devrimle kurulan hükûmete isnad edilmesi gerektiği iddialarını inceledi. Başvurucu, bu fiillerle ilgili olarak devrim hareketinin herhangi bir ajanının kimliğini tespit de edemiyordu. Mahkeme 1987 tarihli kararında, devrimin taraftarlarının (supporters) fiillerinin devrimin başarıya ulaşmasından sonraki hükûmete, aynı mevcut hükûmet taraftarlarının fiillerinin hükûmete isnad edilememesi gibi, isnad edilemeyeceğini belirterek, UAD'ın *Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin Davasına* göndermede bulunmuştur<sup>887</sup>.

Komisyon Tasarısı m. 10/1'i, yukarıda açıkladığımız düşünce çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. Bu sebeple örneğin, mevcut hükûmet ile isyancı hareket arasında bir anlaşmaya dayanarak bir "ulusal uzlaşma hükûmeti" (government of national reconciliation) kurulması durumunda, söz konusu maddenin uygulanmaması gerekir. Zira burada sadece tam bir barışın kurulması amacıyla isyancı hareketin yeni kurulan hükûmetin içine çekilmesi söz konusudur<sup>888</sup>. Burada, uluslararası sorumluluğun düşürülerek, uluslararası hukukun iç barışın sağlanması yönünde dolaylı da olsa katkısının olabileceği söylenmelidir. Zira uluslararası hukukta belki de her şeyden önce barışın sağlanması amacı bulunmaktadır.

Komisyon Tasarısı m. 10/2, önceden başka bir devletin egemenliğine ya da idaresine tâbi bir toprak üzerinde, isyancı veya devrimci bir hareket tarafından ayrılma veya sömürge durumundan bağımsızlığa kavuşma yoluyla yeni bir devlet kurulması durumlarını kapsamaktadır<sup>889</sup>. Ayrıca m. 10/1'e göre burada, isyancı hareketler yanında "diğer hareketler" göz önünde tutularak isnad alanı genişletilmiştir. Ancak, söz konusu madde, örneğin, bir devletin bir grup vatandaşının önceki devlet çatısı altında ayrılma

---

<sup>886</sup> ICJ Reports 1980, p. 58.

<sup>887</sup> Aktaran, McCORQUODALE/DIXON, s. 418.

<sup>888</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 10, p. 7.

<sup>889</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 10, p. 8.

veya devrim savunularını kapsamamaktadır. Yine, bir hareketin bir diğer devletle birleşme amacını gerçekleştirmesi durumu da madde kapsamına girmemektedir. Zira bu son durum, ardıllık meselesiyle ilgilidir<sup>890</sup>.

Uluslararası hakemlik kararları da m. 10 ile getirilen düzenlemeyi kabul eder niteliktedir. Örneğin, Birleşik Krallık-Venezuela Komisyonu *Bolivar Railway v. Venezuela Davası*na ilişkin 1903 tarihli kararında Venezuela'yı, 1899 devrim savaşı sırasında devrim güçlerine sağladığı hizmetten dolayı, daha sonradan İngiliz şirketinin tazminat iddiası için sorumlu tutmuştur. Komisyona göre, bir ulus, başarılı olmuş bir devrimin yükümlülüklerinden dolayı sorumludur; zira neticede başarılı olmuş hareket değişen ulusal idareyi başından beri (ab inito) temsil etmektedir. Benzer şekilde *Dix v. Venezuela Davası*na ilişkin 1903 tarihli kararda Venezuela-Birleşik Devletler İddialar Komisyonu, Venezuela'da 1899 devrimi sırasında General Cipriano Castro'nun askerî güçleri tarafından bir Amerikan vatandaşının bazı mallarına el konmasından Venezuela'yı tazminat ödemekle sorumlu tutmuştur. Zira Generalin güçleri başarı sağlamış ve sonradan da ülkenin hukukî hükûmeti olmuştur<sup>891</sup>. Yine Fransa- Venezuela Karma İddialar Komisyonunun 1902 tarihli *French Company of Venezuelan Railroads Davası* ile ilgili kararına göre, devlet devrimcilerin hareketlerinden sorumlu tutulmaz, meğerki hareket başarıya kavuşsun. Yine bu Komiyonun 1928 tarihli *Pinson Olayı*yla ilgili kararında, devrimcilerin başarıya ulaşmadan önceki taleplerinden veya zorunlu katkı isteklerinden veya başarıya kavuşmuş devrimcilerin yaptıkları saldırılardan ötürü ortaya çıkan zararlar bakımından devletin sorumluluğu inkâr edilemez, demektir<sup>892</sup>.

### c. Fiilî Hükûmetlerin Durumu

Aslında fiilî hükûmetlerin durumu yukarıda incelediğimiz başarılı olmuş isyancıların fiillerinden ötürü devletin sorumluluğu konusuna girmektedir. Ancak burada konuyu genel olarak daha önce de incelediğimiz sorumluluğun diğer bazı kuralları bağlamında ilişkilendirerek açıklayacağız.

<sup>890</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 10, p. 10.

<sup>891</sup> Aktaran, HOUGHTON, Local De Facto Governments, s. 253.

<sup>892</sup> 2001 ILC Commentaries, m. 10, p. 12.



Fiilî hükûmetlerin sorumluluğu, egemenliğin el değiştirmesi temelinde söz konusu olan ardıl devletlerin sorumluluğu veya kurulmakla birlikte henüz tanınmamış devletlerin sorumluluğu konularının dışındadır. İlk durum yukarıda ayrı bir başlık olarak incelendi. Tanınmamış devletlerin öncekinin hukuka aykırı fiillerinden sorumluluğu durumu da aslında ardıllık benzeri sonuçlara sahiptir. Tanınmamış devletlerin kendi fiillerinden sorumluluğu ise tam olmalıdır<sup>893</sup>. Zira uluslararası hukukta tanıma devletin kurucu unsurlarından biri olarak kabul edilmez. Uluslararası hukukta devletin unsurlarını tamamlamış oluşumlar tanınmamışsa dahi, devlet sıfatını haiz olup, daha çok diğer devletlerin ona karşı alacağı tutuma göre şekillenen uluslararası ilişkilerinde sorumluluğu da uluslararası hukuk kişiliğinin gereği olmalıdır.

Fiilî hükûmetler genelde bir devlet ülkesinin ne kadarı üzerinde denetimi ele geçirdiği bakımından genel ve yerel olarak ayrılmaktadır. Genel fiilî hükûmetlerden farklı olarak yerel fiilî hükûmetler, bir devletin sadece bir kısmında veya bölgesinde gerçek bir kontrol sağlayan bir hükûmeti ifade eder. Böyle bir hükûmet i) bir bölgeyi askerî işgal altında tutan bir düşman kuvvet; ii) bağımsızlık elde etmek veya yeni bir devlet kurmak girişiminde bulunan bir devrimci oluşum; iii) ulusal kontrolü sağlamak için bir diğer grupla mücadele içinde olan devrimci bir oluşum; iv) bazı doğal felaketlerin ardından ve diğer acil durumlarda yerel sorunları çözen gönüllü polis kuvvetleri ve acil durum örgütleri biçimlerinde olabilir<sup>894</sup>.

Genel fiilî hükûmetlerin fiilleri sorumluluk bakımından devlet üzerinde bağlayıcıyken, yerel fiilî hükûmetlerin fiilleri için sorumluluk konusu daha karmaşıktır<sup>895</sup>. Yine de yerel fiilî hükûmetlerin, sonradan başarılı bir devrim yapmaları

---

<sup>893</sup> Tanınmayan bir devlete uluslararası yargı organları önünde dava açma olanağı bulunmaktadır. Örneğin, Korfu Boğazı Davası, UAD önünde İngiltere ile bu devletin tanımadığı Arnavutluk arasında bir dava olup, Divan böyle bir davada sakınca görmemiştir. (Bkz. PAZARCI, Dersler III, s. 14).

<sup>894</sup> HOUGHTON, Local De Facto Governments, s. 251 ve dn. 4. Bu konuda ayrıca 2001 Komisyon Tasarısı m. 9'u ele aldığımız "Resmî Otoritelerin Yokluğunda ya da İşlemediği Durumlarda İdarî Otoritenin İşlevlerini Yerine Getiren Kişi ve Kişi Gruplarının Fiilleri" başlığı altında yaptığımız açıklamalara bkz.

<sup>895</sup> Nitekim Sur'un da belirttiği gibi, daha çok anayasaya aykırı yollarla, örneğin bir isyan, darbe, yabancı işgali yoluyla hükûmetin el değiştirmesi durumunda birden fazla hükûmet ortaya çıkabilir ve bu durumda hangisinin devleti temsil ettiğinin tespit edilmesi gerekir. (SUR, s. 123).

ve sonradan devletin kurulu bir hukukî (de jure) hükûmeti olmaları durumunda onların fiilleri devlet için başlangıçtan beri bağlayıcı olur<sup>896</sup>. Bu, 2001 Komisyon Tasarısı m. 10'un da gereğidir. Ancak yerel fiilî hükûmetlerin hukukî hükûmet olmadan önceki fiilleri de koşulları oluşmuşsa Komisyon Tasarısı m. 9 bağlamında kendisine değil ama, devlete isnad edilebilecektir.

“Genel fiilî hükûmet” kavramı düzenli yöntemlerle iktidar olmayan yeni bir hükûmeti ifade etmek için kullanılır. Örneğin bir devrim hükûmeti genellikle hukukî hükûmetten ayrı sınıflanır. Böyle bir hükûmet, düzenli otoritelerin yerine geçerek ve onun işlevlerini üstlenerek, bütün ülkenin siyasî işleri üzerinde genel kontrolü ele geçirmeyle kurulan hükûmetlerdir. Eğer bu kontrol ülkenin sadece bir kısmı üzerinde sağlanmışsa bu hükûmete yerel fiilî hükûmet denildiğini yukarıda söylemiştik. Uygulamada fiilî hükûmetlere karşı getirilen iddialarda karar merciinin öncelikle bu oluşumun “fiilî” niteliğini, bir başka deyişle bunun devlet için hukuken hareket etme durumunda olup olmadığını, belirlemelidir. Zira salt isyancı bir oluşum, fiilleri ve taahhütleriyle devleti bağlama işlevine sahip değildir. Bu bakımdan ilgili oluşumun bir fiilî hükûmet olduğunun ispat külfeti de iddiayı getiren tarafa düşmektedir<sup>897</sup>.

Aslında fiilî hükûmetlerin sorumluluk durumu bakımından uygulamada verilen önemli bir ölçüt bulunmaktadır. Bu yönde UAD'ın *Namibya'da Güney Afrika'nın Sürekli Varlığı* konusuna ilişkin danışma görüşünde belirtildiği üzere, diğer devletleri etkileyen davranışlardan ötürü devletin sorumluluğunun hukukî esası, o ülke üzerindeki egemenlik hakkı veya bunun meşruiyeti değil, bir ülkenin fiilen kontrol edilmekte oluşudur<sup>898</sup>.

---

<sup>896</sup> HOUGHTON, *Local De Facto Governments*, s. 252 ve dn. 8.

<sup>897</sup> HOUGHTON N. D., “The Responsibility of The State for The Acts and Obligations of General De Facto Governments-Importance of Recognition”, *Indiana Law Journal*, 1930-1931, Vol. 6, s. 422-423.

<sup>898</sup> Aktaran, TOLUNER, s. 8.

## SONUÇ

Uluslararası hukukta sorumluluk, diğer hukuk alanlarından biraz farklı olmakla birlikte, bu farkın ancak uluslararası hukukun kendine özgü yapısıyla açıklanması makûl görülebilir. Uluslararası hukukun diğer hukuk alanlarından farkına dayanarak, uluslararası hukukun var olmadığı yönündeki yorumlar, gerçekçi ve daha önemlisi yararlı görünmez. Uluslararası hukukta her zaman her durumda bu düzenin otoritesine dayanarak yaptırım uygulayacak bir merkez bulunmamaktadır. Ancak bu hukuk düzeninin her ihlâlinde, yerel ve bazen de -özellikle BM Örgütü çerçevesinde- evrensel boyutta tepkiler olabilmektedir. Tek başına bu, bir hukuk düzeninin varlığını ortaya koyar niteliktedir. Zira bir bakıma çeşitli ağırlıklarda ve şekillerde olabilen bu tepkiler, uluslararası hukuk kişilerinin kendi veya başkalarının haklarını kendiliklerinden veya uluslararası toplumla birlikte araması anlamına gelmektedir. Bu tepkiler bir hesap sorma, giderim isteme niteliğindedir. Ayrıca bir hukuk düzeninde olağan olarak çeşitli ihlâllerin olması ve hatta bazen bunların karşılıksız kalması da o hukuk düzeninin varlığını tartışmaya açmak için yeterli temel oluşturmaz. Önemli olan, o düzenin belirli kuralları içerisinde, o düzenin muhataplarının olağan şekilde normal hayatlarını sürdürebilmesidir. Uluslararası hukukta da uluslararası hukuk kişilerinin genel olarak bu düzenin kuralları bakımından olağanın dışında uygulamalarla karşılaşmadıkları söylenebilir. Kısacası, uluslararası hukukta halen istisnalar kural olmamıştır; esas olarak bu düzenin kurallarına uyulmakta ve bunlara uyulmasının gerekliliği konusundaki görüş de, baskın durumdadır.

Ayrıca, uluslararası hukuka insanlığın geneli için salt yüksek idealler misyonu yüklemek doğru olmaz. Ancak belki insanlığın yüksek ideallerinin gerçekleştirilmenin en elverişli yolu da uluslararası hukuktur. Yine de uluslararası hukukun bunun dışında ve daha gerçekçi olarak, uluslararası toplumun gerekli günlük işlerini karşılayan kurallar bütünü olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Uluslararası hukuk kişilerinden devletlerin uluslararası sorumluluğu konusunda yüz yıla yaklaşan, ancak, yakın zamana kadar önemli belirsizliklerini de

koruyan bir kodifikasyon deneyimi bulunmaktadır. Konu üzerine Milletler Cemiyetinin, bazı uluslararası örgüt ve kuruluşların, hukuk fakültelerinin ve bu konuda çalışan uluslararası hukukçuların çalışmaları olmuştur. Nihayet, muhtemelen bir uluslararası sözleşmeye dönüşecek olan 2001 Komisyon Tasarısıyla, konu önemli bir hukukî zemine kavuşmuştur. Komisyonun Tasarısı aşağı yukarı elli yıllık bir çalışmanın ürünüdür. Tasarıda hem uluslararası örf ve âdet kuralları düzenlemiş, hem de hukukun tedrici gelişimi göz önünde tutularak bu gelişmeye uyum ve katkı sağlanmıştır.

Uluslararası Hukuk Komisyonunun, hazırlayacağı tasarı üzerinde uluslararası uzlaşmayı gözeterek, çalışması boyunca geri adım atmayı bildiği de olmuştur. Zira Komisyonun çalışması salt bilimsel kaygılara dayanamaz, çalışmanın uluslararası toplumdaki olgular çerçevesinde ve bu toplumun kişileri tarafından kabul görebilecek nitelikte olması da önemlidir. Buna uygun olarak, ilgili Tasarının da makul ve kabul edilebilir olduğunu söyleyebiliriz. Bunun dışında Tasarı ihtiyaca cevap verecek de niteliktedir. Nitekim son dönemlerde, çalışmamızda da yer verdiğimiz bazı uygulamalarda, Komisyonun çalışmalarına veya 2001 Tasarısına göndermeler yapan kararlara rastlamak mümkündür.

2001 Komisyon Tasarısı devletin uluslararası sorumluluğu konusunda bir uluslararası sözleşme yapılmasına yetecek şekilde hazırlanmıştır. BM Genel Kurulu da Tasarının görüşülmesini 2007’de yapılacak olan 62. oturumundaki geçici gündemine dâhil etmiştir. Muhtemelen bu oturumda BM Genel Kurulu 2001 Tasarısına dayanan bir uluslararası sözleşme yapılması için bir uluslararası konferans toplanması kararı alacaktır.

Çalışmamızda açıkça belirttiğimiz gibi, devletin uluslararası sorumluluğu, temelde bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlüne dayanır. Bunun dışında bu ihlâlin devlete bağlanabilmesi, yani isnad edilebilmesi de gerekir. Komisyon, çalışmasında bu iki unsuru tek bir kavramla ifade etmeyi seçmiştir: “uluslararası hukuka aykırı fiil”. O halde sorumluluk için uluslararası hukuka aykırı fiilin varlığı gereklidir. Ancak uluslararası hukuk tarafından yasaklanmayan faaliyetlerden doğan, nisbeten daha özel bir sorumluluk hâli de uluslararası hukukta öngörülmüştür. Bu sorumluluk

türünü, faaliyetin yasak olmamasına; ancak devletler için bazı yükümlülükler de getirmesine dayandırabiliriz. Sorumluluk da bir tür yükümlülüktür ve bu faaliyetlerden bir zarar doğması durumunda, burada en azından bir sorumluluk üstlenme yükümlülüğünün bulunduğunu söyleyebiliriz.

Çalışmamızda önemli yer tutan “Benzer Kavramlarla Karşılaştırma” Bölümünde incelediğimiz “İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması”, “Uluslararası Suçlar Dolayısıyla Ceza Sorumluluğu”, “Uluslararası Örgütlerin Uluslararası Sorumluluğu”, “Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Olmayan Fiillerinden Dolayı Uluslararası Sorumluluğu”, “Devletler ile Yabancı Özel Hukuk Kişileri Arasındaki Sözleşmelerin İhlallerinden Doğan Sorumluluk” konularının çalışmamızın esasından belirleyici farkı, ya konu bakımından ya da kişi bakımından nisbeten daha spesifik olmalarıdır. Buna dayanarak buradaki sorumluluk rejimlerinin de özel sorumluluk hâlleriyle ilgili olduğunu söyleyebiliriz.

Devletin uluslararası sorumluluğu için tek bir hukukî dayanak aramanın zorluğu, özel sorumluluk rejimlerinin bulunabilmesinden de anlaşılmaktadır. Ancak nihayetinde uluslararası sorumluluğun hukukî dayanağının bir uluslararası hukuk düzeninin varlığı olabileceğini düşünmekteyiz. Hem bunun, uluslararası hukukun varlığı tartışmalarına da, devletlerin sayısız yargı ve hakemlik kararları vasıtasıyla veya kendiliklerinden sorumluluk üstlenmeleri gerçeğiyle birlikte uygun bir karşılık olacağı kanaatindeyiz. Özetle uluslararası hukukta bazı aksaklıklarıyla birlikte belirli kurallar çerçevesinde işleyen bir sorumluluk kurumu bulunmaktadır.

Uluslararası hukukun iç hukuklarla ve uluslararası sorumluluğun iç sorumluluk rejimleriyle karıştırılmaması gerekir. Bu, uluslararası hukukun kendine özgülüğünün sonucudur. Ayrıca bir fiilin uluslararası hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinde takdir ölçüleri uluslararası hukukta aranmalıdır. Bu, Komisyon Tasarısı m. 3 ile de sabittir. Biz de çalışmamızda, iç hukuktaki kavramları kullanabilmekle birlikte, bunların uluslararası hukuktaki kendine özgülüğünü ortaya koymaya çalıştık.

Uluslararası hukukta sorumluluğun niteliğini, en azından hukukun şu anki gelişmesinde “hukukî” veya “cezaî” olarak nitelendirmek veya ayırma tâbi tutmak

mümkün gözükmemektedir. Uluslararası hukukta giderim ve bunun içinde tazminat önemli bir yer tutmakla birlikte, sorumluluğun “hukukî” olarak nitelendirilmesine yol açmamalıdır. Zira giderim dışında uluslararası hukukta sorumlulukla ilgili olarak bazı yaptırımlar veya karşı önlemler de önemli yer tutabilmektedir. Ayrıca bir devletin belirli fiiller bakımından sorumluluğu salt kendisi için değil, diğer devletler açısından da bazı yeni yükümlülüklerle yol açabilmektedir. Bu son durum, 2001 Komisyon Tasarısında, devletlerin ceza sorumluluğunu öngören eski 19. madde hükmünün bir bakıma yerine getirilen, uluslararası hukukun emredici normlarının ciddi ihlallerinin düzenlendiği m. 40-41 çerçevesinde bir kez daha hukukî bir temel bulmuştur. Bu bakımdan uluslararası sorumluluğun niteliğini “hukukî” veya “cezaî” olarak değil; “uluslararası” ve “*sui generis*” olarak kabul etmek yerinde olur.

Devletin uluslararası sorumluluğu için, 2001 Komisyon Tasarısındaki ifadesiyle “devletin her uluslararası hukuka aykırı fiili onun sorumluluğunu gerektirir” ilkesinin gerekli olmakla birlikte, yeterli olup olmayacağı konusunda, genellikle de uluslararası sorumluluğu iç hukuklardaki sorumluluk rejimleriyle birlikte ele alan yazarlar tarafından tartışılabildiğini söyleyebiliriz. Ancak bu konuda öğretilerdeki eğilimin, bu ilkeyi sorumluluk için yeterli temel olarak alma yönünde olduğunu söylemeliyiz.

Uluslararası sorumluluk, konumuz olmakla birlikte, iç hukuktaki alışıldık sorumluluk rejimlerinden büyük oranda farklıdır. Bununla birlikte, kullandığımız kavramlar çoğu kez kaçınılmaz olarak “*hukuka aykırı fiil*”, “*kusur*”, “*zarar*”, “*nedensellik bağı*”, “*isnadiyet*” gibi kavramlar olmuştur. Ancak uluslararası sorumlulukta bunların tamamen iç hukuktaki anlamlarıyla örtüştüğünü ve aynı etkiye sahip olduğunu söyleyemeyiz.

Uluslararası hukuka aykırı fiilin varlığı dışında, “zarar”, “kusur”, “nedensellik bağı” gibi unsurların sorumluluk için gerektiği ileri sürülse de, en azından artık bu unsurların hiçbiri mutlak ve müstakil şekilde yerini korumamaktadır.

Hemen hemen bütün sorumluluk rejimlerinde zarar gideriminin, sorumluluğun belirleyici özelliği olduğunda şüphe yoktur. Bu bakımdan zarar, sorumluluğun ön koşulu olabilmiştir. Ancak, uluslararası hukukta, bu durum da biraz

farklıdır. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, giderim, uluslararası sorumluluğun da önemli bir sonucu olmakla birlikte, tek sonucu değildir. Ayrıca uluslararası hukukta maddî konuların bir yere kadar önemi olduğu yadsınamasa da, devletlerin egemenliği, bağımsızlığı, onuru bunların da ötesinde öneme sahiptir. Ancak geniş anlamda zararın, her ne kadar zarara 2001 Komisyon Tasarısında zorunlu bir koşul olarak yer verilmese de, sorumluluğun genel unsurlarından biri olduğunu söylemeliyiz. Burada önemli olan, zarardan ne anlaşıldığıdır. Zaten öğretilerde “zararın varlığı” üzerine süregelen tartışma da, daha çok bunun üzerinedir. Zararın geniş anlamda ele alınmasında, maddî ve manevî zararlar, hatta hukukî zararlar ve salt uluslararası hukuk düzeninin kendisinin uğrayacağı zararlar kapsanmalıdır. Ancak uluslararası hukuk kişilerinin salt menfaatlerinin zarara uğraması da sorumluluğu gerektiren bir koşul oluşturamaz. Bir bakıma zararın, ayrı bir koşul olmaktan çıkıp, uluslararası hukuka aykırı fiilin doğasında bulunduğunu söyleyebiliriz.

Kusurun varlığının pek çok sorumluluk rejiminde önemli bir yeri bulunmaktadır. Oysa, uluslararası hukukun yine kendine özgü niteliği ve yapısı dolayısıyla, kusuru sorumluluğun her durumda zorunlu koşulu olarak kabul etmek yerinde görünmez. Her şeyden önce uluslararası sorumlulukta kimin kusurunun aranacağı, temel bir problem teşkil eder. Devlet tüzel kişinin kusurunu aramaya kalkışmak mümkün değildir. Zira devlet, ancak ajanları ve organları aracılığıyla hareket etme veya hareketsiz kalma kabiliyetine sahiptir. Uluslararası hukukta muhatap olarak, iç hukuk örgütlenmesinde bazı statüler verilen ve yetkiler tanınan kişiler değil, devletin kendisi bulunmaktadır. O halde olsa olsa bu kişi ve organların hareket veya hareketsizliklerinde kusuru aramak gerekecektir ki; bu da hem devletler arasındaki ilişkilerin güvenliğini zedeler, hem de bunun tespiti kolay kolay yapılamaz. 2001 Komisyon Tasarısında da sorumluluğun doğması açısından koşul olarak yer verilmeyen kusurun, artık uluslararası hukuka aykırı fiilin içinde yer alarak objektifleştiğini söyleyebiliriz. Görüleceği üzere, “hukuka aykırı fiil” koşulu, artık salt bir yükümlülüğün ihlâli anlamında kullanılmayıp, “fiilin devlete isnad edilebilirliği”, “zarar” ve “kusur” unsurlarını da içerebilen bir kavram olarak değerlendirilmelidir.

Uluslararası hukuka aykırı fiilin devlete isnad edilebilmesi, sorumluluğun diğer tartışmalı konuları karşısında cazibesini bir bakıma kaybetmiş durumdadır. Zira bu konuda yürütülen kurallar artık örf ve âdet kuralları olarak değerlendirilebilir ve bunlarda büyük bir sorun olmadığını söylemeliyiz. Örneğin, hukukun gelişiminde devletin organlarının ve ajanlarının *ultra vires* fiilleri bakımından devletin sorumlu olup olamayacağı tartışılabilmişken, bu konuda artık hemen hemen hiçbir tereddütün bulunmadığını, devletlerin bu fiillerden sorumluluğunun doğduğunu açıktır. Uluslararası uygulama da uzun bir süreden beri bunu desteklemektedir. Ancak fiili ika eden organın veya ajanın bir özel hukuk kişisi gibi hareket etmesi durumunda devlete bir sorumluluk düşmez. Bu ayırmadaki temel ölçü, kişinin devlet tarafından kendisine verilen araçları veya statüyü kullanıp kullanmamasına dayanmaktadır. Kişi, bunları kullanmışsa, devlet sorumludur; eğer kullanmamışsa, devletin sorumluluğu yoktur. Burada özel hukuk kişilerinin fiillerinden kural olarak devletin sorumluluğunun bulunmadığını da hemen söylemeliyiz. Ancak devletin özel hukuk kişilerini kışkırtması, desteklemesi, yönlendirmesi ve kontrol etmesi gibi durumlarda veya özel hukuk kişilerinin olası uluslararası hukuka aykırı fiillerini önleme ya da bu fiiller yapıldıktan sonra bunları soruşturma ve faillerini cezalandırma gibi yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda sorumluluğu söz konusu olabilir.

Devletin sorumluluğunu doğması yönünden incelediğimiz çalışmamızda, sorumluluğun doğmasının koşullarını, bu konulardaki tartışmalı yönleri ve son durumda mevcut eğilimleri ortaya koymaya çalıştık. Devletin sorumluluğu, eğer hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum yoksa, hukuka aykırı fiilin ika edilmesiyle doğar. Bundan sonra bunun tespit edilmesi ve hüküm ve sonuçlarını doğurması aşamasına geçilir.



## KAYNAKÇA

### GENEL ESER - MAKALE

- ABI-SAAB Georges, “The Uses Of Article 19”, EJIL, 1999, Vol. 10, No. 2.
- AKİPEK Ömer İlhan, Devletler Hukuku, Birinci Kitap: Başlangıç, Ankara 1970.
- AKTAŞ ACABEY Münevver, Sınırtaşan Sular (Hukukî Rejim, Dicle-Fırat ve Türkiye'nin Diğer Sınırtaşan Suları), İstanbul 2006.
- ALLOTT Philip, State Responsibility and The Unmaking of International Law, HILJ, Winter 1988, Vol. 29, No. 1.
- ALSAN Zeki Mesud, Yeni Devletler Hukuku, C. I: Prensipler-Şahıslar, İstanbul 1955.
- AMERASINGHE C. F., State Responsibility for Injuries to Aliens, Oxford 1967.
- ANZILOTTI Dionisio, Devletler Hukuku, C. I: Giriş-Genel Teoriler, Çev. Sahir Erman, İstanbul 1946.
- ATLAM Hazem, “National Liberation Movements and International Responsibility”, in M. Spinedi and B. Simma (editor), United Nations Codification of State Responsibility (New York, Oceana, 1987).
- AVCI Sedat, Organlarının Haksız Fiiller Dolayısıyla Devletin Mes'uliyetinin Şartları, Ankara Hukuk Fakültesi, Ankara 1972, (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

- BAŞLAR Kemal, “Uluslararası Hukukta ‘Erga Omnes’ Kavramı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Ergin Nomer’e Armağan, 2002, S. 2.
- BELİK Mahmut, Devletler Hukukunda Hukukî Tasarruflar, İÜHFM, 1966, C: XXXII, S. 1.
- BERLIA Georges, “Dâhilî harb ve Devletin Beynelmîlel Mesuliyeti”, Çev. Tark YENİSEY, Adliye Ceridesi, 1938, No. 6-10.
- BERLIA Georges, “İç Harp ve Devletin Milletlerarası Mesuliyeti”, Çev. İlhan AKİPEK, 1954, AÜHFD, C. XI, S. 1-2.
- BİLGE A. Suat, Tebaanın Yabancı Memleketlerde Diplomatik Himayesi, Ankara 1953.
- BİLSEL Cemil, “Memurların Yaptığından Devletlerin Arsiulusal Mes’uliyeti”, İÜHFM, 1935, S. 1, (Memurlar).
- BİLSEL Cemil, Devletler Hukuku, C. I: Devletler, İstanbul 1941, (Devletler).
- BODANSKY Daniel/CROOK John R., “Symposium: The ILC’s State Responsibility Articles-Introduction and Overview”, AJIL, 2002, Vol. 96.
- BOYLE Alan E., “State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?”, ICLQ, January 1990, Vol. 39, No. 1.
- BOZKURT Enver, Devletler Hukuku, Ankara 2004.
- BROWNLIE Ian, System of The Law of Nations: State Responsibility (Part I), Oxford 1983, (Responsibility).
- Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedi, Librarie Larousse 1986 (Gelişim Yayınları AŞ).

- CARON David D., “The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority”, AJIL, 2002, Vol. 96.
- CASSESE Antonio, International Law, Oxford 2005.
- CEVİZCİ Ahmet, Paradigma Felsefe Sözlüğü, İstanbul 1999.
- CRAWFORD James/OLLESON Simon, “The Nature and Forms of International Responsibility”, Ed. Malcolm EVANS, International Law, Oxford 2003.
- CRAWFORD James/PEEL Jacqueline/OLLESON Simon, “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of The Second Reading”, EJIL, 2001, Vol. 12, No. 5.
- CZAPLINSKI Wladyslaw, “State Succession and State Responsibility” (Notes and Comments), The Canadian Yearbook of International Law, 1990, Vol. 28.
- ÇAĞIRAN Mehmet Emin, Uluslararası Hukukta Devletin Tek Trafılı İşlemleri, Ankara 2005.
- ÇELİK Edip, Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap, İstanbul 1987, (Hukuk).
- ÇELİK Edip, Milletlerarası Mesuliyet, İÜHFM, 1957, C. XXI, S. 1-4, (Mesuliyet).
- DENK Erdem, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar”, AÜSBFD, 2001, C. 56(2), S. Nisan-Haziran.
- DESCHEANUX Henri/TERCIER Pierre, Sorumluluk Hukuku, Çev. ÖZDEMİR Salim, Ankara 1983.
- DEVELLİOĞLU Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara 2003.

- Dictionnaire Larousse Ansiklopedik Sözlük, Larousse 1993 (Milliyet).
- DOĞAN Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, 2005.
- DUPUY Pierre-Marie, “A General Stocktaking of the Connections between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility”, EJIL, 2002, Vol. 13, No. 5, (Multilateral Dimension).
- DUPUY Pierre-Marie, “Dionisio Anzilotti and The Law of International Responsibility of States”, EJIL, 1992, Vol. 3, No. 1, (Anzilotti and Responsibility).
- ELIAS T. O., “The Doctrin of Intertemporal Law”, AJIL, Nisan 1980, Vol. 74, No. 2.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C: I, İstanbul 1998.
- ERKİNER Hakkı Hakan, Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Kaynağı ve Sonuçları (Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonunun Çalışmaları ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2002.
- GAILLARD Emmanuel/BANIFATEMI Yas, “The Meaning of ‘and’ in Article 42(1), Second Sentence, of The Wahington Convention: The Role of International Law in The ICSID Choice of Law Process”, ICSID Rev-FILJ, 2003, Vol. 18/2.
- GARCÍA-AMADOR F. V., “State Responsibility of the New Trends of International Law”, AJIL, 1955, Vol. 49, No. 3.
- GEMALMAZ Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan HaklarıHukukunun Genel Teorisine Giriş, İstanbul 2003.

- GILBERT Geoff, “The Criminal Responsibility of States”, ICLQ, April 1990, Vol. 39, No. 2.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1996.
- GROTIUS Hugo, Savaş ve Barış Hukuku (De Iure Belli ac Pacis), Çev. Seha L. MERAY, Ankara 1967.
- GÜLMEZ Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Ankara 2004.
- GÜNAL H. Yılmaz, İhkak-ı Haktan İmtina Hâlinde Devletin Milletlerarası Mes’uliyeti, AÜSBFD, Mart 1959, C. XIV, S. 5.
- GÜNDÜZ Aslan, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, İstanbul 2003.
- HACKWORTH Green H., “Responsibility of States for Damage Caused in Their Territory to the Person or Property of Foreigners: The Hague Conference Codification of International Law”, AJIL, July 1930, Vol. 24, No. 3.
- HANÇERLİOĞLU Orhan, Felsefe Sözlüğü, İstanbul 1989.
- HANÇERLİOĞLU Orhan, Türk Dili Sözlüğü, İstanbul 2000.
- HEINZE Eric/FITZMAURICE Malgosia (Eds.), Landmark Cases in Public International Law, London 1998.
- HILLIER Tim, Sourcebook on Public International Law, London 1998.
- HOBÉR Kaj/SWARTLING Mannheimer, “State Responsibility and Investment Arbitration”, <http://www.ila->

[hq.org/pdf/Foreign%20Investment/ILA%20paper%20-Hober.pdf](http://hq.org/pdf/Foreign%20Investment/ILA%20paper%20-Hober.pdf)

(29.06.2006).

- HONIG, “Eşil’e Göre Mesuliyet Meselesi”, Çev. Yavuz ABADAN, Cemil Bilsel’e Armağan, İstanbul 1939.
- HOUGHTON N. D., “The Responsibility of The State for The Acts and Obligations of General De Facto Governments-Importance of Recognition”, Indiana Law Journal, 1930-1931, Vol. 6.
- HOUGHTON, N. D., “The Responsibility of The State for The Acts and Obligations of Local De Facto Governments and Revolutionists”, Minnesota Law Review, 1929-1930, Vol. 14, (Local De Facto Governments).
- JENNINGS Robert/WATTS Arthur, Oppenheim’s International Law, Vol. I: Peace, Introduction and Part 1, London 1992, Ninth Edition, (OPPENHEIM).
- JIMÉNEZ de Aréchaga Eduardo/TANZI Attila, “International State Responsibility”, Ed. Mohammed BEDJAOUI, International Law: Achievements and Prospects, Paris 1991 by UNESCO.
- JINKS Derek, “State Responsibility for The Acts of Private Armed Groups”, CJIL, 2003, Vol. 4, No. 1.
- KAPLAN Margo, “Using Collective Interests to Ensure Human Rights: An Analysis of The Articles on State Responsibility”, New York University Law Review, November 2004, Vol. 79.
- KARL Wolfram, “The Time Factor in the Law of State Responsibility”, in M. Spinedi and B. Simma (editor), United Nations Codification of State Responsibility (New York, Oceana, 1987).

- KOÇHİSARLIOĞLU Cengiz, Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, Dicle Hukuk Fakültesi Dergisi, 1984, S. 2.
- KONTOS Alexis P., “‘Private’ security guards: Privatized force and State responsibility under international human rights law”, Non-State Actors and International Law, 2004, Vol. 4.
- Le FUR Louis, Devletlerarası Amme Hukuku, Çev. Nihat ERİM, C. I, Ankara 1942.
- LILLICH Richard B., “Toward The Formulation of An Acceptable Body of Law Concerning State Responsibility”, Syracuse Law Review, 1964-1965, Vol. 16.
- LÜTEM İlhan, Devletler Hukuku Dersleri, C. II: Yetkiler-Sahalar-Yetkilerin Kullanılması-Barış ve Güvenliğin Sağlanması, Ankara 1960.
- LYSÉN Göran, State Responsibility and International Liability of States for Lawful Acts: A Discussion of Principles, Uppsala 1997.
- McCORQUODALE Robert/DIXON Martin, Cases and Materials on International Law, Oxford 2003.
- MERAY Seha, “Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Cismanî Zararların Tazmini Meselesi”, ASBFD 1954, (BM Hizmetinde Uğranılan Zarar).
- MERAY Seha, “Devletler Hukukunda Denizle İlgili Bazı Örnek Olaylar”, AÜSBFD, 1957, C. XII, No. 3.
- MERAY Seha, Devletler Hukukuna Giriş, Ankara 1968, (Devletler).
- MOHR Manfred, The ILC’s Distinction Between ‘International Crimes’ and ‘International Delicts’ and Its Implementation, in M. Spinedi and B. Simma

(editor), United Nations Codification of State Responsibility (New York, Oceana, 1987).

- MORRIS Madeline, High Crimes and Misconceptions: The ICC and Non-Party States, Law and Contemporary Problems, Vol. 64, No. 1, Winter 2001.
- ÖZBEK Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Ankara 2006.
- ÖZMAN Aydoğan, Devletler Hukukunda Müeyyide, Ankara 1974, (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- PAZARCI Hüseyin, “Uluslararası Hukukta Jus Cogens Kavramı”, Bülen N. Esen’e Armağan, Ankara 1977, (Jus Cogens).
- PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri I, Ankara 2004, (Dersler I).
- PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri II, Ankara 2005, (Dersler II).
- PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri III. Kitap, Ankara 1999, (Dersler III).
- PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Ankara 2003.
- POYRAZ Yasin, Uluslararası Hukukta Objektif Sorumluluğun Düzenlenmesi, Konya 2000, (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- PÜSKÜLLÜOĞLU Ali, Türkçe Sözlük, İstanbul 2004.
- REISMAN W. Michael, “Reflections on State Responsibility for Violations of Explicit Protectorate, Mandate, and Trusteeship Obligations”, MJIL, 1989, Vol. 10.



- Remarks by KLEIN Pierre, “The State of State Responsibility”, (Pierre Klein; Laurence Boisson de Chazournes; Xue Hanqin; David D Caron), ASIL, Proceedings of Annual Meeting, 2002, ABI/INFORM Global.
- ROSENSTOCK Robert, “The ILC and State Responsibility”, AJIL, 2002, Vol. 96.
- SCHACHTER Oscar, International Law in Theory and Practice, Dordrecht 1991.
- SHAW Malcolm N., International Law, Cambridge 2001.
- SHELTON Dinah, “Righting Wrongs: Reparations in The Articles on State Responsibility”, AJIL, 2002, Vol. 96.
- SIMMA Bruno, “The Work of the International Law Commission at Its Fiftieth Session (1998)”, NJIL, 1998, Vol. 67.
- SPIERMANN Ole, “Applicable Law”, 2005, <http://www.ila-hq.org/pdf/Foreign-%20Investment/-ILA%20paper%20Hoher.pdf> (29.06.2006).
- SUR Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, İzmir 2000.
- TANDOĞAN Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- TANZI Attila, “Is Damage A Distinct Condition for The Existence of An Internationally Wrongful Act?”, in M. Spinedi and B. Simma (editor), *United Nations Codification of State Responsibility* (New York, Oceana, 1987).
- TARHAN Turgut, “Tüm İnsanlığın Düşmanı”, 19.12.200 tarihli gazete makalesi, <http://www.radikal.com.tr/2000/12/19/yazarlar/turtar.shtml> (18.06.2006).
- TDK, Türkçe Sözlük, Ankara 2005.

- TEKİNAY Selâhattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Halûk, ALTOP Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004.
- TOLUNER Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), İstanbul 1996.
- TUNKIN G. I., Theory of International Law, Çev. William E. BUTLER, Cambridge Massachutes 1974.
- Türk Hukuk Lügati, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1998.
- TÛTÛNCÛ Ayşe Nur, "Trail Smelter Hakem Kararı Hukukun Kodlaştırılmasında Örnek Olay Olarak Etkisi ve Kararın Özeti", İÜHFM, C. LV, S. 4, 1997.
- TÛTÛNCÛ Ayşe Nur, Milletlerarası Hukuk Komisyonunun 53. Oturumunda Kabul Edilen 2001 Tarihli Taslak Çerçevesinde Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınır Aşan Zararın Önlenmesi Sorununa Bir Bakış, MHB, 2002, S. 2, (Sınır Aşan Zararın Önlenmesi).
- VOLKOVITSCH Michael John, "Righting Wrongs: Towards A New Theory of State Succession to Responsibility for International Delicts", Colombia Law Review, 1992, Vol. 92.
- Von GLAHN Gerhard, Law Among Nations an Introduction to Public International Law, New York 1986.
- WALLACE, M.M. Rebecca, International Law-A Student Introduction, London 1997.

- WEISS Brown, “Invoking State Responsibility in The Twenty-first Century”, AJIL, 2002, Vol. 96.
- WITTICH Stephan, “Current Legal Developments: The International Law Commission’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts Adopted on Second Reading”, 15 LJIL, 2002.
- YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996.
- ZEVKLİLER Aydın/ACABEY Beşir/GÖKYAYLA Emre, Zevkliler Medenî Hukuk, Ankara 1997.

## RAPORLAR – BELGELER

- Commentaries to Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Act, Report of the ILC on the work of its Fifty-third session, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10, (A/56/10), chp.IV.E.2 (2001 ILC Commentaries).
- Doc. A/10010/Rev.1 Report of the ILC on the work of its twenty-seventh session, 5 May - 25 July 1975, Official Records of the General Assembly, Thirtieth session, Supplement No. 10.
- Doc. A/31/10, Report of the ILC on the work of its twenty-eighth session, 3 May-23 July 1976.
- Doc. A/32/10, Report of the ILC on the work of its twenty-ninth session, 9 May - 29 July 1977, Official Records of the General Assembly, Thirty-second session, Supplement No. 10.
- Doc. A/35/10, Report of the international Law Commission on the work of its Thirty-second session, 5 May - 25 July 1980, Official Records of the General Assembly, Thirty-fifth session, Supplement No. 10.
- Doc. A/36/10, Report of the ILC on the work of its Thirty-third session, 4 May - 24 July 1981, Official Records of the General Assembly, Thirty-sixth session, Supplement No. 10
- Doc. A/44/10, Report of the ILC on the work of its forty-first session, 2 May- 21 July 1989, Official Records of the General Assembly, Forty-fourth session, Supplement No. 10.

- Doc. A/51/10, Report of the ILC on the work of its forty-eighth session, 6 May -26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No. 10.
- Doc. A/53/10, Report of the ILC on the work of its fiftieth session, 20 April - 12 June and 27 July - 14 August 1998, Official Records of the General Assembly, Fifty-third session, Supplement No.10.
- Doc. A/57/10, Report of the ILC on the work of its fifty-fourth session (2002), General Assembly Official Records Fifty-seventh session, Supplement No. 10.
- Doc. A/59/10, Report of the ILC on the work of its fifty-sixth session, 3 May to 4 June and 5 July to 6 August 2004.
- Doc. A/9010/Rev.1: Report of the ILC on the work of its twenty-fifth session (7 May-13 July 1973).
- Doc. A/9610/Rev.1, Report of the ILC on the work of its twenty-sixth session, 6 May - 26 July 1974, Official Records of the General Assembly, Twenty-ninth session, Supplement No. 10.
- Doc. A/CN.4/106, Second report of the Special Rapporteur, Mr. F.V. García-Amador, 9th session of the ILC (1957).
- Doc. A/CN.4/134 and Add.1 Sixth Report on International Responsibility by Mr. F.V. Garcia Amador, Special Rapporteur, 13th session of the ILC (1961).
- Doc. A/CN.4/152 Report by Mr. R. Ago, Chairman of the Sub-Committee on State Responsibility.

- Doc. A/CN.4/217 and Corr.1 and Add.1, First report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur - Review of previous work on codification of the topic of the international responsibility of states.
- Doc. A/CN.4/220, Report of the ILC on the work of its twenty-first session, 2 June - 8 August 1969, Official Records of the General Assembly, Twenty-fourth Session, Supplement No. 10 (A/7610/Rev.1).
- Doc. A/CN.4/233, Second report on State responsibility, by Roberto Ago, Special Rapporteur - the origin international responsibility, 22nd session of the ILC (1970).
- Doc. A/CN.4/246 and Add.1-3, Third Report on State responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility, 23rd Session of the ILC (1971).
- Doc. A/CN.4/291 and Add.1 & 2 and Corr.1, Fifth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur - the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility (continued), 28th Session of the ILC (1976).
- Doc. A/CN.4/334 and ADD.1 and 2, Preliminary report on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law, by Mr. Robert Q. Quentin Baxter, Special Rapporteur.
- Doc. A/CN.4/490, Add. 3, First report of the Special Rapporteur, Mr. James Crawford (50th session) of the ILC (1998).
- Doc. A/CN.4/96, Report of the Special Rapporteur, Mr. F.V. García-Amador, 8th Session of the ILC (1956).

- Doc. ICSID/15, Nisan 2006, ICSID Convention, Regulations and Rules, [http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/CRR_English-final.pdf) (29.05.2006).
- International Military Tribunal for the Trial of the Major War Criminals, judgment of 1 October 1946, reprinted in AJIL, 1947, Vol. 41, No. 1.
- Questionnaire No. 4: Responsibility of States for Damage Done in Their Territories to The Person or Property of Foreigners”, (by Guerrero), AJIL, Jul. 1926, Vol. 20, No. 3.
- The Law of Responsibility of States for Damage Done in Their Territory to The Person or Property of Foreigners”, AJIL, April 1929, Vol. 23, No. 2, Supplement: Codification of International Law, Appendix No. 5.
- YILC 1966, Vol. II. (Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly)
- YILC 1973, Vol. I, Summary Records of The Twenty-Fifth Session, 1243rd Meeting (06.07.1973).
- YILC 1976, Vol. I, Summary Records of the Twenty-eight Session 3 May-23 July 1976.



# General Assembly

Distr.: General  
28 January 2002

**Fifty-sixth session**  
Agenda item 162

## Resolution adopted by the General Assembly

[on the report of the Sixth Committee (A/56/589 and Corr.1)]

### **56/83. Responsibility of States for internationally wrongful acts**

*The General Assembly,*

*Having considered* chapter IV of the report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session,<sup>1</sup> which contains the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts,

*Noting* that the International Law Commission decided to recommend to the General Assembly that it should take note of the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts in a resolution and annex the draft articles to that resolution, and that it should consider at a later stage, in the light of the importance of the topic, the possibility of convening an international conference of plenipotentiaries to examine the draft articles with a view to concluding a convention on the topic,<sup>2</sup>

*Emphasizing* the continuing importance of the codification and progressive development of international law, as referred to in Article 13, paragraph 1 (a), of the Charter of the United Nations,

*Noting* that the subject of responsibility of States for internationally wrongful acts is of major importance in the relations of States,

1. *Welcomes* the conclusion of the work of the International Law Commission on responsibility of States for internationally wrongful acts and its adoption of the draft articles and a detailed commentary on the subject;

2. *Expresses its appreciation* to the International Law Commission for its continuing contribution to the codification and progressive development of international law;

<sup>1</sup> *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 and corrigendum (A/56/10 and Corr.1).*

<sup>2</sup> *Ibid.*, paras. 72 and 73.



3. *Takes note* of the articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, presented by the International Law Commission, the text of which is annexed to the present resolution, and commends them to the attention of Governments without prejudice to the question of their future adoption or other appropriate action;

4. *Decides* to include in the provisional agenda of its fifty-ninth session an item entitled "Responsibility of States for internationally wrongful acts".

*85th plenary meeting  
12 December 2001*

## **Annex**

### **Responsibility of States for internationally wrongful acts**

#### **PART ONE**

#### **THE INTERNATIONALLY WRONGFUL ACT OF A STATE**

##### **Chapter I**

##### **General principles**

###### *Article 1*

###### *Responsibility of a State for its internationally wrongful acts*

Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.

###### *Article 2*

###### *Elements of an internationally wrongful act of a State*

There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

- (a) Is attributable to the State under international law; and
- (b) Constitutes a breach of an international obligation of the State.

###### *Article 3*

###### *Characterization of an act of a State as internationally wrongful*

The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.

##### **Chapter II**

##### **Attribution of conduct to a State**

###### *Article 4*

###### *Conduct of organs of a State*

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State.

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

*Article 5*

*Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority*

The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance.

*Article 6*

*Conduct of organs placed at the disposal of a State by another State*

The conduct of an organ placed at the disposal of a State by another State shall be considered an act of the former State under international law if the organ is acting in the exercise of elements of the governmental authority of the State at whose disposal it is placed.

*Article 7*

*Excess of authority or contravention of instructions*

The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.

*Article 8*

*Conduct directed or controlled by a State*

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.

*Article 9*

*Conduct carried out in the absence or default of the official authorities*

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities and in circumstances such as to call for the exercise of those elements of authority.

*Article 10*

*Conduct of an insurrectional or other movement*

1. The conduct of an insurrectional movement which becomes the new government of a State shall be considered an act of that State under international law.
2. The conduct of a movement, insurrectional or other, which succeeds in establishing a new State in part of the territory of a pre-existing State or in a territory under its administration shall be considered an act of the new State under international law.

3. This article is without prejudice to the attribution to a State of any conduct, however related to that of the movement concerned, which is to be considered an act of that State by virtue of articles 4 to 9.

*Article 11*

*Conduct acknowledged and adopted by a State as its own*

Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own.

**Chapter III**

**Breach of an international obligation**

*Article 12*

*Existence of a breach of an international obligation*

There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.

*Article 13*

*International obligation in force for a State*

An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs.

*Article 14*

*Extension in time of the breach of an international obligation*

1. The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue.
2. The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation.
3. The breach of an international obligation requiring a State to prevent a given event occurs when the event occurs and extends over the entire period during which the event continues and remains not in conformity with that obligation.

*Article 15*

*Breach consisting of a composite act*

1. The breach of an international obligation by a State through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful occurs when the action or omission occurs which, taken with the other actions or omissions, is sufficient to constitute the wrongful act.
2. In such a case, the breach extends over the entire period starting with the first of the actions or omissions of the series and lasts for as long as these actions or omissions are repeated and remain not in conformity with the international obligation.

---

**Chapter IV**  
**Responsibility of a State in connection with the act of another State***Article 16**Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act*

A State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for doing so if:

- (a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
- (b) The act would be internationally wrongful if committed by that State.

*Article 17**Direction and control exercised over the commission of an internationally wrongful act*

A State which directs and controls another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for that act if:

- (a) That State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and
- (b) The act would be internationally wrongful if committed by that State.

*Article 18**Coercion of another State*

A State which coerces another State to commit an act is internationally responsible for that act if:

- (a) The act would, but for the coercion, be an internationally wrongful act of the coerced State; and
- (b) The coercing State does so with knowledge of the circumstances of the act.

*Article 19**Effect of this chapter*

This chapter is without prejudice to the international responsibility, under other provisions of these articles, of the State which commits the act in question, or of any other State.

**Chapter V**  
**Circumstances precluding wrongfulness***Article 20**Consent*

Valid consent by a State to the commission of a given act by another State precludes the wrongfulness of that act in relation to the former State to the extent that the act remains within the limits of that consent.

*Article 21*  
*Self-defence*

The wrongfulness of an act of a State is precluded if the act constitutes a lawful measure of self-defence taken in conformity with the Charter of the United Nations.

*Article 22*  
*Countermeasures in respect of an internationally wrongful act*

The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded if and to the extent that the act constitutes a countermeasure taken against the latter State in accordance with chapter II of part three.

*Article 23*  
*Force majeure*

1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the act is due to force majeure, that is the occurrence of an irresistible force or of an unforeseen event, beyond the control of the State, making it materially impossible in the circumstances to perform the obligation.

2. Paragraph 1 does not apply if:

(a) The situation of force majeure is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or

(b) The State has assumed the risk of that situation occurring.

*Article 24*  
*Distress*

1. The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation of that State is precluded if the author of the act in question has no other reasonable way, in a situation of distress, of saving the author's life or the lives of other persons entrusted to the author's care.

2. Paragraph 1 does not apply if:

(a) The situation of distress is due, either alone or in combination with other factors, to the conduct of the State invoking it; or

(b) The act in question is likely to create a comparable or greater peril.

*Article 25*  
*Necessity*

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and

(b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

(a) The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or

(b) The State has contributed to the situation of necessity.

#### *Article 26*

##### *Compliance with peremptory norms*

Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law.

#### *Article 27*

##### *Consequences of invoking a circumstance precluding wrongfulness*

The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to:

(a) Compliance with the obligation in question, if and to the extent that the circumstance precluding wrongfulness no longer exists;

(b) The question of compensation for any material loss caused by the act in question.

## **PART TWO**

### **CONTENT OF THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF A STATE**

#### **Chapter I**

##### **General principles**

#### *Article 28*

##### *Legal consequences of an internationally wrongful act*

The international responsibility of a State which is entailed by an internationally wrongful act in accordance with the provisions of part one involves legal consequences as set out in this part.

#### *Article 29*

##### *Continued duty of performance*

The legal consequences of an internationally wrongful act under this part do not affect the continued duty of the responsible State to perform the obligation breached.

#### *Article 30*

##### *Cessation and non-repetition*

The State responsible for the internationally wrongful act is under an obligation:

(a) To cease that act, if it is continuing;

(b) To offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require.

*Article 31*

*Reparation*

1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.
2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.

*Article 32*

*Irrelevance of internal law*

The responsible State may not rely on the provisions of its internal law as justification for failure to comply with its obligations under this part.

*Article 33*

*Scope of international obligations set out in this part*

1. The obligations of the responsible State set out in this part may be owed to another State, to several States, or to the international community as a whole, depending in particular on the character and content of the international obligation and on the circumstances of the breach.
2. This part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State.

**Chapter II**

**Reparation for injury**

*Article 34*

*Forms of reparation*

Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this chapter.

*Article 35*

*Restitution*

A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution:

- (a) Is not materially impossible;
- (b) Does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.

*Article 36*

*Compensation*

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution.
2. The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established.

*Article 37**Satisfaction*

1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good by restitution or compensation.
2. Satisfaction may consist in an acknowledgement of the breach, an expression of regret, a formal apology or another appropriate modality.
3. Satisfaction shall not be out of proportion to the injury and may not take a form humiliating to the responsible State.

*Article 38**Interest*

1. Interest on any principal sum due under this chapter shall be payable when necessary in order to ensure full reparation. The interest rate and mode of calculation shall be set so as to achieve that result.
2. Interest runs from the date when the principal sum should have been paid until the date the obligation to pay is fulfilled.

*Article 39**Contribution to the injury*

In the determination of reparation, account shall be taken of the contribution to the injury by wilful or negligent action or omission of the injured State or any person or entity in relation to whom reparation is sought.

**Chapter III****Serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law***Article 40**Application of this chapter*

1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law.
2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation.

*Article 41**Particular consequences of a serious breach of an obligation under this chapter*

1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40.
2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.
3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law.



**PART THREE**

**THE IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF A STATE**

**Chapter I**

**Invocation of the responsibility of a State**

*Article 42*

*Invocation of responsibility by an injured State*

A State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to:

- (a) That State individually; or
- (b) A group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation:
  - (i) Specifically affects that State; or
  - (ii) Is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation.

*Article 43*

*Notice of claim by an injured State*

1. An injured State which invokes the responsibility of another State shall give notice of its claim to that State.
2. The injured State may specify in particular:
  - (a) The conduct that the responsible State should take in order to cease the wrongful act, if it is continuing;
  - (b) What form reparation should take in accordance with the provisions of part two.

*Article 44*

*Admissibility of claims*

The responsibility of a State may not be invoked if:

- (a) The claim is not brought in accordance with any applicable rule relating to the nationality of claims;
- (b) The claim is one to which the rule of exhaustion of local remedies applies and any available and effective local remedy has not been exhausted.

*Article 45*

*Loss of the right to invoke responsibility*

The responsibility of a State may not be invoked if:

- (a) The injured State has validly waived the claim;
- (b) The injured State is to be considered as having, by reason of its conduct, validly acquiesced in the lapse of the claim.

*Article 46**Plurality of injured States*

Where several States are injured by the same internationally wrongful act, each injured State may separately invoke the responsibility of the State which has committed the internationally wrongful act.

*Article 47**Plurality of responsible States*

1. Where several States are responsible for the same internationally wrongful act, the responsibility of each State may be invoked in relation to that act.

2. Paragraph 1:

(a) Does not permit any injured State to recover, by way of compensation, more than the damage it has suffered;

(b) Is without prejudice to any right of recourse against the other responsible States.

*Article 48**Invocation of responsibility by a State other than an injured State*

1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if:

(a) The obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or

(b) The obligation breached is owed to the international community as a whole.

2. Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State:

(a) Cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition in accordance with article 30; and

(b) Performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.

3. The requirements for the invocation of responsibility by an injured State under articles 43, 44 and 45 apply to an invocation of responsibility by a State entitled to do so under paragraph 1.

**Chapter II****Countermeasures***Article 49**Object and limits of countermeasures*

1. An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under part two.

2. Countermeasures are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State.

3. Countermeasures shall, as far as possible, be taken in such a way as to permit the resumption of performance of the obligations in question.

*Article 50*

*Obligations not affected by countermeasures*

1. Countermeasures shall not affect:
  - (a) The obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations;
  - (b) Obligations for the protection of fundamental human rights;
  - (c) Obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals;
  - (d) Other obligations under peremptory norms of general international law.
2. A State taking countermeasures is not relieved from fulfilling its obligations:
  - (a) Under any dispute settlement procedure applicable between it and the responsible State;
  - (b) To respect the inviolability of diplomatic or consular agents, premises, archives and documents.

*Article 51*

*Proportionality*

Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.

*Article 52*

*Conditions relating to resort to countermeasures*

1. Before taking countermeasures, an injured State shall:
  - (a) Call upon the responsible State, in accordance with article 43, to fulfil its obligations under part two;
  - (b) Notify the responsible State of any decision to take countermeasures and offer to negotiate with that State.
2. Notwithstanding paragraph 1 (b), the injured State may take such urgent countermeasures as are necessary to preserve its rights.
3. Countermeasures may not be taken, and if already taken must be suspended without undue delay if:
  - (a) The internationally wrongful act has ceased; and
  - (b) The dispute is pending before a court or tribunal which has the authority to make decisions binding on the parties.
4. Paragraph 3 does not apply if the responsible State fails to implement the dispute settlement procedures in good faith.

*Article 53*

*Termination of countermeasures*

Countermeasures shall be terminated as soon as the responsible State has complied with its obligations under part two in relation to the internationally wrongful act.

*Article 54**Measures taken by States other than an injured State*

This chapter does not prejudice the right of any State, entitled under article 48, paragraph 1, to invoke the responsibility of another State, to take lawful measures against that State to ensure cessation of the breach and reparation in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.

**PART FOUR****GENERAL PROVISIONS***Article 55**Lex specialis*

These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.

*Article 56**Questions of State responsibility not regulated by these articles*

The applicable rules of international law continue to govern questions concerning the responsibility of a State for an internationally wrongful act to the extent that they are not regulated by these articles.

*Article 57**Responsibility of an international organization*

These articles are without prejudice to any question of the responsibility under international law of an international organization, or of any State for the conduct of an international organization.

*Article 58**Individual responsibility*

These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State.

*Article 59**Charter of the United Nations*

These articles are without prejudice to the Charter of the United Nations.



# General Assembly

Distr.: General  
16 December 2004

**Fifty-ninth session**  
Agenda item 139

## **Resolution adopted by the General Assembly**

*[on the report of the Sixth Committee (A/59/505)]*

### **59/35. Responsibility of States for internationally wrongful acts**

*The General Assembly,*

*Recalling* its resolution 56/83 of 12 December 2001, the annex to which contains the text of the articles on responsibility of States for internationally wrongful acts,

*Emphasizing* the continuing importance of the codification and progressive development of international law, as referred to in Article 13, paragraph 1 (a), of the Charter of the United Nations,

*Noting* that the subject of responsibility of States for internationally wrongful acts is of major importance in relations between States,

1. *Commends once again* the articles on responsibility of States for internationally wrongful acts to the attention of Governments, without prejudice to the question of their future adoption or other appropriate action;

2. *Requests* the Secretary-General to invite Governments to submit their written comments on any future action regarding the articles;

3. *Also requests* the Secretary-General to prepare an initial compilation of decisions of international courts, tribunals and other bodies referring to the articles and to invite Governments to submit information on their practice in this regard, and further requests the Secretary-General to submit this material well in advance of its sixty-second session;

4. *Decides* to include in the provisional agenda of its sixty-second session the item entitled "Responsibility of States for internationally wrongful acts".

*65th plenary meeting*  
*2 December 2004*