

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**DEVLETİN HAKSIZ FİLDEN KAYNAKLANAN
MİLLETLERARASI SORUMLULUĞU**

DOKTORA TEZİ

HAKKI HAKAN ERKİNER

İstanbul, 2008

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**DEVLETİN HAKSIZ FİLDEN KAYNAKLANAN
MİLLETLERARASI SORUMLULUĞU**

DOKTORA TEZİ

HAKKI HAKAN ERKİNER

Danışman: Prof. Dr. FERİT HAKAN BAYKAL

İstanbul, 2008

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

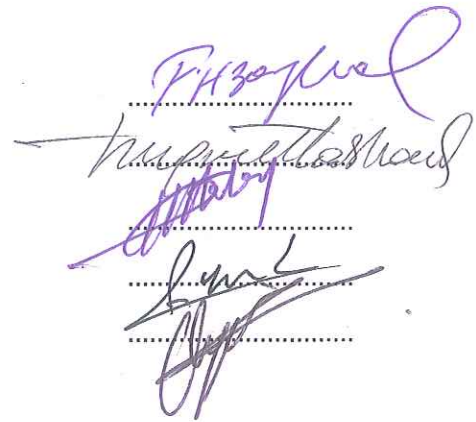
HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Doktora öğrencisi HAKKI HAKAN ERKİNER'ın DEVLETİN HAKSIZ FİLDEN KAYNAKLANAN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞU adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 19.06.2008 tarih ve 2008-10/26 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 02.07.2008

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. FERİT HAKAN BAYKAL
2) Jüri Üyesi : PROF. DR. TURGUT TARHANLI
3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. AHMET HALUK ATALAY
4) Jüri Üyesi : PROF.DR.TURAN YILDIRIM
5) Jüri Üyesi : YRD.DOÇ.DR.ÖZLEM YÜCEL



İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

KISALTMALAR.....	X
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI HAKSIZ FİİLDEN KAYNAKLANAN DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞU MÜESSESESİNİN TEORİSİNE VE MEKANİZMASINA GİRİŞ

I. SORUMLULUK HUKUKU.....	7
II. DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞU.....	7
A. Milletlerarası Sorumluluğa İlişkin Kuralların Kaynağı.....	8
B. Temel İlke.....	9
C. Milletlerarası Hukukun İhlâli.....	11
D. Devletin Milletlerarası Sorumluluğunun Doğurduğu Yükümlülükler.....	12
III. ROMA HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL KAVRAMI VE SORUMLULUK.....	14
A. Haksız Fiil.....	14
B. Sorumluluk.....	16
IV. ÖZEL HUKUKTA HAKSIZ FİİL KAVRAMI VE SORUMLULUK.....	22
A. Sorumluluğun Tanımı.....	22
1. Sorumluluk Kavramının Tarihçesi.....	23
a. Kisas İlkesi.....	23
b. Hukuki Sorumluluğun Cezai Sorumluluktan Ayırılması.....	24
c. Kusur Sorumluluğu İlkesinin Kabulü.....	24
d. Sebep (Objektif, Kusursuz) Sorumluluğunun Kabulü.....	25
2. Sorumluluk Kavramının Tanımı.....	25

3. Sorumluluk Hukukunun Amaçları.....	27
a. Zararı Denkleştirme (Giderme, Karşılama) Amacı.....	27
b. Zararı Önleme Amacı.....	27
c. Tazminat Talebinde İhlal Edilen Hakkın Devamı Amaç.....	28
B. Özel Hukukta Sorumluluğun Kaynakları.....	28
1. Kusurdan Kaynaklanan Sorumluluk.....	29
2. Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumluluk.....	29
3. Kanun Hükümlerinden Kaynaklanan Sorumluluk.....	30
C. Özel Hukukta Sorumluluk Türleri.....	30
1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk.....	30
2. Kusur Sorumluluğu.....	32
a. Hukuka Aykırılık.....	32
b. Zarar.....	33
c. Kusur.....	33
d. Nedensellik (İllyet) Bağı.....	33
3. Kusursuz Sorumluluk.....	33
a. Sebep Sorumluluğu.....	34
i. Olağan Sebep Sorumluluğu.....	34
ii. Tehlike Sorumluluğu.....	35
b. Hakkaniyet Esasına Dayanan Sorumluluk.....	36
4. Hukuka Uygun Müdahaleden Doğan Sorumluluk.....	36
D. Sorumluluğa Hâkim Olan İlkeler.....	37
1. Ferdi Sorumluluk İlkesi.....	37
2. Aynî Sorumluluk İlkesi.....	38
3. Tam Sorumluluk İlkesi.....	38
4. Kıymet İtibariyle Sorumluluk İlkesi.....	38
E. Haksız Fiil Sorumluluğu.....	38
1. Genel Açıklama.....	38
2. Haksız Fiilin Unsurları.....	39
a. Davranış.....	39
b. Zarar.....	39
i. Maddi Zararın Tanımı ve Unsurları.....	41

i-a. Malvarlığı.....	41
i-b. Malvarlığının Azalması.....	41
i-c. Azalmanın Zarar Görenin İradesi Dışında Meydana Gelmesi.....	42
ii. Maddi Zarar Çeşitleri.....	42
ii-a. Fiili Zarar - Mahrum Kalınan Kâr – Normatif Zarar.....	42
ii-b. Doğrudan Zarar - Dolayısıyla Zarar - Yansıma Zarar.....	43
ii-c. Mevcut Zarar - Müstakbel Zarar - Muhtemel Zarar.....	44
c. Uygun İlliyet Bağı.....	44
i. Giriş.....	44
ii. Uygun İlliyet Bağı Teorisi.....	46
d. Kusur.....	49
i. Kusur Hakkında Açıklamalar.....	49
ii. Kusur Açısından Fiil Ehliyeti.....	51
e. Hukuka Aykırılık.....	53
V. İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK KAVRAMI.....	54
A. Devletin ve İdarenin Sorumluluğu.....	54
B. Sorumluluk Sebepleri.....	57
1. İdari İşlemden Doğan Zarar.....	57
2. İdari İşlemin Uygulanması Eyleminden Doğan Zarar.....	57
3. İdari Eylemden Doğan Zarar.....	58
4. İdarenin Haksız Fiilinden Doğan Zarar.....	58
5. İdari Sayılan Eylemlerden Doğan Zarar.....	59
6. İdari Sözleşmelerden Doğan Sorumluluk.....	60
C. Sorumluluk Esasları.....	60
1. Hizmet Kusuru.....	61
a. Genel Açıklamalar.....	61
b. Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusurun Birbirinden Ayrılması.....	62
2. Kusursuz Sorumluluk.....	63

a. Tehlike Esası.....	64
i. İdarenin Tehlikeli Faaliyet ve Araçları.....	64
ii. Mesleki Risk.....	64
iii. Sosyal Risk.....	65
b. Hakkaniyet ve Eşitlik Esası.....	65
D. Sorumluluğun Koşulları.....	66
1. İdari Davranış.....	66
2. Zarar.....	66
3. Nedensellik Bağı.....	66
VI. CEZA HUKUKUNDA SORUMLULUK KAVRAMI.....	67
A. Ceza Hukuku ve Ceza Sorumluluğu Kavramı.....	67
B. Ceza Sorumluluğunu Doğuran Olay Olan Suçun Kanunî Unsuru.....	69
C. Ceza Sorumluluğunu Doğuran Olay Olan Suçun Maddî Unsuru.....	72
1. Davranış.....	72
2. Netice.....	74
3. Davranış ile Netice arasında Nedensellik Bağı.....	75
D. Ceza Sorumluluğunu Doğuran Olay Olan Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru.....	77
E. Ceza Sorumluluğunu Doğuran Olay Olan Suçun Manevî Unsuru ve Ceza Sorumluluğun Esası.....	79
VII. DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞU MÜESSESESİNİN TEORİSİ VE MEKANİZMASI.....	83
A. Genel Açıklama – Milletlerarası Hukukun Niteliği.....	83
B. Sorumluluğa İlişkin Tanımlar.....	100
C. Dionisio Anzilotti’den Roberto Ago’ya Kadar Devletlerin Milletlerarası Sorumluluğunun Teorik Gelişimi.....	103
1. Anzilotti’den Önceki Klasik Milletlerarası Hukuk.....	105
2. Anzilotti’nin Teorisi ve Milletlerarası Hukuka Katkıları.....	108
3. Birinci ve İkinci Dünya Savaşları Arasındaki	

Gelişmeler.....	109
a. Karl Strupp.....	110
b. Birinci Dünya Savaşının Ardından.....	110
c. Hersh Lauterpacht.....	111
C. İkinci Dünya Savaşı Sonrası Komisyon'un Kodifikasyon Çalışması.....	112

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI HAKSIZ FİİLDEN KAYNAKLANAN DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞUNUN MEYDANA GELMESİ

I. DEVLETİN MİLLETLERARASI NİTELİKTEKİ HAKSIZ

FİİLİ	120
A. Genel Açıklama.....	120
B. Genel İlkeler.....	120
1. Milletlerarası Haksız Bir Fiilden Ötürü Devletin Sorumluluğu.....	120
2. Devletin Milletlerarası Haksız Fiilinin Unsurları.....	125
a. İsnat.....	127
b. İhlâl.....	128
c. Zararın ve Kusurun Değerlendirilmesi.....	129
i. Zarar.....	129
ii. Kusur.....	134
3. Devletin Fiilinin Milletlerarası Nitelikteki Bir Haksız Fiil Olarak Nitelendirilmesi.....	135

II. BİR DAVRANIŞIN DEVLETE İSNAT EDİLMESİ	137
A. Genel Açıklama.....	137
B. Devlet Organlarının Davranışlarının İsnat Edilmesi.....	141
C. Kamu Gücü Yetkilerini Kullanırken Bir Kişinin ya da Bir Birimin Davranışının İsnat Edilmesi.....	146
D. Bir Devlete Bir Başka Devlet Tarafından Emrine Verilmiş Bir Organın Davranışının İsnat Edilmesi.....	147

E. Yetki Aşımı ya da Talimatlara Aykırı Davranışın İsnat Edilmesi.....	149
F. Devletin Yönlendirmesi ya da Denetimi Altında İken ki Davranışın İsnat Edilmesi.....	151
G. Resmi Otoritelerin Yokluğu ya da Yetersizliği Halindeki Davranışın İsnat Edilmesi.....	159
H. Bir İsyân Hareketinin ya da Benzerinin Davranışının İsnat Edilmesi.....	160
İ. Devlet Tarafından Kendisinin Olarak Tanınan ve Benimsenen Davranışın İsnat Edilmesi.....	162
III. BİR MİLLETLERARASI YÜKÜMLÜLÜĞÜN İHLALİ.....	163
A. Genel Açıklama.....	163
B. Bir Milletlerarası Yükümlülüğün İhlâlinin Varlığı.....	167
C. Devlet Bakımından Yürürlükte Olan Yükümlülük.....	170
D. Bir Milletlerarası Yükümlülüğün İhlalinin Zamana Yayılması.....	172
E. Bileşik Bir Davranışla Meydana Gelen İhlâl.....	174
IV. BİR BAŞKA DEVLETİN FİİLİNDEN ÖTÜRÜ DEVLETİN SORUMLULUĞU.....	176
A. Genel Açıklama.....	176
B. Milletlerarası Haksız Fiilin Yapılmasında Yardım.....	177
C. Milletlerarası Haksız Fiilin Yapılmasında Talimatlar ve Denetim.....	179
D. Bir Başka Devleti Zorlama.....	180
E. Kuralların Etkisi.....	181
V. HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN HALLER.....	181
A. Genel Açıklama.....	181
B. Rıza.....	185
C. Meşru Müdafaa.....	186
D. Milletlerarası Haksız Bir Fiil Nedeniyle Karşı-Önlemler.....	188
E. Mücbir Sebep.....	191
F. Tehlike Hali.....	192
G. Zaruret Hali.....	194

H. Emredici Kurallara Saygı.....	197
İ. Hukuka Aykırılı Ortadan Kaldıran Bir Hali İleri Sürmenin Neticeleri.....	198

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

I. GENEL İLKELER.....	199
A. Genel Açıklama.....	199
B. Milletlerarası Haksız Fiilin Hukuki Neticeleri.....	202
C. İhlâl Edilen Yükümlülüğü Yerine Getirme Ödevinin Devam Etmesi.....	203
D. İhlâl Son Verme ve İhlâli Tekrar Etmeme Yükümlülüğü.....	205
E. Onarım Yükümlülüğü.....	206
F. İç Hukuk ile Milletlerarası Hukuk Arasındaki Ayırım.....	213
G. Sorumluluktan Doğan Milletlerarası Yükümlülüklerin Değerlendirilmesi.....	213
II. ZARARIN ONARIMI.....	214
A. Genel Açıklama.....	214
B. Onarım Şekilleri.....	214
1. Eski Hale İade.....	216
2. Tazminat.....	220
3. Tarziye.....	229
C. Faizler.....	231
D. Zarara Katkı.....	233
III. GENEL MİLLETLERARASI HUKUKUN EMREDİCİ KURALLARINDAN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN AĞIR İHLÂLLERİNE MAHSUS NETİCELER.....	234
A. Genel Açıklama.....	234
B. Komisyon'un 40. maddesi: Milletlerarası Hukukun Emredici Kurallarının Ağır İhlali Kavramı.....	253
C. Milletlerarası Hukukun Emredici Kurallarının Ağır İhlallerinin Özel Neticeleri.....	257

1. Devletlerin İşbirliği Yapma Yükümlülüğü.....	258
2. Gayr-meşru Durumu Tanımama Yükümlülüğü.....	259
3. Yardım ve Destek Vermeme Yükümlülüğü.....	261

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞUNUN UYGULANMASI

I. GENEL AÇIKLAMA.....	263
II. DEVLETİN SORUMLULUĞUNA BAŞVURULMASI.....	263
A. Mağdur Devlet Tarafından Sorumluluğa Başvurulması.....	263
B. Mağdur Devlet Tarafından Bildirim.....	269
C. Talebin Kabul Edilebilirliği.....	271
D. Sorumluluğa Başvurma Hakkından Vazgeçme.....	273
E. Mağdur Devletlerin Çokluğu.....	275
F. Sorumlu Devletlerin Çokluğu.....	276
G. Mağdur Devletten Başka Bir Devlet Tarafından Sorumluluğa Başvurulması.....	277
III. KARŞI-ÖNLEMLER.....	279
A. Genel Açıklama.....	279
B. Karşı-Önlemlerin Konusu ve Sınırları.....	283
C. Karşı- Önlemler ile Etkilenemeyecek Yükümlülükler.....	286
D. Karşı-Önlemlerin Uygulanmasında Ölçülük İlkesinin Yeri ve Değeri.....	292
E. Karşı-Önlemlere Başvurmanın Şartları.....	294
F. Karşı-Önlemlerin Sona Erdirilmesi.....	296
G. Mağdur Devletten Başka Devletlerce Alınan Önlemler.....	297
IV. DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLER.....	300
A. Genel Açıklama.....	300
B. Lex Specialis.....	300
C. Milletlerarası Hukukun Genel Kurallarının Etkisi.....	301
D. Bir Milletlerarası Örgütün Sorumluluğuna Uygulanacak Kurallar.....	302

E. Kişisel Sorumluluk.....	302
F. Birleşmiş Milletler Şartı.....	303
SONUÇ	304
EKLER	314
EK I: Birleşmiş Milletler Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun Milletlerarası Haksız Fiilden Kaynaklanan Devletin Milletlerarası Sorumluluğuna İlişkin Maddelerinin Türkçe Tercümesi.....	315
EK II: Birleşmiş Milletler Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun Milletlerarası Haksız Fiilden Kaynaklanan Devletin Milletlerarası Sorumluluğuna İlişkin Maddelerinin İngilizce Metni.....	335
EK III: Birleşmiş Milletler Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun Milletlerarası Haksız Fiilden Kaynaklanan Devletin Milletlerarası Sorumluluğuna İlişkin Maddelerinin Fransızca Metni.....	355
KAYNAKÇA	376

KISALTMALAR

AFDI: Annuaire française de droit international
AJIL: American International of International law
Ann CDI: Annuaire de la Commission du droit international
Art: Article
AUHF: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AY : Anayasa
BK : Borçlar Kanunu
Bkz: Bakınız
CDI: Commission du droit international
CIJ: Cour international de justice
CPI: Cour pénale internationale
CPJI: Cour permanente de justice internationale
D : Daire
Doc: Document
EJIL: European Journal of International Law
Fr: Fransızca
I.L.R.
Ibid: adı geçen kaynak
ICC: International Criminal Court
ICJ: International Court of Justice
ILC: International Law Commission
ILM: International Legal Materials
ILR: International Law Reports
İng: İngilizce
JDI: Journal du droit international
Lat : Latince
Loc. cit : loco citato – yukarıda adı geçen sayfa
m: madde
MHB: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
NATO: North Atlantic Treaty Organization
O.N.U: Organisation des Nations Unies
Op. cit : opere citation – yukarıda adı geçen kaynak
OTAN: Organisation du traité de l'Atlantique Nord
R.G.D.I.P.: Revue Générale de Droit International Public
Res: Resolution
s: sayfa
ss: sayfalar
UN Doc: United Nations Document
UN: United Nations
v: versus
vd: ve devamı
Vol: Volume
YBILC: Yearbook of the International Law Commission

GİRİŞ

Sorumluluk, kişinin kendi davranışlarını ya da kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesidir. Hukuk biliminde, “kişinin sorumluluğunu gerektiren bir olay meydana gelmiştir” dediğimizde anlatmak istediğimiz; “kişinin, meydana gelen bir olayın hukukî sonuçlarını üstlenmesi gerektiği”dir. Öyleyse sorumluluk, bir kişiye, bir olayın sonuçlarını üstlenme yükümlülüğü getiren kavramsal bir bağ, zihinde kurulan bir ilişkidir. Hukuk, toplumu düzenleyen maddi yaptırımli kurallar bütünüdür. Hukuk, aynı zamanda bu kurallar bütününi incelemeyi konu alan bilimdir. Bilim ise, belli bir konuyu bilme isteğinden yola çıkan, belli bir amaca yönelik bir bilgi edinme ve yöntemli araştırma sürecidir. Bilim, aynı zamanda, genel geçerlik ve kesinlik nitelikleri gösteren yöntemli ve dizgesel bilgidir. Hukukî bilgi de bilimsel nitelikli olacaksa, genel geçerlik ve kesinlik nitelikleri gösteren yöntemli bilgi olmak zorundadır. Bu genel geçerlik ve kesinlik nitelikleri, hukuk biliminde, sorumluluk kavramı söz konusu olduğunda da elbette mevcut olmalıdır. Bu demektir ki, hangi kişilerin, hangi davranışlarının ya da kendi yetki alanlarına giren hangi olayların sonuçlarını üstlenmesi gerektiğine ilişkin sorumluluk kurallarının belli olması gerekmektedir. Nitekim hukuk bilimi, sorumluluğa ilişkin kuralları belirlemiştir. Örneğin özel hukukta, ceza hukukunda, idare hukukunda sorumluluğa ilişkin ilke ve kurallar mevcuttur. Adını andığımız bu hukuk dallarında sorumluluğu doğuran davranışlar ve olaylar herbirinde kendine özgüdür. Örneğin, özel hukukta kişinin sonucunu üstlenmesi gereken, yani sorumluluğunu doğuran davranış, örneğin bir haksız fiil işlemek iken, ceza hukukunda kişinin sonucunu üstlenmesi gereken, yani sorumluluğunu gerektiren davranış suç işlemektir.

Yukarıda ifade ettiğimiz sonuç, sıradan bir sonuç değildir. Sorumluluğun doğmasından dolayı üstlenme yükümlülüğü altına girilen sonuç, hukukta yaptırım olarak kavramsallaştırılmıştır. Örneğin, az önce ifade ettiğimiz haksız fiil işleme davranışı ile üstlenilen sorumluluktan doğan yükümlülük eski hale iadeyi gerçekleştirme bu mümkün ya da yeterli değilse tazminat ödeme yükümlülüğüdür. Yine az önce ifade ettiğimiz suç oluşturan davranış ile doğan sonuç cezaya uğratılmazdır. Bu

örneklerde de ortaya çıktığı gibi, hukukî sorumluluğun neticesi hukuk düzeninin öngördüğü yaptırımın uygulanmasıdır.

Bir önceki paragraftan sonra şu söylenmelidir ki, hukuk yaptırımsız, yaptırım ise sorumluluk meydana gelmeden mevcut olmaz. Başka tabirlerle ifade etmek gerekirse, hukuk müeyyidesiz, müeyyide mesuliyetsiz olmaz. Kişiye hukuk düzeni tarafından yaptırım uygulanmasının nedeni onun sorumluluğunun meydana gelmiş olmasıdır. Şöyle de söylenebilir, kişi ile bu kiye hukuk düzeni tarafından yaptırım uygulanması arasında bağ kuran kavram sorumluluktur. Kişiye sorumlu olduğu için yaptırım uygulanır.

Milletlerarası hukuk (Anayasamızın diline sadık kalarak çalışmamız boyunca milletlerarası tabirini kullanmayı tercih ediyoruz) hukuk biliminin bir dalıdır. Öyleyse yukarıda ifade ettiğimiz ilkeler bu hukuk dalı için de geçerli olmalıdır. Bir yaklaşıma göre hukuk bilimi iki ana dala ayrılabilir. Bunlardan ilki iç hukuktur. Bu ilk büyük dalda, her devletin ayrı ayrı iç hukukları mevcuttur ancak bunların da ortaklaşa olarak sahip oldukları ilkeler elbette vardır. İkinci büyük dal ise tüm iç hukuklardan müstakil, ve kendisini, “kendisi bakımından” hepsinden üstün gören milletlerarası hukuktur. Bu yaklaşımı ortaya atmamızın nedeni bir tarafa iç hukuk düzenini diğer tarafa ise milletlerarası hukuku koyarak bir karşılaştırma yapabilmektir.

İç hukuk, bir egemenin yani Devletin üstün iradesi, buyurganlığı ve otoritesi altında ve onun tarafından organize edilmiş bir hukuk düzenidir. İç hukukta, en nihayetinde sorumluluğu Devlet (bir organı olan yargı marifetiyle) belirler ve yaptırımı Devlet, üstün kamu gücüne dayanarak uygular. Milletlerarası hukuk ise böyle üstün bir otorite tarafından oluşturulmuş bir hukuk düzeni değildir. Onun en önemli ve başat kişileri olan Devletler, her biri ayrı ayrı egemen kişilerdir ve birbirlerine hukuken eşittirler. Böyle bir hukuk düzeninde sorumluluğu belirleyecek ve onun neticesi olan yaptırımı uygulayacak üstün bir otorite mevcut değildir. Bu husus, milletlerarası hukuka, ve Devletin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin kurallara, kendine özgü niteliğini kazandırır. Fakat bu husus aynı zamanda çok sorunlu bir olgudur. Zira, sorumluluğun belirlenmesinde ve ondan da fazla, gereken yaptırımın uygulanması, milletlerarası hukukun gereğinin gerçekleşmesi, aksayabilmektedir. Milletlerarası sorumluluk

hukukunun etkinliği başlı başına bir meseledir. Ancak milletlerarası sorumluluk hukukunun mevcut kural ve kaidelerini inceleyip ortaya koymak başka bir iştir; bu kural ve kaidelerin her zaman uygulanamamasını tartışmak başka bir iştir. Bu nedenle milletlerarası hukuk öğretisinde, sorumluluğa ilişkin kuralların ortaya konması ve incelenmesi, bunların etkin olarak uygulanamaması meselesinden ayrılmıştır. Böylelikle, esasında bu politik sorun zihnen aşılarak, hukukun yapması gereken inceleme, ve sorumluluğa ilişkin bilimsel çalışma ortaya konulabilmiştir.

Milletlerarası sorumluluğa ilişkin kuralların incelenmesi ile bunların etkin olarak uygulanamaması sorunu arasındaki farkı belirttikten sonra, milletlerarası hukuk içindeki diğer bir teorik ayrımı belirtmek gerekmektedir. Devletlere herhangi bir milletlerarası ymlk ykleyen bn kurallar bir kurallar kümesini oluştururken, milletlerarası sorumluluğa ilişkin bn kurallar ikinci bir kurallar kümesini oluşturmaktadır. şayet, bir Devletin bir milletlerarası ymlğn ihlâl eden bir davranışı, bu devletin milletlerarası sorumluluğunu doğuracaksa, ki öyledir, bir yanda ymlk ykleyen kurallar, bir yanda ise bu kuralların ihlâl edilmesinden sonra uygulanacak sorumluluk kuralları var demektir. Ymlk ykleyen bn kuralların oluşturduğu kurallar kümesine bu çalışmamız boyunca “birincil kurallar”, sorumluluğa ilişkin kurallar kümesine ise “ikincil kurallar” demektediriz. Birincil kurallar, milletlerarası ymlk getiren her türlü hukukî kuraldır. Bunlar bir bakıma maddi hukukun kurallarıdır. İkincil kurallar ise, her ihlâlden sonra uygulanacak yeknesak kurallardır. Birincil kurallar bir yanda bn içerik çeşitliliği ve sayısal çoklukları ile yer alırken, bunlardan herhangi birinin ihlâl edilmesi ile uygulanacak sorumluluk kuralları belirli sayıda, yeknesak ve her ihlâl durumunda devreye girip uygulanmak üzere mevcutturlar.

Biz, alışmamızda, bir Devletin, bir milletlerarası ymlğn ihlâl etmesi ile devreye girecek olan sorumluluk kurallarını incelemekte ve bunlara ilişkin teorik meseleleri ele almaktayız. Bu kurallar, milletlerarası örf ve adet hukuku kuralı niteliğindedir. Ancak Birleşmiş Milletler Milletlerarası Hukuk Komisyonu, kendisine verilen görev ile, 1949 yılından 2001 yılına kadar, tarihinin en uzun süren ve 52 yılda hazırladığı, Devletin, bir milletlerarası ymlğn ihlâl etmesi durumunda

uygulanacak milletlerarası sorumluluk kurallarına ilişkin maddeler çalışmasını ortaya koymuştur. Bu maddelerde, Komisyon, örf ve adet hukuku kuralı olarak mevcut kuralları işlediği gibi, milletlerarası hukuku geliştirme görevine uygun olarak, kendisine göre, olması gereken kurallara da yer vermiştir. Bu maddeler, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği tarafından, Genel Kurul'un verdiği yetki ile, üye Devletlerin görüşüne sunulmuştur.

Milletlerarası Hukuk Komisyonu'na göre, bir Devletin bir milletlerarası yükümlülüğünü ihlâl etmesi, milletlerarası nitelikte bir haksız fiildir. Bu kavramsal bağlama göre, Bir Devletin, milletlerarası her haksız fiili, milletlerarası sorumluluğunu doğurur. Bu sorumluluğa uygulanacak kurallar milletlerarası sorumluluk hukukunun kurallarıdır. Bu çerçevede, çalışmamıza başlık olarak, “Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu” başlığını vermekteyiz. Başlıkta geçen “haksız fiil”, çalışmamız sırasında ayrıntılı olarak unsurlarıyla beraber ele alıp inceleyeceğimiz gibi “milletlerarası nitelikte bir haksız fiildir”. Başlığımız önemli bir noktayı daha ifade etmektedir kanaatindeyiz. Bu da, Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğuran olayın, “milletlerarası bir haksız fiil” teşkil eden bir davranışın işlenmiş olmasıdır. Bu davranış, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâl edilmesidir.

Milletlerarası sorumluluk hukukunun teorik olarak en çok tartışılmış boyutları, yükümlülük yükleyen milletlerarası hukuk kuralları içerisinde bir nitelik farkı bulunup bulunmadığı, şayet böyle bir nitelik farkı varsa, en önemli ve milletlerarası toplumun genelinin en esaslı menfaatlerini ortaya koyan kuralların ihlâl edilmesi durumunda, sorumluluk rejiminde bir nitelik farkının yaratılıp yaratılamayacağıdır. Bu tartışmanın özü, milletlerarası sorumluluğun cezaî nitelikte olup olamayacağı etrafında düğümlenmiştir.

Sorumluluk hukukunun öğretideki gelişimi sırasında tartışılan ve geliştirilen diğer bir önemli mesele ise, sorumluluğun, ihlâlde bulunan Devlet ile mağdur Devlet arasında ikili bir hukukî ilişki kalıbından çıkıp, bazı sınırlı durumlarda, üçüncü Devletlerin de, ihlâlde bulunan Devletin sorumluluğunu ileri sürüp süremeyecekleri ve şayet sorumluluğundan doğan yükümlülükleri mağdur Devlete karşı yerine getirmezse,

ihlâlde bulunan Devlete karşı “önlem” uygulayıp uygulayamayacağı etrafında toplanmıştır. İncelemelerimizde bütün bunlara yer vermekteyiz.

Çalışmamızda, Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun ortaya koyduğu eksiksiz tüm maddeleri ele alıp, önce Türkçe’ye kazandırıp (Ek kısmına, kendi tercümemizle beraber, maddelerin Komisyon tarafından yazılmış İngilizce ve Fransızca metinlerini de koyarak bir karşılaştırma yapılabilmesi imkânını sağlamaktayız), sonra herbirinin milletlerarası örf ve adet hukuku kuralı olarak mevcudiyetinin tespitini ve milletlerarası yargı kararlarında ne şekilde uygulandığını ele almakta ve öğretide ilgili kural hakkındaki yapılmış tartışmaları ve ortaya konmuş düşünceleri kendi görüşlerimizle beraber aktarmaktayız.

Çalışmamız, dört bölümden oluşmaktadır. Bunlar, “Milletlerarası Haksız Fiilden Kaynaklanan Devletin Milletlerarası Sorumluluğu Müessesesinin Teorisine ve Mekanizmasına Giriş”, “Milletlerarası Haksız Fiilden Kaynaklanan Devletin Sorumluluğunun Meydana Gelmesi”, “Devletin Milletlerarası Sorumluluğunun Kapsamı” ve “Devletin Milletlerarası Sorumluluğunun Uygulanması” başlıklarını taşımaktadır.

Birinci bölümde, “Sorumluluk Hukuku”na ilişkin genel bir açıklama yapıldıktan sonra, “Devletin Milletlerarası Sorumluluğu”na ilişkin temel ilkeler ortaya konmakta ve bunların daha iyi anlaşılıp, özelliklerinin kavranabilmesi için bir karşılaştırma yapılması gerektiğini düşündüğümüzden, “Roma Hukukunda Haksız Fiil Kavramı ve Sorumluluk”, “Özel Hukukta Haksız Fiil Kavramı ve Sorumluluk”, “İdare Hukukunda Sorumluluk Kavramı” ve “Ceza Hukukunda Sorumluluk Kavramına” ilişkin temel ilkeler ve kurallar ele alınmaktadır. Birinci bölümde son olarak, “Devletin Milletlerarası Sorumluluğuna İlişkin Teorik Gelişmelere” tarihsel süreç içinde temas edilmektedir.

İkinci Bölümde, milletlerarası sorumluluğun kaynağı olan haksız fiil ele alınmakta ve unsurları incelenmektedir. İsnat, ihlâl, bir başka Devletin fiilinden doğan sorumluluk ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller bu bölümde ele alınmaktadır.

Üçüncü bölüm, ikinci bölümde meydana gelme koşulları incelenen sorumluluğun, sonuçlarını ele almaktadır. Bu sonuç sorumlu Devletin, sorumluluğundan doğan onarım yükümlüğünü yerine getirme ödevidir. Bu bağlamda onarım ve onarım çeşitleri incelenmektedir. Özellikle tazminat konusu ağırlıklı bir yer işgal etmektedir. Milletlerarası sorumluluğun cezaî nitelikli bir sorumluluk olup olamayacağı ve de, ihlâl edilen kurallar arasında bir nitelik farkı bulunup bulunmadığı meseleleri ile ilgili olan ve önemli bir konu olan, “Genel Milletlerarası Hukukun Emredici Kurallarından Kaynaklanan Yükümlülüklerin Ağır İhlâllerine Mahsusu Neticeler” bu bölümün son meselesi olarak incelenmektedir.

Dördüncü bölüm, üçüncü bölümde ortaya konan sorumluluğun neticelerinin gerçekleştirilmesini incelediğimiz bölümdür. Bu bölümde ilk olarak Devletin sorumluluğunun ileri sürülmesi ele alınmakta ve bundan sonra, sorumlu Devlet sorumluluğundan doğan yükümlülüklerine uymazsa uygulanabilecek hukukî önlemler ortaya konmaktadır”.

Sonuç kısmında, “Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu”na dair genel kaideleri esas olarak hatırlattıktan sonra bu sorumluluk rejimine ilişkin temel tartışmalar hakkındaki fikrî yargılarımızı ifade ederek çalışmamıza son vermekteyiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI HAKSIZ FİİLDEN KAYNAKLANAN DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞU MÜESSESESİNİN TEORİSİNE VE MEKANİZMASINA GİRİŞ

I. SORUMLULUK HUKUKU

Kişinin kendi davranışlarının veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi Türkçe’de “sorumluluk” olarak ifade edilmiştir¹. Hukukî bakımdan, kişinin, hukukî yükümlülüklerine aykırı ve kendisine isnat edilebilen davranışlarının hesabını vermesi sorumluluğun gereğidir. Genel olarak hukuka aykırı davranışlar sorumluluğu gerektirir. Bu sorumluluk “mali” olabileceği gibi, “cezaî” de olabilir. Mali sorumluluğa, hukukî sorumluluk da denir. “İdarenin sorumluluğu” da hukukî sorumluluğun bir türü olarak kabul edilebilir. Anayasa hukukuna göre ise, hükümetin ya da bakanların “siyasal sorumluluğu” söz konusudur. Bu çerçevede, “Medenî hukukta sorumluluk”, “İdare hukukunda sorumluluk” ve “Ceza hukukunda sorumluluk”, iç hukuk sisteminde, sorumluluğun incelendiği başlıca üç başlıktır². Bir bütün olarak “Sorumluluk Hukuku”, “Milletlerarası Hukukta Sorumluluk” ile tamamlanır. Şüphesiz, Milletlerarası hukukta Devletin sorumluluğu hukukunu derinliğine kavrayabilmek için, “Medenî hukukta sorumluluk”, “İdare hukukunda sorumluluk” ve “Ceza hukukunda sorumluluk” kural ve kavramlarının esasları itibarıyla bilinmesi gerekmektedir.

II. DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞU

İncelemekte olduğumuz konu Devletin milletlerarası sorumluluğudur. Milletlerarası sorumluluğa, iç hukuk düzenlerindeki esas sorumluluk rejimleri olan “medenî hukuktaki sorumluluk” tur ya da “cezaî sorumluluk” tur denilmesi mümkün değildir ve denilmemelidir. Milletlerarası sorumluluk, milletlerarası hukuka özgü bir sorumluluk rejimidir. Ancak bu sorumluluk rejiminin anlaşılabilmesi için, genel

¹ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1998, 9. Baskı, sorumluluk maddesi.

² Gözübüyük Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan, Ankara, 2001, s. 186.

sorumluluk hukukuna ilişkin temel kavramların biliniyor olması gerekmektedir. Milletlerarası hukuk kavram ve kurallarına, iç hukuk düzenlerindeki kavram ve kurallara benzetme yapılarak tanım verilmesi ve adlandırma yapılması çoğu zaman sağlıklı neticeler verir. Zira milletlerarası hukuk kendine özgü maddi koşulları olan ilişkileri düzenlemektedir ve iç hukuktan ayrı bir hukuk sistemidir.

Genel sorumluluk hukukunun alt görünümüleri olan sorumluluk rejimlerindeki belli başlı kavram ve kuralları hatırlatacağımızı az önce ifade ettik. Bu açıklamalarımız okunurken, milletlerarası sorumluluk çerçevesinde, altyapı oluşturacak bilgileri vermeyi amaçlamaktayız. Bu açıklamaların daha faydalı olması için, milletlerarası hukukta Devletin sorumluluğuna ilişkin temel kavramsal çerçevenin öncelikle çizilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böylelikle, medeni hukuktaki, idare hukukundaki ve ceza hukukundaki genel bilgileri edinirken, bunları milletlerarası sorumluluk bağlamında değerlendirme ve genel bir karşılaştırma yapılabilir. Bu nedenle, aşağıda milletlerarası sorumluluğa ilişkin, teorik bir giriş mahiyetinde, genel bir açıklama yapmayı uygun görmekteyiz.

A. Milletlerarası Sorumluluğa İlişkin Kuralların Kaynağı

Milletlerarası sorumluluğa ilişkin kuralların kaynağı, milletlerarası örf ve adet hukuku kurallarıdır. Bununla birlikte, milletlerarası yargı kararları, milletlerarası örf ve adet hukuku kurallarının belirlenmesinde – tespit edilmesinde en önemli işlevi yerine getirmişlerdir. Bu yargı kararları ile belirlenen örf ve adet hukuku kuralları ışığında, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin milletlerarası haksız fiilden kaynaklanan milletlerarası sorumluluğuna ilişkin bir milletlerarası kodifikasyon yapılabilmesi için bir taslak hazırlamakla görevlendirilmiştir. Komisyon, Genel Kurul'dan 1953 yılında aldığı bu görevini 2001 yılında taslağı tamamlayarak sona erdirmiştir. Komisyonun bu çalışması, hakikaten fevkalade kıymetli bir bilgi sunmaktadır. Biz de incelememiz boyunca, bu çalışmadan mümkün olan en ileri derecede yararlanacağız ve bu çalışmanın kapsamını tanıtmayı amaçlayacağız.

B. Temel İlke

Devletin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin öncelikle bilinmesi gereken temel ilke, *Bir Devletin milletlerarası nitelikteki her haksız fiilinin, o Devletin sorumluluğunu doğuracağıdır*³. Bu kural Komisyon tarafından da maddeler taslağının ilk maddesi olarak düzenlenmiştir. Bundan sonraki bütün kuralların bu esas ve temel kural üzerine bina edildiğinin hatırlanması gereklidir. Bu kural itibariyle, milletlerarası sorumluluğun unsurları arasında “kusur” mevcut değildir.

Milletlerarası Daimi Adalet Divanı, *Devletin milletlerarası bakımdan her haksız fiilinin, Devletin sorumluluğunu doğuracağı* ilkesini birçok kararında uygulamıştır. **Fas Fosfatları davasında**, Divan, “bir Devlet, bir başka Devlete karşı milletlerarası bakımdan haksız bir fiil işlediğinde, milletlerarası sorumluluğun, doğrudan bu Devletlerarasında meydana geldiğini” belirtmiştir⁴. Milletlerarası Adalet Divanı da belirtilen ilkeyi birçok davada uygulamıştır. Örneğin **Korfu Boğazı davasında**⁵, **Nikaragua’daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davasında**⁶ ve **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davasında**⁷ bu ilke uygulanmıştır. Divan, bu ilkeyi **Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesine ilişkin danışma görüşünde**⁸ ve **Bulgaristan, Macaristan ve Romanya Arasında İmzalanan Barış Antlaşmalarının Yorumlanmasına ilişkin danışma görüşünde**⁹ de uygulamıştır

³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad.1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art.1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁴ **Fas Fosfatları davası**, (Phosphates du Maroc), 1938, C.P.J.I., série A/B, n. 74, s.28. Aynı ilke için: **Wimbledon davası**, (Vapeur “Wimbledon”), 1923, C.P.J.I., série A, n. 1, s.30 ; **Chorzow Fabrikası davası**, (Usine de Chorzow), 1927, C.P.J.I., série A, n. 9, s.21 ve 1928, C.P.J.I., série A, n.17, s.29.

⁵ **Korfu Boğazı davası**, (Déroit de Corfu), fond, C.I.J. Recueil 1949, s. 23. Ayrıca Bkz. Carreau Dominique, Droit International Public, Pedone, Paris, 2004, s. 446, par. 1078.

⁶ **Nikaragua’daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davası**, (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci; Nicaragua c. Etats-Unis d’Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986, s.142, s. 149.

⁷ **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası**, (Projet Gabcikovo-Nagymaros), C.I.J. Recueil 1997, s. 38.

⁸ **Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesine ilişkin danışma görüşü**, (Réparation des dommages subis au service des Nations Unies), C.I.J., Recueil 1949, s. 184.

⁹ **Bulgaristan, Macaristan ve Romanya Arasında İmzalanan Barış Antlaşmalarının Yorumlanmasına ilişkin danışma görüşü**, (Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie), C.I.J., Recueil 1950, s. 221.

ve bir antlaşmadan kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirmemenin milletlerarası sorumluluğa yol açacağına açık olduğunu belirtmiştir¹⁰.

Devletin bir milletlerarası haksız fiilinin mevcut olması için gereken şartların belirlenmesine gelince¹¹; bu şartlar için Devletin milletlerarası haksız fiilinin unsurları da denilebilir. İki unsur mevcuttur. İlk unsur olarak, söz konusu davranış milletlerarası hukuka göre Devlete isnat edilebilir olmalıdır. İkinci unsur olarak ise, Devletin bir fiilinden ötürü sorumluluğunun doğabilmesi için, bu davranışın sorumluluğu söz konusu edilecek Devlet için hâlihazırda uyulması gereken ve milletlerarası hukuktan doğan bir yükümlülüğün ihlâlini oluşturmaktadır¹².

Bu iki unsurun aranması gerekliliği, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı'nın örneğin, **Fas Fosfatları davası** kararında¹³ belirtilmiştir. Bu kararda, Divan, bir Devletin milletlerarası sorumluluğunun doğabilmesi için, o Devlete isnat edilebilir bir fiilin varlığının bulunması gerektiğini ve bu fiilin, bir başka Devletin, milletlerarası bir antlaşmadan doğan bir hakkını ihlâl ediyor olması gerektiğini belirtmiştir¹⁴.

Milletlerarası haksız fiilin mevcut olması için, Devlete isnat edilebilen bir davranışın mutlaka zarar meydana getirmiş olması şart değildir. Bir “milletlerarası yükümlülüğe aykırı her davranış”, zarar doğursun ya da doğurmasın, Milletlerarası Hukuk Komisyonu'na göre, “milletlerarası nitelikte bir haksız fiil”dir ve bunun faili olan Devletin “milletlerarası sorumluluğu” meydana gelir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, zararın öneminin, sorumluluk hukukundan çıkartılmamış olmasıdır; ancak zarar, aranması gereken bir unsur olmaktan çıkartılmıştır. Zarar, onarımın çeşidinin ve biçiminin belirlenmesinde, özellikle tazminatın hesaplanmasında önemlidir. Hatta sorumluluğun ileri sürülebilmesi meselesinde ve mağdurun tespitinde zarar

¹⁰ **Bulgaristan, Macaristan ve Romanya Arasında İmzalanan Barış Antlaşmalarının Yorumlanmasına ilişkin danışma görüşü**, (Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie), C.I.J., Recueil 1950, s. 228.

¹¹ Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, Dalloz, Paris, 1999, s.64, par. 92.

¹² Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 2, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

¹³ **Fas Fosfatları davası**, (Phosphates du Maroc), 1938, C.P.J.I., série A/B, n. 74, s.10.

¹⁴ **Fas Fosfatları davası**, (Phosphates du Maroc), 1938, C.P.J.I., série A/B, n. 74, s. 28.

belirleyici rol oynar. Burada bir kez daha dikkati çekmek istediğimiz nokta, milletlerarası sorumluluğun zarardan ötürü meydana gelmediği fakat ihlâlden ötürü meydana geldiğidir. Ancak, Komisyon'un çalışmasında ortaya koyduğu teori şudur ki, ihlâlden ötürü sorumluluğu doğan Devletin, sorumluluğundan kaynaklanan yükümlülüklerinin somut olarak doğabilmesi, gerçekte bunları yerine getirebilmesi için zararın mevcudiyeti gereklidir. Başka bir ifade ile zarar somut olarak mevcut değilse, Devletin sorumluluğu soyut olarak mevcuttur, ancak somut bir zararın varlığı halinde, Devletin sorumluluğundan doğan onarım yükümlülüğü somut olarak gerçekleşebilecektir.

Temel ilkeyi tamamlamak üzere, son olarak şunu da belirtelim ki, Devletin bir fiilinin, milletlerarası nitelikte bir haksız fiil olarak nitelendirilmesi, milletlerarası hukuktan ileri gelir. Böyle bir nitelendirme, aynı fiilin iç hukukta, hukuka uygun olarak nitelendirilmesinden etkilenmez¹⁵.

C. Milletlerarası Hukukun İhlâli

Bir milletlerarası yükümlülük uyarınca bir Devletin yapması gereken davranışla, gerçekte yaptığı davranış arasında bir uygunsuzluk olduğunda, Devletin gerçekte yaptığı davranış, yükümlülük uyarınca yapması gereken davranışa göre noksan ise, bu Devlet tarafından, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâli hali yaratılmıştır. Bu husus farklı şekillerde ve kalıplarda ifade edilebilir. Örneğin, Milletlerarası Adalet Divanı, “bir Devletin milletlerarası yükümlülükleri ile uyumlu olan ya da olmayan davranışlar” ifadesini de kullanmıştır¹⁶. “Yürürlükteki kurallara aykırı işlemler”¹⁷, “söz konusu kurallara uygun olmayan işlemler”¹⁸, “antlaşmalardan kaynaklanan

¹⁵ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 3; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 3, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

¹⁶ **Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava**, (Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran), C.I.J. Recueil 1980, s. 29.

¹⁷ **Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davası**, (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci; Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986, s. 64 ve s. 98.

¹⁸ **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası**, (Projet Gabcikovo-Nagymaros), C.I.J. Recueil 1997, s. 46.

yükümlülükler (akdi yükümlülükler) göre noksan işlemler”¹⁹ ifadeleri de Milletlerarası Adalet Divanı tarafından kullanılmıştır. “Noksan” tabiri, Devletin fiilinin, yükümlülüğe kısmen aykırı olduğunu ya da kısmen uygun olduğunu fakat tamamıyla yükümlülüğü karşılamadığını ifade etmeye elverişlidir. Nitekim bazı durumlarda, yükümlülüğün Devletten beklediği davranış kesin olarak tanımlanmış bir davranışı gerektirirken, bazı durumlarda bu davranış asgari olarak tanımlanmıştır. Böyle olduğu durumlarda asgari davranışı yerine getirmenin ötesinde Devlet davranışında serbesttir. Çeşitli durumlarda kısmi aykırılık olabilir. Diğer çok çeşitli durumlarda davranışın yükümlülüğün gerektirdiği davranışa ya da işleme “uygun olmaması” tabiri, milletlerarası yükümlülüğe aykırılığın ifade edilmesi için gayet elverişlidir. Komisyon, ***Devletin fiili, milletlerarası yükümlülük uyarınca kendisinden istenen fiile uygun olmadığına, söz konusu Devlet tarafından, yükümlülüğün kaynağı ya da niteliği ne olursa olsun, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâline neden olunmuştur*** diyerek kuralı yazıya aktarmıştır²⁰.

D. Devletin Milletlerarası Sorumluluğunun Doğurduğu Yükümlülükler

Bir Devlet ihlâl ettiği milletlerarası yükümlülüğüne uyma ödevini yerine getirmelidir. Ancak sorumluluğun neticesinde doğan yükümlülükler, milletlerarası yükümlülüğüne uyma ödevinin yerine geçmemektedir²¹.

Sorumlu Devlet, ihlâl devam ediyorsa buna son vermek ve eğer koşullar gerektiriyorsa ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair uygun güvenceleri vermek yükümlülüğü altındadır²².

¹⁹ **ELSI davası**, (Elettronica Sicula S.s.A.-ELSI), C.I.J., Recueil 1989, s. 50. Ayrıca Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s.64, par. 93.

²⁰ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 12; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 12, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

²¹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 29; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 29, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

²² Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 30; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 30, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

Bununla birlikte, milletlerarası sorumluluğun, sorumlu Devlete yüklediği esas ödev onarımdır.

Sorumlu Devlet milletlerarası haksız fiil ile neden olunan bütün zararı onarmak zorundadır²³.

Zarar, Devletin milletlerarası haksız fiilinin sonucu olan maddi ve manevi bütün zararı kapsar²⁴.

Chorzow Fabrikası davasında, Daimi Adalet Divanı, milletlerarası haksız fiilden sorumlu Devletin onarım yükümlülüğüne dair şunları söylemiştir²⁵:

“Bağlı olunan bir yükümlülüğün ihlâlinin, uygun bir biçimde onarım yükümlülüğünü yüklediği, milletlerarası hukukun bir kuralıdır. Demek ki, bir antlaşmada ayrıca belirtilmese dahi onarım bir antlaşmanın ayrılmaz bir tamamlayıcısıdır”.

Onarım şekilleri esas olarak üç türdür:

Milletlerarası haksız fiil ile neden olunmuş zararın tamamen onarımı, müstakilen ya da müştereken, eski hale iade, tazminat ve tarziye biçimlerinde gerçekleştirilir²⁶.

Giriş mahiyetindeki bu genel açıklamalarımızdan sonra, sorumluluk hukukunun çeşitli esas ve kurallarını hatırlatmaya başlayabiliriz.

²³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 31 & 1; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 31 & 1, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

²⁴ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 31 & 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 31 & 2, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

²⁵ **Chorzow Fabrikası davası**, (Usine de Chorzow), 1927, C.P.J.I., série A, n. 9, s.21. Ayrıca Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 68, par. 97.

²⁶ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 34; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 34, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

III. ROMA HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL KAVRAMI VE SORUMLULUK

A. Haksız Fiil

Roma Hukukunda, borç kaynakları sayılırken, akitlerden sonra en önemli borç kaynağı haksız fiillerdir. Gerek klasik hukuk devrinde, gerek Justiniaus hukukunda yapılan tasniflere göre haksız fiiller, akitlerden sonra gelen borç kaynağıdır (*obligatio ex delicto*). Haksız fiile latince *delictum* ya da *maleficium* denir²⁷. Roma hukuk sisteminde, hukukî fiillerden söz ederken, bunların “hukuka uygun fiiller” ve “hukuka aykırı fiiller” olmak üzere iki büyük gruba ayrıldıkları ve hukuka aykırı fiillerin “haksız fiiller” ve “borçlara aykırılık” olarak sınıflandırıldığı tespit edilmektedir²⁸. Ziya Umur, “hukuk kaidelerine aykırı her iradî fiil “haksız fiil”dir” der. Bu itibarla, örneğin hukuka uygun olmayan bir sebeple yapılmış fiil, hiç kimseye zarar vermese bile, haksız fiil sayılabilir. Bu anlayış milletlerarası hukukta mevcut olan anlayışa gayet yakındır. Nitekim Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun maddeler projesi çalışmasının hemen birinci maddesinde “*Devletin milletlerarası bakımdan her haksız fiili, Devletin sorumluluğunu doğurur.*” denilmektedir²⁹. Ancak, Umur, özel hukukta, haksız fiil olarak, başkasına ait bir hakkı ihlâl ederek zarar veren fiilin haksız fiil sayıldığını, böylelikle hukuken getirilen düzenlemelerin kapsamının sınırlandırılıp, daraltıldığını ifade eder³⁰. Roma Hukukunda bu unsura *iniuria* denir.

Roma Hukukunda, bugün de iç hukukta, özel hukuk altında (kusursuz sorumluluk halleri bir yana bırakılırsa) haksız fiil sorumluluğunda kabul edildiği gibi, haksız fiilin, fiili işleyene isnat edilmesi gerekir. Failin verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesi lâzımdır. Şayet failin tutumunda bir kusur (*culpa*) varsa, o zaman fail

²⁷ Rado Türkân, Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku, Fiiliz Kitapevi, İstanbul, 1992, s. 181.

²⁸ Umur Ziya, Roma Hukuku, İstanbul Üniversitesi yayınlarından no: 2518, Hukuk Fakültesi no: 567, Fakülteler matbaası, İstanbul, 1979, s. 500.

²⁹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad.1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art.1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

³⁰ Umur, s. 500.

sorumlu tutularak, verdiği zarar ona tazmin ettirilir³¹. Kusurun dereceleri vardır. Örneğin başkasının malına zarar vermek (*damnum iniura datum*) tazminatı gerektirir. Buna esas kanun, M.Ö. 287 yılında çıkarılmıştır (*Lex Aquilia*). Bundan ötürü bu çeşit kusura, *culpa Aquiliana* denilir³². İleride ele alacağımız gibi, milletlerarası sorumlulukta fail Devletin kusurluluğu aranmamaktadır³³. Fakat şimdiden ortaya çıktığı gibi, milletlerarası hukukta, haksız fiilden ötürü Devletin milletlerarası sorumluluğu unsurlar itibariyle gayet farklı esaslara dayanmaktadır.

Türkân Rado, Roma Hukukunda, haksız fiilin unsurlarını şu şekilde tespit etmektedir: **Fiil ile netice arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.** Bir kölenin başına taş atılması ve kölenin yaralanması gibi. Köleye zarar gelmesinin nedeni atılan taştır. Rado, zararın varlığını ayrı olarak ele almamakla beraber bunun da unsur olarak aranması gerektiği anlaşılmaktadır. **Fiil, hukuk kurallarına aykırı olmalıdır.** Örneğin bir hırsızın, hırsızlık yaparken adam öldürmesi hukuka aykırıdır; bir cellâdın idam hükmünü yerine getirmek için adam öldürmesi hukuka aykırı değildir. **Fiil bir kişiye isnat edilmelidir. Bunun şartı failin kusurlu olmasıdır.** Kusurlu kimsenin kusurunu idrak edebilmesi, yani temyiz kabiliyetine sahip olması gerekir³⁴.

Roma Hukukunda, haksız fiil neticesinde doğan dava, eski devirlerde, sadece bir ceza davası, bir *actio poenalis* niteliği taşırdı. Fakat daha ileri devirlerde bazı hallerde ya yalnız bir tazminat davası ya da ceza davasından ayrı olarak bir tazminat davası da açılabilirdi. Tazminat davasına *actio reipersecutoria* denirdi. Nihayet Justiniaus devrinde bazı davalar vardı ki, bunlarla hem haksız fiilin failinin

³¹ Umur, s. 501.

³² Bir şeyi yapmaya dayanan kusur: *culpa in faciendo*-Yapılmayan bir iş dolayısıyla kusur: *culpa in non faciendo*-Kasıt: *dolus*-İhmal: *neglegentia*, *magna neglegentia*, *culpa levis*, *culpa in abstracto*, (ortaçağdan itibaren *culpa in concreto*) diğer bazı kusur derecelerini oluşturmaktadır. Bkz. Umur, s. 502-504.

³³ Bu meseleyi inceleyen makalelerden biri de Gatti'nin makalesidir; Gattini Andrea, "La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale", 3 EJIL (1992), s. 253-284. Aynı mesele Main Üniversitesince düzenlenen, 1990'da yapılan, Milletlerarası Sistemde Sorumluluk konulu kolokyumda da ele alınmıştır. Önemli bir tebliğ olan Gilles Cottureau'nun tebliğinde kusur meselesi incelenmektedir. Cottureau Gilles, "Système Juridique et Notion de Responsabilité", Colloque du Mans-Editions A. Pedone, Paris, 1991, s. 3-90, kusurun yeri bakımından özellikle s. 55-57. Biz de konuyu, özellikle 1. ve 2. maddeye ilişkin açıklamalarımız sırasında incelemekteyiz.

³⁴ Rado, s. 183-185.

cezalandırılması hem de zarar görenin mamelekindeki azalmanın giderilmesi gayesi güdülürdü. Bu gibi davalara *actio mixta* denmiştir³⁵. Burada hemen belirtelim ki, milletlerarası hukukta, Devletin, haksız fiilden doğan sorumluluğu yalnız ve ancak “bir hukuk” sorumluluğudur. Başka ifade ile Devletin milletlerarası sorumluluğu haksız fiil ile neden olunan neticelerin onarımını gerektirir. Onarım çeşitlerine ileride temas edeceğiz. Milletlerarası hukukta, Devletin ceza sorumluluğu mevcut değildir ve hiç olmamıştır. Devletlerin milletlerarası sorumluluğuna cezaî nitelik eklenmesi meselesi ayrı bir tartışmayı gerektirir ve bu tartışma yapılmıştır. Nihayetinde, tekrar edelim ki, Devletin milletlerarası hukuktaki haksız fiil sorumluluğu, hâlihazırda, ceza sorumluluğunu bünyesinde barındırmaz³⁶.

B. Sorumluluk

Umur, haksız fiilin ne olduğunu ve Roma Hukukundaki unsurlarını tespit ettikten sonra, failin haksız fiilden sorumlu tutulabilmesinin şartlarını belirlemektedir³⁷.

³⁵ Ibid., s. 185 ve s. 186.

³⁶ **Velasquez Rodriguez davasında**, Amerika İnsan Hakları Mahkemesi milletlerarası hukukta zarar ve ziyanın tazmin edilmesinin, haksız fiilden sorumlu Devletin cezalandırılması olmadığını belirtmiştir. Mahkemenin tespitiyle, milletlerarası hukukta Devletin cezalandırılması kavramı bulunmamaktadır; l'affaire Velásquez Rodríguez (Indemnisation), la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Inter-Am. Ct. H.R. Série C, no. 7, 1989, s. 52. 1946 Milletlerarası Askeri Mahkemesi'nin belirttiği gibi, “soyut kişilikler değil, insanlar, milletlerarası hukukta cezalandırılması gereken ve cezalandırılan suçları işlerler”. **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international**, arrêt du 1^{er} octobre 1946. Gerek Nurenberg, gerek Tokyo askeri mahkemelerinde, resmi görevleri sırasında suç işlemiş Devlet yetkilileri yargılanmış ve cezalandırılmış ise de, ne Almanya ne de Japonya suçlu Devletler olarak nitelendirilmemişlerdir. Statut du Tribunal militaire international, Londres, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 82, s. 279, mad. 9 ve 10. Eski Yugoslavya ve Ruanda için kurulan özel mahkemeler de sadece insanları takip etmek için oluşturulmuştur. Eski-Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesi'nde savcı Blaskic, Devletlerin milletlerarası sorumluluğu için, “yürürlükte bulunan milletlerarası hukuk hükümlerine göre, Devletler hukukî tanımları gereği iç hukuk sistemlerinde insanlar için öngörüldüğü gibi cezaî müeyyidelere çarptırılmazlar” beyanında bulunmuştur. Affaire IT-95-14-AR 108 bis, Procureur c. Blaskic, I.L.R., vol. 110, 1997, s. 698. 17. Eski Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 827 sayılı ve 25.5.1993 tarihli kararı ile kurulmuştur. Mahkemenin tam adı, Eski Yugoslavya Ülkesinde 1991'den itibaren İşlenen Milletlerarası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinden Sorumlu Suç Faillerinin Yargılanması İçin Milletlerarası Mahkeme'dir. Mahkemenin bir Savcılığı bulunmaktadır. Suç failleri ile ilgili belge ve bilgi toplamak, kovuşturma başlatmak ve gerekli ise dava açmak Savcılığın yetkisindedir. Temmuz 1998 tarihli, Milletlerarası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü uyarınca, Milletlerarası Ceza Mahkemesi, milletlerarası toplumu ilgilendiren en ağır suçlarda da yetkilidir, ancak yetkisi gerçek kişiler ile sınırlıdır. Aynı maddede Statü hükümlerinin kişilerin cezaî sorumluluğuna ait olup hiçbirisinin milletlerarası hukukta Devletlerin cezaî sorumluluklarını gerektirmeyeceği belirtilmektedir. Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juin 1998, A/CONF.183/9, mad. 25.

³⁷ Umur, s. 504-507.

Roma hukukuna ilişkin incelememizi bunları ele aldıktan ve Devletin haksız fiilden ötürü milletlerarası sorumluluğu müessesesi ile kıyasladıktan sonra, tamamlayacağız.

Failin haksız fiilden sorumlu tutulabilmesi için üç şart aranır: Öncelikle, failin, “mesuliyet ehliyeti”nin olması, yani yaptığı işlerin neticelerini idrak ve temyiz edebilme kudretinin olması gereklidir³⁸. Böyle bir şart milletlerarası hukukta Devletler için, bünye farklılığından ötürü aranmamaktadır. Milletlerarası hukukta esas kural, haksız fiilin Devlete isnat edilebilmesidir. Buna ilişkin kurallar, Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun Devletin milletlerarası haksız fiilden ötürü milletlerarası sorumluluğuna ilişkin maddeler projesi çalışmasında ortaya çıkarılmıştır. Bu maddelerin dördüncüsü isnada ilişkin ilk maddedir. Bu maddeye göre: “**1. Milletlerarası hukuka göre, bir organ, ister yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da ister başkaca işlevleri yerine getiriyor olsun, bunun Devlet örgütlenmesi içindeki durumu ne olursa olsun, ister merkezi idare içinde, ister bir yerel idare niteliğinde olsun, bütün Devlet organlarının davranışları Devletin bir fiili olarak kabul edilir. 2. Organ, iç hukuka göre bu statüye sahip her kişi ya da birimi kapsar**”³⁹.

İkinci olarak, haksız fiil ile başkasının hakkını ihlâl, iradî olmalıdır. Bu iradî olma meselesi kusurluluk şartının aranmasını gerektirdiği ölçüde, milletlerarası hukukta haksız fiilden ötürü Devletin sorumluluğunun doğması için kusur şartının aranmadığını belirttik. Ancak, Roma Hukukunda, şayet bir kimsenin hakkı, insan iradesinin hâkim olamayacağı bir olay yüzünden ihlâl edilmişse, faile bir sorumluluk yüklenemeyeceği belirtilmektedir⁴⁰. Önceden tahmin edilemeyen zararlar bu kapsamdadır. Bu gibi hadiseler mücbir sebep (*vis maior*) denmektedir. Bu durumlar, Devletin milletlerarası sorumluluğunda da fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edilmektedir. Komisyon⁴¹’un 23. maddesinin başlığı “mücbir sebep”tir. Bu maddeye göre: “**1. Bir Devletin, bir milletlerarası yükümlülüğüne aykırı bir davranışının, eğer**

³⁸ Ibid., s. 504.

³⁹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 4; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 4, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁴⁰ Umur, s. 504.

⁴¹ Komisyon dediğimiz yerlerde anlaşılması gereken, Birleşmiş Milletler Hukuk Komisyonu’dur.

bu davranış, karşı konulamaz ansızın beliren bir kuvvete bağlı olan ya da Devletin denetiminden kurtulan, öngörülemeyen harici bir olaydan kaynaklanan bir mücbir sebep nedeniyle yapılmışsa ve koşullardan ötürü yükümlülüğün gereğini yapmak maddi olarak imkânsız hale gelmişse, hukuka aykırılığı ortadan kalkar⁴². 2. Şu hallerde birinci paragraf uygulanmaz: a) Eğer mücbir sebep hali tek başına ya da başka unsurlara bağlı olarak, bunu ileri süren Devletin davranışından ileri gelmişse; ya da b) Eğer Devlet böylesi bir halden ileri gelen zarara uğrama tehlikesini⁴³ göze almışsa⁴⁴.

Umur, zaruret hali ve meşru müdafaa⁴⁵ söz konusu olduğun da, Roma Hukukunda failin sorumluluğunun doğmayacağını tespit etmektedir⁴⁶. Bunlar milletlerarası sorumlulukta da kabul edilen ilkelerdir. Komisyon'un 25. maddesi zaruret halini düzenler: *"1. Devlet milletlerarası yükümlülüklerinden birine aykırı bir davranışının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmak için, zaruret haline, şu şartlar mevcut olmadıkça başvuramaz: a) Davranış, Devlet için, esaslı bir menfaatini, pek yakın ve ağır bir tehlikeye karşı korumak için, yegâne olanağı oluşturmalıdır ve b) Karşılarında yükümlülük altında olduğu Devletin ya da Devletlerin ya da milletlerarası toplumun bütünüünün esaslı bir menfaatine ağır bir şekilde zarar getirmemelidir. 2. Her halde, Devlet tarafından, zaruret hali, a) Şayet söz konusu milletlerarası yükümlülük zaruret halini ileri sürebilme olanağını engelliyorsa; ya da b) Şayet Devlet bu durumun ortaya çıkmasına katkıda bulunmuşsa, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak ileri sürülemez"*⁴⁷. Komisyon'un 21. maddesi ise meşru müdafaaya ilişkindir⁴⁸.

⁴² Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 23 & 1; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 23 & 1, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁴³ Zarara uğrama tehlikesi, riziko ya da risk.

⁴⁴ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 23; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 23, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁴⁵ Roma'da kabul edildiği üzere; "Kuvveti kuvvetle def etmek caizdir": "vim vi repellere licet".

⁴⁶ Umur, s. 504.

⁴⁷ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 25; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 25, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

Roma Hukukunda, sorumluluğun doğması için son şart nedensellik bağının tespit edilmesidir. Milletlerarası sorumlulukta da, nedensellik bağının tespiti, sorumlu Devletin, haksız fiil ile neden olduğu zararı onarmak için ödeyeceği tazminatın belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Komisyon'un 36. maddesi tazminatı konu edinir⁴⁹.

Roma hukukunda, klasik hukuk döneminde, genel olarak kusursuz sorumluluk benimsenmiştir⁵⁰. Bu dönemde sözleşmeye dayanan sorumlulukta kullanılan “*factum debitoris*”⁵¹ kuralına göre, sözleşmenin ifa edilmemesinin, borçlunun iradî bir hareketinden doğmuş olduğu kabul edilmektedir. Bu hareketten alacaklının zararına bir sonuç meydana geldiğinde, hareketin neden olduğu “imkânsızlık” tazmin edilecektir. Burada borçlunun iradî hareketi arandığına göre, hareketle sonuç arasındaki illiyet bağını kesen haller, sadece “*vis maior*”⁵² ve borçluya yabancı olan üçüncü kişinin hareketidir, işte “*factum debitoris*”⁵³ ile sorumluluğun gerçekleştiği objektif sorumluluk kıstası dışında bir de gerçekten borçlunun iradî ve kasti hareketi ile ifanın gerçekleşmemesinin imkânsız olduğu ve iradî hareketin dışındaki doğal olayların (*vis maior*) sorumluluğu ortadan kaldırdığı *dolus*⁵⁴’tan sorumluluk hali vardır. *Dolus*’un çeşitli dereceleri Corpus Iuris Civilis’de, “*dolus*”, “*culpa lata*”⁵⁵, “*dolo proxima*” veya “*quae dolo aequiparatur*” terimleri ile gösterilmiştir⁵⁶.

⁴⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 21; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 21, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁴⁹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 36; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 36, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁵⁰ Bkz. Zilelioğlu Hilâl, “Roma hukukundaki sorumluluk ölçütlerine genel bir bakış”, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1982-1987-39-01-04/AUHF-1982-1987-39-01-04-Zilelioglu.pdf. (26.02.2008).

⁵¹ Borçlunun fiili.

⁵² Doğal olaylar; Zorunlu nedenler.

⁵³ Borçlunun fiili.

⁵⁴ Kast.

⁵⁵ Ağır ihmâl.

⁵⁶ Zilelioğlu Hilâl, s.241-250.

Klasik hukuk döneminde borçlunun sorumluluğu, “*dolus*” ile sınırlandırılmıştır. Ancak bu olgu, *dolus*'un tek başına tüm hukukî ilişkilerde uygulandığı anlamına gelmez. *dolus*'un yanında ikinci ölçüt olarak “*custodia*”⁵⁷ kullanılmaktadır.

Custodia sorumluluğu, ariyet, satım, istisna gibi sözleşmeler gereği, başkasına ait bir malı herhangi bir amaçla elinde tutan kişinin, mala gelecek olan bir takım zararlardan kusuruna bakılmaksızın sorumlu olmasını gerektirir. Bu zararlar ise, hırsızlık⁵⁸ ve üçüncü kişilerin vermiş oldukları zararlardır. Roma hukukçularının büyük bir çoğunluğu, klasik dönem boyunca sözleşmeye dayanan sorumlulukta sadece *dolus* ve *custodia* ölçütlerinin kullanıldığını ileri sürmüşlerdir. Ancak, kaynaklar ve *dolus-custodia* ikileminin yetersizliği, *culpa*'nın da klasik dönemde kullanıldığını göstermiştir. Fakat *culpa*'nın çağdaş hukuk sistemlerindeki biçimi, Roma hukukunun sadece Iustinianus döneminde ortaya çıkmıştır⁵⁹.

Klasik hukuk döneminde *culpa* nın üç ayrı anlamda kullanıldığını görmekteyiz. Kaynaklarda rastladığımız en yaygın kullanım biçimi “*neglegere*” yani ihmal anlamıdır. İhmal, bu kaynaklarda “*bonus pater familias*”⁶⁰ın davranış biçimi dışında bir hareket olarak kabul ediliyordu. Dikkatsizlik ya da ihmal anlamındaki *culpa*, hukukî ilişkinin biçimine bağlı olarak ağırlık kazanıyordu. Ancak *culpa*'nın dikkatsizlik veya ihmal anlamındaki kullanımı, hep pozitif hareketler alanında kalıyordu. *Culpa*'nın “*imperitia*”⁶¹ biçiminde kullanıldığı hallerde zararı meydana getiren bir hareket⁶² söz konusudur, ihmal anlamında ise böyle bir hareket bulunmadığından *culpa*'nın buradaki anlamını kavramak klasik dönem düşüncesi açısından oldukça güçtür. *Culpa*, ikinci olarak nedensellik anlamında kullanılıyordu. Bu anlamıyla *culpa*, kişinin özel bir durumda zarara neden olan hareketinden başka bir şey değildir. Son olarak *culpa*, kusur veya ayıplama olarak ihmalden daha geniş bir anlamda kullanılırdı. *Culpa*, klasik hukuk

⁵⁷ Gözetim.

⁵⁸ Lat: *Furtum*.

⁵⁹ Zilelioğlu Hilâl, s. 250.

⁶⁰ İyi bir aile babası.

⁶¹ Dikkatsizlik.

⁶² Lat: *Factum*.

döneminde en yaygın kullanım alanını burada bulmuştur. Yani *culpa*, teknik anlamda bir sorumluluk ölçütü olarak değil, fakat bir davranış biçimi olarak gösterilmektedir. Klasik hukuk döneminde *culpa*'nın sorumluluk ölçütü olarak kullanıldığı alan ise “*dare*” borçlarıdır. *Dare* borcu, belli bir şeyin mülkiyetinin karşı tarafa devrini gerektiren, bu nedenle de borçlunun sorumluluğunun, karşı taraf malın maliki olmadan ortadan kalkmadığı bir edim biçimidir⁶³. “*Dare* borcu” yaratan hukukî ilişkilerde iki durumda kusurun dikkate alındığı görülmektedir. Bunlardan birincisi sonradan meydana gelen imkânsızlık, diğeri ise borçlunun kusuru⁶⁴dur. *Dare* borcu yaratan bir borç ilişkisinde, sonradan meydana gelen imkânsızlık halinde borçlunun kusuru yoksa sorumluluktan kurtulur. Ancak, borçlunun kusuru olmaksızın sonradan meydana gelen imkânsızlık halinde, borçlunun sorumluluktan kurtulması için, borcun konusunun “parça borcu”⁶⁵nu oluşturması gerekir. Eğer ortada bir cins borcu varsa, bu takdirde borçlu kusursuz bile olsa ifa yükümlülüğü devam eder⁶⁶.

Klasik hukuk dönemindeki *culpa* anlayışı, çağdaş hukuktaki *culpa* anlayışından belirgin bir biçimde farklıdır. Çağdaş hukukta *culpa*, ifa edilmeme hallerinin değerlendirilmesinde kullanılan bir ölçüttür. Klasik Roma hukukunda ise, “kusurlu hareket”, “ifa etmemenin bizzat kendisi” olarak görüldüğünden⁶⁷, kendi içinde herhangi bir biçimde ihmal veya bilgisizlik şeklinde farklı değerlendirmelere konu olması düşünülememiştir⁶⁸.

⁶³ Burada bir sonuç sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Kaynakların büyük bir bölümü, bu tip borç ilişkilerinin “*Stipulatio in dando*”-verme borcu yaratan sözlü akit’ten doğduğunu göstermektedir. Yine aynı şekilde, “*legato per damnationem*” -muayyen mal vasiyeti, “*conductio indebiti*” - sebepsiz zenginleşme gibi ilişkiler de “*dare* borcu” yaratırlar. Zilelioğlu Hilâl, “Roma hukukundaki sorumluluk ölçütlerine genel bir bakış”, s. 250.

⁶⁴ Lat: *Culpa debitoris*.

⁶⁵ Lat: *Genus species*.

⁶⁶ Zilelioğlu Hilâl, , s. 251-252, ayrıca Bkz. Ibid., s. 252-258.

⁶⁷ Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun, Devletin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin maddeleri düzenlerken benimsediği düşünce de, milletlerarası haksız fiili oluşturan davranışın, Devletin bir milletlerarası yükümlülüğünü yerine getirmemesi olmasıdır. Burada, Devletin kusurluluğu aranmamaktadır. Eğer muhakkak Devlete bir kusur atfedilmek istenirse, milletlerarası yükümlülüğün kendisini yerine getirmemek bizzat kusurdur. Bu vaziyet, bizde, klasik Roma hukukundaki *culpa* anlayışıyla kuvvetli bir çağrışım meydana getirmektedir.

⁶⁸ Zilelioğlu Hilâl, s. 253.

Iustinianus döneminde ise, sorumlulukta ana kural olarak “kusura dayanan sorumluluk ilkesi” uygulanmaktadır. Borçlu kastından, yani *dolus*'tan her zaman sorumludur. Bu, sözleşme ile kaldırılamayan emredici bir prensip olup en hafif sorumluluk biçimidir. *Culpa lata*⁶⁹ ise Iustinianus döneminde *dolus* hükümlerine tabi tutulmuştur⁷⁰.

Bu dönemde *culpa*, *culpa lata* ve *culpa levis* biçiminde ayrılmış olarak karşımıza çıkmaktadır. Klasik hukuk döneminden sonra, *culpa lata*'nın *dolus*'a eş bir sorumluluk doğurduğu kabul edilmiştir. *Culpa levis*'e gelince, bununla ihmal anlamında, iradî olmayan bir hareket ifade edilmiştir. Böylece *culpa levis*, sözleşmeye dayanan sorumluluğun gelişiminde önemli bir yer almıştır. Çünkü öyle haller vardır ki, kişi ağır bir kusuru yani ihmali olmasa bile sorumlu tutulması gerekmektedir, işte bu gibi durumlarda *culpa levis* ölçüsü uygulanır⁷¹.

Iustinianus dönemindeki sübjektif sorumluluk anlayışının ölçütlerinden *diligentia*⁷², farklı borç ilişkilerinde, farklı ağırlıklarda kullanıldığı görülmektedir. *Diligentia*, klasik hukuk dönemindeki *custodia*⁷³'nin sübjektifleştirilmiş biçimidir. Bundan da anlaşıldığı gibi, Iustinianus döneminin objektif sorumluluk anlayışına en yakın ve ağır sorumluluk biçimidir. *Diligentia*'nın aynı zamanda yine sübjektif bir ölçüt olan *culpa* ile de bağlantısı ve “gerekli özenin gösterilmemesi” nedeniyle gerçekleşen bir sorumluluk vardır⁷⁴.

IV. ÖZEL HUKUKTA HAKSIZ FİİL KAVRAMI VE SORUMLULUK

A. Sorumluluğun Tanımı

Bir kavramın tanımını daha iyi anlayabilmek için o kavramın tarihçesi hakkında bilgi sahibi olmak elbette yararlı olmaktadır. Bu nedenle sorumluluk

⁶⁹ Ağır ihmal.

⁷⁰ Zilelioğlu Hilâl, s. 258-259.

⁷¹ Ibid., s. 259-261.

⁷² Özen yükümlülüğü.

⁷³ Gözetim.

⁷⁴ Zilelioğlu Hilâl, s. 261-263.

kavramının tanımını ya da farklı tanımlarını aktarmadan önce genel hatları ile bu kavramın tarihçesine değineceğiz.

1. Sorumluluk Kavramının Tarihçesi

Hukuk düzeni tarafından korunan varlıklar, özellikle mal ve şahıs varlıklarında meydana gelen zarara, genel kural olarak bizzat katlanmak zorundadır. Bu ilke latince bir deyimde şu şekilde ifade edilmiştir⁷⁵: “*Casum sentit dominus*”.

Sorumluluk fikri yukarıda belirttiğimiz kuralın istisnasını oluşturur. Hukukî sorumluluğun mevcut olduğu hallerde, zarar, başına gelen kişinin üstünde kalmamakta, ya da tamamen zarara o tahammül etmek zorunda kalmamakta; bir başkası, bir başkasının başına gelen zararı gidermekte ya da onarmaktadır. Bu fikrin en mühim dayanağı, insanlar için neredeyse bütün normatif sistemlerin⁷⁶ vâz ettiği bir emirdir: “Kimseye zarar verme”. Bu emri ya da kuralı gene latince olarak şu şekilde ifade edebiliriz: “*Neminem ledere*”.

Sorumluluk hukuku, zaman içerisinde, toplumsal, ekonomik ve kültürel gelişmeler eşliğinde çeşitli değişimlere uğramıştır. Bu değişimin evreleri dört başlık altında ele alınabilir⁷⁷:

a. Kısas İlkesi

İlkel toplumlarda sorumluluk, kısas ilkesine tâbi bulunmaktaydı. “Göze göz, dişe diş” deyişi kisasın ne olduğunu hakkında aydınlatıcıdır: Zarar gören kişi, zarar verene, uğradığı zararın eşdeğeri bir karşılık verme hakkına sahiptir.

Bu tarz bir sorumluluk düşüncesinde, kısasın uygulanması, insanda olan intikam alma duygusunun tatminine yöneliktir. Fakat burada dahi, insanın duygularındaki ölçsüzlüğe bir gem vurma amacı bulunmaktadır. İntikam almak isteyen, hırsla, ölçsüz bir davranışa pekâlâ yönelebilir. Kısas bu davranışa en azından

⁷⁵ Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt I, Beta, İstanbul, 1998, s. 457.

⁷⁶ Ahlâki, Dini ya da Hukukî olmak üzere. Hukuk kurallarının, ahlâk ve din kurallarından farkı yaptırımlarının manevi değil, maddi yaptırımlar olmasıdır.

⁷⁷ Eren Fikret, s. 474-475.

bir sınır getirmektedir. İlkel toplumlardan, Devlet otoritesinin nispeten Hâkim olduğu toplumsal yapılara geçildikçe, kişisel intikam alma hakkının yerine, zarar verenin, zarar verdiği kişiye bir diyet ödeyerek, onun intikam alma hakkını satın alma imkânı tanınmıştır.

b. Hukukî Sorumluluğun Cezaî Sorumluluktan Ayrılması

Zarar verici davranış, sadece doğrudan yöneldiği kişinin haklarını değil ve fakat toplumun genelinin menfaatlerine zarar veriyorsa, toplumdaki kişilerin genelinin haklarını tehdit ediyorsa ya da toplumun bütünün oluşturduğu kamusal varlığa ve onun haklarına ve menfaatlerine yönelmişse, artık o davranış sadece yöneldiği kişiyi ilgilendirmekten çıkar ve şiddeti ve tehdidi yüzünden kamuyu ilgilendirir. Bu tip davranışlar suç olarak algılanmaya ya da bunlara suç denilmeye başlanır. Suçlara karşı yaptırım uygulama yetkisi, kişilerin intikam saikiyle hareket etmeleri imkânından alınarak kamu otoritesine aktarıldıkça, hukukî sorumluluk ile cezaî sorumluluk birbirlerinden ayrılmaya başlamıştır. Zararın onarılması için maddi tazminat ödenmesi zorunluluğu hukukî sorumluluk olarak devam etmiş, suçların cezalandırılması Devlet inhisarına yani tekeline alınmıştır. Böylelikle cezaî sorumluluk, hukukî sorumluluktan ayrılmıştır.

c. Kusur Sorumluluğu İlkesinin Kabulü

Sorumluluk hukukunun tarihi gelişimindeki önemli aşama, 19. yüzyıldan itibaren başlayan kanunlaştırma⁷⁸ hareketinde görülür. Fikret Eren bu dönem hakkında şunları yazmıştır:

“Kıt’a Avrupasının büyük medeni kanunları kusur sorumluluğuna (haksız fiile) ilişkin genel şart ve kuralları bağımsız bir bölüm halinde düzenlemeye başlamışlardır. Nitekim 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu, 1382. maddesinde kusur sorumluluğunu genel bir ilke olarak düzenlemiş, daha sonra, Alman, İsviçre ve diğer ülkelerin Medeni Kanunları bunun etkisinde kalarak aynı düzenlemeyi kabul etmişlerdir. Avusturya Medeni Kanunu mad. 1295; Alman Medeni Kanunu mad. 823 vd.; İsviçre Borçlar Kanunu mad. 41 bunun örneklerini teşkil etmiştir”⁷⁹.

⁷⁸ Kodifikasyon.

⁷⁹ Eren Fikret, s. 474.

d. Sebep (Objektif, Kusursuz) Sorumluluğunun Kabulü

Sorumluluk hukukundaki en büyük aşama, sebep sorumluluğunun kabulüdür. Sebep sorumluluğunda asıl olan, zarara neden olmaktır. Zarara yol açanın kusurlu olup olmaması önem taşımaz. Zarar oluşmuşsa, bu zarara sebep olan, zararı tazmin etmelidir. Sebep sorumluluğunun oluşabilmesi için, meydana gelen olay ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Ortaya çıkan zararın tazmini için, failin kusurlu olup olmaması bir önem arz etmez. Bundan dolayı, sebep sorumluluğunda zarar gören, failin kusurlu olduğunu ispatlamak zorunda değildir. Sebep sorumluluğu ilkesi, ilk önce, demiryollarında uygulanmaya başlanmış, daha sonraları bu ilke diğer işletme kollarına da yayılmış ve kanun koyucular 19. yüzyıldan itibaren, sebep sorumluluğu hallerini özel kanunlarda düzenlemeye başlamışlardır. Bu ilkenin gelişmesi ile sosyal Devlet ilkesinin yaygınlaşması arasında da koşutluk kurulmaktadır⁸⁰.

2. Sorumluluk Kavramının Tanımı

Bir tanıma göre sorumluluk, meydana gelen zarardan kimin sorumlu olduğunu gösteren, bu amaçla zarar görenin⁸¹, zarar verene karşı⁸² zararın giderilmesine ilişkin talep hakkını düzenleyen kurallar bütünüdür⁸³.

Diğer bir tanıma göre ise, bir borç ilişkisinde taraflardan biri borcunu yerine getirmez ve karşı taraf zarara uğrar ise, borcunu yerine getirmeyenin, bu zararı tazmin etme zorunluluğuna sorumluluk denir⁸⁴. Başka bir yaklaşıma göre ise, sorumluluk, borçlunun tazmin yükümlülüğünü değil, ama alacaklının hakkını, gücünü ve hukukun kendisine sağladığı imkânları ifade eder⁸⁵. Alacaklıya, borçluyu zorlama imkânı vermeyen bir alacak hakkı, hukukî himayeden yoksun ve dolayısıyla borçlunun

⁸⁰ Ibid., s. 475.

⁸¹ “Mağdurun” da denilebilir.

⁸² “Faile karşı” da denilebilir.

⁸³ Kılıçoğlu Mustafa, Sorumluluk Hukuku, cilt I, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 2002, s. 1.

⁸⁴ Gerek Nüvit, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını no: 1569, Eskişehir, 2004, s. 100.

⁸⁵ Ibid.

dürüstlük ve insafına bırakılmış eksik bir haktan başka bir şeyi ifade etmez⁸⁶. Sorumluluk, bu anlamda, borcun müeyyidelendirilmesidir, yaptırıma bağlanmasıdır⁸⁷.

Gerek bir sözleşmenin icra edilmemesinden kaynaklanan zararı giderme yükümlülüğü, gerekse kişisel eylemi ile bir başkasına hiçbir zarar vermeme genel yükümlülüğünün⁸⁸ ihlâl edilmesi ile verilen zararın giderilmesi borcu sorumluluktan ileri gelir⁸⁹.

Medeni hukukta sorumluluk, hukuka aykırı davranışta bulunan kimsenin tazminat ödeme yükümlülüğünü doğurur. Medeni hukuk alanında, doğuş nedenlerine göre iki çeşit sorumluluk söz konusudur. Bunlardan birine, “sözleşmeden doğan sorumluluk”, diğerine, “sözleşme dışı sorumluluk” denilir⁹⁰. İlkinde “hukuksal ilişkiden doğan sorumluluk”, ikincisine de “hukuksal eylemden doğan sorumluluk” denilebilir⁹¹.

Mevcut bir hukuksal ilişkinin taraflarından biri, bu ilişkinin kendisine yüklediği yükümlülükler aykırı hareket ederse, bu davranışından ötürü sorumlu olur.

⁸⁶ Milletlerarası hukukta, iç hukukta borçluya olduğu gibi, sorumlu Devlete cebri-icra uygulama imkânı bulunmadığından ötürü bu işlevi, bir anlamda ve belirli ölçüde, karşı-önlemler müessesesi yerine getirmektedir. Karşı-önlemleri öncelikle mağdur Devlet uygular. Bazı istisnai durumlarda, mağdur Devlettten başka Devletler de sorumlu Devlete yönelik karşı-önlem uygulayabilir. Devletlerarasında hukukî eşitlik olsa da, gerçekte önemli güç farklılıkları olduğundan, sorumlu ama güçlü Devlete yönelik, zayıf ve mağdur Devletin ne kadar etkin olarak karşı-önlem uygulayabileceği elbette sıkıntılı bir meseledir. Sorumlu, fakat güçlü ve milletlerarası sorumluluğunun gereğini yerine getirmemekte ısrarcı Devlete yönelik, mağdur Devletin zorlama imkânları fevkalâde sınırlı olabilir. Ama milletlerarası hukukun düzenlediği sosyolojik saha, Devletler üzerinde cebri-icra uygulayacak üstün bir kamu otoritesinin yaratılmasına elverişli değildir. Bu sosyolojik, politik ve hukukî gerçekliğin buna elverişli bir istikamete evrilip evrilmeyeceği, tarihin göstereceği bir meseledir.

⁸⁷ Eren Fikret, s. 80.

⁸⁸ “*Neminem leadere*: kimseye zarar verme” ilkesi.

⁸⁹ Lexique des termes juridiques, Dalloz, Paris, 1999, *Responsabilité* (Sorumluluk) maddesi, s. 463. Geniş anlamda sorumluluk kavramı ve dar anlamda sorumluluk kavramı ayrımı da yapılabilir. Geniş anlamda sorumluluk kavramı, hem sözleşme dışı sorumluluğu, hem de akdi sorumluluğu kapsamaktadır. Özellikle Fransız hukukçuları, sorumluluk kavramını geniş anlamda kullanmaktadırlar. Dar anlamda sorumluluk kavramı, sadece sözleşme dışı sorumluluğu kavramaktadır. Alman, Avusturya ve İsviçre hukukçuları, sorumluluk kavramından genellikle bu dar anlamını kavramaktadırlar. Eren Fikret, s. 457.

⁹⁰ Gözübüyük Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan, Ankara, 2001, s. 186.

⁹¹ Ibid.

“sözleşmeye aykırı davranış” buna örnek olarak gösterilebilir⁹². Hukuksal ilişkinin, muhakkak bir hukukî işleme dayanması gerekmez. Bu ilişki doğrudan doğruya, kanundan da kaynaklanabilir⁹³.

Arada hukukî bir ilişki bulunmadan, hukukun herkese yüklediği görevlere aykırı davranışta bulunan kimse, verdiği zararı, karşı tarafa gidermekle yükümlüdür⁹⁴. Buna haksız fiilden doğan sorumluluk, ya da sözleşme dışı sorumluluk denilir⁹⁵.

Sözünü ettiğimiz tanımlardan esinlenerek, sorumluluk hukukunun amaçları da belirtilir ise, yapılan tanımların tamamlanacağını düşünmekteyiz.

3. Sorumluluk Hukukunun Amaçları

a. Zararı Denkleştirme (Giderme, Karşılama) Amacı

Sorumluluk hukukunun ilk amacı, zararın, zarar gören üzerinde kalmayıp, ondan alınarak, bir başkasına, özellikle zarar verene yükletilmesi, aktarılmasıdır⁹⁶. Bu suretle, zarar görenin zararının giderilmesi, malvarlığı ya da şahıs varlığında uğradığı eksilmenin (kaybın) karşılanması, denkleştirilmesi, telafi edilmesi amacı güdülmektedir.

b. Zararı Önleme Amacı

Sorumluluk hukukunun diğer bir önemli amacı da zararı önleme amacıdır. Özellikle kusur sorumluluğunda, kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışın sonucuna tazminat yaptırımını bağlamak, herkesi davranışlarında daha dikkatli olmaya, başkasına zarar vermemek için gerekli iradî çabayı harcamaya sevk eder. Tehlike sorumluluğunda da, sorumluluğun belirli derecede önleyici bir işlevi vardır. Tehlikeli işletme sahipleri, zararın doğmaması ve dolayısıyla sorumlu olmamak için, gerekli özen tedbirlerini yerine getirmeye gayret ederler. Olağan sebep sorumluluğunda, başka bir ifade ile

⁹² Örneğin sattığı şeyi, alıcıya, geç ya da hiç teslim etmeyen satıcı, bu davranışından ötürü, alıcıya karşı sorumludur ve verdiği zararı karşılamak zorundadır.

⁹³ Örneğin, kanundan doğan nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, tazminatı gerektirebilir.

⁹⁴ Örneğin, bir kimsenin malına zarar veren kimse, verdiği zararı karşılamak zorundadır.

⁹⁵ Gözübüyük Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, s. 187.

⁹⁶ Eren Fikret, s. 478.

objektif özen ödevinin ihlâline dayanan sorumlulukta, zararı önleyecek tedbirlerin alınması, zararı ve tazminat ödeme yükümlülüğünü büyük ölçüde azaltır⁹⁷.

c. Tazminat Talebinde İhlâl Edilen Hakkın Devamı Amacı

Sorumluluk bir diğer amacı da, hakkın takibi, ya da hakkın devamıdır. Bu suretle, sorumluluk hukuku, bir tür, yerine geçme, ikame olma işlevini yerini getirmektedir. Hukukî olarak korunan bir hakkın ihlâli sonunda, ihlâl edilen bu hakkın yerine, zarar görenin, zarar verene karşı sahip olduğu tazminat talebi geçmekte, başka bir ifade ile ihlâl edilen hak, tazminat hakkı şeklinde devam etmekte, varlığını bu talep ile sürdürmektedir.

B. Özel Hukukta Sorumluluğun Kaynakları

Ortaya çıkan sorumluluk, çoğu zaman kusurlu bir davranış sonucu gerçekleşir. Kusurlu olan kişinin zararı tazmin etmek zorunda olması, sorumluluğun doğal sonucudur. Ancak bazen, kusurlu bir davranış olmasa bile zarar meydana gelebilir. Bu durumda, zarar görenin mağduriyetini kim giderecektir? Bu durumda, zarara yol açan kişinin herhangi bir kusuru olmasa bile, sorumlu tutulması görüşü ortaya atılmıştır. Bu görüş, kusursuz sorumluluk ya da objektif sorumluluk denilen yeni bir düşüncüyü geliştirmiştir⁹⁸.

Hukuka aykırı eylemden doğan sorumluluk iki ilkeye dayandırılır. Bunlardan biri, “kusura dayanan sorumluluk ilkesi” diğeri, “kusursuz sorumluluk ilkesi”dir. Özel hukuk alanında, esas kural olarak kusura dayanan sorumluluk ilkesi uygulanır. Bu ilkeye göre, hukuka aykırı eylemi ile başkasına zarar veren kimse, ancak kusurlu olduğu zaman ve kusurlu olduğu ölçüde sorumludur. Buna karşılık, kusursuz sorumlulukta, hukuka aykırı davranışta bulunanın, kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın

⁹⁷ Sorumluluk sigortasının, sorumluluk hukukunun önleyici etkisini zayıflattığı fikrine tam olarak katılmak mümkün değildir. Zira zarar veren, zararlı sonuca kasten ya da ağır ihmali ile sebep olmuşsa, sigortacının ona rücu hakkı vardır. Ibid., s. 480.

⁹⁸ Gerek Nüvit, loc. cit.

sorumluluğuna gidilir. Kusursuz sorumluluk ilkesi istisnai olarak ve açıkça düzenlendiği alanlarda uygulanır⁹⁹.

1. Kusurdan Kaynaklanan Sorumluluk

Kusur, sorumluluk kaynaklarının en başında gelmektedir. Haksız fiil sorumluluğu¹⁰⁰ kusura dayanmaktadır¹⁰¹. Genel olarak, hukuka aykırı sonucu isteyen ya da hukuka aykırı sonucu önlemek için, normal ve tedbirli bir kimseden beklenen davranışı o olayda ve şartlarda beklenen davranışı göstermeyen, başka bir ifade ile hukuka aykırı sonucu önlemek için gereken çabayı göstermeyen kimse kusurlu sayılır. Kusur, irade eksikliğinin derecesine göre kasıt ya da ihmal şeklinde ikiye ayrılabilir¹⁰². Hukuka aykırı sonucun istenmesi halinde “kasıttan”; şayet, hukuka aykırı sonuç istenmemekle beraber, durumun gerektirdiği önlemler alınmamak suretiyle hukuka aykırı sonucun doğmasına neden olunmuş ise “ihmalden” söz edilir.

2. Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumluluk

İç hukuklarda, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk kanunlarda öngörülüp, düzenlenmiştir. Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu’nun 51. maddesi de düzenlemiştir. Nitekim Borçlar Kanunu’nun 96¹⁰³. ve daha sonraki maddelerine göre, ortaya çıkan zararı tazmin etme yükümlülüğü, taraflar arasındaki bir sözleşmeden doğabilir. Ayrıca, bir kimse, bağımsız bir sözleşmeyle, başkasının uğrayacağı zararın tazmin edilmesi yükümlülüğünü de üstlenebilir. Bu halde,

⁹⁹ Gözübüyük Şeref, loc. cit.

¹⁰⁰ Von Tuhr Andreas, Çeviren: Edege Cevat, Borçlar Hukuku, Birinci cilt, Yeni Matbaa, İstanbul, 1952, s. 385-402.

¹⁰¹ Bu nedenle, haksız fiil sorumluluğuna, kusur sorumluluğu da denilmektedir.

¹⁰² Türk Borçlar Kanunu’nun 41. maddesine göre, kendi kusuru ile başkasına zarar veren kimse, ortaya çıkan bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. BK m. 41: Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.

Ahlâka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.

¹⁰³ BK m. 96: Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.

sözleşmeyle zararı tazmin etmeyi yüklenen kişinin, zararın ortaya çıkmasında kusurlu bir davranışı yoktur. Buradaki sorumluluk teminat sözleşmesinden kaynaklanır¹⁰⁴.

3. Kanun Hükümlerinden Kaynaklanan Sorumluluk

Bir kanun hükmü de, sorumluluğun kaynağı olabilir¹⁰⁵. Böyle bir durum varsa, zararın başkasına tazmin ettirilebilmesi için, zararı tazmin edecek kişinin kusurlu olması ya da sorumluluğun sözleşmeden kaynaklanması gerekmez. Ortaya çıkan zarar kanun hükmü gereği olarak tazmin ettirilir¹⁰⁶.

C. Özel Hukukta Sorumluluk Türleri

Sorumluluk kavramı, özel hukukta geniş anlamda kullanılırsa, “sözleşmeden doğan sorumluluk”¹⁰⁷ ve “sözleşme dışı sorumluluk”¹⁰⁸ anlaşılır. Dar anlamda sorumluluk kavramı ise, sadece sözleşme dışı sorumluluk hallerini kapsamak üzere kullanılır¹⁰⁹. Sözleşme dışı sorumluluk halleri ise, genel olarak kusur sorumluluğu¹¹⁰ ve sebep sorumluluğu olarak ayrılır. Sebep sorumluluğu da, olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir¹¹¹.

1. Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

Sözleşmeden doğan sorumluluğun mevcut olması için, alacaklıyla borçlu arasındaki borç ilişkisini düzenleyen bir sözleşmenin var olması gerekmektedir. Türk

¹⁰⁴ Örneğin, sigorta, kefalet ve garanti sözleşmelerinde durum böyledir.

¹⁰⁵ BK m. 51: Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız muamele, akit, kanun) binaen mesul oldukları takdirde haklarında, birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur.

Kaideten haksız bir fiili ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mesul olan kimse en sonra, zaman ile mükellef olur.

¹⁰⁶ Sebep ya da tehlike sorumluluklarında, vekâleti olmadan başkası hesabına iş görmede ve zorunlu sigorta hallerinde durum böyledir.

¹⁰⁷ Akdi sorumluluk.

¹⁰⁸ Akit dışı sorumluluk.

¹⁰⁹ Gerek Nüvit, s. 101.

¹¹⁰ Haksız fiil sorumluluğu.

¹¹¹ Eren Fikret, s. 459-473.

hukukunda¹¹², borçlu sözleşme ile üstlendiği borcu yerine getirmemişse ya da eksik yerine getirmişse, alacaklının bundan doğan zararını tazmin etmek zorundadır. Borç ifa edilmemişse, borçlunun sorumluluğu esastır. Borçlu sorumluluktan ve dolayısıyla tazminat ödemekten kurtulmak için, kendisine hiçbir kusurun yükletilemeyeceğini ispat etmek zorundadır. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı belirlenirken, işin özellikleri, borçlunun, borcunu ödememekle herhangi bir fayda temin edip etmediği dikkate alınır¹¹³. Borçlunun müterafik kusuru ve kusurunun ağırlığı değerlendirilir. Borçlunun sorumlu tutulabilmesi için, alacaklı, borçlunun sözleşmeye aykırı davranmış olduğunu, kendisinin bundan dolayı bir zarar gördüğünü ve ayrıca borcun ifa edilmemesi ile kendisinin uğradığı zarar arasında illiyet bağının bulunduğunu ispatlamak zorundadır. Borçlunun sözleşmeden doğan sorumluluğu esas olarak “kusur” sorumluluğudur. Haksız fiil sorumluluğunda da esas olarak “kusur” aranır. Ancak arada şöyle önemli bir fark vardır: Sözleşmeden doğan sorumlulukta, borcun yerine getirilmemesi durumunda, borçlu sorumluluktan ve tazminat ödemekten kurtulabilmek için, kendi kusursuzluğunu ispat etmek zorundadır. Zarar gören borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Oysa haksız fiil nedeninden ötürü tazminat isteniyorsa, tazminat isteyen kişi, haksız fiil işleyen kişinin kusurlu olduğunu, fiilin hukuka aykırı olduğunu, bu fiilden ötürü zarara uğradığını ve söz konusu haksız fiil ile uğradığı zarar arasında illiyet bağı bulunduğunu ispat etmek zorundadır.

Demek ki, sözleşmeye aykırı davranışlar sorumluluğu gerektirir. Sözleşmeye aykırı davranışlar, genel olarak ve yalın bir biçimde üç kümede toplanabilir¹¹⁴ :

- a) Borçlu elinde olmayan nedenlerle borcu yerine getirememiştir.
- b) Borçlu borcunu yerine getirmek istememiştir.
- c) Borçlu borcunu gereği gibi yerine getirmemiştir.

¹¹² BK m. 51 uyarınca.

¹¹³ Buna bağlı olarak, tazminatın kapsamı belirlenirken, Türk hukukunda, Borçlar Kanunu’nun, 42.-44. maddeleri hükümlerinden yararlanılır.

¹¹⁴ Gözübüyük Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, s. 189.

Sözleşmeye aykırı davranıştan sorumlu olabilmek için aşağıda sıralanan koşulların gerçekleşmesi gerekir:

a) Taraflar arasındaki hukukî ilişki, sözleşme niteliğine sahip bir hukukî ilişki olmalıdır.

b) Sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunulmalıdır.

c) Sözleşmeye aykırı davranış kusurlu bir davranış olmalıdır.

d) Bu davranıştan bir zarar doğmalıdır.

e) Davranışla zarar arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır.

Bu koşullar gerçekleştiğinde, sözleşmeye aykırı davranışla karşı tarafa bir zarar veren kimse, verdiği zararı gidermekle yükümlü olur.

2. Kusur Sorumluluğu

Kusura dayanan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, sorumluluğu öne sürülen kimsenin, hukuka aykırı ve kusurlu bir eylemi ile başkasına zarar vermesi gerekir. Hukuka aykırı eylemden dolayı sorumluluğun doğabilmesi için dört koşulun gerçekleşmesi gerekir¹¹⁵: Bunlar, hukuka aykırılık, zarar, kusur ve nedensellik bağıdır.

a. Hukuka Aykırılık

Hukuk düzeninin, kişilerin mal ya da kişi varlıklarını korumaya yönelmiş kurallarına aykırı davranışlar hukuka aykırı eylem sayılır. Kusur sorumluluğunun mevcut olabilmesi için, hukuka aykırı bir eylem bulunmalıdır. Hakkın kötüye kullanılması da hukuka aykırı bir eylemdir. Hukuka aykırı eylem sayılan davranış, sözleşmeye aykırı eylem, bir kimseyi yaralama ya da malını yok etme gibi “aktif” bir eylem olabileceği gibi, inşaat yapan kimsenin gerekli koruyucu önlemleri almaması gibi “pasif” bir davranış da olabilir.

¹¹⁵ Ibid., s. 187.

b. Zarar

Kusur sorumluluğunun doğabilmesi için, hukuka aykırı eylemden bir zararın meydana gelmiş olması gereklidir¹¹⁶. Hukuka aykırı eylemden bir zarar meydana gelmemişse tazminat ödenmesi söz konusu olmayacaktır. Maddi zarar, malvarlığında bir azalma şeklinde ortaya çıkar. Bu azalma, bazen, kârdan yoksun kalma biçiminde de oluşabilir.

c. Kusur

Hukuka aykırı bir eylem ile başkasına zarar veren bir kimsenin sorumlu olabilmesi için, “kusurlu” olması da gerekir. Genel olarak, hukuka aykırı sonucu isteyen ya da hukuka aykırı sonucu önlemek için gereken çabayı göstermeyen kimse kusurlu sayılır. Kusur, kast ve ihmal olarak iki biçimde kendini gösterir. Hukuka aykırı sonucun istenmesi halinde kasıttan; şayet hukuka aykırı sonuç istenmemekle beraber, durumun gerektirdiği önlemler alınmamak suretiyle hukuka aykırı sonucun doğmasına neden olunmuş ise ihmalden söz edilir.

d. Nedensellik (İllyet) Bağı

Sorumluluğun doğabilmesi için, hukuka aykırı eylem ile zarar arasında bir nedensellik bağının da bulunması gerekir. Nedensellik bağı, sebep-sonuç ilişkisi şeklinde düşünülmelidir. Zarar, sorumluluğa neden olduğu iddia edilen olay neticesinde doğmuş olmalıdır. Bu olay, zararın nedeni olmalıdır. Nedensellik bağının belirlenmesinde, olağan hayat akışından, genel yaşam deneyimlerinden yararlanılır.

3. Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk, sebep sorumluluğu ve hakkaniyet sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir. Hukuka aykırı eylemde bulunan kimsenin, kusursuz olması halinde de, eyleminden doğan zarardan sorumlu olmasına, kusursuz sorumluluk

¹¹⁶ Carbonnier Jean, Droit Civil, Tome Second, Les Biens et Les Obligations, Thémis, Paris, 1962, s. 581-587.

denir. 19. yüzyılın ikinci yarısında, kusura dayanan sorumluluk eleştirilmiş ve bazı durumlarda kusursuz sorumluluğa gidilmesi görüşü savunulmuştur¹¹⁷.

a. Sebep Sorumluluğu

Sebep sorumluluğunda asıl olan, zarara neden olmaktır. Zarara yol açanın kusurlu olup olmaması önem taşımaz. Zarar oluşmuşsa, bu zarara sebep olan, zararı tazmin etmelidir. Sebep sorumluluğunun oluşabilmesi için, meydana gelen olay ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Ortaya çıkan zararın tazmini için, failin kusurlu olup olmaması bir önem arz etmez. Bundan dolayı, sebep sorumluluğunda zarar gören, failin kusurlu olduğunu ispatlamak zorunda değildir. Sebep sorumluluğuna kusur şartı aranmadığından ötürü objektif sorumluluk da denmiştir¹¹⁸.

i. Olağan Sebep Sorumluluğu

Olağan sebep sorumluluğu, kanunda öngörülmüş olan, objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesine dayanan bir kusursuz sorumluluk halidir¹¹⁹. Olağan sebep sorumluluğuna konu olan ve kanunlarda düzenlenen hallerde sorumluluğun doğmasının ortak yanı, bir özen ödevinin yerine getirilmemesidir¹²⁰. Bu sorumluluk hallerinde kusur aranmaz. Sorumluluktan kurtuluş, sorumlu tutulmak istenen kişinin, özen ödevinde bir eksiklik yapmadığını, başka bir ifade ile gerekli her türlü özeni gösterdiğini ya da gerekli her türlü özeni göstermiş olsaydı dahi zararın gene

¹¹⁷ Gözübüyük Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, s. 188.

¹¹⁸ Oğuzman Kemal, Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Fiiliz, İstanbul, 1995, s. 463; Özel Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderilmesine İlişkin Bazı Düşünceler”, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2001-50-04/AUHF-2001-50-04-Ozel.pdf. (29.02.2008), s. 82; Kılıçoğlu Mustafa, s. 14-16.

¹¹⁹ Olağan sebep sorumluluğu halleri kısmen Borçlar Kanunu’nda, kısmen Medeni Kanun’da düzenlenmiştir. Olağan sebep sorumluluğunun uygulandığı hallere örnek olarak, Borçlar Kanunu’nun 54. maddesindeki “temyiz kudretinden yoksun olanların hakkaniyet gereği sorumluluğu”, BK m. 55’teki “istihdam edenin sorumluluğu”, BK m. 56’daki “hayvan tutucusunun sorumluluğu”, BK m. 58’deki “bina ve diğer yapı eseri malikinin sorumluluğu” gösterilebilir; ayrıca Medeni Kanun’un 730. maddesindeki “taşınmaz malikinin sorumluluğu” hali de olağan sebep sorumluluğunun uygulandığı hallerden biri olarak gösterilebilir. MK m. 730’a göre, “Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir.

Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir”.

¹²⁰ Kılıçoğlu Mustafa, s. 18.

de gerçekleşeceğini ispat etmesiyle mümkündür. Özensizlik kavramının içine somut duruma göre, yapım bozukluğu, bakım eksikliği gibi hususlar da dâhil olarak düşünülmelidir.

Sorumluluk, hata, beklenmedik olay ya da üçüncü kişinin kusurundan ileri gelmiş olsa dahi mevcuttur. Ancak uygun nedensellik bağının kesildiği durumlar sorumluluğu kaldırmaktadır.

Olağan sebep sorumluluğu için, “hafif sebep sorumluluğu” ifadesini kullanmanın yanlış olmadığı kanaatindeyiz çünkü sebep sorumluluğunun daha ağır bir türü de vardır. Bu “ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu”, tehlike sorumluluğudur.

ii. Tehlike Sorumluluğu

Teknolojinin içinde bulunduğu vaziyet, ulaşım araçlarının çoğalması, sanayi kuruluşlarının yaygınlaşması, bunlardan ötürü zarar meydana gelme tehlikesini artırmıştır. Niteliği gereği, bünyesinde tehlike barındıran etkinliklerden doğan zararların, kusur şartı aranmaksızın giderilmesi, tehlike sorumluluğunun konusunu oluşturmaktadır¹²¹.

Tehlike esasına dayanan sorumluluk hallerinin özelliği, sorumluluk doğuran şartların oluşması halinde, sorumlu kişinin, sorumluluktan kurtulmak için herhangi bir imkâna sahip olmamasıdır. Bu nedenle bu hallerde “ağırlaştırılmış objektif sorumluluk”tan ya da “ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu”ndan söz edilmektedir¹²².

Tehlike sorumluluğu, sorumluluğun ağır bir tehlike taşıyan işletme, tesis ya da faaliyetin yürütülmesine bağlı olarak ortaya çıkan bir sebep sorumluluğu türüdür. Çevre ve toplum için ağır bir potansiyel tehlike yaratan bir işletmenin, işletilmesi ya da faaliyetinin yürütülmesi, sorumluluğun var olduğunun kabul edilmesi için yeterlidir. Zira bu tür potansiyel tehlike arz eden bir işletmenin ya da tesisin faaliyeti, niteliği itibarıyla belirli bir tehlike yaratmakta ve dolayısıyla zarar verme ihtimali taşımaktadır. Bu tür işletmeleri ya da tesisleri işletenler, ortaya bir zarar çıkması halinde, uygun

¹²¹ Risk sorumluluğu da denilmektedir.

¹²² Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 466; Kılıçoğlu Mustafa, s. 19-21.

nedensellik bağı varsa sorumlu tutulmaktadırlar. Motorlu araç işletenin sorumluluğu, sivil hava araçlarının verdiği zarardan dolayı, işletenin sorumluluğu, Devletin askeri manevralar ve atışlardan dolayı sorumluluğu, petrol hakkı sahibinin petrol ameliyelerinden doğan kusursuz sorumluluğu, tehlike sorumluluğuna örnek olarak gösterilebilir.

Yapılması, çalıştırılması, kullanılması ve elde bulundurulması, ekonomik ve toplumsal nedenlerle gerekli olan tehlikeli kuruluş, işletme, araç ve diğer nesnelerin kullanılmaları ve işletilmesi sonucu, mahiyetleri gereği yol açtıkları zararlardan, bunlardan yararlanan kimselerin kusurları bulunmasa ve tehlikenin önlenmesi için her türlü özeni göstermiş olsalar bile, sorumlu tutulmaları, tehlike sorumluluğu ilkesinden kaynaklanmaktadır.

Tehlike sorumluluğunun birinci koşulu, tehlike doğurucu etkenlerin varlığıdır¹²³. Tehlike doğurucu etkenler, fabrikalar, nükleer santraller ve taşıtların varlığından kaynaklanmaktadır. Bunlara hukuk dilinde “işletme tehlikesi” denmektedir¹²⁴.

b. Hakkaniyet Esasına Dayanan Sorumluluk

Hâkimin hakkaniyet gerektiriyorsa, hukuka aykırı fiil işlerken kusuru bulunmayan faili tazminata mahkûm edebileceği hal, temyiz kudreti bulunmayanların verdikleri zarardan sorumlu tutulabilmeleri¹²⁵ halidir¹²⁶.

4. Hukuka Uygun Müdahaleden Doğan Sorumluluk (Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesine Dayanan Sorumluluk)

Bu tür sorumlulukta esas olan, hukuka uygun müdahale sonucu ortaya çıkan zararın, bozulan menfaat dengesini korumak amacıyla tazmin yükümlülüğünün kabul

¹²³ Tehlike sorumluluğuna ilişkin örnek bir Yargıtay kararı için, Bkz. Y.4. HD, 25.11.1999 T, 1999/8218 E, 1999/10388 K.

¹²⁴ Gerek Nüvit, s. 103.

¹²⁵ BK. M. 54.

¹²⁶ Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 468 ve 597-602.

edilmesidir¹²⁷. Bunun için, önce hukuka uygun bir müdahale olup olmadığına bakılmalıdır.

Hukuka uygun müdahale, bir kimsenin hukuk düzenince korunan şahıs ya da malvarlığının, bir başkasının davranışıyla ihlâl edilmiş olması, ama ihlâl edici davranışa da hukuk düzeninin izin vermiş olmasıdır. Hukuk kuralları, hukuka uygun müdahaleye izin vermekte, ancak bunun sonucunda kişinin, şahıs ya da malvarlığına verilen zararın da tazmin edilmesini öngörmektedir. Örnek vermek gerekirse, zorunlu mecra hakkı, zorunlu geçit hakkı ve zorunlu su hakkı önemli uygulama alanlarıdır. Anayola ulaşmak için, komşusunun tarlasından geçmekten başka çaresi olmayan kişi, hukukun kendisine verdiği yetkiyle komşusundan geçit hakkı alır ve önemli bir menfaat sağlar. Komşusuysa, tarlasından geçit vererek bir fedakârlığa katlanmak zorunda kalmış ve bir anlamda zarara uğramıştır. İşte bunun tazmini, geçit hakkı olan kişi tarafından sağlanmalıdır. Buna fedakârlığın denkleştirilmesi denilmektedir. Kamu hukuku alanında, kamulaştırma yoluyla özel şahıslara ait mülklere müdahaleler de örnek teşkil eder. İztirar halinde, bir kimsenin kendisini ya da bir başkasını yakın bir tehlikeden koruyabilmek amacıyla başkasının mallarına zarar vermesi, ancak buna karşılık, diğer tarafın meydana gelen zararının karşılanması istemesi, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanmaktadır.

D. Sorumluluğa Hâkim Olan İlkeler

1. Ferdi Sorumluluk İlkesi

Borcun ifa edilmemesinden yalnız borçlu sorumludur. Üçüncü bir şahsın sorumlu olması söz konusu değildir. Borç ilişkisinde, alacak hakkının nispi bir hak olması bu neticeyi doğurmaktadır.

¹²⁷ Gerek Nüvit, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, s. 104; Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 468, s. 604 vd; Kılıçoğlu Mustafa, s. 21 ve s. 22.

2. Aynî Sorumluluk İlkesi

Borçlu, edimi ifa etmediği takdirde, alacaklı sadece onun malvarlığına başvurabilir. Alacaklının, borçlunun şahsına, vücuduna el atması, borçlunun hapsedilmesi ya da alacaklı için çalıştırılması mümkün değildir.

3. Tam Sorumluluk İlkesi

Borçlu, bazı istisnai ve kendisi için elzem malları hariç, bütün malvarlığı ile sorumludur.

4. Kıymet İtibariyle Sorumluluk İlkesi

Alacaklı, borçlunun malvarlığının aktif kısmı paraya çevrilerek tatmin edilir. Alacaklı alacağını, icra organlarınca satılan malların satım bedelinden alır. Paraya çevrilmesi mümkün olamayan alacaklarda, aynen icra söz konusudur. Aynen icra ceza tehdidi, ya da kolluk kuvvetlerinin zorlamasıyla olur.

E. Haksız Fiil Sorumluluğu

1. Genel Açıklama

Haksız fiil sorumluluğu, kural olarak, zarar veren failin kusurlu olmasına bağlıdır¹²⁸. Kusur, haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsuru olduğu için, bu tür sorumluluğa “kusur sorumluluğu” ya da “sübjektif sorumluluk” da denilmektedir¹²⁹.

Haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurları, davranış, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılıktır. Bu unsurlar, hukuka aykırı bir fiil; bu fiil ile bir şahsa verilen zarar; fiilin işlenmesinde failin kusurlu olması şeklinde de toparlanabilir¹³⁰.

¹²⁸ Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 469.

¹²⁹ Eren Fikret, s. 480.

¹³⁰ Bkz. Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 469 ve 470.

2. Haksız Fiilin Unsurları

Kusur sorumluluğunun yani, haksız fiil sorumluluğunun unsurlarını, davranış, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılık olmak üzere inceleyeceğiz.

a. Davranış (Fiil, Hareket)

Haksız fiil sorumluluğunun, ilk ele alacağımız kurucu unsuru, insan davranışdır. Hukukî varlıkların ihlâli ve bundan doğan zarar, kusur sorumluluğunda, insan davranışından kaynaklanır. İnsan davranışı, olumlu (aktif) bir davranış kapsadığı gibi, olumsuz (pasif) bir davranış da kapsar. Olumsuz (pasif) davranıştan anlaşılması gereken, bir şeyi yapmamaktır. Olumlu (aktif) davranış ise, eylemli olarak bir şeyi yapmış olmaktır. Biz fiil ya da hareket yerine, tüm olanakları ifade ettiğini düşündüğümüz davranış kelimesini kullanmayı tercih etmekteyiz.

Haksız fiilin unsuru davranış, bir insanın yapma ya da yapmama tarzındaki iradî davranışdır¹³¹. Davranış, bir harekette bulunma suretinde olabileceği gibi, gerekli bir harekette bulunmama şeklinde de olabilir. Hareketsiz kalmanın (olumsuz davranışın) bir davranış (fiil) teşkil etmesi için, failin o davranışta bulunması gerekirken hareketsiz kalmış olması aranır¹³². Bu tip durumlarda, davranış ve hukuka aykırılık unsurları iç içedir.

b. Zarar

Andreas von Tuhr’a göre, “zarar mamelekin bir azalmasıdır. Şahsi menfaatlere (persönliche Rechtsgüter) tecavüz mameleke tesir etmedikçe kanunî manada bir zarar

¹³¹ İradeden yoksun davranışlar, umulmayan bir hal niteliği taşır. İradî olmayan davranışlar, hukuken “insan fiili” olarak değerlendirilmezler.

¹³² Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 471; Eren Fikret, s. 482.

değildir¹³³; bazı hallerde bu sebeple ödenen para bir tazminat teşkil etmez, bu manevi bir tatmin ve telâfidir¹³⁴.

Mamelekin azalması ancak mamelek sahibinin iradesi hilâfına veya hiç olmazsa rızası bulunmaksızın vaki olduğu takdirde bir zarar teşkil eder”¹³⁵.

“Zarar, zarara uğrayanın halen mevcut mameleki ile zararlı hadise vaki olmasaydı bu mamelekin bulunacağı hal arasındaki farktan ibarettir... Zararlı bir hadise servet çoğalmasına mani olduğu takdirde zarar, bir kâr kaybından ibarettir”¹³⁶.

Sorumluluk hukukunda, tazminat borcunun doğabilmesi için, haksız fiillerde hukuka aykırı bir davranış, tehlike sorumluluğunda tipik tehlikenin gerçekleşmesi, olağan sebep sorumluluğunda, objektif özen yükümlülüğünün ihlâli sonucunda belirli bir zararın gerçekleşmiş olması gerekir¹³⁷. Sorumluluk hukukunda zarar vermeye teşebbüs, tazminat borcunu doğurmaz; sorumluluk hukukunun başlıca amacı cezalandırmak değil, gerçekleşen zararı karşılamak, denkleştirmek, yani tazmin ettirmektir¹³⁸.

Avusturya, Alman ve Fransız hukuklarında¹³⁹ zarar, geniş anlamda zarar¹⁴⁰ olarak anlaşılmakta ve bu, maddi zararı kapsadığı gibi, manevi zararı da kapsamaktadır. Buna karşılık, Türk-İsviçre hukuklarında, öğreti ve uygulamada, zarar sözünden daha çok maddi (malvarlığına ilişkin-mameleki) zarar kavramı anlaşılmaktadır¹⁴¹.

¹³³ Eren, zararın, doktrinde ve uygulamada, “geniş anlamda zarar”, “dar anlamda zarar” olmak üzere ikiye ayrılarak ele alındığını belirtmektedir. Dar anlamdaki zarar, teknik anlamdaki maddi zararı ifade etmektedir. Maddi zarara (materieller Schaden), malvarlığı zararı (Vermögensschaden: mamelek zararı) adı da verilmektedir. Geniş anlamda zarar kavramı ise, kişinin malvarlığında uğradığı zararlar birlikte şahıs varlığında, yani manevi varlığında uğradığı zararı da kapsamaktadır. Bkz. Ibid., s. 487 ve 488. Demek ki, Von Tuhr, belirttiğimiz tanımında, “dar anlamda zarar”dan söz etmektedir. Buna şahıs varlığına verilen zararlar da ilave edilmelidir.

¹³⁴ Von Tuhr, sadece maddi tazminattan söz etmektedir, “manevi bir tatmin, telafi”den manevi tazminat anlaşılmalıdır. Manevi tazminat ve Türk hukukundaki uygulaması için ayrıca Bkz. Kılıçoğlu Mustafa, s. 140-316.

¹³⁵ Von Tuhr Andreas, s. 79.

¹³⁶ Ibid., s. 80.

¹³⁷ Eren Fikret, s. 487.

¹³⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, bu hususa, “onarım yükümlülüğü” demektir.

¹³⁹ Bkz. Carbonnier Jean, s. 581-592.

¹⁴⁰ Zarar kavramının tarihsel gelişimi ve dar anlamda zarar-geniş anlamda zarar kavramları için Bkz. Kılıçoğlu Mustafa, s. 23-24.

¹⁴¹ Eren Fikret, s. 488.

i. Maddi Zararın Tanımı ve Unsurları

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeye maddi zarar denilir¹⁴². Maddi zararın bu tanım uyarınca üç unsuru vardır:

- a) Malvarlığı,
- b) Malvarlığındaki azalma ve
- c) Bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesi.

i-a. Malvarlığı

Malvarlığı, ekonomik bir değere sahip, para ile ölçülebilen hukukî değer ve varlıkların meydana getirdiği bütündür. Malvarlığının aktif ve pasif yönü vardır. Malvarlığının pasif yönü, borç ve mükellefiyetlerden ibarettir¹⁴³.

i-b. Malvarlığının Azalması

Zarar, malvarlığındaki bir azalmadır. Bu azalama, ya malvarlığını oluşturan aktif değerlerin eksilmesi ya da pasiflerin artması şeklinde belirir.

Zarar, başka ifade ile malvarlığında meydana gelen azalma, zarar görenin, zarar verici olaydan sonra malvarlığının gösterdiği durum ile bu olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farktan ibarettir¹⁴⁴.

¹⁴² Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 491 ve 492; Eren Fikret, s. 488.

¹⁴³ Sorumluluk hukukunda malvarlığı geniş şekilde anlaşılmalıdır. Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar, yani mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklar (fikri ve sınaî haklar), malvarlığının önemli unsurlarıdır. Zarar görenin ekonomik geleceği, yani çalışma ve faaliyetleriyle gelecekte elde edeceği kazanç ve gelir ihtimali de malvarlığını oluşturan değerler arasında yer alır. Kişilik hakkı ve buna dâhil hukukî varlıklar, kural olarak malvarlığı kapsamına girmez. Ancak, kişiliği oluşturan vücut bütünlüğü, sağlık, şeref, ekonomik itibar (kredi itibarı) kimi zaman malvarlığını etkilerler. Kişilik haklarının ihlâli, aynı zamanda malvarlığında bir azalmaya yol açmıyorsa, malvarlığı kapsamı dâhilinde değerlendirilmezler; bu takdirde, ancak zarar görenin şahıs varlığında bir eksilme söz konusu olabilir ki, bu da manevi zarar teşkil eder; maddi tazminata değil, manevi tazminata konu olur. Bkz. Ibid., s. 488 ve 489.

¹⁴⁴ Maddi zararın menfaat ya da menfaat farkı olarak anlaşılmasının kaynağı, Mommsen'in "menfaat teorisi" ve dolayısıyla, "fark teorisi"ne dayanmaktadır. Mommsen'e göre, "menfaat, bir kişinin belirli bir zamanda malvarlığının miktarı ile zarar verici olay araya girmeseydi, malvarlığının, o zaman haiz

i-c. Azalmanın Zarar Görenin İradesi Dışında Meydana Gelmesi

Zarar görenin malvarlığındaki azalma, onun iradesi dışında meydana gelmelidir. İrade dışındaki bu azalma ya zarar görenin rızasına aykırı olarak (rızası hilâfına) ya da rızası olmaksızın meydana gelir.

ii. Maddi Zarar Çeşitleri

Maddi zarar bakımından çeşitli ayrımlar yapılabilir. Bunlar, “fiili zarar - mahrum kalınan kâr - normatif (hükmi) zarar”, “doğrudan zarar - dolayısıyla zarar - yansıma zarar”, “mevcut zarar - müstakbel zarar - muhtemel zarar” olarak sınıflandırılabilir¹⁴⁵.

ii-a. Fiili Zarar - Mahrum Kalınan Kâr - Normatif (Hükmi) Zarar

Fiili zararda ya malvarlığının aktifinde bir azalma¹⁴⁶ ya da malvarlığının pasifinde fiili bir çoğalma¹⁴⁷ söz konusudur¹⁴⁸.

Kâr mahrumiyeti, elde edilebilecek bir kazançtan mahrum kalmayı ifade eder. Bu zarar, daha çok, malvarlığının artmasına engel olunmasından kaynaklanır¹⁴⁹. Kâr mahrumiyeti, bazen malvarlığının pasifinin azalmasına engel olma tarzında da meydana gelebilir¹⁵⁰.

Alman doktrinde bazı yazarlar, malvarlığında herhangi bir azalma olmasa dahi, sırf bazı malları kullanma imkânından bir haksız fiil sonucu yoksun kalınmasının

olacağı miktar arasındaki farktır”. Bkz. Eren Fikret, s. 490, dipnot no. 39. Bu teori, Türk / İsviçre hukukundaki hâkim görüşü ifade etmektedir. Ibid.

¹⁴⁵ Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 493-496; Eren Fikret, s. 492-502. Ayrıca Bkz. Carbonnier Jean, s. 584-588.

¹⁴⁶ Bir malın tahrip edilmiş olması, yaralanan kişinin tedavi masrafı yapması gibi.

¹⁴⁷ Üçüncü şahsın yaptığı hile sonucu yüklenilen bir borç gibi.

¹⁴⁸ Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 493.

¹⁴⁹ Yaralanan bir şahsın ya da atölyesi yakılan bir şahsın çalışamadığı günlerdeki gelir kaybı böyledir. Bkz. Ibid.

¹⁵⁰ Bir yere kapatılan bir şahsın, bir tenzilat için başvuru süresini kaçırmaması böyledir. Bkz. Ibid.

da zarar olarak değerlendirilmesini “normatif zarar” adını verdikleri bu çeşit zararların da tazmin edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹⁵¹.

ii-b. Doğrudan Zarar - Dolayısıyla Zarar - Yansıma Zarar

Doğrudan zarar, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimsenin bu fiil yüzünden kendisinin araya ilâve bir sebep girmeden uğradığı zarardır.

Dolaylı zarar, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak ilave bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır.

Doğrudan zararda, fiille zarar arasındaki illiyet bağı kolayca görülürken dolaylı zarardan hangilerinin tazmin edilip edilmeyeceği, uygun illiyet bağı araştırılarak belirlenir¹⁵².

Yansıma zararın tanımını yaparken, Çağlar Özel, “Sözleşme dışı sorumlulukta yansıma zarar ve giderimine ilişkin bazı düşünceler” adlı makalesinde¹⁵³, örnekler vererek başlamaktadır:

“Ünlü bir tiyatro oyuncusu, sahne alacağı tiyatro binasına doğru yol alırken bir otomobilin çarpması sonucu, bacağı ağır şekilde yaralanır. Bunun üzerine tiyatro düzenleyicisi oyunu iptal etmek zorunda kalarak biletleri iade eder; aynı zamanda tiyatroda bulunan lokantayı işleten kişi de bu nedenle azalan müşteri yüzünden gelir kaybına uğrar. Tiyatro düzenleyicisinin ve lokanta işletmecisinin uğradığı zarar yansıma zarardır.

Küçük ölçekli bir işletme sahibinin vasıflı işçilerinden birisi, üçüncü kişi tarafından yaralanır. Bu yaralanma neticesinde iş göremez hale gelen işçinin belirli bir süre içinde iş sahibine teslim edilmesi gereken makineyi zamanında yetiştirememesi dolayısıyla işi yüklendiği kişiye tazminat ödemek zorunda kalan işletme sahibinin uğradığı zarar, yansıma zarardır.

Bu örneklerden yola çıkılarak yapılan bir tanım gereğince yansıma zarar (Reflexschaden), bir ya da birden fazla kişinin, doğrudan zarar gören kişi ile özel bir

¹⁵¹ Ibid., s. 493-494 ve dipnot no. 87-90.

¹⁵² Örneğin, (A)’nın (B)’nin kamyonunu yakması sonucu, kamyonun değerinin (B)’nin malvarlığından çıkması (B)’nin uğradığı doğrudan zarardır. Bu kamyonun taşıyacağı yükleri taşıyamaması yüzünden (B)’nin yük sahibine ödeyeceği tazminat dolaylı zarardır. Bkz. Ibid., s. 494.

¹⁵³ Özel Çağlar, s. 83 vd.

*ilişkisi nedeniyle, aynı zarar verici davranış yüzünden uğradığı, ancak bu kez dolaylı biçimde ortaya çıkan zarar olarak nitelendirilir*¹⁵⁴.

*(...) Yansıma zarar ancak, dolaylı mağdurun uğradığı zararların, ortaya çıkmasından önce doğrudan mağdura her hangi bir şekilde bağlı olması halinde söz konusu olabilir. Doğrudan mağdurun uğradığı saldırının dolaylı mağdura yansıması gibi bir sonuç, işte bu önceki karşılıklı bağımlılıkla ortaya çıkar*¹⁵⁵.

*(...) Genel ilke olan yansıma zararın giderilemeyeceği kuralı kabul edilmelidir. Bu ilkenin istisnası ancak yasa hükmüyle böyle bir yansıma zararı giderilmesine ilişkin hüküm varsa söz konusu olabilir. Öğretide ileri sürülen üçüncü kişinin uğradığı yansıma zarar, zarar göreni korumaya yarayan bir hukuk kuralının ihlali neticesinde gerçekleştiğinde, bu tür zararların da giderilmesi gerektiği düşüncesi ise aslında pratik açıdan fazla önem taşımaz. Şöyle ki, bu tür özel davranış normları yansıma yolla zarar görenin malvarlığını korumaya yönelik olmayıp, öncelikle doğrudan zarar görenin malvarlığının korunmasına yönelik olarak ortaya çıkarlar*¹⁵⁶.

ii-c. Mevcut Zarar - Müstakbel Zarar - Muhtemel Zarar

Zararın hesap edildiği tarihe kadar gerçekleşmiş olan zarar, mevcut zarardır. Bu tarihe gerçekleşmiş olmayan fakat başka bir unsurun gerçekleşmesine gerek olmaksızın normal olarak gerçekleşmesi beklenen zarar, müstakbel zarardır. Müstakbel zararın miktarını hâkim takdir edecektir¹⁵⁷.

Henüz mevcut olmayan, ilave bir riskin gerçekleşmesi halinde doğması ihtimali bulunan zarar, muhtemel zarardır. Risk gerçekleşmedikçe muhtemel zararın tazmini söz konusu olmaz¹⁵⁸.

c. Uygun İlliyet Bağı

i. Giriş

İlliyet bağı kavramı, düşüncenin bir çıkarımı olarak, zararlar söz konusu olay ya da davranış arasında bir sebep-sonuç bağının bulunmasını gerektirir. Hukukî sorumlulukta, sorumluluk, ister sözleşme dışı sorumluluğa, ister akdi sorumluluğa, ister

¹⁵⁴ Ibid., s. 83-84.

¹⁵⁵ Ibid., s. 93.

¹⁵⁶ Ibid., s. 104.

¹⁵⁷ Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 495.

¹⁵⁸ Ibid., s. 496.

kusur sorumluluğuna, ister sebep sorumluluğuna dayansın¹⁵⁹, illiyet bağının varlığı mutlaka aranır.

Hukuka aykırı bir davranış işleyen kimse ancak bu davranışın sebep olduğu zararları tazminle yükümlüdür. Zarar ile davranış arasında mantıki illiyet bulunmayan bir zararın tazmini failden istenemez. Bu bakımdan “felsefi sebep kavramı” ile “mantıki sebep kavramı” arasında bir fark bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Felsefi sebep kavramına göre, sonucu meydana getirecek birçok zorunlu koşul bir araya gelmeseydi sonuç oluşmayacaktır. Olayların akış süreci içinde, bir sonuç, başka bir olayın sebebi, bir sebep önceki olayın sonucudur. “Felsefi” denilen bu sebep-sonuç silsilesi bir zincir gibi örülmüştür¹⁶⁰. Bu zincirin başını saptamak ise imkânsızdır ya da Dünyanın meydana geldiği ilk güne kadar geriye gidilmelidir. Her halükârda böylesi bir nedensellik bağından, tek bir kişinin sorumlu tutulması akla uygun değildir. Dolayısıyla, felsefi sebep kavramının sorumluluk hukukuna uygulanabilmesine imkân yoktur. Mantıki sebep kavramında ise, koşullara önem verilir. Bu istikamette, sonucu oluşturan koşullardan her biri sebep olarak değerlendirilir. Bu yaklaşım da sorumluluğu, kişiler bakımından adalet duygusuna aykırı biçimde genişletir.

Mantıki sebep kavramının adalet bakımından sakıncalı neticelerini ortadan kaldırmak için “şart teorisi” geliştirilmiştir. Şart teorisi, davranış, zararın gerçekleşmesi bakımından “onsuz olmaz şart” (*conditio sine qua non*) olan herkesi sorumlu tutar¹⁶¹. Şart teorisinin sebep olarak nitelendirdiği şart, zorunlu şarttır¹⁶². Somut olayda fiilen gerçekleşmiş olan sonuç ortadan kalkmadıkça, yokluğu tasavvur edilemeyecek her şart, zorunlu şarttır. Bu teoriye göre, sonucun kendilerine bağlı olduğu şartlar, hukuken eşdeğerdedir. İlliyet yönünden her şart, birbirine eşittir ve şartlar arasında bir derecelendirme yapılmaz. Ancak, zararlı sonucun doğmasına ya da zararın artmasına

¹⁵⁹ Sebep sorumluluğunda, illiyet bağı, kusur sorumluluğuna oranla daha fazla önem taşımaktadır. Zira burada illiyet bağı ön plana geçmekte, sorumluluk kusura değil, belirli bir olay ya da tehlike ile gerçekleşen zarar arasındaki sebep-sonuç bağına dayanmaktadır. Bu nedendir ki, doktrinde, illiyet bağının bu önemini belirtmek için kusursuz sorumluluğa “sebep sorumluluğu” adı da verilmektedir. Eren Fikret, s. 503.

¹⁶⁰ Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 496; Eren Fikret, s. 504-504; Kılıçoğlu Mustafa, s. 316-317.

¹⁶¹ Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 496; Eren Fikret, s. 506-509; Kılıçoğlu Mustafa, s. 317.

¹⁶² Lat: *Conditio sine qua non*.

hiçbir katkıda bulunmayan şartlar, hukukî bir önem taşımadığı için dikkate alınmazlar. İlliyet bağı yönünden dikkate alınacak şartlar sadece hukuken önem arz eden şartlar olduğu için, somut olayda mevcut sınırsız şartların sayısı da azalmış olur¹⁶³.

Şart teorisinin bu gün pek taraftarı kalmamıştır¹⁶⁴. Öğretide ve mahkeme içtihatlarında hâkim görüş “uygun illiyet bağı”¹⁶⁵’nin aranması yönündedir.

ii. Uygun İlliyet Bağı Teorisi

Hayat tecrübelerine göre ve olayların olağan akışına uygun olarak, bir davranışla, davranışın neticesinde oluşan zarar arasında mevcut olan mantikî sebep-sonuç ilişkisine yani nedensellik bağına, uygun illiyet bağı denilir¹⁶⁶. Somut olay kapsamında, sebepler zinciri içinde, zararlı sonucun gerçekleşmesi olanağını objektif olarak arttırmış bulunan sebebin de, uygun illiyet bağına sahip olduğunu eklemek isabetli olur¹⁶⁷.

Bir zararlı, davranış arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu kabul edebilmek için hayat tecrübelerine göre olayların olağan akışı içinde, davranışın bu

¹⁶³ Eren, “şart teorisine” getirilen eleştirileri sıralamaktadır: “Şart teorisi, şart kavramı ile sebep kavramını birbirine karıştırmaktadır. Felsefi açıdan sebep bir olayı (sonucu) meydana getiren şartlar bütünüdür. Bu nedenle sonucu meydana getiren şartlardan yalnız birine sebep adı verilemez. Sebep, ya şartlar bütünüdür ya da her şarttır. Hem şartlar bütününe, hem de her şarta sebep adını vermek bir çelişkidir. Gerçekten bu görüşe göre, mesela (d) sonucunu, (a), (b) ve (c) şartları meydana getirmişse, $d=a+b+c$ olabileceği gibi, $d=a$ veya $d=b$ ya da $d=c$ de olabilecektir. Oysa, aynı zamanda hem $a+b+c=d$ hem de $a=d$ olamaz.

Sonucu meydana getiren şartlar bütününden her biri sebep sayıldığı takdirde, sorumluluk sınırsız şekilde genişletilmiş olur. Fail, fiilin en uzak sonuçlarından, özellikle dolaylı zararlardan bile sorumlu tutulur. Böyle bir sonuç ise, hukuk ve adalet duygularına aykırı düşer.

Şart teorisinin, iddia edildiği gibi, objektif değil, sübjektif bir takdir duygusu ihtiva ettiği de belirtilmektedir. Bu tenkidi yapan yazarlara göre, illiyet bağı denilen şey, maddi varlığı olan gözle görülebilen bir şey değildir. Şart teorisinin temelini teşkil eden -belirli bir sonucu meydana getirmeye yeterli ve zorunlu olan her şart sebeptir- ilkesi, objektif bir esas olmayıp, sübjektif bir takdir unsurunu ihtiva eder ve her sübjektif takdir gibi yanıltıcı olabilme özelliğini taşır...” Eren Fikret, s. 508.

¹⁶⁴ Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 496.

¹⁶⁵ Uygun illiyet teorisi, önceleri hâkim olan şart teorisinin, bilhassa özel hukukta sorumluluğu büyük ölçüde genişletmesi ve bazı yönlerden yetersiz kalması nedeniyle ortaya atılmış, hakkaniyet düşüncelerine ve pratik ihtiyaçlara dayanan bir teoridir. Eren Fikret, s. 511. Fr: *Causalité adéquate*. Bkz. Carbonnier Jean, s. 593-602.

¹⁶⁶ Mantıkî illiyet zinciri içinde bir sebebin zararı meydana getirmeye uygun bir sebep olup olmadığı araştırılacaktır. Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 496.

¹⁶⁷ Bkz. Eren Fikret, s. 509.

zararı oluşturabileceği sonucuna varılmak gerekecektir¹⁶⁸. Önemli olan, failin sonucu öngörebilmesi değil, objektif olarak davranışın o zararı oluşturacağının olayların olağan akışına göre kabul edilmesidir. Bu doğrultudaki delilleri, tazminat isteyen gösterecek, uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığını hâkim takdir edecektir¹⁶⁹.

Olayların olağan akışına göre objektif değerlendirme yapılırken, mağdurun şahsından kaynaklanan özelliklerin dikkate alınıp alınmayacağı konusunda hâkim gözüken eğilim, mağdurun bünyesinden kaynaklanan sebeplerin yol açtığı zararlardan, bu sebeplerin etkili olmasına yol açan failin sorumlu tutulması, ancak, tazminattan indirim yapılması yönündedir¹⁷⁰.

Bir zararın meydana gelmesinde birden çok sebebin bir arada ya da arka arkaya etkili olup olmadığı, etkili olmuş ise etki derecesi, önemli bir sorun olarak ele alınmalıdır.

¹⁶⁸ Bkz. Erişgin Nuri, “Tehlike Bağı”, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2000-49-01-04/AUHF-2000-49-01-04-Erisgin.pdf. (10.03.2008).

¹⁶⁹ Olayların olağan akışına göre, zararın oluşma olasılığı incelenirken, hâkim, hayat tecrübesi olan tarafsız bir kişi olarak hareket edecektir. Uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye başvuracaktır. Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 497. teori, mutlak ve kesin sonuçlardan kaçınmakta, istatistik kanunlarına, olasılık yaklaşımına ve dolayısıyla geniş bir esnekliğe sahip bulunmaktadır. “İhtimali determinizm” (olası gerekircilik) ilkesine dayanmaktadır. Eren Fikret, s. 511. Uygun illiyet teorisinin amacı, bir davranış ya da olayın, meydana getirdiği zararlı sonuçlardan hangisinin, ne ölçüde zarar verenin sorumluluk alanına girdiğini belirlemeye yarayan objektif ölçüler koymaktadır. Bu teori, çeşitli olay türleri arasındaki ihtimal ilişkisini araştırmakta, herhangi bir davranış ya da olay sonucu meydana gelen arızı, tesadüfi ve atipik - sıra dışı zararların tazminini sorumluluk dışı bırakmaktadır. Burada, olayların objektif olarak anormal – olağandışı bir biçimde sırf tesadüfen birleşerek oluşturdukları olağanüstü zararların tazmini söz konusu olamaz. Eren Fikret, s. 512.

¹⁷⁰ Fiilin zararlı sonucu doğurmaya elverişli olup olmadığı tespit edilirken bu fiilin işlendiği anda bilinmesi mümkün şartların mı yoksa sonradan hâkimin tespit edebildiği bütün şartların mı göz önüne alınacağı tartışması vardır. Birinci görüş “önceden tahmin teorisi”, ikinci görüş, “sonradan değerlendirme teorisi” olarak adlandırılmaktadır. “Önceden tahmin teorisi” kendi içinde “sübjektif olarak önceden tahmin teorisi” ve “objektif olarak önceden tahmin teorisi” olarak ikiye ayrılmaktadır. Sübjektif olarak önceden tahmin teorisine göre, sadece failin kişisel durumu ve özellikleri bakımından fiili işlerken bildiği ya da bilmesi gereken şartlar dikkate alınmalıdır. Buna karşılık, objektif olarak önceden tahmin teorisine göre, fiilin işlendiği anda failin bildiği ve bilmesi gereken şartların yanı sıra, üstün yetenekli ideal bir kişinin bilmesi mümkün la bütün şartlar da göz önüne alınmalıdır. Hâkim fiil işlendiği sırada kendisini böyle bir kişinin yerine koyarak değerlendirmede bulunacaktır. Sonradan değerlendirme teorisine göre, fiil işlendiği sırada failin yerinde kim olsa bilinmeyecek, başka ifade ile ideal bir kişi tarafından da fiil anında bilinmesi mümkün olmayan şartlar dahi, şayet hâkim tarafından dava sırasında saptanırsa göz önüne alınacaktır. En uygun çözüm yolu, sonradan değerlendirme teorisini hâkime değerlendirme sırasında “insaf” dediyecek kadar dolaylı ve olağandışı sonuçları “dürüstlük kuralı” çerçevesinde törpülenmiş olarak uygulamaktır. Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 497-498 ve dipnot no. 101, 102; Eren Fikret, s. 520-524.

Şayet bir olgunun zararlı uygun illiyet bağı yoksa o olgunun sebepler arasında dikkate alınması söz konusu değildir¹⁷¹.

Şayet birden çok olgu aynı zararı meydana getirmeye elverişli olmasına rağmen, zararı olgulardan sadece birisi meydana getirmişse, olgulardan etkili olanın diğer olgunun illiyet bağına engellediği ifade edilir. Etkili olan olgu gerçek sebeptir. Bu sebep zararı meydana getirmese idi, diğer sebebin zararı meydana getireceği faraziyedir. Bu faraziye dayanan illiyet bağı ise farazi illiyet bağıdır. Buna “önüne geçilen illiyet” de denilir¹⁷².

Birden çok sebep, tek başlarına meydana getiremeyecekleri bir sonuca ancak birlikte ulaşıyorlarsa, “ortak illiyet” söz konusu olur¹⁷³.

¹⁷¹ Örneğin, (A), (B)’yi öldürücü olamayan şekilde yaraladıktan sonra, (B) hastane bahçesinde dolaşırken, (Ü), (B)’yi tabanca ile vurup öldürmüştür. (B)’nin ölümü ile (A)’nın yaralama fiili arasında uygun illiyet bağı yoktur. Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 498. Ayrıca Bkz. Eren Fikret, s. 526-551.

¹⁷² Hasta (A)’ya, hemşire (B) ve hemşire (C) ayrı ayrı öldürücü dozda farklı zehirli iğneleri bir saat arayla yapmışlardır. (A)’nın ölümünden sonra yapılan otopside (A)’nın, (C)’nin yaptığı zehirli iğneden öldüğü anlaşılırsa, ölümün gerçek sebebi olan (C)’nin fiili (B)’nin fiilinin ölümle olan illiyet bağına kesmiştir, yani illiyet bağına engellemiştir. (C)’nin fiilinin (B)’nin fiilinden önce ya da sonra gerçekleşmiş olması önem arz etmez. Ancak bu husus, zarardan önce gerçekleşmiş fiiller için söz konusudur. Zarardan sonra gerçekleşen fiillerin illiyet bağına etkisi olmaz. Örneğin, (A) uçağa binmek üzere havaalanına giderken (B)’nin sorumlu olduğu bir trafik kazasında ölmüştür. (A)’nın binmek istediği uçak ise yolculuk esnasında düşmüş ve uçaktaki herkes ölmüştür. (A), (B)’nin sorumlu olduğu trafik kazasında ölmemiş olsaydı dahi, bineceği uçağın düşmesi sonucu öleceği faraziyesi (“sonraki sebep faraziyesi”) ile (B), sorumluluktan kurtulamaz. Oğuzman Kemal, Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Fiiliz, İstanbul, 1995, s. 499 ve ayrıca Bkz. s. 500. Şayet bir zararın meydana gelmesinde birden çok olgunun mantıkî illiyet bağı varsa, uygun illiyet bağı bakımından etkilerini hâkim takdir edecektir. Çeşitli olasılıklar, sorumluluğu ortadan kaldırmasa dahi, tazminatın miktarının takdirinde rol oynayabilirler. Özellikle Bkz. Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 500 dipnot no. 108. Ayrıca, Carbonnier Jean, s. 595-597. Mücbir sebebin “kusura dayanan sorumluluk”ta mesuliyetten kurtulmaya sebep olduğu haller için Bkz. Eren Fikret, s. 539 vd.; Carbonnier Jean, s. 601 vd.

¹⁷³ Bkz. Eren Fikret, s. 526 vd. Tipik örneği, bir kişinin tek başına kaldıramayacağı bir kasayı üç kişinin taşıyıp çalmaları halidir. Üç kişinin de fiili “ortak illiyet bağı” ile neticeyi meydana getirmiştir. Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 502. Ortak illiyetin, failerin aralarında anlaşma olmadan, hatta birbirlerinden habersiz bir biçimde sebeplerin birleşmesi ile de meydana gelmesi mümkündür. Anlaşma sonucu ortak illiyet kurulmuşsa sorumlular arasında “tam teselsül”, birbirinden habersiz ortak illiyet bulunması durumunda “nakıs teselsül” uygulanır. Anlaşarak işlenen haksız fiillerde kusura iştirak, tam teselsül için yeterlidir. Her bir fiilin tek başına sonucu sağlayabilecek olup olmaması önem taşımaz. Tam teselsül ve nakıs teselsül için Bkz. Türk Borçlar Kanunu m. 50 ve m. 51. Her biri tek başına sonucu meydana getirebilecek birden çok sebep birlikte etkili olmuşsa, yarışan illiyet; zararı birden çok fiilden biri meydana getirmiş olmasına rağmen, gerçekte bunlardan hangisinin zararın sebebinin teşkil ettiği belirlenemiyorsa seçimli illiyet söz konusu olur.

d. Kusur

i. Kusur Hakkında Açıklamalar

Felsefî görüşler, doğada ve insan davranışında mutlak bir özgürlüğün varlığı teorisi ile doğaya ve insan davranışlarına mutlak bir gerekirciliğin - determinizmin egemen olduğu teorisi arasında geniş bir yelpazede yer almaktadır. Bu sarkacın çizdiği yörüngenin iki ucundaki görüşlerden birer örnek seçmek gerekirse bir uçta herhalde, doğacı - natüralist ve gerekirci - determinist düşünür Baruch Spinoza, diğer uçta ise varoluşçu - ekzistansialist düşünür Jean Paul Sartre yer alır¹⁷⁴.

Her doğa olayı gibi her insan davranışının da bir dizi etkinin kaçınılmaz sonucu olduğu görüşündeki Spinoza'ya göre “insan davranışları ne kötülenebilir ne de gülünç bulunabilir yalnızca sebepleri araştırılabilir”¹⁷⁵.

Buna karşılık Sartre'a göre, insanlar yalnızca özgürlük imkânına sahip değildirler ayrıca özgürlüğe mahkûmdurlar; “İnsan kendinden ne yaparsa O'dur” ve dolayısıyla insanlar ne olduklarından sorumludur. Sartre'a göre, “doğuştan sakat, yoksul ve kimsesiz bir kişi bir gün Devlet başkanı olamamışsa, bu onun kusurudur”¹⁷⁶.

Birinci görüş kusur kavramını tamamen ortadan kaldırarak kusura dayanan sorumluluğu imkânsız kılmaktadır. İkinci görüş ise sorumluluk alanını sonuna kadar genişleterek kişinin zarar doğuran her davranışında kusurlu sayılmasını gerektirmektedir. Her iki doğrultuda da adil ve uygulanabilir bir kusur kavramına ve teorisine ulaşmak mümkün değildir¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Sorumluluk kavramı bağlamında, felsefî görüşler hakkında bir araştırma için Bkz. Sorumluluğun Felsefesi, felsefelogos, Bulut Yayınevi, Yıl 6, Sayı 24, Kasım 2004; Güriz Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitapevi, Ankara, 1999; Öktem Niyazi, Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları, Der, İstanbul, 1995, Gökberk Macit, Felsefe Tarihi, Remzi, İstanbul, 1990; Weber Alfred, Çeviren: Eralp H. Vehbi, Felsefe Tarihi, Sosyal, İstanbul, 1993; Hançeroğlu Orhan, Felsefe Sözlüğü, Remzi, İstanbul, 1970; West David, Çeviren: Cevizci Ahmet, Kıta Avrupası Felsefesine Giriş, Paradigma, İstanbul, 2005; Grateloup Léon-Louis, Les Philosophes de Platon à Sartre, Hachette, Paris, 1985.

¹⁷⁵ Lat: “*Humanas actiones non ridere non lugere nequa detestari sed intelligere*”. Del Wecchio, Hukuk Felsefesi Dersleri, Çeviren: Erman Sahir, İstanbul, 1952, s. 457.

¹⁷⁶ Akarsu B. Çağdaş Felsefe, İstanbul, 1987, s. 225 vd.

¹⁷⁷ Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 504 dipnot no. 124.

Kusur¹⁷⁸, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) ya da bu sonucu istememekle beraber, hukuka aykırılıktan kaçınmak için yeter derecede irade göstermemektir (ihmal)¹⁷⁹. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere kusurun biri kast¹⁸⁰, diğeri ihmal¹⁸¹ olmak üzere iki türü vardır¹⁸².

İhmal de, Roma hukukundan ileri gelen bir ayrıma göre iki türe ayrılır. Bunlar “ağır ihmal”¹⁸³ ve “hafif ihmal”¹⁸⁴dir¹⁸⁵.

Ağır ihmal, hukuka aykırı sonucu meydana getiren herkesin göstereceği dikkat ve özeni göstermemektir. Hafif ihmal ise, hukuka herkesin değil, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özeni göstermemiş olmaktır¹⁸⁶.

Kast, hukuka aykırı sonucu önceden görerek bu sonucu istemektir; ihmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, bu sonucun doğmaması için gerekli dikkat ve özeni göstermemektir¹⁸⁷.

Kast, kusurun en ağır derecesidir. Kast, failin hukuka aykırı sonucu tasavvur ettiğini başka ifade ile bu sonucun bilincinde olduğunu ve bu sonucu istediğini ifade eder. Bu tarzdaki kasta doğrudan kast denilmektedir¹⁸⁸.

¹⁷⁸ Kusur için Bkz. Von Tuhr Andreas, s. 403-408; Carbonnier Jean, s. 604-611; Kılıçoğlu Mustafa, Sorumluluk Hukuku, s. 367-382.

¹⁷⁹ Sübjektif ve objektif kusur teorileri için Bkz. Eren Fikret, s. 552 ve 553.

¹⁸⁰ Lat: *Dolus*.

¹⁸¹ Lat: *Culpa*.

¹⁸² Kusurun çeşitleri için ayrıca Bkz. Eren Fikret, s. 556-561.

¹⁸³ Lat: *Culpa lata*.

¹⁸⁴ Lat: *Culpa levis*.

¹⁸⁵ İhmalin türleri için ayrıca Bkz. Eren Fikret, s. 561-563.

¹⁸⁶ Kusurun bir çeşidi olan ihmal ile failin (davranışın, hareketin) bir çeşidi olan ihmalin, yani yapılması gereken bir davranışı yapmamanın (ihmalî surette icra) birbiri ile karıştırılmaması gerekliliğini hatırlatırız.

¹⁸⁷ Örneğin, kan davası gütmeye fail, mağduru öldürmek istemekte ve silahını bu sonucun gerçekleşmesi için ona yöneltmekte ve ateşlemekte kasten haksız fiil işlenmiş olur. Diğer bir örnekte ise, bir kimse dolu bir silahı temizlerken silahın birdenbire patlaması ile karşısında oturan arkadaşının ölümüne sebebiyet verirse, bu halde failin ihmalden söz ederiz, çünkü o arkadaşının ölmesini istememiş, fakat tedbirsiz ve dikkatsiz davrandığı için bu zararlı sonucun doğmasına yol açmıştır. Akıntürk Turgut, Hukuka Giriş, T.C.Anadolu Üniversitesi Yayını No: 1359, Eskişehir, 2003, s. 195.

Şayet fail, sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber bu sonucun meydana gelmesi ihtimalini göze alarak hareket etmişse dolaylı ya da ihtimalî kasttan söz edilmektedir¹⁸⁹.

Kast bakımından fail ihlâl ettiği kaidenin varlığını bilmese dahi, onun isteyerek meydana getirdiği sonuca ilişkin davranışı hukuka aykırı ise kastın varlığı kabul edilir¹⁹⁰.

Kasıttan dolayı sorumlu olmak için failin doğacak zararın biçimini ve kapsamını bilmesi aranmaz. Sadece, hukuka aykırılık bilinci ve isteğine sahip olmak yeterlidir¹⁹¹.

ii. Kusur Açısından Fiil Ehliyeti

Bir kimsenin kusurlu sayılabilmesi ve kusura dayanan sorumluluğa tâbi tutulabilmesi için¹⁹² temyiz kudretine sahip olması gerekir¹⁹³.

Şayet bir kişi temyiz kudretini kendisi geçici olarak kaldırmışsa bu durumda iken işlediği haksız fiilden sorumlu olur.

¹⁸⁸ Lat: *Dolus directus*.

¹⁸⁹ Lat: *Dolus eventualis*.

¹⁹⁰ Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 505.

¹⁹¹ Ibid., s. 506.

¹⁹² Kusura dayanmayan sorumluluklar için böyle bir şart aranmaz.

¹⁹³ Eren Fikret, s. 555 ve 556; Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 508 vd.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 9. maddesinden, 16. maddesine kadar olan hükümleri Fiil Ehliyetini düzenlemektedir: m. 9: "Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir"; m. 10: "Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır"; m. 11: "Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar"; m. 12: "Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir"; m. 13: "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir"; m. 14: "Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur"; m. 15: "Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz"; m. 16: "Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar".

Kusura dayanan sorumlulukta temyiz kudreti, fiilin hukuka aykırılığını idrak ve hareketini buna göre ayarlayabilme iktidarındır. Her olay açısından üzerinde ayrıca durmak gerekir¹⁹⁴.

Haksız fiilden ötürü kusur sorumluluğunun unsurları arasında kusur incelenirken, tüzel kişilerin sorumluluk ehliyeti de üzerinde durulması gereken bir meseledir.

Tüzel kişiler, tüzel kişi olarak kusur işleyemez. Ancak, tüzel kişinin organları tarafından işlenmiş kusurlar, tüzel kişiye isnat edilir. Böylece tüzel kişinin organlarının kusuru, tüzel kişinin kusuru sayılır¹⁹⁵. Organa kusur izafe edilemeyen hallerde, tüzel kişinin kusur sorumluluğundan söz edilemez¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Bkz. Oğuzman Kemal, Seliçi Özer, Kişiler Hukuku, 5. bası, s. 45.

¹⁹⁵ Bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 49. maddesi. Ayrıca bu kanunun 50. maddesine göre, "Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar."

¹⁹⁶ Eren Fikret, s. 556; Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 509; Oğuzman Kemal, Seliçi Özer, s. 129.

Marcel Waline, "La théorie des personnes juridique" adlı makalesinde, Hâmede Uzbark'ın tercümesi ile şöyle yazmaktadır:

"Haklara sahip olabilen tüzel kişi, tabiatıyla borçlara da girebilir. Ve bilhassa mesuliyet yüklenebilir. Ne nispette? Burada iki çeşit sorumluluğu ayırd etmek lazımdır:

Sorumluluk (mesuliyet), bazan, bir kusuru cezalandırmak gayesini güder. Bazan da sadece, iki patrimon arasında haksız bir surette bozulmuş olan denklığı (muvazeneyi) yeniden kurmak gayesini istihdaf eder. Birinci halde, geçmişteki bir irade fiili tenkit edilir ve bu fiilin tekrarlanmaması için, irade tazyik edilir. Tüzel kişi menfaatları himaye edip iradeye malik olmadığından, kendisine, kusur isnadı müşküldür. Bundan, tüzel kişilerin hiçbir cezaî mesuliyetleri olamayacağı neticesi çıkar. (Aynı şekilde, bir tüzel kişinin cezaî mesuliyeti olamayacağını ispat için, cezaların şahsiliği prensibi, tüzel kişilerin hapse konmalarının imkânsızlığı meselesi ileri sürüldü. Fakat bu iddialara dayanmak, infazlarında hiçbir pratik imkânsızlık olmayan cezaların da mevcut olduğunu unutmak demektir. Mali cezalar, para cezaları gibi).

Binaenaleyh, yalnız suç halinde idarecilerin şahsi mesuliyeti cihetine gidilebilir.

İkinci halde ki bu hukukî mesuliyet halidir, iki patrimon arasında muvazene yeniden tesis edilir. Burada, mesuliyetin tazmini bir gayesi vardır. Keza, ister memurlarının kusuru dolayısıyla, (...) ister idare organların kusuru sebebiyle (...) olsun tüzel kişi böyle bir sorumluluğu yüklenebilir.

Fiilhakika- bu memurların ve idare organlarının yaptıkları tasarruflar, kendi şahıslarına isnat edilemez. Bunu kabul eden içtihadın şu fikri iltizam ettiği, zannedilir: İdareciler kendisine haklar kazandırdıkları zaman tüzel kişiyi nasıl muteber bir surette temsil etmekte iseler, tabiidir ki, onu borç altına soktukları, hatta mesuliyetini mucip oldukları zamanlarda dahi, vazifeleri dışına çıkmadıkça yine kendisini temsilde devam edeceklerdir.

Bu son mesele, tüzel kişilerin organlarına ait kusurların içinden bunların kendi şahsi kusurlarıyla, yani vazifeleri münasebetiyle irtikâp edilmiş olmayan yahut bariz, bir nüfuz suiistimali teşkil eden kusurlarla

Tüzel kişinin haksız fiil sorumluluğunun iki sınırı vardır. İlk sınır tüzel kişinin hak ehliyetidir. İkinci sınır ise organın, organ sıfatı ile görevini yerine getirirken görevi dolayısıyla haksız fiil işlemiş olmasıdır.

e. Hukuka Aykırılık

Öğretide baskın olan görüşe göre, hukuka aykırılık¹⁹⁷, kişilerin malvarlığına ilişkin ve kişisel varlıklarını doğrudan doğruya koruyan emredici (amir) bir hareket tarzı kaidesinin (davranış kuralı) ihlâlidir¹⁹⁸.

Hukuka aykırılık, fiilin bir hukuk kuralına aykırı olduğunu, kusur ise failin bu hukuka aykırı fiile ilişkin iradesi sebebiyle davranışının kınanan bir davranış olmasını ifade eder¹⁹⁹.

“Sübjektif teori” ya da “olumsuz hukuka aykırılık teorisi” de denilen eski bir görüş, hukuka aykırılığı, “zarar verenin bu zarar verici davranışta bulunmaya yetkili ve iznli olmaması” şeklinde tanımlamaktadır²⁰⁰.

(Meselâ yetkili bir idarecinin, hissedarlar umumi heyetinin kendisine yetki vermediği kararları alması gibi), hizmet kusuru denen ve topluluk menfaatlarının tedviri münasebetiyle ve idari yetkinin icrası zımında işlenmiş olan kusurları birinden ayırd etmeye sevk eder. Kamusal memurların mesuliyetlerinin tetkiki sırasında rastlanacak olan bu, şahsi kusur ve hizmet kusuru ayırdı, hakikatte yalnız Devlet ajanlarının mesuliyetlerine mahsus olmayıp, herhangi bir tüzel kişi ajanlarının mesuliyetine, hatta herhangi bir şahsın emrindeki hususi memurların mesuliyetlerine bile tatbik edilebilir.” Waline Marcel, “La théorie des personnes juridique” Çeviren: Uzbark Hâmide, “Törel Kişilik”, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1944-02-01/AUHF-1944-02-01-Waline.pdf. 10.03.2008.

Ayrıca Bkz. Friedmann W., “Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikât”, Çeviren: Ansay T., auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1958-15-01-04/AUHF-1958-15-01-04-Fiedmann.pdf. 10.03.2008.

¹⁹⁷ Bkz. Carbonnier Jean, s. 611-625.

¹⁹⁸ Akıntürk Turgut, s. 195. Türk Borçlar Kanunu, bu şartı m. 41/1’de “haksız surette” deyimi ile ifade etmekte, fakat bir fiilin hangi durumlarda haksız – hukuka aykırı sayılacağına dair bir ölçü vermemektedir. Buna ilaveten Bkz. BK. m. 49/f.1. Ayrıca Bkz. Kılıçoğlu Mustafa, s. 334-356; Eren Fikret, s. 566-584.

Öyle durumlar vardır ki, bunlar zarar verici fiilin hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldırır.

Buna örnek olarak, meşru müdafaa, zorda kalma (ıztırar hali) özel hukukun tanıdığı bir hakkın kullanılması, kamu kudretinin kullanılması, mağdurun zarara önceden razı olması, üstün nitelikli bir özel ya da kamu yararının bulunması gibi durumlar gösterilebilir. Bkz. Eren Fikret, s. 584-594; Kılıçoğlu Mustafa, s. 357-366; Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 478-491.

¹⁹⁹ Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 471. hukuka aykırılık fiil açısından objektif, kusur fail açısından sübjektif bir değerlendirmedir. Temyiz kudreti bulunmayan bir akıl hastası bir şahsı yaraladığı ya da öldürdüğü zaman, işlediği fiil hukuka aykırıdır fakat failin kusuru söz konusu değildir.

Öğretide baskın olan görüş ise “objektif teori” ya da “normatif teori” olarak adlandırılan görüştür²⁰¹. Bu teoriye göre, hukuka aykırılık, zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmaktır. Haksız fiil sorumluluğunda fiilin hukuka aykırılığı bu fiilin bir genel davranış kuralını ihlâl etmesi demektir. Toplum içinde şahısların yapmaları gerekli davranışlar (emirler) ile yapmamaları gerekli davranışları (yasakları) belirten kurallar “genel davranış kuralları”dır²⁰².

Böyle hukuka aykırı bir fiil sonucu zarara uğrayan kişinin haksız fiil hükümlerine göre tazminat isteyebilmesi için, ihlâl edilen kuralın amacının kapsamına o kişinin zarardan korunmasının da girmesi gerekir. Diğer bir ifade ile mağdurun zarara uğraması ile ihlâl edilen kural arasında “hukuka aykırılık bağı” bulunmalıdır. Buna benzer şekilde, “normun koruma (himaye) amacı teorisi” denilen bir görüş ortaya atılmıştır. Buna göre, sorumluluğu kuran ve ihlâl edilen normun koruma amacı çerçevesinde bir zararın gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılacaktır²⁰³. Hukuka aykırılık bağı yansıma zararları açısından, normun koruma amacı ise kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde önem taşır²⁰⁴.

V. İDARE HUKUKUNDA SORUMLULUK KAVRAMI

A. Devletin ve İdarenin Sorumluluğu

Yıldızhan Yayla, Devletin ve İdarenin sorumluluğu hakkında şunları yazarak konuya girmektedir:

²⁰⁰ Ibid. Ayrıca Bkz. Kelsen Hans, “Causality and imputation”, in Ethies, vol. LXI, 1950, s. 1-11; makalenin İtalyancası “Causalita e imputazione”, trad. di R. Trever, in Lineamenti di dottrina pura del diritto, Appendice, s. 207-227, Çeviren: Hafızogulları Zeki, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Kelsen.pdf (10.03.2008).

²⁰¹ Tandoğan Halûk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961, s. 18.

²⁰² Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 472. Bu kurallar kamu hukuku ya da özel hukuk kuralı niteliği taşıyabilirler. Böyle bir kuralın ihlâli hukuka aykırıdır.

²⁰³ Tandoğan Halûk, “Hukuka Aykırılık Bağı, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyum, Ankara, 1980, s. 5 vd.

²⁰⁴ Oğuzman Kemal, Öz Turgut, s. 472 ve dipnot no. 15; ayrıca Bkz. Ibid., s. 473-477.

“Hukuk Devleti, önceden konmuş ve -esas itibarile- toplu yaşayışın ihtiyaçlarından kaynaklanmış hukuk kurallarıyla bağlı bir iktidardır. Onun kullandığı kuvvet bu sebeple, herhangi bir güç değil kudrettir. İşte bu hukukî kuvvetin yani kudretin kullanımı, bilerek, bilmeyerek, kusurlu veya kusursuz yapılan bir takım işlem ve eylemler yoluyla çeşitli zararlara neden olabilir. Eğer söz konusu zararlar, belli kişi veya kişilere verilirse; toplumun birlikte ve genel olarak katlandığı bir takım zorluklar, gelir kayıpları veya giderlerden farklı şekilde, söz konusu zararlar bireyselleşirse, Devletin bundan sorumlu olması gerekir”²⁰⁵.

Şeref Gözübüyük ise şu soruları yöneltmektedir:

“Yönetimin tutum ve davranışlarından bazı zararlar doğabilir. Bu zararları karşılama olanağı var mıdır? Koşulları nelerdir? Bunlar kamu yönetiminin sorumluluğu ile ilgili sorunlardır”²⁰⁶.

Sıdık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları adlı eserinin III. Cildinde, Devletin ve Diğer İdare Tüzel Kişilerinin Sorumluluğu konusunu ele alırken, *“İdarenin salâhiyet ve imtiyazlarını tetkik ettikten sonra bunların kullanılmasından ve idari tasarruf, fiil ve ameliyelerinden doğacak mali ve hukukî sorumluluğunu tetkik etmek lazım gelir”* demektedir²⁰⁷.

Gözübüyük, Yönetim (İdare) hukukunda sorumluluk kavramı için şu açıklamayı getirmektedir:

“Yönetimin genel olarak iki çeşit sorumluluğu söz konusu olabilir. Yönetime bir yandan özel hukuk kuralları, diğer yandan kamu hukuku kuralları uygulanır. Yönetim, bazı etkinliklerini özel hukuk kurallarına göre yürütür. Bundan dolayı ortaya çıkacak sorumluluğa, özel hukuk kuralları uygulanır. Bu açıdan bireyle yönetim arasında herhangi bir ayırım yapılmaz. Yönetimin bazı etkinliklerine ise, kamu hukuku özellikle yönetim hukuku uygulanır. Burada söz konusu olan sorumluluk, yönetimin yönetim hukuku kurallarına dayanarak yürüttüğü etkinliklerden doğan sorumluluktur. Buna yönetimin, yönetim hukukundan doğan sorumluluğu denir.

Yönetim hukuku yönünden yönetimin sorumluluğu, esas itibariyle dayanağını hukuk devleti ilkesinde bulur”²⁰⁸.

²⁰⁵ Yayla Yıldızhan, İdare Hukuku, Fiiliz, İstanbul, 1990, s. 134.

²⁰⁶ Gözübüyük A. Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan, Ankara, 1996, s. 274. Ayrıca Bkz. Gözübüyük A. Şeref, Tan Turgut, İdare Hukuku, cilt 1, Genel Esaslar, Turhan, Ankara, 2001, s. 655.

²⁰⁷ Onar Sıdık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, cilt III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, Üçüncü Bası, s. 1680.

²⁰⁸ Gözübüyük Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, s. 190.

İdarenin sorumluluğu, faaliyetlerine ve bu faaliyetlerin tâbi olduğu hukukî rejime koşut olarak, iki gruba ayrılabilir: İdarenin Medeni Hukuk esaslarına göre sorumluluğu ve İdarenin idari sorumluluğu²⁰⁹.

Kamu hukuku alanında, özel hukuktaki sorumluluktan esinlenilerek²¹⁰, idarenin ve İdare hukukunun özellikleri göz önünde tutularak, özel hukuktakinden ayrı bir sorumluluk hukuku geliştirilmiştir. Bu sorumluluk rejiminin kendine özgü ilke ve kuralları vardır.

19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, Devlet görevlerinin artması, Hukuk Devlet anlayışının gelişmesi, liberal Devletten, sosyal Devlete geçilmesi, kamu gücünün sorumsuzluğu ilkesinden uzaklaşmayı gerektirmiştir.

İdarenin sorumluluğu ile ilgili kuralların geliştirilmesinde yargı kararlarının etkisi büyük olmuştur. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, 1873'te, **Blanco kararı** ile İdare hukukundaki sorumluluğun, Medeni hukuktaki sorumluluktan ayrı bir sorumluluk olduğunu ortaya koymuştur²¹¹.

²⁰⁹ Yayla Yıldızhan, s. 139; Onar Sıdık Sami, s. 1680-1690; Gözübüyük A. Şeref, Yönetim Hukuku, s. 274-275; Gözübüyük A. Şeref, Tan Turgut, s. 656-657; Günday Metin, İdare Hukuku, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2003, s. 183.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın, İdarenin sorumluluğunu genel olarak düzenleyen 125. maddesi, hukukî rejim ayrımı yapmaksızın hüküm sevk etmiştir. Bu sebeple, kanun koyucunun tercihiyle ya da sorumluluğa yol açan olayın niteliğine göre, sorumluluk esasları özel hukuka ya da kamu hukukuna tâbi tutulacaktır. Ortada açık bir kanun hükmü yoksa sorumluluğa yol açan eylemin, İdarenin özel hukuk esaslarına göre yürüttüğü bir iş ya da haksız bir fiil olup olmadığına bakılacaktır. Eğer böyle ise, İdare, özel hukuk hükümlerine göre sorumlu tutulabilecektir. Bunun dışında, İdare, bütün idari faaliyetlerinden ötürü, Anayasa'nın 125. maddesi gereğince, ama İdare hukuku esaslarına göre sorumlulukla karşı karşıyadır.

Anayasa'nın 125. maddesinin ilk fıkrasına göre: İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Aynı maddenin son fıkrasına göre ise: İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

²¹⁰ Gözübüyük A. Şeref, Yönetim Hukuku, s. 275.

²¹¹ **L'arrêt Blanco**, Tribunal des conflits - 8 février 1873 - Blanco - 1er suppl. - Rec. Lebon, s. 61.

Ayrıca Bkz. Dutheillet de Lemothe A. L. G., "İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler", Çeviren: Derbil S., auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1960-17-01-04/AUHF-1960-17-01-04-Lemothe.pdf (14.03.2008); Özey İlhan, Günışığında Yönetim, Alfa, İstanbul, 1996, s. 699; Gözübüyük A. Şeref, Yönetim Hukuku, s. 276; Onar Sıdık Sami, s. 1699 ve dipnot no: 8.

B. Sorumluluk Sebepleri

İdarenin sorumluluğuna, idari faaliyetler ile kişilere verilen maddi ve manevi zararlar yol açar. Bu zararlara sebep olan idare işlem, eylem ve davranışları çeşitli şekillerde ortaya çıkar.

1. İdari İşlemden Doğan Zarar

Bir idari işlemin²¹² sadece yapılması ve ilgilere duyurulması çok zaman zarar yaratmaz. Zararın doğması, söz konusu işlemin, araya giren eylemlerle uygulamaya geçirilmesine bağlıdır. Ama bazı hallerde, bazı işlemler sırf yapılmaları ile ilgilere zarar verebilirler.

İdarenin olumsuz kararları, yani bir ruhsat (izin) istemini reddeden; istem konusu herhangi bir şeyin yapılmayacağını gösteren işlemler böyledir²¹³. Bunun gibi, yasaklama getiren, disiplin cezası öngören bir kısım hukuka aykırı işlemler de, sırf yapılmaları ve bildirilmeleri ya da duyurulmaları ile maddi veya manevi zararlar verebilir²¹⁴.

2. İdari İşlemin Uygulanması Eyleminden Doğan Zarar

İdari işlemlerin bir kısmı, ayrıca icra edilir. Burada, ilgilinin değil idarenin bir eylemi vardır²¹⁵. Bu tür, idari işlemin uygulanması eyleminden doğan zararların kaynağı idarenin hukuka aykırı işlemi ve bu işlemin idare tarafından uygulanmasıdır. Bu tip durumlarda, zarar görene yönelik bir idari işlem ve uygulaması söz konusudur.

²¹² İdari işlemler için Bkz. Yayla Yıldızhan, s. 86-126; Özey İlhan, Günışığında Yönetim, Fiiliz, İstanbul, 2004, s. 810'dan itibaren, Özgüldür Serdar, "İdarenin Hukukî Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları", s. 815-817.

²¹³ Örneğin, bir dükkânın açılması için gerekli şartları yerine getiren kişiye ruhsat verilmemesi, bu yüzden dükkânı işletemeyen ya da gecikerek faaliyete geçiren kişiye zarar verir. Bkz. Yayla Yıldızhan, s. 140-141.

²¹⁴ Bir öğrencinin haksız olarak okuldan ihracı kararı gibi. Yayla Yıldızhan, s. 141.

²¹⁵ Örneğin, bir gecekonduunun, kanuna aykırı olarak yıktırılması kararı uyarınca, yıkma eylemi; yıkılma tehlikesi var diye bir binanın yıktırılmasına karar verilmesi ve bu kararın belediye tarafından icrası; kanuna aykırı bir kararla ağaçların kesilmesi; bir tarlaya mayın döşenmesi kararı ve mayınlama gibi. Yayla Yıldızhan, s. 141.

Bazı hallerde, bir idari işlemin icrası sebebiyle zarar verildiği halde, zarar ile işlem arasında zorunlu bir nedensellik (illiyet) bağı yoktur. Bu tür olaylarda, zarar görene yönelik bir işlem olmadığı gibi, bazen, zarar veren asıl olay ya da eylemi öngören bir karar da yoktur. Bu tür zararlar da, doğrudan doğruya eylemden doğmuş kabul edilir²¹⁶.

3. İdari Eylemden Doğan Zarar

İdarenin sebep olduğu zararların bir kısmı, idare örgütünün yürüttüğü faaliyet ve hizmetlerin gerektirdiği eylemlerden çıkar. İdarenin araç ve gereçlerinin işleyişi ya da işlemeyişi ya da idarenin personelinin zarar verici davranışı yüzünden zarar meydana gelmiştir, fakat söz konusu davranış hizmetin görülüşü sırasında ve yürütülen faaliyete bağlıdır. Ancak, meydana gelen zarar verici eylem, faaliyete yönelik belli bir işlem yoktur²¹⁷.

4. İdarenin Haksız Fiilinden Doğan Zarar

Bu hususu, Yayla şu şekilde anlatmaktadır²¹⁸:

“İdare tarafından yapılan bazı eylemler kişi hak ve hürriyetlerine açık ve haksız bir müdahale teşkil eder ve bir zarara yol açarlarsa, bu, idarenin haksız fiili olur ve bu fiili yapan idare Borçlar Hukuku esaslarına göre sorumlu tutulur.

İdare Hukukunda, İdarenin haksız fiilini anlatmak için fiili yol terimi kullanılır. Fiili yol, İdarenin hukukî hiçbir esasa dayanmaksızın hizmet ve faaliyet alanına yabancı bir konuda eylem yapması demektir. Bunun için Fransız içtihadlarının geliştirdiği şu şartların birleşmesi aranır:

a) Maddi bir icra, bir eylem olmalıdır. Bu eylem yok hükmündeki bir işlemin icrası olabileceği gibi hiçbir işleme dayanmayan bir icra hareketi de olabilir.

b) Dayanılan işlem veya yapıyla eylem aşikâr bir hukuka aykırılığın sonucu veya ifadesi olmalıdır. O kadar ki, yapılan iş idarilik niteliğini kaybetmiştir ve

²¹⁶ Örneğin, askeri birliklerce yapılan bir atış talimi sırasında, civardaki bir kişinin vurulması; bir bayındırlık işi yapılırken patlatılan dinamitin, çevredeki bir kişiye zarar vermesi hallerinde zarar, doğrudan doğruya idari eylemden doğmuştur; idari işlem (karar) zarar göreni muhatap almamıştır fakat zarar meydana gelmiştir. Yayla Yıldızhan, s. 141.

²¹⁷ Örneğin, görevi gereği resmi araçla giderken patlayan lastik yüzünden devrilen araçta ölen kamu görevlisinin mirasçılara verilen zarar gibi. Yayla Yıldızhan, s. 142.

²¹⁸ Yayla Yıldızhan, s. 142-143.

sorumluluk da İdare hukuku esaslarına göre değil, adli yargı önünde ve özel hukuk hükümleri uyarınca söz konusu olacaktı. Meselâ, bir kimsenin taşınmazına kamulaştırma usul ve esasları izlenmeksizin el atılması veya, Anayasanın ... öngördüğü, temel hak ve hürriyetler açısından kişileri zarara sokan haksız işlemler gibi.

c) Nihayet, fiili yol mülkiyet hakkına veya kamu hürriyetlerine bir tecavüz teşkil etmelidir. El atmadan farklı olarak, fiili yol taşınır mülkiyetine tecavüzü de kapsayacak genişliktedir. Hürriyetlere tecavüze gelince, bu, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, din ve vicdan hürriyeti gibi çeşitli konularda olabilir”.

5. İdari Sayılan Eylemlerden Doğan Zarar

Bazı zararlar, idarenin personeli tarafından, tamamen kendi kast ya da ihmalleri yüzünden meydana gelirler, ancak bunlar idarenin sorumluluğuna yol açarlar. Bir kısım zararlar ise, idarenin dışındaki kişilerce verilmekle beraber, idare tarafından önlenemedikleri için idarenin sorumluluğuna yol açarlar. Bu olasılıkları şu kategoriler altında ele alabiliriz:

a) İdare Ajanlarının Eylemleri:

Zaman zaman, idarenin ajanları, görevleri sırasında ve görev gereği kullandıkları araçlarla, kişisel kusurları, hatta kasıtlı davranışları ile zarar verebilirler. Böyle davranışlar önce idarenin sorumluluğuna yol açarlar. Sonra kusurlu ajana idare tarafından rücu edilir²¹⁹.

b) İmtiyazlı Şirketin, Müteahhidin Eylemi:

İmtiyazlı şirket kamu hizmetini yürüttüğü, müteahhit de, idarenin ajanı sıfatı ile hareket ettiği için, bu hizmet ve faaliyetleri dolayısıyla kişilere zarar verdikleri takdirde, idare sorumlu olabilir²²⁰.

c) İdareye Bağlanabilen Eylemler:

²¹⁹ Örneğin, mahkeme veznesine yatırılan parayı zimmetine geçiren başkâtabin eylemi böyledir. Yayla Yıldızhan, s. 143.

²²⁰ “Davalı idarenin işi bizzat yapmayıp imtiyazlı bir şirket veya şahsa ihale veya emanet usulü ile gördürmesi, hizmetin kamu hizmeti niteliğini ve davalı idarenin yakın gözetim ve denetim görevini ortadan kaldırmaz”. D. 6. D. 18.03.1970-k. 1970/713.

“İdare, uhdesine mevdu amme hizmetlerini müteahhitler eliyle yürütmüş olsa dahi, hizmetin ifası sırasında fertlere ika edilen zararların tazmininden kurtulamaz”. D. 12. D. 28.11 1967-k. 1967/1997.

Zarar doğuran eylemlerin asıl failleri bazı hallerde, ne idarenin ajanıdır, ne de idarenin işini yapan diğer bir kişidirler, tamamen idarenin dışındadırlar. Ancak, idarenin dışında kalan faillerin yaptıkları eylemlerden ve verdikleri zararlardan, bunlardan haberdar olan ve bunları önlemek zorunda olan idarenin söz konusu önlemeyi kusuru olsun olmasın gerçekleştirememesi dolayısıyla, idare sorumlu olabilir. Şu halde, idarece yürütülen faaliyete katılan kamu görevlilerinin bu faaliyet sırasında ve üçüncü kişilerin eylemi sonunda zarar görmeleri ya da idarenin, görevi gereği önlemek zorunda olduğu ve öngörebildiği toplumsal olayları engelleyememesi yüzünden kişilerin zarara uğramaları halinde, idare sorumludur²²¹.

6. İdari Sözleşmelerden Doğan Sorumluluk

İdarenin, özel hukuk sözleşmelerinin tarafı olarak ve özel hukuk hükümlerine göre sorumluluğu yanında, idari sözleşmelerden dolayı da sorumluluğu söz konusudur. İdare, sözleşmenin tarafı olarak, karşı tarafın parasal ve haklı beklentilerini boşa çıkaracak ya da zayıflatacak işlem ve eylemler yaparsa, meydana gelen zararı tazmin etmek zorundadır. İdari sözleşmenin başlangıcında kurulan mali dengenin bozulmaması gerekir²²². İdari sözleşmenin feshi halinde de, bu feshi haklı gösteren sebepler yoksa, idare, kişinin uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır.

C. Sorumluluk Esasları

İdarenin kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında tesis ettiği ve uyguladığı işlemlerden dolayı birtakım şahıs ve mameleklerin zarar görmesi mümkündür. Böyle bir durum karşısında, bir hakkı ihlâl edilen şahsın zararının giderilmesi gereklidir.

Bir idari işlemin yasalara ve hukuka aykırılığı kural olarak hizmet kusuru sayılmakla beraber, yerine göre kusursuz sorumluluğa da neden olabilir²²³.

²²¹ Yayla Yıldızhan, s. 144-145.

²²² Ibid., s. 146.

²²³ Özey İlhan, s. 821; Yayla Yıldızhan, s. 146-147.

1. Hizmet Kusuru

a. Genel Açıklamalar

Hizmet kusuru, İdarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlemesinde ya da işleyişindeki bozukluğu ve aksaklığı ifade etmektedir. Hizmet kusurundaki hizmet kelimesi ise, sadece idari faaliyetlerin belirli bir türü olan kamu hizmetini değil, genel olarak herhangi bir idari görevi ya da faaliyeti belirtmektedir.

Bu anlamda hizmet kusuru, kamu görevlilerinin kusurlarından tamamen bağımsız olarak anlaşılmaktadır. İdarenin istihdam ettiği kamu görevlileri kusurlu olsa da olmasa da, şayet hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişinde bir bozukluk ya da aksaklık söz konusu ise, hizmet kusuru da var demektir. Bu çerçevede, hizmet kusuru “nesnel ve anonim nitelikli bir kusur” olarak nitelendirilmektedir²²⁴

Hizmet kusuru, Fransızca’da “faute de service” olarak ifade edilen bir kavram olarak Fransız hukuku tarafından geliştirilmiştir. Herhangi bir yasada bulunan bir kavram değildir. Devletin sorumluluğunu sağlama amacıyla yargı tarafından geliştirilen bir kavramdır. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 1873 tarihli **Blanco kararı**²²⁵ ile meydana çıkmıştır. Bu başlangıcı takiben, gerek Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, gerekse Fransız Devlet Şurası, Fransa’da “Devletin sorumlu olamayacağı” ilkesini ortadan kaldırmışlardır ve bunu yargı kararları ile sağlarken, hizmet kusuru kavramına dayanmışlardır²²⁶.

Hizmet kusurunun varlığı şu üç halde kabul edilmektedir: hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi, hizmetin hiç işlememesi²²⁷.

Hizmetin kötü işlemesi, onun gereği gibi yürütülememesi anlamına gelmektedir. Bununla beraber, hizmetin hangi hallerde kötü işlemiş olduğunu genel olarak belirlemek olanağı da yoktur. Zira hizmetin kötü ya da iyi işlediği, hizmetin

²²⁴ Günday Metin, s. 184; Yayla Yıldızhan, s. 147.

²²⁵ L'arrêt Blanco, s. 61.

²²⁶ Özay İlhan, s. 834.

²²⁷ Bkz. Günday Metin, s. 184; Yayla Yıldızhan, s. 149-150; Özay İlhan, s. 837-841; Gözübüyük A. Şeref, Tan Turgut, s. 679-680;

niteliğine, İdarenin sahip olduğu araç-gereç ve olanaklara vs. bağlı olup, her bir olay için somut olarak belirlenmelidir.

Hizmetin olağan sayılamayacak bir gecikme ile yerine getirilmesi, hizmetin geç işlemesi sayılmaktadır. Şayet İdare hizmetin özelliklerine göre kendisinden beklenen çabukluğu gösterememiş ise, hizmet kusuru işlemiş sayılır. Somut olayda, hizmetin yerine getirilmesi için yasalarca belirlenmiş bir süre yoksa hizmetin geç işleyip işlemediğinin belirlenmesi için hizmetin özelliğine, türüne, İdarenin sahip olduğu olanaklara göre değerlendirme yapılması gerekir.

Hizmetin hiç işlememesi halinde de, hizmet kusurunun varlığı kabul edilmektedir. Bu hususun tespiti için öncelikle, İdarenin hizmetinin bağlı yetki mi, yoksa takdir yetkisi mi olduğuna bakmak gerekir. Bir işlemin tüm unsurlarını hukuk kuralları belirlemiş ve İdareye bu noktada herhangi bir tercih ve seçim olanağı bırakmamışsa, bağlı yetkiden söz edilir. Şayet İdarenin yetkisi bağlı ise, başka ifade ile belirli koşulların varlığı halinde hizmetin yürütülmesi zorunlu ise, bu takdirde idarenin hareketsiz kalmasının hizmet kusuru teşkil edeceği bellidir. Buna karşılık, belli bir hizmetin yürütülüp yürütülmemesi konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış ise, İdarenin hareketsiz kalmasının onun sorumluluğuna yol açmayacağı her zaman söylenemez. Zira İdareye tanınan takdir yetkisi mutlak olmayıp belli sınırlar içerisinde kullanılması gerektiğinden, takdir yetkisi bu sınırlar aşarak kullanılıp da hizmet yürütülmez ise, İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olması gerekir. Son olarak belirtilmesi gereken bir nokta da şudur ki, İdarenin hukuka aykırı işlem yapması da hizmet kusuru kabul edilmektedir²²⁸.

b. Hizmet Kusuru ile Kişisel Kusurun Birbirinden Ayırılması

Hizmet kusuru, hizmetin kurulması, düzenlenmesi ve işletilmesindeki aksaklık ve bozukluklar olduğuna ve bu anlamda kamu görevlilerin hizmetle ilgili kusurlu tutum ve davranışlarını ifade ettiğine göre, kamu görevlilerinin hizmetle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışlarını onların kişisel kusurunu teşkil eder ve İdarenin sorumluluğuna

²²⁸ Gözübüyük A. Şeref, Tan Turgut, s. 680-682. Ayrıca İdarenin sorumluluğuna yol açacak hizmet kusurunun belirli bir yoğunlukta olup, olmaması meselesi için Bkz. Günday Metin, s. 185; Yayla Yıldızhan, s. 149; Gözübüyük A. Şeref, Tan Turgut, s. 685-687. Özey İlhan, s. 841-843.

yol açmaması gerekir²²⁹. Bir kez daha belirtelim ki, “kişisel kusur”, kamu görevlilerinin hizmetle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışlarıdır.

2. Kusursuz Sorumluluk

Kusur ilkesi 18. yüzyılın sonuna kadar özel hukukta, 20. yüzyıl başına kadar da İdare hukukunda sorumluluğun tek kaynağı olmuştur. Tazminat hukukunda belirttiğimiz gibi, eskiden zarar verenden hareket edilip, onun kusurluluğu sorumluluk için esas kabul edilirken, artık zarar gören ön sıraya alınmıştır. Böylelikle tazminat hukukunun asli amacı olarak zararın karşılanması amacı kendine yer bulmuştur²³⁰.

Hizmet kusurunun yanı sıra, idari davranış ile zarar arasında sadece bir nedensellik bağının bulunması halinde, kusur şartı aranmaksızın, idarenin sorumlu olduğu bazı hallerin de mevcut olduğu kabul edilmektedir. İdare hukukunda kusursuz sorumluluk²³¹, belli başlı iki ilkeye dayandırılmaktadır. Bunlar yargı kararları ile ortaya

²²⁹ Günday Metin, s. 185; ayrıca Bkz. Gözübüyük A. Şeref, Tan Turgut, s. 660- 678; Onar Sıdık Sami, s. 1699-1709.

Hizmet kusuru ile kişisel kusuru ayıran kıstasları Onar, üç esasta toplamaktadır:

“1- Memurun fiili bir suç mahiyetini haiz olduğu takdirde kusur şahsi kusur olabilir.

2- Memurun ferde karşı kötü bir kasıt ve niyetinden çıkan kusur şahsi bir kusur teşkil eder.

3- Bazı hallerde ajanın kusuru çok ağır olduğu takdirde şahsi kusur sayılır”. Onar Sıdık Sami, s. 1699-1702.

Kamu görevlilerinin tamamen hizmet dışındaki kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusuru sayılır ve onların haksız fiil esaslarına göre sorumlu olmalarına yol açar. Kamu görevlilerinin, hizmet içinde ya da hizmet ile ilgili bazı kusurlu davranışları da kişisel kusur olarak nitelendirilmektedir. Bu husus dört durum altında toplanabilir: Kamu personelinin suç niteliğindeki davranışları; yargı kararlarına uymama; kamu görevlilerinin kötü niyetli davranması; ağır kusur. Günday Metin, s. 185-186. Hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe olması meselesi için Bkz. Günday Metin, s. 186-187; Onar Sıdık Sami, s. 1702-1709.

²³⁰ 19. yüzyıldan itibaren, tazminat hukukunun dokusu “sosyal” bir nitelik kazanmaya başlamış; bu doğrultuda, kusur ilkesi eleştirilerek, zarar kusurlu bir davranıştan doğmasa dahi, toplumun zararı mağdurun üzerinde bırakmamasının adil bir çözüm olacağı anısı güçlenmeye başlamıştır. Kusursuz sorumluluğun kabulünün, kusur sorumluluğunu ön gören liberal hukuk Devletinden, “adalet e hakkaniyet” düşüncesine dayanan sosyal hukuk Devletine geçişin ve toplumsal gelişmenin bir neticesi olduğu ileri sürülebilir. Bkz. Zahit İmre, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1949, s. 44; Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1979, s. 272; Özey İlhan, s. 843-846; Gözübüyük A. Şeref, Tan Turgut, s. 688-689; Yayla Yıldızhan, s. 151.

²³¹ Gözübüyük A. Şeref, Tan Turgut, s. 689-708; Özey İlhan, s. 846-856.

konulan ve geliştirilen, “tehlike esası”²³² ve “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi” ya da “hakkaniyet ve eşitlik esası”²³³ olarak ifade edilen ilke ve esaslardır²³⁴.

a. Tehlike Esası

Yayla, tehlike esası için şunları söylemektedir:

*“Öğretide risk esası da denilen tehlikelilik, İdarenin tehlikeli faaliyet (icra etmesi) veya araç kullanmasından kaynaklanır. Ama zamanla, toplum yaşayışının içerdği bazı tehlikeler İdarenin kamu düzenini koruma görevi sebebiyle, tehlike sorumluluğu idarî faaliyetin de dışına taşabilmıştır”*²³⁵.

Tehlike ilkesi uyarınca, zarar meydana geldiğinde, bu zararın, kusur şartı aranmaksızın, İdarece tazmin edilmesi gerekir. İdare, tehlikenin önlenmesi için her türlü özeni göstermiş olsa dahi sorumluluktan kurtulamaz.

İdare hukukunda, tehlike ilkesi şu hallerde uygulanır:

i. İdarenin Tehlikeli Faaliyet ve Araçları

İdarenin kullandığı araçlar ve yürüttüğü faaliyet bir tehlikelilik arz ediyorsa, bu faaliyetten yararlanan İdarenin zarar görenlere, kusuru olmasa da tazminat ödenmesi gerekecektir²³⁶.

ii. Mesleki Risk

Mesleki risk, tehlike ilkesinin meslek kazaları alanında uygulama biçimidir. Buna göre kamu hizmetinde çalışan bir kişinin görevi sırasında ya da görevi nedeniyle bir zarara uğraması halinde, bu zarar hizmetin (mesleğin) kaçınılmaz bir tehlikesi olarak

²³² Onar Sıdık Sami, s. 1709-1712.

²³³ Ibid., s. 1713-1714.

²³⁴ Günday Metin, s. 187.

²³⁵ Yayla Yıldızhan, s. 151.

²³⁶ Ibid., s. 151. Bazı hallerde, İdare ajanının kusuru bile, İdarenin kusursuz sorumluluğuna engel olmaz. Örneğin Bkz. D.12.D. 23.5.1967-k. 1967/879.

kabul edilir ve ortaya çıkan zarar, bir kusuru olmasa dahi İdare tarafından tazmin edilir²³⁷.

iii. Sosyal Risk

Özel ve olağandışı şekilde ortaya çıkan toplumsal eylemlerde ya da olaylarda zarar meydana gelmiş ise, bu olayları önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen İdare, kusurunun aranmasına gidilmeksizin, zararın tazmin edilmesi ile yükümlü tutulabilmektedir. Böylesi olaylarda, toplumsal tehlikelilik olduğu kabul edilmektedir²³⁸.

b. Hakkaniyet ve Eşitlik Esası

Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi olarak da ifade edilebilecek, hakkaniyet ve eşitlik esasında, kamu külfetleri karşısında toplumu teşkil eden kişiler arasında eşitlik ilkesi geçerlidir. İdarenin kamu yararı düşüncesi ile giriştiği bir faaliyet bazı kişileri zarara uğrattır ise, bu zararın, kusuru olmasa dahi İdare tarafından karşılanması gerekmektedir. Tüm toplumun yararlanacağı bir idari hizmet ya da faaliyet, belli kişi ya da kişileri bir külfet altına sokmuş ve onları kamu yararı lehine özel bir fedakârlığa katlanmak zorunda bırakmış ise kamu külfetlerinin dağılımındaki dengenin bozulması söz konusudur ve bunun bir denkleştirme ile yeniden kurulması icap eder. Bu denkleştirme, kamu yararını gerçekleştirmek için girişilen bir hizmet ya da faaliyet ile zarara uğramış kişilerin zararlarının İdare tarafından tazmin edilmesi ile gerçekleştirilir²³⁹.

²³⁷ Örneğin Bkz. 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun. Bu Kanuna göre, mesleki risk nedeniyle kolluk personelinin uğrayacakları zararların, bu zararların meydana gelmesinde herhangi bir kusuru olmamasına rağmen, İdarece tazmin edilmesi öngörülmüştür. Ayrıca Bkz. Günday Metin, s. 188.

²³⁸ Yayla Yıldızhan, s. 152.

²³⁹ Ibid., s. 152-154.

D. Sorumluluğun Koşulları

İdarenin gerek kusurlu ve gerekse kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, “idari davranış”, “zarar” ve “idari davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağı”nın bulunması gerekir²⁴⁰.

1. İdari Davranış

İdarenin sorumlu olabilmesi için ortada bir idari davranış bulunmalıdır. Bu idari davranış bir idari işlem biçiminde ortaya çıkabileceği gibi, bir idari işlemin uygulanması için girişilen ya da bir idari işleme dayanmayan bir idari eylem de olabilir. Zarar doğurucu idari davranış icraî olabileceği gibi ihmali de olabilir.

2. Zarar

İdareni sorumlu tutulabilmesi için bir zararın doğmuş olması gerekir. Maddi zarar, malvarlığında bir azalma şeklinde ortaya çıkar. Bu azalma, bazen, kârdan yoksun kalma biçiminde de oluşabilir. Manevi zarar ise, kişinin haysiyetine, vücut tamlığına, ya da yakınların yapılan saldırılar nedeniyle kişinin duyduğu bedensel ya da ruhsal acı ve üzüntülerdir.

Henüz mevcut olmayan, ilave bir riskin gerçekleşmesi halinde doğması ihtimali bulunan zarar, muhtemel zarardır. Risk gerçekleşmedikçe muhtemel zararın tazmini söz konusu olmaz. İdare hukukunda zararın gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceğinin muhakkak olması gereklidir²⁴¹.

3. Nedensellik Bağı

İdarenin sorumlu olabilmesi için idari davranış ile meydana gelen zarar arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır.

²⁴⁰ Tazmin borcunun doğumunun şartları başlığı altında sorumluluğun koşulları için Bkz. Onar Sıdık Sami, s. 1714-1725; Sorumluluğu gerektiren zarar ve nitelikleri başlığı altında sorumluluğunun koşullarının ele alınması için Bkz. Gözübüyük A. Şeref, Tan Turgut, s. 708-717.

²⁴¹ Özay İlhan, s. 875.

Hayat tecrübelerine göre ve olayların olağan akışına uygun olarak, bir davranışla, davranışın neticesinde oluşan zarar arasında mevcut olan mantikî sebep-sonuç ilişkisine yani nedensellik bağına, uygun illiyet bağı denilir. Bir zararla, davranış arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu kabul edebilmek için hayat tecrübelerine göre olayların olağan akışı içinde, davranışın bu zararı oluşturabileceği sonucuna varılmak gerekecektir. Bir zararın meydana gelmesinde birden çok sebebin bir arada ya da arka arkaya etkili olup olmadığı, etkili olmuş ise etki derecesi, önemli bir sorun olarak ele alınmalıdır. Şayet bir olgunun zararla uygun illiyet bağı yoksa o olgunun sebepler arasında dikkate alınması söz konusu değildir. Birden çok sebep, tek başlarına meydana getiremeyecekleri bir sonuca ancak birlikte ulaşıyorlarsa, “ortak illiyet” söz konusu olur.

Bazı hallerde idari davranış ile zarar arasındaki nedensellik ilişkisi, araya giren bir başka olay nedeniyle ya zayıflar ya da tamamen ortadan kalkar. Bu durum ise İdarenin sorumluluğunun ya azalmasına ya da tamamen ortadan kalkmasına yol açar²⁴².

VI. CEZA HUKUKUNDA SORUMLULUK KAVRAMI

A. Ceza Hukuku ve Ceza Sorumluluğu Kavramı

Ceza hukuku, suç oluşturan eylem ve davranışların nelerden ibaret olduğu, bu eylem ve davranışlarda bulunanlara ne gibi yaptırımlar, yani “ceza”lar uygulanacağını gösteren hukuk kurallarının tümünden meydana gelmektedir²⁴³. Başka bir ifade ile, Ceza hukuku, “Devletin, ceza yaptırımı ve tehdidi ile uygulanmasını sağlamaya çalıştığı emir ve yasakları kapsayan hukuk kurallarını ifade eder”. Suç, kanunun ceza tehdidiyle

²⁴² İdarenin sorumluluğunu azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran nedenlerin başlıcaları mücbir sebep, beklenmeyen durumlar, zarar görenin kusuru ya da üçüncü kişinin kusurudur. Bkz. Gözübüyük A. Şeref, Tan Turgut, s. 717-726; Yayla Yıldızhan, s. 154-157; Özey İlhan, s. 875-880.

²⁴³ Erem Faruk, Türk Ceza Hukuku, Ajans-Türk Matbaası, 1962, s. 1-11; Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, cilt I, Beta, İstanbul, 1997, s. 4; Erem Faruk, Danışman Ahmet, Artuk Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 1997, s. 73-81; Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Seçkin, Ankara, 2002, s. 33; Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No. 1591, Eskişehir, 2004, s. 5; Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2006, s. 53; Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul, 2006, s. 3; Hakeri Hakan, Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara, 2007, s. 29.

yasaklamış olduğu fiillerdir. Bir başka deyişle suç, ceza kanunlarının çiğnenmesi, ihlâl edilmesi şeklinde tanımlayabiliriz.

Kişinin kendi davranışlarının veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi, dilin genelinde ve bu kapsamda hukuk dilinde de, sorumluluk olarak kavramsallaştırılmıştır. Ceza hukukunda da, bir kişinin sorumlu tutulabilmesi için, sorumluluğuna neden olan, sorumluluğunu doğuran bir davranış işlemiş olması gerekmektedir. Ceza hukukunda kişinin sorumluluğuna yol açan olay, bu kişiye bir suç isnat edilmesidir. Öyleyse, Ceza hukukunda sorumluluk müessesesinin ne olduğunu kavrayabilmek için, öncelikle suç kavramının ne olduğunun bilinmesi gerekmektedir.

Ceza hukukunda, kişinin sorumluluğunun neticesi, Devlet tarafından ceza yaptırımına çarptırılmasıdır. Sorumluluğun doğumuna neden olan ise, kişinin suç işlemiş olmasıdır. Bir suçun varlığı için, her suçta bulunması gereken unsurlara “suçun genel unsurları” adı verilir²⁴⁴. Bu unsurlardan herhangi birinin bulunamaması fiili suç olmaktan çıkarır. Bu unsurların neler olduğu ve sayıları Ceza hukuku literatüründe kesin bir neticeye bağlanmamıştır²⁴⁵. Ağırlıklı olarak, suç, tipe yani davranış kalıbına uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım itibari ile, suçun dört genel unsuru, yani her suçta bulunması zorunlu dört unsur mevcuttur. Bunlar kanunî unsur olarak da adlandırılan tipiklik; hareket, netice ve hareketle netice arasında nedensellik bağlantısını kapsayan maddi unsur; hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsurdur. Devletin milletlerarası sorumluluğunu incelemekte olduğumuz çalışmamız itibari ile, Devletin milletlerarası hukukta cezaî sorumluluğunun mevcut olamayacağına dair ileri sürülen, Devletin manevi unsur olan kusurluluğunun mevcut olamayacağı zira gerçek kişilerin kusurlu bir irade sahibi olabileceklerine ilişkin düşünce sebebiyle, manevi unsur özellikle üzerinde durulması gereken unsurdur. Nitekim, suçun manevi unsuru incelendiğinde, bu unsurun maddi unsura hayat veren bir nitelik gösterdiği

²⁴⁴ Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, s. 417.

²⁴⁵ Suçun genel unsurlarından başka ifade ile suçun zorunlu unsurlarından başka her suça özgü, onları diğer unsurlardan ayıran unsurlar da vardır. Bunlara “suçun özel unsurları” denilmektedir. Örneğin hırsızlık suçunda, çalınan şeyin taşınabilir mal olması, başkasına ait olması gibi. Bkz. Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, s. 417.

görülür²⁴⁶. Manevi unsurun esasını teşkil eden kusur ya da kusurluluğu genel olarak belirtmek istersek, failin zihni - düşünsel (psişik) faaliyeti ile netice arasındaki ilişkiden ibarettir diyebiliriz. Diğer bir ifade ile, kusur ya da kusurluluk şuur ve iradenin netice ile ilgili özel durumudur²⁴⁷.

B. Ceza Sorumluluğunu Doğuran Olay Olan Suçun Kanunî Unsuru

Suçun kanunî unsuru, fiilin ceza kanununda yazılı tanıma uygun olmasıdır²⁴⁸. Eğer fiil, kanundaki tanıma uymamaktaysa, bünyesinde bütün suç unsurlarını toplamı olsa bile suç sayılmaz. O halde, işlenmiş bir fiilin suç sayılıp sayılamayacağı hususunda ilk defa bu fiilin kanundaki tiplerden birine uyup uymadığını araştırmak gerekir. Suçun kanunî unsuruna tipiklik de denilmektedir. Bu unsur, “kanunsuz suç olmaz” ilkesinin sonucudur²⁴⁹.

Suçun biçimsel anlayışı kaynağını ceza kanunundan alır²⁵⁰. Ceza kanunu ile suç arasında çözülmesi mümkün olmayan bir bağ vardır²⁵¹. Çünkü suç, ceza kanununun ihlâlinden, daha açık bir ifade ile ceza kanunu tarafından öngörülen emir ya da yasağın ihlâlinden ibarettir. Nitekim suç, genel olarak, hukuk düzeninin ceza tehdidi ile yasakladığı bir fiil olarak tanımlanır. Fakat hukuk düzeninde, cezanın özelliklerine sahip başka müeyyideler de vardır. Bunlar da ceza gibi bir acıyı içerirler. Ancak bu müeyyideler, Ceza hukuku anlamında ceza değildirler. Bu tür müeyyidelere sadece İdare hukukunda değil, hukukun diğer dallarında da rastlanır. Bu itibarla suçun biçimsel anlayışının doğru olarak ortaya konulabilmesi için, fiili yasaklarken öngörülen müeyyidenin, gerçek anlamda ceza olması gerektiğinin belirtilmesi zorunludur.

²⁴⁶ İçel Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1256, Hukuk Fakültesi No. 271, İstanbul, 1967, s. 7.

²⁴⁷ Ibid.; Erem Faruk, “Ceza Hukukunda İrade, Şuur ve Gayrı Şuur”, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1950-07-03-04/AUHF-1950-07-03-04-Erem.pdf (26.03.2008), s. 63-85; Erem Faruk, “Suçlu İnsan Psikolojisi”, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1944-01-04/AUHF-1944-01-04-Erem.pdf (26.03.2008), s. 507-524.

²⁴⁸ Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 17- 33; Erem Faruk, Danışman Ahmet, Artuk Mehmet Emin, s. 255; Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, s. 423-426; Toroslu Nevzat, s. 21-25; Demirbaş Timurs. 205-207; Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 227-230.

²⁴⁹ Erem Faruk, Danışman Ahmet, Artuk Mehmet Emin, s. 92-102. İlkenin felsefi ve sosyal temelleri için Bkz. Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 18-19.

²⁵⁰ Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 227.

²⁵¹ Toroslu Nevzat, s. 21.

Öte yandan, yukarıdaki tanım, soyut olarak nazara alınan suça, yani kanunda tanımlanan suça ilişkindir. Bu yönden suçun, kanunun ceza tehdidi ile yasakladığı bir fiil olduğunda kuşku yoktur. Ancak suç, somut olarak da, yani sosyal hayatta gerçekleşen bir fiil olarak da nazara alınabilir. Bu yönden suç, kanunda yer alan soyut suç tanımına uygun bir fiildir. Şu halde somut bir fiilin suç olduğunu söyleyebilmek için, onun kanun koyucu tarafından belirlenen suç tiplerinden birine uygun olması, bir başka deyişle suç yaratan normda tarif edilene benzer, onunla çakışan bir fiil olması gerekir²⁵².

Ceza normunun birinci özelliği emredici oluşudur; yani ceza normu, Devlet tarafından konulan bir davranış kuralı olarak, uyulması zorunlu bir normdur. Ceza hukukunun ülkede yaşayan herkese yönelik bir emirler bütünü olduğu kuşkusuzdur. Çünkü bu hukukun esas işlevi, bazı davranışları yasaklamak, diğer bazılarını emretmek suretiyle ülkede yaşayanların davranışlarını düzenlemektedir. Gerçekten de, Ceza hukuku düzeni, sosyal topluluğun korunmasından ve geliştirilmesinden oluşur ve yukarıda belirtilen işlevini ancak bu yolla gerçekleştirmeye çalışır. Ancak ceza normunun işlevi sadece emretmekten ibaret değildir. Onun, belirli davranışları Devletin amaçlarına aykırı olarak nitelendirmek anlamında, değerlendirici bir işlevi de vardır. Gerçekten de kanun koyucu, bazı davranışları, sosyal topluluk yönünden zararlı veya tehlikeli olarak değerlendirdiği için yasaklar. Böyle bir yasaklama ile bu tür davranışlar Devlet tarafından aynı zamanda anti-sosyal davranışlar olarak nitelendirilmiş olur. Ceza normunun emredici ve değerlendirici olma işlevleri bir bütündür. Zira hukuk normu emretmeksizin değerlendirmedeği gibi, değerlendirmeden de emretmez²⁵³.

Ceza normunun bir başka özelliği, onun sadece Devlet tarafından konulabilmesidir. Bu nedenle çeşitli kurumların statülerinde öngörülen ve ceza normlarına benzeyen normlar, gerçek anlamda ceza normları değildir. Çünkü bu

²⁵² 19. yüzyılda Latince olarak Feuerbach tarafından ifade edilen ilkelere göre, suçun kanun tarafından belirlenmesine “*nullum crimen sine lege*”, cezanın kanun tarafından gösterilmesine ise “*nulla poena sine lege*” denilmektedir. Bkz. Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 17, dipnot no. 29.

²⁵³ Toroslu Nevzat, s. 19.

normların etkili olabilmeleri, bireylerin iradî bir biçimde kendilerini böyle bir düzene tabi tutmalarına bağlıdır²⁵⁴.

Asıl ceza normları, yani suç ve ceza yaratan normlar iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlar kural ve müeyyidedir. Kural, belirli bir davranışta bulunma emridir; belirli bir hareketi yapmama veya yapma emridir. Müeyyide ise, daha önce de belirtildiği üzere, kuralın ihlâlini izlemesi gereken hukukî sonuçtur.

Kuralda yapılması ya da yapılmaması gerekenin yani suçu oluşturan fiilin tanımı yer alır. Bu tanıma kanunî tip ya da kanunî tanım denir. Müeyyide, yani kuralın ihlâlinden doğan cezaî sonuç, genellikle bir kötülük tehdidini içerir ki bu da cezadır. Bu tehdit, bir arada yaşayanları ceza kuralına saygılı olmaya ikna etmek için, bir acıyı, ızdırabı muhtemel göstererek bireylerin iradesi üzerine psikolojik bir baskıda bulunmaya yöneliktir. Normun iki temel unsuru, yani kural ve müeyyide bir tek kanun hükmünde yer almayabilir. Nitekim norm bazen çeşitli hükümlere dağılmış haldedir. Bu hükümler ya sadece kuralı ya da sadece müeyyideyi içerirler. Bu tür hükümlere eksik ya da tam olmayan hükümler denir²⁵⁵.

Açık ceza normları tam olmayan hükümlerden farklıdır. Açık ceza normlarında müeyyide belirlenmiştir. Buna karşılık kural, örneğin belirli bir konuda yetkili makamlar tarafından çıkarılacak özel ve genel nitelikteki emir ya da tedbirlere uymanın hükme bağlandığı hallerde olduğu gibi, gelecekteki bir unsurla tamamlanır. Kural ve müeyyideyi içeren asıl ceza normlarından başka, tamamlayıcı ceza normları denilen bir kısım normlar daha vardır. Bunlar, asıl ceza normlarının kapsamını belirlemek ya da onların uygulanmalarını düzenlemek işlevini yerine getirirler. Bunlar “Genel Hükümler” dir.

Modern Ceza hukukunun dayandığı temel ilkelerden biri olan kanunilik ilkesi, işlendiği zamanın kanunu tarafından açıkça suç sayılmayan bir fiili cezalandırma ve kanun tarafından açıkça tespit edilmeyen bir ceza ile cezalandırma yasağını ifade eder.

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ Ibid.,s. 20.

Söz konusu ilkeye göre, sadece kanun tarafından suç olarak öngörülen fiilleri suç kabul etmek gerekmektedir. Bunun iki temel sonucu vardır: Anti-sosyal olsalar bile kanunun açıkça suç saymadığı hareketler cezalandırılmaz. Kanunun açıkça suç saydığı hareketler, sosyal yönden tehlikeli olmasalar bile, cezalandırılır. Şu halde fiile suç olma özelliğini veren, kanunun onu açıkça suç olarak öngörmüş olması ve yine kanunun onun için tespit ettiği müeyyidenin ceza müeyyidesi olmasıdır.

Kanunilik ilkesi, yürütmenin ve yargının keyfiliğini önlemeye, hukukî kesinliği ve eşitliği sağlamaya yönelik olduğu için, birey haklarının garanti altına alınması yönünden yeri doldurulamayacak bir işleve sahiptir.

C. Ceza Sorumluluğunu Doğuran Olay Olan Suçun Maddi Unsuru

Maddi unsur bulunmayan bir suç olmaz; böylece dış âlemde bir hareketle belirmeyen, bir fiil teşkil etmeyen bir fikir ya da niyet suç teşkil etmez. “*Cogitationis poenam nemo patitur*”: “Kimse düşüncesinden dolayı cezalandırılmaz”²⁵⁶. “Hareket olmadan suç olmaz”: “*Nullum crimen sine actione*”²⁵⁷.

Suç teşkil eden bir eylemin var olması, insanın dış dünyaya yansıyan ihmal ya da icra suretiyle işlenen bir davranışını gerektirir. Ayrıca insanın bu davranışından dış dünyada bir değişikliğin meydana gelmesi gerekir. Bu husus netice olarak isimlendirilir. Davranış ile netice arasında bir sebep-sonuç bağı olması zorunludur. Bu husus da nedensellik bağı olarak adlandırılır. Bu açıklamalar nihayetinde maddi unsurun üç alt unsurdan meydana geldiği tespit edilmektedir. Bunlar davranış (hareket, fiil), netice ve davranış ile netice arasındaki nedensellik bağıdır²⁵⁸.

1. Davranış

Genel, felsefî ve etik açıdan, sadece dış dünyada ortaya çıkan insan davranışları değil, düşünce, arzu, istek gibi bilinç alanında gerçekleşen davranışlar da

²⁵⁶ Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 366.

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, s. 427; Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 230; Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 366; Demirbaş Timurs. 206-247.

insan davranışdır. Ancak, tamamen insanın iç dünyasına ilişkin olan davranışlar Ceza hukukunu ilgilendirmez. Zira suç, daima dış dünyada gerçekleşen bir olaydır. Şu halde Ceza hukuku yönünden davranış, herhangi bir insan davranışı değil, sadece dış dünyada açığa çıkan bir davranıştır. Davranış ya yapma ya da yapmama biçiminde olabilir. Birinci halde hareket, ikinci halde ihmal söz konusudur²⁵⁹. Dış dünyaya yansıyan hareket ister icra ister ihmal şeklinde olsun daima iradî olmalıdır²⁶⁰. Bilinçsiz hareketler suçun maddi unsurunu oluşturan alt unsurlardan biri olan davranış olarak değerlendirilmez.

İhmali davranış veya ihmal, bireyin yapmak zorunda olduğu bir hareketi yapmamasıdır. Ancak bütün ihmali davranışlar değil, sadece hukuk kuralı ile çatışan ihmali davranışlar hukuku ilgilendirmektedir. Bu nedenle ihmali davranışlar, hukuk düzeni tarafından yapılması emredilen hareketlerin yapılmamasından ibarettir²⁶¹.

Maddi unsuru yapma biçimindeki bir davranış olan suçlar “hareket suçları”dır. Hırsızlık suçu gibi. Buna karşılık maddi unsuru yapmama biçimindeki bir davranış olan suçlar, “ihmal suçları”dır²⁶². Görevi ihmal suçu gibi.

Suçlar bir de serbest hareketli ve bağlı hareketli suçlar diye ikiye ayrılır. “Serbest hareketli suçlar”, hareketin tipik sonucu doğurmaya elverişli olmasının yeterli sayıldığı suçlardır. Örneğin, adam öldürme suçu bu amacı doğurmaya elverişli herhangi bir hareketle işlenebilir. “Bağlı hareketli suçlar” ise, kanunun, suçu oluşturan tipik fiillerin belirli şekilde veya belirli vasıtalarla işlenmesini şart koştuğu suçlardır. Örneğin dolandırıcılığın cezalandırılabilmesi için haksız menfaatin bir kimseyi aldatıcı mahiyette hile ve desiselerle hataya düşürerek elde edilmiş olması gerekir²⁶³.

²⁵⁹ Toroslu Nevzat, s. 45.

²⁶⁰ Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, s. 427.

²⁶¹ Davranış hakkında ayrıntılı açıklamalar için Bkz. Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 231-254; ayrıca, Toroslu Nevzat, s. 45.

²⁶² Toroslu Nevzat, loc. cit.

²⁶³ Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, s. 440-441; Toroslu Nevzat, s. 46.

2. Netice

İnsanın işlediği bir davranışın dış dünyada meydana getirdiği değişikliğe netice denir²⁶⁴. Netice, insan davranışının doğal bir etkisidir; yani dış dünyada meydana gelen ve nedensellik bağı ile insan davranışına bağlı olan bir değişikliktir. Bu itibarla netice, davranışın dışında, ondan farklı ve açık olarak ayrılan, ancak onunla bağlantısı bulunan bir olgudur.

İnsan davranışının etkileri, pek çok halde çok çeşitlidir. Çünkü her bir etki bir kuvvet, bir enerji olduğundan dış dünyada yeni değişiklikler meydana getirebilir. Ancak insan davranışından kaynaklanan tüm neticeler değil, sadece bazıları hukuku ilgilendirir. Bu itibarla hukukî anlamında netice, insan davranışının dış dünyada meydana getirdiği ve hukuk düzeninin cezaî sonuçlar bağlamak suretiyle dikkate aldığı değişikliktir.

Netice, dış dünyadaki bir değişiklik olarak kabul edilince, bunun her suçta mutlaka bulunması gereken bir unsur olmadığını kabul etmek gerekir. Çünkü bazı suç tiplerinin gerçekleşmesi için, kanun sadece belirli bir davranışı yeterli görmekte, ayrıca bundan dolayı dış dünyada bir değişikliğin meydana gelmesini aramamaktadır. Örneğin, cezaevinden kaçma suçunda durum böyledir. Bu suç için, bunu öngören normda tarif edilen hareketin yapılması yeterlidir. Şu halde sonucu olmayan suçlar da vardır²⁶⁵.

Netice, bir insan davranışının ürünü olduğuna göre, eşyanın doğası gereği, davranıştan sonra gerçekleşir. Davranış ile netice arasında geçen zamanın hukukî yönden önemi yoktur. Örneğin, adam öldürme suçunun varlığı için, ölüm sonucunun davranışın yapılmasından hemen sonra ya da birkaç gün veya birkaç hafta sonra gerçekleşmesi önemli değildir.

Bir kısım suçlar sadece belirli bir hareketin ya da ihmalin gerçekleştirilmesiyle tamamlanırlar. Buna karşılık bir kısım suçların tamamlanması için kanun, failin hareket veya ihmal şeklindeki davranışından belli bir dış etkinin ya da değişikliğin doğmasını

²⁶⁴ Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 380-469; Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 254-262

²⁶⁵ Toroslu Nevzat, loc. cit.

şart koşmaktadır. Birinci grup suçlara “sırf davranış suçları” ya da “şekli suçlar”, ikinci grup suçlara ise “sonuç suçları” ya da “maddi suçlar” denir. Birincilere örnek olarak konut dokunulmazlığını ihlâl, genel olarak görevi ihmal, suçu ihbar etmeme, cürüm işlemek için örgüt kurma suçları, ikincilere örnek olarak da adam öldürme, müessir fiil, dolandırıcılık suçları gösterilebilir²⁶⁶.

Netice ile ilgili olarak yapılan bir başka ayrım da “zarar suçu” ve “tehlike suçu” ayrımıdır. Tamamlanmış sayılmaları için, suçu öngören normla, korunan hukukî varlık ya da menfaatin tahrip edilmesi ya da azaltılması gereken suçlar “zarar suçları”, buna karşılık tamamlanmış sayılmaları için korunan varlık ya da menfaatin sadece tehdit edilmiş olması yeterli sayılan suçlar “tehlike suçları”dır. Zarar suçlarına tipik örnek olarak adam öldürme suçu, tehlike suçlarına örnek olarak su basması tehlikesi yaratma suçu ve gemi batması tehlikesi yaratma suçu gösterilebilir²⁶⁷.

3. Davranış ile Netice Arasında Nedensellik Bağı

Nedensellik bağı davranış ile netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisidir, başka bir ifade ile illiyet bağıdır²⁶⁸. Dış dünyada meydana gelen değişikliğin (neticenin-sonucun) bir insana bağlanabilmesi için, bu değişikliğin o insanın davranışından kaynaklanması gerekir. Bir başka deyişle kişinin davranışı ile dış dünyada meydana gelen sonuç arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu itibarla bir kişinin davranışı ile hiçbir ilişkisi bulunmayan bir dış değişiklik ya da bu kişinin davranışı olmasaydı dahi yine de gerçekleşecek olan bir olay ya da netice, söz konusu davranışı yapanın eseri sayılamaz ve o kişiye yüklenemez. Bu çerçevede, nedensellik bağının belirlenmesi sorunu, neticeyi, birden çok şartın meydana getirmesinden ve insanın dış dünyada oluşan değişikliklerin bütün şartlarını gerçekleştirmemiş olmasından, aksine onun davranışlarına başka şartların da katılmış bulunmasından kaynaklanmaktadır.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, s. 445-447; Toroslu Nevzat, s. 47.

²⁶⁸ Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 469-527; Erem Faruk, Danışman Ahmet, Artuk Mehmet Emin, s. 273-291; Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, s. 452-466; Demirbaş Timurs. 232-247; Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 262-280.

Nedensellik ilişkisini açıklamak üzere çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorilerden biri de, doğal nedensellik teorisidir²⁶⁹. Doğal nedensellik veya şartların eşitliği anlayışına göre bir neticenin meydana gelmesi için gerekli ve yeterli olan şartların hepsi o neticenin nedenidir. Neticenin çeşitli şartları arasında, o neticeye neden olma yönünden hiçbir fark yoktur; bütün şartlar birbirine eşittir. Bu itibarla nedensellik bağının varlığı için, insanın neticenin oluşması yönünden zorunlu olan şartlardan herhangi birini gerçekleştirmiş olması yeterlidir. Yapılan davranış zihnen ortadan kaldırıldığında sonuç gerçekleşmeyecekse, o davranış neticenin zorunlu şartıdır. Bu anlayış ağır eleştirilere uğramıştır. Nitekim neticenin gerçekleşmesi için varlığı zorunlu olan bütün şartları neticenin nedeni saymak, cezaî sorumluluğu adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde genişletmektir²⁷⁰.

Söz konusu anlayışı savunanlar, bu iddialara cevap olarak, bir kimsenin suç oluşturan bir neticeden dolayı, cezaî yönden sorumlu tutulması için, sadece onun davranışı ile netice arasında nedensellik bağının bulunmasının yeterli olmadığını, ayrıca failin kusurlu olması da gerektiğini ileri sürmektedirler. Ne var ki, objektif sorumluluk hallerinde, yani failin kusurlu olması aranmayan hallerde, söz konusu anlayışın cezaî sorumluluğun sınırlarını genişletme özelliği devam etmektedir. Hatta bu anlayış, manevi sorumluluk hallerinde bile kabul edilemez sonuçlara neden olmaktadır²⁷¹.

Uygun nedensellik anlayışına göre bir davranışla ortaya çıkan netice arasında nedensellik bağı vardır diyebilmek için davranış, neticenin olmazsa olmaz şartı olmalı, ayrıca gerçekleştirildiği andaki şartlara göre neticeyi meydana getirmeye uygun olmalıdır. Şu halde bir insan davranışı, sadece gerçekleştirildiği sırada olayların büyük çoğunluğuna göre muhtemel kabul edilmesi gereken sonuçların nedenidir; buna karşılık olayların genelinde gerçekleşmeyen, yani olağan dışı sonuçların nedeni sayılamaz. Bu anlayış, bir öncekinin aksine cezaî sorumluluğu aşırı derecede daraltmaktadır. Zira bir

²⁶⁹ Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 263-268.

²⁷⁰ Örneğin, ağır bir rahatsızlıktan sonra ilk defa yürüyüşe çıkan hastanın dikkatsiz bir sürücü tarafından öldürülmesi olayında hastasının evinden çıkmasına izin veren doktor, olayın meydana geldiği yolda yürümesini tavsiye eden kardeşi, iyileşip iyileşmediğini sormak için onu durduran arkadaşı da, hastaya çarpan sürücü ile birlikte ölüm sonucunun nedeni sayılacaklardır.

²⁷¹ Örneğin, öldürmek kastıyla çok hafif bir şekilde yaralanmış olan kimse, yarasını sardırarak için gittiği hastanede yangın çıkması sonucu ölse, doğal nedensellik anlayışına göre, yaralayanı ölüm sonucundan sorumlu tutmak gerekecektir. Toroslu Nevzat, s. 47-48.

davranışın genel olarak bir sonucu doğurmaya uygun olup olmadığı hakkında verilen değer hükmü, bizi olayların çoğunda sanık lehine bir sonuca götürebilir. Nitekim bir sonucu meydana getiren davranışın genel olarak veya soyut olarak o sonucu meydana getirmeye elverişli, uygun olmadığını savunmak hiç de güç değildir²⁷².

İnsani nedensellik anlayışı, yukarda açıklanan iki anlayışın arasında ortalama bir çözüm ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu anlayışa göre, insanın bilme ve isteme yetenekleri ile olaylara hükmedilebileceği bir egemenlik alanı vardı. İnsan sadece kontrol veya egemenlik alanına giren sonuçlara neden olmuş sayılabilir. Buna karşılık insanın hükmedemeyeceği sonuçlar onun eseri değildir. Bu itibarla bir insan davranışının ortaya çıkan bir sonucun nedeni sayılabilmesi için, bu davranışın o sonucun zorunlu şartı olması, yani bu davranış olmadan o sonucun gerçekleşmemesi gerekir. Ayrıca sonucun istisnai etkenlerden ileri gelmemiş olması yani davranışın gerçekleştirildiği anda, dönemin en ileri bilim ve tecrübesine göre, o sonucun davranışın olağan sonucu olarak öngörülebilir olması da aranır. Şu halde, yapılan davranış, sonucun zorunlu şartı değilse, yani örneğin bu davranış yapılmasaydı dahi o sonuç yine de gerçekleşecekti denilebiliyorsa nedensellik bağından söz edilemez. Öte yandan yapılan davranış sonucun zorunlu şartı olsa bile, yani o davranış yapılmasaydı sonuç gerçekleşmezdi denilebilse bile, eğer bu sonuç dönemin en ileri bilim ve tecrübesine göre o davranışın olağan sonucu olarak öngörülebilir değilse; yani sonuç istisnai bir sonuç ise, davranış, sonucun nedeni sayılamaz²⁷³.

D. Ceza Sorumluluğunu Doğuran Olay Olan Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

“Mazeret nedenleri” ya da suçu ortadan kaldıran objektif nedenler”, adı da verilen ve “hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler”, fiilin hukuka aykırı olmasını önler ve dolayısıyla onun hukuken meşru ya da hukuka uygun bir fiil haline gelmesini sağlar²⁷⁴. Hukuka uygunluk nedenleri, çok defa, hukukun tanıdığı bir yetkiye dayanır.

²⁷² Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 268-275.

²⁷³ Örneğin A’nın yaralaması üzerine tedavi için hastaneye giden B’nin, yangın çıkması veya yıldırım düşmesi sonucu hastanede ölmesi durumunda olduğu gibi. Toroslu Nevzat, s. 48.

²⁷⁴ Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 280-342; Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, s. 467-536; Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel

Örneğin haksız bir saldırıya uğrayan kimse, belirli şartlar ve sonuçlar içerisinde, kendisini olağan olarak suç sayılan hareketlerle korumaya yetkili kılınmıştır. Bazı durumlarda kanunun suç saydığı bir davranış doğrudan hukuk tarafından emredilmektedir. Örneğin bir mahkûmiyet kararının infazı nedeniyle bir kimseyi hürriyetinden mahrum eden kamu görevlisinin durumunda olduğu gibi²⁷⁵.

Hukukun tanıdığı bir yetkinin ya da yüklediği bir görevin varlığı, hukuka aykırılığı ve dolayısıyla suçu ortadan kaldırır. Hukuka uygunluk nedenleri objektif bir etkiye sahiptirler, yani sadece var olmaları etkilerini göstermeleri için yeterlidir. Failin bu konudaki düşüncesi ya da inancı önem taşımaz. Örneğin kanunun emrini yerine getiren kimse, hukuka aykırı bir fiil işlediği inancında olsa bile, suç işlemiş olmaz. Hukuka uygunluk nedenleri genel ve özel nedenler olmak üzere ikiye ayrılır. Birinciler hemen bütün suçlar için ortak olan nedenlerdir²⁷⁶; ikinciler ise belli bir suç ya da suç grubu için kabul edilen nedenlerdir. Genel nedenler kanunda açıkça öngörülen ve açıkça öngörülmeyen nedenler (hakkın icrası²⁷⁷, mağdurun rızası²⁷⁸, sportif faaliyetler²⁷⁹ gibi) olmak üzere ikiye ayrılır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde aşırılık ve hata olabilir. Aşırılık kasıtlı, taksirli ya da kusursuz olabilir. Fail hukuka uygunluk sebebinin sınırlarını bilinçli bir irade ile aşmışsa, aşırılık kasıtlı olur; hukuka uygunluk sebebinin sınırlarına saygı gösterdiği inancıyla aşmışsa ve bu konudaki hatası kusurlu ise, aşırılık taksirlidir; herhangi bir taksiri olmaksızın aşmışsa, aşırılık kusursuzdur. Hukuka uygunluk nedenlerinde aşırılık ile bu nedenlerde hata birbirinden farklıdır. Bu ikincisi; hukuka uygunluk nedenlerinin

Kısım, cilt II, Beta, İstanbul, 1997, s. 1-142; Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2006, s. 247-312; Erem Faruk, Danişman Ahmet, Artuk Mehmet Emin, s. 549-590.

²⁷⁵ Toroslu Nevzat, s. 49; Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 280-286 ve s. 290-295.

²⁷⁶ Genel nedenlere örnek olarak görevin yerine getirilmesi, meşru savunma ve zorunluluk durumu gösterilebilir. Bkz. Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 297-318; Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, s. 509-536.

²⁷⁷ Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, s. 476-494

²⁷⁸ Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 318-322; Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, s. 496-506.

²⁷⁹ Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, s. 495-496

bulunmamasına rağmen, failin yanlışlıkla bir hukuka uygunluk durumunda bulunduğuna inanması halinde söz konusudur²⁸⁰.

E. Ceza Sorumluluğunu Doğuran Olay Olan Suçun Manevi Unsuru ve Ceza Sorumluluğunun Esası

Failin sorumlu tutulabilmesi için, suç tipine uygun, hukuk düzenine aykırı bir fiilin gerçekleştirilmesi ile beraber, bu nesnel (objektif) unsurlara ilaveten öznel (sübjektif) nitelikte bir unsurun da varlığı gereklidir. Bu unsur, öğretide, “manevi unsur”, “sübjektif unsur”, “kusur” ya da “kusurluluk” şeklinde isimlendirilmektedir²⁸¹.

Devletlerin oluşmadığı ve dolayısıyla cezalandırma yetkisinin münhasıran devlete geçmediği ilkel dönemlerde, Ceza hukuku bakımından “objektif ve kolektif sorumluluk” vardı. Bir kimsenin zararlı bir neticeye sebebiyet vermesi, cezalandırılabilmesi için yeterli sayılır; ayrıca failin kusurlu olup olmadığına ya da bir hukuka uygunluk sebebinden yararlanıp yararlanmadığına bakılmazdı. Cezalandırma yetkisinin “Devlet”e geçtiği ve ilk ceza yasalarının yapıldığı dönemlerde, örneğin Hammurabi Kanunu’nda²⁸², suçun manevi unsuruna yer verilmeye ve kast-taksir ayrımı yapılmaya; bunlara farklı yaptırımlar uygulanmaya başlandı. Daha sonraki dönemlerde ise neticenin failin iradesini (kastını) aştığı durumlar da açıklık kazanmaya ve buna uygun yaptırımlar belirlenmeye başlandı²⁸³.

Yukarıdaki paragraf da göstermektedir ki, Ceza hukuku eski dönemlerden başlayan ve yüzyıllar boyunca sürüp giden bir tarihî gelişmenin ürünüdür²⁸⁴. Bu gelişmenin her devresinde, “ceza sorumluluğunun esası”, merkezî bir öneme sahip olmuş ve içinde bulunulan dönemdeki Ceza hukukuna hakim karakteri önemli bir

²⁸⁰ Örneğin, geceleyin genellikle gasp olaylarının olduğu karanlık bir sokakta yürüyen bir kimsenin, koşarak gelmekte olan kişinin, kendisine saldırdığını zannederek yanlışlıkla bu kişiyi yaralaması durumunda olduğu gibi. Toroslu Nevzat, s. 53.

²⁸¹ Bkz. Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, s. 537.

²⁸² İçel Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1256, Hukuk Fakültesi No. 271, İstanbul, 1967, s. 32-33.

²⁸³ Avcı Mustafa, “Kasten Öldürme ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsurlarını Ayırt Etmeye Yarayan Ölçütler”, www.akader.info/KHUKA/2005_mart/86-98.pdf. (31.03.2008).

²⁸⁴ Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 37.

şekilde etkilemiştir²⁸⁵. Bu bağlamda, Ceza hukuku tarihinde dönemler²⁸⁶, “İlkel Ceza verme dönemi”, “Müşterek Ceza hukuku”, “Yeni zamanlar Ceza hukuku” ve “Çağdaş Ceza hukuku” olarak adlandırılabilir²⁸⁷. Bu tarihi seyrin genelinden tespit edilebilen husus, cezaî sorumluluğun, önceleri kolektif ve objektif iken zamanla kişisel ve sübjektif hale geldiğidir²⁸⁸.

Öğretideki hâkim görüşe göre, Ceza hukukunun ilkel devirlerinde, kast, taksir ve tesadüf arasında hiçbir fark gözetilmiyordu; ilkel devirler Ceza hukukunun kusuru tanımadığı üzerinde yazarlar arasında görüş birliği vardır ve bu devir “suçun maddi görünüş safhası” olarak adlandırılmaktadır²⁸⁹. Bu devrin esas özelliği, ne şekilde, kimin tarafından meydana getirilirse getirilsin sadece zararın göz önünde tutlması ve cezaî sorumluluk bakımından illiyet bağı ile yetinilmesidir. Diğer bir ifade ile ilkel devirlerde, cezaî sorumluluk için kusur aranmamakta ve zarar kusurun yerini tutmaktadır²⁹⁰.

Suçun manevi unsurunun önem kazanması, Glossatörlerin ve Postglossatörlerin Roma hukukunu adeta yeniden kurmaları ve bu durumu ile Roma hukukunun Alman hukukunu etkilemesi ile mümkün olmuştur. İtalyan hukukçuların özellikle 15.

²⁸⁵ Erem Faruk, Danışman Ahmet, Artuk Mehmet Emin, s. 430.

²⁸⁶ Hammurabi Kanunlarına göre cezaî sorumluluk, İbrani Ceza hukukunda cezaî sorumluluk, Hint'te Manu kanunlarına göre cezaî sorumluluk, Eski Yunan Ceza hukukunda sorumluluk, Roma hukukunda cezaî sorumluluk, Barbar kavimleri Ceza hukukunda sorumluluk, Kanonik hukukta cezaî sorumluluk için Bkz. İçel Kayıhan, s. 32-40.

İslâm Ceza hukukunda cezaî sorumluluk için ise Bkz. Udeh Abdülkâdir, Çeviren: Nuri Akif, İslâm Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk, İhya Yayınları, İstanbul, 1976, s. 551-706. İslâmiyet'te Ceza hukuku çerçevesinde, belirlenimcilik - (determinizm), serbest irade hakkındaki görüşler için Bkz. Dönmezer Sulhi, Cezaî Mesuliyetin Esası, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 432, Hukuk Fakültesi No. 96, İstanbul, 1949, s. 154-157; Serbest irade üzerine görüşleri, İslâm Felsefesinin geneli içinde araştırmak için Bkz. Ülken Hilmi Ziya, Eski Yunan'dan Çağdaş Düşünceye Doğru İslam Felsefesi, Cem Yayınevi, İstanbul, 1993, s. 11-387; İslâm Ansiklopedisi, M.E.B Devlet Kitapları, Eskişehir, 2001, cilt 4, s. 541; Bu konuda Mustafa Sait Yazıcıoğlu, aşağıda belirtmekte olduğumuz eserinin sunumuna şöyle yazmıştır: “İnsan hürriyeti meselesi, felsefenin olduğu gibi kelâmın da en önemli konularından birisidir. Değişik yönlerden incelenen probleme kelâmcılar “insan fiili” (action) açısından bakmışlardır. İnsanın yaptığı herhangi bir işteki hürlüğü onun sorumluluğunun sınırını da tayin eder”. Yazıcıoğlu Mustafa Sait, Mâtürîdî ve Neseffî'ye göre İnsan Hürriyeti Kavramı, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları: 2327, Düşünce Eserleri Dizisi: 22, İstanbul, 1997.

²⁸⁷ Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 37-38.

²⁸⁸ Ibid.

²⁸⁹ İçel Kayıhan, s. 32.

²⁹⁰ Ibid. Ayrıca Bkz. Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 39-46; Dönmezer Sulhi, Cezaî Mesuliyetin Esası, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 432, Hukuk Fakültesi No. 96, İstanbul, 1949, s. 7-17.

yüzyıldaki çalışmaları daha sonraları doğacak Müşterek Ceza hukukunun kaynağını teşkil etmiştir²⁹¹. 18. yüzyılın sonları ve 19. yüzyıl ise “Yeni Zamanlar Ceza hukuku devri” olarak adlandırılmıştır²⁹². Bu devir Ceza hukukunda önemli ve yeni gelişmelerin görüldüğü bir devirdir. Bir yandan Felsefe hareketleri²⁹³ ve mektepler mücadelesi²⁹⁴, öte yandan kanunlaştırma hareketleri Ceza hukukunda gelişmelerin yaşanmasına yol açmıştır. Müşterek Ceza hukukuna ve uygulamasına çeşitli tenkitlerin yöneltilmesi ile başlayan bu devrede Devletin ceza verme hakkının ve yetkisinin esası ve cezanın gayeleri üzerinde durulmuş ve düşünülmüştür²⁹⁵.

Ceza hukukunda sorumluluk meselesinin esası ve temelleri, cezaların ölçüsü ve infaz tarzı, ne gibi fiillerin suç sayılması gerektiği, tekerrür, teşebbüs gibi konularda “telifçi görüş” adı verilen bir görüş altında bir çok yazar müşterek düşüncelerde buluşunca, Ceza hukukunda genel bir teorik mutabakata ulaşılmış gibi oldu. Sonradan “olgucu” - “pozitivist” akımlar ortaya çıkınca, 19. yüzyıl başından itibaren oluşan ve az önce adını andığımız “telifçi akım”a, “Klasik teori”²⁹⁶ yahut “Klasik okul” adı verilmiştir. Bu ad, “Pozitivist okulun”²⁹⁷ kurucuları tarafından, karşıt görüşü ifade etmek üzere verilmiştir²⁹⁸.

Klasik teoriye göre, Medenî hukuk bakımından olduğu gibi, Ceza hukuku bakımından da, insan sebebiyet verdiği neticeden dolayı ancak bu sonuç kendisine isnat edilebilmekte ise sorumludur²⁹⁹. İsnat için failin kusurlu olması gereklidir³⁰⁰. Failin kusurlu olabilmesi için her şeyden önce kusur işlemeye ehil olması gereklidir. Bunun

²⁹¹ İçel Kayıhan, s. 41-43; Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 46-49.

²⁹² İçel Kayıhan, s. 43-45; Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 49-102.

²⁹³ Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 50-61.

²⁹⁴ Erem Faruk, Danışman Ahmet, Artuk Mehmet Emin, s. 439-441; Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 63-69.

²⁹⁵ İçel Kayıhan, s. 43.

²⁹⁶ Dönmezer Sulhi, Cezaî Mesuliyetin Esası, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 432, Hukuk Fakültesi No. 96, İstanbul, 1949, s. 18-33.

²⁹⁷ Ibid., s. 34-67.

²⁹⁸ Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 61-62.

²⁹⁹ Ibid.

³⁰⁰ Erem Faruk, Danışman Ahmet, Artuk Mehmet Emin, s. 437-439.

için bir kişinin irade serbestliğine ve temyiz kudretine malik bulunması gerekir³⁰¹. Klasik okul “irade özgürlüğü” varsayımından, başka ifade ile insanın davranışlarını seçme konusunda özgür olduğu düşüncesinden hareket etmektedir³⁰².

19. yüzyılda, Klasik okula önemli eleştiriler getirerek meydana çıkan Pozitivist okula göre, ceza sorumluluğunun esası toplumsal sorumluluktur. Bu demektir ki, Pozitivist okul, ahlâki sorumluluğu değil, failin sosyal tehlikeliliğini esas almaktadır³⁰³. Bu okul temsilcileri³⁰⁴, irade özgürlüğünü ret ederler. Suç işleyen kişiye yaptırım uygulanmasının sebebi, toplumu korumaktır.

Klasik ve Pozitivist okulların sorumluluk konusundaki düşünceleri bakımından karşılaştırma yapıldığını şu tespitlere ulaşılır:

Klasik okula göre ceza sorumluluğu, manevi sorumluluğa dayanır. Suç işleyen kusurlu olduğu için ve kusurlu ise sorumludur. Kusurlu sayılabilmek için irade hürriyetinin mevcut olması gerekir. İnsan için, irade serbestliğinin mevcut olduğunu Klasik okul mensupları kabul ederler³⁰⁵.

Pozitivist okula göre, irade özgürlüğü temelsiz bir faraziye dir. Determinizm insan hareketleri için de geçerlidir. Onlara göre, bilimsel olan böyle düşünmektir. Pozitivist okul bilimsel olma iddiasına rağmen içine düştüğü bu dogmatik tutumundan ötürü eleştirilere uğramıştır³⁰⁶. Pozitivist okula göre, kişinin cezalandırılmasının sebebi kusurluluğu değil, toplumun savunulmasıdır.

Esasında, ne Klasik okulun savunduğu gibi insan tamamen hür olduğu kabulü; ne de Pozitivist okulun irade hürriyetini kökünden ret edip, insanın belirlenimci ve gerekirci nedensellik zincirine tamamen mahkum olmasının kabulü hakikati yansıtmaz.

³⁰¹ Dönmezer Sulhi, Cezaî Mesuliyetin Esası, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 432, Hukuk Fakültesi No. 96, İstanbul, 1949, s. 20-21.

³⁰² Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 64.

³⁰³ Ibid., s. 66.

³⁰⁴ Lombrosso, Garofalo, Ferri gibi yazarlar. Bkz. Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s.72-87.

³⁰⁵ Erem Faruk, Danışman Ahmet, Artuk Mehmet Emin, s. 439; Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 88, Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 69.

³⁰⁶ Ibid., s. 67-68; Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 92-94.

Bu görüş Klasik ve Pozitivist görüşleri bağdaştırmaya çalışan Üçüncü okulun doğumuna vücut vermiştir³⁰⁷. Bu okul irade hürriyeti fikrini kabul etmekte, bununla beraber Pozitivist okulun savunduğu sosyal tehlikeliliği ve faillere karşı güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını kabul ederek, okullar arası bir bireşime (senteze) varmaya çalışmaktadır³⁰⁸.

20. yüzyılda ortaya çıkan “Toplumsal Savunma Akımı”na göre metafizik kavramlar bir yana bırakılmalıdır; irade serbestliği ve gerekircilik bunların başında gelmektedir³⁰⁹. Bu akımın temel gayesi, toplumu savunmak değil, topluma karşı bireyi korumak ve sosyalleşmesini sağlamaktır. Suçlu toplumdan dışlanarak değil, topluma yeniden kazandırılarak toplum korunacaktır³¹⁰.

VII. DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN TEORİLER

A. Genel Açıklama - Milletlerarası Hukukun Niteliği

Her hukuk sisteminin kudreti, kurallarının etkin olarak uygulanabildiği ölçüde mevcuttur³¹¹. Hukuk sistemlerinin sosyal işlevi olan, hukukun kişileri arasındaki ilişkileri düzenleme amacı, ancak kurallarının etkin bir şekilde uygulanması ile gerçekleşebilir. İç hukuk sistemleri, bu etkinliği, ülkeden ülkeye farklı derecelerde olmakla beraber, Devletin temin ettiği kamu düzeni ve Devletin, uyrukları üzerindeki, hukukun gerektirdiği yaptırımları uygulama yetkisi ile güvenceye kavuşturmaktadır. Elbette, iç hukuk sisteminin etkinliği, ülkedeki kişilerin toplumsallaşma derecesi ve bununla etkileşimli olarak Devletin, toplumla olan dikey ilişkisi ve hukukun üstünlüğünün tesis edilebilmesi neticesinde biçimlenmektedir. İç hukuk sistemlerinde, egemen hukuk kişisi Devlet, hukukun uygulanmasını güvenceye kavuşturmaktadır.

³⁰⁷ Alimena, Manzini, Carnevale bu okulun önde gelen temsilcileridir. 1929 Yugoslav, 1932 Polonya, 1937 Romanya ve İsviçre Ceza Kanunları yapılırken bu okulun ilkelerine dayanılmıştır. Bkz. Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 69.

³⁰⁸ Bkz. Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, s. 94-95.

³⁰⁹ Ibid., s. 97.

³¹⁰ Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, s. 69.

³¹¹ Akal Cemal Bali, “Devlet, Yasa, Hakimiyet”, Cumhuriyetin 75. Yıl armağanı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1999, ss. 19-57.

Milletlerarası toplum, dikey olarak organize olmuş bir toplum değildir. Bütün kişilerinin üzerinde egemenlik yetkisine sahip, üstün bir hukukî kişilik mevcut değildir³¹². Aksine, her bir egemen Devlet, hukuken, diğer Devletlerle eşittir. Dolayısıyla, milletlerarası toplumun kişileri arasındaki ilişkileri düzenleme amacındaki milletlerarası hukukun etkinliği, iç hukuktaki yapıdan farklı ilkelere dayanmak zorundadır³¹³. Milletlerarası düzende, Devletler hem hukuku meydana getiren kişilerdir, hem de bu hukuka tabidirler³¹⁴. Bu yapı karşısında, milletlerarası hukukun etkinliğini temin eden en önemli sebep, karşılıklı menfaatler uyarınca, her Devletin, diğer bir Devletin haklarına saygı göstermek mecburiyetinde kalmasıdır³¹⁵. Karşılıklı bağımlılığın artmasıyla, bu olgu, Devletler için etkisini gittikçe arttıran bir hâl almaktadır. Karşılıklı haklara saygı ve ödevlere riayet neticesinde, Devletler arasındaki işbirliği gelişebilmektedir ve aralarında işbirliği geliştikçe, haklara ve ödevlere riayetin gerekliliği artmaktadır³¹⁶.

Sözünü ettiğimiz milletlerarası düzenin temelleri 16. yüzyılda atılmıştır ve milletlerarası hukukun etkinliğine ilişkin temel sorunsal daha o yüzyıldan itibaren kendini hissettirmiştir. Marie-Hélène Renault, “Histoire du droit international public”³¹⁷ adlı kitabında söz konusu yapıyı ve sorunsalı bir sayfada aktarabilmiştir:

“Orta Çağın evrenselci rüyalarından sonra, 16. yüzyılda, her biri derin millî duygular ile güdülenen egemen Devletlerden oluşan bir (milletlerarası) toplum meydana geldi. Bu Devletler, otoritelerini sınırlı bir ülkede tam olarak uyguluyorlardı ve komşuları ile sürekli ve kimi zaman barışçı, kimi zaman ise çatışmacı, az ya da çok ilişkiler kuruyorlardı. Bağımsızlıkları ve egemenlikleri hakkında kıskanç birçok Devletten oluşan bir milletlerarası toplumda, belirli bir düzenin sağlanması ihtiyacı kendisini dayatıyordu.

³¹² Gardinier Richard K., International Law, Pearson Longman, London, 2003, s. 436-464.

³¹³ Yakemtchouk Romain, La Bonne Foie dans la Conduite Internationale des Etats, Editions Techniques et Economiques, 2002, s. 244-248.

³¹⁴ Ruzié David, Droit international public, Dalloz, Paris, 2000, s. 4.

³¹⁵ Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, 8. édition, Dalloz, Paris, 2006, s. 412, par. 409.

³¹⁶ Decaux E., La réciprocité en droit international, Paris, LGDJ, 1980, Aktaran: Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 412, par. 409, ayrıca Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s.59, par. 83.

³¹⁷ Milletlerarası Hukukun Tarihi.

Üstün bir güç altında oluşmayan organik bir toplumun eksikliği -hristiyanlık, papalığın devletüstü bütün otoritesini kaybetmişti- yerine, Avrupa’da, eşitlik ve denge ilkesine dayalı bir düzen yerleşmekteydi. Bu düzen en güçlülerin hırslarını kabartsa da; Avrupa’da, bütün ittifakları, taahhütleri ve Devletlerin tarafsızlığını belirleyen denge ilkesi, eski bir İtalyan uygulamasıydı. 15. yüzyılın sonunda, bir İtalyan şehir Devleti ne zaman çok güçlense, diğerleri dengeyi yeniden kurmak için birleşirlerdi. Denge ve eşitlik siyaseti, gücün yoğunlaşmasına karşı doğal tepki olarak, Avrupalı güçler arasındaki ilişkilerde yayılmaktaydı.

16. yüzyıldan itibaren, sorulmaya devam edilen esas soru basittir. Bir Devlet, egemenliğini terk etmeden, nasıl verdiği söze saygı göstermekle kendini bağlayabilir? Başka türlü bir ifade ile Devletler için, aralarında çıkabilecek olası ya da gerçekleşmiş (ekonomik, dini, toprak ile ilgili) çeşitli sorunlarda, menfaatleri doğrultusunda uygulayabilecekleri çözüm yolları nelerdir? Egemenler arasındaki sürekli temas ile yüzleşme, milletlerarası ilişkileri idare eden kuralları meydana çıkartmaktaydı. Dağınık, gayri-yeknesak ve yazılı olmasa da bu kurallar, şöyle ya da böyle, normatif bir sistemin başlangıcıdır”³¹⁸.

Milletlerarası Hukuk, milletlerarası toplumu oluşturan kişilere uygulanacak hukuk kurallarını bünyesinde barındırır. Bu kişiler Devletler, milletlerarası örgütler ve bazı durumlarda gerçek kişilerdir³¹⁹. Bu milletlerarası normatif düzen, milletlerarası toplumun organize edilmesinde başat rol oynamaktadır. Milletlerarası ilişkilerin anarşiden kurtulabilmesi ve kararlı bir istikrara kavuşabilmesi, Devletlerin “beraber varolabilmelerine” ve aralarında “adaletin” temin ve tesis edilebilmesine de bağlıdır³²⁰. Devletlerarasındaki müşterek menfaatlerin gerçekleşmesi ve işbirliğinin gelişebilmesi bu normatif düzenin sağlayacağı hukukî istikrara doğrudan bağlıdır.

İfade ettiğimiz gibi, iç hukuk sistemlerinde ya da milletlerarası hukukta, hukukun gücü, kurallarının etkin bir biçimde uygulanmasına bağlıdır. Diğer bir deyiş ile kuralların çiğnenmesi durumunda, hukukun tepki gösterebilme yeteneği ve hukuka aykırı durumu düzeltebilme kabiliyeti, o hukuk sisteminin gücünü meydana getirir. Bundan ötürü, her hukuk düzeninin, kişilerin hukuk kurallarını ihlâl etmeleri ve bu kuralların getirdiği yükümlülükleri yerine getirmemeleri halinde, sorumluluğu

³¹⁸ Renaut Marie-Hélène, Histoire du droit international public, Ellipses, Paris, 2007, s. 53. Ayrıca, milletlerarası hukukun 15. yüzyılın sonu ile 17. yüzyılın ortasına dek olan ilk oluşum zamanının ele alındığı bir eser için Bkz. Atalay Ahmet Halûk, Milletlerarası Hukukun Oluşumu -İlk Küreselleşme Dönemi (1492-1648)-, Göçebe Yayınları, İstanbul, 1997.

³¹⁹ Ruzié David, s. 1.

³²⁰ Burgi N., Golub S.P., “Le Mythe Trompeur Du Postnational”, Le Monde Diplomatique, Avril, 2000.

öngörmek mecburiyetinde olduğu belirtilmiştir³²¹. Hukuk düzeninin, olmazsa olmaz niteliği, kuralların çiğnenmesi halinde bu fiilin failinin maddi³²² yaptırıma uğratılacak olmasıdır. Bunu düzenleyen hukuk müessesesi sorumluluktur³²³. Her hukuk sisteminde, hukuk kuralına aykırılığa, birtakım hukukî neticeler bağlanmıştır³²⁴. Bu neticeler arasında, en genel olanı, hukukî bir yükümlülüğü ihlâl eden kişinin, haklarını çiğneyerek zarar verdiği kişi nezdinde işlediği ihlâlin hesabını vermesidir³²⁵. Bu hesap, kişinin kendi davranışlarının ya da kendi yetki alanına giren bir olayın sonuçlarını üstlenmesinden ileri gelmektedir ve bunu tanımlayan kavram, sorumluluktur³²⁶.

Milletlerarası toplumda, Devlet, egemen hukuk kişisi olarak, kendi kararlarını iradî olarak, serbestçe oluşturmakta ve davranışlarını serbestçe tayin etmektedir. Bununla beraber, Devletin bu serbestliği, diğer Devletlerin serbestliği ile çarpışmaktadır. Bu çarpışmanın olduğu yerde, sorumluluk müessesesi, Devletlerin aralarındaki ilişkileri düzenleyici mekanizma vazifesini görmektedir³²⁷. Devletlerin

³²¹ Bkz. Dinh Nguyen Quoc, Daillier Patric, Pellet Alain, Droit International Public, Paris, LGDJ, 1999, s. 740, par. 468; Combacau Jean, Sur Serge, Droit International Public, 7. édition, Montchrestien, Paris, 2006, s. 517; Verhoeven Joe, Droit International Public, Larcier, Bruxelles, 2000, s. 609.

³²² Ahlâk ve din kurallarının yaptırımı olan manevi yaptırımdan ayırmak üzere maddi yaptırım tabirini kullanıyoruz.

³²³ Cemil Bilsel, bizce bu hususu çok veciz bir biçimde ifade etmiştir: “Cemiyet hukuksuz, hukuk müeyyidesiz, müeyyide mes’uliyetsiz olmaz”, Bilsel Cemil, Devletler Hukuku, Birinci Kitap, Devletler, Kenan Basımevi, İstanbul, 1941, s.219. Emmanuel Decaux’ya göre ise, sorumluluk meselesi, her hukuk düzeninin tam merkezinde yer alan meseledir -“La question de la responsabilité est au cœur de tout ordre juridique”-. Yazara göre, milletlerarası hukukta da, Devletler arasında modern tahkimin ilk adımlarıyla beraber, ABD ve Birleşik Krallık arasındaki, 1794 tarihli Jay Antlaşması ile birlikte görüldüğü üzere, özellikle yabancı kişilerin ve yabancıların mallarının korunmasına ilişkin, Devletler arasında sorumluluk düşüncesinin belirlediği tespit edilmektedir; Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 62, par. 88.

³²⁴ Bkz. Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 472, par. 456; Combacau Jean, Sur Serge, Droit International Public, 7. édition, Montchrestien, Paris, 2006, s. 517 (eserde, Devletin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin bahsi -Chapitre IX : La responsabilité internationale de l’Etat- Jean Combacau yazmıştır).

³²⁵ Dinh Nguyen Quoc, Daillier Patric, Pellet Alain, s. 740, par. 468.

³²⁶ Lat: *respondere*. Türk Hukuk Lügati’nde (Türk Hukuk Lügati, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s. 230), sorumluluk “riyeti lazım kaideye aykırı hareketin hesabını verme hali” olarak gayet kısa ve güzel tanımlanmıştır.

³²⁷ Dinh Nguyen Quoc, Daillier Patric, Pellet Alain, s. 740, par. 468; eserde, Devletlerin milletlerarası sorumluluğu ilkesinin, Devletlerin egemen eşitliği ilkesi kadar eski olduğu aktarılmakta ve Charles de Visscher’in, Devletlerin milletlerarası sorumluluğu müessesesini, “(Devletlerin) eşitliğinin mecburi tamamlayıcısı” olarak görmesine hak verilmektedir. Bunun kanaatimizce gerekçesi, neticede, şayet Devletler eşitse, bu eşitliğin ancak haklarda olduğu kadar, ödevlerde de eşitlik olması gerektiğidir.

milletlerarası sorumluluğunun mekanizmalarının gelişmesi zaman almıştır. Milletlerarası yasama organının mevcut olmadığı ve (çoğu halde) mecburi yargının bulunmadığı milletlerarası düzende, sorumluluk mekanizmaları, ancak, 19. yüzyılda, milletlerarası tahkime daha sık başvurulması sayesinde, milletlerarası örf ve âdet hukuku kuralları olarak gelişme imkânı bulabilmiştir³²⁸.

Milletlerarası hukukun şekli kaynakları, Devletleri bağlayan bir hukukî muameleler kümesi oluşturmaktadır ve bunlardan Devletlerin uyması gereken hukukî yükümlülükler doğmaktadır³²⁹. Bu yükümlülükler için “birincil yükümlülükler” denilebilir ve bunlar verilen taahhütlerin yerine getirilmesini gerektirmektedirler³³⁰. Bu yükümlülüklere uyulmadığında, Devletin sorumluluğundan ileri gelen yükümlülükler ortaya çıkmaktadır. Sorumluluktan doğan bu yükümlülüklere ise “ikincil yükümlülükler” denilebilir. Sorumlu Devlet, ihlâl ettiği birincil yükümlülüklere uyma gerekliliğinin yanı sıra, artık ikincil yükümlülükleri de karşılamalıdır³³¹.

Öğretide, sorumluluğun kavramsal tanımı ve işlevi üzerine iki farklı teorik yaklaşım vardır³³². Bunlardan biri, Devletin milletlerarası sorumluluğunu, hukukî sorumluluk çerçevesinde dar bir biçimde tanımlamakta ve işlev olarak da sınırlı rol öngörmektedir. Daha yeni ortaya çıkan diğer görüşe göre ise, milletlerarası sorumluluk, klasik hukukî sorumluluk tanımının yanı sıra, milletlerarası hukukun etkinliğini arttırıcı daha fazla rol oynayabilir ve milletlerarası hukukta, Devletlerarasında, düzenleyici - regülatör mekanizma vazifesi görebilir.

İki farklı görüş arasındaki farkı anlayabilmek için, Devletin, milletlerarası yükümlülüğüne aykırı davranışlarının olası sonuçlarının bir dökümünü yapmak faydalı olabilir³³³. Bu sonuçlardan ilki, esasında doğrudan sorumluluk hukuku ile ilgili değildir. Bu sonuç, ihlâl neticesinde, Devletlerarasındaki birincil hukuk kuralının, örneğin

³²⁸ Milletlerarası tahkimin gelişmesi hakkında Bkz. Dinh Nguyen Quoc, Daillier Patric, Pellet Alain, s. 831, par. 525; Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 154–157, par. 208–210.

³²⁹ Ibid. s.58, par. 82.

³³⁰ “Antlaşmalara iyi niyetle uyma yükümlülüğü” örnek olarak gösterilebilir; ibid.

³³¹ Ibid.

³³² Combacau Jean, Sur Serge, s. 520.

³³³ Ibid.

antlaşmanın akıbeti ile ilgilidir. Bazı durumlarda, bir yükümlülüğün ihlâl edilmesinin etkisi, yükümlülüğün kendisini oradan kaldırmak olabilir. Örneğin, mağdur Devlet, iki taraflı bir antlaşma ihlâl edildiğinde, bunu sona erdirmeyi tercih etmiş olabilir. Fakat Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun açıkça belirttiği gibi, bir antlaşmayı ihlâl etmek tek başına antlaşmayı sona erdirmemektedir³³⁴. Mağdur Devlet, Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nda belirtildiği üzere antlaşmayı sona erdirmelidir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun 60. maddesi, sadece antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlâli içindir. 60. madde, antlaşmayı askıya alma ya da sona erdirmeye hakkını tanımakla beraber, ihlâlden kaynaklanan sorumluluk için bir düzenleme öngörmemekte, sorumluluğun, zararın onarımını hedefleyen esas neticelerine değinmemektedir.

İhlâlin ikinci ve sorumluluk hukuku ile doğrudan ilgili neticesi, sorumlu Devletin, sorumluluktan doğan yükümlülükler ile karşılaşmasıdır. Bu yükümlülükler, hukukî sorumluluk çerçevesi içerisinde, ihlâle son vermek ve ihlâlden doğan neticeleri onarmaktır. Bu onarım yükümlülüğünün esas hedefi, elbette, mağdur Devletin uğradığı zararı onarmaktır.

Farklı görüşlerin çatıştığı esas saha, ihlâlden doğan üçüncü olası neticedir. Şayet, sorumlu Devlet, uyması gereken birincil yükümlülüğe uymamakta ısrar ediyorsa, yani ihlâle son vermiyor fakat devam ediyorsa ve-veya sorumluluğundan kaynaklanan onarım yükümlülüğünü yerine getirmiyorsa, sorumluluk mekanizması dâhilinde, sorumlu Devlet, bazı tepkilere uğrayacaktır. Bu tepkiyi, öncelikle mağdur Devlet gösterebileceği gibi, kolektif bir hukukî menfaatin söz konusu olduğu bazı durumlarda diğer Devletler de gösterebilir³³⁵. Sorumluluğun, yukarıda ifade ettiğimiz regülatör yani “yeniden düzenleyici” rolü, bu üçüncü durumda meydana gelmektedir. Sorumluluk mekanizması, Devletlerarasındaki hukuken patolojik - bozulmuş - işlemeyen durumu düzeltmek için tedbirler öngörmektedir. Görüşler arasındaki ihtilaf, sorumluluğun bu işlevi üzerinde yoğunlaşmaktadır.

³³⁴ **Gabcikovo-Nagynaros Projesi davasında**, Milletlerarası Adalet Divanı, tarafların yaptığı ihlâllerin antlaşmanın kendisini sona erdirmedeğini belirtmiştir; **Gabcikovo-Nagynaros Projesi davası**, (Projet Gabcikovo-Nagynaros), C.I.J. Recueil 1997.

³³⁵ Komisyon, bu tepkileri karşı-önlemler başlığı altında düzenlemiştir.

Sorumluluğun mekanizma - düzenek olarak, milletlerarası hukukta oynadığı düzenleyici³³⁶ rol, sorumlunun yükümlülüklerini yerine getirerek, Devletlerarasındaki milletlerarası ihtilafın çözümlenmesi ve hukukî barışın yeniden tesis edilmesidir. Ancak, sorumlu Devlet, yükümlülüklerine uymazsa, mağdur Devlet aktif - etkin hale geçmekte, hukuka uygun olarak uyguladığı meşru müdafaa ya da karşı önlemler ile sorumlu Devleti, yükümlülüklerine uygun davranmaya sevk etmeye çalışmaktadır. İhlâl muhatap olan Devletin gösterebileceği bu tepkilerin, sorumluluk hukuku içerisinde düzenlenmesi, bu tepkileri hukukî bir düzene oturtmakta ve milletlerarası ilişkilerde anarşi - kargaşa ortamının doğmasına mani olma işlevini yerine getirmektedir.

Devletin milletlerarası sorumluluğu mekanizması, hukukî sorumluluk esasına dayanır. Devletlerin ceza sorumluluğu müessesesi, milletlerarası hukuka yabancıdır³³⁷. Mağdur Devlet, sorumlu Devleti cezalandırma amacıyla hareket edemez. Bu esas, kanaatimizce, hukukî barışın sağlanması ve korunması için daha uygun olan tercihtir. Nitekim milletlerarası hukuktaki kabul edilen esas da budur. Klasik olarak, sorumluluğu, hukukî sorumluluk olarak tanımlayan görüş bu kanaattir. Bu görüşün karşısında, Devletin milletlerarası sorumluluğu müessesesini cezaî karaktere büründürmeğe yatkın bir görüş de mevcut olmuştur³³⁸. R. Ago'nun, Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun 2001 metninde kaldırılan, "Devletin, milletlerarası toplumun temel menfaatlerini korumak için esaslı öneme haiz yükümlülükleri"nin ihlâlini "suç" olarak tanımlayan ve Komisyon'un 1996 metninin 19. maddesinde kendisine yer bulan görüşü, Devletin cezaî sorumluluğunu öngörmekteydi. Ceza hukuku ilkelerini, Devletlerin milletlerarası sorumluluğuna uygulamak, milletlerarası hukukun mevcut durumunda ortadan kaldırılamaz hukukî engellerle karşılaşır. Cezaî sorumluluk, her

³³⁶ "Regülâtör" anlamında "düzenleyici" kelimesini kullanıyoruz.

³³⁷ Verhoeven'in yazdığına göre, kökeni Napolyon'un kanunlaştırma hareketine dayanan hukuk sistemi geleneğinde, terminolojik olarak, onarım yükümlülüğü hukukî sorumluluktan, suçun yaptırımını olan ceza ise cezaî sorumluluktan kaynaklanır; Verhoeven Joe, s. 610.

³³⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun 2001 metninde kaldırılan, "Devletin, milletlerarası toplumun temel menfaatlerini korumak için esaslı öneme haiz yükümlülükleri"nin ihlâlini "suç" olarak tanımlayan 19 maddesinin 2 fıkrası bu görüşü yansıtmaktaydı; Bkz. Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi mad.19 & 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats, art.19 & 2, Annuaire de la Commission du droit international, 1976, II/2, s. 89. Ayrıca Bkz. Combacau Jean, Sur Serge, s. 522.

şeyden önce, suçun tanımını içeren normatif düzenlemeye ihtiyaç gösterir. Aksi halde kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi çiğnenmektedir ki, bu ilkenin olmadığı bir cezaî sorumluluk mekanizmasına, hukuk demek, her halde mümkün değildir. Öte yandan, cezaî sorumluluğun gereği olan yaptırımı, yani cezayı uygulayacak, üstün bir kamusal otoriteye ihtiyaç vardır. Hâlihazırda, milletlerarası hukuk, Devletlerin egemen eşitliği ilkesine dayanmaktadır ve Devletlerin üzerinde böyle bir üstün otorite mevcut değildir. Bu otoritenin olmadığı bir milletlerarası düzende, ceza sorumluluğunun tespit edileceği, kamu davasını açacak merci de mevcut değil demektir. Bu engellerin yanı sıra kanaatimizce daha esaslı bir engel mevcuttur. Ceza hukukunda, cezalandırılmaya müstahak olan kusurlu iradedir ve bu irade gerçek kişilerin yani insanların tekelindedir. Soyut bir hukukî müessese ve kişi olan Devletin, cezaî sorumluluğunun olabilmesi için cezalandırılmaya müstahak bir psikolojik yapısının olması gerekmektedir ki, Devletler için böyle bir psikolojik kişilik mevcut değildir. Suçlu olan ve olmaya aday olanlar insanlardır. Dolayısıyla, gerçek kişilerin milletlerarası cezaî sorumluluğu müessesesi vazife görmelidir. Aksi takdirde, esas suçlu insanların cezaî sorumluluğu, Devletin sorumluluğu içerisinde göz ardı edilebilir.

Nitekim Komisyon'un 2001 metninde, eski 19. maddenin düzenlemesi yerine, yeni 40. madde geçirilmiştir. Bu madde, "Genel Milletlerarası Hukukun Emredici Kurallarından Kaynaklanan Yükümlülüklerin Ağır İhlâlleri" kavramı çerçevesinde, milletlerarası toplumun geneline karşı sorumluluğu öngörmüştür³³⁹. Bu düzenleme, Devletlerin milletlerarası hukuku ihlâl eden haksız fiilleri arasında farklı bir kategori yaratmamakta, bu fiiller arasında bir ayırım yapmamakta, bazılarını suç olarak tanımlamamaktadır. Ancak, milletlerarası hukukun emredici hükümlerinin getirdiği yükümlülüklerin ihlâl edilmesi Devletlerin sorumlulukları konusunda bazı özel sonuçlar yaratmaktadır. Milletlerarası hukukun emredici kuralları, *jus cogens* kurallar ve milletlerarası toplumun bütününe karşı olan, *erga omnes* yükümlülükler, aynı olgunun

³³⁹ "Devlet şücu" konusuna ilişkin incelediğimiz ve başvurulabilecek belli başlı çalışmalardan bazıları şunlardır: Palsimano Guiseppe, "Les clauses d'aggravation de la responsabilité des Etats et la distinction entre crimes et delits internationaux", Le Droit Federal Belge Des Relations Internationales, Tome 98, 1994, 3, ss. 629-673; Hoogh A.J.J., "The Relationship between Jus Cogens, Obligatio Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective", Austrian J. Publ. Intl. Law 42, 1991, ss. 183-214; Gilbert Geoff, "The Criminal Responsibility of State", International and Comparative Law Quarterly, Volume 39, 1990, ss. 345-369; Bowett D.W., "Crimes of State and the 1996 Report of The International Law Commission on State Responsibility", EJIL 9, 1998, ss. 163-173.

farklı görünümleridir. Özünde bu iki kavramın içerikleri (*jus cogens* kurallar - *erga omnes* yükümlülükler) birbirleriyle yakından ilişkilidirler³⁴⁰.

Klasik pozitivizmin önde gelen yazarlarından Dionizio Anzilotti, 20. yüzyılın başında, milletlerarası düzende, hukuk kurallarının doğduğu tek gerçek kaynağın, Devletin iradesi olduğunu yazmıştır³⁴¹. Yazara göre, “*her hukuk düzeni, birbirleri ile ilişkili bir kurallar bütünüdür, belirli kişiler üzerinde bağlayıcı bir gücü vardır ve hukuka uyulmaması durumunda önceden belirlenmiş sonuçlar doğurur. Bu nitelikler, milletlerarası hukuk düzeninde de geçerlidir*”³⁴².

Milletlerarası hukukun kendine özgü özelliklerinden söz ederken, belirtilmesi gereken en önemli nokta, hukuk ihlâl edildiği takdirde uygulanacak yaptırımları belirleyecek ve bunların gerçekleştirilmesini sağlayacak merkezi bir otoritenin bulunmamasıdır. Bu olgu, milletlerarası hukukun etkinliği sorunu üzerine getirilen eleştirilerin de esas kaynağıdır. Bu eleştiriler getirilirken, iç hukuk modellerindeki dikey toplumsal yapılanmaya özgü kavramlarla düşünülmekte, milletlerarası hukukun düzenlediği sosyolojik sahanın gereklerine özgü düşünsel yapılar ihmal edilmektedir. Biz çalışmamız boyunca, milletlerarası hukukta Devletin milletlerarası sorumluluğunun kaynağını ve sonuçlarını incelerken, milletlerarası hukukun düzenlediği sahanın yapısını ve Devletlerin birbirleri ile olan hukukî eşitliklerini ve her birinin egemenliklerinden ileri gelen sonuçları da anımsatmaktayız. Zira bu belirttiğimiz noktalar, özellikle “sorumluluk” konusunda, iç hukuk modellerindeki klasik anlayışların ötesinde, milletlerarası hukuka özgü anlayışların geliştirilmesinin başlıca nedeni olmuştur.

³⁴⁰ “*Erga Omnes* yükümlülükler” konusuna ilişkin incelediğimiz ve başvurulabilecek belli başlı çalışmalardan bazıları şunlardır: Ragazzi Maurizio, *The Concept Of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon Press, Oxford, 2002, s. 189-219; Orakhelashevili Alexander, *Peremptory Norms In International Law*, Oxford University Press, New York, 2006, s. 7-34; Simonart M. Henri, “*La Méconnaissance Des Normes Supérieures De Droit International*”, *Les Responsabilité Des Pouvoirs Publics*, Actes du Colloque Interuniversitaire Organisé Les 14 et 15 Mars 1991, Bruylant, Bruxelles, 1991, ss. 343-363; Başlar Kemal, “*Uluslararası Hukukta Erga omnes Kavramı*”, MHB, Yıl 22, 2002, ss. 75-107; Anacker C., “*The Legal Régime of Erga Omnes Obligations in International Law*”, *Austrian J.Publ. Intl. Law* 46, 1994, ss. 131-166; Pegna O.L., “*Counter-claims and Obligations Erga Omnes before the International Court of Justice*”, *EJIL*, 9, 1998, ss. 724-736.

³⁴¹ Anzilotti D., “*La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers*”, *RGDIP* 1906, vol. XIII.

³⁴² Anzilotti D., “*La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers*”, *RGDIP* 1906, vol. XIII., s.14.

Esasında, milletlerarası hukukun düzenlediği sahanın ve ilişkilerin geniş sınırları göz önünde bulundurulduğunda, milletlerarası hukukun ihlâli oldukça seyrektr. Fakat söz konusu ihlâller, özellikle politik açıdan önemi fazla olan konularda olunca, göze batar ve rahatsız edici olmaktadır. Bizce, bu genel rahatsızlık bile, milletlerarası kamuoyunda, milletlerarası hukuka uyulması gerekliliği düşüncesinin ne kadar yerleşik olduğunun bir kanıtıdır. Yeryüzünde, insanlığın paylaştığı ve çoğu zaman, milletlerarası hukukun kuralları ile örtüşen bir adalet duygusu mevcuttur. Hukuk kurallarının ihlâl edilmeleri halinde ortaya çıkan sorumluluk konusu da hukukun saygınlığı ve adalet duygusu ile yakından ilişkilidir.

Milletlerarası hukukta merkezi bir otoritenin mevcut olmaması, iç hukuk modellerindeki yapılanmanın önemli ölçüde haricinde bir yapılanmayı gerektirmektedir. Bunun neticesinde, milletlerarası hukukun kendine has niteliği belirlemektedir. Bu nokta, milletlerarası hukukun her kurumu incelenirken hatırd tutulmalıdır. Merkezi bir otoritenin noksan olduğu milletlerarası hukuk düzeni, öncelikli olarak her biri egemen olan Devletlerarasındaki ilişkilerde geçerli olan bir hukuk düzenidir. Bu nokta da milletlerarası hukuka kendine özgü özellikleri bahşeden, karakteristik bir noktadır.

Milletlerarası hukuk, pozitivist akımların ortaya koyduğu gibi esas olarak ve öncelikle Devletlerin iradelerinden kaynaklansa da Devletlerin teker teker değil, fakat birlikte oluşturdukları bir hukuktur. Dolayısı ile her Devlet, diğer Devletlerin varlığı karşısında ve onlarla birlikte yaşamak zorunda olduğundan, milletlerarası hukuku görmezlikten gelememektedir. Milletlerarası hukuku ihlâl etse bile, gene milletlerarası hukukun kavramlarıyla kendisine bir ölçüde haklı bir temel aramaktadır. Hal böyleyken, iç hukuktaki kadar yerleşik ve sağlam bir temel üzerinde olmasa da, milletlerarası hukukun üzerine bina edildiği, genel bir uzlaşma, “bir toplumsal sözleşme” mevcuttur denilebilir³⁴³. “Toplumsal sözleşme” kavramını anımsatmamızın nedeni, “hukukun düzenlediği toplumsal yapı”ya geçişte, bu kavramın, kuramsal bir temel olarak kullanılmasının oldukça yerleşmiş olmasıdır. Belirtmek istediğimiz nokta, aynı kavramın, milletlerarası toplumdan söz edilirken de alışılmış felsefî kalıplarda kalınmak istenirse, biraz zorlama ile dahi olsa, kullanılabilecek olduğudur.

³⁴³ Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, 4. édition, Dalloz, Paris, 1998, s.13.

Milletlerarası hukukta, birbirine eşit, egemen otoriteler olan Devletler üzerinde merkezi ve onlara üstün bir evrensel otoritenin bulunmadığı gerçeği, milletlerarası hukuka esas özelliğini vermektedir. Bu saptamamız ile iç hukuk modelleri ile yapılacak bir kıyaslamaya verilecek cevabın temelini hazırlamaktayız. Bu cevap, esasında başka bir sorunun gelmesine engel olacak niteliktedir. Öyleki, evrensel bir merkezi otorite, bir evrensel Devlet olduğu düşünülürse, artık milletlerarası hukukun yürürlükten kalkacağı düşünülmelidir. Milletlerarası hukukun yerini bu durumda “evrensel Devletin” kamu hukuku alacaktır. Milletlerarası hukuk düzeni diye bir hukuk düzeninin varlığına ihtiyaç duyulmasının nedeni, zaten bu hukuk tarafından düzenlenmesine ihtiyaç duyulan, kendine özgü bir sahanın bulunmasıdır. İç hukuk modelleri ile yapılacak bir kıyaslama ile bu hukukun ne ölçüde bir hukuk düzeni olduğunu sorgulama, bizce, bu yüzden mantıki bir temelden yoksundur. Elbette, hukuk, düzenlediği sahanın niteliklerine göre özellikler taşıyacaktır. Milletlerarası hukuk da milletlerarası ilişkilerin niteliğine özgü bir yapı geliştirmiştir. Bu yapıyı kendi niteliklerini göz önünde tutarak kavramak doğal olandır.

Devletler üzerinde merkezi ve onlara üstün bir otoritenin bulunmamasının en açık iki sonucu, hukukun ne olduğunun objektif bir şekilde belirlenmesinde, uygulamada karşılaşılan engeller ve hukukun ihlâli halinde doğan neticelerin çözümlenmesindeki güçlülüdür. Bu özellik ihmal edilip, iç hukuktaki yapılanma arandığında milletlerarası hukukun varlığı dahi yadsınabilmektedir. Fakat milletlerarası hukuku, kendine has bir hukuk dalı yapan da bu özelliğidir.

Milletlerarası hukukun, bir hukuk sistemi olarak kabulüne önemli eleştiriler getiren Raymond Aron, bu sistemin doğası konusunda şunları ifade ediyor³⁴⁴:

“Devletlerarasındaki ilişkilerin yürütüldüğü ortamın yapısı ve özellikleri Devletin içindeki ortamın özelliklerinden farklıdır. Birincisinde doğal durum asılken ikincisinde medeni durum söz konusudur”.

Yazar “medeni durum” kavramı ile hukuk tarafından düzenlenmiş toplumsal durumu ifade etmektedir. Bu durumun karakteristik özelliği, hukuken, şiddet kullanma

³⁴⁴ Çağırın Mehmet Emin, “Raymon Aron Ve Milletlerarası Hukukun Hukuk Niteliği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt LVI, sayı 1-4, yıl:1998’den, Aron Raymond, Paix et Guerre entre les nations, 8. baskı, Calman-Lévy, Paris, 1984.

tekeline Devletin sahip olmasıdır. İç politika, şiddet kullanma tekeli meşru otoriteyi elinde tutanlara verirken, dış politika silahlı kuvvetlere sahip birçok güç merkezi olduğunu kabul eder. İnsanlık evrensel bir Devletin çatısı altında toplanmadığı sürece iç politika ile milletlerarası politika arasındaki bu temel farklılık devam edecektir. Raymond Aron, Devletlerin karşılıklı ilişkilerinde, doğal durumdan henüz çıkmamış olduklarını düşündüğünü de ekler. Milletlerarası sistemin başlıca unsuru olan Devletin temel özelliği, her şeyden önce egemen olmasıdır. Ne kendi sınırları içerisinde, ne de diğer Devletlerle ilişkilerinde kendinden üstün bir otorite tanımaz. Aron, egemenliği böyle tanımlarken, egemenliği “mutlak egemenlik” anlamında kullanmaktadır.

Milletlerarası hukukun bağlayıcı gücü, onun etkinliğini sağlayacak en önemli unsurların başındadır. Yukarıdaki eleştirilerin merkezinde, milletlerarası hukukun yeterince etkin görülmemesi bulunmaktadır. Milletlerarası Daimi Adalet Divanı, **Lotus davası**ndaki 7.9.1927 tarihli kararında, klasik pozitivizmin temel ilkelerinden biri olan “Devletleri bağlayan hukuk kurallarının, onların iradelerinden doğduğu” ilkesine yer vermiştir³⁴⁵. Bu ilkenin belirlediği olgudan çıkan sonuç, Devletlerin yarattıkları kuralların kendi üzerlerinde etkin olduğudur.

Yarattıkları kuralların aynı zamanda kendi üzerlerinde etkin olmasından ötürü, Devletler gerek kendilerinin, gerekse bir başka Devletin kendilerine yönelik yükümlülüklerinin neler olduğunun yorumlayıcılarıdır. Bir başka ifade ile milletlerarası hukukta, “kimse kendi davasında kendisinin yargıçı olamaz” ilkesi tersine çevrilmiştir. Her Devlet, milletlerarası hukukta hem yargıç (mecazi olarak), hem taraftır. Bu durum, hukuk kurallarının objektif bir şekilde uygulanmasının önündeki en önemli güçlüktür.

Bu durum eskisi kadar mutlak değildir. Özellikle, dünya savaşlarının sonrasında oluşan düşünsel ve politik durumların etkisiyle, milletlerarası hukukta, Devletler dışındaki otoriteler giderek hukukun ne olduğunun söylenmesinde etkinlik kazanmaktadırlar. Bu durum, milletlerarası örgütlerin güçlenmesinin ve etkinliklerinin artmasının hem bir nedeni, hem de bir sonucudur. Birleşmiş Milletler Milletlerarası

³⁴⁵ C.P.J.I., Série A, no.10, s. 18.

Adalet Divanı, Devletlerin uyuşmazlıklarında yargısal karar vermektedir. Bununla beraber, Milletlerarası Adalet Divanı'nın yargı yetkisi Devletlerin rızalarına bağlıdır. Zorunlu yargı yetkisi yoktur. Fakat vermiş olduğu kararların da bağlayıcılığı geniş ölçüde saygı görmektedir. Aynı durum Devletlerin hakeme başvurularında da geçerlidir. Özellikle Devletlerin hukuksal sorumluluğunu gerektiren milletlerarası davalarda, Devletlerin, geniş ölçüde, sorumluluklarının sonuçlarına saygı gösterdikleri görülmektedir.

Milletlerarası düzen, hiyerarşik olarak yapılanmış bir hukuksal düzen değildir. Her Devlet, milletlerarası hukukta diğerine eşit bir hukukî süjedir ve Devletlerin üzerinde merkezi bir otorite yoktur. Bu eşitlik, her Devletin egemenliğinin, şekli olarak, diğerinin egemenliği ile eşit olmasından kaynaklanır. Bunun hukuksal neticesi, milletlerarası normların da, birbirleriyle eşit olmasıdır. Hukuksal olarak, milletlerarası hukuk normları arasında, iç hukuktaki gibi, bir hiyerarşik ilişki yoktur. Örneğin, antlaşmalar hukukunu düzenleyen, “Viyana Konvansiyonu” antlaşmalar hukukunun “anayasası” değildir. Normatif bakımdan, diğer milletlerarası normlara hiyerarşik bir üstlüğü yoktur ve Viyana Konvansiyonu’nu, diğer milletlerarası antlaşmalardan ayıran normatif bir fark yoktur. Çünkü bütün normların kaynağı aynıdır, Devletlerin iradesidir. Dolayısıyla aynı iradeden kaynaklanan normlar arasında hiyerarşik bir ilişki yoktur. Ancak, yeni bir dinamik, belirttiğimiz bu anlayışı, değiştirmektedir.

Politik, ekonomik ve ideolojik birçok etkenin katkısıyla, bazı ortak menfaatler etrafında birleşen milletlerarası toplumun varlığı bilinci gelişmektedir³⁴⁶.

Bu milletlerarası toplumun, hukuk düzenine ilişkin, milletlerarası toplumun ve insanlığın yüksek menfaatlerinden kaynaklanan bir takım temel ilkeler, emredici hukuk kuralı niteliği kazanmışlardır. Bu tip kurallar *jus cogens* olarak adlandırılmaktadırlar. Hâkim düşünceye göre, emredici nitelikteki *jus cogens* kurallar, milletlerarası hukuk normları içerisinde hiyerarşik bakımdan tepede yer almaktadırlar³⁴⁷. Bu durum, özellikle milletlerarası sorumluluk hukuku bakımından, çok önemli etkiler

³⁴⁶ Villalpando Santiago, “L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats”, puf, Paris, 2005.

³⁴⁷ Perrin Georges J., Droit international public, Schulthess Polygraphischer verlag, Zurich, 1999, s. 519-555.

yaratmaktadır. Ancak *jus cogens* kurallar, hukuksal bakımdan yerli yerine oturmuş statik bir olgu olmayıp aksine, hâlihazırda gelişme gösteren, dinamik bir olgudur.

Bu gelişmeleri, Pierre-Marie Dupuy, “*içinde bulunduğumuz yeni yüzyılda, milletlerarası hukuk, egemenliklerini muhafaza eden Devletlerin birlikte var olmayı sürdürdüğü, farklı alanlarda işbirliğinin geliştiği ve insanlığın ortak menfaatlerinin güvenceye kavuşturulup korunduğu bir hukuk düzeni olma niteliğine kavuşma mücadelesine sahne olacaktır*”³⁴⁸ diyerek yorumlamaktadır. Bu ideallere yaklaşımda, sorumluluk kurumu şüphesiz, hukuka saygıyı sağlayabilecek ve sürdürebilecek en önemli hukuksal kurumdur.

Şayet ortada bir hukuk kuralı varsa, hukuk düzeninin bu kurala uyulmasını sağlamak için, gereken tedbirleri öngörmüş olması gerekir. Genel olarak müeyyide olarak adlandırdığımız bu tedbirler veya tepkiler, din ya da ahlâk gibi diğer normatif sistemlerden farklı olarak, hukuk kuralının ihlâlinden doğan sonuçları ortadan kaldırmalıdır.

Diğer bir deyişle, hukuk kuralı kamu düzenini koruyorsa, ihlâl sonucu bozulan düzenin yeniden tesisi ve suçlunun cezalandırılması, çiğnenen hukuk kuralı bireysel bir hakkı koruyorsa, zarar gören menfaatin tazmini gerekmektedir. Bunun hangi prosedürle nasıl ve kim tarafından yapılacağına, her hukuk düzeni kendi yapısal özelliklerine göre cevap verir.

İç hukukta Devlet gücünün garantisinde kurumsallaşmış bir süreç içerisinde, düzenli bir şekilde müeyyide uygulamak mümkünken, milletlerarası hukukta uygulamanın şekli ve düzenliliği, kuralın ait olduğu alana göre değişiklik gösterebilmektedir. Fakat şüphesiz, bir normatif düzene, hukuk düzeni olma niteliğini veren en önemli unsurlarından bir tanesi, etkili müeyyide uygulamasıdır. Hatta “etkili müeyyide uygulaması olmayan bir hukuk düzeni, hukukî bir düzen sayılabilir mi” sorusu dahi cevaplanması olası bir soru değildir. Bu bağlamda, milletlerarası hukuk için de etkili müeyyide uygulaması, bir hukuk düzeni olma niteliği ile doğrudan ve yakından ilgili bir konudur.

³⁴⁸ Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 22.

Bu konuya yaklaşılrken, milletlerarası hukukun genel olarak yatay bir yapıya sahip olduğu unutulmamalıdır. Milletlerarası hukukun, her biri egemen Devletlerden oluşan sşjeleri arasında, hiyerarşik bir yapılanma yoktur. Her Devlet, hukuken diğler Devletlerin eşitidir. Milletlerarası hukuk, söz konusu Devletler olunca, eşitler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir ve milletlerarası hukukta bu Devletlerin üzerinde, üstün bir otorite yoktur. Dolayısıyla kuralların yorumu, olayların nitelenmesi, müeyyide uygulanması mekanizmaları iç hukukla kıyaslandığında farklı bir yapı sergilemektedir. Milletlerarası hukukun, şüphesiz kendisine özgü özellikleri vardır çünkü o, hem kuralı yapan hem de o kurala tabi olan egemenlerin egemenliklerini bağlar. Bu hukuk düzenin kendine özgü kuralları vardır. Sorumluluk kurumu da bu özelliğe uygun olarak gelişmiştir ve hukukî sorumluluk niteliğine bürünmüştür. Milletlerarası hukuk, milletlerarası sorumluluk kurumu aracılığıyla, milletlerarası hukuk kurallarına aykırı işlem ya da eylemlerin bu durumlarını, ilgili milletlerarası hukuk kişilerinin, ileri sürmesine yardımcı olacak bir mekanizma geliştirmiştir³⁴⁹. Zira Cemil Bilsel'in dediğı gibi “Cemiyet hukuksuz ve hukuk mes’uliyetsiz olmaz”³⁵⁰.

Hukuk sözlüklerinde, sorumluluk, “uyulması gereken bir kurala aykırı bir davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutulma; işlenmiş bir suçun gerektirdiğı cezayı çekme” diye tanımlanabilmektedir³⁵¹. Türk Hukuk Lügati’nde, sorumluluk, “riayeti lazım kaideye aykırı hareketin hesabını verme hali” olarak tanımlanmıştır³⁵².

Milletlerarası alanda, Devletlerin sorumluluğı ilkesi onların egemenliğı ilkesi kadar eskidir. Charles De Visscher, Devletlerin milletlerarası sorumluluğunun, onların egemenliklerinin ve eşitliklerinin zorunlu ve doğal sonucu olduğunu belirtmektedir. Neticede eğer Devletler eşitse bu eşitlik, haklarda olduğı kadar yükümlölüklerde de eşitliktir³⁵³. Öyleyse, milletlerarası toplumda, sorumluluk ilkesi, kuramsal olarak, Devletlerin egemenliklerinin ve eşitliklerinin zorunlu karşılığıdır. Egemen bir Devlet, diğler bir Devletin haklarına zarar verdiğinde, hukuken sorumludur.

³⁴⁹ Pazarcı Hüseyin, Milletlerarası Hukuk Dersleri, I. Kitap, 8. Baskı, Ankara, 1999, s. 7.

³⁵⁰ Bilsel Cemil, s. 219.

³⁵¹ Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin, Ankara, 1996, s. 734.

³⁵² Türk Hukuk Lügati, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s. 230.

³⁵³ De Visscher Charles, La responsabilité des Etats, Bibliotheca Visseriana, Leyde, 1924, vol.2.

Her hukuk sisteminde, hukukun ihlâl edilmesi halinde başvurulacak önlemlerin belirlenmiş olması gerekmektedir ki hukukun ihlâlî önlenebilsin ya da bu ihlâl son verilebilsin. Hukukun ihlâlî halinde, bu ihlâl neticesinde zarara uğrayan kişiler, bu zararın onarılmasını talep etme hakkına sahip olurlar. Bunun neticesinde, ihlâlî yapan kişi, onarımı sağlamak yükümlülüğünü içeren bir yaptırıma uğratılır.

Kuralların ihlâlleri bu ihlâlden etkilenenler arasında kendiliğinden bir takım yeni hukukî ilişkilerin doğmasına neden olur ve bu ilişkiler sorumluluk hukuku tarafından düzenlenir. Sorumluluğun olmaması durumunda, söz konusu düzenin niteliğini sorgulamak gerekir. Sorumluluğu düzenleyen kurallar bütün bir hukuk düzeninin anahtar kurallarıdır. Denilebilir ki, bir hukuk düzeninin uygulamadaki değeri onun sorumluluğu düzenleyen kurallarının içeriğine ve etkinliğine bağlıdır. Bu husus, milletlerarası toplumda, Devletin kendi egemenliği doğrultusunda serbestçe davrandığı ve diğer Devletlerin serbestiyetiyle karşılaşp, çatıştığı halde çok daha lüzumlu ve önemlidir. Başka bir ifadeyle, kendilerinden üstün bir otoriteye tabi olmayan eşit sùjeler arasındaki uyuşmazlıklarda, adil ve barışçıl neticeler elde edilmesinde, sorumluluk hukukunun etkin bir şekilde işlemesi milletlerarası alanda çok önemlidir.

Nguyen Quoc Dinh, bütün hukuk düzenlerinin sorumluluğa ilişkin kuralları öngörmek zorunluluğunda olduğunu belirtmektedir³⁵⁴. Milletlerarası hukuk düzeninde, sorumluluk ilkesinin kabul edilmesi eski olsa da bir sorumluluk hukukunun oluşması yavaş olmuştur. Bu husus, evrensel bir yasa koyucunun ve yargıcın olmadığı milletlerarası alanda şaşırtıcı değildir.

Belli başlı teamül kuralları 19. yüzyılın ikinci yarısında, Devletlerarasındaki ihtilaflarda hakeme başvurular neticesinde verilen kararlara yansımıştır. Günümüzde de sorumluluk hukukunun esası, teamül hukuku olarak kalmıştır. Yine de Devletlerin farklı menfaatlerini, birbirlerinden bağımsız iradelerini ve bunlardan doğan ihtilafları hukuksal çerçevede uzlaştırmaya yönelmiş sorumluluk hukuku, tartışmalı ve bulanık

³⁵⁴ Dinh Nguyen Quoc, Daillier Patric, Pellet Alain, s. 740.

kalmıştır³⁵⁵. Bunun nedeni, milletlerarası hukukun aşmak zorunda olduğu, Devletlerin egemenlikleri ile sorumluluklarını bağdaştırmaktaki pratik güçlüklerdir.

Her hukuk kuralı bağımsız iki unsuru içermektedir: kaide ve bunun ihlâli halinde uğranılacak yaptırım. Kaidenin getirdiği hukuksal yükümlülük ile bunun ihlâli halinde uğranılacak yaptırımı birbirine bağlayan mekanizma sorumluluktur. Yükümlülük kavramının, sorumluluktan ayrı bir varlığının olmasından ziyade, yükümlülük, sorumluluğun öncelidir. Sorumluluğun doğabilmesi için, öncelikle bir hukukî yükümlülüğün ihlâl edilmesi gerekmektedir. Sorumluluk, hukukî yükümlülüğün ihlâline, hukukun tepkisidir. Sorumluluk, öyle bir hukuksal mekanizmadır ki, hukuka aykırı eylemlerin neticelerini bertaraf eder. Bunu, ihlâlin doğurduğu ve hukukun reddettiği sonuçları, ortadan kaldırarak yapar. Sorumluluk mekanizması, ihlâlden doğan sonuçların ortadan kaldırılması için, ihlâli yapan hukuk kişisine, bu sonuçları onarmaya yönelik bir takım yükümlülükler getirir.

Bütün hukuk sistemleri, sùjelerinin sorumluluğunu düzenleyen mekanizmalar içermektedir³⁵⁶. Devletin milletlerarası sorumluluğu, hukukî sorumluluk olarak anlaşılmalıdır ve cezaî sorumluluktan ayırt edilmelidir³⁵⁷. Hukukî bir yükümlülüğü ihlâl ederek, aynı zamanda, bir diğerk kişinin haklarını çiğneyip ona zarar veren taraf, verdiği bu zararı onarmak mecburiyetindedir.

Sorumluluk kavramı, milletlerarası hukukta, hukukun ihlâli ve onarım yükümlülüğü ilişkisi bağlamında ortaya çıkmaktadır. Milletlerarası hukuk düzeni, iç hukuk düzenlerinden farklıdır. Milletlerarası hukukta egemen Devletler, iç hukuka tabi sùjelerin durumundan çok farklı bir durumdadırlar. Tekrar edelim ki, onların üzerinde merkezi ve egemen bir otorite yoktur. Bu farklılık neticesinde milletlerarası hukukta, sorumluluk kavramı, hukukî sorumluluk olarak gelişmiş ve hukukun ihlâlinden doğan zararın onarımı üzerine odaklanmıştır. Milletlerarası hukukta sorumluluk kavramının açıklanması yoğun çabalara konu olmuştur, zira bu zorluk arzeden bir meseledir. Milletlerarası hukuk düzeninde, müeyyide-egemenlik çelişkisi bu hukuka kendine has

³⁵⁵ Ibid., s. 741.

³⁵⁶ Combacau Jean ve Sur Serge, s. 513.

³⁵⁷ Ibid.

niteliğini vermektedir. Bu husus, milletlerarası sorumluluk konusunda, kuramsal incelemelerin merkezinde yer almaktadır. Milletlerarası sorumluluğun, tanımı ve işlevine dair öğretilerdeki görüşler, sorumluluğu yükümlülük çerçevesinde açıklayan klasik görüşler ve sorumluluğu bir hukukî ilişki durumu olarak açıklayan görüşler olmak üzere iki sınıfa ayrılabilir.

B. Sorumluluğa İlişkin Tanımlar

Decenci re-Ferrandi re, pozitivist bakış açısıyla sorumluluğu şöyle tanımlamıştır:

*“Sorumluluk bir süjenin kendisine isnad edilebilen bir eylem ya da bir ihmal ile yol açtığı bir durum yüzünden, kendisine yüklenilen yükümlülükler kümesidir. Eğer bu yükümlülükler pozitif hukuk taratından getirilen yaptırımlar ise, bu hukukî sorumluluktur. Aksi takdirde bu, moral sorumluluktur”*³⁵⁸.

Jean L’Huillier ise sorumluluk konusunda şu görüşleri belirtmiştir:

*“Genel olarak, her hukuk kuralının yaptırımı bu kuralın yöneldiği süjenin sorumluluğuna dayanır. Bir hukuk süjesi için, ihlâl ettiği hukukî yükümlülükten ötürü, yeni bir yükümlülük doğar. Bu yeni yükümlülük, hukuku ihlâl etmekle, mensubu olduğu toplumda meydana getirdiği düzensizliği tamir etme y k ml l  d r. Eğer milletlerarası hukukta, hukuku ihlâl eden Devlet için bir sorumluluk öngörülmemişse bir milletlerarası hukuk mevcut olamayacaktır”*³⁵⁹.

Nguyen Quoc Dinh, her hukuk düzeninde, bir süje diğer bir süjenin hak ve menfaatlerine zarar verdiğinde, bu süjenin hukukî sorumluluğunun do aca ını belirtiyor. Bu hususun en geçerli bir şekilde, her Devletin egemen ve kendi kararlarını serbestçe aldığı fakat diğer Devletlerin egemenlikleriyle ve kendisinininkine eşit ba ımsızlı ı ile karşılaştığı milletlerarası toplumda geçerli olduğunu vurguluyor.

Charles de Visscher’in, sorumluluğu “Devletlerin egemenliğinin zorunlu ve doğal sonucu” olarak g rmesi³⁶⁰ ile Dinh’nin bu tespiti aynı nokta üzerinde yoğunlaşmaktadır. Nitekim Dinh, milletlerarası sorumluluğu, Devletlerarası ilişkilerde,

³⁵⁸ Decenci re-Ferrandi re Andr , La responsabilit  des Etats   raison des dommages subis par des  trangers, Rousseau, Paris, 1925, s. 11.

³⁵⁹ L’Huillier J., Elements de Droit international public, Rousseau, Paris, 1950, s. 353.

³⁶⁰ De Visscher Charles, loc. cit.

gerekli ve esas düzenleyici mekanizma olarak görmektedir³⁶¹. Sorumluluk kavramının milletlerarası hukuk için bu kadar önemli bir yer işgal ettiğinin altı çizilerek vurgulanmak istenmesinin nedeni, esasında iç hukuk düzenlerinden bambaşka bir hukuk düzeni içinde konunun ele alınıyor olmasıdır. Kendilerinden üstün ve merkezi bir otoriteye tabi olmaksızın, her biri diğerine eşit ve bağımsız davranma hakkına haiz Devletlerin aralarındaki ihtilaflarda, çözümün hukuk sistemi tarafından getirilememesi durumunda milletlerarası barışın uğrayabileceği tehditler, sorumluluk kurumunun Devletlerarası ilişkilerde, gerekli ve esas düzenleyici mekanizma olarak vurgulanması ihtiyacını doğurmaktadır.

Jean Combacau, Serge Sur ile beraber yazdığı eserinde, tüm hukuk sistemlerinin, sùjelerinin sorumluluğunu düzenleyen mekanizmalara yer verdiğini belirtiyor. Milletlerarası sorumluluk kurumunu incelemeye eğilen her yazar, görölmekte olduğu gibi, aynı temel yaklaşımdan yola çıkmaktadır, Yazarlara göre de sorumluluk, diğer hukuk düzenlerinde olduğu gibi milletlerarası hukukta da sùjelerinin verdikleri zararları onarma yükümlölüğünü kapsamaktadır.

Combacau, eğer bir hukuk sùjesi, belirli niteliklerde bir zarara uğrarsa diğer bir sùjenin bu zararı onarmakla yükümlü tutulacağı ilkesini hatırlatıyor³⁶². “Belirli niteliklerde bir zarara uğrama” ifadesini açıklamak gerekirse, ifade edilmek istenen, onarım yükümlölüğüne uğratılacak sùje ile zarar arasında, sorumluluk mekanizması marifeti ile hukukî ilişkinin kurulabiliyor olmasıdır.

Sorumluluğun önemi, Louis Delbez tarafından da vurgulanmıştır. Yazara göre, milletlerarası sorumluluk kurumu, milletlerarası hukukun temel ilkesi olan Devletlerin egemen eşitlikleri ilkesinin zorunlu ve doğal sonucudur. Çünkü birbirleriyle eşit hak ve yükümlölüklere sahip sùjelerin oluşturduğu her toplumda toplumsal yükümlölüklerin ihlâl edildiği durumlarda *ipso facto* buna meydan verenin sorumluluğu doğar³⁶³. Yazar, bu tespitin gayet açık olduğunu, “hukuksal mantığa” göre, eşyanın doğasından kaynaklandığını vurgulamaktadır.

³⁶¹ Dinh Nguyen Quoc, Daillier Patric, Pellet Alain, s. 740.

³⁶² Combacau Jean, Sur Serge, s. 513.

³⁶³ Delbez, Les principes généraux du Droit international public, LGDJ, Paris, 1964, s. 357.

Diğer bir yazar, Dominique Carreau, sorumluluk kurumunun hukukun hâkim olabilmesi için vazgeçilmez önemde olduğunu belirtiyor ve bunun iç hukuk düzenlerinde böyle olduğu gibi milletlerarası hukuk düzeninde de böyle olduğunu ekliyor³⁶⁴.

Louis Cavaré de, Charles De Vischer gibi sorumluluk kurumunun milletlerarası hukuktaki tarihi gelişimini aynı nedende görüyor ve bu noktaya Devletlerin birbirleriyle olan egemen eşitliklerini oturtuyor. Devletlerin hukukî anlamda birbirleriyle eşit sùjeler olmasından ötürü haklarda ve yükümlölüklerde de eşit olduklarını vurguladıktan sonra bu hususun sorumluluk kurumunun ortaya çıkıp gelişebilmesine olanak yarattığını düşünüyor³⁶⁵.

Charles Rousseau'ya göre, sorumluluk, öyle bir hukukî kurumdur ki milletlerarası hukuka göre kendisine haksız bir fiil atfedilebilen Devlet bu fiilin üzerinde etki doğurduğu Devlete karşı bir tazmin yükümlölüğü altına girer. Rousseau bu kurumun teamül hukuku dâhilinde geliştiğini de ekler³⁶⁶.

Yukarıda belirttiğimiz görüşlerde, sorumluluk bir yükümlölük olarak tanımlanıp, anlaşılıyor.

Sorumluluğun bir hukukî ilişki olarak kabul edilmesi anlayışını geliştiren ve milletlerarası hukukta sorumluluk kurumunun etkinliğinin ve işlevinin artmasının gerekliliğine büyük önem veren ise Roberto Ago olmuştur ve onun görüşleri önemli katkılar getirip, iz bırakmıştır.

Roberto Ago³⁶⁷, sorumluluğu basit bir ihlâlden doğan zararların onarılması yükümlölüğü olarak tanımlamaktan çekiniyor ve onu bir “durum” olarak anlamayı tercih ediyor: Ago'ya göre sorumluluk, hukuka aykırı bir şekilde kendisine bir zarar verilen sùje ile bu zarara davranışı ile neden olan sùje arasında oluşan bir ilişki

³⁶⁴ Carreau, Droit international, Pedone, Paris, 1986, s. 398.

³⁶⁵ Cavaré, Le Droit international public positif, Pedone, Paris, 1951, s. 270-271.

³⁶⁶ Rousseau C., Droit international, Précis Dalloz, Paris, 11. édition, s.104-105.

³⁶⁷ Uluslararası Hukuk Komisyon'u 1963'de 15. oturumunda alt komisyonun raporunu ittifakla kabul ettikten sonra Roberto Ago'yu konuya özel raportör atamıştır.

durumdur. Sorumluluk kurumu bu oluşan yeni ilişkiyi tüm boyutları ile ortaya koyan kuralları düzenler³⁶⁸.

Georges Scelle de sorumluluğu bir hukukî durum olarak görmektedir:

*“Sorumluluk hukukî bir durumdur. Pozitif hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün ihlâline yol açıcı bir davranış neticesinde meydana gelir”*³⁶⁹.

Yukarıda da görüşlerine yer verdiğimiz J.Combacau’ ya göre, sorumluluk kurumunun işlevi, zararların onarımı ve hukuksallığın güvencesi olmasıdır. Sorumluluk kuramına dair yeni yaklaşım, sorumluluğun haksız fiille zarara uğrayan mağdurun zararının onarımından çok daha önemli bir kurum haline getirmek, onu milletlerarası alanda hukukîliğin bir güvencesi, dayanağı haline getirmek ve hukuksallık bozulduğunda da onu düzeltme işlevini yüklemektir. Bu açıklamalar, Ago’nun sorumluluk kurumuna kazandırmak istediği işlevin, Combacau tarafından ifade edilmesidir. Klasik öğreti, yaptırım ve karşı önlemlere önem ve ağırlık vermenin, sorumluluk kavramını cezaîleştireceğini belirtmiş ve milletlerarası sorumluluk kavramının saf haliyle hukukî sorumluluk olarak kalmasına çalışmıştır³⁷⁰. Fakat Combacau, sorumluluk kurumunun gelişeceği istikametini, klasik öğretinin çerçevesinde kalıp kalmayacağını ve hatta kalması gerekip gerekmediğinin bile daha açıklığa kavuşmaktan uzak bir konu olduğu tespit etmektedir³⁷¹.

C. Dionisio Anzilotti’den Roberto Ago’ya Kadar Devletlerin Milletlerarası Sorumluluğunun Teorik Gelişimi

Georg Nolte, 2001’de, “Dionisio Anzilotti’den Roberto Ago’ya, Devletin Milletlerarası Sorumluluğunun Klasik Milletlerarası Hukuku ve Devletlerarasındaki İlişkilerde Karşılıklı Antlaşmalar Kavramının Öncelikli Önemi” başlıklı tebliğinde³⁷²,

³⁶⁸ Ago R., “Le délit international”, RCADI, 1939, II, s.426-427.

³⁶⁹ Scelle G., Manuel élémentaire de Droit international public, Domat-Montchrestien, Paris, 1943, s. 676.

³⁷⁰ Combacau ve Sur, Droit international public, s. 516.

³⁷¹ Ibid., s. 518-522.

³⁷² Nolte Georg, “De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago, Le Droit International Classique de la Responsabilité International des Etats et La Prééminence de la Conception Bilatérale des Relations Inter-Étatiques”, Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Europeen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, s. 5-23.

milletlerarası sorumluluk hukukunun, iki İtalyan hukukçu tarafından temsil edilen, iki kutup arasında geliştiğinin söylenebileceğini belirtmektedir³⁷³. Bu hukukçular, Dionisio Anzilotti ve Roberto Ago'dur. Anzilotti'nin "Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale" (1902) adlı eseri³⁷⁴ ve "La responsabilité internationale des Etats" (1906) adlı makalesi³⁷⁵, genellikle, sorumluluğun esas temellerini ortaya koyan kaynaklar olarak kabul edilmektedir; hatta bazıları, bunları, milletlerarası hukukun sorumluluğa ilişkin kısmının, Birinci Dünya Savaşından önce ele alındığı ilk ilmi çalışmalar olarak da sunmaktadır³⁷⁶. İkinci Dünya Savaşından sonraki dönem için ise, Roberto Ago'nun, Milletlerarası Hukuk Komisyonu'na sunduğu raporlar, milletlerarası sorumluluk hukukundaki teorik gelişme için büyük bir öneme sahip olmuştur.

İlk bakışta, Anzilotti ve Ago arasındaki ayırım, gerçekten iki zıt uçta değerlendirilecek kadar derindir. Anzilotti, milletlerarası hukukun ihlallerini ağırlıklarına göre ayırma tabi tutmamaktadır. Ago ise, milletlerarası hukukun ihlallerini daha hafif olan kabahatler ve daha ağır olan suçlar olmak üzere iki sınıfa ayırmaktadır. Anzilotti, sorumluluğun meydana gelmesi için, iki ya da daha fazla Devlet arasındaki milletlerarası yükümlülüklerin ihlalleri esasına dayanırken³⁷⁷, Ago, bunların yanı sıra, milletlerarası toplumun geneline karşı olan milletlerarası yükümlülüklerin ihlalleri esasına da dayanabilmenin yollarını yerleştirmeye çalışmaktadır³⁷⁸. Bu iki hukuk âlimi arasındaki, sorumluluğa ilişkin düşünce farklılıkları, milletlerarası hukukun mecburiliğine ilişkin gücün kaynağı hususundaki düşünce farklılıklarından ileri gelmektedir. Anzilotti, teker teker ve beraberce Devletlerin egemen iradelerini,

³⁷³ Nolte Georg, s. 5.

³⁷⁴ Anzilotti D., *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale*, Firenze, 1902.

³⁷⁵ Anzilotti D., "La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", *RGDIP* 13, 1906.

³⁷⁶ Nolte Georg, s. 5.

³⁷⁷ Anzilotti D., *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale*, s. 88.

³⁷⁸ *Annuaire CDI*, 1976, vol. II, s. 39-51.

milletlerarası hukukun gücünün yegâne kaynağı olarak görürken³⁷⁹, Ago, onların müşterek menfaatlerinin altını çizmektedir³⁸⁰.

Bu farklı düşünsel tutumların kökleri, farklı felsefî düşüncelere ve tarihsel koşullara dayanmaktadır. Bu iki hukuk âlimi, milletlerarası sorumluluk konusunda, bir anlamda, devirlerinin gerektirdiği bakış açısına sahip olmuşlardır. Anzilotti, bir pozitivist olarak, egemenin hukukî iktidarının savunucusu olarak kendini konumlandırmaktadır. Bu konum itibarıyla, Birinci Dünya savaşından önce, egemenlerin gayet az bir şekilde hukuken kontrol edilebildikleri tarihsel şartları yansıtmaktadır. Ago ise, İkinci Dünya Savaşı ertesinde, bir milletlerarası toplumun var olduğunun hukuken kabul edildiği bir devirde, kolektif iradenin hukuken geçerlilik kazanabilmesinin mekanizmalarını araştırmış ve egemeni hukuken sınırlayarak “ehlileştirebilmenin” yollarını düşünmüştür. Tarihi perspektiften, Anzilotti’den Ago’ya doğru hukuk düşüncesinde bir gelişme olduğu ileri sürülebilse de, olayların akışı bunun bu kadar safiyane ve basit olmadığını göstermektedir.

1. Anzilotti’den Önceki Klasik Milletlerarası Hukuk

Klasik milletlerarası hukuk, önemli bir teorisyeni olsa da, Anzilotti ile başlamamaktadır. Anzilotti’nin düşüncesi, Devletlerin egemen eşitliği üzerinde, bir Devletin, bir başka Devlete ya da Devletlerin oluşturduğu topluluğun geneline yönelik olan bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlinden ötürü sorumlu olacağıdır. Bu düşünce, Grotius’a dayanan geleneksel milletlerarası hukukun gelişimi içinde zamanla yerleşmiştir. Grotius’a göre “*Krallar, yalnızca kendilerine ya da tebaalarına karşı yapılan hukuka aykırı tecavüzleri cezalandırma yetkisine sahip değillerdir; Krallar, buna ilaveten, doğal hukukun ya da jus gentium’dan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlallerini de cezalandırmak hakkına sahiptirler*”³⁸¹. Bu husus üzerine, doğal hukuk düşüncesinin son büyük yazarı olan Emer de Vattel, şu noktayı tespit etmektedir:

³⁷⁹ Anzilotti D., Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale, s. 72-74; Anzilotti D., “La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers”, s. 16.

³⁸⁰ Annuaire CDI, 1976, vol II, s. 52.

³⁸¹ Nolte Georg, s. 7, dip not 12’den; Grotius, De jure Belli ac Pacis, 1625, bölüm XX ve XL.

“Bir Devlet aleyhine, üçüncü bir Devletin lehine olmak üzere yaptırım uygulamak, bir millet ile bir başka millet arasında yargıç rolü oynamaktır ki, buna ancak bir Egemenin hakkı vardır”³⁸².

Georg Nolte’a göre, Vattel tarafından savunulan görüş, sadece egemenlik düşüncesinin soyut bir ifadesi değildir. Bu düşünce aynı zamanda, Devletlerarasında “iyi” siyasi ilişkilerin kurulabilmesi amacına yöneliktir³⁸³. Vattel, her Egemenin, ancak kendisi ya da uyrukları ile ilgili meselelerde, bir başka Egemene yaptırım uygulayabilmesinin doğru olduğunu savunmaktadır ve şu örneği vermektedir:

“1662 yılında, İngiltere, Malta Şövalyeleri lehine olmak üzere Hollanda’ya yaptırımlar uygulamıştır. Hollanda, milletlerarası hukukun ancak, bir Devletin kendi uyruklarının haklarının korunması için yaptırım uygulanmasına izin verdiğini iddia etmiştir. Neticede, İngiltere, Hollanda’nın bu savını kabul etmiştir”³⁸⁴.

Her Devletin, ancak kendisinin ya da uyruklarının haklarını ileri sürebileceği düşüncesi 18. yüzyıla Hâkim olan hukukî düşüncedir. Bu düşünce, Anzilotti’nin yazılarında hukuken formüle edilinceye kadar, Devletlerin uygulamasında ve hukukçuların çoğunun kafasında etkinliğini devam ettirmiştir. Buna rağmen, bu düşüncüyü eleştirenler ve buna karşı çıkanlar da eksik olmamıştır. Vattel’den birkaç yıl önce, 1744’de, Bynkershoek, Malta Şövalyeleri olayında, Hollanda’nın dayandığı savı eleştirmiştir. Bynkershoek’e göre, eğer sadece, uyrukların hakları korunmaya değerse, kendilerine sahip çıkan kimsenin olmadığı yabancıların haklarının hukuken savunulmasına imkân kalmayacaktır³⁸⁵.

19. yüzyılda, hâkim düşünceye eleştiriler sürmüştür. Heffter ve Bluntschli, milletlerarası hukukun ağır ihlâllerini oluşturan bir liste hazırlamışlardır³⁸⁶. Onlara göre, bu listedeki ağır ihlâller, bütün milletler aleyhine neticeler doğurmakta ve bütün Devletlere, ağır ihlâlde bulunan Devlete karşı yaptırım uygulama yetkisi vermektedir.

³⁸² Vattel, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, vol. I, 1758, § 348.

³⁸³ Nolte Georg, s. 7.

³⁸⁴ Nolte Georg, s. 7.

³⁸⁵ Nolte Georg, s. 7, dip not 15’den; Bynkershoek, De foro Legatorum Liber Singularis, 1744, bölüm XXII, s. 554.

³⁸⁶ Nolte Georg, s. 7, dip not 16 ve 17’den; A. W. Heffter, Das Europäishche Völkerrecht der Gegenwart (F.H. Geffcken ed.), Berlin, 1882, s. 222; J. C. Bluntschli, Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten, Nördlingen, 1878, s. 265.

Bu liste, eleştirilebilir olsa da, doğal hukuk anlayışından ziyade, Devletlerin uygulamalarına dayanmaktadır. Heffter ve Bluntschli, bütün Devletleri etkileyebilen milletlerarası hukuk ihlallerinin mümkün olduğunu ileri sürerken, Napolyon savaşlarını örnek olarak göz önünde bulundurmaktadırlar³⁸⁷.

19. yüzyılın sonunda Hall, *“Bir Devlet, ağır bir şekilde, çok önemli bir milletlerarası hukuk kuralını ihlâl ettiğinde, bütün Devletler ya da bir grup Devlet, ihlâli sonlandırmak için ya da ihlâli işleyen Devleti cezalandırmak için yaptırım uygulayabilir”* diyerek düşüncesini belirtmiştir³⁸⁸. Hall, bu düşüncesini, üstün bir kurala dayandırmamakta fakat milletlerarası siyasi düzenin gerekliliğinden hareketle bu düşünceye varmaktadır:

*“Milletlerarası hukuk, üstün bir siyasi otoritenin iradesinden yoksun olduğu için, polislik vazifesi, milletlerarası toplumun üyesi olan her Devlet tarafından bizzat yerine getirilmelidir. Bu vazifeyi yapmaya ya da yapmamaya her Devlet kendisi karar verecektir”*³⁸⁹.

19. yüzyılda, Devletlerin, ancak bir başka Devlete verdikleri zararı onarmakla yükümlü oldukları, bunun bir hukuk sorumluluğu olduğu, milletlerarası hukukta Devletlerin ceza sorumluluklarının bulunmadığı, yukarıda da belirttiğimiz gibi hâkim düşünceydi. Örneklerini verdiğimiz eleştirilere ve farklı düşünürlerin, “milletlerarası toplumun geneline karşı olan yükümlülüklerin ağır ihlalleri” kavramının tohumlarını atmalarına rağmen, klasik milletlerarası hukukta, bunların etkin olabildiğini söyleme imkânı bulunmamaktadır.

³⁸⁷ Nolte Georg, s. 8, dip not 18'den; A. W. Heffter, Das Europäishche Völkerrecht der Gegenwart (F.H. Geffcken ed.), Berlin, 1882, s. 222; J. C. Bluntschli, Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten, Nördlingen, 1878, s. 266.

³⁸⁸ “When a State grossly and patently violates international law in a matter of serious importance, it is competent to any states, to hinder the wrongdoing for being accomplished, or to punish the wrongdoer”.; Hall W. E., A Treatise on International Law, Oxford, 1895, s.57.

³⁸⁹ “International law, being unprovided with the support of an organized authority, the work of police must be done by such members of the community of nations as are able to perform it. It is however, for then to choose whether they will perform it or not”.; Hall W. E., A Treatise on International Law, Oxford, 1895, s.58.

2. Anzilotti'nin Teorisi ve Milletlerarası Hukuka Katkıları

Anzilotti'nin teorisi, her şeyden önce, Devletin, milletlerarası hukukun ihlâlinden ötürü cezalandırılması fikrinin dışlanmasına dayanır. Buna karşın, Anzilotti'ye göre, bir milletlerarası hukuk kuralının ihlâli, sorumluluğun gereği olarak, onarım talep etme hakkı vermektedir. Bu bağlamda, sorumluluk, bir Devletin bir hakkının ihlâlinden kaynaklanır fakat bir menfaatin ihlâli sorumluluğa neden olmaz³⁹⁰; bununla birlikte, kişilerin değil fakat Devletin fiilleri onun sorumluluğuna neden olur³⁹¹. Onarım yükümlülüğünü doğuran Devletin milletlerarası sorumluluğu, Anzilotti'nin teorisinde, ihlâlden ötürü Devletin ceza yaptırımına uğratılmasına yer vermez ve bu amaçla hukuka aykırılığı düzeltmek için, her hangi bir Devlete müdahale hukuka uygun olamaz³⁹².

Anzilotti'nin çalışmalarının önemli katkıları mevcuttur:

1. Anzilotti, çağdaşlarının gözünde, milletlerarası hukuku gerçek bir “pozitif” hukuk dalı seviyesine ulaştırmıştır³⁹³. Özellikle en önemli katkısı, Devletlerin milletlerarası sorumluluğu hukukunu, Devletlerin sorumluluğunun gereğinin yerine getirilmesi meselesinden teorik olarak ayırabilmesidir.

2. Anzilotti, çalışmalarını yaptığı sırada, milletlerarası hukukun mecburiliğinin yegâne kaynağı olarak kabul edilen Devletlerin egemenliği ile sorumluluk arasındaki bağı tespit edip yerleştirebilmiştir. Buna göre, şayet Devlet egemen hukuk kişisi olarak, milletlerarası hukukta, bir başka egemen hukuk kişisi olan bir Devlete karşı bir taahhüt ile bağlanmışsa, bu bağın gerektirdiği yükümlülükleri ihlâl ettiği çerçevede, diğer Devlete karşı sorumlu olacaktır.

³⁹⁰ Anzilotti D., *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, s. 89.

³⁹¹ Anzilotti D., “La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers”, s. 6.

³⁹² Anzilotti D., *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, s. 96; Anzilotti D., “La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers”, s. 13.

³⁹³ Nolte Georg, s. 9.

3. Hak ihlâli ile menfaatleri çiğnemek arasındaki farkı tespit ederek, sorumluluk meselesini, Devletlerarası siyasi çekişmelerden kurtarıp hukukî bir zemine taşıyabilmiştir.

4. Sorumluluğu, Devletlerarası hukukî bir müessese haline getirerek, bu müesseseyi, Devletlerarası, karşılıklı ve hukuken açıkça tarif edilebilir bir ilişki çerçevesine oturtabilmiştir.

Anzilotti'nin düşüncesini, Devletin milletlerarası toplumun geneline karşı olan yükümlülüklerin ağır ihlâli fikrini dışladığı için, olumsuz olarak değerlendirmek çok gerçekçi olmamaktadır. Anzilotti'yi, Devletlerin egemenliğini, milletlerarası hukukta en ön plana koymakla, Devletlerin, milletlerarası toplumun genelini ilgilendiren ihlâllerini ve bunların neden olabileceği zararları tamamen göz ardı etmekle itham etmek hatalı olacaktır. Ago'nun da tespit ettiği gibi, Anzilotti, milletlerarası toplumun kolektif menfaatlerinin söz konusu olabileceğini kabul etmektedir³⁹⁴ ve sorumluluk hukukunda, milletlerarası topluma ve bireylerin meşru taleplerine referans verdiği de olmuştur³⁹⁵. Bu referansların gücü abartılmamalıdır ancak Anzilotti'nin, Devletlerin kuvvet kullanmasının hukuka aykırı olarak kabul edilmediği bir zamanda ve milletlerarası toplumun kolektif menfaatlerinin neler olduğunun sadece en güçlü birkaç Devlet tarafından dayatıldığı bir ortamda düşüncelerini yazdığı unutulmamalıdır. Böyle bir ortamda, en güçlülerce dayatılan kolektif menfaat fikrinden ziyade, mağdur Devletin taleplerine dayanan, sorumlu Devlet ile mağdur Devlet arasındaki ilişkiden ileri gelen bir sorumluluk hukukunu savunmayı tercih etmiştir. Bunun başta gelen sebebi, Devletlerarasındaki, özellikle güçlü Devletlerin tahakküm ettiği, siyasi çatışmalardan sorumluluk meselesini kurtarmak ve hukukî ilişkiler zeminine oturtmak olmuştur.

3. Birinci ve İkinci Dünya Savaşları Arasındaki Gelişmeler

1916'da, Amerikan Milletlerarası Hukuk Topluluğu'nun başkanı Elihu Root, Belçika'nın tarafsızlığının Almanya tarafından ihlâli üzerine şunu ifade etmiştir:

³⁹⁴ Annuaire CDI, 1976, vol. II, s. 42, dipnot no. 219.

³⁹⁵ Anzilotti D., "La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers", s. 16-20.

“Şimdiye kadar, milletlerarası hukukun ihlalleri, sadece haksız fiilden doğrudan etkilenen mağdur Devlet ile bu haksız fiilin faili Devlet arasında olan ve başkalarını ilgilendirmeyen bir hukukî durum olarak, özel hukuktaki haksız fiil çerçevesinde anlaşılmaktaydı. Hâlbuki artık, milletlerarası hukukun ihlalleri, her Devleti doğrudan ve yakından ilgilendirir hale gelmiştir. Milletlerarası hukuku ihlâl eden Devletler derhâl buna bir son vermelidir”³⁹⁶.

Root’un temennisi, esas olarak *de lege feranda* çerçevesinde değerlendirilebilecek olsa da, Root, teorinin değişmesi gerektiğini de yukarıdaki tespitine eklemiştir:

“Barışı tehdit eden ve Devletler topluluğunun hukuk düzenini bozan nitelikteki milletlerarası hukuk ihlalleri, uygar ulusların hepsinin oluşturduğu hukuk düzenine bir tehdittir ve bu tip ihlaller tüm Devletlere hukuken zarar verir”³⁹⁷.

a. Karl Strupp

Alman yazar, Karl Strupp, 1920’de, “Das Völkerrechtliche Delikt” adlı monografisinde, “teorik olarak, bir Devlet tarafından, bir antlaşmanın bir hükmünün ihlali, aynı zamanda milletlerarası hukukun temel ilkesi olan ahde vefa - *pacta sunt servanda* - ilkesinin de ihlâlini oluşturur ve dolayısıyla, milletlerarası topluluğun üyesi olan her Devlet nezdinde bir ihlâl mertebesinde”³⁹⁸ diye yazmıştır³⁹⁹. Strupp, “milletlerarası dünya adaleti”, “milletlerarası dayanışma” ve “milletlerarası kamu düzeni” kavramlarına dayanan bir milletlerarası hukuk anlayışını düşünmüştür; ancak, mevcut milletlerarası hukukun bu anlayışın uzağında olduğunu belirtmiştir⁴⁰⁰.

b. Birinci Dünya Savaşının Ardından

Savaşın sonunu takip eden yıllarda, bu tecrübeyi milletlerarası hukuk teorisine yansıtma amacı güden ciddi akademik çalışmalar sergilenmiştir. Özellikle, milletlerarası hukukun bir takım ağır ihlallerine uygulanacak özel yaptırımlar düşünülmüş ve *erga omnes* yükümlülükler kategorisinin ihlallerinden doğan sorumluluğa bunların

³⁹⁶ Root Elihu, “The Outlook for International Law”, AJIL 10, 1916, s. 7.

³⁹⁷ Ibid.

³⁹⁸ Strupp Karl, Das Völkerrechtliche Delikt, Berlin, 1920, s. 9.

³⁹⁹ Bkz. Nolte Georg, s. 12-14.

⁴⁰⁰ Strupp Karl, Das Völkerrechtliche Delikt, s. 14.

uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁰¹. Milletler Cemiyeti, böyle bir hedefi olan ilk milletlerarası örgüt olarak kurulmuştur. 1924 tarihli, milletlerarası uyuşmazlıkların barışçı çözümü üzerine Cenevre Mutabakatı, hiçbir zaman yürürlüğe girememiş olsa da, savaşa başvurmayı bir “suç” olarak kabul etmekte ve tüm Devletlere buna engel olma yetkisi tanımaktaydı. Bununla birlikte, cezaî sorumluluğun, insan için geçerli olduğunu düşünen, Pella, Donnedieu, Vabres gibi akademisyenler, kişilerin cezaî bakımdan milletlerarası sorumluluğu üzerine çalışmaktaydılar⁴⁰².

c. Hersh Lauterpacht

Hersh Lauterpacht, 1927’de, “Private Law Source and Analogies in International Law” adlı eserinde, hukukî pozitivizme, özellikle Devleti had safhada yücelttiği için kuvvetli bir eleştiri getirmekteydi⁴⁰³. 1937’de La Haye’de verdiği derslerinde, bu teori ile uyuşmadığı hususları kapsamlı bir şekilde belirtmiştir⁴⁰⁴. Hâkim teoriye göre, Devletler cezalandırılmazlar çünkü egemendirler⁴⁰⁵ ve milletlerarası hukukun ihlâllinin tek neticesi, haksız fiilin sonuçlarının onarılması olabilir. Lauterpacht, bu düşünceye, hukukî ve pratik temelden kaynaklanan bir mantıkla saldırmaktadır. Lauterpacht’a göre, egemenlik esassından hareketle, Devletin bütün sorumluluğunu yadsımak mümkündür⁴⁰⁶. Hâlbuki doğal hukuk anlayışının çağdaş bir türevi⁴⁰⁷ doğrultusunda, Lauterpacht, Devletlerin iradelerinin etkinliğini, milletlerarası hukukta sınırlamak ve bunun yerine, adalet ve sosyal dayanışma doğrultusunda, milletlerarası toplumun genelinin temel menfaatlerini koruyacak bir hukukî düzen yerleştirilmesini savunmaktaydı⁴⁰⁸. Bunun önündeki ne önemli engel olarak ise, geleneksel pozitif hukuk anlayışına Hâkim olan, Devletlerin iradelerine milletlerarası

⁴⁰¹ Nolte Georg, s. 13.

⁴⁰² Ibid.

⁴⁰³ H. Lauterpacht, Private Law Source and Analogies in International Law, London, 1927, s. 51-71 ve devamı.

⁴⁰⁴ H. Lauterpacht, Règle générales du droit de la paix, RdC 1937-IV, s. 99-422.

⁴⁰⁵ Nolte Georg, s. 15.

⁴⁰⁶ H. Lauterpacht, Règle générales du droit de la paix, s. 350.

⁴⁰⁷ Bu anlayışa “le droit néo-naturel”, “yeni doğal hukuk” denilmiştir ve milletlerarası hukukta, Lauterpacht en önemli temsilcisi olarak gösterilir. Bkz. Nolte Georg, s. 16.

⁴⁰⁸ H. Lauterpacht, Private Law Source and Analogies in International Law, s. 58.

hukuk düzeninde tanınan üstün mevki ve egemenliklerinin neredeyse kutsanmasını görmekteydi. Lauterpacht'ın temel hedefi, barışı koruyacak hukukî düzeneği kurabilmek ve gerçek kişilerin hakları da dâhil olmak üzere milletlerarası hukuk düzeninde haklara saygının mümkün mertebe yerleştirilmesini sağlayabilmektir.

Lauterpacht'ın görüşleri, İkinci Dünya Savaşı'nın sona erişine kadar yankı bulamamıştır. Ancak, La Haye'de, milletlerarası sorumluluk üzerine ilk dersini 1939'da verdiğinde, Roberto Ago, Lauterpacht'ın görüşlerine ilginç bir cevap sayılabilecek bir soru sormuştur: Milletlerarası haksız fiiller, ihlâl ettikleri yükümlülüğün hukukî değerine göre bir sınıflandırmaya tabi tutulabilirler mi ve böyle bir sınıflandırma yapılırsa bunun hukukî neticesi, sorumluluk üzerinde nasıl gerçekleşir⁴⁰⁹.

C. İkinci Dünya Savaşı Sonrası Komisyon'un Kodifikasyon Çalışması

Komisyon'un çalışmasının genel bir tarihçesi şu şekilde yansıtılabilir⁴¹⁰. Milletlerarası Hukuk Komisyonu, 1949'daki ilk oturumunda, kodifikasyon gerektiren konular listesine "Devletin Sorumluluğu" konusunu kaydetmiştir⁴¹¹. Genel Kurul, 7 Aralık 1953 tarihli ve 799 (XII) sayılı kararında, Komisyon'u, kendisine ilk uygun gelecek zamanda, milletlerarası hukukta devletin sorumluluğunun ilkelerini tespitte davet ediyordu. Komisyon, 1955'de 7. oturumunda, Garcia Amador'u bu konuda özel raportör atadı. 1956'dan 1962'e, altı oturum boyunca, özel raportör, yabancıların kişilik ve mallarına verilen zararlarda sorumluluk konusunda altı rapor sundu⁴¹². Komisyon

⁴⁰⁹ Ago R., Le délit international, RdC 1939-II, s. 524.

⁴¹⁰ Bkz. Crawford James, The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries, Cambridge University Press, 2002; Crawford James, Les Articles de la C.D.I. sur la Responsabilité de l'Etat, Introduction, Texte et Commentaires, Editions Pedone, 2003.

⁴¹¹ Komisyon'un çalışmasının özet ve toplu bir değerlendirmesi için Bkz. Villalpando Santiago, "L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats", puf, Paris, 2005, s. 137-149.

⁴¹² Raportör Garcia Amador'un altı raporu için Bkz. Birinci Rapor: Ann. C.D.I. 1956, vol. II, document A/CN.4/96, s. 175-231; İkinci Rapor: Ann. C.D.I. 1957, vol. II, document A/CN.4/106, s. 119-146; Üçüncü Rapor: Ann. C.D.I. 1958, vol. II, document A/CN.4/111, s. 49-76; Dördüncü Rapor: Ann. C.D.I. 1959, vol. II, document A/CN.4/119, s. 1-36; Beşinci Rapor: Ann. C.D.I. 1960, vol. II, document A/CN.4/125, s. 38-63; Altıncı Rapor: Ann. C.D.I. 1961, vol. II, document A/CN.4/134, s. 1-56.

1962’de 14. oturumunda, konuya yaklaşım yöntemi ve gelecekte yapılacak etütlerin kapsamı hakkında bir ön düzen saptamak üzere bir alt komisyon kurdu.

Yalnızca, ihlalde bulunan Devlet ve mağdur Devlet arasındaki bir hukuki ilişki olarak tanımlandığında, sorumluluk iki taraflı bir hukuki ilişkidir. Şayet üçüncü bir Devlet de bu ilişkiye dahil olabiliyorsa bu çok taraflı bir hukuki ilişki niteliği kazanmaktadır. Örneğin, mağdur Devletten başka bir Devletin de sorumlu Devletten, sorumluluğunun gereğini yerine getirmesini isteyebilmesi, ya da sorumlu Devlete “karşı önlem uygulayabilmesi, sorumluluğun çok taraflı bir nitelik kazandığını göstermektedir. 1950’li yıllarda, antlaşmalar hukuku alanında, özel raportörlerin çalışmalarında, çok taraflılığa doğru bir açılım olduğu görülmektedir. Sorumluluk hukuku için de aynı şey acaba geçerli midir sorusunun cevabı olumsuzdur. Sorumluluk hukukunda iki taraflılık korunmaya devam etmiştir, çok taraflılığa doğru bir açılım henüz olmamıştır⁴¹³. Komisyon’un 1956’dan 1961’e kadar olan çalışmalarında, Devletlerin sorumluluğu hukukunda, iki taraflılığın tamamen korunduğu görülmektedir.

Özel raportör, Garcia Amador için, sorumluluk ilişkisi, haksız fiili işleyen Devlet ile mağdur Devlet arasında ikili bir ilişkidir. Amador’un düşüncesinde ilginç olan nokta, bu ikili ilişkinin mağdur tarafına, Devletten başka kişileri de koymasındır. Hâlbuki klasik olarak sorumluluk Devletten Devlete bir ilişki idi. Amador, bu ilişkinin mağdur tarafına Devletten başka bir kişiyi de koyma düşüncesindeydi⁴¹⁴.

Amador, Devletin milletlerarası sorumluluğunu incelediği 1956’daki ilk raporunda, bu düşüncesini savunmaktadır. Amador’a göre, milletlerarası sorumluluk konusunda, uygulamada önemli gelişmeler olmaktadır. Bu gelişmelere uygun olarak, sorumluluk hukukuna hâkim geleneksel kavramların da gözden geçirilerek, yeni

⁴¹³ İki taraflılık ve çok taraflılığın Devletin sorumluluğu üzerindeki neticelerini inceleyen tebliğinde Marina Spinedi, Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun Kodifikasyon çalışmasını temel almaktadır. Spinedi Marina, “D’une Codification à l’autre: Bilateralisme et Multilateralisme Dans la Genese de la Codification du Droit des Traités et du Droit de la Responsabilité des Etats”, Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Europeen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, s.25-56.

⁴¹⁴ Bu kişi, Amador’a göre, milletlerarası örgüt ya da bir gerçek kişi olabilecektir. Bkz. Annuaire de la Commission du droit international, 1956, vol. II, s. 189-191, 197-200.

gelişmelere, teorisinin de uydurulması gerekmektedir⁴¹⁵. Milletlerarası hukukun ihlâlleri arasında, bazı ağır ihlâllerin “cezalandırılması” gerektiğini belirtmekte, bazı ihlâllerin ise, daha hafif haksız fiil mertebesinde kaldığını ve bunlardan doğan sorumluluğun yalnızca hukukî sorumluluk çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bununla beraber, Devletin sorumluluğunun, bir milletlerarası örgüte karşı doğabileceğini ve insan haklarının korunması konusunda, Devletin gerçek kişiye karşı da sorumlu durumda olabileceğini tespit etmektedir⁴¹⁶. Yabancıların insan haklarının ihlâl edilmesi durumunda, Devletin milletlerarası sorumluluğunun doğacağını belirtmektedir.

Devlete karşı, cezalandırılması gereken bir haksız fiilden ileri gelen cezaî sorumluluk söz konusu olduğunda, Amador, bu noktada, cezalandırılması gerekenin, Devlet şahsiyeti değil, Devletin organı olarak haksız fiili işleyen, gerçek kişi olduğunu yazmaktadır⁴¹⁷.

Amador, milletlerarası örgütlerin sorumluluğun tarafı olabileceğini ve yabancıların insan haklarının ihlâl edilmesi durumunda, gerçek kişilerin sorumluluk ilişkisinde taraf teşkil edebileceğini belirtmekle, klasik Devletten Devlete sorumluluk ilişkisine bir teorik yenilik katmıştır. Amador, yabancıların, insan hakları ihlâllerinde, doğrudan ihlâlde bulunan Devlete karşı bir milletlerarası başvuru hakkı olması gerektiğini belirtmiştir. Kendilerinin uyrukluk bağı ile bağlı oldukları Devletlerinin, sorumlu Devlete karşı bir başvuruda bulunma zorunluluğu olmaksızın, gerçek kişilerin, milletlerarası sorumluluğu ileri sürebilmeleri düşüncesi ciddi bir yeniliktir. Ancak, Amador’un düşüncesinde, Devletin, kendi uyruklarına karşı yapacağı insan hakları ihlâllerinin, milletlerarası düzeyde sorumluluğa konu edileceğine dair bir düşünce bulunmadığını da belirtmek isteriz⁴¹⁸.

Amador, Devlet ya da bir başka kişi dışında, doğrudan mağdur olan kişiden bir başkasının, Devletin sorumluluğunu ileri sürebileceğini tanımamaktadır. Dolayısıyla,

⁴¹⁵ Annuaire de la Commission du droit international, 1956, vol. II, s. 176-178.

⁴¹⁶ Annuaire de la Commission du droit international, 1956, vol. II, s. 176-178.

⁴¹⁷ Annuaire de la Commission du droit international, 1956, vol. II, s. 183-185, 211-213.

⁴¹⁸ Bkz. Spinedi, s. 35.

Amador da, Devletin sorumluluğu hukukunu iki taraflı olarak ele almaktadır. Bununla birlikte, Komisyon, Amador'un, mağdur Devletten başka, milletlerarası örgütlerin ya da, doğrudan insan hakları ihlallerinin mağduru olan yabancı gerçek kişilerin sorumluluğu ileri sürebilmesine dair olan düşüncelerine itibar etmemiştir⁴¹⁹.

1962 ve 1969 yılları arasındaki zamanda, Devletin milletlerarası sorumluluğu hukukunun kodifikasyonu çalışmasında Komisyon tarafından, katı bir iki taraflılık yaklaşımından ilk uzaklaşma adımları atılmıştır ve çok taraflılığa doğru bir açılım yaşanmıştır⁴²⁰. Garcia Amador'un maddeler projesi, 1960 ve 1961 yıllarında, Genel Kurul'da şiddetli eleştirilere uğramıştır ve başarısız olmuştur. Devletlerin, özellikle sosyalist Devletlerin ve üçüncü dünya Devletlerinin, Amador'un hazırladığı projeyi kabul etmemelerinin başta gelen nedeni, yabancılara karşı işlenen haksız fiillerde, birincil kuralların içeriklerinin saptanmasına olan itirazlarıdır. Bu itirazla birlikte, yabancı gerçek kişilere, milletlerarası düzeyde, Devletin sorumluluğunu ileri sürebilme imkânının tanınmış olması da, katiyen kabul görmemiştir. Başını Sovyetler Birliği'nin çektiği, üçüncü dünya Devletlerinin de içinde bulunduğu bir grup Devlet, yabancı kişilere verilen zarardan ötürü Devletin sorumluluğu hususuna çalışmalarda ağırlık verilmesinden, asıl ele alınması gereken meselenin, milletlerarası hukukun temel kurallarının ihlâl edilmesinden kaynaklanan sorumluluk olduğunu ileri sürmekteydiler. Bu temel kurallar arasında, Bu Devletlerin öncelikle ele alınmasını ve açıklığa kavuşturulmasını istedikleri nokta ise, kuvvet kullanma yasağının ihlâl edilmesi idi⁴²¹.

Devletlerin bu eleştirileri neticesinde, 1962, 1963 yıllarında, Komisyon, kodifikasyon çalışmasının istikametine yeniden yön verdi. Ago'nun savunduğu üzere, sorumluluk hukukunda, ikincil kuralların düzenlenmesine karar verildi. Böylelikle,

⁴¹⁹ Annuaire de la Commission du droit international, 1956, I, s. 245 ve devamı; 1957, I, s. 164 ve devamı, 1959, I, s. 158 ve devamı, 1960, I, s. 285 ve devamı, ayrıca Bkz, Spinedi, s. 35 ve dip not 36 ve 37.

⁴²⁰ "Yükümlülüklerin sınıflandırılması ve milletlerarası sorumluluğun çok taraflılık boyutu" adlı tebliğinde Linos-Alexandre Sicilianos, Komisyon çalışmasına eğilmektedir. Linos-Alexandre Sicilianos, "Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale", Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Europeen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, s. 57-77.

⁴²¹ Spinedi, s. 36.

sorumluluğa ilişkin kurallar, ihlâl edilen kural ne olursa olsun genel bir biçimde uygulanabilecekti. Yine Ago'nun savunduğu gibi, sorumluluğun ancak onarımı hedefleyen bir müessese olmaktan çıkartılarak, geniş anlamda, ihlâl ile doğan yeni hukukî ilişkileri düzenlemesine karar verildi. Bu çerçevede, karşı kaşıya önlemler ve sorumluya karşı alınacak kolektif önlemler de sorumluluk düzenlenirken ele alınacaktı. Ago, özel raportör olarak görevlendirildi. Böylelikle sorumluluk hukukunda çok taraflılığa açılım sağlanan yeni bir mecra girildi.

Komisyon 1963'de 15. oturumunda alt komisyonun raporunu ittifakla kabul ettikten sonra Roberto Ago'yu konuya özel raportör atadı. Komisyon 1969'daki 21. oturumundan 1979'daki 31. oturumuna kadar, özel raportör'den sekiz rapor aldı⁴²². Komisyonun 1975'deki 27. oturumunda kabul ettiği plana göre⁴²³, devletlerin sorumluluğu hakkındaki maddeler taslağını şu şekilde belirledi: “Birinci bölüm milletlerarası sorumluluğun kaynağını, ikinci bölüm içeriğini, şekillerini ve derecelerini, üçüncü bölüm, bu konudaki ihtilafların çözüm usullerini ve sorumluluğun nasıl uygulanacağı hakkındaki hükümleri içerir.”

Ago, haksız fiillerin neticeleri bakımından bir ayrıma gidilmesini de savunmaktaydı. Özellikle ağır ihlâllerin neticesinde, sorumlu Devlet, onarım yükümlülüğü altına girmeli ve bunun yanı sıra ilave yaptırımlara da uğratılmalıydı. Bu yaptırımlar kolektif olarak uygulanacaktı. Bu çerçevede, Birleşmiş Milletler Şart'ında öngörülen sistemin işletilmesi düşünülmekteydi⁴²⁴.

1967'de, Komisyon'da, Tammes başta olmak üzere bazı üyeler, milletlerarası hukukun, devletin sorumluluğu konusunda, Roma hukukunun *actio publica* benzeri bir

⁴²² Raportör Roberto Ago'nun sekiz raporu için Bkz. Birinci Rapor: Ann. C.D.I. 1969, vol. II, document A/CN.4/217 ve Add. 1, s. 129-162; İkinci Rapor: Ann. C.D.I. 1970, vol. II, document A/CN.4/233, s. 189-211; Üçüncü Rapor: Ann. C.D.I. 1971, vol. II, (première partie), document A/CN.4/246 ve Add. 1-3, s. 209-289; Dördüncü Rapor: Ann. C.D.I. 1972, vol. II, document A/CN.4/264 ve Add.1, s. 77-174; Beşinci Rapor: Ann. C.D.I. 1976, vol. II, (première partie), document A/CN.4/291 ve Add.1-2, s.3-57; Altıncı Rapor: Ann. C.D.I. 1977, vol. II, (première partie), document A/CN.4/302 ve Add. 1-3; Yedinci Rapor: Ann. C.D.I. 1978, vol. II, (première partie), document A/CN.4/318 ve Add. 1-4; Sekizinci Rapor: Ann. C.D.I. 1980, vol. II, document A/CN.4/318 ve Add. 5-7.

⁴²³ Ann. C.D.I. 1975, vol. II, s. 60-64, document A/10010/Rev 1, par. 38-51.

⁴²⁴ Spinedi, s. 37.

müesseseye ihtiyacı olup olmadığını tartışmaktaydılar⁴²⁵. Bu hususta Ago, şunları belirtmiştir⁴²⁶: “Acaba, klasik olarak devletin sorumluluğuna başvurmaya yetkili olan tek kişinin, mağdur Devlet olması olgusundan uzaklaşmanın zamanı gelmiş midir ve bazı istisnai hallerde, milletlerarası toplumun bu sorumluluğa başvurması imkânı tanınmalı mıdır? Bu soru çok önemlidir ve dikkate alınmalıdır”⁴²⁷.

1969’da, Komisyon, Genel Kurul’a verdiği raporda, ilk defa olarak, milletlerarası sorumluluğun derecelerinin tanımlanması çerçevesinde, mağdur Devlet ile sorumlu Devlet arasında bir hukukî ilişki kurulabileceği gibi, milletlerarası hukukun ağır ihlalleri halinde, birden çok Devlet ya da milletlerarası toplumun geneli ile sorumlu Devlet arasında, sorumluluktan kaynaklanan bir hukukî ilişki kurulabileceğini belirtmiştir⁴²⁸. Komisyon, bu istikamet doğrultusunda, Ago’nun liderliği altında, 70’li yıllar boyunca, çalışmalarını sürdürecektir.

Ago, 1976’da, Komisyon’a sunduğu raporda, milletlerarası suçlar ve milletlerarası kabahatler ayırımına yer vermiştir. Ago, raporunda, milletlerarası hukukun, haksız fiiller arasında bir ayırım yaptığını ispat edebilmek için, milletlerarası hukuk uygulamasına, mahkeme kararlarına ve bilimsel çalışmalara eğilerek gayet kapsamlı bir inceleme ortaya koymaktaydı. Böylelikle, sorumluluk konusunda, yalnız, sorumlu Devlet ile mağdur Devlet arasında doğan “iki taraflı” bir hukukî ilişki görüşünün terk edildiğini ve özellikle önemli yükümlülüklerin ihlali haline mahsus olmak üzere, milletlerarası toplum tarafından, “çok taraflı” bir hukukî ilişkinin doğacağını kabul edildiğini ileri sürmekteydi. Ago bu çerçevede, Viyana Atlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun, *jus cogens* kurallara aykırılık halinde antlaşmaların geçersiz olacağını belirten 53. maddesine; Birleşmiş Milletler Şartı’nın, üçüncü Devletlerin, silahlı bir saldırıya uğrayan mağdur Devlete yardım etmelerini hukuka uygun sayan 51. maddesine; Şart’ın 2. maddesinin 4. fıkrasında, kuvvet kullanma

⁴²⁵ Annuaire de la Commission du droit international, 1967, I, s. 243-257.

⁴²⁶ Bkz. Crawford James, Les Articles de la C.D.I. sur la Responsabilité de l’Etat, Introduction, Texte et Commentaires, Editions Pedone, 2003, s. 19-23; Ayrıca Bkz. Villalpando Santiago, “L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats”, puf, Paris, 2005, s. 150-189.

⁴²⁷ Annuaire de la Commission du droit international, 1967, I, s. 246.

⁴²⁸ Annuaire de la Commission du droit international, 1969, II, s. 243.

tehdidinde bulunma ve kuvvet kullanmayı yasaklayan hükme ve Milletlerarası Adalet Divanı'nın **Barcelona Traction** davasında verdiği, *erga omnes* yükümlülüklerin mevcudiyetine dair olan kararına göndermede bulunmaktaydı⁴²⁹.

Komisyon 1980'deki 32. oturumunda "Milletlerarası Sorumluluğun Kaynağı" başlıklı birinci bölümü geçici nitelikte olmak kaydı ile kabul etti⁴³⁰. Bundan önce 1979'da 31. oturumunda, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Adalet Divanı'na Hâkim seçilmiş olan Ago yerine, Willem Riphagen'i raportör seçmişti. Komisyon 1980'deki 32. oturumundan 1986'daki 38. oturuma kadar, Willem Riphagen'den yedi rapor aldı⁴³¹. Bunlar ikinci ve üçüncü bölüm maddeleri hakkındadır.

Komisyon 1987'de 39. oturumunda, 31 Aralık 1986 da görev süresi sona eren Willem Riphagen yerine Gaetano Arangio-Ruiz'i raportör atadı. 1988 deki 40. oturumdan 1996'daki 48. oturuma kadar Komisyon, Arangio-Ruiz'den sekiz rapor aldı⁴³².

Komisyon 1996'daki 48. oturumunda devletlerin sorumluluğu hakkındaki tasarının ikinci ve üçüncü bölümlerinin birinci inceleme turunu tamamlamış oldu.

⁴²⁹ Annuaire de la Commission du droit international, 1976, II, s. 30-31 ve 33 ve devamında, Beşinci rapora bakınız. Komisyon'un bazı üyelerinin, BM Şartı'nın VII Bölümünde öngörülen önlemlerin, bir haksız fiilin yaptırımı olarak uygulanabileceği konusunda ciddi şüpheleri olduğu da belirtilmelidir. Bkz. Annuaire de la Commission du droit international, 1976, I, s. 56-92 ve s. 241-256; Spinedi, s. 45 ve dip not 67.

⁴³⁰ Ann. C.D.I. 1980, vol. II (deuxième partie), s.25-61, document A/35/10, chap. III.

⁴³¹ Raportör Willem Riphagen'nin yedi raporu için Bkz. Birinci Rapor: Ann. C.D.I. 1980, vol. II (première partie), s. 105, document A/CN. 4/330; İkinci Rapor: Ann. C.D.I. 1981, vol. II (première partie), s. 81, document A/CN. 4/334; Üçüncü Rapor: Ann. C.D.I. 1982, vol. II (première partie), s. 25, document A/CN. 4/354; Dördüncü Rapor: Ann. C.D.I. 1983, vol. II (première partie), s. 3, document A/CN. 4/366 ve Add. 1; Beşinci Rapor: Ann. C.D.I. 1984, vol. II (première partie), s. 1, document A/CN. 4/380; Altıncı Rapor: Ann. C.D.I. 1985, vol. II (première partie), s. 3, document A/CN. 4/389; Yedinci Rapor: Ann. C.D.I. 1986, vol. II (première partie), s. 1, document A/CN. 4/397 ve Add. 1.

⁴³² Raportör Arangio-Ruiz'in sekiz raporu için Bkz. Birinci Rapor: Ann. C.D.I. 1988, vol. II (première partie), s.6, documents A/CN.4/416 ve Add. 1, Add. 2; İkinci Rapor: Ann. C.D.I. 1989, vol. II (première partie), s. 1, documents A/CN.4/425 ve Add. 1; Üçüncü Rapor: Ann. C.D.I. 1991, vol. II (première partie), s. 1, documents A/CN.4/440 ve Add. 1 ; Dördüncü Rapor: Ann. C.D.I. 1992, vol. II (première partie), s. 1, documents A/CN.4/444 ve Add. 1, Add. 2, Add. 3; Beşinci Rapor: Ann. C.D.I. 1993, vol. II (première partie), s. 1, documents A/CN.4/453 ve Add. 1, Add. 2, Add. 3; Altıncı Rapor: A/CN.4/461 ve Add. 1, Add. 2, Add. 3; Yedinci Rapor: A/CN.4/469 ve Add. 1, Add. 2; Sekizinci Rapor: A/CN.4/476 ve Add. 1.

Statüsünün 16. ile 21. maddeleri uyarınca tasarıyı hükümetlere iletme kararını verdi⁴³³. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığı ile hükümetlere gönderilen tasarıya en geç 1 Ocak 1998 tarihine kadar görüş bildirilmesi talep edilmişti. Komisyon 1997’deki 49. oturumunda gelecek olan hükümet görüşleri ile ikinci tur görüşmelerin yapılacağı bir çalışma grubu oluşturdu ve James Crawford’u özel raportör atadı. Komisyon 1998’deki 50. oturumundan 2000 yılının 52. oturumuna kadar James Crawford’dan üç rapor aldı⁴³⁴. Bu raporlarında raportör hükümetlerden alınan görüşleri⁴³⁵, devletlerin konu hakkındaki uygulamalarını, içtihatları ve doktrini değerlendiriliyordu. Komisyon 2000 yılındaki 52. oturumunda tasarının tüm maddeleri hakkındaki ikinci inceleme sonucu redaksiyon komitesi tasarısını ele aldı ve bununla A/CN.4/600 dokümanını hükümetlere iletterek 2001’deki 53. oturumunda tasarının ikinci incelemesini de tamamlamaya karar verdi⁴³⁶. 53. oturumda James Crawford’un dördüncü raporuyla⁴³⁷ beraber, Komisyon 23, 25 ve 26 Nisan ile 1, 4 ve 8 Mayıs 2001 tarihlerindeki 2665, 2667, 2668 ve 2670 ile 2674 numaralı toplantılarında hükümetlerden gelen görüşlere ek olarak başlıca dört konuya eğildi: genel olarak milletlerarası topluluğa karşı olan yükümlülüklerin ağır ihlalleri, karşı tedbirler, ihtilafların çözümleme usulleri, maddelerin redaksiyon şekli.

⁴³³ Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-huitième session, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément No.10 (A/51/10).

⁴³⁴ A/CN.4/490; A/CN.4/498; A/CN.4/507.

⁴³⁵ A/CN.4/483; A/CN.4/488; A/CN.4/492; A/CN.4/496; A/CN.4/504.

⁴³⁶ Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément No.10 (A/55/10).

⁴³⁷ A/CN.4/517.

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI HAKSIZ FİİLDEN KAYNAKLANAN DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞUNUN MEYDANA GELMESİ

I. DEVLETİN MİLLETLERARASI NİTELİKTEKİ HAKSIZ FİİLİ

A. Genel Açıklama

Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun maddeler çalışmasının⁴³⁸ Birinci Bölümü’nün başlığı “Devletin Milletlerarası Nitelikteki Haksız Fiili”dir. Birinci Bölüm, 5 Bap’tan oluşmaktadır. Birinci Bap⁴³⁹, “Genel İlkeler”, İkinci Bap⁴⁴⁰, “Bir Davranışın Devlete İsnat Edilmesi”, Üçüncü Bap⁴⁴¹, “Bir Milletlerarası Yükümlülüğün İhlâli”, Dördüncü Bap⁴⁴², “Bir Başka Devletin Fiilinden Ötürü Devletin Sorumluluğu”, ve Beşinci Bap⁴⁴³, “Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller” başlıklarına sahiptirler.

B. Genel İlkeler

1. Milletlerarası Haksız Bir Fiilden Ötürü Devletin Sorumluluğu

1. madde, “Milletlerarası haksız bir fiilden ötürü Devletin sorumluluğu”⁴⁴⁴ başlığını taşır:

*Bir Devletin milletlerarası nitelikteki her haksız fiili, o Devletin sorumluluğunu doğurur*⁴⁴⁵.

⁴³⁸ Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s.62–63, par. 90.

⁴³⁹ Madde 1-3.

⁴⁴⁰ Madde 4-11.

⁴⁴¹ Madde 12-15.

⁴⁴² Madde 16-19.

⁴⁴³ Madde 20-27.

⁴⁴⁴ Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun “Milletlerarası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Milletlerarası Sorumluluğu” na İlişkin Maddeleri (tamamı 59 madde), Fransızca ve İngilizce metinler karşılaştırılarak, tarafımızdan tercüme edilmiştir.

1. madde, bütün maddelerin temelindeki ilkeyi ortaya koymaktadır⁴⁴⁶. Bu ilke, milletlerarası hukukun bir Devlet tarafından ihlâl edilmesinin, o Devletin sorumluluğunu doğuracağı esastır⁴⁴⁷. Milletlerarası hukuk, bir Devlet tarafından her ihlâl edildiğinde, bir milletlerarası haksız fiil oluşacaktır ve bu haksız fiili işleyen Devletin milletlerarası sorumluluğu doğacaktır⁴⁴⁸.

Milletlerarası hukuk öğretisinde hâkim olan anlayışa göre⁴⁴⁹, milletlerarası hukukta, iç hukukta, haksız fiilin unsurları arasında mevcut olan kusur, milletlerarası haksız fiilin unsuru olarak aranmamaktadır. İç hukuk sistemlerine nazaran, milletlerarası hukuktaki bu farklılık, iradeci pozitivist okulun⁴⁵⁰ etkisiyle gerçekleşmiştir. Bu okulun büyük temsilcisi, İtalyan hukukçu Dionizio Anzilotti, 1906'da "Revue générale de droit international public" de çıkan makalesinde, milletlerarası hukukta "*haksız fiil, iki unsurun etkileşimi ile oluşmaktadır:(birinci unsur) fiil, yani, maddi, harici ve fark edilir bir eylem ve (ikinci unsur) fiilin karşıtlık içerisinde olduğu hukuk kuralı (...). Milletlerarası haksız fiil⁴⁵¹ milletlerarası hukuka aykırı olan fiildir*" demiştir⁴⁵². Bu tanımın esas amacı, haksız fiilin unsurlarını, milletlerarası hukukta sadeleştirmek⁴⁵³ ve böylelikle, milletlerarası sorumluluğun

⁴⁴⁵ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad.1; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art.1, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁴⁴⁶ Bkz. Combacau Jean, Sur Serge, s. 543.

⁴⁴⁷ Pierre-Marie Dupuy, frankofon yazarların, sorumluluğu doğuran olay (fait générateur), anglofon yazarların ise, sorumluluğun kaynağı (origine de la responsabilité), tabirlerini kullandığını belirtmektedir. Dupuy, esasında her iki ifadenin de aynı anlamı işaret ettiğini ve bunun "Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğuran olay" olduğunu belirtmektedir (Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public,s. 475, par. 459). Komisyon'un 1. maddesinden de anlaşıldığı üzere, Devletin sorumluluğunu doğuran olay, milletlerarası hukukun bir Devlet tarafından ihlâl edilmesidir.

⁴⁴⁸ Bkz. Carreau Dominique, s. 444, par. 1075Combacau Jean, Sur Serge, s. 527.

⁴⁴⁹ Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public,s. 476, par. 460.

⁴⁵⁰ Fr: L'école positiviste volontariste.

⁴⁵¹ Fr: L'acte illicite international.

⁴⁵² Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public,s. 476, par. 461.

⁴⁵³ Kusuru, Devletin milletlerarası sorumluluğuna sebep olan milletlerarası haksız fiilin unsurları arasından çıkartmak, aranması gereken unsurlar bakımından sadeleştirmeye hizmet etmekte ve Devlet gibi bir tüzel kişilikte, manevi bir husus olan kusurlu irade unsurunun aranması ve tespit edilmesindeki zorluğu da aşmaya yaramaktadır. Esasında, tüzel kişiliğin sorumluluğu meselesinde, kusurluluk şartı, bünye bakımından da aranmaması gereken bir husustur. Kusurlu irade, gerçek kişilere yani insana mahsustur. Tüzel kişiliğin ise karar alan gerçek kişilerden ayrı, somut fiilleri vardır ve bunlar hukuken

etkinliğini arttırmaktır⁴⁵⁴. Milletlerarası hukukta kabul edildiği üzere, haksız fiil bir kusur değil, sadece hukuk kuralına aykırılıktır. Böylelikle, haksız fiil teşkil eden davranışın işlenmesi için karar alan kişilerin psikolojilerinin değerlendirilmesi gerekmemektedir. Devlet tüzel kişiliğinin sorumluluğu “milletlerarası sorumluluk”tur; kararları alan ve davranışları işleyen insanların sorumluluğu ise, Devletin milletlerarası sorumluluğundan ayrıdır⁴⁵⁵. Bu şekilde, gerçek kişilerin sorumluluğunun, Devletin sorumluluğu içerisinde eriyerek ortadan kaybolmasının da önüne geçilmektedir. Hem de, hukukî bir müessese ve hukuksal yaratım olan tüzel kişinin sorumluluğu meselesine, psikolojik bir unsur olan kusurlu irade unsuru karıştırılmamaktadır.

Devletin milletlerarası sorumluluğuna iki taraftan bakmak mümkündür. Bunun bir tarafı, sorumlu Devletin tarafından bakmaktır. Sorumlu Devlet, bir milletlerarası hukuk kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğüne aykırı bir davranış sergilemekle, milletlerarası hukuk kuralını ihlâl etmiştir ve bu nedenden ötürü sorumluluğu meydana gelmiştir. Devletin milletlerarası sorumluluğuna diğer taraftan bakmak için ise, ihlâlin mağdurunun tarafından yaklaşmak icap eder. Devletlerin milletlerarası sorumluluğu, Devletlerarasında söz konusu olan bir hukukî müessesedir. Dolayısıyla, bir Devletin, milletlerarası hukuku ihlâl etmesinin mağduru, bir başka Devlettir. Mağdur Devlet, bir Devletin, bir milletlerarası haksız fiil ile milletlerarası hukuku ihlâl etmesinden zarar gören Devlettir. Bu çerçevede, milletlerarası sorumluluk kavramı, bir Devletin bir haksız fiili neticesinde meydana gelen yeni hukukî ilişkileri tanımlamak için kullanılır. Bu hukukî ilişkiler, sorumlu Devlet ile mağdur Devlet arasındaki, ihlâl ile meydana gelen sorumluluktan kaynaklanan hukukî ilişkilerdir. Bu hukukî ilişkinin merkezinde, ihlâl ile meydana gelen neticelerin, sorumlu Devlet tarafından ortadan kaldırılması, başka ifade ile onarılması yükümlülüğü yer almaktadır.

Bir Devletin milletlerarası bakımdan haksız bir davranışı, bir ya da birden fazla icraî bir hareket ya da ihmal ya da bunların bir araya gelmesinden oluşabilir.

değerlendirilmelidir. Mevcut bir milletlerarası hukuk kuralına her aykırı davranış, kusur durumuna bakılmaksızın Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğurur.

⁴⁵⁴ Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 476, par. 461.

⁴⁵⁵ İnsanların sorumluluğu, hukukî sorumluluk olduğu gibi cezaî sorumluluktur, hâlbuki Devletin milletlerarası sorumluluğu ancak hukukî sorumluluktur.

Milletlerarası bakımdan haksız bir fiilin oluşup oluşmadığının bilinmesi, ilk önce, ihlâl edilen yükümlülüğün belirlenmesini gerektirir. İkinci olarak ise, fiilin haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi için gerekli unsurların tespit edilmesini gerektirir.

Milletlerarası Daimi Adalet Divanı, 1. maddede ortaya konan ilkeyi birçok kararında uygulamıştır. **Fas Fosfatları davasında**, Divan, bir Devlet, bir başka Devlete karşı milletlerarası bakımdan haksız bir fiil işlediğinde, milletlerarası sorumluluğun, doğrudan bu Devletlerarasında meydana geldiğini belirtmiştir⁴⁵⁶. Milletlerarası Adalet Divanı da belirtilen ilkeyi birçok davada uygulamıştır. Örneğin **Korfu Boğazı davasında**⁴⁵⁷, **Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davasında**⁴⁵⁸ ve **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davasında**⁴⁵⁹ bu ilke uygulanmıştır. Divan, bu ilkeyi **Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesine ilişkin danışma görüşünde**⁴⁶⁰ ve **Bulgaristan, Macaristan ve Romanya Arasında İmzalanan Barış Antlaşmalarının Yorumlanmasına ilişkin danışma görüşünde**⁴⁶¹ de uygulamıştır ve “*bir antlaşmadan kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirmemenin milletlerarası sorumluluğa yol açacağına açık olduğunu*” belirtmiştir⁴⁶².

1. maddede belirtilen temel ilke, Milletlerarası Hukuk Komisyonu tarafından yazılmadan önce de, milletlerarası hukukta yerleşmiş temel ilkeydi. Bununla beraber, milletlerarası sorumluluğun doğumundan itibaren meydana gelen yeni hukukî ilişkilerin

⁴⁵⁶ **Fas Fosfatları davası**, (Phosphates du Maroc), 1938, C.P.J.I., série A/B, n. 74, s.28. Aynı ilke için: **Wimbledon davası**, (Vapeur “Wimbledon”), 1923, C.P.J.I., série A, n. 1, s.30 ; **Chorzow Fabrikası davası**, (Usine de Chorzow), 1927, C.P.J.I., série A, n. 9, s.21 ve 1928, C.P.J.I., série A, n.17, s.29.

⁴⁵⁷ **Korfu Boğazı davası**, (Détroit de Corfu), fond, C.I.J. Recueil 1949, s. 23. Ayrıca Bkz. Carreau Dominique, s. 446, par. 1078.

⁴⁵⁸ **Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davası**, (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci; Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986, s.142, s. 149.

⁴⁵⁹ **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası**, (Projet Gabcikovo-Nagymaros), C.I.J. Recueil 1997, s. 38.

⁴⁶⁰ **Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesine ilişkin danışma görüşü**, (Réparation des dommages subis au service des Nations Unies), C.I.J., Recueil 1949, s. 184.

⁴⁶¹ **Bulgaristan, Macaristan ve Romanya Arasında İmzalanan Barış Antlaşmalarının Yorumlanmasına ilişkin danışma görüşü**, (Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie), C.I.J., Recueil 1950, s. 221.

⁴⁶² **Bulgaristan, Macaristan ve Romanya Arasında İmzalanan Barış Antlaşmalarının Yorumlanmasına ilişkin danışma görüşü**, (Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie), C.I.J., Recueil 1950, s. 228.

niteliği üzerine farklı düşünceler gelişmişti. Anzilotti tarafından başı çekilen bir düşünce okuluna göre⁴⁶³, bir milletlerarası nitelikteki haksız fiil neticesinde doğan hukukî neticeler, iki taraflı, karşılıklı ve zorunlu olan, haksız fiili işleyen Devlet ile mağdur Devlet arasında doğan hukukî ilişkilerdir. İki taraflı ve zorunlu olması şundan ileri gelmektedir ki, haksız fiili işleyen Devlet milletlerarası sorumluluğunun zorunlu kıldığı üzere, haklarını ihlâl ettiği mağdur Devlete verdiği zararı onarmak yükümlülüğündedir. Bununla beraber mağdur Devlet de bu onarımı fail Devlettten talep etmek hak ve yetkisine sahip olmaktadır.

Diğer önemli bir yaklaşıma göre ise, hukuk düzeni esasen, bir yaptırımlar düzeni olduğundan, mağdur Devlet, sorumlu Devlete bir yaptırım uygulayabilir. Milletlerarası bir haksız fiilden ötürü meydana gelen sorumluluğun esas sonucu, mağdur Devletin bu yaptırım uygulayabilme yetkisinin meydana gelmesidir. Bu yaklaşımın da en önemli temsilcisi Kelsen'dir⁴⁶⁴. Bu yaklaşımda, onarım yükümlülüğü Anzilotti'nin temsil ettiği düşüncenin aksine ikinci önemdedir. Esas önem, mağdur Devletin yaptırım uygulayabilme yetkisine tanınmaktadır.

Üçüncü bir düşünceye göre ise, milletlerarası sorumluluğun neticeleri, yalnızca ne onarım yükümlülüğü ile ne de yaptırım uygulama yetkisi ile açıklanıp, sınırlandırılmaz⁴⁶⁵. Bu düşünceye göre, milletlerarası hukukta, bütün hukuk sistemlerinde de olduğu gibi, farklı koşullara göre, milletlerarası nitelikteki bir haksız fiil, farklı tiplerde hukukî ilişkilerin doğmasına neden olur.

Görüşler, milletlerarası nitelikteki bir haksız fiil sonucunda doğan hukukî ilişkilerin, esas olarak iki taraflı olup olmadığı sorusu üzerinde de bölünmüş vaziyettedir. Söz konusu iki taraflılık, sorumluluktan kaynaklanan hukukî ilişkilerin, haksız fiili işleyen Devlet ile mağdur Devlet arasında doğan hukukî ilişkiler olması anlamında düşünülmelidir. Oldukça geniş bir kesim tarafından öğretilde artık kabul edilmektedir ki, bazı haksız fiiller bunu işleyen Devletin, birden çok Devlete karşı

⁴⁶³ Klasik pozitivist okul.

⁴⁶⁴ Rigaux François, "Kelsen et le droit international", *Revue Belge De Droit International*, 1996/2, ss. 380-407. Ayrıca Kelsen hakkında Bkz. Güriz Adnan, s. 335-355.

⁴⁶⁵ Ago R., "Le délit international", *Recueil des cours*, vol. 68 (1939/II), s. 430.

sorumluluğunu, ya da oldukça çok sayıda Devlete karşı sorumluluğunu ya da ve hatta “milletlerarası toplumun geneline karşı” sorumluluğunu doğurabilir. Milletlerarası Adalet Divanı, bu kabul istikametinde, **Barcelona Traction davasında**, önemli bir adım atmıştır⁴⁶⁶:

*“Devletlerin, milletlerarası toplumun geneline karşı olan yükümlülükleri ile Devletlerin başka Devletlere karşı olan ve diplomatik koruma çerçevesinde değerlendirilecek yükümlülükleri arasında temel bir ayrım yapılması... gereklidir. Hatta doğaları itibariyle birinciler bütün Devletleri ilgilendirir. Söz konusu olan hakların öneminden ötürü, bütün Devletlerin bu hakların korunuyor olmasından hukukî bir menfaatleri olduğu kabul edilebilir; bundan kaynaklanan yükümlülükler erga omnes yükümlülüklerdir”*⁴⁶⁷.

Milletlerarası topluma dâhil oldukları için, her Devletin, bazı temel hakların korunuyor olmasından ve bazı temel yükümlülüklere saygı gösteriliyor olmasından hukukî menfaatleri vardır. Divan bu yükümlülükler örnek olarak, saldırının hukuk dışı olmasını, soykırım yasağını ve köleliğe karşı korunma ve ırk ayrımı yasağının dâhil olduğu, insanın temel haklarına ilişkin ilke ve kurallara saygı yükümlülüğünü saymıştır⁴⁶⁸.

2. Devletin Milletlerarası Haksız Fiilinin Unsurları

2. maddenin başlığı, “Devletin milletlerarası haksız fiilinin unsurları” dır:

Şayet, icraî surette ya da ihmal suretiyle işlenen bir davranış:

a) Milletlerarası hukuka göre Devlete isnat edilebiliyorsa; ve

⁴⁶⁶ **Barcelona Traction davası**, (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 2. phase, C.I.J. Recueil 1970. Ayrıca Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 65, par. 94.

⁴⁶⁷ **Barcelona Traction davası**, (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 2. phase, C.I.J. Recueil 1970, s. 32: “une distinction essentielle doit ... être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d’un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l’importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s’agit sont des obligations *erga omnes*” – “an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*”.

⁴⁶⁸ **Barcelona Traction davası**, (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 2. phase, C.I.J. Recueil 1970, s.32.

b)Devletin bir milletlerarası yükümlülüğünün ihlâlini oluşturuyorsa, Devletin bir milletlerarası haksız fiili vardır⁴⁶⁹.

1. madde temel ilkeyi ortaya koymaktadır: Devletin her milletlerarası haksız fiili onun milletlerarası sorumluluğunu doğurur.

2. madde, Devletin bir milletlerarası haksız fiilinin mevcut olması için gereken şartları belirlemektedir⁴⁷⁰. Bu şartlar için Devletin milletlerarası haksız fiilinin unsurları da denilebilir. İki unsur aranmaktadır. İlk önce, söz konusu davranış milletlerarası hukuka göre Devlete isnat edilebilir olmalıdır. İkinci unsur olarak ise, Devletin bir fiilinden sorumluluğunun doğabilmesi için, bu davranışın sorumluluğu söz konusu edilecek Devlet için hâlihazırda uyulması gereken ve milletlerarası hukuktan doğan bir yükümlülüğün ihlâlini oluşturmaktadır.

Bu iki unsurun aranması gerekliliği, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı'nın örneğin, **Fas Fosfatları davası** kararında⁴⁷¹ belirtilmiştir. Bu kararda, Divan, bir Devletin milletlerarası sorumluluğunun doğabilmesi için, o Devlete isnat edilebilir bir fiilin varlığının bulunması gerektiğini ve bu fiilin, bir başka Devletin, milletlerarası bir antlaşmadan doğan bir hakkını ihlâl ediyor olması gerektiğini belirtmiştir⁴⁷².

Milletlerarası Adalet Divanı da, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı gibi aynı iki unsurun varlığını aramıştır. Örneğin, **Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava**'da⁴⁷³, Divan, İran'ın sorumluluğunun kurulabilmesi için kararda şu satırlara yer vermiştir:

“Her şeyden önce, söz konusu davranışların hangi ölçüde İran Devleti'ne hukuken yüklenebileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Daha sonra, bu davranışların İran'ın yürürlükteki antlaşmalar uyarınca ya da milletlerarası hukukun hâlihazırda

⁴⁶⁹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 2, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁴⁷⁰ Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s.64, par. 92.

⁴⁷¹ **Fas Fosfatları davası**, (Phosphates du Maroc), 1938, C.P.J.I., série A/B, n. 74, s.10.

⁴⁷² **Fas Fosfatları davası**, (Phosphates du Maroc), 1938, C.P.J.I., série A/B, n. 74, s. 28.

⁴⁷³ **Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava**, (Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran), C.I.J. Recueil 1980, s. 3.

*uygulanabilir başkaca herhangi bir kuralı uyarınca, İran'ın yerine getirmesi gereken yükümlülüklerine uygun olup olmadığının araştırılması gerekir*⁴⁷⁴.

a. Isnat

Devlete isnat edilebilen bir davranış icraî surette ya da ihmal suretiyle işlenebilir. İhmal suretiyle işlenen davranışları belirlemek bazı hallerde güçlük arz edebilir. Bu durumlarda ihmalin varlığı olayın şartları değerlendirilerek ve kendisini çevreleyen diğer davranışlardan ayırtılarak belirlenmelidir. Örneğin **Korfu Boğazı davasında**, Milletlerarası Adalet Divanı'na göre, Arnavutluk'un bildiği ya da bilmesi gereken, mayınların kendi karasularında bulunduğudır. Buna rağmen Arnavutluk diğer Devletleri uyarmak için hiçbir şey yapmamıştır ve bu ihmal onun sorumluluğunun doğması için yeterlidir⁴⁷⁵. **Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava**'da, Divan, İran'ın sorumluluğuna yol açan davranışın ihmal olduğuna hükmetmiştir. Olayda, İran otoritelerinin gereken önlemlerin alınmasında ihmallerinin bulunduğu belirlenmiştir⁴⁷⁶.

Belirli bir davranışın milletlerarası hukuka göre milletlerarası nitelikte bir haksız fiil olarak belirlenebilmesi için her şeyden önce bu davranışın Devlete isnat edilebilir olması gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Devlet gerçekte somut olarak organize olmuş bir yapıdır ve milletlerarası hukuka göre işlemde ve eylemde bulunma yeteneğine hukuken sahiptir. Devletin bir fiili, şüphesiz, gerçekte belirli insanların icraî surette ya da ihmal suretiyle işleyecekleri eylemlerden ileri gelir. Bundan ötürü, Devletin sorumluluğunun doğabilmesi bakımından, Devlet adına eylemde bulunabilecek kişilerin kimler olduğunun belirlenebilmesi gerekmektedir.

⁴⁷⁴ **Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava**, (Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran), C.I.J. Recueil 1980, s. 29: "tout d'abord elle doit déterminer dans quelle mesure les comportements en question peuvent être considérés comme juridiquement imputables à l'État iranien. Ensuite, elle doit rechercher s'ils sont compatibles ou non avec les obligations incombant à l'Iran en vertu des traités en vigueur ou de toute autre règle de droit international éventuellement applicable" - "first, it must determine how far, legally, the acts in question may be regarded as imputable to the Iranian State. Secondly, it must consider their compatibility or incompatibility with the obligations of Iran under treaties in force or under any other rules of international law that may be applicable".

⁴⁷⁵ **Korfu Boğazı davası**, (Déroit de Corfu), fond, C.I.J. Recueil 1949, s.22 ve s. 23.

⁴⁷⁶ **Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava**, (Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran), C.I.J. Recueil 1980, s. 31 ve s. 32.

Bir davranışın Devlete isnat edilebilmesinden söz edildiğinde, Devletten milletlerarası hukukun bir kişisi anlaşılmaktadır. Birçok hukuk sisteminde, Devlet organları, ayrı ayrı, birer hukuk kişisi olarak kabul edilir. Milletlerarası hukuk bakımından bu anlayış geçerli değildir. Milletlerarası hukukta, Devlet, tekil bir hukuk kişisi olarak kabul edilmektedir. Bir davranışın Devlete isnat edilebilmesi de milletlerarası hukukta normatif bir işlemdir.

b. İhlâl

Devletin milletlerarası sorumluluğuna yol açacak, milletlerarası haksız bir fiilin varlığı için gereken ikinci unsur, Devletin davranışının, milletlerarası hukukun kendisine yüklediği bir yükümlülüğün ihlâlini oluşturmasıdır. Söz konusu yükümlülük bir antlaşmadan kaynaklanabileceği gibi antlaşma dışı bir milletlerarası hukuk kuralı tarafından da öngörülmüş olabilir. Böyle bir yükümlülüğün ihlâli kavramı, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı tarafından **Chorzow Fabrikası davasında**, yetkiye ve esasa ilişkin kararlarında kullanılmıştır⁴⁷⁷. Milletlerarası Adalet Divanı da, **Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesine ilişkin danışma görüşünde** bu kavramı kullanmıştır⁴⁷⁸. **Rainbow Warrior davasında**, hakem mahkemesi, “bir Devlet tarafından her yükümlülüğün her ihlâli” ifadesine yer vermiştir⁴⁷⁹. Kullanılan bütün ifadeler aynı kavramı işaret etmektedirler: Devletin milletlerarası yükümlülüğünün ihlâlini.

Milletlerarası hukukta, bir yükümlülüğün ihlâli kavramı çoğu zaman bir başka Devletin haklarına aykırı, bunları ihlâl eden bir davranış olarak kabul edilip kullanılmaktadır.

⁴⁷⁷ **Chorzow Fabrikası davası**, (Usine de Chorzow), compétence, 1927, C.P.J.I., série A, n. 9, s.21; fond, 1928, C.P.J.I., série A, n. 17, s. 29. Ord. Profesör Cemil Bilsel Devletler Hukuku adlı eserinde bu meseleye şu şekilde yer veriyor: “Enternasyonal Adalet Mahkemesi Chorzow işine aid 9 numaralı kararında şöyle diyor: Enternasyonal prensiptir ki, bir taahhüdün ihlâl edilmesi elverişli surette bunu tamir etmeği icabettirir, imdi tamir bir mukaveleinin tatbikinde ihlâlîn lâbüd (gerekli) bir tamamlayıcısıdır. Bunun mukavelede yazılı olmasına da lüzum yoktur”. (Bilsel Cemil, s. 219).

⁴⁷⁸ **Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesine ilişkin danışma görüşü**, (Réparation des dommages subis au service des Nations Unies), C.I.J., Recueil 1949, s. 184.

⁴⁷⁹ **Rainbow Warrior davası**, (Rainbow Warrior, Nouvelle-Zélande/France), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (1990), s. 251; ayrıca Bkz. Charpentier Jean, “ L’affaire Rainbow-Warrior et la responsabilité international des Etats”, Vortag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes Saabrücken, den 6 Juni 1991.

c. Zararın ve Kusurun Değerlendirilmesi

2. maddede belirtilen iki unsurun, Devlete isnat edilebilen bir davranışın varlığı ve bu davranışın Devletin milletlerarası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmesi olduğunu, yukarıda açıklamış bulunuyoruz. Bu noktada, sadece bu iki unsurun varlığının, Devletin milletlerarası sorumluluğunun doğabilmesi için yeterli olup olmadığı sorusu, cevaplandırılması önemli bir sorudur. Devlete yüklenilebilen ve milletlerarası bir yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden bir davranışın varlığının, Devletin milletlerarası sorumluluğuna yol açabilmesi için, bir şartın daha varlığının mevcut olması gerekliliği de savunulmaktadır. Fakat Milletlerarası Hukuk Komisyonu, ortaya koyduğumuz üzere böyle bir şarta çalışmasında yer vermemeyi seçmiştir. Bu şart, başka bir Devlete verilen **zararın** varlığıdır⁴⁸⁰.

i. Zarar

Klasik öğretiyeye göre, Devletin milletlerarası sorumluluğunun doğabilmesi için dört unsur bir arada mevcut olmalıydı:

1. Devlete isnat edilebilen bir davranış bulunmalı;
2. Bu davranış bir başka milletlerarası hukuk kişisine yönelmeli;
3. Milletlerarası hukuka aykırı olmalı;
4. Ve bir zarara neden olmalıydı⁴⁸¹.

Milletlerarası Hukuk Komisyonu, milletlerarası sorumluluğun unsurlarını berraklaştırmış ve sadeleştirmiştir. Bu esnada, zararın bir unsur olarak aranması gerekliliğini, sorumluluğa ilişkin formülden çıkartmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, zararın öneminin, sorumluluk hukukundan çıkarılmamış olmasıdır; ancak zarar, bir unsur olarak aranması gereken bir unsur olmaktan çıkarılmıştır. Zarar, onarımın çeşidinin ve biçiminin belirlenmesinde, özellikle tazminatın hesaplanmasında önemlidir. Hatta sorumluluğun ileri sürülebilmesi meselesinde ve mağdurun tespitinde

⁴⁸⁰ Bkz. Carreau Dominique, s. 454, par. 1100 Combacau Jean, Sur Serge, s. 527-536.

⁴⁸¹ Ruzié David, s. 120.

zarar belirleyici rol oynar. Ancak milletlerarası haksız fiilin mevcut olması için, Devlete isnat edilebilen bir davranışın illâki zarar meydana getirmiş olması şart değildir. Bir “milletlerarası yükümlülüğe aykırı her davranış”, zarar doğursun ya da doğurmasın, Milletlerarası Hukuk Komisyonu’na göre, “milletlerarası nitelikte bir haksız fiil”dir ve bunun faili Devletin “milletlerarası sorumluluğu” meydana gelir. Komisyon’un inşa ettiği teori budur.

Zararın varlığı şartının aranması, ihlâl edilen milletlerarası yükümlülüğün kaynaklandığı milletlerarası hukuk kuralının niteliğine sıkı sıkıya bağlıdır. Bu birincil kuralın niteliği, doğal olarak, zararın mevcudiyetinin niteliğini de belirleyecektir. Örneğin, akdedilen bir milletlerarası antlaşma, iç hukukta taraf Devletin bir düzenleme ile bir kanun yapmasını gerektiriyor olabilir. Antlaşmadan doğan yükümlülük itibariyle yapılması gereken bu yasal düzenleme yapılmadığı için, ya da yapılsa bile somut olayda uygulanmadığı için, Devlet, yükümlülüğüne aykırı bir davranış sergilemiş olacaktır. Bununla birlikte, aynı antlaşmaya taraf bir başka Devlet, bu yasal düzenleme yapılmadığı, ya da uygulanmadığı için, doğrudan ve somut bir zarara uğramamış olabilir fakat ortada milletlerarası yükümlülüğe aykırı bir davranışın mevcut olması bir zararın doğması koşuluna bağlı değildir. Dolayısıyla zararın mevcudiyeti, soyut bir yaklaşımla tespit edilemez ve her olayda, somut olarak incelenmelidir. Zararın tespit edilemediği bir sorumluluk soyut kalmaya mahkûmdur⁴⁸² çünkü zarar, mağdura, sorumludan onarım isteme yetkisini kazandırmaktadır.

Komisyon maddeleri arasında, 31. maddenin ilk fıkrası, “**Sorumlu Devlet milletlerarası haksız fiil ile neden olunan bütün zararı onarmak zorundadır.**” demektedir⁴⁸³. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre. “**Zarar, Devletin milletlerarası haksız fiilinin sonucu olan maddi ve manevi bütün zararı kapsar**”⁴⁸⁴. Komisyon, bu kuralları, Devletlerin uygulamalarından ve milletlerarası yargı kararlarından tespit

⁴⁸² Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 497, par. 473.

⁴⁸³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 31 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 31 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁴⁸⁴ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 31 & 2; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 31 & 2, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

ederek kaleme almıştır. Dolayısıyla bu kuralların, milletlerarası örf ve adet hukuku kurallarını yansıttığı açıktır⁴⁸⁵. Demek ki, milletlerarası sorumluluk bakımından, sorumlu Devletin onarım borcunu yerine getirebilmesi için haksız fiilden doğan zararın belirlenebilir olması gerekmektedir. 33. maddenin birinci fıkrası, sorumlu Devletin yükümlülüklerinin, bir milletlerarası yükümlülüğünü ihlâl etmiş olmasından ötürü meydana gelen milletlerarası sorumluluğundan kaynaklandığını ifade etmektedir: **“Sorumlu Devletin, bu bölümde belirtilen yükümlülükleri, ihlâl edilen milletlerarası yükümlülüğün niteliğine, içeriğine ve ihlâl ediliş şartlarına bağlı olarak bir başka Devlete ya da birden çok Devlete ya da milletlerarası toplumun geneline karşı olabilir”**⁴⁸⁶. Burada bir kez daha dikkati çekmek istediğimiz nokta, milletlerarası sorumluluğun zarardan ötürü meydana gelmediği fakat ihlâlden ötürü meydana geldiğidir. Ancak, Komisyon’un çalışmasında ortaya koyduğu teori şudur ki, ihlâlden ötürü sorumluluğu doğan Devletin, sorumluluğundan kaynaklanan yükümlülüklerinin somut olarak doğabilmesi, gerçekte bunları yerine getirebilmesi için zararın mevcudiyeti gereklidir. Başka bir ifade ile zarar somut olarak mevcut değilse, Devletin sorumluluğu soyut olarak mevcuttur, ancak somut bir zararın varlığı halinde, Devletin sorumluluğundan doğan onarım yükümlülüğü somut olarak gerçekleşebilecektir⁴⁸⁷.

Onarım yükümlülüğünün şekline 34 maddede temas edilmektedir: **“Milletlerarası haksız fiil ile neden olunmuş zararın tamamen onarımı, bu bap’ın**

⁴⁸⁵ 31. maddeye ilişkin açıklamalarımıza bakınız.

⁴⁸⁶ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 33 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 33 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁴⁸⁷ Şöyle de düşünülebilir: Nihayetinde, milletlerarası hukukun etkinliği ve saygınlığı, kurallarına uyulmasına bağlıdır. Her ihlâl bu saygınlığı sarsmaktadır. Bütün Devletlerin, milletlerarası hukuka uyulmasından hukukî menfaatleri vardır. Dolayısıyla, herhangi bir ihlâl, milletlerarası hukukun etkinliğini sarstığından ötürü, kendiliğinden bir zarar doğurmaktadır. Bu zarar, milletlerarası hukuka uyulmasından menfaati olan bütün Devletlere yönelmiştir. Böylesi bir zarar, elbette, soyut bir zarardır. Fakat hukuken, sorumlu Devletin yol açtığı bir zarardır. Ancak, sorumluluğun neticesi olan onarım yükümlülüğünün söz konusu olması ve sorumluluk mekanizmasının devreye girmesi için Komisyon, gerçek ve somut bir zararın varlığının aranması gerektiğini belirtmiştir. Öyleyse bu mekanizma şu şekilde özetlenebilir: İhlâl varsa, sorumluluk doğar. İhlâlden zarar gören Devlet mağdurdur. Mağdur, uğradığı zararın onarılmasını talep eder. Burada da bir incelik vardır. Mağdur talep etmese dahi, Komisyon’un eserine göre, sorumluluktan ötürü onarım yükümlülüğü kendiliğinden doğmaktadır. Ancak somut olarak gerçekleşmesi için, herhalde, bu borcunu kendiliğinden yerine getirmeyen Devlete karşı, mağdurun talepte bulunması gerekecektir. Gene de borcunu yerine getirmeyen sorumlu Devlete karşı, mağdur Devlet (48. ve 54. maddeye göre ise mağdur Devletten başka bir Devlet de), karşı-önlem uygulayabilecektir.

*hükümlerine uygun olarak, müstakillen ya da müştereken, eski hale iade, tazminat ve tarziye biçimlerine bürünür*⁴⁸⁸. Tazminat ise 36. maddenin konusudur:

“ Milletlerarası haksız fiilin sorumlusu Devlet, bu fiil ile neden olunan zararı, bu zarar eski hale iade ile onarılamadığı ölçüde, tazmin etmek yükümlülüğündedir.

*Tazminat, mali olarak hesaplanabilecek tüm zararı, saptanabilir olmak kaydıyla mahrum kalınan kazançlar da dâhil olmak üzere kapsar*⁴⁸⁹.

Belirttiğimiz maddelerde görüldüğü gibi, zarar, haksız fiilin bir unsuru olamamakla beraber, onarım yükümlülüğünün gerçekte uygulanabilmesi için zararın varlığına ihtiyaç vardır. Öyleyse yukarıda da tespit ettiğimiz gibi, dikkat edilmesi gereken husus, zararın öneminin, sorumluluk hukukundan çıkartılmamış olmasıdır; ancak zarar, bir unsur olarak aranması gereken bir unsur olmaktan çıkartılmıştır. Zarar, onarımın çeşidinin ve biçiminin belirlenmesinde, özellikle tazminatın hesaplanmasında önemlidir. Hatta sorumluluğun ileri sürülebilmesi meselesinde ve mağdurun tespitinde zarar belirleyici rol oynar. Ancak milletlerarası haksız fiilin mevcut olması için, Devlete isnat edilebilen bir davranışın illâki zarar meydana getirmiş olması şart değildir. Bir “milletlerarası yükümlülüğe aykırı her davranış”, zarar doğursun ya da doğurmasın, Milletlerarası Hukuk Komisyonu’na göre, “milletlerarası nitelikte bir haksız fiil”dir ve bunun faili Devletin “milletlerarası sorumluluğu” meydana gelir.

“Sorumluluğun ileri sürülebilmesi meselesinde ve mağdurun tespitinde zarar belirleyici rol oynar” demiştik. Bunu şuradan çıkartıyoruz. 42. maddeye göre⁴⁹⁰, bir Devletin milletlerarası sorumluluğuna başvurmak, ilk olarak mağdur Devletin hakkıdır. Komisyon, maddede, “Mağdur Devlet” tabirini, göreceli olarak dar şekilde tanımlamaktadır. Bir Devlete karşı, doğrudan neden olunan zarar ya da sınırlı sayıda

⁴⁸⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 34; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 34, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁴⁸⁹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 36; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 36, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁴⁹⁰ Ayrıca Bkz. Madde 42 ve ilgili açıklamalarımız.

Devlete verilen zarar ile kollektif menfaatten ötürü birçok Devletin hukukî menfaatlerinin zarar gördüğü durumları bir birinden ayırmaktadır. Son durum 48. maddede ele alınır⁴⁹¹.

Sorumlu Devletten onarım talep etmek, Devletlerarasında somut bir ihtilafın ve somut bir hak ihlâlinin mevcut olduğunu ileri sürmektir ve bundan ötürü uğranılan zararın giderilmesini istemektir. Devlet, sorumluluğun gereklerine uyulması için ve onarımı elde edebilmek için, sorumlu Devlete yönelik, karşı-önlemler de tatbik edebilir. Bunun için ihlâl edilen özel ve somut bir hak mevcut olmalıdır. Bu hakkın çiğnenmesi ile özel ve somut hak sahibi Devlet, mağdur Devlet statüsünü kazanmaktadır. Mağdur Devlet, sorumluluğa bağlanan neticeleri talep edebilir. Bunları elde etmek için, sorumlu Devleti bunlara uygun davranmaya sevk etmek için, ona yönelik, karşı-önlemler uygulayabilir⁴⁹². Doğrudan mağdur Devlet ile ihlâl edilen milletlerarası yükümlülükten genel bir menfaati olan diğer bütün Devletleri, bir birinden ayırmak gereklidir. İkincilerin durumuna 48. maddede değinilmektedir.

Kollektif bir menfaatin korunabilmesi bakımından, 48. madde, 42. maddede getirilen kuralı tamamlamaktadır. Böylelikle, 42. maddede öngörüldüğü biçimde mağdur Devletin sorumluluğa başvurabilmesinin yanı sıra, 48. madde, mağdur Devletten başka Devletlerin de sorumluluğa başvurabilmelerine olanak tanımaktadır. Bunun koşulları, maddenin ilk fıkrasının a ve b bendlerinde düzenlenmiştir. Buna göre, “ihlâl edilen yükümlülük kendisinin de parçası olduğu bir grup Devlete karşı ise ve şayet yükümlülük, grubun kollektif bir menfaatini koruma amacıyla konulmuşsa; ya da İhlâl edilen yükümlülük, milletlerarası toplumun geneline karşı olan bir yükümlülük ise bir mağdur Devletten başka her Devletin, bir başka Devletin sorumluluğuna başvurma hakkı vardır”.

2. maddeye göre, Devletin milletlerarası haksız fiilinin unsurları isnat ve ihlâldir: “*Şayet, icraî surette ya da ihmâl suretiyle işlenen bir davranış a) Milletlerarası hukuka göre Devlete isnat edilebiliyorsa; ve b) Devletin bir*

⁴⁹¹ Ayrıca Bkz. Madde 48 ve ilgili açıklamalarımız.

⁴⁹² Ayrıca Bkz. Madde 49-54 ve ilgili açıklamalarımız.

*milletlerarası yükümlülüğünün ihlâlini oluşturuyorsa, Devletin bir milletlerarası haksız fiili vardır*⁴⁹³.

ii. Kusur

Bu iki unsurun varlığının yanı sıra, zararın varlığının da aranması gerekip gerekmediği sorusunu tamamlayan diğer bir soru da **kusurun** varlığının, Devletin bir milletlerarası haksız fiilinin varlığı için aranması gereken bir şart olup olmadığıdır. Hatırlanacağı üzere, yukarıdaki paragraflarda Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun çalışmasındaki 2. maddede aranılan unsurlar arasında, kusur şartının aranması gerekliliğine yer verilmediğini ortaya koymuştuk. Kusur, şu esasa dayanır: Herkes hukuksal hayatı etkileyecek, bütün fiillerini kendi bilinçli iradesinin denetimi altında bulundurur ve bulundurmalıdır. Bir fiil hukuka aykırı ise, bu aykırılık fiili işleyenin iradesi ile bağlantılıdır. Fail ya sonucu meydana getiren fiili isteyerek işlemiştir, ya da bunu işlememek için gerekli iradî çabayı göstermemiştir. Kusurlu davranış kasten veya ihmal sonucunda ortaya çıkabilir. Kast, failin fiilinde hukuka aykırı bir sonucu istemesi ya da öngörebilir durumda olmasıdır. İhmal ise, dikkatsizlik, tedbirsizlik, unutma gibi nedenlerle hukuka aykırı sonucu istememekle beraber neticenin ortaya çıkmasını engelleyici tedbirler hususunda gerekli özeninin gösterilmediği durumda ortaya çıkar⁴⁹⁴.

Milletlerarası hukukta, haksız fiil bir kusur değil, sadece hukukî yükümlülüğe aykırılıktır. Kusuru, Devletin milletlerarası sorumluluğuna sebep olan milletlerarası haksız fiilin unsurları arasından çıkartmak, aranması gereken unsurlar bakımından sadeleştirmeye hizmet etmekte ve Devlet gibi bir tüzel kişilikte, manevi bir husus olan kusurlu irade unsurunun aranması ve tespit edilmesindeki zorluğu da aşmaya yaramaktadır. Esasında, tüzel kişiliğin sorumluluğu meselesinde, kusurluluk şartı, bünye bakımından da aranmaması gereken bir husustur. Kusurlu irade, gerçek kişilere yani insana mahsustur. Devletin ise karar alan gerçek kişilerden ayrı, somut fiilleri vardır ve bunlar hukuken değerlendirilmelidir. Mevcut bir milletlerarası hukuk kuralına

⁴⁹³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 2, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁴⁹⁴ Bkz. Tandoğan Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961.

her aykırı davranış, kusur durumuna bakılmaksızın Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğurur.

3. Devletin Fiilinin Milletlerarası Nitelikteki Bir Haksız Fiil Olarak Nitelendirilmesi

3. maddenin başlığı, “Devletin fiilinin milletlerarası nitelikte bir haksız fiil olarak nitelendirilmesi”dir:

*Devletin bir fiilinin, milletlerarası nitelikte bir haksız fiil olarak nitelendirilmesi, milletlerarası hukuktan ileri gelir. Böyle bir nitelendirme, aynı fiilin iç hukukta, hukuka uygun olarak nitelendirilmesinden etkilenmez*⁴⁹⁵.

3. madde, Devletin fiilinin milletlerarası nitelikte haksız bir fiil olduğu nitelendirmesinin, milletlerarası hukuka göre yapılacağını belirtmektedir. Böyle bir fiilin iç hukuk bakımından hukuka uygun olarak değerlendirilmesi, onun milletlerarası hukuka göre haksız bir fiil olarak değerlendirilmesini etkilememektedir. Bu ilke iki unsurdan meydana gelmektedir. Öncelikle, Devletin bir fiili, ancak bu fiil bir milletlerarası yükümlülüğü ihlâl etmekteyse, milletlerarası hukuk bakımından haksız olarak değerlendirilebilir ve bu değerlendirme Devletin iç hukukundan bağımsızdır. Daha sonra ise, Devlet, fiilinin milletlerarası hukuka göre haksız fiil olmadığını, kendi iç hukukuna dayanarak ileri süremeyecektir. Başka bir ifade ile açıklarsak, Devlet, fiilinin kendi iç hukukuna göre hukuka uygun olduğunu, bundan ötürü milletlerarası hukuka göre haksız bir fiil oluşturamayacağını ileri süremeyecektir.

Bu ilkenin uygulandığı önemli bir milletlerarası içtihat, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı’nın **Dantzing’deki Polonya Uyraklular danışma görüşünde** vermiş olduğu karardır⁴⁹⁶. Bu olayda Divan, bir Devletin milletlerarası yükümlülüklerinin onun

⁴⁹⁵ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 3; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 3, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁴⁹⁶ Carreau Dominique, s. 445, par. 1076.

anayasasına göre değil, fakat milletlerarası hukuka göre belirleneceğini belirtmiştir⁴⁹⁷. Milletlerarası Daimi Adalet Divanı, daha ilk kararlarında, bu ilkenin “şüpheye yer bırakmayacak şekilde” uygulanması gereken bir ilke olduğu kararına varmıştır⁴⁹⁸. Örneğin **Wimbledon davasında**⁴⁹⁹, Devletin fiilinin, onun iç hukukuna uygun olmasının, milletlerarası hukuka aykırı bir fiil olmasına engel olamayacağını belirtmiştir⁵⁰⁰. Aynı ilkenin uygulandığı birçok milletlerarası yargı kararı örnek olarak verilebilir⁵⁰¹.

Bu ilke, Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun 27. maddesinde de yazılmıştır⁵⁰². Madde başlığı, “iç hukuk ve antlaşmalara riayet”tir. Bir önceki 26. madde, ahde vefa ilkesini (*pacta sunt servanda*) düzenler ve buna göre “**yürürlükteki her antlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir**”⁵⁰³. 27. madde, bir anlamda *pacta sunt servanda* ilkesinin mantıki neticesidir ve

⁴⁹⁷ **Dantzing’deki Polonya Uyruklular danışma görüşü**, (Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d’origine ou de langue polonaise dans le territoire du Dantzing), 1932, C.P.J.I., série A/B, n. 44, s.4.

⁴⁹⁸ Carreau Dominique, s. 445, par. 1076.

⁴⁹⁹ Milletlerarası Daimi Adalet Divanı, Wimbledon davasında, Almanya’nın, Versaille Antlaşması’nın 380. maddesine aykırı hareket ettiğini sorumluluğu için yeterli gördü ve kusur şartını aramadı. (Bilsel Cemil, s.225). Bu davada, İngiltere, İtalya, Japonya, şahsen hiçbir zarara uğramamış olmalarına rağmen, hukuka aykırı hareket sebeble davaya karıştılar (Bilsel Cemil, s. 221).

⁵⁰⁰ **Wimbledon davası**, (Vapeur “Wimbledon”), 1923, C.P.J.I., série A, n. 1.

⁵⁰¹ **Yunan ve Bulgar Toplulukları**, (Communautés greco-bulgares), 1930, C.P.J.I., série B, n. 17, s. 32; **Türk ve Yunan Nüfusun Mübadelesi**, (Echange des populations grecques et turques), 1925, C.P.J.I., série B, N. 10, s.20; **Dantzig Mahkemelerinin Yetkisi**, (Compétence des tribunaux de Dantzig), 1928, C.P.J.I., série B, n. 15, s. 26 ve 27; **Polonya Uyrukluğunun Kazanılması**, (Aquisition de la nationalité polonaise), 1923, C.P.J.I., série B, n. 7, s. 26; **Balıkçılık davası**, (Affaire Pêcheries), C.I.J., Recueil 1951, s. 132; **Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesine ilişkin danışma görüşü**, (Réparation des damages subis au service des Nations Unies), C.I.J., Recueil 1949, s.180; **ELSI davası**, (Elettronica Sicala S.s.A.-ELSI), C.I.J., Recueil 1989, s.15; **Alabama davası**, (Alabama), 1872, in J.B. Moore, International Arbitrations, vol. IV, s. 4156 ve 4157; **Tinoco davası**, (Tinoco (Royaume-Unie/Costa Rica)), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. I, 1923, s. 386, **Wollemborg davası**, (Wollemborg), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XIV, 1956, s. 289; **Flegenheimer davası**, (Flegenheimer), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XIV, 1958, s. 360; Devletin fiilinin haksız olup olmadığının milletlerarası hukuka göre belirleneceği ve fiilin Devletin iç hukukuna uygun olmasının bu değerlendirmeyi etkilemeyeceğine ilişkin ilkenin uygulanmasına örnek olarak verilebileceğini belirttiğimiz, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı, Milletlerarası Adalet Divanı ve milletlerarası hakem kararları arasından tespit ettiklerimizdendir.

⁵⁰² 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu, Convention de Vienne sur le droit des traités, Nation Unies, Recueil des traités, vol. 1155. İngilizce metin için Bkz. 63 AJIL 1969, ya da UNTS, vol. 1155.

⁵⁰³ Maddelerin Türkçe tercümesi için, Prof. Dr. Aslan Gündüz’ün, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar adlı eserindeki tercümesi esas alınmıştır.

onu desteklemektedir. “*Bir taraf bir antlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukun hükümlerine başvuramaz*” demekle, 27. madde, bir Devletin (Konvansiyona göre, bir milletlerarası antlaşmadan kaynaklanan) milletlerarası yükümlülüğünü yerine getirmemek için iç hukukunu gerekçe yapamayacağını ortaya koymaktadır. 27. maddenin ikinci cümlesi, Konvansiyonun 46. maddesine gönderme yapar. Bu cümleye göre, (ilk cümlede belirtilen) “*bu kural 46. maddeye bir halel getirmez*”. Konvansiyonun 46. maddesi, antlaşmaların geçersizliği ile ilgilidir ve madde başlığı “iç hukukun antlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümleri”dir. Madde iki fıkradan müteşekkildir. İlk fıkra düzenlemesi şöyledir:

“Bir Devlet, bir antlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun antlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlâl etmek suretiyle açıklandığı vakıasına rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, meğerki ihlâl aşikâr ve iç hukukunun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili olsun”.

Maddenin ikinci fıkrası, ilk fıkranın sonunda belirtilen temel önemi haiz bir kuraldan ne anlaşılması gerektiğini aydınlatma amacıyla düzenlenmiştir. Bu fıkra şöyledir:

“Bir ihlâl, söz konusu mesele normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir Devlet için objektif olarak açık görünüyorsa, aşikârdır”.

II. BİR DAVRANIŞIN DEVLETE İSNAT EDİLMESİ

A. Genel Açıklama

İsnat, bir düşüncüyü, bir konuyu bir kişi veya sebebe dayandırma, yükleme, atfetme demektir⁵⁰⁴. Atfetmek de, bir işi veya bir sözü bir kimseye mal etmek, yüklemek, isnat etmektir⁵⁰⁵.

2. maddeye göre⁵⁰⁶, Devletin milletlerarası sorumluluğunun temel unsurlarından biri, milletlerarası hukuka göre bir davranışın Devlete isnat

⁵⁰⁴ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1998, 9. Baskı, isnat maddesi.

⁵⁰⁵ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1998, 9. Baskı, atfetmek maddesi.

edilebilmesidir⁵⁰⁷. Çok soyut ve teorik olarak, tüm insan faaliyetleri, ticari şirketlerin ya da merkezleri veya uyarınca kuruldukları yasa bakımından uyrukluk bağı ile Devlete bağlı olan tüzel kişiliklerin tüm faaliyetleri, bunlar kamu otoritesine dâhil olsun ya da olmasın Devlete isnat edilebilir. Fakat elbette, milletlerarası hukuk bu olabilecek en soyut yaklaşımı benimsememektedir. Devletin sorumluluğunu makul sınırlar dâhilinde sınırlamak için ve kendi ad ve hesaplarına davranan kişilerin sorumluluğunu Devletin sorumluluğundan ayırabilmek için milletlerarası hukuk ancak kamu otoritelerinin faaliyetlerinden Devleti mesul tutmuştur. Diğer bir ifade ile Devlete isnat edilebilecek davranışlar, Devlet organlarının ya da bu organlara tabi ya da bunların denetiminde faaliyet gösteren kişi veya makamların davranışlarıdır⁵⁰⁸. Böylelikle milletlerarası hukuk, Devletin ajanlarının faaliyetlerinden ve davranışlarından Devleti mesul tutmuştur⁵⁰⁹.

Yukarıdaki kabulün neticesi itibariyle, özel hukuk kişilerinin davranışları Devlete isnat edilebilir değildir. Bu kural, örneğin, 1923'te **Tellini davasında** uygulanmıştır⁵¹⁰. Milletler Cemiyeti Konseyi hukukçulardan oluşan özel bir komite kurmuş ve İtalya ile Yunanistan'ı karşı karşıya getiren bazı olayların incelenmesi vazifesini vermiştir. Söz konusu olaylar⁵¹¹, Arnavutluk, Yunanistan sınırının,

⁵⁰⁶ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 2, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁵⁰⁷ Bkz. Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 489-496, par. 467-471 Combacau Jean, Sur Serge, s. 536-542.

⁵⁰⁸ Bkz. Carreau Dominique, s. 449-454, par. 1084-1099.

⁵⁰⁹ Bkz. Ruzié David, s. 121.

⁵¹⁰ SDN, Journal officiel, quatrième année, n.11, novembre 1923, s. 1349.

⁵¹¹ Cemil Bilsel, Devletler Hukuku adlı eserinin 217. sayfasında Tellini meselesi hakkında şunları yazmıştır (Bilsel Cemil, s. 217): "Devletlerin mes'uliyeti bahsi Devletler Hukukunun en güç ve önemli bahislerinden biridir. Devletlerarasında birçok mes'eleler, bilhassa dört hadise Devletlerin mes'uliyetini harpten sonra günün meselesi yaptı: 2- Yunanistan ile Arnavutluk hududunu tayine memur edilen General Tellini ile mahiyetinin 1923 de Yunanistanda öldürülmesinden İtalya Devletin Yunanistanı mes'ul tutması ve Korfuyu bombardıman ve işgal ile ağır tarziye istemiş olması". Aynı eserin 250. ve 251. sayfalarında da Tellini meselesini Ord. Profesör Cemil Bilsel şu şekilde yorumlamaktadır: "General Tellini meselesi: Devletler mes'uliyeti bahsine en meşhur vakayı 27 Ağustos 1923 de Yüksek meclis tarafından Yunanistan ile Arnavutluk hududunu tayine memur Enternasyonal Komisyon Reisi General Tellini, Binbaşı Korti ve Teğmen Bonaçi'nin Yanya civarında öldürülmüş olması teşkil etti. İtalya bundan dolayı Yunanistanı mes'ul tuttu ve Yunanistan tarafından: 1- En geniş tarziye (özür) verilmesi; 2- Bütün hükûmetin erkânının iştirâkile cenaze merasimi yapılması; 3- Yunan donanması tarafından bir İtalya deniz kıtasının Pirede selâmlanması; 4- İtalya Ateşemiliterinin huzurile şiddetli

Yunanistan tarafında işlenen bir suikast neticesinde meydana gelmişti. Komite incelemeleri neticesinde şu hukukî tespitte bulunmuştur⁵¹²:

*“Bir Devletin, kendi ülkesinde, yabancılara karşı işlenen bir siyasi suçtan ötürü sorumluluğu, ancak, bu Devlet, suçu önlemeye yönelik, elverişli bütün önlemleri almakta bir ihmalde bulunmuşsa, suçun kovuşturulmasında bir ihmalde bulunmuşsa, ya da suçlunun yakalanması ve yargılanmasında bir ihmalde bulunmuşsa, meydana gelir”*⁵¹³.

Milletlerarası hukukun bir kişisi olarak Devlete bir davranışın, belirli şartlar çerçevesinde isnat edilmesi ancak milletlerarası hukukun öngördüğü ve kabul ettiği kurallar neticesinde mümkündür. Yoksa bu isnat sadece olgulardan çıkarılan basit bir nedensellik bağı neticesinde yapılmamaktadır. Öyleyse bu isnat normatif bir işlemdir. Devlete bir davranışın isnat edilebilmesi ile ilgili olan bu normatif işlem ile bu davranışın milletlerarası hukuka göre haksız bir fiil teşkil etmesi ya da etmemesi meselesini karıştırmamak gerekmektedir. Bunlar iki ayrı değerlendirmenin konusudurlar. Bir davranışın Devlete isnat edilebilir olduğunu tespit etmek,

tahkikat yapılması; 5- Bütün suçluların idamı; 6- Beş günde elli milyon lîre ödenmesi; 7- Cenazenin Prevezede İtalya gemisine yükletildiği sırada askeri hürmetin yapılması isteğinde bulundu. Yunanistan İtalyaya karşı bir tecavüzden mesul tutlması(nın) haksız olacağını söyleyerek 4., 5., 6. tekliflerin Yunan hâkimiyetine aykırı olmak itibarile kabulüne imkân bulunmadığını bildirdi. Bununla beraber, kendi toprağında enternasyonal vazife ile bulunan bir Devlet teb’ası aleyhine suç yapılmış olmasından dolayı en geniş ve resmi surette tarziye vermeği ve İtalya bayrağının selamlanmasını kabul etmiş ve Milletler Cemiyetine de müracaat eylemişti. Neticede istenilen parayı, Yüksek Meclisinin kararı üzerine verdiği gibi suç, enternasyonal vazife ile kayıtlı enternasyonal bir heyete karşı yapılmış olduğundan yine aynı meclisin istediği şekilde Devletlere tarziye verdi. Meseleye henüz diplomasi müzakerelerinin(in) kesilmemişi olduğu bir mahiyette bulunmak itibarile Milletler Cemiyeti Konseyi doğrudan doğruya ele almadı ise de, bir Devlet topraklarında, bir siyasi suçun sırf yapılması meselesinin Devletler mes’uliyetini icabedip etmediği meselesi Konseyde mevzuubahs oldu. Bir hukukî komiteye de bu mesele tetkik ettirildi. Mütihassıs hukukçular tarafından verilen ve konseyce kabul edilen reye göre “bir Devletin toprakları üzerinde yabancılar aleyhine irtikâp edilen siyasi suçlardan dolayı mes’uliyeti, bu Devletin, suçu menetmek ve suçluyu takip ve tevkif ve muhakeme eylemek emrinde bütün gerekli tedbirleri alma hususunda ihmali olmadıkça, kabul edilemez. Bir yabancının haiz olduğu tanınmış âmmе sıfatı, bu Devlete o yabancı hakkında hususi bir ihtimam spéciale vigilance vazifesini yükler”. Bütün İtalya müellifleri, siyasi cinayetin yalnız vukuunu, arazi sahibi Devleti mes’ul tutmak için kâfi gördükleri halde, diğer müellifler bu hususta, bir taksir veya ihmal vukuunu mes’uliyet için lüzumlu saymaktadır”. Bu olayda, İtalya’nın Korfu adasını topa tutması ve sonra da işgal etmesi İtalya’ya göre dönemim milletlerarası hukukuna istinaden bir zararla karşılık tedbiri olarak öne sürülmüş. Bu hususta Bkz. Meray Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, İkinci cilt, Sevinç Matbaası, 1962, s. 362. Yunanistan işlenen cinayet için İtalya’ya tazminat ödedikten sonra, İtalya Korfu adasından kuvvetlerini geri çekmiştir (Gönlübol Mehmet, Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1964, s. 122 ve 123).

⁵¹² SDN, Journal officiel, cinquième année, n. 4, avril 1924, s. 524.

⁵¹³ “La responsabilité d’un État, pour crime politique commis sur la personne des étrangers sur son territoire, ne se trouve engagée que si cet État a négligé de prendre toutes les dispositions appropriées en vue de prévenir le crime et en vue de la poursuite, de l’arrestation et du jugement du criminel”.

kendiliğinden bu davranışın haklı bir davranış ya da haksız bir davranış olup olmadığını işaret edemez. Bununla beraber bazı davranışlar, nitelikleri itibariyle ancak haksız bir fiil teşkil ettikleri takdirde Devlete isnat edilebilmektedirler. Buradaki inceliği gözden kaçırmamak isabetli olur. Burada belirttiğimiz davranışlar, örneğin, bir özel hukuk kişinin hukuka aykırı, haksız fiilinden, Devletin sorumluluğunun ancak, Devletin, özel hukuk kişinin haksızlık teşkil eden fiilini önlemek için mümkün bütün önlemleri almada bir ihmali varsa, yani Devlet bu önlemleri almamışsa söz konusudur. Burada Devlete isnat edilen davranış ihmal suretiyle işlenen bir davranıştır ki o da gereken önlemleri almamaktır. Dolayısıyla Devletin sorumluluğu bu ihmali davranışın Devlete isnat edilebilir ve ihmalin burada niteliği itibariyle kendiliğinden haksız bir fiil teşkil etmesinden ileri gelmektedir. Örneğin bir insanın bir Devletin büyükelçiliğine saldırmaya kalkmasında, “kabul eden Devlet”in sorumluluğu ancak bu Devlet büyükelçiliği korumada gereken ve mümkün bütün önlemleri almamışsa söz konudur. Devlete isnat edilen fiil bu ihmaldir ve bu, onun milletlerarası sorumluluğunu doğurur⁵¹⁴. Bu tip örneklerde şunu tespit edebiliriz ki, isnadın temeli ile ihlâl edilen milletlerarası yükümlülüğün niteliği arasında yakın bir ilişki vardır. Bununla birlikte isnat işlemi ile davranışın haksızlığının tespiti meselesinin analitik olarak iki ayrı mesele olduğunu bir kez daha vurgularız.

Devletin sorumluluğu amacıyla bir davranışın Devlete isnat edilmesi meselesi ile milletlerarası hukukun başka bir müessesesi olan bir mekanizmayı birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Sözünü ettiğimiz mekanizma milletlerarası hukuka göre bazı organların Devleti bağlayıcı yükümlülükler altına girebilmek için başka bir yetkilendirmeye ihtiyaç duymaksızın Devlet adına bağlayıcı işlem yapabilmeleridir. Devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı başka bir yetkilendirmeye ihtiyaç olmaksızın bu işlemleri yapabilirler⁵¹⁵.

⁵¹⁴ **Tahran’daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava** örneğinde olduğu gibi; (Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran), C.I.J. Recueil 1980.

⁵¹⁵ Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun 7,8, 46 ve 47. maddelerine bakılmalıdır. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu; Convention de Vienne sur le droit des traités, Nation Unies, Recueil des traités, vol. 1155; İngilizce metin için Bkz. 63 AJIL 1969, ya da UNTS, vol. 1155; Türkçe metin için Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Beta, İstanbul, 2002.

İlke olarak, Devletin bir milletlerarası yükümlülüğüne aykırı her haksız davranışı onun sorumluluğunu doğurur. Bu davranışı esasında sergileyen kamu otoritesinin ya da Devlet ajanının niteliği bu sorumluluğu etkilememektedir. Ancak Devletin ve idarenin tanımlanabilmesi de hangi davranışların Devlete isnat edilerek onun sorumluluğunu doğuracağı hususunda önemlidir. Devletlerin her birinin iç hukukları ve uygulamaları Devlet organı olarak kimin kabul edilmesi gerektiğinde belirleyici bir rol oynar. Devletin yapısı ve organlarının neler olduğu ve bunların işlevleri genelde milletlerarası hukuk tarafından belirlenmez. Bu hususları düzenlemek her Devletin kendisinin yapacağı iştir. Bununla beraber bu organlar, iç hukukta durum ne olursa olsun, milletlerarası hukukun yüklediği bir yükümlülüğe aykırı bir fiil işlediklerinde, bu fiil milletlerarası hukukun kişisi olan Devlete isnat edilecektir. Burada anlaşılması gereken Devlet kişisi iç hukuktaki kamu tüzel kişisi değil fakat milletlerarası hukukça kişi olarak kabul edilen tüzel kişidir. İç hukukta Devlet tüzel kişiliğinin dışında kalan başka kamu tüzel kişilikleri Devletten ayrı bir hukukî kişilik oluştururken, milletlerarası hukuk bakımından iç hukuktaki bu ayrımlar geçerli değildir ve Devlet tüzel kişiliği milletlerarası hukukta bunların hepsini kapsayıcıdır.

B. Devlet Organlarının Davranışlarının Isnat Edilmesi

İsnat kurallarına ilişkin maddelerin ilki 4. maddedir. Maddenin başlığı “Devlet organlarının davranışları”dır:

1. Milletlerarası hukuka göre, bir organ, ister yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da ister başkaca işlevleri yerine getiriyor olsun, bunun Devlet örgütlenmesi içindeki durumu ne olursa olsun, ister merkezi idare içinde, ister bir yerel idare⁵¹⁶

⁵¹⁶ “une collectivité territoriale” tabirini yerel idare olarak tercüme etmemizin isabetli olduğu kanaatindeyiz. “Collectivité territoriale” İdare hukukuna ilişkin fransızca bir tabirdir. İç hukukta, bir Devletin ülkesi içinde yer alan, Devlet tüzel kişiliğinden bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip, merkezden ayrı (décentralisée; âdem-i merkeziyetçi), kamu gücüne dayalı işlemler yapma yetkisine sahip idari müessesedir. Belediyeler, kantonlar, tüzel kişiliği olan bölgesel ya da mahalli idareler, bir federal Devleti meydana getiren alt birimler (federe Devletler) bunlara verilebilecek örneklerdendir (Dictionnaire de droit international public, Bruylant, Bruxelles, 2001, Collectivité publique territoriale maddesi, s. 193; Lexique des termes juridiques, Dalloz, 12. édition, 1999, Collectivités locales ou territoriales maddesi, s. 103). Milletlerarası sorumluluk hukuku bakımından, böylesi yerel idari birimlerin davranışları merkezi Devlete isnat edilir. Türk İdare hukuku bakımından, bunlar tüzel kişiliği olan yerinden yönetim birimleridir, yani il özel idaresi, belediye ve köydür. T.C. Anayasası’nın 127. maddesine göre “Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen,...kamu tüzel kişileridir”.

*niteliğinde olsun, bütün Devlet organlarının davranışları Devletin bir fiili olarak kabul edilir*⁵¹⁷.

2. Organ, iç hukuka göre bu statüye sahip her kişi ya da birimi kapsar⁵¹⁸.

Maddede geçen “organ” tabiri Devlet teşkilatı içinde yer alan ya da onun adına davranan bütün kişi ve kurumları kapsamaktadır. Bu tabir Devletin merkez teşkilatı altında yer alan birimleri kapsadığı gibi, mahalli idareleri de kapsamaktadır. Daha aşağıda Devlet organı statüsüne sahip olmayan kişi ya da birimlerin davranışlarının Devlete isnat edilebilirliği meselesini inceleyeceğiz. Fakat burada da şu kadarını belirtelim ki bunların davranışları ancak Devlet tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak kendilerine izin verilmişse Devlete isnat edilebilir. Bu konuya daha sonra tekrar döneceğiz.

Moses davasında başhakem Lieber, “bir memur yetkilerini kullanırken hükümetini temsil etmektedir; bu milletlerarası hukukta kabul edilmiş bir ilkedir” demiştir⁵¹⁹. 1930 yılındaki Milletlerarası Hukukun Kodifikasyonu Komisyonu da Devlet organlarının icra suretiyle ya da ihmal suretiyle işledikleri fiillerin Devlete isnat edilmesi gerektiğini tespit etmiştir⁵²⁰. **Salvador Commercial Company davasında**

⁵¹⁷ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 4 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 4 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁵¹⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 4 & 2; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 4 & 2, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁵¹⁹ Moore, International Arbitrations, vol. III (1871), s. 3129.

⁵²⁰ Milletler Cemiyeti tarafından 1930 Kodifikasyon Konferansı’nın toplanması hakkında Cemil Bilsel 1941’de şöyle yazıyor: “Büyük Devletlerin küçük Devletlere karşı kıyasıya hareket etmeleri, büyük Devletleri küçük düşürüyor ve küçük Devletleri kıvrandırıyor. İş objektif esaslara bağlama için de elverişli olabilirdi. Devletlerarasındaki münasebetlerde mes’uliyet çok da işlenmişti. Mesele, bir umumî anlaşmaya bu sebeptendir ki, elverişli olacak kadar olgun sanıldı, 1925 de Kodifikasyon komitesi, olgun saydığı meseleler arasına bu sebeple bunu koydu. 1930 konferansında arzedilen üç meseleden biri yine bu sebeptendir ki, mes’uliyet meselesi oldu. Fakat çok nazik bir mesele olduğu için de konferansta müzakeresi çok buhranlı oldu”. (Bilsel Cemil, s. 217). “1930 kodifikasyon konferansında da kabul edilmiştir ki; Devlet organları (teşrii, icrai, adli) yapılan ve bu Devlet toprakları üzerinde bir yabancının şahsına veya malına zarar veren Devletin enternasyonal borçlarına her aykırılık bu Devleti mes’ul eder” (Ibid., s. 224). Fakat; “Devletin mes’uliyeti konusunda ise Konferans, değil bir sözleşme tasarısı, müşterek bir rapor dahi hazırlayamadı” (Meray Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, Birinci cilt, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1960, s. 96). Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, Bases de discussions établies par le Comité préparatoire à l’intention de la Conférence, vol. III: Responsabilité des États en ce qui concerne les

hakem mahkemesi, “bir Devletin yasamaya, yürütmeye ya da yargıya mensup görevlilerinin eylemlerinden, bunlar resmi sıfatları ile davrandıklarında sorumlu olacağı” kararına varmıştır⁵²¹.

4. maddenin ilk fıkrası, yukarıda da belirttiğimiz gibi, “*milletlerarası hukuka göre, bir organ, yasamaya ilişkin, yürütmeye ilişkin, yargıya ilişkin ya da **başkaca** işlevleri yerine getiriyor olursa olsun, bunun Devlet örgütlenmesi içindeki durumu ne olursa olsun, merkezi idare içinde ya da bir yerel idare niteliğinde olursa olsun, bütün Devlet organlarının davranışları Devletin bir fülü olarak kabul edilir*” şeklindedir. Fıkroda geçen “**başkaca**” tabiri işlevlerin yasama, yürütme ve yargı ile sınırlandırılmadığı anlamına gelmektedir. Bu noktada bir Devlet organının yaptığı *acta jure gestionis* teşkil eden bir davranışın milletlerarası sorumluluk bakımından isnat edilebilirlik meselesi akla gelmektedir. Isnat meselesi bakımından, bir Devlet organının davranışının, ticari ya da *acta jure gestionis* nitelikte olması bir önem arz etmez. Bir kontratın uygulanmaması, kendiliğinden milletlerarası hukukun ihlâlini oluşturmaz. Meseleye milletlerarası hukukun uygulanması için buna ilave bir hususun daha varlığı gereklidir. Örneğin, kontrat taraflarının dâhil olduğu bir yargılamada, Devlet mahkemesinin adaletsiz bir karar⁵²² verdiği iddiası bu hususa örnek olarak verilebilir. Öyleyse bir Devlet organının davranışının salt isnat edilebilirlik bakımından *acta jure gestionis* ya da *acta jure imperii* nitelikte olup olmasının isnat meselesinde bir önemi yoktur. Önemle hatırlatmak isteriz ki, yukarıda bir davranışın isnat edilebilir olması meselesi ile bu davranışın milletlerarası bir yükümlülüğün ihlâlini oluşturup oluşturmamasının ayrı ayrı analiz edilmesi gereken meseleler olduğunu belirtmiştik. Burada da, davranışın *acta jure gestionis* ya da *acta jure imperii* niteliğinin, davranışın Devlete isnat edilebilirlik ile bir ilgisi olmadığını tespit etmekteyiz. Devletin milletlerarası sorumluluğunun doğabilmesi için söz konusu davranışın Devlete isnat edilebiliyor olması elbette gereklidir. Ancak milletlerarası sorumluluğun doğabilmesi için, isnat edilen bu davranışın milletlerarası bir yükümlülüğün ihlâlini oluşturması da

dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers (doc. C.75.M.69.1929.V), s. 25, 41 et 52; Supplément au vol. III: Réponses des États à la liste de points; Réponses du Canada et des États-Unis d'Amérique (doc. C.75a).M.69a).1929.V), s. 2, 3 et 6.

⁵²¹ Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XV (1902), s. 447.

⁵²² Fr: Un déni de justice.

gerekmektedir. Demek ki işlemin *acta jure gestionis* ya da *acta jure imperii* niteliği mühim olmaksızın, bir Devlet organı tarafından davranışın sergilenmesi gerekmekte, ancak milletlerarası sorumluluğun ileri sürülebilmesi için her halde, bu davranışın, Devletin bir milletlerarası yükümlülüğüne aykırılık oluşturması gerekmektedir. Bu surette, milletlerarası hukuka göre, Devletin milletlerarası sorumluluğu doğabilecektir.

Milletlerarası hukuka göre, konfederasyon halindeki Devletlerin milletlerarası sorumluluğu konfederasyonu oluşturan her Devlet için ayrı ayrıdır. Federal Devletlerde milletlerarası sorumluluk meselesini ise isnat bakımından olmak üzere aşağıda incelemekteyiz.

1941 yılında yayınlanan Devletler Hukuku adlı kitabında, Cemil Bilsel Devletlerin milletlerarası sorumluluğu meselesini eserde genişçe bir yer ayırarak incelemiştir. Bilsel'e göre:

*“Federal Devletlerde, bütün uzuv Devletleri enternasyonal münasebetlerde merkezi Devlet temsil ettiği ve enternasyonal şahsiyeti o haiz bulunduğu için mes’uliyet kendine düşer. (Federe) Devletlerin her biri, dâhili işlerinde tamamilе muhtar olsalar bile bu muhtariyet, federal Devletin ecnebi Devletlerle münasebetlerine ve muahedelerine aykırı olamaz. Federal Devlet kendisine düşen mes’uliyetten, bu Devletlerin üzerinde murakabe hakkı olmadığından bahisle kurtulamaz”*⁵²³.

Bilsel tespit ettiği bu milletlerarası hukuk ilkesini, Devletlerarasında gerçekleşen olaylarda Devletlerin tutumlarına ve milletlerarası yargı kararlarına dayandırmaktadır:

“1891’de Amerika Birleşik Devletleri ile İtalya arasında, Nouvelle Orléan’da beraat etmiş İtalyanların hapishanede ahali tarafından linç edilmesi yüzünden ihtilaf çıktı. İtalya bunların muhafazasında kusur edilmiş olmasından dolayı Birleşik Amerika’yı sorumlu tuttu, tazminat ve tarziye istedi. Amerika, anayasası gereğince, uzuv (federe) Devletlerin iç işlerine karışmak yetkisine sahip olmadığından dolayı kendini sorumluluktan kurtarmak istedi. Fakat ihtilafın neticesinde, Amerika, Nouvel Orléan memurlarının İtalyanların muhafazası için gerekli tedbirlerini almamış olduklarını kabul ederek, öldürülenlerin ailelerine tazminat verdi ve İtalya elçisine,

⁵²³ Bilsel Cemil, s. 228.

Başkanın mahalli memurlara hitap eden muahazeli bir telgrafını tebliğetti ki, bu tarziye demektir”⁵²⁴.

“1926’da Almanya’da, Passav ve Ingolştad’da Murakabe komisyonu üyesi memurları halk taşıladı. Fransa, şiddetli bir nota verdi. Cüretkârların tediplerini, Bavyera başbakanının tarziye mektubu yazmasını, bu şehirler belediye başkanlarının değiştirilmesini ve her şehre beş yüz bin mark altın ceza verilerek milletlerarası komisyona teslimini istedi. Almanya tarafından verilen cevapta, Bavyera başbakanının harice karşı temsil yetkisi olmayıp bunun İmparatorluk Başbakanlığına ait olduğu, belediye başkanlarının hükümetten bağımsız olduklarından ötürü hükümetin değiştirilmelerinde yetkisinin olmadığı ve istenilen meblağın bu şehirlerce ödenmesine imkân bulunmadığından, bunu hükümetin üzerine alarak, komisyonun emrine amade bulundurduğunu bildirdi”⁵²⁵.

Bilsel, bunlara ilaveten, “belediye, vilayet ve nahiyelerin yaptıkları fiillerde, bunların iç hukukta kişiliği olsa da, milletlerarası kişilikleri olmadığından ötürü bunların yaptıklarından Devletleri sorumlu olur” demektedir.

Edip Çelik, milletlerarası ilişkiler bakımından, ana ilke olarak, yetkilerin bütünü Federal Devlette toplanır der ve devam eder: “Federe Devletlerin milletlerarası kişiliği yoktur. Milletlerarası hukukun muhatabı ve bu hukukun süjesi olan Federal Devlettir. Federe Devletlerin fiil ve tasarruflarından sorumlu olan Federal Devlettir”⁵²⁶.

Seha Meray da milletlerarası hukukta sorumluluğun Federal Devlete ait olduğunu belirtmekte ve konunun üzerine borçtan sorumluluk, yani borcun ödenmesi bakımından da eğilmektedir:

*“Bir federal Devlet eyaletinin, yabancılara karşı girişmiş oldukları borçların ödenmemesi halinde federal hükümetin mes’ul olup olmayacağı konusunda tatbikatta bir tereddüt görülmektedir. Mesela, Fransa ile Meksika arasında Hyacinthe Pellat meselesinde*⁵²⁷ *(1929) federal hükümetin eyalet borçları(nın) ödenmesinden mes’ul olması kabul edilmesine mukabil, Cayuga Hintlileri meselesinde, İngiliz-Amerikan hakem mahkemesi, eyalet borçlarından federal hükümetin bazı hususi şartlar altında mes’ul olabileceğini kabul etmiştir. Hükmi şahsiyeti olan vilayetlerin ve belediyelerin yabancılarla akdetmiş oldukları hususi hukuk sahasına giren mukaveleleri icra*

⁵²⁴ Bilsel Cemil, s. 228 ve s. 229. Aynı olaya Seha Meray da temas eder. Meray Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, Birinci cilt, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1960, s. 135, 20. dip not. Ayrıca Bkz. Sur Melda, Milletlerarası Hukukun Esasları, Beta, İstanbul, 2006, s. 104.

⁵²⁵ Bilsel Cemil, s. 229.

⁵²⁶ Çelik Edip, Milletlerarası Hukuk, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1962, s. 247.

⁵²⁷ Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. V (1929).

etmemeleri yüzünden Devletin milletlerarası mes'uliyetinin bahis mevzu olamayacağı Bansomes, Sim and Lefferis Ltd.-Türkiye meselesinde (1928), İngiliz-Türk hakem komisyonu tarafından belirtilmiştir. Komisyon, mukavele akdetmiş olan Edirne Vilayetinin hükmi şahsiyeti olduğu için, mukavelenin icrasından doğan meselelerde Devletin mes'uliyeti olamayacağını belirtmiştir. Bununla beraber, vilayetler ve belediyeler Devlet organı olarak icratta bulunurken işleyebilecekleri haksız fiiller Devletin milletlerarası mes'uliyetini gerektirir”⁵²⁸.

Yukarıda isnat meselesi bakımından, bir Devlet organının davranışının, ticari ya da *acta jure gestionis* nitelikte olması bir önem arz etmez demiştik. Bir kontratın uygulanmaması, kendiliğinden milletlerarası hukukun ihlâlini oluşturmaz. Meseleye milletlerarası hukukun uygulanması için buna ilave bir hususun daha varlığı gereklidir. Bu husus, davranışın, Devletin bir milletlerarası yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmesi, bu yükümlülüğü ihlâl etmesidir. Öyleyse, merkezi Devlet tüzel kişiliğinden bağımsız, müstakil kamu tüzel kişiliğine sahip, fakat 4. maddede de belirtildiği üzere milletlerarası hukuk bakımından Devlet organı sayılan birimlerin dış borçlarını ödememeleri kendiliğinden ve doğrudan Devletin milletlerarası sorumluluğunu gerektirmez. Bu borcun ödenmemesi davranışı, teknik olarak Devlete isnat edilebilir olsa da (ki öyledir); borcun ödenmemesinin Devletin yüklendiği milletlerarası yükümlülüğe aykırılık oluşturması da gereklidir ki, Devletin milletlerarası sorumluluğu doğsun.

C. Kamu Gücü Yetkilerini Kullanırken Bir Kişinin ya da Bir Birimin Davranışının Isnat Edilmesi

5. maddenin başlığı, “Kamu gücü yetkilerini⁵²⁹ kullanırken bir kişinin ya da bir birimin”⁵³⁰ davranışdır:

Dördüncü madde kapsamında Devlet organı olmayan, fakat bu Devletin hukuku tarafından kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişinin

⁵²⁸ Meray Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, Birinci cilt, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1960, s. 504 ve s. 505.

⁵²⁹ *Prérogative* kelimesi, imtiyaz, ayrıcalık anlamına geldiği gibi yetki anlamına da gelmektedir, Bkz. Robert Paul, Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française, S.N.L., Paris, 1972. Yetki kavramı, imtiyazları da kapsadığından ötürü, yetki kelimesinin kullanılması gerektiği kanaatindeyiz.

⁵³⁰ Une entité (lat. *Entitas*) karşılığı olarak bir birim ifadesinin kullanılması gerektiği kanaatindeyiz.

ya da bir birimin davranışı, olayda bu kişi ya da birim bu nitelikte davrandığı sürece milletlerarası hukuka göre bir Devlet fiili olarak kabul edilir⁵³¹.

Maddede geçen “birim” tabiri doğrudan Devlet organı olmayan fakat iç hukuk tarafından kamu gücü yetkilerini kullanmak üzere yetkilendirilmiş farklı kurum ve kuruluşları tanımlamaktadır. Bunlar kamuya ait şirketler, çeşitli kamu kurum ve kuruluşları ve bazı durumlarda özel şirketler olabilir. Böyle bir birimin davranışlarının Devlete isnat edilebilmesi için olağan olarak Devlet organları tarafından yerine getirilen kamu işlemi niteliğindeki davranışları yapabilmesi için iç hukuk tarafından bu birime yetki verilmiş olması gereklidir. Bazı ülkelerde, özel güvenlik şirketlerinin çalışanlarının ceza evlerinde gardiyan görevini yerine getirmeleri buna örnek oluşturmaktadır. Özel ya da kamu ya ait hava ve tren yolu şirketlerinde çalışanların kolluğa ait çeşitli görevleri yerine getirdiği durumlarda örnek teşkil eder.

D. Bir Devlete Bir Başka Devlet Tarafından Emrine Verilmiş Bir Organın Davranışının Isnat Edilmesi

6. madde, “Bir başka Devlet tarafından bir Devletin emrine verilmiş bir organın davranışı” başlığını taşır:

Bir başka Devlet tarafından bir Devletin emrine verilmiş bir organın davranışı, bu organın emri altında bulunduğu Devletin kamu gücü yetkilerini kullandığı sürece, milletlerarası hukuka göre emri altında bulunduğu Devletin fiili olarak kabul edilir⁵³².

6. madde bağlamında davranışın Devlete isnat edilebilmesi için, organın, emrine veren Devletin bir Devlet organı olması gerekmektedir. İkinci koşul olarak ise, bu organın, emrine verilen Devletin kamu gücüne ait bir yetkisini kullanması gerekmektedir.

⁵³¹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 5; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 5, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁵³² Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 6; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 6, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

Chevreau davasında⁵³³, İran'daki bir Britanya konsolosu, geçici olarak Fransa'nın konsolosluk işlerini görmesi için görevlendirilmiştir. Britanya tarafından, Fransa'nın emrine verilen bu konsolos, kendisine verilen bazı belgeleri kaybetmiş. Fransa'nın başvurusu üzerine, hakem Beichman şöyle karar vermiştir: “Britanya hükümeti, konsolosunun dikkatsizliğinden ve ihmalden ötürü, bu konsolos başka bir gücün konsolosluğunu yerine getirirken sorumlu tutulamaz”⁵³⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de benzer durumu, İsviçre polisinin Liechtenstein namına yetki kullandığı iki olayda incelemiştir⁵³⁵. Olayların olduğu tarihte, Liechtenstein Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olmadığı için ve başvuru yalnız Liechtenstein aleyhine yapılabileceği için, Sözleşme'nin ihlâlinin söz konusu olamayacağına karar verilmiştir. **Drozd ve Janousek davası**⁵³⁶ da aynı meseleye ilişkindir.

İspanyol ve Çek Cumhuriyeti vatandaşı olan başvurulular Andora Prensiği'nde bir otelde silahlı soygun yapmak suçundan Andora'da, Fransız ve İspanyol vatandaşı yargıçlardan oluşan mahkemede yargılanarak 14'er yıl hapis cezasına mahkûm olmuşlardır⁵³⁷. Başvurulular adil yargılanma haklarının ihlâl edildiği şikâyetinde de diğer şikâyetlerinin yanı sıra bulunmuşlardır. Davanın bizi ilgilendiren kısmı Mahkemenin bu şikâyet hakkında vermiş olduğu cevap ile ilgilidir. Zira Fransız ve İspanyol hükümetleri, adil yargılanmaya ilişkin şikâyet bakımından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yer bakımından yetkisizliği itirazını ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu hususa şu şekilde cevap vermiştir:

“Andora Prensiği'nin milletlerarası statüsü tamamen bir çözüme kavuşmuş değilse de Andora başka bir Devletten tamamen bağımsız olduğu ve milletlerarası toplum içinde yer aldığı açık olduğundan, ayrı bir ülke olan Andora henüz Avrupa

⁵³³ Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II (1931), s. 1113. Seha L. Meray da, Chevreau davası'na “icra organının fiillerinden ötürü Devletin mes'uliyeti” başlığı altında temas etmektedir: Meray Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, Birinci cilt, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1960, s. 501; ayrıca: Meray Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, İkinci cilt, Sevinç Matbaası, 1962, s. 307; Pazarıcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Ankara, 2003, s. 406, 948 no'lu dip not ve s. 425, 1040 no'lu dip not.

⁵³⁴ Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II (1931), s. 1141.

⁵³⁵ **X et Y c. Suisse** (Recquêtes n. 7289/75, 7349/76) (1977), 9 d.r. 57, C.E.D.H., Annuaire n. 20, s. 402–406.

⁵³⁶ Drozd et Janousek c. France et Espagne, C.E.D.H., Série A, n.240 (1992).

⁵³⁷ Kararın Türkçe özeti için başvuru kaynağı: Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960–1994), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1999, s. 288 ve 289.

Konseyi üyesi olmadığından ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin de tarafı bulunmadığından, ayrıca Andora Avrupa Konseyi'ne üye adayı bulunmak için de herhangi bir girişimde bulunmadığından, Mahkeme'nin yer bakımından yetkisi bulunmadığı itirazının kabulüne; öte yandan kişi bakımından yetki kavramı Sözleşmecî Devletlerin ülkeleri ile sınırlı olmayıp bu Devletlerin kamu makamlarının tasarruflarının etkisini de kapsadığından, olayda Fransa'dan ve İspanya'dan gelen yargıçlar Andora mahkemesinde yargıç olarak görev yapmış iseler de bu görevlerini kendi ülkelerindeki yargısal görevlerinden bağımsız ve özerk bir biçimde yerine getirmiş olduklarından, ayrıca bu davalı Devletlerin makamları Andora'da yapılan yargılamaya ve Andora mahkemeleri tarafından verilen karara müdahale etmediklerinden, Mahkeme'nin kişi bakımından yetkisi bulunmadığı itirazının kabulüne”⁵³⁸ karar verilmiştir.

E. Yetki Aşımı ya da Talimatlara Aykırı Davranışın İsnat Edilmesi

7. maddenin başlığı, “Yetki aşımı ya da talimatlara aykırı davranış”tır:

Bir Devlet organının davranışı ya da kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişinin ya da birimin davranışı, bu organ, kişi ya da birim bu nitelikte hareket ederken, yetkisini aşıya ya da talimatlara aykırı hareket etse bile, milletlerarası hukuka göre Devletin fîli kabul edilir⁵³⁹.

Bu kural, milletlerarası yargı kararları tarafından, Devletlerin uygulamaları tarafından ve öğreti tarafından yerleştirilmiş bir kuraldır. Örneğin 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları⁵⁴⁰, na ilave edilen 8 Haziran 1977 tarihli 1 numaralı

⁵³⁸ Drozd et Janousek c. France et Espagne, C.E.D.H., Série A, n.240 (1992). Türkçe özet için Bkz. Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960–1994), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1999, s. 288 ve 289.

⁵³⁹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 7; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 7, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁵⁴⁰ 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları dört adettir: I sayılı Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin İslahı Konvansiyonu, II sayılı Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin İslahı Konvansiyonu, III sayılı Harp Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Sözleşme, IV sayılı Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Sözleşme. 8 Haziran 1977 tarihli 1949 Cenevre Konvansiyonlarına ek Protokoller ise iki adettir: I sayılı Milletlerarası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü ve II sayılı Milletlerarası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü. Türkiye Cenevre Konvansiyonları'na taraftır. 21 Ocak 1953 tarihli ve 6020 sayılı Harp Felaketzedelerinin Himayesine Dair 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerinin Onanması Hakkında Kanun ile bunları TBMM onamıştır. R.G. 30 Ocak 1953, sayı 8322.

Protokol'ün 91. maddesi şöyledir. “Çatışmanın tarafı... silahlı kuvvetlerinin parçası olan kişilerin bütün eylemlerinden sorumlu olacaktır.”⁵⁴¹

Caire davasında da bu kuralın uygulandığına şahit olmaktayız. İki Meksikalı memur, bir Fransız vatandaşından zorla para alma girişimleri başarısız olunca, onu kışlalarına götürmüş ve vurup, öldürmüşlerdir. Olayı inceleyen ve karar veren hakem komisyonu, “*her ne kadar, memurlar yetkilerinin tamamen haricinde ve onu aşarak hareket etmiş olsalar dahi ve hatta üstlerinin emirlerinin tam tersi istikamette hareket etmiş olsalar dahi, olayda memur sıfatlarına sahipken bundan istifade ettiklerinden ötürü ve bu sıfatın kendilerine tanıdığı imkânları kullanmalarından ötürü Devlet sorumluluk altına girmiştir*” demiştir⁵⁴².

Velasquez Rodriguez davasında da aynı kural Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi (La Cour interaméricaine des droits de l’homme) tarafından uygulanmıştır. Mahkeme, “Sözleşmenin ihlâl edildiği kararına varılması, organın ya da memurun, iç hukuka aykırı hareket ettiğinin bilinmesi ya da yetkilerinin sınırlarını aştığının bilinmesi olgusundan bağımsızdır” diyerek, devam etmiştir: “milletlerarası hukukta Devlet, ajanlarının resmi sıfatla yaptığı eylemlerinden ve ihmallerinden, bu ajanlar yetki sahalarının haricinde hareket etmiş olsalar ya da iç hukuku ihlâl etmiş olsalar dahi sorumludur”⁵⁴³.

7. maddede belirtilen kuralın uygulanabilmesi için çözülmesi gereken esas sorun, resmi organın eylemini sergilerken, organın resmi sıfatı ve niteliği ile hareket edip etmediğinin belirlenmesidir. Ayırd edilmesi gereken, bir yanda memurların, memur sıfatıyla hukuka aykırı ya da sahip oldukları yetkileri çiğneyerek ve ihlâl ederek hareket ettikleri haller ile öte yanda hareketlerinin resmi sıfatlarının oldukça uzağında olduğu ve neredeyse özel şahsiyetleri alanına dâhil edilebilecek ve Devletin sorumlu kılınamayacağı hallerdir. Sorun yetki verilmemiş fakat halen resmi bir davranışla, özel,

⁵⁴¹ 8 Haziran 1977 tarihli 1949 Cenevre Konvansiyonlarına ek I sayılı Milletlerarası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1125, s. 3.

⁵⁴² Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. V (1929).

⁵⁴³ Cour interaméricaine des droits de l’homme, Série C, no 4 (1989).

kişisel bir davranış arasındaki sınırın belirlenmesi sorunudur. Söz konusu eylem sistematik ve tekrar edilen nitelikte ise Devlet tarafından bilinir ya da bilinebilir olabileceğinden ötürü önlenmesi için Devletin gereken önlemleri alması ve engel olması mecburiyeti vardır. Bunun belirlenebilmesi her somut olayda resmi memurun davranışının niteliğinin incelenmesi ile mümkündür ve söz konusu sınır böylelikle çizilebilir⁵⁴⁴. Memurun özel alanında, kişisel olarak yaptığı, resmi sıfatıyla ilgisi olamayan, ilgisi kurulamayan davranışları 7. madde çerçevesinde Devlete isnat edilemezler. 7. madde resmi memurun *ultra vires* davranışları için geçerlidir.

F. Devletin Yönlendirmesi ya da Denetimi Altında İken ki Davranışın Isnat Edilmesi

8. maddenin başlığı, “Devletin yönlendirmesi ya da denetimi altında iken davranış”tır:

*Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken, Devletin talimatları, emri ya da denetimi altında ise, milletlerarası hukuka göre Devletin fiili olarak kabul edilir*⁵⁴⁵.

Milletlerarası hukuka göre genel kural olarak, gerçek ve tüzel özel hukuk kişilerinin davranışları Devlete isnat edilebilir değildir. Bununla beraber 8. madde özel hukuk kişisi olan bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışının eğer bu davranış Devletin talimatı, emri ya da denetimiyle yapılmışsa Devlete isnat edileceğini belirtmektedir. Bu gibi durumlarda bu kişilerin davranışı ile Devlet arasında bir bağ kurulabildiğinden ötürü, Devlete isnat kabiliyeti bulunmaktadır. Fakat aşağıda inceleyeceğimiz milletlerarası yargı kararlarında meydana çıktığı gibi göreceğiz ki bu bağın tespit edilmesi ve niteliğinin belirlenmesi etrafında sorun düğümlenmektedir.

Nikaragua’daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davasında⁵⁴⁶, Devletin denetiminin derecesinin belirlenmesi, davranışların Amerika Birleşik Devletleri’ne isnat

⁵⁴⁴ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 108.

⁵⁴⁵ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 8; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 8, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

edilebilmesi için anahtar unsur olmuştur⁵⁴⁷. Bu unsurun çözümlenmesi, kontra'ların⁵⁴⁸ işlediği insan hakları ihlallerini oluşturan davranışların ABD'ye isnat edilebilmesi meselesini çözümleyecektir. Bunun incelenmesinde Divan denetim unsurunun araştırılmasına yoğunlaşmıştır. Divan, ABD ajanlarının operasyonların hazırlanmasına ve idare edilmesine katıldıkları için ABD'nin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Fakat Nikaragua'nın ABD'nin sorumluluğunu iddia ederken dayandığı en önemli husus olan, kontra'ların eylemlerinin ABD'nin denetiminde yapıldığı iddiasını yerinde bulmamıştır. Bunun sebebi Divan'a göre, ABD her ne kadar önemli desteklerde bulunmuş olsa da, kontra'ların bütün eylemlerinde, onlar üstünde bir otoriteye sahip olmamasıdır. Bunun neticesinde kontra'ların bütün eylemlerinde ABD adına hareket ettiği söylenememektedir. Önemli oranda bağımsız hareket ettiklerinden ötürü, ABD'nin söz konusu insan hakları ihlallerini teşkil eden eylemleri işlemeleri talimatını verdiği ya da tavsiye ettiği ispat edilememektedir. Aksine bu eylemlerin ABD denetimi haricinde işlendiğine ilişkin deliller mevcuttur. Hâlbuki ABD'nin sorumluluğunun doğabilmesi için bu eylemlerin kendisine isnat edilebilmesi, bunun için de eylemleri yapanlar üzerinde bu esnada **etkin denetiminin** olması gerekmektedir. Divan'a göre genel bir ilişki eylemin Devlete isnat edilebilmesi için yeterli değildir. **Her somut eylemde etkin denetimin aranması, eylemin Devlete isnat edilebilmesi için gereklidir.**

Milletlerarası Adalet Divanı, 26 Şubat 2007 tarihli, **Soykırım Suçunun Önlenmesi Ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin** davadaki kararında incelemekte olduğumuz hususlara dair birçok karmaşık meseleye ilişkin hükümlerini oluşturmuştur⁵⁴⁹. Kararın VII. Bölümünde, Sırbistan-Karadağ'ın, Soykırım

⁵⁴⁶ **Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davası**, (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci; Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986.

⁵⁴⁷ Bkz. Carreau Dominique, s. 446, par. 1078.

⁵⁴⁸ 1962'de kurulan Sandinista Ulusal Kurtuluş Cephesi (FSLN) adlı bir gerilla örgütü 1979'da Somoza rejimine son verdi. Somoza ailesinin mülklerini kamulaştırarak bir dizi Devletleştirmeye girişen yeni yönetim, sosyalist ülkelerle de yakın ilişkiler kurdu. Bunun üzerine ABD Nikaragua'ya yaptığı ekonomik yardımı keserek yönetime karşı gerilla mücadelesi yürüten sağcı kontra'lara geniş destek vermeye başladı. Aynı dönemde Nikaragua'da ağır bir ekonomik bunalım da başladı. Komşu ülkelerde üstlenen kontra'ların saldırıları Nikaragua'nın bazı Orta Amerika ülkeleriyle ilişkilerini de bozdu. Çatışmaların yerini 1987'den itibaren görüşmeler aldı. (AnaBritannica vol. XVI, Nikaragua maddesi).

⁵⁴⁹ **Soykırım Suçunun Önlenmesi Ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin dava** (Bosna-Hersek Sırbistan Ve Karadağ'a Karşı), 26 Şubat 2007; Cour International de Justice, Affaire

Sözleşmesi'nin 3. maddesinin a bendine göre soykırım olarak nitelendirilen Srebrenica olaylarından ötürü sorumluluğu sorunu, 377. paragraftan 415. paragrafa kadar ele alınmıştır. Divan'a göre, Sırbistan-Karadağ'ın milletlerarası sorumluluğunun doğup doğmadığının araştırılması için sırasıyla üç sorunun incelenmesi gerekmektedir. İlk olarak, işlenmiş olan soykırım eylemlerinin savunmacı Devlete, Devletlerin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin milletlerarası örf ve âdet hukuku kurallarına göre isnat edilip edilemeyeceğinin sorgulanması gerekmektedir. Bunun için de bu eylemlerin, davranışları Devlete isnat edilebilir kişiler ya da organlar tarafından işlenip işlenmediğinin incelenmesi gerekmektedir. Somut olayda bu eylemler Srebrenica'da "kişilerce" işlenen eylemlerdir. Demek ki Divan, bu kişilerin davranışlarının, Devlete isnat edilebilir kişilerin ya da organların davranışları olup olmadığına öncelikle karar verecektir. İkinci sırada ise, Divan Soykırım Sözleşmesinin 3. maddesinde sayılan nitelikteki davranışların milletlerarası hukuk kurallarına göre, davranışları Devlete isnat edilebilir kişiler ya da organlarca işlenip işlenmediğine karar vermelidir⁵⁵⁰. Üçüncü ve son olarak ise Divan, savunmacı Devletin, Sözleşmenin 1. maddesinden kaynaklanan soykırımı önlemek ve cezalandırmak olan çifte yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine karar verecektir. Görüldüğü üzere bu davadaki karar bizim ele almakta olduğumuz isnat meselesi hakkında içtihat teşkil etmektedir. Soykırım meselesi bir yana milletlerarası sorumluluk hukukunun isnat konusu bakımından incelenmeye değer bir karardır.

relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de genocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), 26 Février 2007.

⁵⁵⁰ Soykırımın Önlenmesi Ve Cezalandırılması hakkındaki Sözleşme, Türkiye 31.07.1950 tarihinde katılmıştır. R.G. yayın tarihi 29.03.1950, R.G. sayısı 7469, orijinal metin, UN General Assembly resolution 260 A (III) of 9 December 1948. Sözleşme 19 maddedir. İlk üç madde incelememiz için doğrudan önemlidir. Madde-1: Sözleşen Taraflar, Jenosit'in ister barış ister savaş zamanında işlenmiş olsun bir Devletler hukuku suçu olduğunu tasdik ederler ve bu suçu önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ederler. Madde-2: İşbu Sözleşmede, jenosit, milli, etnik, ırki veya dini bir grubu kısmen veya tamamen imha etmek maksadiyle aşağıdaki fiillerden herhangi birinin irtikap olunması demektir. a) Grup azalarının katli; b) Grup azalarının bedeni ve akli melekelerinin ciddi surette haleldar edilmesi; c) Grubun, bedeni varlığının kısmen veya tamamen imhasına müncer olacak hayat şartlarına kasten tabi tutulması; d) Grup içinde doğumları sekteye uğratacak tedbirler alınması; e) Bir grup çocuklarının diğer bir gruba zorla nakledilmesi. Madde-3: Aşağıdaki fiiller cezalandırılacaktır: a) Jenosit; b) Jenosit'i irtikap için anlaşma; c) Jenosit'i irtikap için doğrudan doğruya ve aleni surette tahrik; d) Jenosit'e teşebbüs; e) Jenosit suçuna ortaklık.

İsnat konusuna ilişkin saptamalarını ele alacağımız kararında Divan, soykırım olarak tespit edilen Srebrenica'daki eylemlerin⁵⁵¹ savunmacı Devletin organları tarafından işlenip işlenmediğini ilk mesele olarak ele almaktadır. Bu soruya olumsuz cevap verilmesi durumunda isnat bakımından sorulması gereken sıradaki sorunun savunmacı Devletin organları tarafından işlenmeyen eylemlerin bu Devletin talimatı, emri ya da kontrolü (denetimi) altında olan kişiler tarafından işlenip işlenmediğinin tespiti olduğunu söylemektedir⁵⁵². Bu da bizim yukarıdan beri incelemekte olduğumuz Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun 8. maddesi kapsamına girmektedir. Bu nedenle bu kararın incelenmesini bu maddeye ilişkin açıklamalarımız altında yapmayı isabetli saymaktayız.

Divan, Srebrenica soykırımının onun organlarının davranışlarından ötürü savunmacı Devlete isnat edilmesi meselesini ele alırken, buna ilişkin kuralın, milletlerarası örf ve âdet hukuku kuralından kaynaklandığını ve Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun Devletin sorumluluğuna ilişkin 4. maddesinde belirtildiğini, kararın 385. paragrafında tespit etmektedir. Biz bu maddeye yukarıda yer vermiştik. Divan, Komisyon'un bu maddelerine, Devletin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin milletlerarası örf ve âdet hukuku kurallarının belirtildiği bir metin olarak değer biçmiştir. Bu değerlendirme Komisyon'un kendi çalışması hakkındaki değerlendirmesi ile uyumludur. Ancak Komisyon bunun ötesinde yapmış olduğu bu maddeler projesi çalışmasını, “olan hukuku” tespit ettiği kadar “olması gereken hukuku” da belirleyen, bu istikamette yön gösteren ve bunun kodifiye edilmesini hedefleyen bir çalışma olarak da değerlendirmektedir. Bununla beraber Divan'ın bu kararında Komisyon'un henüz kodifikasyonu sağlanamamış bu maddelere bu şekilde değer biçerek kararında atıf yapması anlamlıdır. Atıf yapılan maddeyi bir kez de burada anımsayalım:

“1. Milletlerarası hukuka göre, bir organ, ister yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da ister başkaca işlevleri yerine getiriyor olsun, bunun Devlet örgütlenmesi içindeki durumu ne olursa olsun, ister merkezi idare içinde, ister bir

⁵⁵¹ Soykırım Suçunun Önlenmesi Ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin dava (Bosna-Hersek Sırbistan Ve Karadağ'a Karşı), 26 Şubat 2007, par. 278'den par. 297'ye dek olan paragraflarda Divan, Srebrenica katliamını ele almaktadır.

⁵⁵² Soykırım Suçunun Önlenmesi Ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin dava (Bosna-Hersek Sırbistan Ve Karadağ'a Karşı), 26 Şubat 2007, par. 384, son cümle.

*yerel idare niteliğinde olsun, bütün Devlet organlarının davranışları Devletin bir fîli olarak kabul edilir*⁵⁵³.

2. Organ, iç hukuka göre bu statüye sahip her kişi ya da birimi kapsar⁵⁵⁴”.

Bu kuralın uygulanmasında, soykırım eylemlerini, savunmacının o zamanki adı olan⁵⁵⁵ Federal Yugoslavya Cumhuriyeti’nin (FYC), o dönemde yürürlükteki iç hukukuna göre organı sayılacak kişiler ya da birimler tarafından mı işlendiğinin belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁵⁶. Buna olumlu bir cevap verilmesine imkân olmadığı tespit edilmektedir. FYC’nin ordusunun ya da siyasi liderlerinin katliamın hazırlanmasında, planlanmasında ve uygulanmasında iştiraklerinin olduğunun sabit olmadığı saptanmaktadır. Bu katliamdan önce savunmacı Devletin ordusunun Bosnalı Sırpların ordusu ile beraber Bosna-Hersek’de doğrudan ya da dolaylı olarak birçok eyleme iştirak ettiğine dair çok sayıda delil olmasına rağmen, Srebrenica katliamına iştirak ettiğinin sabit olmadığına karar vermektedir Divan. Öte yandan ne Sırp Cumhuriyeti’nin ne de Sırp Cumhuriyeti Ordusu’nun FYC’nin iç hukukuna göre FYC’nin bir organı olduğuna dair hukukî bir temel olmadığı söylenmektedir. Görüldüğü gibi Divan, Komisyon’un 4. maddesinde belirtilen isnat kuralının uygulanması için gereken hukukî mantığın gerektirdiği muhakemeyi takip etmekte ve muhakemesinin neticesinde kararını oluşturacak hükümlere varmaktadır. Hukukî muhakeme tarzının takip edilmesi bakımından incelememize devam edelim.

FYC’nin, Sırp Cumhuriyeti’ne mali destek başta olmak üzere destek verdiği, bu mali desteğin Sırp Cumhuriyeti Ordusu’nun görevlilerine aktarıldığına şüphe olmadığı belirlenmektedir. Bununla beraber bu desteğin söz konusu görevlileri FYC’nin organlarının görevlisi haline getirmeyeceği söylenmektedir. General Mladic de dâhil

⁵⁵³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 4 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 4 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁵⁵⁴ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 4 & 2; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 4 & 2, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁵⁵⁵ Devletlerin halefîyeti meselesi.

⁵⁵⁶ Soykırım Suçunun Önlenmesi Ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin Uygulanmasına İlişkin dava (Bosna-Hersek Sırbistan Ve Karadağ’a Karşı), 26 Şubat 2007, par. 386.

olmak üzere bu görevlilerin FYC adına değil, Sırp Cumhuriyeti adına hareket ettikleri tespitinde bulunmaktadır. Hâlbuki FYC'nin organı olabilmek için onun adına hareket edilmesi gerekmektedir eklemesinde de bulunmaktadır.

Akrepler tabir edilen silahlı grubun Srebrenica bölgesindeki eylemlerinin FYC'ye isnat edilmesi meselesi ile devam edilmektedir. Burada da Divan, bunların FYC'nin *de jure* organı yani FYC iç hukukuna göre Devlet organı olup olmadığını incelemektedir. Fakat bunun böyle olmadığı, Akreplerin Sırp Cumhuriyeti iç işleri bakanlığına bağlı olduklarını tespit etmektedir. Bunu yaparken şunu da eklemektedir ki, bir Devlet tarafından başka bir Devletin emrine verilen bir organının eylemleri bu Devlete değil emrine verilen Devlete isnat edilmelidir. Bu husus da bizim yukarıda incelediğimiz 6. maddedeki kuralın tekrar edilmesidir. Divan burada bu kuralı da hatırlatma gereği duymuştur. Çünkü Akrepler esasında FYC'nin bir organı sayılıydılar bile eğer Sırp Cumhuriyeti'nin emrine verilmiş olsalardı, onun emri altında iken yaptıkları davranışlar FYC'ye değil ama Sırp Cumhuriyeti'ne isnat edilebilecekti denilmek istenmiştir.

Bu noktada, hukuken kendisinin Devlet organı olmayan kişilerin ya da bir grup kişinin davranışlarının bu Devletin çok sıkı bir denetimi altında olması halinde (o kadar ki, bunların o Devletin bir organıymışçasına hareket etmeleri söz konusu olsun) ona isnat edilmesi meselesi belirlemektedir. Divan bu meseleye ilişkin, **Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davasında**⁵⁵⁷ ilke olan kuralı tespit ettiğini saptamaktadır. Bizim de yukarıda ele aldığımız gibi, bu kararın 109. paragrafında, kontralar ile ABD arasında birincinin ikinciye bağlılığının, birinciyi, ikincinin bir Devlet organıymışçasına hareket etmeye sevk etmesi durumunda, kontraları, ABD Hükümeti adına hareket ediyor saymaya imkân olduğu belirtilmiştir. Hâlbuki ABD'nin, kontralar üzerinde, onların bütün eylemlerinde geçerli olan böyle bir otoritesinin bulunduğu tespit edilemediği saptanmıştır⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ **Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davası**, (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci; Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986.

⁵⁵⁸ **Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davası**, (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci; Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986, s. 63, par. 110.

Divan'ın içtihadına göre, milletlerarası sorumluluğun doğması bakımından, herhangi bir kişi ya da grup ya da bir birim, iç hukukta bunu gerektiren bir temel olmasa bile, eğer bunlar Devlete “tamamen bağlı” şekilde hareket ediyorlarsa, bu Devletin bir organı olarak kabul edileceklerdir. Divan'ın Nikaragua kararında geliştirdiği ve Soykırım kararında da tekrar ettiği bu içtihadta mühim nokta “tamamen bağlı” lığın tespit edilebilmesidir. Aradaki ilişki bu derece yakın ve sıkı ise bu kişi, grup ya da birimin davranışları, sorumluluk bakımından Devlete isnat edilebilecektir. Ayrıca gene dikkat edilmesi gereken bir nokta da bu sıkı ilişkinin ve bağlılığın her olayda tekrar tekrar aranması gerekliliğidir. Gerek kontraların Nikaragua'daki insan hakları ihlallerini teşkil eden davranışlarında, gerek Srebrenica'daki soykırım eyleminde bu “bağlılık” aranmış fakat tespit edilemediğinden ötürü savunucu Devletlere haksız fiil teşkil eden davranışlar isnat edilememiştir⁵⁵⁹.

Srebrenica katliamı Divan'a göre, FYC'nin Devlet organı niteliğinde sayılabilecek kişilerce işlenmediğine göre, acaba bu katliam, FYC'nin talimatları, emirleri ya da denetimi altında olan kişilerce işlenmiş olabilir mi? Divan bu soruya cevap aramakla devam etmektedir. Çünkü Divan'ın da kararında tekrar ettiği gibi (par. 398), Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun 8. maddesinde ifadesini bulan milletlerarası örf ve âdet hukuku kuralı uyarınca: ***“Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken, Devletin talimatları, emri ya da denetimi altında ise, milletlerarası hukuka göre Devletin fiili olarak kabul edilir”***. Divan Nikaragua kararında da benzeri muhakeme sırasını takip ettiğinden ötürü artık bu tip davalarda isnat meselesi bakımından Divan'ın içtihadını yerleştirdiğini ifade edebiliriz. Aynı şekilde bu tip davalarda Devletin milletlerarası sorumluluğunun doğup

⁵⁵⁹ Soykırım Suçunun Önlenmesi Ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin dava (Bosna-Hersek Sırbistan Ve Karadağ'a Karşı), 26 Şubat 2007, par. 393: “Il reste à rechercher si, en la présente affaire, les personnes ou entités qui ont commis les actes de génocide de Srebrenica possédaient, avec la RFY, à la date des faits, des liens tels qu'on puisse les regarder comme ayant été placées sous **la totale dépendance de cet Etat**: c'est à cette condition seulement qu'on pourrait les assimiler à des organes du défendeur aux fins de la mise en oeuvre de la responsabilité internationale de ce dernier”; “It remains to be determined in the present case whether, at the time in question, the persons or entities that committed the acts of genocide at Srebrenica had such ties with the FRY that they can be deemed to have been **completely dependent on it**; it is only if this condition is met that they can be equated with organs of the Respondent for the purposes of its international responsibility”. (vurgu bize ait)

doğmadığını belirleyecek mühim ve nazik noktanın da isnat meselesinin çözümlenmesinden geçtiği tespitinde bulunabiliriz.

Nikaragua kararında kontraların ABD'ye tamamen bağlı olmadıklarından ötürü, bunun bir Devlet organı olarak sayılamayacağı tespit edildikten sonra, kontraların insan hakları hukukuna ve insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerinin, ABD'nin talimatları ya da tavsiyeleri dayatması (empoze etmesi) altında mı işlendiği sorusu cevaplandırılmaya başlanmıştır. Zira bu şekilde olduyorsa bu davranışlar ABD'ye isnat edilebilecekti. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, eylemde bulunan(lar)ın Devlete **tamamen bağlı** olması durumunda onun Devlet organı sayılmasından ötürü davranışın Devlete isnat edilecek olması, bunun gerçekleşmemesi durumunda ise eylemde bulunan(lar)ın Devletin **etkin denetimi** altında hareket etmeleri durumunda davranışın Devlete isnat edilecek olmasıdır. İlk durum Komisyon'un 4. maddesinde ifade edilen kuralın uygulanması; ikinci durum Komisyon'un 8. maddesinde ifade edilen kuralın uygulanmasıdır. İlk durumda "tamamen bağıllık" (totale dépendance - complete dependence) aranmalı, ikinci durumda "etkin denetim" (contrôle effectif - effective control) aranmalıdır. Üstüne üstlük ikinci durumda etkin denetim her somut eylem için müstakillen aranmalıdır. Öyleyse bir yerde etkin denetim altında eylemde bulunulmuşsa Devlete isnat mümkün olacak fakat bir başka yerde, örneğin Srebrenica'da FYC'nin etkin denetimi yoksa eylem Devlete isnat edilemeyecektir. Bir başka şekilde açıklamak gerekirse, "genel bir denetim" (contrôle global - overall control) eylemin Devlete isnat edilmesi için yetmemekte, bilâkis, isnat edilmek istenen davranış işlenirken, Devletin etkin denetimi altında işlenmiş olmalıdır. Ancak bu surettedir ki, Divan'a göre davranış Devlete isnat edilebilecek ve bu davranış milletlerarası bir yükümlülüğün ihlâlini teşkil ediyorsa Devletin milletlerarası sorumluluğu doğacaktır. Divan'ın kararında, Srebrenica soykırımının Sırbistan-Karadağ'a isnat edilmemesinde de hukukî sebep budur⁵⁶⁰.

⁵⁶⁰ Divan'ın, niye Srebrenica soykırımında, FYC'nin etkin denetimini sabit bulmadığı kararda anlatılmaktadır. Biz konumuz itibarıyla hukukî bakımdan isnat kurallarına ilişkin saptamaları inceleyip, değerlendirmekteyiz. Hangi delillerin ele alındığı ve niye bunların isnat için yeterli görülmediği (Divan'a göre etkin denetimin varlığının başvuru tarafından ispat edilemediği) ve bunun ne derece eleştirilebilir olduğu hususunda kararın 401. paragrafından, 413. paragrafına kadar olan kısmına bakınız.

G. Resmi Otoritelerin Yokluğu ya da Yetersizliği Halindeki Davranışın İsnat Edilmesi

9. madde, “Resmi otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği halindeki davranış” başlığını taşır:

Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup, resmi otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği halinde, kamu gücü yetkilerini kullanıyorsa ve koşullar bu yetkilerin kullanılmasını gerektiriyorsa, milletlerarası hukuka göre Devletin fiili olarak kabul edilir⁵⁶¹.

9. madde, istisnai bir durumu öngörmekte ve buna göre bir düzenleme getirmektedir. Bu istisnai durum, bir kişinin ya da bir grup kişinin, resmi otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliğinde, kamu gücü yetkilerini kullanmasıdır. Durumun istisnai olduğunu vurgulayan formül madde içinde “koşulların bu yetkilerin kullanılmasını gerektirmesi” şeklinde ifade edilmiştir. Bu öngörü, bir devrim, bir silahlı çatışma, yabancı işgali gibi, olağan otoritenin kaybolduğu ya da etkisizleştiği durumlarda meydana gelebilir. Bu durum, devrimi ya da yabancı işgalini takiben hukukî otoritenin tekrar tesis edilmeye çalışıldığı dönemde de meydana gelebilir. 9. maddenin üzerine dayandığı ilke “biraz” eski bir düşüncenin mirası olduğunu çağrıştırmaktadır. Bu düşünce “ayaklanma hakkı” olarak da ifade edilebilecek olan, düzenli kuvvetlerin etkisizleştiği ya da yok olduğu durumlarda vatandaşların kendilerini savunma haklarının mevcut olduğu düşüncesidir. Bu hakkın hukuken meşruluğu 1907 La Haye Kara Savaşı Sözleşmesi’nin 2. maddesinde tanınmıştır. Aynı şekilde 1949 Cenevre Savaş Esirleri Konvansiyonu da böyle bir hakkı meşru sayar⁵⁶².

9. madde davranışın Devlete isnat edilebilmesi üç şartın varlığını arar. İlk olarak, davranış etkin olarak kamu gücü yetkilerinin kullanılması niteliğinde olmalıdır; ikinci olarak böyle bir davranış resmi otoritenin kaybolduğu bir durumda gerçekleşmelidir; üçüncü olarak şartlar böyle bir davranışın gerekliliğini doğrulamalıdır.

⁵⁶¹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 9; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 9, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁵⁶² Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 115, dipnot no. 176.

İlk şarta ilişkin belirtilmesi gereken husus, kişinin ya da bir grup kişinin kamu yetkilerini kendi inisiyatifleri ile kullanmalarıdır. Böyle bir durumda normal Devlet aygıtının yerini kendi inisiyatifleri ile kişiler doldurmaktadır. Bu durum Devletin ülkesinin bir kısmında ya da genelinde gerçekleşebilir. İkinci şartta resmi Devlet otoritesi ülkenin genelinde ya da bir kısmında belirli bir süre için ortadan kaybolmuş durumdadır. Üçüncü şart için ise koşulların böyle bir davranışı gerçekten gerektirmesi aranmaktadır. Örneğin resmi kamu otoritesinin ortadan kaybolduğu bir durumda kolluk vazifelerinin, polis görevlerinin gayri resmi kişilerce ele alınıp uygulanması ihtiyacı söylenebilir. Her halde bu şartların her birin somut olayda mevcut olduğunun iyice ortaya konması gerekmektedir.

H. Bir İsyan Hareketinin ya da Benzerinin Davranışının İsnat Edilmesi

10. madde, “Bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı” başlığını taşır:

1. Devletin yeni hükümeti haline gelen bir isyan hareketinin davranışı, milletlerarası hukuka göre bu Devletin fiili olarak kabul edilir⁵⁶³.

2. Bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı, daha evvelden mevcut bir Devletin ülkesinin bir kısmında ya da bunun idaresi altında olan bir toprakta yeni bir Devlet kurmaya ulaşmışsa, milletlerarası hukuka göre bu yeni Devletin fiili olarak kabul edilir⁵⁶⁴.

3. Bu madde, 4. maddeden 9. maddeye kadar olan maddeler uyarınca, Devletin fiili olarak kabul edilmesi gereken bütün davranışların, bunlar herhangi bir biçimde isyan hareketinin davranışlarına bağlı olmuş olsa da, Devlete isnat edilmesine engel olmaz⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 10 & 1; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 10 & 1, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁵⁶⁴ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 10 & 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 10 & 2, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁵⁶⁵ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 10 & 3; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 10 & 3, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

10. madde, daha sonradan Devletin yeni hükümeti haline gelen ya da yeni bir Devlet kuran bir isyan hareketinin davranışlarının Devlete isnat edilmesi meselesini düzenlemektedir.

Başlangıçta isyan hareketinin üyelerinin davranışları sıradan kişi davranışları olarak belirir. Bu nedenle elbette bir kitlesel gösteriye katılan kişilerin davranışları Devlete isnat edilebilir değildir. Bundan daha fazla organize olmuş, etkin eylemler yapabilen bir hareketin de davranışları Devlete isnat edilebilir değildir. Herhangi bir hareketin Devletle mücadelesi esnasında yapmış olduğu davranışlar Devlete isnat edilebilir değildir. Bir başka ifade ile başarısız olmuş isyan hareketlerinin davranışları Devlete isnat edilemez. Ancak bir isyan hareketi, hükümet olabilmeyi başarır ya da yeni bir Devlet kurabilirse hareketleri Devlete isnat edilebilir. **Solis davasında**⁵⁶⁶ bir Devletin kendi otoritesine karşı gelerek isyan eden grupların davranışlarından sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir. Ancak Devletin iyi niyete aykırı bir tutumla isyanın bastırılmasında bir ihmalinin olmaması gerekmektedir. Bir isyan hareketi hükümet olmayı başardığında ya da yeni Devlet kurduğunda Devlete isnat edilebilecek davranışlar, isyan hareketi sırasında, hareketin üyelerinin kendiliklerinden yapmış olduğu kişisel davranışlar değil fakat harekete yüklenebilecek davranışlardır⁵⁶⁷.

Bir öngörü olarak denilebilir ki, hükümet olmayı başarmış bir hareketin idareci kadroları yeni hükümetin de idarecilerini oluşturacaklardır. Bu şartlarda elbette mücadeleyi sürdürürken sergiledikleri davranışlar hükümeti oldukları Devlete isnat edilecektir. Nitekim milletlerarası hukuk kişisi olarak Devlet mevcut olduğundan davranışların sorumluluğunun doğabilmesi için de bunların Devlete isnat edilmesi gerekmektedir. Öte yandan eğer Devletin isyan hareketi sürdürülürkenki meşru hükümeti isyancılarla bir uzlaşmaya varırsa, bir barış yapılırsa isyancıların davranışlarının Devlete isnat edilmesi söz konusu olmayacaktır. Diğer taraftan, isyan hareketi mücadele ettiği Devletin ülkesinin bir kısmında ya da bu Devletin idaresi altında olan bir toprakta yeni bir Devlet kurmayı başarır ya da bu yeni Devlete isyancıların davranışları isnat edilecektir.

⁵⁶⁶ Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV (1928).

⁵⁶⁷ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 120.

Bolivar Railway Company davasında, Devletin zafere ulaşmış bir devrimin başlangıcından itibaren oluşmuş borçlarından sorumlu olduğu, böyle bir devrimin nihai başarısında *ab intio* milli iradenin kristalize olduğu ifade edilmiştir⁵⁶⁸.

İ. Devlet Tarafından Kendisinin Olarak Tanınan ve Benimsenen Davranışın İsnat Edilmesi

11. maddenin başlığı, “Devlet tarafından kendisinin olarak tanınan ve benimsenen davranış”tır:

*Önceki maddelere göre Devlete isnat edilemeyen bir davranış, bu Devlet tarafından söz konusu davranışın kendi davranışı olarak tanındığı ve benimsendiği halde ve ölçüde, milletlerarası hukuka göre bu Devletin fîli olarak kabul edilir*⁵⁶⁹.

Tahran’daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava, yukarıdaki kuralın uygulandığı bir dava örneğidir⁵⁷⁰. **Adolf Eichmann’ın ele geçirilmesi** ve İsrail’de yargılanması da kişilerin davranışlarının daha sonra Devlet tarafından sahiplenilmesine örnek teşkil eder. 10 Mayıs 1960’ta, Eichmann İsrailli bir grup tarafından Buenos Aires’te kaçırılmıştır. Uçakla İsrail’e ulaştırılmadan evvel birkaç hafta Buenos Aires’te bir evde alı konulmuştur. Olayın devamında Arjantin, İsrail Hükümetini, Eichmann’ın kaçırılmasında işin içinde olduğu iddiası ile kınamıştır. Arjantin’in şikâyeti Güvenlik Konseyi önünde görüşülürken, İsrail Dışişleri Bakanı Meir tarafından iddianın doğruluğu ne onaylanmış ne de yalanlanmıştır. Meir, Eichmann’ı ele geçirenleri bir grup gönüllü olarak nitelendirmekle yetinmiştir. Güvenlik Konseyi 138 sayılı ve 23 Haziran 1960 tarihli kararında İsrail Hükümetinin Eichmann’ın ele geçirilme planından en azından haberi olduğu ve Arjantin’den İsrail’e kaçırılmasına muvafakat ettiği hükmüne varmıştır. Eichmann’ı kaçıranlar gerçekten de

⁵⁶⁸ Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IX (1903), aynı doğrultudaki karar örnekleri: **Puerto Cabello and Valencia Railway Company davası**, Ibid, vol. IX (1903); **French Company of Venezuela Railroads davası**, Ibid, vol. X (1902); **Dix davası**, Ibid, vol. IX (1902); **Pinson davası**, Ibid, vol. V (1928).

⁵⁶⁹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 11; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 11, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁵⁷⁰ **Tahran’daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin** dava, (Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran), C.I.J. Recueil 1980, s. 35.

İsrail'in “**talimatları, emri ya da denetimi altında**” hareket etmiş olabilirler. Bu durum yukarıda incelediğimiz 8. madde kapsamına girmektedir; fakat Eichmann olayında olduğu gibi, bunun ispatında sorun olduğu ve şüphelerin bulunduğu durumda hareketin daha sonra Devlet tarafından benimsenip, sahiplenilmesine ilişkin hüküm uygulanabilecektir.

III. BİR MİLLETLERARASI YÜKÜMLÜLÜĞÜN İHLALİ

A. Genel Açıklama

Bir milletlerarası hukuk kişisi olarak Devlete isnat edilebilen bir davranış eğer bu Devletin yerine getirmesi gereken milletlerarası yükümlülüğe aykırılık teşkil ediyorsa yükümlülüğün ihlâli mevcuttur. Dolayısıyla, milletlerarası bakımdan bir haksız fiil meydana gelmiştir⁵⁷¹.

Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun projesindeki bu bap hakkındaki maddeler, mümkün olan en genel tabir ve kavramlarla milletlerarası yükümlülüğün ihlâli kavramını açıklamayı amaçlamaktadır⁵⁷².

Bu maddeler, milletlerarası hukuktaki birincil yükümlülükleri belirlemeyi kesinlikle amaçlamamaktadır. Milletlerarası hukukun birincil kurallarının tamamının incelenmesi neticesinde bir Devletin birincil yükümlülükleri belirlenebilir. Belirli bir Devlete isnat edilebilir belirli bir davranışın, bu Devletin belirli bir milletlerarası yükümlülüğüne aykırılık teşkil edip etmediğinin belirlenmesi, bu yükümlülüğün ne olduğunun birincil hukuk kuralının incelenmesi ile belirlenmesine bağlıdır. Birincil hukuk kuralı, yükümlülüğün doğrudan kendisinden doğduğu hukuk kuralıdır.

Nitekim Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin Milletlerarası Haksız Fiilden Ötürü Sorumluluğu'na dair hazırlamış olduğu maddelerin amacının, Devletin milletlerarası sorumluluğuna dair temel kuralların kodifikasyonunun sağlanıp, milletlerarası hukukun gelişmesine hizmet etmek olduğunu belirtmiştir⁵⁷³. Bunun

⁵⁷¹ Carreau Dominique, s. 444, par. 1075.

⁵⁷² Bkz. Combacau Jean, Sur Serge, s. 542-551.

⁵⁷³ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 130.

mümkün olabilmesi için milletlerarası sorumluluğa dair ikincil kuralların bu maddeler projesinde Komisyon tarafından belirlendiğini ifade etmiştir⁵⁷⁴. Bu ikincil kurallar, sorumluluk hukukuna dair genel kurallardır. Devletin kendisine isnat edilebilen, icra ya da ihmal suretiyle işlenmiş bir davranışından ötürü sorumlu kılınmasından doğan hukukî neticelerin neler olduğunu genel olarak belirten, sorumluluk müessesesinin hukukî çerçevesini çizen genel kurallar, ikincil kurallar olarak komisyon tarafından adlandırılmıştır. İhlâl edilmelerinden ötürü Devletin sorumluluğunun doğduğu yükümlülüklerin neler olduğunu incelemek bu çalışmanın dışındadır. Bu yükümlülüklerin kaynaklandığı milletlerarası kurallar ise Komisyon tarafından birincil kurallar olarak adlandırılmıştır. Bu birincil kurallar, bütün bir milletlerarası hukukun pozitif kuralları içinde dağılmış vaziyettedir. Bu pozitif kurallar örf ve âdet hukuku kuralı oldukları gibi, antlaşmalardan kaynaklanan kurallardan da oluşurlar. Bir Devletin yükümlülüklerinin belirlenmesi bu birincil kuralların incelenmesini gerektirir. Bunlardan biri Devlet tarafından ihlâl dildiğinde o Devletin milletlerarası sorumluluğu doğar. Bu esnadan itibaren, sorumluluk hukukuna ilişkin ikincil kurallar devreye girecektir.

Komisyon'un projesinin yapısının ve temel yönemlilerinin temellerini atan Roberto Ago, maddelerin neyi belirlediği hakkında şunları ifade etmiştir:

*“Devletin sorumluluğunun hukukî tanımını ve neticelerini belirleyen kurallar ile ihlâl edilmelerinden ötürü Devletin sorumluluğunun doğduğu milletlerarası kurallar arasında temel ve kesin bir ayrım vardır. Bir Devletin uyması ya da yerine getirmesi gereken milletlerarası sorumluluğun ne olduğunu belirten kural başka şeydir; bu kural ihlâl edildikten sonra sorumluluğun meydana gelmesi ile doğan hukukî durumu düzenleyen kural başka bir şeydir”*⁵⁷⁵.

Yukarıda yaptığımız saptamadan çıkan netice, milletlerarası sorumluluk kurallarının genel ve soyut kurallar olmaları gerektiğidir. Bu neticeyi açıklamak gerekirse, milletlerarası sorumluluk kuralları, ihlâlleri halinde devreye girecekleri, milletlerarası yükümlülük ihtiva eden normlardan bağımsız kurallar olmalıdırlar. Bir tarafta, milletlerarası yükümlülükler yükleyen milletlerarası hukuk normları, diğer tarafta ise bunların içeriklerinden bağımsız, genel milletlerarası sorumluluk kurallarının

⁵⁷⁴ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 130.

⁵⁷⁵ Annuaire de la Commission du droit international, 1970, vol. II, s. 237.

yer alması gerekmektedir. Kendisinden Devletlerin milletlerarası sorumluluğuna dair kuralların kodifikasyonu için çalışma yapması istenen Milletlerarası Hukuk Komisyonu da milletlerarası sorumluluk kurallarının genel ve soyut kurallar olmaları gerekliliğini belirlemiştir. Devletin milletlerarası sorumluluğunu düzenleyen kuralların, somut olarak hangi milletlerarası yükümlülük ihlâl edilirse edilsin, ihlâl ile doğan her yeni hukukî durumu bir çözüme kavuşturabilecek kurallar olması gerektiğini saptamıştır⁵⁷⁶. Milletlerarası Hukuk Komisyonu, bu doğrultuda “birincil kurallar” ve “ikincil kurallar” ayrımını yapmaktadır. Komisyon’a göre, Devlete somut olarak yükümlülükler yükleyen kurallar birincil kurallardır ve milletlerarası yükümlülüklerin ihlâli durumunda sorumluluk meselesini çözecek kurallar ise ikincil kurallardır⁵⁷⁷.

Milletlerarası hukukta, iki kategori kural kümesinin mevcudiyeti meselesi, milletlerarası hukukun hukuksal niteliğinin belirlenebilmesi için başlatılmış olan kuramsal bir tartışmanın devamıdır⁵⁷⁸. Bu tartışmaya göre, her hukuk düzeninde kaideleri koyan normlar ve bu kaidelere uyulmadığı takdirde de uğranılacak müeyyideyi gösteren normlar bulunmalıdır. Normatif bir düzene, hukuk düzeni niteliğini veren husus bu iki kategori normun mevcudiyetidir. Elbette bu yaklaşım, bir hukuk düzenin niteliğine dair getirilebilecek tek ve tatminkâr açıklama değildir⁵⁷⁹, fakat çalışmamız için önemi, bu görüşün Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun çalışmasında etkili olmuş olmasından ileri gelmektedir. Bu yaklaşımdan çıkan netice, normatif bir düzenin, bir hukuk düzeni olarak adlandırılması için olmazsa olmaz koşulun, somut içeriklere sahip normlar kategorisi ile birlikte genel ve soyut içeriklere sahip, sorumluluk mekanizmasına ilişkin ikinci bir normlar kategorisinin de mevcut olmasıdır.

Bu kategorileri, hukuk kuramcısı H. Hart, “**birincil kurallar**” ve “**ikincil kurallar**” olarak adlandırmıştır⁵⁸⁰. Birincil kurallar, hukuk kişilerinin nasıl

⁵⁷⁶ Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément No.10 (A/56/10).

⁵⁷⁷ Crawford James, Les Articles de la C.D.I. sur la Responsabilité de l’Etat, Introduction, Texte et Commentaires, Editions Pedone, 2003, s. 16-19.

⁵⁷⁸ H. Hart, The concept of law, Clarendon Law Series, No.5, ed.1984.

⁵⁷⁹ Çağırın Mehmet Emin, Les Sanctions Non-Militaires De l’Article 41 De La Charte De l’O.N.U., Publications De l’Université De Galatasaray, İstanbul, 2000, s. 7-19.

⁵⁸⁰ H. Hart, The concept of law, Clarendon Law Series, No.5, ed.1984, s. 77.

davranmaları gerektiğine dair bütün kuralları kapsayan kurallar kategorisidir. İkincil kurallar ise hukukî prosedürlere (süreç ve usullere) ve şekle ilişkin kurallardır. İkincil kuralların kapsamında, hukuka saygı gösterilmediğinde doğacak neticeleri düzenleyen kurallar da bulunmaktadır. Milletlerarası sorumluluğa ilişkin kurallar da bu çerçevede ikincil kurallardır. Bir milletlerarası yükümlülüğün somut olarak ne olduğunu gösteren kural “birincil kural”dır. Bu kural ihlâl edildiğinde doğacak hukukî neticeleri gösteren kural ise, “ikincil kural”dır ve ihlâl ile ortaya çıkan hukukî durumu düzenlemeye yönelik sorumluluk hukukuna ilişkin kurallar bu cümledendir. Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin milletlerarası sorumluluğuna dair çalışmasında bu terminolojiyi benimsemiştir. Bunun nedeni, kodifikasyonuna çalıştığı, Devletin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin kuralların, usul hükümleri gibi, genel ve soyut hükümler olması gerekliliğinin bu terminoloji ile ifade edilebilmesidir⁵⁸¹.

Nitekim “Bir Milletlerarası Yükümlülüğün İhlâli” başlığını taşıyan, Devletin milletlerarası sorumluluğuna dair maddelerin üçüncü bab’ının açıklamasında⁵⁸², Milletlerarası Hukuk Komisyonu, bu hükümlerin oynayabileceği rolün ikincil bir rol olduğunu ifade etmektedir. Bunun anlamı, somut olarak ihlâl edilen yükümlülüğün ne olduğunu birincil kuralın göstereceğidir, çünkü ancak bu yükümlülüğü getiren milletlerarası hukuk kuralı yükümlülüğün içeriğinin neden ibaret olduğunu tarif edebilir. Sorumluluk hukukuna dair yapılan kodifikasyon çalışmasının getirdiği “ikincil kurallar” ise ancak yükümlülük ihlâl edildiğinde devreye girerler. Bu ikincil rol, ihlâl kavramının genel ve soyut tarifini yapmak, ihlâlin nerede, ne zaman yapıldığına dair genel kuralları, her olaya uygulanabilecek genel hükümleri getirmek, ihlâlin ne kadar süre devam ettiğinin tespitine yarayacak genel kaideleri koymak gibi temel ilkeleri ifade etmekle ve bundan doğan sonuçları belirlemekle gerçekleşir.

Birincil kurallar arasında bir nitelik farkı olup olmadığı ve eğer bu kurallar arasında bir nitelik farkı varsa, nitelik olarak temel öneme sahip kuralların ihlâl edilmesi

⁵⁸¹ Crawford James, Les Articles de la C.D.I. sur la Responsabilité de l’Etat, Introduction, Texte et Commentaires, Editions Pedone, 2003, s. 16.

⁵⁸² Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément No.10 (A/56/10).

durumunda, ikincil kurallar bakımından ne gibi farklı neticelerin doğabileceği sorunu daha ilerde ele alacağımız önemli teorik sorununuzdur.

B. Bir Milletlerarası Yükümlülüğün İhlâlinin Varlığı

12. madde, “Bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlinin varlığı” başlığı ile düzenleme getirmektedir:

*Devletin fiili, milletlerarası yükümlülük uyarınca kendisinden istenen fiile uygun olmadığında, söz konusu Devlet tarafından, yükümlülüğün kaynağı ya da niteliği ne olursa olsun, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâline neden olunmuştur*⁵⁸³.

12. maddeye göre, bir milletlerarası yükümlülük uyarınca bir Devletin yapması gereken davranışla, gerçekte yaptığı davranış arasında bir uygunsuzluk olduğunda, Devletin gerçekte yaptığı davranış, yükümlülük uyarınca yapması gereken davranışa göre noksan ise, bu Devlet tarafından, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâli hali yaratılmıştır. Bu husus farklı şekillerde ve kalıplarda ifade edilebilir. Örneğin, Milletlerarası Adalet Divanı, “bir Devletin milletlerarası yükümlülükleri ile uyumlu olan ya da olmayan davranışlar” ifadesini de kullanmıştır⁵⁸⁴. “Yürürlükteki kurallara aykırı işlemler”⁵⁸⁵, “söz konusu kurallara uygun olmayan işlemler”⁵⁸⁶, “antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerle (akdi yükümlülüklerle) göre noksan işlemler”⁵⁸⁷ ifadeleri de Milletlerarası Adalet Divanı tarafından kullanılmıştır. “Noksan” tabiri, Devletin fiilinin, yükümlülüğe kısmen aykırı olduğunu ya da kısmen uygun olduğunu fakat tamamıyla yükümlülüğü karşılamadığını ifade etmeye elverişlidir. Nitekim bazı

⁵⁸³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 12; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 12, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁵⁸⁴ **Tahran’daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava**, (Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran), C.I.J. Recueil 1980, s. 29.

⁵⁸⁵ **Nikaragua’daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davası**, (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci; Nicaragua c. Etats-Unis d’Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986, s. 64 ve s. 98.

⁵⁸⁶ **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası**, (Projet Gabcikovo-Nagymaros), C.I.J. Recueil 1997, s. 46.

⁵⁸⁷ **ELSI davası**, (Elettronica Sicula S.s.A.-ELSI), C.I.J., Recueil 1989, s. 50. Ayrıca Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s.64, par. 93.

durumlarda, yükümlülüğün Devletten beklediği davranış kesin olarak tanımlanmış bir davranışı gerektirirken, bazı durumlarda bu davranış asgari olarak tanımlanmıştır. Böyle olduğu durumlarda asgari davranışı yerine getirmenin ötesinde Devlet davranışında serbesttir. Çeşitli durumlarda kısmi aykırılık olabilir. 12. madde ihlâl edilen yükümlülüğün kaynağının ya da niteliğinin fark etmeyeceğini belirtmektedir. Maddede kullanılan ifade kalıbı şöyledir: **“Devletin fiili, milletlerarası yükümlülük uyarınca kendisinden istenen fiile uygun olmadığında, söz konusu Devlet tarafından, yükümlülüğün kaynağı ya da niteliği ne olursa olsun, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâline neden olunmuştur”**.

Bu formülden çıkarılacak netice, maddenin uygulanma sahasının genel olduğudur. Şu ya da bu yükümlülüğe değil, kaynağına ya da niteliğine göre değişmeksizin madde bütün yükümlülüklerin ihlâli halleri için genel olarak uygulanmak üzere Komisyon tarafından hazırlanmıştır. Milletlerarası yükümlülük, bir milletlerarası örf ve âdet hukuku kuralı tarafından konulmuş olabilir; yükümlülük bir antlaşma kuralı tarafından konulmuş olabilir; yükümlülük milletlerarası hukuk düzeninde geçerli bir genel hukuk kaidesi tarafından konulmuş olabilir; birincil kuralın şekli kaynağı fark etmeksizin sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanacaktır. Devletler çok taraflı hukukî işlemler ile kendilerini bir milletlerarası yükümlülük altına sokabilecekleri gibi Devletler tek taraflı işlemleri ile de yükümlülük altına girebilirler⁵⁸⁸. Bir milletlerarası yükümlülük, bir antlaşmada öngörülen düzenlemeler neticesinde de doğabilir. Örneğin bir milletlerarası örgütün bir organının bir konuda karar almasına olanak sağlayan bir antlaşma düzenlemesi neticesinde, bu organın aldığı karar bir yükümlülük doğurabilir; bir milletlerarası yargı organına yetki veren bir antlaşma hükmü dolayısıyla bu yargı organının kararı bir yükümlülük doğurabilir. Bütün bu farklı olasılıkları maddede belirtmeye gerek kalmamıştır. Zira maddede kullanılan ifade bütün farklı olasılıkları kapsayıcı niteliktedir. **“Yükümlülüğün kaynağı ne olursa olsun”** tabiri yukarıda örneklerini verdiğimiz farklı durumları kapsayıcı niteliktedir. Bilindiği üzere öğretide

⁵⁸⁸ Tek taraflı işlem ile yükümlülük altına girilmiş olan ve milletlerarası yargıya intikal etmiş olay örneği olarak Fransa'nın nükleer denemeleri ile ilgili iki davayı örnek olarak gösteriyoruz. Fransa'nın Avustralya ve Yeni Zelanda ile karşı karşıya geldiği olaylar: **Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)**, C.I.J. Recueil 1974; ve **Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)**, C.I.J. Recueil 1974.

milletlerarası hukukun kaynakları bahsi altında, bağlayıcı kaynaklar olarak antlaşmalar, milletlerarası örf ve âdet hukuku kuralları ve hukukun genel ilkeleri olarak sayılmaktadır. Fakat bizim burada ele aldığımız biçimiyle “kaynak” tabiri, kuralı getiren hukuk kişinin iradesini ya da yükümlülük doğuran yetkili bir organın kararını da kapsamaktadır.

Maddede kullanılan “kaynağı ne olursa olsun” ifadesi esasen milletlerarası yargı tarafından oluşturulmuş bir ifade formülüdür. **Rainbow Warrior davasında**, mahkeme, “bir Devletin kaynağı ne olursa olsun bir yükümlülüğünü ihlâli, onun sorumluluğuna yol açar ve dolayısıyla onarım yükümlülüğünü doğurur” demiştir⁵⁸⁹.

Burada şu hususu da ilave edelim ki, **Rainbow Warrior davasında**, mahkeme milletlerarası sorumluluğun tek bir sorumluluk rejimi olduğunu da belirtmiştir⁵⁹⁰. Bu demektir ki, milletlerarası hukukta sorumluluk müessesesi, hukuk sorumluluğu ve ceza sorumluluğu olarak iki sorumluluk rejimine ayrılmamaktadır⁵⁹¹. Tek bir sorumluluk rejimi vardır.

Devletin milletlerarası sorumluluğu iki taraflı yükümlülüklerin ihlâlinden kaynaklanabileceği gibi, birden çok Devlete karşı olan bir yükümlülüğün de ihlâlinden kaynaklanabilir. Hatta milletlerarası toplumun geneline karşı olan bir yükümlülüğün de ihlâlinden sorumluluk doğmuş olabilir. Elbette burada sırasıyla ilmi bakımdan tartışılması gereken noktalar vardır. Öncelikle, bir milletlerarası toplum gerçekten mevcut mudur? Sosyoloji ilmi bakımından böyle bir toplum var mıdır? Böyle bir varlık acaba topluluk mudur ya da toplum mertebesine ulaşmış mıdır? Milletlerarası hukukun pozitif hukuk kuralları bakımından böyle bir toplumun varlığı ortaya konabilir mi? Milletlerarası toplumun hukuken varlığı ortaya konulabiliyorsa, bu topluma karşı Devletlerin ne gibi yükümlülükleri vardır? Milletlerarası hukuk kuralları uyarınca bu yükümlülükler belirlenebilmiş midir?

⁵⁸⁹ **Rainbow Warrior davası**, (Rainbow Warrior, Nouvelle-Zélande/France), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (1990), s. 251.

⁵⁹⁰ **Rainbow Warrior davası**, (Rainbow Warrior, Nouvelle-Zélande/France), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (1990), s. 251.

⁵⁹¹ Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 68, par. 96.

Üstteki paragrafta ifade ettiğimiz “milletlerarası toplumun geneline karşı olan yükümlülüklerin ihlâlinden doğan sorumluluk” bağlamında, konunun öne sürdüğü önemli bir husus vardır. Bir Devlet göreceli olarak daha hafif haksız fiiller sergileyebileceği gibi, bunlara nazaran çok daha ağır haksız fiiller de sergileyebilir. “Milletlerarası toplumun geneline karşı olan yükümlülüklerin ağır ihlâlleri” böylesi ağır haksız fiilleri oluşturacaktır. Milletlerarası hukukun ihlâlleri arasında böyle bir ağırlık derecelendirilmesine gidiliyorsa, ağır ihlâllerin meydana gelmesinden doğacak sorumluluğun ağırlığı da acaba artacak mıdır? Bu sorumluluktan doğan neticelerin kapsamı nasıl olacaktır? Ceza sorumluluğunun da milletlerarası hukukta Devletlerin sorumluluğuna temelden yabancı bir sorumluluk rejimi olduğu elbette unutulmamalıdır⁵⁹². Yukarıda ifade ettiğimiz bahis altında bu hususları ortaya çıkaracağız. Burada, onikinci madde bağlamında konuyu daraltarak incelemekteyiz. Ancak bu maddeden yola çıkarak sorulması gereken kritik soruları şimdiden haber vermekteyiz. Cevaplarını ilgili bölüme ertelemekteyiz.

C. Devlet Bakımından Yürürlükte Olan Yükümlülük

13. madde, “Devlet bakımından yürürlükte olan yükümlülük” başlığını taşır:

Fiil gerçekleştiği anda Devlet söz konusu yükümlülük ile bağlı değilse, Devletin fiili bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlini oluşturmaz⁵⁹³.

13. madde bir başka temel ilkeyi belirtmektedir. Devletin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, iddia edilen ihlâle neden olan fiili işlediği anda, Devletin ihlâl ettiği iddia edilen yükümlülükle bağlı olması gerekir. Bu ilke Devletlere önemli bir güvence sunmaktadır. Milletlerarası hukuk, Devletin sorumluluğu sahasında geriye doğru⁵⁹⁴ işlememektedir.

Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun 13. maddesi, Devletin milletlerarası yükümlülükle bağlı olması hususunu ele almaktadır. 13. madde, şayet fiil olduğu anda

⁵⁹² Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 67–68, par. 96.

⁵⁹³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 13; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 13, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁵⁹⁴ Fr: Rétrospective.

Devlet o yükümlülükle bağlı değilse, “Devletin fiilinin bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlini oluşturmayaacağı” hükmünü getirmektedir. Görüldüğü gibi, anlamın mümkün olduğunca geniş ve esnek tutulabilmesi için, madde, olumsuz cümle kalıbında kurulmuştur.

13. maddeye göre, bir Devletin milletlerarası sorumluluğunun doğabilmesi için, ihlâlın meydana geldiği anda, Devletin ihlâl edilen yükümlülükle bağlı olması gerekmektedir. Bu ilke, sorumluluk hukuku alanında yerleşmiş bir ilkedir. Hakem Huber tarafından, **Palmas Adası davasında** şu şekilde belirtilmiştir: “Bir hukukî olay, meydana geldiği andaki hukuka göre değerlendirilmelidir”⁵⁹⁵. 13. madde, Devletlerin sorumluluklarının oluşması konusunda hukukî bir güven ve belirlilik sunmaktadır. Aynı zamanda bu madde ile milletlerarası hukukun, Devletlerin milletlerarası sorumluluğu sahasında geriye yürümezlik hususunda da bir güvence oluşturmaktadır. 13. maddede belirtilen kural, milletlerarası yargı organlarınca da çeşitli defalar uygulanmıştır. 1855 tarihli iki kararda, **Lawrence davasında**⁵⁹⁶ ve **Volusia davasında**⁵⁹⁷, Devletin sorumluluğunun ancak, milletlerarası hukuku ihlâl ettiği iddia edilen fiilin işlendiği andaki milletlerarası hukuka göre değerlendirilebileceği belirtilmiştir. İlke, Devletlerin uygulamalarıyla da yerleşmiştir. Bir olayın haklı ya da haksız olması sorunu, olayın meydana geldiği andaki milletlerarası hukuk kurallarının getirdiği yükümlülüklerle göre çözümleneceği hususu, Devletlerin uygulamalarıyla kabul edilen bir milletlerarası hukuk ilkesi olarak meydana çıkmıştır⁵⁹⁸. Milletlerarası hukuka göre emredici nitelikte bir hüküm getirildiğinde dahi bu geriye doğru yürümektedir. Öte yandan, bir haksız fiil ile ihlâl edilen milletlerarası yükümlülüğü getiren milletlerarası hukuk kuralı sonradan yürürlükten kalksa bile, Devletin milletlerarası sorumluluğu, fiil işlendiği anda kural yürürlükte olduğundan ötürü meydana gelir.

⁵⁹⁵ **Palmas Adası davası**, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II (1949), s. 845. Ayrıca Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Beta, İstanbul, 1998, s. 255–261.

⁵⁹⁶ **Lawrence davası**, L’affaire Lawrence (1855), de Lapradelle et Politis, Recueil des arbitrages internationaux, vol. I, s. 741; Moore, International Arbitrations, vol. III, s. 2824.

⁵⁹⁷ **Volusia davası**, L’affaire du Volusia (1855), de Lapradelle et Politis, os. cit., vol. I, s. 741.

⁵⁹⁸ S. Tavernier, Recherche sur l’application dans le temps des actes et des règles en droit international public, Paris, L.G.D.J., 1970, s. 119, 135 ve 292.

D. Bir Milletlerarası Yükümlülüğün İhlalinin Zamana Yayılması

14. maddenin başlığı, “Bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlinin zamana yayılması”dır:

*1. Devletin süreklilik niteliği olmayan bir fiilinden ötürü bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâli, neticeleri devam etse dahi, fiilin gerçekleştiği anda meydana gelmiştir*⁵⁹⁹.

*2. Devletin süreklilik niteliği olan bir fiilinden ötürü bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâli, fiilin devam ettiği ve milletlerarası yükümlülüğe aykırı kaldığı bütün süreye yayılır*⁶⁰⁰.

*3. Bir Devletin belirli bir olayı önlemek milletlerarası yükümlülüğünün ihlâli, olayın meydana geldiği anda oluşur ve olay devam ettiği ve bu yükümlülüğe aykırı kaldığı bütün süre boyunca yayılır*⁶⁰¹.

Milletlerarası bir yükümlülüğün ihlâlinin zamana yayılması konusu⁶⁰², ihlâlin belirlenebilmesi için incelenmesi gereken bir diğer konudur⁶⁰³. Milletlerarası Hukuk Komisyonu da bu konuyu 14. maddede ele almıştır. Bu maddenin getirdiği kurallar şunlardır:

Milletlerarası bir yükümlülüğün Devletin devamlılık arz etmeyen bir eyleminden ötürü ihlâli eylemin ihlâle neden olmakla yol açtığı etkiler devam etse de eylem işlendiği anda meydana gelmiştir.

⁵⁹⁹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 14 & 1; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 14 & 1, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁰⁰ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 14 & 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 14 & 2, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁰¹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 14 & 3; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 14 & 3, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁰² Lat: *ratione temporis*.

⁶⁰³ Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 479, par. 463-a.

Milletlerarası bir yükümlülüğün Devletin devamlılık arz eden bir eyleminden ötürü ihlâli eylemin devam ettiği ve milletlerarası yükümlülüğe aykırı kaldığı bütün süreye yayılır.

Milletlerarası bir yükümlülüğün Devletin belli bir olayı önlemesini gerektiren bir durumda, ihlâl, olayın meydana geldiği anda ve yükümlülüğe aykırı olarak devam ettiği bütün sürede oluşur.

Bir haksız fiilin ne zaman başladığını belirlemek ve ne kadar süre devam ettiğini belirlemek sık ortaya çıkan bir sorundur ve Devletlerin sorumluluğu konusunda göz ardı edilemez sonuçlar doğurur. Özellikle zaman içinde belirli bir süre devam edegelen haksız fiillerin ne zaman sona erdiklerinin belirlenmesi, incelenen bu madde ışığında cevaplandırılır. Bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlinin ortaya çıkışı ve süresi esas olarak yükümlülüğün varlığına ve içeriğine bağlıysa da bazı temel kavramlar 14. maddede belirtilmiştir. Bu madde birçok milletlerarası olaya uygulanabilecek temel ve genel ilkeleri açıklamaktadır. Özellikle zamana yayılan ihlâller ile sürekli haksız fiiller arasındaki ayrımı belirtmektedir ve bu ayrımın hangi durumlarda uygulanacağını da gösterir. Genel olarak bir haksız fiilin oluşması için belirli bir zaman gereklidir. 14. maddenin hedefi, süregelen bir ihlâl ile, gerçekleştirilip bitmiş bir ihlâl arasındaki farkı ortaya koymaktır. Bir fiil yapıldığı anda meydana gelmiştir. Neticeleri ve etkileri sürse de fiilin işlenişi tamamlanmıştır. “Yapıldığı anda” ifadesi elbette fiilin yapılması için gerekli zaman aralığını işaret eder. Bir haksız fiil eğer sürekli bir haksız fiil ise fiilin sürdüğü ve milletlerarası yükümlülüğe aykırı kaldığı bütün süreye yayılmıştır. Şu şartla ki, haksız fiili yapan Devlet tüm bu süre boyunca bu yükümlülükle bağlı kalmaya devam etsin.

Bir haksız fiilin tamamlanmış mı olduğunu bilmek ya da onun süreklilik niteliğine sahip bir haksız fiil mi olduğunu belirleyebilmek söz konusu fiil ile ihlâl edilen milletlerarası hukuk yükümlülüğünün niteliğine ve içeriğine bağlı olduğu kadar, ele alınan somut olayın koşullarına da bağlıdır. Tamamlanmış bir haksız fiil ile sürekli bir haksız fiil arasındaki ayrım bu çerçevede görecelidir. Her olayın somut koşullarında değerlendirilebilecek bir konudur. Sürekli bir haksız fiil, başlamış fakat henüz sona

ermemiş bir fiildir. Bir fiilin etkilerinin ve sonuçlarının zaman içerisinde sürüyor olması, o fiile doğrudan sürekli bir haksız fiil nitelendirmesini yapmamıza neden olmaz.

Birçok millî hukuk sistemlerinde, süreklilik gösteren haksız fiil kavramı yer almaktadır. Süreklilik gösteren haksız fiil kavramını milletlerarası hukuk sisteminde işleyen Triepel olmuştur⁶⁰⁴. Milletlerarası Adalet Divanı da kararlarında bu konuyu ele almıştır. Örneğin, **Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava**'da, Divan, İran'ın milletlerarası yükümlülüklerine sürekli biçimde aykırı fiilde bulunduğunu belirlemiştir⁶⁰⁵. Sürekli bir haksız fiilin sonuçları, ihlâl edilen milletlerarası yükümlülüğün içeriğine ve milletlerarası yükümlülüğün sürekli ve aralıksız biçimde ihlâl edildiği süreye göre meydana gelecektir⁶⁰⁶. Geçmişte belirli bir tarihte başlayan bir davranış bu tarihte bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlini oluşturuyorsa, zaman içinde davranış varlığını devam ettirerek bir sürekli haksız fiilin oluşmasını doğurabilir.

Milletlerarası Adalet Divanı'nın somut olayların koşullarını inceleyerek hazırlık hareketleri ile haksız fiil arasında ayırım yaparak haksız fiilin sürekli bir nitelik gösterip göstermediğini bu ayırma göre de değerlendirmektedir⁶⁰⁷.

E. Bileşik Bir Davranışla Meydana Gelen İhlâl

15. madde, "Bileşik bir davranışla meydana gelen ihlâl"leri düzenlemektedir:

1. Bütününde haksız olarak tanımlanan, bir dizi, icra ya da ihmal suretindeki davranış nedeniyle, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâli, diğer icra ya

⁶⁰⁴ Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément No.10, (A/56/10), s. 257'den, H. Triepel, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig, Hirschfeld, 1899, s. 289.

⁶⁰⁵ **Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava**, (Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran), C.I.J. Recueil 1980.

⁶⁰⁶ **Rainbow Warrior davası**, (Rainbow Warrior, Nouvelle-Zélande/France), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (1990), s.265 ve 266.

⁶⁰⁷ **Gabcikovo-Nagymaros davası**, Projet Gabcikovo-Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997, s. 54.

*da ihmal suretindeki davranışlar ile birleşik olan ve haksız fiili oluşturmaya yeterli davranışın olduğu anda gerçekleşmiştir*⁶⁰⁸.

2. Böylesi hallerde, ihlâl, dizinin ilk icra ya da ihmal suretindeki davranışıyla başlayan bütün süreye yayılır ve bu icra ya da ihmal suretindeki davranışlar tekrar edildiği ve söz konusu milletlerarası yükümlülüğe aykırı kaldığı sürece devam eder⁶⁰⁹.

15. madde bileşik fiillerden oluşmuş ihlâlleri tanımlamaktadır. Bir dizi eylem ya da ihmal nedeniyle, Devletin bir milletlerarası yükümlülüğünü ihlâli, bir bütün halinde haksız fiil olarak tanımlanır⁶¹⁰. Bu eylem ya da ihmal diğer eylemleri ya da ihmalleri takip ediyorsa haksız fiili oluşturmaya yeterlidir. Bir olayda, ihlâl, dizinin ilk başlayan eylem ya da ihmalden başlayarak bütün süreye yayılıyorsa ve bu eylem ya da ihmaller tekrar ettiği sürece söz konusu milletlerarası yükümlülüğe aykırı kalıyorsa bir dizi fiil birbirleriyle bağlantılı olarak ve aynı silsile içerisinde tek bir haksız fiil olarak değerlendirilir.

Bileşik haksız fiiller sürekli haksız fiil niteliğindedirler. Eylemler ya da ihmaller dizisini oluşumunda ilk eylem ya da ihmalden başlayarak bütün fiil dizisi süresince haksız fiil zaman içerisine yayılır ve hukuka aykırı davranışı oluşturur. Örnek olarak, soykırıma ilişkin yükümlülükler, ırk ayrımı ya da insanlığa karşı suçlar ve “apartheid” verilebilir. Milletlerarası hukukta “en ağır” haksız fiillerin çoğu bileşik haksız fiil niteliğindedir. Milletlerarası hukuktaki bu yükümlülüklerin önemi, 15. maddeyi ve karma haksız fiil kavramını çok önemli bir hale getirmektedir⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 15 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 15 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁰⁹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 15 & 2; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 15 & 2, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶¹⁰ Bkz. Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 480, par. 463-a.

⁶¹¹ J. Salmon, «Le fait étatique complexe: une notion contestable», A.F.D.I., vol. XXVIII, 1982, s. 709.

IV. BİR BAŞKA DEVLETİN FİİLİNDEN ÖTÜRÜ DEVLETİN SORUMLULUĞU

A. Genel Açıklama

Maddeler projesinin ilk bölümünün birinci bab'ında tespit edilen temel ilkelere göre Devlet, milletlerarası bakımdan haksız fiil teşkil eden kendi davranışlarından ötürü sorumludur. Bu davranışlar, maddeler projesinin ikinci bab'ında belirtildiği gibi, Devlete isnat edilebilir olmalıdır ve maddeler projesinin üçüncü bab'ında belirtildiği üzere bu isnat edilebilir davranışların Devletin bir milletlerarası yükümlülüğünün ihlâlini teşkil etmesi gereklidir. Maddeler projesinin belirttiğimiz bab'larındaki temel ilkelere göre, bir Devlet kendi davranışından ötürü sorumlu tutulur. Bu surette her Devletin sorumluluğu bağımsızdır, çünkü her Devletin yükümlü olduğu milletlerarası yükümlülükleri kendisine aittir.

Yukarıdaki paragrafta belirlediğimiz temel duruma rağmen bir milletlerarası haksız davranış çoğu zaman birden fazla Devletin iştiraki ile işlenmektedir. Bu durumda her Devletin birbirinden bağımsız davranışları ayrı ayrı rollerini sergilemekle beraber, toplamalarında tek bir haksız fiilin parçaları olabilmektedir. Mümkün olan bir başka durum ise, birden fazla Devletin bir haksız fiilin işlenmesindeki iştiraklerinin, bir organın aracı olarak kullanılarak sergilenmesidir. Bu organın bir milletlerarası örgütün organı olması durumunda milletlerarası örgütün sorumluluğuna da yol açacağı söylenebilse de, milletlerarası örgütlerin sorumluluğu incelemekte olduğumuz maddelerin kapsamı haricinde kalmaktadır. Fakat ilkesel tabanda, milletlerarası örgütlerin sorumluluğuna da, aynı prensipler uygulanacaktır. Milletlerarası haksız bir davranışın sergilenebileceği bir başka mümkün hâl ise, bir Devletin bir başka Devlet hesabına hareket ettiği durumlardır.

Bazı şartlarda, bir Devletin davranışının haksızlığı bu davranışın, bir başka Devletin bağımsız davranışının unsuru olmasından kaynaklanabilir. Tek başına ele alınsaydı hukuka uygun olabilecek bir davranış, bir başka Devletin hukuka aykırı fiili ile haksız hale gelebilmektedir. Bunun sebebi, ilk Devletin davranışı olmasaydı, ikinci Devletin fiilinin sergilenemeyecek olmasıdır. İkinci Devletin fiili ile ilk Devletin fiili,

onun bir milletlerarası yükümlülüğünün ihlâlini oluşturmaktadır. **Soering davasında**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf bir Devletin bir kişiyi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir Devlete iadesinde, söz konusu kişinin iade edildiği Devlette gayrı-insani muamele ya da ceza görmesine elverişli bir durum olduğu halde, iade eden Devletin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlâl etmekten ötürü sorumlu tutulacağını belirtmiştir⁶¹². Ayrıca mümkün olabilir ki, bir Devlet kendisinin bir milletlerarası yükümlülüğü uyarınca bir başka Devletin bir davranışına engel olmakla ya da en azından onun bu davranışından doğabilecek zararlara engel olmakla yükümlü tutulabilir. Haliyle bu yükümlülüğünü ihlâl ettiğinde ise sorumluluğu doğacaktır. Örneğin **Korfu Boğazı davasında**⁶¹³, Arnavutluk'un sorumluluğu üçüncü bir Devletin onun karasularına döktüğü mayınları Birleşik Krallık'a haber vererek onu uyarmamasından ötürü doğduğuna karar verilmiştir.

B. Milletlerarası Haksız Fiilin Yapılmasında Yardım

16. madde, "Milletlerarası haksız fiilin gerçekleştirilmesine yardım" başlığını taşır:

Bir başka Devletin milletlerarası haksız fiiline yardım eden Devlet, böyle davrandığı için şu halde milletlerarası bakımdan sorumludur:

a) Söz konusu Devlet milletlerarası haksız fiil koşullarının bilincinde hareket ediyorsa ve

*b) Fiil bu Devlet tarafından yapılıyorsa dahi milletlerarası bakımdan haksız olacak idiyse*⁶¹⁴.

⁶¹² **Soering c. Royaume-Uni**, C.E.D.H., Série A, n. 161 (1989), benzeri kararlar: **Cruz Varas c. Suède**, C.E.D.H., Série A, n. 201 (1991); **Vilvarajah c. Royaume-Uni**, C.E.D.H., Série A, n. 215 (1991).

⁶¹³ **Korfu Boğazı davası**, (Déroit de Corfu), fond, C.I.J. Recueil 1949.

⁶¹⁴ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad.16; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art.16, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

Milletlerarası hukukta, bazı milletlerarası haksız fiillerin işlenmesine yardım edilmesini yasaklayan çeşitli hükümler mevcuttur. Bu hükümler sorumluluk mekanizmasına ilişkin özel düzenlemeler öngörmeksizin, milletlerarası haksız bir fiile yardım etme kavramını öngörmüşlerdir⁶¹⁵. Örneğin B.M. Şartı'nın 2. maddesinin 5 fıkrası: **“Teşkilatın Üyeleri, işbu Antlaşma hükümleri gereğince, Teşkilatın girdiği herhangi bir teşebbüse her türlü yardımda bulunurlar ve Teşkilatça aleyhinde önleyici veya zorlayıcı tedbir alınan Devlete yardım etmekten kaçınırlar”** demektedir. Şartın bu hükmü, belirtilmektedir ki, Komisyon'un 16. maddedeki düzenlemesinin amacını ve kapsamını elbette aşmaktadır. Ancak “yardım” kavramına bir örnek teşkil ettiği için burada hatırlatma gereği görmekteyiz. Ayrıca B.M. Genel Kurulu, Devletlerarasında B.M. Şartı'na Uygun Şekilde Dostane Münasebetler Kurmaya ve İşbirliği Yapmaya Dair Milletlerarası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri'nin⁶¹⁶ birinci ilkesinde, üçüncü Devletlerin, çeşitli hukuka aykırı eylemlere yardım etmeme ve bunları teşvik etmeme ödevinden söz edilmektedir. B.M. Genel Kurulu'nun Saldırı'nın Tarifi Kararı'nın⁶¹⁷ 3. maddesinin f bendinde de: **“Ülkesini başka bir Devletin emrine veren bir Devletin, ülkesinin o Devlet tarafından üçüncü bir Devlete karşı saldırı amacıyla kullanılmasına izin vermesi”**nin bir saldırı fiili niteliği taşıyacağı öngörülmüştür. Sözünü ettiğimiz düzenlemeler, tekrar edelim ki, 16. maddenin düzenlemeyi hedeflediği sorumluluk mekanizmasından başka ve bunu aşan bir sebeple kabul edilmişlerdir. Ancak yardım kavramına temas etmelerinden ötürü burada hatırlatmayı uygun gördük.

16. maddeye göre, yardım eden Devlet milletlerarası haksız fiil koşullarının bilincinde hareket ediyorsa ve fiil bu Devlet tarafından yapılsaydı dahi milletlerarası

⁶¹⁵ Örneğin: Soykırımın Önlenmesi Ve Cezalandırılması hakkındaki Sözleşme'nin 3. maddesi: “Aşağıdaki fiiller cezalandırılacaktır: a) Jenosit; b) Jenosit'i irtikap için anlaşma; c) Jenosit'i irtikap için doğrudan doğruya ve aleni surette tahrik; d) Jenosit'e teşebbüs; e) Jenosit suçuna ortaklık”. Türkiye 31.07.1950 tarihinde katılmıştır. R.G. yayın tarihi 29.03.1950, R.G. sayısı 7469, orijinal metin, UN General Assembly resolution 260 A (III) of 9 December 1948. Bu madde, bir başka Devletin yardımından açıkça söz etmese de, maddenin ifadesi ve içeriği, bunun kapsam dâhilinde anlaşılmasına elverişlidir. Ancak, Devletin cezaî sorumluluğu yolu kapalıdır. Devletin hukukî sorumluluğu söz konusu olabilir. Maddede belirtilen ceza, gerçek kişiler için uygulanabilir.

⁶¹⁶ B.M. Genel Kurulu'nun 24 Ekim 1970 tarihli ve 2625 (XXV) sayılı kararının Ek'i olarak kabul edilmiştir.

⁶¹⁷ B.M. Genel Kurulu'nun 1974 yılında 3814 (XXXIX) sayılı kararı ile kabul edilmiştir.

bakımdan haksız olacak idiyse, bir başka Devletin milletlerarası haksız fiiline yardım eden Devlet, böyle davrandığı için milletlerarası bakımdan sorumludur.

C. Milletlerarası Haksız Fiilin Yapılmasında Talimatlar ve Denetim

17. maddenin başlığı “Milletlerarası haksız fiilin gerçekleştirilmesinde talimatlar ve denetim”dir:

Bir başka Devlete talimatlar veren ve bu Devlet üzerinde milletlerarası haksız fiilin gerçekleştirilmesinde denetim uygulayan Devlet, bu fiilden şu halde milletlerarası bakımdan sorumludur:

a) Söz konusu Devlet, milletlerarası haksız fiil koşullarının bilincinde hareket ediyorsa; ve

b) Fiil bu Devlet tarafından yapılsaydı dahi milletlerarası bakımdan haksız olacak idiyse⁶¹⁸.

16. madde, yardımı öngörmektedir. 17. madde ise, haksız fiilin işlenmesinde talimat ve denetim hususunu düzenlemektedir. Himaye, vekâlet ya da vesayet altındaki bir Devletin, örneğin eskiden sömürge idaresi altında olan Devletlerin eylemleri, bir başka Devletin talimatı ya da denetimi altında işlendiği halde ve ölçüde, haksız fiil teşkil ettiğinde, hem bunu işleyen Devletin, hem de talimat veren ya da denetleyen Devletin sorumluluğu doğacaktır⁶¹⁹. Ayrıca ülkesi işgal altındaki bir Devlette, işgalci Devletin sorumluluğu için 17. madde uygulama alanı bulabilir⁶²⁰. Şayet egemen bir

⁶¹⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad.17; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art.17, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶¹⁹ Örnek kararlar için Bkz. **Fas’ın İspanyol Bölgesindeki İngiliz Talepleri davası** (Réclamations britanniques dans la zone du Maroc espagnol), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II (1925), s. 649; **Mavrommatis Fiilistin İmtiyazları davası** (l’affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine), 1924, C.P.J.I., Série A, n. 2; **Brown davası** (Brown, États-Unis d’Amérique c. Grande-Bretagne), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. VI (1923), s. 120. ; Ayrıca Bkz. Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 170–175 ve Uzun Elif, Devletin Sorumluluğu, Beta, 2007, s. 87 ve s. 88.

⁶²⁰ Bkz. **Guisse Dükünün Mirasçıları davası** (Héritiers de S. A. R. Mgr le Duc de Guise), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XIII (1951), s. 153; ayrıca Bkz.Uzun Elif, s. 88 ve s. 89.

Devlet, başka bir Devletin talimatı ya da denetimi ile haksız fiil işlemişse, 17. madde gene uygulama alanı bulacaktır.

D. Bir Başka Devleti Zorlama

18. madde, “Bir başka Devleti zorlama” başlığı ile düzenlenmiştir:

Bir başka Devleti bir fiil işlemeye zorlayan Devlet, bu fiilden şu halde milletlerarası bakımdan sorumludur:

a) Zorlanan Devletin fiili, zorlama olmaksızın da bir milletlerarası haksız fiil oluşturacak idiyse ve

*b) Zorlama uygulayan Devlet söz konusu fiile ilişkin koşulların bilincinde hareket ediyorsa*⁶²¹.

16. ve 17. maddelerde, yardım eden, talimat veren ya da denetleyen Devletin, haksız fiilden sorumlu olması için, haksız fiil ile ihlâl edilen yükümlülüğün kaynağı olan kural ile kendisinin de bağlı olması gerekmektedir. 18. maddede, zorlayan Devletin sorumluluğunun doğması için kendisinin, kural ile bağlı sayılmasına gerek yoktur. Salt zorlamada bulunduğu için onun da haksız fiilden sorumluluğu doğacaktır⁶²². Ayrıca, belirtilmesi gerekir ki, şayet zorlama, kendi başına, milletlerarası hukukun getirdiği bir yükümlülüğe aykırı bir fiil teşkil ediyorsa, zorlama fiili de, haksız fiil teşkil edecektir ve bundan ötürü de sorumluluk doğacaktır⁶²³.

⁶²¹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad.18; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art.18, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶²² Zorlamanın, zorlanan Devletin sorumluluğuna etkisini mücbir sebebe ilişkin, 23. maddeye dair açıklamalarımız altında inceleyeceğiz. 18. madde altında zorlayan Devletin sorumluluğunu belirtmekteyiz.

⁶²³ Örneğin kuvvet kullanma tehdidinde bulunuluyorsa ya da kuvvet kullanılıyorsa, zorlamanın kendisi de bu durumlarda, haksız fiil teşkil eder ve sorumluluk doğurur.

E. Kuralların Etkisi

19. madde, “Bu bap’ın etkisi” başlığını taşır. Maddeye göre:

Bu bap, haksız fiili işleyen Devletin ya da herhangi bir başka Devletin, bu maddelerin başka hükümlerinden ileri gelen milletlerarası sorumluluğunu ortadan kaldırmaz⁶²⁴.

19. madde, 16. 17. ve 18. maddeler hakkındaki genel ilkeyi ifade etmektedir. Ancak 18. maddede belirtilen zorlanan Devletin sorumluluğu hakkında, 23. madde altındaki açıklamalarda incelemede bulunacağız. Ayrıca isnat kuralları çerçevesinde⁶²⁵, haksız fiilden ötürü sorumluluğu doğan tüm Devletlerin sorumluluğu meselesi için de 19. madde göz önünde bulundurulacaktır.

V. HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN HALLER

A. Genel Açıklama

Bu bölümde bir milletlerarası yükümlülüğe aykırı olan bir davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldıran altı hal ele alınmaktadır. Bu haller rıza⁶²⁶ (20. madde), meşru müdafaa⁶²⁷ (21. madde), karşı-önlem⁶²⁸ (22. madde), mücbir sebep⁶²⁹ (23. madde), tehlike⁶³⁰ (24. madde) ve zaruret⁶³¹ (ıztırar) (25. madde) halidir. 26. madde, “milletlerarası hukukun emredici bir kuralı ile bir çatışma” halinde bu hallerin hiçbirine

⁶²⁴ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad.19; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art.19, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶²⁵ Bkz. Komisyon’un 4. maddesinden 11. maddesine dek olan hükümlere ilişkin açıklamalarımız.

⁶²⁶ “Rıza” olarak tercüme ettiğimiz kelime, Fransızca metinde “Consentement”, İngilizce metinde ise “Consent” dir.

⁶²⁷ “Meşru müdafaa” olarak tercüme ettiğimiz kelime, Fransızca metinde “Légitime défense”, İngilizce metinde ise “Self-defence” dir.

⁶²⁸ “Karşı-önlem” olarak tercüme ettiğimiz kelime, Fransızca metinde “Contre-mesure”, İngilizce metinde ise “Contermeasures” dür.

⁶²⁹ “Mücbir sebep” olarak tercüme ettiğimiz kelime, Fransızca metinde “Force majeure”, İngilizce metinde ise “Force majeure” dür.

⁶³⁰ “Tehlike” olarak tercüme ettiğimiz kelime, Fransızca metinde “Détresse”, İngilizce metinde ise “Distress” dir.

⁶³¹ “Zaruret hali” olarak tercüme ettiğimiz kelime, Fransızca metinde “Etat de nécessité”, İngilizce metinde ise “Necessity” dir.

başvurulamayacağını düzenlemektedir. 27. madde bu hallere başvurmanın bazı neticelerini düzenlemektedir.

Bu bölümde düzenlenen maddeler hukuka aykırılığı ortadan kaldıran halleri genel olarak düzenlemektedir. Özel bir düzenlemeyi öngören bir hükmün (*lex specialis*) bulunmadığı her halde, her milletlerarası nitelikteki haksız fiile uygulanacaklardır. Haksız fiilin, milletlerarası hukukun genel bir ilkesinden kaynaklanan bir yükümlülüğün, bir antlaşmadan kaynaklanan bir yükümlülüğün, tek taraflı bir hukukî işleminden kaynaklanan bir yükümlülüğün, bir milletlerarası örf ve âdet hukuku kuralından ya da başkaca bir kuraldan kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlâlinden meydana gelmesi fark etmemektedir. Bu hallerin mevcudiyeti, yükümlülüğü sona erdirmemekte ya da ortadan kaldırmamaktadır. Ancak yükümlülüğe uygun davranılmamasının bir “mazeretini” ya da “hukuka aykırılığı gideren bir neden” teşkil etmektedirler⁶³². Milletlerarası Adalet Divanı, **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davasında**, bu hususun altını çizmiştir⁶³³.

*“Macaristan ve Çekoslovakya arasında 1977’de yapılan antlaşma ile Tuna nehrinin bu iki ülke arasında sınır oluşturan kesimi üzerinde, üç baraj ve bunlara bağlı tesisler yapılması üzerinde anlaşılmıştı. İnşaatın başlamasından bir süre sonra, Macaristan çevreye etkisi dolayısıyla (ve mali zorluklardan ötürü) projeyi önce askıya aldı, sonra da durdurdu. 1992 yılında, tek taraflı olarak, 1977 Antlaşması’nın sona erdiğini açıkladı. Projenin, Çekoslovakya tarafında ise, Gabcikovo barajı yapıldı ve Varyant C ayağı çalıştırılmaya başlandı. Mesele, Macaristan ve Slovakya arasında, milletlerarası uyumsuzluk konusu haline geldi. Her iki taraf diğerini milletlerarası hukuka aykırı davranmakla itham etti. Neticede, Avrupa Topluluğu’nun araya girmesi ile mesele iki Devletçe, Milletlerarası Adalet Divanı’nın önüne taşındı”*⁶³⁴.

⁶³² Bkz. Carreau Dominique, s. 448, par. 1082.

⁶³³ **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası**, Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997.

⁶³⁴ Kararı inceleyen ve değerlendiren iki çalışma için Bkz. Weckel P., “Convergence Du Droit Des Traités Et Du Droit De La Responsabilité Internationale- A La Lumière De L’Arrêt Gabcikovo-Nagymaros”, Revue Générale de Droit International Public, 1998-3, 648-683; Güneş Şule Anlar, “Gabcikovo-Nagymaros Davası”, AÜHFD Yıl 2006, cilt 55, sayı 2, s. 91-116 ya da auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2006-55-02/AUHF-2006-55-02-Gunes.pdf (15.09.2007). Ayrıca konunun uluslararası çevre boyutu için Bkz: Tuna Gülgün, “Uluslararası Örgütler ve Çevre”, Doğu Batı Düşünce Dergisi, Yıl 6, Sayı 24, Ağustos, Eylül, Ekim 2003, ss. 257-272.

Macaristan projeye ilişkin çalışmaların 1977 antlaşmasına aykırı olarak yürütölmesinin nedeninin zaruret (ıztırar) hali olduğunu öne sürmüştür⁶³⁵. Divan buna verdiği cevapta, Macaristan’ın öne sürdüğü zaruret halinin, onun antlaşmadan doğan yükümlölüklerini ortadan kaldırmadığını ya da bu yükümlölükler ile bağılı olmasına son vermediğini ancak söz konusu şartlardan ötürü milletlerarası yükümlölüklerinin ihlölünün Macaristan’ın milletlerarası sorumluluğunun doğmasına mani olacağını tespit etmiştir⁶³⁶.

Devletin milletlerarası bir yükümlölüğünü ihlöl etmesine rağmen sorumluluğunun doğmasına engel olan haller, sorumluluk hukukunun konusunu oluştururlar. Hölbuki bir yükümlölüğün halen yürürlükte olup olmadığı meselesi sorumluluk hukukunun konusu değildir. Örneğın bir antlaşmanın yürürlükte olup olmadığı antlaşmalar hukuku kurallarına göre belirlenirken; bir antlaşmadan doğan bir yükümlölüğe aykırı davranılmasına rağmen hukuka aykırılığın ortadan kalkması, burada incelemekte olduğumuz sorumluluk hukuku konusudur. **Rainbow Warrior davasında**, hakem mahkemesi, bir antlaşmanın yürürlüğü meselesi için antlaşmalar hukukunun; bir antlaşmadan doğan bir yükümlölüğün ihlölünün neticeleri için ise sorumluluk hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmiştir⁶³⁷. **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davasında**, zaruret hali uygulansa dahi, bunun antlaşmanın yürürlüğüne son vermeyeceğini, ancak antlaşmayı uygulayamayan tarafın bu halden ötürü sorumluluğunun doğmayacağı belirtilmiştir. Zaruret hali devam ettiğı sürece, antlaşmayı uygulamamak hukuka aykırı sayılmayacaktır, ancak bu höl sona erince, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, antlaşmanın uygulanması gerektiğı tespit edilmiştir⁶³⁸.

⁶³⁵ “Projenin yarattığı çevre sorunları arasında, Budapeşte içme suyunun %65’e yakın bölümünün sağlandığı yeraltı sularının kirlenmesi ile Szigetkoz bölgesinde yer alan sulak alanlardaki (endemik-yöreye özgü genetik) bio-çeşitliliğın azalması başta gelmekteydi”; bu sebeplerden ötürü, Macaristan, projenin uygulanmamasının ekolojik zaruret olduğunu ileri sürdü; Güneş, s. 97.

⁶³⁶ **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası**, Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997, s. 39, par. 48.

⁶³⁷ **Rainbow Warrior davası**, (Rainbow Warrior, Nouvelle-Zélande/France), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (1990), s. 251.

⁶³⁸ **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası**, Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1997, s. 63, par. 47.

Mücbir sebebin düzenlendiği 23. maddenin uygulandığı haller ile Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun 61. maddesinde düzenlenen, bir antlaşmanın uygulanmasını imkânsız kılan haller arasındaki ayrımı da vurgulamak isteriz. Viyana Konvansiyonu’nun 61. maddesinin başlığı “Sonraki imkânsızlıktır”. Maddenin 1. fıkrasında, “ *Bir tarafın bir antlaşmayı ifa etme imkânsızlığını antlaşmayı sona erdirmeye veya ondan çekilmeye gerekçesi yapabilmesi için, imkânsızlığın antlaşmanın ifası için kaçınılmaz olan bir nesnenin daimi olarak ortadan kalkması veya tahrip olmasından ileri gelmesi gerekir. İmkânsızlık geçici ise, ancak antlaşmanın yürürlüğünü askıya alma sebebi yapılabilir*”⁶³⁹ denilmektedir. Mücbir sebep, bu hal sürdüğü müddetçe yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda meydana gelen hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir geçerli mazeret iken, sonraki imkânsızlık, Viyana Konvansiyonu, 61. maddedeki şartlarda, antlaşmayı sona erdirmek ya da ondan çekilmek için bir gerekçe olmaktadır. İmkânsızlığın geçici olduğu durumlarda ise antlaşma askıya alınabilmektedir. Görüldüğü gibi sonraki imkânsızlık hali antlaşmanın mevcudiyetini ve sürüp sürmeyeceğini doğrudan etkileyen bir gerekçe iken mücbir sebep yükümlülüğün yerine getirilmemesindeki hukuka aykırılığı gideren bir hal sunmaktadır. Bu yüzden mücbir sebep, antlaşmanın durumunu etkileyen sonraki imkânsızlık kavramından farklı olarak yükümlülüğün ihlâlinden doğan sorumluluk durumu ile ilgili bir kavramdır. Daha belirgin şekilde ifade etmek gerekirse mücbir sebep yükümlülüğe uymak ile ilgili bir kavram iken, sonraki imkânsızlık bu yükümlülüğün temelinde bulunan antlaşma ile ilgili bir kavramdır. İlk kavram sorumluluk hukukunu ilgilendirir, ikincisi ise antlaşmalar hukukunu. İki kavramın uygulamasında da farklılık vardır. Mücbir sebep, bir milletlerarası yükümlülüğün gerektirdiği davranışın sergilen(e)memesi için beklenmedik ve ani bir mazeret teşkil ederken, sonraki imkânsızlık nedeniyle antlaşmaya otomatik olarak son verilemez. En azından taraflardan birinin bu doğrultuda bir karar alması gerekmektedir.

⁶³⁹ Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Beta, İstanbul, 2002.

B. Rıza

“Rıza”, 20. maddenin başlığıdır:

*Bir Devlet, bir başka Devletten, belirli bir davranış için geçerli bir rıza almışsa, bu davranışın hukuka aykırılığı, rızayı alan Devlet bakımından, davranışın rızanın sınırları dâhilinde kaldığı ölçüde, ortadan kalkar*⁶⁴⁰.

Genel olarak maddede belirtilen rıza olmaksızın, çeşitli davranışların haksız fiil teşkil edeceği açıktır. Hava sahasının ihlâli, iç suların ihlâli gibi örnekler böylesi durumlara gösterilebilecek en basit örneklerdendir. Antlaşmalar bakımından, iki taraflı antlaşmalarda, taraflar, her zaman, anlaşarak, bir antlaşmaya son verebilirler. Bunun haricinde, iki taraflı antlaşmalarda, taraflardan biri, diğer tarafı, yükümlülüğünden ya da borcundan kurtarabilir. Olağan durumda, yükümlülüğün ya da borcun yerine getirilmemesi, bir haksız fiil teşkil ederken, alacaklının, yükümlülüğün yerine getirilmemesine ya da borcun ifa edilmemesine muvafakat etmesi, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır.

Hukuka aykırılığın ortadan kalkması için rızanın geçerli olması gerekir. Rızanın geçerli şekilde verilip verilmediğinin belirlenmesi meselesi milletlerarası hukukta geçerli olan kurallara göre belirlenecektir. Özellikle rızayı veren organın ya da kişinin Devlet adına böyle bir rızada bulunmaya yetkili olup olmadığı meselesi, rızanın geçerliliği konusunda mühim bir meseledir. Bu mesele milletlerarası hukuk kurallarına göre cevaplandırılacaktır. Rızanın verilmesine ilişkin davranışın Devlet bakımından geçerli olup olmadığı meselesinde, yukarıdaki bölümde incelediğimiz isnat kuralları çerçevesinde, rızanın verilmesinin, Devlete isnat edilip edilemeyeceği araştırılacaktır. Somut olaylarda gerçekleşebilecek birçok olasılıkta, rızayı veren organın ya da kişinin bu muvafakatinin Devleti bağlayıp bağlamayacağı hususunda, Komisyon’un isnat kurallarına ilişkin maddeleri uygulanarak cevap bulunacaktır. Örneğin iç hukukta tüzel kişiliğe sahip bir yerel idarenin gösterdiği rıza, milletlerarası hukukta kişiliğe sahip varlık olan Devletin göstermiş olduğu bir rıza sayılabilir mi? Mesela bir federe Devlet

⁶⁴⁰ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad.20; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art.20, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

topraklarından yabancı bir Devletin silahlı kuvvetlerinin geçişine izin verse, bu federal Devlete isnat edilebilir bir rıza teşkil eder mi? Komisyon'un 4. maddesi uyarınca elbette federe Devletin bu rızası, federal Devlete isnat edilecektir⁶⁴¹. Yine akla gelebilecek sorunlu durumlar, rıza gösteren hükümet organının meşruiyetinin sorgulandığı durumlar ya da rıza göstermenin iç hukukla çeliştiği durumlar olabilir. Bu durumlarda, irade beyanının Devleti bağlamasına ilişkin milletlerarası hukuk kuralları yardımıyla meseleler çözümlenecektir. Özellikle Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun kuralları bu konuyu düzenler. Bu Konvansiyon'a taraf olmayan Devletler bakımından da bu kurallar milletlerarası örf ve âdet hukuku kuralları değerindedir.

Her halde, rızanın geçerliliği için belirlenebilecek temel ilkeler, rızanın hür irade ile verilmiş olması ve açıkça anlaşılır olmasıdır. Bu durumda irade fesadına neden olan hata, hile, gabin ve ikrah sebepleri elbette rıza iradesini sakatlar. Yine antlaşmalar hukukuna dair milletlerarası hukuk kuralları bu konuda yol göstericidir. Ayrıca rızanın geçerliliğine ilişkin aşağıda inceleyeceğimiz 26. maddenin düzenlemesini göz önünde bulundurmalıyız. Bu madde emredici kurallara riayet ile ilgilidir.

C. Meşru Müdafaa

“Meşru müdafaa”, 21. maddenin başlığıdır:

Devletin fiilinin hukuka aykırılığı, fiil, Birleşmiş Milletler Şartı'na uygun şekilde, meşru müdafaya izin verilen ölçüler içerisinde ise, ortadan kalkar⁶⁴².

Meşru müdafanın, milletlerarası ilişkilerde güç kullanma yasağının istisnası olduğu ilkesi kabul edilmiştir⁶⁴³. Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesi, Şartın 2. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen kuvvet kullanma yasağına aykırı bir şekilde bir Devletin silahlı bir saldırıya uğraması halinde, meşru müdafanın “doğal hak” olduğunu

⁶⁴¹ Bunun gibi bir örnek olay için bakınız: *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, s. 186, dipnot no. 342.

⁶⁴² Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 21; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 21, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁴³ Forteau Mathias, *Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale*, Thèse de DEA, Publication de la Revue Générale de Droit International Public, Nouvelle Série – N. 56, Editions A. Pedone, Paris, 2006.

belirtmektedir. Devletlerin silahlı bir saldırıya uğramaları halinde sahip oldukları meşru müdafaa'ya başvurma “doğal hak”ını kullanmaları milletlerarası hukuktaki kuvvet kullanma yasağının ihlâlini oluşturmaz. Ancak meşru müdafaanın, Şartın 51. maddesinin çizdiği sınırlar içerisinde kullanılması gerekmektedir⁶⁴⁴. Bu maddeye göre:

“İşbu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Meclisi milletlerarası barış ve güvenliğin muhafazası için lüzumlu tedbirleri alıncaya kadar, tabii olan münferit veya müşterek müdafaa hakkına hâlel getirmez. Bu meşru müdafaa hakkını kullanarak Üyelerin aldığı tedbirler derhâl Güvenlik Meclisine bildirilir ve Meclisin işbu Antlaşmaya dayanarak milletlerarası barış ve güvenliğin muhafaza veya iadesi için lüzumlu göreceği şekilde her an hareket etmek yetki ve ödevine hiçbir veçhile tesir etmez”.

Meşru müdafaa, her durumda, bütün milletlerarası yükümlülöklere aykırı davranışlarda, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Milletlerarası insancıl hukuk⁶⁴⁵ ve insan hakları hukuku alanlarında, söz konusu olan meşru müdafaa halinde hareket etmek olsa dahi, bir Devlet yükümlölüklerine riayet etmek zorundadır⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Bkz. Toluner Sevin, “Nikaragua’ya karşı askeri ve benzeri faaliyetler davası’ndaki yargı ve meşru müdafaa hakkı”, Milletlerarası hukuk açısından Türkiye’nin bazı dış politika sorunları, Beta, İstanbul, 2000, s. 347–388, Acer Yücel, Milletlerarası Hukukta Saldırı Suçu, Roma, Ankara, 2004, Çağırın Mehmet Emin, Les Sanctions non-militaires de l’article 41 de la Charte de l’O.N.U., Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2000, d’Argent Pierre, “Les réparations de guerre en droit international public”, Bruylant, Bruxelles, 2002, Villalpando Santiago, “L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats”, puf, Paris, 2005, Uzun Elif, s. 49–51.

⁶⁴⁵ Bkz. Pazarcı Hüseyin, “Türk Hukukunda Adlaşmalar ile Yasaların Çatışması”, MHB, Yıl 24, Sayı 1–2, 2004, s. 667. Ayrıca örnek bir mesele incelemesi için Bkz: Klein N., “State Responsibility for International Humanitarian Law Violations and the Work of the Eritrea Ethiopia Claims Comission So Far”, German Yearbook Of International Law, Volume 47, ss. 214-265.

⁶⁴⁶ Bkz. How Does Law Protect In War (Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law), International Committee of the Red Cross, Geneva, 1999; Tütüncü Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, Beta, İstanbul, 2006.

D. Milletlerarası Haksız Bir Fiil Nedeniyle Karşı-Önlemler

“Milletlerarası haksız bir fiil nedeniyle karşı-önlemler”, 22. maddenin başlığıdır:

*Bir Devletin bir başka Devlete karşı olan milletlerarası bir yükümlülüğüne aykırı bir davranışındaki hukuka aykırılık, bu davranışın diğer Devlete karşı, üçüncü bölümün ikinci bab'ına uygun olarak alınmış bir karşı-önlem oluşturduğu ölçüde, ortadan kalkar*⁶⁴⁷.

Bazı koşullarda, bir Devletin bir başka Devlete karşı işlediği milletlerarası haksız fiil, mağdur Devlet tarafından bir karşı-önlem olarak, bir başka Devlete karşı işlendiği için hukuka uygun hale gelebilir.

Öğretide, karşı-önlemlere ilişkin, kimi zaman ceza - yaptırım (sanction) ya da tepki (réaction) kelimeleri, evvelden yapılan bir milletlerarası haksız fiile karşı yapılan davranış için kullanılmışlardır. Meşru misilleme (représailles légitimes), kendini koruma (autoprotection) kelimeleri de kullanılmışlardır⁶⁴⁸. Terminolojide, misilleme⁶⁴⁹ (fr: représaille, ing: reprisals) kelimesi, geleneksel olarak, haksız fiile karşı alınan esasen hukuka aykırı önlemler için kullanılmıştır. Bunlar olağan zamanlarda yapılsa hukuka aykırı sayılacaklardır, fakat haksız fiile karşı misilleme olarak uygulandıklarından ötürü hukuka aykırılık ortadan kalkmaktadır. Bu misillemelerin ortak özelliği tek taraflı bir karar ile uygulanabilmeleridir. Geleneksel olarak, kuvvete başvurulması dahi bu misillemelerin içerisinde bulunmaktadır. Daha yakın zamanlardan itibaren, türkçesi misilleme (fr: représaille, ing: reprisals) olan kavram, milletlerarası

⁶⁴⁷ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 22; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 22, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁴⁸ Ayrıca karşı-önlemler için Komisyon'un incelediğimiz şu maddelerine ilişkin açıklamalarımıza da bakınız: 49. Madde: Karşı-önlemlerin konusu ve sınırları; 50. Madde: Karşı-önlemler ile etkilenemeyecek yükümlülükler; 51. Madde: Ölçülülük; 52. Madde: Karşı-önlemlere başvurma şartları; 53. Madde: Karşı-önlemlerin sona erdirilmesi; 54. Madde: Mağdur Devletten başka Devletlerce alınan önlemler.

⁶⁴⁹ Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, s. 429–431.

silahlı çatışmalarda uygulanan önlemler için kullanılagelmiştir⁶⁵⁰. Karşı-önlem tabiri ise, silahlı kuvvet kullanma unsuru olmaksızın, herhangi bir milletlerarası haksız fiile karşı uygulanan önlemler için kullanılan daha özel bir anlama kavuşmuştur⁶⁵¹.

Diplomatik ilişkilerin kesilmesi, ambargo uygulanması, yardım programlarına son verilmesi gibi davranışlar Devletlerarasında “dostane olmayan davranışlar” olarak nitelendirilir, fakat bunlar milletlerarası yükümlülüklerle aykırı olmadığından ötürü, karşı-önlem mertebesinde değerlendirilmezler⁶⁵². Yaptırım (fr: sanction, ing: sanction) kelimesi de, bir ya da bir grup Devlet tarafından ya da bir milletlerarası örgüt tarafından, bir Devlete karşı uygulanan tedbirler için kullanılmaktadır. Bu yaptırım tabiri, silahlı kuvvet kullanılması da dâhil çok geniş bir yelpazeyi içermektedir. Bu haliyle, yaptırım tabiri, daha ziyade Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümündeki tedbirleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır⁶⁵³.

Mağdur Devlet, sorumlu Devlete karşı bu karşı-önlemleri, onun milletlerarası haksız fiilden doğan sorumluluğundan kaynaklanan haksız fiile son verme ve onarım yükümlülüklerini yerine getirmesi için başvurmaktadır. Bu karşı-önlemler, mağdur Devletin sorumlu Devlete karşı olan milletlerarası yükümlülüklerini yerine getirmemesi şeklinde oluşmaktadır. Hükümetler ve milletlerarası yargı yerleri tarafından karşı-önlemlerin bazı şartlarda haklı ve hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir⁶⁵⁴. Nitekim 23. madde, “Bir Devletin bir başka Devlete karşı olan milletlerarası bir yükümlülüğüne aykırı bir davranışındaki hukuka aykırılık, bu davranışın diğer Devlete karşı, üçüncü

⁶⁵⁰ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 350; Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, s.325. Türkçe literatürde bunun aksi kullanıma dair açıklama için Bkz. Pazarıcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, s. 431.

⁶⁵¹ Bu doğrultuda şu kararlara bakılabilir: Air Services Agreement of 27 March 1946 (United States v. France), UNRIAA, vol. XVIII, s. 416, par. 80; **Tahran’daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava**, (United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran), I.C.J. Reports 1980, s. 27, par. 53; **Nikaragua’daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davası**, (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J. Reports 1986, s. 102, par. 201; **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası**, (Gabcikovo-Nagymaros Project, Hungary/Slovakia), I.C.J. Reports 1997, s. 55, par. 82.

⁶⁵² Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 350.

⁶⁵³ Bkz. Birleşmiş Milletler Şartı, mad. 39, 41 ve 42.

⁶⁵⁴ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 349.

bölümün ikinci bab'ına uygun olarak alınmış bir karşı önlem teşkil ettiği ölçüde, ortadan kalkar” demektedir⁶⁵⁵.

Gabcikovo-Nagymaros Projesi davasında⁶⁵⁶, Milletlerarası Adalet Divanı, bir karşı-önlemin, bir milletlerarası haksız fiilden zarar gören mağdur Devlet tarafından alınan bir önlem olması gerektiğini tespit etmiştir. Buna göre, “*bir karşı-önlemi hukuka uygun bulabilmek için, onun bazı şartları tatmin etmesi gerekmektedir... İlk olarak, onun bir başka Devletin, bir milletlerarası haksız fiiline karşılık vermek üzere alınmış olması gerekir ve bu Devlete karşı yöneltilmiş olmalıdır*”. 49. maddenin birinci fıkrası bu hususu belirten bir düzenlemedir. Buna göre, mağdur Devlet, karşı-önlemleri, ancak, haksız fiilden sorumlu Devlete karşı, bu Devleti, haksız fiile son verme ve onarımda bulunma yükümlülüklerini uygulamaya sevk etmek için alabilir. Karşı-önlemler geçicidir. Karşı-önlemler, bu önlemleri alan Devletin, sorumlu Devlete karşı olan milletlerarası yükümlülüklerinin bir süre için yerine getirilmemesi ile sınırlıdır. Uygulama süresi sınırlıdır, çünkü amaç elde edilince⁶⁵⁷ bunların uygulanmasına da son verilecektir. Son verilmezse artık bunlar karşı-önlem statüsünden çıkacak, kendi başlarına haksız fiil haline geleceklerdir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâl, sorumlu Devletin sorumluluğunun gereklerini yerine getirmiyor olmasıdır. Sorumlu Devlet bu yükümlülüklerini gerçekleştirdiğinde, karşı-önlemin uygulanmasına da yer olmayacaktır.

⁶⁵⁵ Komisyon maddelerine göre karşı-önlemlerin temel özellikleri şunlardır: İlk olarak karşı-önlemler kuvvet kullanımını ihtiva edemezler (m. 50/1-a). İkinci olarak, karşı-önlemler, ancak sorumlu Devlete yöneltilmeli ve üçüncü taraflara yöneltilmemelidir (m. 49/1 ve 2). Üçüncü olarak, mademki karşı önlemlerin işlevsel bir rolü vardır, onlar geçici olarak uygulanırlar; aynı zamanda etkileri, kendilerinden beklenen amacın sağlanması ile sınırlı tutulmalıdır (m. 49/2 ve 3 ve m. 53). Dördüncü olarak, karşı-önlemler ölçülü olmalıdır (m. 51). Beşinci olarak, karşı-önlemler, özellikle milletlerarası hukukun emredici kurallarından kaynaklanan yükümlülükler olmak üzere, bazı temel yükümlülüklerle olumsuz bir etki yaratamazlar (m. 50/1).

⁶⁵⁶ **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası**, (Projet Gabcikovo-Nagymaros), C.I.J. Recueil 1997, s. 55.

⁶⁵⁷ Sorumlu Devlet, sorumluluktan doğan yükümlülüklerini yerine getirince amaç gerçekleşmiş olacaktır.

E. Mücbir Sebep

“Mücbir sebep”, 23. maddenin başlığıdır:

1. Bir Devletin, bir milletlerarası yükümlülüğüne aykırı bir davranışının, eğer bu davranış, karşı konulamaz ansızın beliren bir kuvvete bağlı olan ya da Devletin denetiminden kurtulan, öngörülemeyen harici bir olaydan kaynaklanan bir mücbir sebep nedeniyle yapılmışsa ve koşullardan ötürü yükümlülüğün gereğini yapmak maddi olarak imkânsız hale gelmişse, hukuka aykırılığı ortadan kalkar⁶⁵⁸.

2. Şu hallerde birinci paragraf uygulanmaz:

a) Eğer mücbir sebep hali tek başına ya da başka unsurlara bağlı olarak, bunu ileri süren Devletin davranışından ileri gelmişse; ya da

b) Eğer Devlet böylesi bir halden ileri gelen zarara uğrama tehlikesini⁶⁵⁹ göze almışsa⁶⁶⁰.

Mücbir sebep, bir Devleti, bir milletlerarası yükümlülüğüne aykırı surette davranmaya mecbur bırakan bir durumdur. 23. maddede düzenlenen mücbir sebebi, 24. maddede düzenlenen tehlike halinden ve 25. maddede düzenlenen zaruret halinden ayıran unsur, mücbir sebebin tamamen gayrı-iradî oluşudur. Bu şu anlama gelmektedir ki, Devletin başka surette davranmak hakkında hiçbir başkaca serbest tercih imkânı bulunmamaktadır⁶⁶¹.

Haksız fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran geçerli bir mücbir sebebin mevcut olması için üç şartın bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki, mücbir sebep

⁶⁵⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 23 & 1; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 23 & 1, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁵⁹ Zarara uğrama tehlikesi, riziko ya da risk.

⁶⁶⁰ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 23 & 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 23 & 2, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁶¹ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 196.

teşkil edecek olayın engellenemeyen ve ansızın meydana gelen bir şekilde gerçekleşmesi gerekliliğidir.

İkincisi, Devletin kontrolü dışında gerçekleşmesi gereklidir ve üçüncüsü, maddi olarak yükümlülüğe uygun davranmak Devlet için mümkün olmamalıdır. Olayın karşı konulamaz, engellenemeyen bir olay olması demek, Devletin eldeki imkânlarla buna karşı koyamaması, engel olamaması demektir.

Olayın ansızın gerçekleşmesi yerine öngörülemezlik de denilebilir. Bu öngörülemezlik, makul bir çerçeve içinde olayın gerçekleşmesi ihtimalinin düşüklüğünü betimlemektedir. Nihayetinde, karşı konulamazlık, belli oranda hazırlanamamayı da bünyesinde barındırdığından, engellenememezlik ile öngörülemezlik arasında bir illiyet bağı mevcuttur. Bu koşulların, Devletin elindeki makul imkânlar dâhilinde değerlendirilmesi gerektiğini tekrar edelim. Zaten, olayın Devletin kontrolü dışında gerçekleşmesinin, Devletin imkânlarının, mücbir sebebin doğumuna ya da engel teşkil etmesine karşı koymaya yeterli gelmemesi olarak anlaşılmalıdır.

Mücbir sebepler doğa olaylarından kaynaklanabileceği gibi insan faaliyetlerinden de kaynaklanabilir. Örneğin Devletin ülkesinin bir kısmında isyan ya da bir başka Devletin işgali gibi nedenlerden ötürü aktif kontrolü yitirmesi, mücbir neden teşkil edebilir. Doğa ve insan faktörlerinin birleşimi de, mücbir sebebin meydana gelmesinde rol oynayabilir. Bu çerçevede, 24. ve 25. madde hükümlerine konu olaylar, hep 23. madde ışığında da bir kez değerlendirilmelidir. Çünkü bu saptadığımız şartlar varsa, olaylar 24. ya da 25. maddeye göre değil, 23. maddedeki mücbir sebebe göre değerlendirileceklerdir.

F. Tehlike Hali

“Tehlike”, 24. maddenin başlığıdır:

1. Devletin bir milletlerarası yükümlülüğüne aykırı bir fiilin hukuka aykırılığı, eğer bu fiili işleyen, tehlike halinde, kendisinin ya da korumakla

*yükümlü olduğu kimselerin hayatlarını kurtarmak için uygun başka bir olanağı yoksa ortadan kalkar*⁶⁶².

2. Şu hallerde birinci paragraf uygulanmaz:

a) Eğer tehlike hali tek başına ya da başka unsurlara bağlı olarak, bunu ileri süren Devletin davranışından ileri gelmişse; ya da

*b) Eğer söz konusu fül eşdeğer ya da daha ağır bir tehlike yaratmaya yol açıyorsa*⁶⁶³.

24. madde, davranışları Devlete isnat edilebilen bir gerçek kişinin fiili hususunda uygulanabilecek özel bir durumu düzenlemektedir. Madde, Devletin ajanının, Devlete isnat edilerek, Devletin milletlerarası haksız fiilini teşkil eden davranışının hukuka aykırılığının, tehlike hali sebebiyle ortadan kalkacağını öngörmektedir. Söz konusu davranıştan başka makul bir olanağın, kendisinin ya da korumakla yükümlü olduğu kimselerin hayatlarını kurtarmak için bulunmaması gerekmektedir⁶⁶⁴. Mücbir sebepten farkı, davranışın irade dışı olmamasıdır. Her ne kadar, davranış, tehlike halinin etkisiyle bu şekilde sergilense de, gayrı-iradî değildir. Hayatları korunan kimselerin uyruklarının önemli olmadığını da belirtelim⁶⁶⁵.

⁶⁶² Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 24 & 1; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 24 & 1, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁶³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 24 & 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 24 & 2, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁶⁴ Örnek iki olay: 1946'da bir ABD savaş uçağı, izinsiz olarak Yugoslav hava sahasına girmiştir ve Yugoslav hava savunması uçağı ateş açmıştır. ABD Hükümeti, Yugoslavya'yı protesto etmiştir ve hava sahaslarına girilmesinin sebebinin, uçakta meydana gelen hakikaten tehlikeli bir arıza olduğunu belirtmiştir. Yugoslavya ise benzeri ihlallerin sistematik olduğunu bildirmiştir. Daha sonra Yugoslav Hükümeti, ABD Hükümetine, Mareşal Tito'nun, hava sahaslarını ihlâl eden ABD uçaklarına karşı ateş açılmasını yasakladığını bildiren bir not iletmıştır. Notta, ABD Hükümetinin, ancak kötü havalarda ve acil tehlike hallerinde uçakların hava sahaslarına izinsiz olarak girmesi için gerekli emrin verilerek düzenlemeye bulunacağına inanıldığı belirtilmiştir. Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 203, dip not 387'den, United States, Department of State Bulletin, vol. XV (15.09.1946), s. 502. 1975'te, İngiliz balıkçı gemisi, kötü havadan ötürü, İzlanda iç sularına girmiştir. İzlanda, tehlike halinden ötürü ihlâlin gerçekleştiğini anladığını bildirmiştir. Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, s. 190, dip not 389.

⁶⁶⁵ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 202.

G. Zaruret Hali

“Zaruret hali”, 25. maddenin başlığıdır:

1. Devlet, milletlerarası yükümlülüklerinden birine aykırı bir davranışının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmak için, zaruret haline, şu şartlar mevcut olmadıkça başvuramaz:

a) Davranış, Devlet için, esaslı bir menfaatini, pek yakın ve ağır bir tehlikeye karşı korumak için, yegâne olanağı oluşturmaktadır ve

b) Karşılarında yükümlülük altında olduğu Devletin ya da Devletlerin ya da milletlerarası toplumun bütününün esaslı bir menfaatine ağır bir şekilde zarar getirmemelidir⁶⁶⁶.

2. Her halde, Devlet tarafından, zaruret hali,

a) Şayet söz konusu milletlerarası yükümlülük zaruret halini ileri sürebilme olanağını engelliyorsa; ya da

b) Şayet Devlet zaruret halinin ortaya çıkmasına katkıda bulunmuşsa, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak ileri sürülemez⁶⁶⁷.

Haksız fiil teşkil eden bir davranışın zaruret hali dolayısıyla, hukuka aykırılığının ortadan kalktığına kabul edilebilmesi için şu şartların bir araya gelmesi gerekmektedir:

a) Davranış, Devlet için esaslı bir menfaatini pek yakın ve ağır bir tehlikeye karşı korumak için yegâne olanağı oluşturmaktadır;

⁶⁶⁶ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 25 & 1; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 25 & 1, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁶⁷ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 25 & 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 25 & 2, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

b) Davranış, karşılarında yükümlülük altında olduğu Devletin ya da Devletlerin ya da milletlerarası toplumun bütününün esaslı bir menfaatine ağır bir şekilde zarar getirmemelidir. Bunlara ilaveten iki de olumsuz koşul vardır. Eğer bunlar mevcutsa zaruret halinden ötürü hukuka aykırılık ortadan kalkmaz:

a) Söz konusu milletlerarası yükümlülük zaruret halini ileri sürebilme olanağını engellememelidir;

b) Devlet bu durumun ortaya çıkmasına katkıda bulunmamış olmalıdır. Komisyon, bu koşulları 25. maddeye ilişkin açıklamalarında daha yakından incelemiştir⁶⁶⁸.

Devletlerin uygulamaları ve milletlerarası içtihat uyarınca, zaruret halinin, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum olarak gayet sıkı şartlara bağlandığı tespit

⁶⁶⁸ Bu çerçevede Komisyon'un incelemesinde yer verdiği milletlerarası yargı kararları şunlardır: *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, s. 209'dan 215'e kadar; **1832 tarihili İngiltere-Portekiz uyuşmazlığı**, (Le différend anglo-portugais de 1832), A. D. McNair, *International Law Opinions*, Cambridge University Press, 1956, vol. II, s. 232; **Caroline olayı**, (L'incident de la Caroline de 1837), *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, dip not 400-404'teki atıflar, ayrıca, Bkz. Gündüz Aslan, *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, Beta, İstanbul, 1998, s. 55 ve 56; **Rus tazminatı davası**, (Indemnité russe), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (1912), s. 443; **Belçikalı şirket davası**, (Société commerciale de Belgique), 1939, C.P.J.I., série A/B no 78, s. 160; **Torrey Canyon olayı**, (The Torrey Canyon), Cmnd. 3246, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1967, ayrıca Bkz. Uzun Elif, s. 57 ve dip not 242, 243 ve Tütüncü Ayşe Nur, *Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi*, Beta, İstanbul, 2004, s. 137-138 ve Abdullayev Cavid, *Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği*, Yetkin, Ankara, 2005, s. 196-196, ayrıca, Dupuy Pierre-Marie, *La Responsabilité International des Etats Pour les Dommages d'Origine Technologique et Industrielle*, Pedone, Paris, 1976, s. 302'den Govare J.P., *Le Torey Canyon*, in *Association pour le développement du droit mondial, la défense de l'homme contre les pollutions*, Paris, 1970, s. 243-249. Komisyon'un yer vermediği fakat Torrey Canyon olayında olduğu gibi ekolojik bir felakette milletlerarası sorumluluk meselesinin gündeme geldiği önemli bir başka olay da **ERİKA olayı**dır. Başlı başına bunu inceleyen bir çalışma için Bkz. Robert Sabrina, *L'ERİKA: Responsabilités pour un désastre écologique*, Pedone, Paris, 2003, kitabın ilk bölümü "taşıyanın sorumluluğu"nu, ikinci bölümü ise "Devletin sorumluluğu"nu ele alır (ayrıca Bkz. **Amoco-Cadiz olayı**, KISS Alexandre, "L'affaire de l'Amoco-Cadiz: responsabilité pour une catastrophe écologique", J.D.I., 1985, s. 575-596); **Rainbow Warrior davası**, (Rainbow Warrior, Nouvelle-Zélande/France), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), s. 254; **Libyan Arab Foreign Investment Company** (Libya Arap Dış Yatırım Şirketi), **Burundi Cumhuriyeti'ne karşı**, (Libyan Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi), 1994, I.L.R., vol. 96, s. 319; **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası**, (Projet Gabcikovo-Nagymaros), C.I.J. *Recueil* 1997, s. 40-41, ayrıca Bkz. Güneş Şule Anlar, "Gabcikovo-Nagymaros Davası", AÜHFYD Yıl 2006, cilt 55, sayı 2, s. 105; **Balıkçılık konusunda yetki davası**, (Compétence en matière de Pêcheries, Espagne c. Canada), C.I.J. *Recueil* 1998, s. 431.

edilmektedir⁶⁶⁹. 25. madde bu doğrultuda düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasının a bendinde, “*davranış, Devlet için esaslı bir menfaatini pek yakın ve ağır bir tehlikeye karşı korumak için yegâne olanağı oluşturmaktadır*” denilmektedir. “Esaslı menfaat”, her somut olayda değerlendirilmeye muhtaçtır. Bunun ne olduğu sabit bir şekilde saptanmamıştır. Her halde, söz konusu esaslı menfaat, “pek yakın” ve “ağır” bir tehlikeye karşı korunuyor olmalıdır ve zaruret hali sebebiyle hukuka aykırılığının ortadan kalkması gerektiği ileri sürülen davranış, hakkı korumak için “yegâne olanağı” oluşturmaktadır.

Gabcikovo-Nagynaros Projesi davasında, Milletlerarası Adalet Divanı, Macaristan’ın, Slovakya’ya karşı antlaşmadan doğan yükümlülüğünü yerine getirmemesinin zaruret hali dolayısıyla haklı görülemeyeceğine karar vermiştir. Divan’a göre, antlaşmayı uygulamamak, Macaristan’ın uğradığı çevresel⁶⁷⁰ tehdidin ortadan kalkması için tek olanak olarak değerlendirilemez⁶⁷¹.

Birinci fıkranın b bendinde ise, “*davranış, karşılarında yükümlülük altında olduğu Devletin ya da Devletlerin ya da milletlerarası toplumun bütününe esaslı bir menfaatine ağır bir şekilde zarar getirmemelidir*” denilmiştir. **Gabcikovo-Nagynaros Projesi davasında**, Divan, Macaristan’ın davranışının bu koşulu da karşılamadığını tespit etmiştir⁶⁷².

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, bu iki koşulla beraber, şu iki olumsuz koşulda mevcut olmamalıdır; şayet bunlar mevcutsa zaruret halinden ötürü hukuka aykırılık ortadan kalkmaz: Söz konusu milletlerarası yükümlülük, zaruret halini ileri sürebilme olanağını engellememelidir ve Devlet bu durumun ortaya çıkmasına katkıda bulunmamış olmalıdır.

⁶⁶⁹Lat: “*Rebus Sic Stantibus*” ilkesi, zaruret halinin ileri sürüldüğü çeşitli olaylarda gündeme gelmiştir (ör: Gabcikovo-Nagynaros Projesi davasında Divan, Macaristan’ın iddialarını *rebus sic stantibus* bakımından da incelemiştir). Bu ilkeyle ilgili bir çalışma için Bkz. Çalışkan Yusuf, “Milletlerarası Tahkimde Ahde vefa ve Akdin Değişen Şartlara Uyarlanması Prensiplerinin Uygulanması”, MHB, Yıl 24, sayı 1–2, 2004, s. 365–377. Aynı ilke mücbir sebep söz konusu olduğunda da antlaşmalar hukuku bakımından önemlidir.

⁶⁷⁰ Ekolojik.

⁶⁷¹ **Gabcikovo-Nagynaros Projesi davası**, (Projet Gabcikovo-Nagymaros), C.I.J. Recueil 1997, s. 42.

⁶⁷² Ibid., s. 46.

H. Emredici Kurallara Saygı

“Emredici kurallara saygı”, 26. maddenin başlığıdır:

Bu bab’ın hiçbir hükmü, milletlerarası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı herhangi bir Devlet fülünün hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz⁶⁷³.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun 53. maddesine göre, milletlerarası hukukun emredici bir kuralı: ***“milletlerarası genel hukukun emredici bir 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”⁶⁷⁴***. Ayrıca, Viyana Sözleşmesinin 64. maddesi, ***“eğer milletlerarası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir antlaşma batıl hale gelir ve sona erer”*** demektedir⁶⁷⁵.

Antlaşmalar hukuku bakımından tespit edilen bu hükümlerin dayandığı, emredici kuralların üstünlüğü ilkesi, milletlerarası haksız fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran haller için de geçerlidir. Yukarıdaki maddelerde ele alındığı gibi, bir milletlerarası yükümlülüğe aykırı olan bir davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldıran altı hal mevcuttur. Bu haller rıza (20. madde), meşru müdafaa (21. madde), karşı-önlem (22. madde), mücbir sebep (23. madde), tehlike (24. madde) ve zaruret (25. madde) halidir. 26. madde, ***“milletlerarası hukukun emredici bir kuralı söz konusu olduğunda, bu hallerin hiçbirine başvurulamayacağını düzenlemektedir”⁶⁷⁶***. 20. maddeden, 25. maddeye kadar olan haller, milletlerarası hukukun emredici bir

⁶⁷³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 26; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 26, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁷⁴ Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu, madde 53, Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Beta, İstanbul, 2002; Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, s. 331, madde 53.

⁶⁷⁵ Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu, madde 64, Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Beta, İstanbul, 2002.

⁶⁷⁶ Genel Milletlerarası Hukukun Emredici Kurallarından Kaynaklanan Yükümlülükler hakkında daha geniş bilgi için Bkz. Komisyon’un 40. ve 41. maddeleri için yaptığımız açıklamalar.

kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı davranıştaki hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.

İ. Hukuka Aykırılı ortadan Kaldıran Bir Hali İleri Sürmenin Neticeleri

27. madde, “Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hali ileri sürmenin neticeleri” başlığını taşır:

Bu bab’a uygun biçimde, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hali ileri sürmek şunlara halel getirmez:

a) Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran halin mevcut olmadığı halde ve ölçüde, söz konusu yükümlülüğe riayet etmek gerekliliğine;

b) Söz konusu fiilin neden olduğu bütün zararın karşılanması meselesine⁶⁷⁷.

27. madde, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâl sona erdikten sonra, uyulamayan milletlerarası yükümlülüğe uyulması gerektiğini ve yükümlülüğe uymamaktan doğan zararın karşılanmasının, bu halleri ileri sürmekten etkilenmeyeceğini düzenlemektedir. Maddenin düzenlenme şekli, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hali ileri sürmenin bunlara halel getirmeyeceği şeklinde formüle edilmiştir. Böylelikle, madde, şayet yükümlülüğe uygun davranılmaya tekrar başlanması mümkünse ve zararın tazmini söz konusu ise devreye girmektedir. Şayet, yükümlülük sona ermişse, ya da zararın karşılanması söz konusu değilse, maddenin uygulanmasına yer olmayacaktır. Her somut olayda, bu neticeler değerlendirilmeye muhtaçtır.

⁶⁷⁷ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 27; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 27, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

I. GENEL İLKELER

A. Genel Açıklama

Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun, Devletin milletlerarası haksız fiilden ötürü sorumluluğuna ilişkin maddelerinin ilk bölümü, Devletin sorumluluğunun doğabilmesi için bir araya gelmesi gereken genel şartları tanımlarken, maddelerin ikinci bölümü, sorumlu Devlet hakkında ortaya çıkan hukukî neticeleri düzenlemektedir⁶⁷⁸. Elbette, bir Devlet milletlerarası nitelikteki bir haksız fiilinden ötürü milletlerarası sorumluluk hukuku alanı dışında da neticelere uğrayabilir⁶⁷⁹. Örneğin, bir antlaşmanın ihlâli, bundan mağdur olan antlaşmanın tarafı Devlete, antlaşmayı sona erdirmeye ya da uygulanmasını kısmen ya da tamamen askıya alma hakkını vermektedir⁶⁸⁰. Nitekim bu husustaki milletlerarası örf ve âdet hukuku kuralını kodifiye eden Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 60. maddesinin 1. fıkrası, *“iki taraflı bir antlaşmanın âkit taraflarından birisi tarafından esaslı bir şekilde ihlâli, diğer tarafa antlaşmayı sona erdirmeye veya tamamen veya kısmen yürürlüğünü askıya alma gerekçesi olarak bu ihlâle başvurma hakkını verir”* demektir. “Diğer tarafa” milletlerarası hukukça tanınan bu hak, milletlerarası sorumluluk hukukunu değil, antlaşmalar hukukunu ilgilendiren bir haktır ve dolayısıyla ihlâlde bulunan Devletin uğrayacağı, sorumluluk hukuku harici bir neticedir.

Devletin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin Komisyon maddelerinin ikinci bölümü, bir Devlet tarafından işlenen milletlerarası haksız fiil neticesinde meydana gelen yeni hukukî ilişkiye odaklanmıştır. Bu maddeler uyarınca Komisyon, bir Devletin, bir milletlerarası yükümlülüğünü ihlâl etmesiyle oluşan hukukî durumu “yeni” bir

⁶⁷⁸ Bkz. Combacau Jean, Sur Serge, s. 525.

⁶⁷⁹ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 227.

⁶⁸⁰ Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu, madde 60, Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar; Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, s. 331, madde 60.

hukukî durum olarak değerlendirmekte ve bu “yeni” hukukî durumu sorumluluk hukuku çerçevesinde açıklamakta ve neticelerini tarif edip, düzenlemektedir.

Devletlerin sorumluluğu sahasında, milletlerarası haksız bir fiilin neticesi, diğer neticeler kısmen ya da tamamen hariçte bırakılarak “*lex specialis*” ile düzenlenip öngörölmüş olabilir. Özel hükümlerin bulunmadığı durumda, milletlerarası hukuk, sorumlu Devlete her seferinde “yeni” yükümlölükler yüklemektedir. Özellikle ihlâlin neticelerini ortadan kaldırmaya yönelik onarım yükümlölüğü bunların başında gelir⁶⁸¹.

Bir milletlerarası yükümlölüğün ihlâli ile bunun doğrudan neticesi olan onarım yükümlölüğünün doğması, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı’nın Statüsü’nün 36. maddesinin 2. paragrafında ve bunu tekrar eden, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü’nün 36. maddesinin 2. paragrafında düzenlenmiştir. Bu Statü’ye göre Devletler, Divan’ın mecburi yargı yetkisini şu hususlarda tanıyabilmektedirler⁶⁸²:

“c) Sabit olduğı takdirde, milletlerarası bir taahhüdün ihlâlini teşkil edebilecek her olayın gerçekliğı”;

“d) Milletlerarası bir taahhüdün ihlâlinin icabettirdiğı tazminatın mahiyet ve vüs’atı”.

Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü’nün 36. maddesinin 2. fıkrasının c bendine uygulanacak kurallar, Komisyon’un maddelerinin ilk bölümünde, d bendine uygulanacak kurallar ise maddelerin ikinci bölümünde düzenlenmiştir.

İkinci bölüm 3 bap içermektedir. İlk bap çeşitli genel ilkeleri belirlemekte ve ikinci bölümün hukukî değeri hakkında düzenlemelere yer vermektedir. İkinci bap onarım⁶⁸³ çeşitleri üzerinde durmaktadır. Bunlar eski hale iade⁶⁸⁴, tazminat⁶⁸⁵ ve

⁶⁸¹ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 227.

⁶⁸² Metnin İngilizcesi için Bkz. YUN, 1946; metnin Türkçesi için Bkz. D. III t. C. 26.

⁶⁸³ Fransızca metinde “réparation”, İngilizce metinde ise “reparation” .

⁶⁸⁴ Fransızca metinde “restitution”, İngilizce metinde ise “restitution” .

⁶⁸⁵ Fransızca metinde “indemnisation”, İngilizce metinde ise “compensation”.

tarziyedir⁶⁸⁶. İkinci bap bu farklı onarım türleri arasındaki ilişkileri de düzenlemektedir. Üçüncü bap ise, kanaatimizce bu maddeler projesi incelenirken üzerinde özellikle durulması gereken teorik yenilikler içeren bir şekilde, milletlerarası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir milletlerarası yükümlülüğün ağır ihlâli durumunu ele almakta ve ihlâlin çeşitli neticelerini, gerek sorumlu Devlet bakımından gerekse diğer Devletler bakımından düzenlemektedir.

İkinci bölümün ilk bap'ı, altı madde içermektedir. Bu maddeler genel olarak, bir Devletin herhangi bir milletlerarası yükümlülüğünü ihlâl etmesinin hukukî neticeleri ile ilgilidir. Milletlerarası hukukun ihlâlleri hafif ya da çok ağır neticeleri olan birbirinden çok farklı bir yelpazeye yayılmış somut sonuçlar doğurabilir. Milletlerarası toplumun ya da halkların barış ve güvenliğini, yaşama haklarını tehdit edebilir; Devletlerin ülkesel bütünlüklerini, bağımsızlıklarını tehdit edebilir, çevresel tehditler yaratabilir.

Milletlerarası hukuk ne kadar geniş bir sahayı hukuken düzenleyip, ne kadar çok konuda kural içeriyorsa, milletlerarası hukukun ihlâli de o kadar çok olası netice doğurmaya gebedir. Bu somut neticeler yelpazesi bir yana, milletlerarası hukukun her ihlâlinde beliren bir başka netice daha vardır. Milletlerarası hukuk kurallarının ve hukukî müesseselerinin gücüne ve etkinliğine, başta Devletler olmak üzere, milletlerarası hukuk kişilerince saygı gösterilmesinin, milletlerarası hukukun genelinin, bir hukuk dalı olarak gücünün ve etkinliğinin korunmasında ve bunun artmasında doğrudan olumlu etkisi olacaktır. Devletlerin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin milletlerarası kuralların etkinlikleri bu olumlu neticenin elde edilmesi için ilk başta önem taşıyan kurallardır.

Birinci bap'ın ilk maddesi olan 28. madde bir açılış maddesidir ve bir Devletin işleyeceği her milletlerarası haksız fiilin birtakım hukukî neticeleri olacağını öngörmektedir. 29. madde, bu hukukî neticelerin, sorumlu Devletin ihlâl ettiği milletlerarası yükümlülüğünü yerine getirme borcunu ortadan kaldırmadığını ve onun yerini almadığını belirtmektedir. 30. madde ihlâle derhâl son verme borcunu ve tekrar

⁶⁸⁶ Fransızca metinde “satisfaction”, İngilizce metinde ise “satisfaction” .

ihlâlde bulunulmayacağı güvencesini verme yükümlülüğünü düzenlemektedir. 31. madde milletlerarası hukukun bir Devlet tarafından ihlâl edilmesi ile doğacak zararın onarılması ve giderilmesi gerektiğini ve onarım borcunun ihlâl ile doğan genel hukukî netice olduğunu belirtmektedir⁶⁸⁷.

B. Milletlerarası Haksız Fiilin Hukukî Neticeleri

28. madde, “Milletlerarası haksız fiilin hukukî neticeleri” başlığını taşımaktadır:

*Milletlerarası haksız fiilden ötürü, birinci bölümdeki hükümlere uygun olarak meydana gelen Devletin milletlerarası sorumluluğu, bu bab’ta belirtilen hukukî neticeleri kapsamaktadır*⁶⁸⁸.

28. madde, ikinci bölüme girişi genel bir ilkeyi düzenleyerek sağlamaktadır. Bu madde, ilk bölümün Devletin milletlerarası haksız fiil işlemekten ötürü milletlerarası sorumluluğunun doğmasını düzenleyen hükümleriyle, ikinci bölümün milletlerarası haksız fiil işlemekten ötürü meydana gelen milletlerarası sorumluluğunun hukukî neticelerini düzenleyen hükümleri arasındaki bağlantıyı sağlamaktadır⁶⁸⁹.

İkinci bölümde milletlerarası haksız fiil işlemekten dolayı sorumlu Devletin uğrayacağı hukukî neticenin esas ve genel olarak ihlâle son vermek yükümlülüğü (30. madde) ve ihlâl ile doğmuş olan zararı onarma yükümlülüğü (31. madde) altına girmek olduğu düzenlenmektedir. Ancak, eğer ihlâl edilen milletlerarası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir milletlerarası yükümlülük ise, gerek sorumlu Devlet için, gerekse diğer Devletler için, böylesi bir ihlâlden ötürü başka neticeler de doğacaktır. Böyle bir durumda özellikle doğacak hukukî sonuç, bütün Devletlerin böyle bir ihlâle son vermek için dayanışma ve işbirliği içerisinde olma yükümlülüklerinin meydana gelmesidir. Bununla beraber ve buna eşlik eden yükümlülükler ise böyle bir ihlâlden

⁶⁸⁷ Bkz. Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 507-516, par. 483-486.

⁶⁸⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 28; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 28, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁸⁹ Bkz. Combacau Jean, Sur Serge, s. 524.

doğan fiili durumu hukuken geçerli bir durum olarak tanımama yükümlülüğü ve doğan fiili durumun devamı için sorumlu Devlete yardım etmeme yükümlülüğüdür.

28. madde, milletlerarası haksız fiilin, sorumlu Devlet ile Devletlerden başka kişi ya da birimler arasında hukukî neticeler doğurma olasılığını ortadan kaldırmamaktadır. Birinci bölüm Devletin bütün milletlerarası yükümlülüklerinin ihlâlinde devreye girecek genel hükümleri düzenlerken, ikinci bölümün düzenlediği saha daha sınırlıdır. Bu bölüm uyarınca, onarım yükümlülüğü diğer Devlete karşı doğmakta, gerçek ya da tüzel özel hukuk kişilerine karşı ya da bir Devletten başka bir kişi ya da birime karşı doğabilecek yükümlülükler bu bölümün sahası dışında kalmaktadır⁶⁹⁰.

C. İhlâl Edilen Yükümlülüğü Yerine Getirme Ödevinin Devam Etmesi

29. maddenin başlığı, “Yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesi” dir:

*Bu bölümde öngörülen, bir milletlerarası haksız fiilin hukukî neticeleri, sorumlu Devletin ihlâl edilen yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesini etkilemez*⁶⁹¹.

Bir Devlet bir milletlerarası yükümlülüğünü ihlâl ettiğinde, hukukî ilişkinin yeniden sağlanması ve geleceği esaslı bir öneme sahiptir. Onarım yükümlülüğü haricinde iki önemli sorun belirlemektedir. Sorumlu Devletin ihlâl ettiği yükümlülüğe karşı tutumunun belirlenmesi ve eğer ihlâl davranışı devamlı nitelikte ise buna son verilmesi bu iki sorunu teşkil etmektedir. Sorunlardan ilki 29. maddenin, ikincisi ise 30. maddenin konusunu oluşturmaktadır.

29. madde genel kural olarak, milletlerarası haksız fiilin hukukî neticelerinin, sorumlu Devletin ihlâl ettiği milletlerarası yükümlülüğe uygun davranma ödevini etkilemediğini, ortadan kaldırmadığını belirtmektedir. İhlâl neticesinde, sorumlu Devlet

⁶⁹⁰ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 230 ve 231.

⁶⁹¹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 29; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 29, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

ile milletlerarası yükümlülüğün kendilerine hak bahsettiği Devlet ya da Devletlerarasında yeni bir hukukî ilişki doğmaktadır. Bu husus, ihlâlden önce yükümlülük getiren milletlerarası hukuk kuralı ile kurulmuş hukukî ilişkinin ya da durumun ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Bu nokta Komisyon'un çalışmasında "birincil ilişkinin yerini sorumluluğun doğması ile beliren yeni hukukî ilişki almamaktadır" denilerek anlatılmaktadır⁶⁹². Sorumlu Devlet, bu bölümde öngörülen haksız fiile son verme ve ihlâl ile neden olduğu zararları onarma yükümlülüklerine uysa ve bunları yerine getirse dahi, ihlâl etmiş olduğu milletlerarası yükümlülüğe uygun davranma borcunu da yerine getirmiş olmamaktadır.

Bazı durumlarda, bir yükümlülüğün ihlâl edilmesinin etkisi, yükümlülüğün kendisini ortadan kaldırmak olabilir. Örneğin, mağdur Devlet, iki taraflı bir antlaşma ihlâl edildiğinde bunu sona erdirmeyi tercih etmiş olabilir. Fakat Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun açıkça belirttiği gibi, bir antlaşmayı ihlâl etmek tek başına antlaşmayı sona erdirmemektedir⁶⁹³. Mağdur Devlet Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nda belirtildiği üzere antlaşmayı sona erdirmelidir. Burada tespit edilmesi gereken, 29. maddenin antlaşmalar hukuku konusu olan bir antlaşmanın yürürlüğü meselesini düzenlemediği ancak sorumluluk ile meydana gelen borçların, birincil hukuk kuralından doğan yükümlülüğe uyma ödevini etkilememekte olduğunu düzenlediğidir. Birincil hukuk kuralından kaynaklanan yükümlülük halen yürürlükte ise, sorumlu Devlet buna uygun hareket etme ödevi altındadır. Ancak Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nda düzenlendiği üzere, yükümlülüğün kaynağı olan milletlerarası hukuk kuralının yürürlüğüne mağdur Devlet tarafından son verilmiş ise elbette bu borç ortadan kalkmaktadır. Tespit edilmesi gereken bir diğer husus ise, antlaşmaya mağdur Devlet tarafından son verilmiş olsa bile bunun geçmişe etkisinin olamadığıdır. Antlaşmanın yürürlükte kaldığı zaman boyunca meydana gelen hak ve borçlar taraflar için geçerliliğini devam ettirmektedir.

⁶⁹² Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 231.

⁶⁹³ **Gabcikovo-Nagynaros Projesi davasında**, Milletlerarası Adalet Divanı, tarafların yaptığı ihlâllerin antlaşmanın kendisini sona erdirmedeğini belirtmiştir; **Gabcikovo-Nagynaros Projesi davası**, (Projet Gabcikovo-Nagymaros), C.I.J. Recueil 1997.

D. İhlale Son Verme ve İhlâli Tekrar Etmeme Yükümlülüğü

“Son verme ve tekrar etmeme”, 30. maddenin başlığıdır:

Milletlerarası haksız fiilden sorumlu Devletin şu yükümlülükleri vardır:

a) Şayet devam ediyorsa bu fiile son vermek;

b) Eğer koşullar gerektiriyorsa, ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair uygun güvenceleri sunmak⁶⁹⁴.

30. madde, milletlerarası yükümlülüğün ihlâl edilmesi ile oluşan birbirinden farklı fakat birbirleriyle ilişkili iki soruna açıklık getirmektedir: İhlâl devam ediyorsa buna son vermek ve eğer koşullar gerektiriyorsa ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair uygun güvenceleri vermek. Bunlar, ihlâl ile bozulan hukukî ilişkiyi ve hukukî durumu sağlığına kavuşturmanın iki yoludur. Gelecekte hukukî durumun sağlığına kavuşturulabilmesi için maddede tanımlanan yöntemlerden, sürmekte olan ihlâle son vermek “negatif”, ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair güvence vermek ise “pozitif” yöntem olarak tanımlanabilir. Bununla beraber bir önceki 29. maddede tanımlanan milletlerarası yükümlülüğe uyma ödevinin yerine getirilmesi borcu da 30. maddedeki “negatif” yöntemde saklı olarak kabul edilmelidir. Zira sürmekte olan ihlâle son vermek demek, yükümlülüğün gerektirdiği davranışı sergilemeye başlamak demektir ki, bu da ancak yükümlülüğe uymaya başlamak demektir. Dolayısıyla yükümlülüğe uyma ödevi de böylelikle yerine getiriliyor olacaktır. Bu yapılmadığı müddetçe, 30. maddede tanımlanan ikinci yöntem olan ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair güvence de verilemez. Zira sürmekte olan bir ihlâlin tekrar edilmeyeceği hususunda güvence verebilmek için öncelikle ihlâle son vermek gerekmekte ve de yükümlülüğe uymaya başlamak gerekmektedir.

30. maddede tanımlanan ihlâle son vermek ödevi, elbette icraî suretteki bir davranışla ya da ihmal suretindeki bir davranışla işlenen bütün haksız fiiller için geçerlidir. **Rainbow Warrior davasında**, hakem mahkemesi, ihlâle son vermek ile

⁶⁹⁴ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 30; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 30, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

tekrar edilmeyeceğine dair güvence vermenin birbirinden farklı fakat birbirine bağlı iki borç olduğunu tespit etmiştir⁶⁹⁵. Bu borçların söz konusu olması için ihlâl teşkil eden haksız fiilin sürmekte olması ve ihlâl edilmekte olan milletlerarası yükümlülüğün sorumlu Devlet bakımından halen yürürlükte olan, uyulması gereken bir yükümlülük olması gerektiği de kararda belirtilmiştir⁶⁹⁶.

E. Onarım Yükümlülüğü

“Onarım”, 31. maddenin başlığıdır:

*1. Sorumlu Devlet milletlerarası haksız fiil ile neden olunan bütün zararı onarmak zorundadır*⁶⁹⁷.

*2. Zarar, Devletin milletlerarası haksız fiilinin sonucu olan maddi ve manevi bütün zararı kapsar*⁶⁹⁸.

Chorzow Fabrikası davasında, Daimi Adalet Divanı, milletlerarası haksız fiilden sorumlu Devletin onarım yükümlülüğüne dair şunları söylemiştir⁶⁹⁹:

*“Bağlı olunan bir yükümlülüğün ihlâlinin, uygun bir biçimde onarım yükümlülüğünü yüklediği, milletlerarası hukukun bir kuralıdır. Demek ki, bir antlaşmada ayrıca belirtilmese dahi onarım bir antlaşmanın ayrılmaz bir tamamlayıcısıdır”*⁷⁰⁰.

⁶⁹⁵ **Rainbow Warrior davası**, (Rainbow Warrior, Nouvelle-Zélande/France), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (1990), s. 270.

⁶⁹⁶ Ibid.

⁶⁹⁷ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 31 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 31 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁹⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 31 & 2; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 31 & 2, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁶⁹⁹ **Chorzow Fabrikası davası**, (Usine de Chorzow), 1927, C.P.J.I., série A, n. 9, s.21. Ayrıca Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 68, par. 97.

⁷⁰⁰ “C’est un principe de droit international que la violation d’un engagement entraîne l’obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d’un manquement à l’application d’une convention, sans qu’il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même”.

Divan “onarım” kelimesini en geniş anlamıyla kullanmaktadır ve aynı davada Divan onarım yükümlülüğünün ne olduğunu ayrıntılı bir biçimde tarif etmektedir⁷⁰¹.

“Özellikle hakem mahkemelerinin kararlarında olmak üzere milletlerarası uygulamanın da ortaya koyduğu gibi, esas kural şudur ki, onarım, mümkün mertebe, haksız fiilin bütün neticelerini silmeli ve onarım ile söz konusu fiil işlenmiş olmasaydı, hakikâten mevcut olacak durumu tesis etmelidir. Eski hale iade ya da, şayet bu mümkün değilse, eski hale iadenin yerini tutacak bir miktar ödeme, gerek varsa maddi yardım, uğranılan kayıplar için ya da eski hale iade ile ya da bunun yerine geçen ödeme ile telafi edilemeyenler için kâr mahrumiyeti ödenmesi, milletlerarası hukuka aykırı bir fiil neticesinde ödenmesi gereken tazminatın hesaplanmasında uygulanması gereken kurallardandır”⁷⁰².

31. maddede, onarım yükümlülüğü, Devletin sorumluluğuna eşlik eden genel netice olarak öngörülmüştür⁷⁰³. Bu haliyle onarım yükümlülüğü, mağdur Devlete tanınan bir haktan ileri gelmemekte, **doğrudan sorumluluktan kaynaklanmaktadır**. Başka ifade ile bu yükümlülük mağdur Devlet üzerinden değil, sorumlu Devlet üzerinden tanımlanmaktadır, çünkü sorumluluğun doğrudan neticesidir ve sorumluluğa eşlik eden bir netice olarak kendiliğinden meydana gelmektedir. Bu haliyle haksız fiil, birden fazla Devlete karşı olan bir yükümlülüğün ihlâli ile meydana geldiğinde, bundan yalnızca bir ya da birkaç Devletin zarar görerek etkilenmesinde doğabilecek zorluklar aşılacaktır. Böylelikle mağdur Devlet ya da Devletler harekete geçip onarımı talep etmezden önce dahi, otomatik olarak onarım yükümlülüğü hukuken oluşmaktadır.

Milletlerarası haksız fiilin unsurları arasında zararın sayılmadığını, 1. ve 2. maddeye ilişkin açıklamalar sırasında belirtmiştik. Devletin bir milletlerarası yükümlülüğünü her ihlâli bir milletlerarası haksız fiildir ve Devletin sorumluluğunu doğurur.

⁷⁰¹ **Chorzow Fabrikası davası**, (Usine de Chorzow), 1927, C.P.J.I., série A, n. 9, s. 47.

⁷⁰² “Le principe essentiel, qui découle de la notion même d’acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l’acte illicite et rétablir l’état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n’avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n’est pas possible, paiement d’une somme correspondant à la valeur qu’aurait la restitution en nature; allocation, s’il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place; tels sont les principes desquels doit s’inspirer la détermination du montant de l’indemnité due à cause d’un fait contraire au droit international”.

⁷⁰³ Bkz. Carreau Dominique, s. 476-484, par. 1155-1173.

Milletlerarası Daimi Adalet Divanı, **Fas Fosfatları davasına** ilişkin kararında, “diğer bir Devletin anlaşmalardan doğan haklarına aykırı davranış” ifadesine yer vermiştir⁷⁰⁴. Bu ifadeyle açıklanan husus, bir Devletin milletlerarası yükümlülükler üstlenmesiyle, diğer bir Devletin bu durumdan bazı haklar elde ediyor olmasıdır. Milletlerarası hukuka göre, bir taraf yükümlülükler altına girerken, diğer taraf haklar elde etmektedir. Devlet, milletlerarası yükümlülüklerini ihlâl ettiğinde, diğer Devletin haklarına aykırı şekilde davranmış ve bu haklara da tecavüz etmiş olmaktadır.

Milletlerarası Adalet Divanı, **Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi**'ne ilişkin vermiş olduğu danışma görüşünde, Devletin milletlerarası sorumluluğunun, o Devletin milletlerarası hukuk tarafından kendisine getirilen bir milletlerarası yükümlülüğünü ihlâl eden milletlerarası nitelikte bir haksız fiil ile doğduğunu belirtmiştir⁷⁰⁵. **Rainbow Warrior davasında**, hakem mahkemesi, Devletin milletlerarası sorumluluğunun doğmasının, o Devletin kendisine isnad edilebilen, milletlerarası nitelikte bir haksız fiil ile milletlerarası hukuktan ileri gelen bir yükümlülüğünü ihlâl etmesinden kaynaklandığını belirtmiştir. Hakem mahkemesi, Devletin milletlerarası yükümlülüklerini ihlâl etmesinin, onun, milletlerarası hukuka göre, sorumluluğunu doğuracağını açıklarken “bir Devletin tüm yükümlülüklerinin her ihlâli” ifadesini kullanmıştır⁷⁰⁶. Bu ifadenin vurguladığı husus, Devletlerin milletlerarası yükümlülüklerini ihlâl ettiği her seferde, onların milletlerarası sorumluluğunun doğacağıdır.

Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğuran olay olarak, bir Devletin milletlerarası hukuktan ileri gelen haklarını ihlâl etmeyi değil, milletlerarası hukukun getirdiği bir yükümlülüğün ihlâlini esas almıştır. Bu esastan hareketle, milletlerarası sorumluluk hukuku sadeleştirilmeye ve uygulamada etkinliğinin arttırılmasına çalışılmıştır. Eğer bir Devletin haklarının ihlâli esastan hareket edilseydi, milletlerarası sorumluluğun doğabilmesi için, öncelikle bir hakkın

⁷⁰⁴ **Fas Fosfatları davası**, (Phosphates du Maroc), exceptions préliminaires, 1938, C.P.J.I., série A/B, no.74, s. 28.

⁷⁰⁵ **Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesine ilişkin danışma görüşü**, (Réparation des dommages subis au service des Nations Unies), C.I.J. Recueil 1949, s.184.

⁷⁰⁶ **Rainbow Warrior davası**, (Rainbow Warrior, Nouvelle Zélande/France), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX, 1990, s. 251.

varlığının belirlenmesi gerekecekti. Hâlbuki bir milletlerarası yükümlülüğün varlığının belirlenmesi, bir hakkın varlığının belirlenmesine nazaran daha nesnel bir işlemdir. Milletlerarası yükümlülüğün ihlâli esassından hareket edilmesi, milletlerarası sorumluluk kurumunun daha nesnel bir temel üzerine oturmasını sağlamaktadır. Bu da uygulamada milletlerarası sorumluluğunun daha etkin bir işleve kavuşmasına hizmet etmektedir. Öyleyse, milletlerarası haksız fiilin meydana gelmesi için aranan şart, milletlerarası bir yükümlülüğün ihlâlidir. Bununla beraber, ihlâli oluşturan fiilin Devlete isnat edilebilmesi, bu Devletin sorumluluğunun doğması için gereken şarttır. Milletlerarası haksız fiilin meydana gelmesi için, zararın varlığı, aranması gereken bir unsur değildir. Ancak Devletin sorumluluğundan ötürü, mağdur Devlete onarım talep etme hakkını zararın varlığı verir. Bunun için de, mevcut zarar ile milletlerarası haksız fiil arasında uygun nedensellik bağının mevcut olması gerekmektedir.

İsnat, haksız fiili, Devlete bağlamaktadır. Nedensellik bağı ise, zararı, haksız fiile bağlar. Bu sayede, haksız fiilin mağduru, eğer zarar ile haksız fiil arasında nedensellik bağı kurulabilirse, sorumlu Devletten onarım talep edebilir⁷⁰⁷. **ELSI davasında**, İtalya'ya karşı, zararın, İtalyan makamlarının davranışlarından kaynaklandığına dair nedensellik bağını ispat edemediği için, ABD'nin talebi ret edilmiştir⁷⁰⁸.

Genel kural olarak, mağdur Devletin tazminat talep edebilmesi için, kendisinin uğramış olduğu zararın, diğer bir Devletin fiilinden ileri geldiğini ispat edebilmesi gerekir. ABD ile İtalya'yı karşı karşıya getiren **ELSI davasında**, Milletlerarası Adalet Divanı, Amerikan sermayesi ile kontrol edilen Şirketin, İtalyan makamlarınca maruz bırakıldığı davranıştan ötürü iflas ettiği ileri sürüldüğünde, bu iki olgu arasındaki nedensellik bağını, ABD ispat edemediğinden dolayı, talebi reddetmiştir⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 498, par. 474.

⁷⁰⁸ **ELSI davası**, (Elettronica Sicula S.s.A., ELSI), C.I.J. Recueil 1989, s. 15.

⁷⁰⁹ **ELSI davası**, (Elettronica Sicula S.s.A., ELSI), C.I.J. Recueil 1989, s. 15. Ayrıca Bkz : Decaux Emmanuel, Droit international public, s.64, par. 93.

Milletlerarası hukuk tarafından kabul edilen en az iki çeşit nedensellik bağı ortaya konabilir. Bunlar, bir yandan sorumluluğun tespitine yararken, diğer yandan tazminatın hesaplamasına yaramaktadır⁷¹⁰.

Doğal nedensellik, milletlerarası hukuk tarafından tanınan birinci nedensellik bağı çeşididir. Doğal nedensellik, hukukun, aşikârlığa, sağduyuya, mantıki sonuç çıkarmaya ve akla uygunluğa göre karar vermesidir. Basit durumlarda uygulanmaktadır. Bu durum, her olgunun bir diğerinin sebebi haline geldiği bir nedensellik zinciri oluşturması halinde karmaşıklaşmaktadır. Ancak, bu zincirin tek bir dizi teşkil etmesi durumunda, doğal nedensellikte kalınır.

Normatif nedensellik, milletlerarası hukukta uygulanan ikinci nedensellik bağı çeşididir. Doğal nedensellik ile açıklanamayacak daha karmaşık durumlarda uygulanır. Bu konuda verilebilecek örnek, 1980’de Tahran’da Amerikan Büyükelçiliği’nin İranlı öğrenciler tarafından işgal edilmesi olayıdır. Milletlerarası Adalet Divanı, bu olaydan doğan davada, İran Hükümetinin, diplomatik mekânlar ve sakinlerini korumada ağır ihmali olduğuna karar vermekte ve bu suretle hem öğrencilerin eylemini İran Hükümeti’ne yüklemekte, hem de diplomatların uğradıkları şahsi zararlar ile İran Hükümeti’nin milletlerarası yükümlülüklerini yerine getirmemesi arasında bir nedensellik bağı kurmaktadır⁷¹¹.

Doğrudan zarar ve dolaylı zarar bakımından ise, yalnızca doğrudan zarar onarım yükümlülüğünün kapsamındadır⁷¹². Öyleyse doğrudan zararın ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Doğrudan zarar, haksız fiil neticesinde kaçınılmaz ve doğal olarak doğan zarardır. Öyleyse, zararlar, haksız fiil arasında uygun bir nedensellik bağı olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Onarılması gereken zarar, Devlete isnat edilen fiilin mantıki neticesi olan zarardır.

⁷¹⁰ Bkz. Dupuy Pierre-Marie, *Droit International Public*, s. 498-503, par. 475-477.

⁷¹¹ **Tahran’daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava**, (Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran), C.I.J. Recueil 1980.

⁷¹² Dinh Nguyen Quoc, Daillier Patric, Pellet Alain, s. 768, par. 486. Ayrıca Bkz. Carreau Dominique, s. 454-458, par. 1100-1110.

Maddi ve manevi zarar hususlarında⁷¹³ ise, şu tespitlere yer verilmelidir. 19. yüzyılda, yalnızca maddi bir zararın sorumlu Devlete onarım yükümlülüğü yükleyeceği kabul edilmekteydi. Manevi zarar için milletlerarası içtihat olumsuz cevap vermektedir. Örneğin, 31 Temmuz 1905’te, hakem Ralston, önüne gelen davada “duygular ölçülebilir değildir ne bolivar olarak ne de sterlin olarak” demektedir⁷¹⁴. Bu anlayış 1 Kasım 1923’te, **Lusitania** davasında değişmiştir. 1916’da bir Alman denizaltısı tarafından torpillenen gemi olan Lusitania ile ilgili davada, manevi zararın onarım yükümlülüğüne konu olacağı kaide haline gelmiştir⁷¹⁵. Anzilotti şöyle yazmıştır:

“Ekonomik husus, özel kişiler arasında olduğu gibi, Devletlerarasındaki ilişkilerde, birinci derecede önemli olmaktan uzaktır. Bir Devletin onuru ve saygınlığı maddi menfaatlerden üstündür. Devletlerarası ilişkilerde manevi zarar, millî hukuktakinden çok üstün olacak şekilde önemlidir”⁷¹⁶.

Maddi zarar, mağdurun faaliyet veya mallarına bir tecavüz nedeniyle doğmakta ve bunun ekonomik sonuçları ölçülebilir olduğundan, maddi bir tazminat ile telafi edilebilmektedir. Manevi zarar ise doğal olarak soyuttur. Örneğin, milletlerarası hukukta, bir Devletin onuruna, saygınlığına, egemenliğine yapılan tecavüz nedeniyle meydana gelir. Yabancı bir ülkenin bayrağının yakılmasına izin vermek veya hava kuvvetleri tarafından o ülkenin hava sahasını ihlâl etmek gibi. Bunlar farklı nitelikte telafi ve tazminatlar gerektirir. Ancak, içtihat, uzun süre maddi zarar ile manevi zarar arasında bir ayrım yapmak istememiştir. Konuya daha fazla açıklık getirmek için manevi zarar ile hukukî zarar birleştirilebilir. Bu ikisi tek bir kavram olarak “hukukî zarar”⁷¹⁷ olarak tanımlanmaktadır. Maddi zararın aksine, hukukî zarar tanımı icabı ancak mağdur Devletin bir sübjektif hakkına tecavüzdür. Bu da bir Devletin her türlü hakkına tecavüzde, esasen var olan bir unsurdur. Bu nedenle birçok olayda hukukî zarar ile maddi zarar da örtüşmektedir.

⁷¹³ Bkz. Carreau Dominique, s. 457 ve 458, par. 1108-1110.

⁷¹⁴ Commission mixte de réclamations France-Vénézuéla, *Héritiers de Jules Brun*, R.S.A. vol. X, s. 24.

⁷¹⁵ **Lusitania davası**, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. VII, 1923.

⁷¹⁶ Cours de droit international, Sirey, 1929, vol. I, s. 523.

⁷¹⁷ Fr: Préjudice juridique.

Zararın, sorumlu Devletin onarım yükümlülüğünün doğması ve mağdur Devletin hakları bakımından önemi şu şekildedir. Klasik teoride, sorumlu Devletin haksız fiilden ötürü meydana gelen zararı tamir ve telafi etme yükümlülüğü, zarara uğrayan Devlete, tazminat elde etmek için hemen harekete geçme hakkını vermez. Sorumlu Devlet süratle bu yükümlülüğünü yerine getirir ise, mağdur, pasif kalarak önce bir hakkına tecavüz edildiğini ve talep ettiği tazminatın gerçekleştirildiğini saptayacaktır. Buna göre ancak üçüncü bir aşamada, şayet sorumlu Devlet, zararı tazmin etmez ise, mağdur Devlet pasif durumundan çıkarak eylemde bulunabilecektir. Bu eylemini, ya sorumluyu tazmin etmeye sevk edecek tedbirler alarak gerçekleştirecek⁷¹⁸ ya da uğradığı zararı tazmin sonucunu doğuracak uygulamalarda bulunarak elde edecektir⁷¹⁹.

Ancak Milletlerarası Hukuk Komisyonu, çalışmalarının başından beri, sorumluluk kavramına çok daha geniş bir anlam vererek başka bir yola girmiştir. Komisyona göre sorumluluk, milletlerarası hukukta bir Devletin haksız fiilinden ötürü doğabilecek her türlü yeni ilişkiyi kapsar. Bu ilişki haksız fiilin faili Devlet ile doğrudan zarara uğrayan Devlet arasında kalabileceği gibi, milletlerarası hukukun diğer kişilerine de yayılabilir. Bu geniş yaklaşım, sorumlu Devletin tamir ve tazmin yükümlülüğünü olduğu kadar, karşı-önlemleri de kapsar. Diğer taraftan, sorumlu ile mağdur arasındaki ilişki, sorumlu Devletin haksız fiilinin gerçekleştiği anda oluşur; aynı şekilde, en azından bu yaklaşımda mağdur Devletler karşı eyleme geçme haklarını sorumlu Devletin tazminden kaçındığını tespit ettikleri zamanda değil ve fakat milletlerarası hukuktan doğan hakları tecavüze uğradığı anda elde ederler. Sorumluluk ilişkisini bu denli genişletmenin çeşitli tehlikeleri mevcuttur. Milletlerarası hukukun emredici kurallarından doğan yükümlülüklerin ağır ihlallerinde doğan sorumluluğunun durumu hâlâ açıklık kazanmamıştır ve Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun çalışmalarında karşı tedbirlerin sonuçlarının neler olabileceği Devletlerin son zamanlardaki uygulamalarından belli olmamıştır.

⁷¹⁸ Örneğin, misilleme uygulaması veya tecavüz halinde meşru müdafaada bulunarak.

⁷¹⁹ Örneğin, sorumlu Devletin banka varlıklarını dondurmak gibi.

F. İç Hukuk ile Milletlerarası Hukuk Arasındaki Ayrım

32. madde, “İç hukukla ilgili olmama” başlığını taşır:

Sorumlu Devlet, bu bölüme göre kendisini bağlayan yükümlülüklerine dair bir noksanlığı haklı çıkarmak için, iç hukukunun hükümlerinden yararlanamaz⁷²⁰.

3. maddeye göre, Devletin bir fiilinin milletlerarası nitelikte bir haksız fiil olarak nitelendirilmesi milletlerarası hukuktan ileri gelir. Böyle bir nitelendirme, aynı fiilin iç hukukta hukuka uygun olarak nitelendirilmesinden etkilenmez. 32. madde ise, Devletin sorumluluğundan ileri gelen, “yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesi”, “ihlâl son verme ve tekrar etmeme” ve “onarım” yükümlülüklerine dair bir noksanlığı haklı çıkarmak için, iç hukukunun hükümlerinden yararlanamayacağını düzenlemektedir.

G. Sorumluluktan Doğan Milletlerarası Yükümlülüklerin Değerlendirilmesi

33. madde, “Bu bölümde belirtilen milletlerarası yükümlülüklerin değeri” başlığı ile düzenlenmiştir:

1. Sorumlu Devletin, bu bölümde belirtilen yükümlülükleri, ihlâl edilen milletlerarası yükümlülüğün niteliğine, içeriğine ve ihlâl ediliş şartlarına bağlı olarak bir başka Devlete ya da birden çok Devlete ya da milletlerarası toplumun geneline karşı olabilir⁷²¹.

⁷²⁰ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 32; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 32, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁷²¹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 33 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 33 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

2. Bu bölüm, Devletin milletlerarası sorumluluğunun, bir Devletten başka bir kişi ya da bir birim lehine doğrudan doğurabileceği hiçbir hakka halel getirmez⁷²².

33. maddenin 1. fıkrası, Devletin sorumluluğundan ileri gelen, “yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesi”, “ihlâl son verme ve tekrar etmeme” ve “onarım” yükümlülüklerinin, ihlâl edilen milletlerarası yükümlülüğün niteliğine, içeriğine ve ihlâl ediliş şartlarına bağlı olarak bir başka Devlete ya da birden çok Devlete ya da milletlerarası toplumun geneline karşı olabileceğini düzenlenmektedir. Maddenin 2. fıkrası ise, Devletin milletlerarası sorumluluğunun kapsamının, bir Devletten başka bir kişi ya da bir birim lehine doğrudan neden olabileceği hiçbir hakka halel getirmeyeceğini belirtmektedir.

II. ZARARIN ONARIMI

A. Genel Açıklama

İkinci bap onarım çeşitleri üzerinde durmaktadır. Bunlar eski hale iade, tazminat ve tarziyedir. İkinci bap bu farklı onarım türleri arasındaki ilişkileri de düzenlemektedir. Bu şekilde 31. maddede belirtilen onarım yükümlülüğüne ilişkin ayrıntıları düzenlemektedir.

B. Onarım Şekilleri

“Onarım şekilleri”, 34. maddede düzenlenmiştir:

Milletlerarası haksız fiil ile neden olunmuş zararın tamamen onarımı, bu bap’ın hükümlerine uygun olarak, müstakillen ya da müştereken, eski hale iade, tazminat ve tarziye biçimlerine bürünür⁷²³.

⁷²² Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 33 & 2; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 33 & 2, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁷²³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 34; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 34, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

34. madde, tek tek ya da birlikte uygulanabilecek onarım çeşitlerini belirlemektedir. **Chorzow Fabrikası davasında**⁷²⁴, maddi zarar söz konusuydu. Daimi Adalet Divanı, eski hale iade ve tazminat olmak üzere iki onarım çeşidine hükmetmiştir. Bazı durumlarda, tarziye ilave bir onarım çeşidi olarak belirlenebilir. Öyleyse duruma göre zararın uygun onarımı, eski hale iade, tazminat ve tarziye şeklinde belirebilir. Nitekim 34. madde, onarımın, farklı onarım çeşitlerinin beraber uygulanmasıyla da sağlanabileceğini öngörmektedir. İhlâl edilen “birincil” milletlerarası kuralının niteliği, onarımın nasıl ve hangi yollarla sağlanacağı hususunda belirleyici olur. *Statu quo ante* ye dönüş, mağdur Devletin zarar gören haklarının neler olduğunun belirlenmesini gerektirir. Eğer *statu quo ante* ye dönülebilmesi için eski hale iade tek başına yeterli değilse ya da bu mümkün değilse ilave onarım çeşitlerine başvurulmalıdır. Bu ilave onarım yolu, esas olarak tazminat olarak uygulanır. 43. madde, mağdur Devletin uygun gördüğü onarım yolunu seçip belirleme hakkını düzenlemektedir. Mağdur Devlet, birçok durumda, eski hale iadede ziyade onarım için tazminatı seçebilir.

Onarım temin edilirken, sorumlu Devlet üzerindeki etkileri elbette akla gelmektedir. Bu etki düşünülürken ölçülülük ilkesinin uygulanmasına yer olup olmadığı ele alınmalıdır. Ölçülülüğün genel kabul gören bir tanımlaması şu şekilde yapılabilir⁷²⁵:

- a) Belli bir amaca ulaşmak için başvuru olan araç, amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır;
- b) Söz konusu araç, amaca ulaşmaya elverişli olan araçlar içinde, en az külfet yükleyen araç olmalıdır;
- c) Amaç ile araç arasında bir orantısızlık olmamalıdır.

⁷²⁴ **Chorzow Fabrikası davası**, (Usine de Chorzow), 1927, C.P.J.I., série A, n. 9.

⁷²⁵ Atakan Arda, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlaması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler”, (yayınlanmamış doktora tezi), T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2006, s. 352. Aracın, amacı gerçekleştirmek için elverişli olması kriteri, aracın gerekli olmasını da kapsamaktadır, Ibid., s. 353. Gereklilik ilkesinde, belli bir amaca ulaşmak için elverişli olan araçlar arasında karşılaştırma yapılır, Ibid., s. 354.

Orantılılık ilkesinde amaçla araç arasında karşılaştırma yapılır⁷²⁶. Olumlu anlamda, aracın ulaşılmak istenen amaçla uygun (makul) oranda bir ilişki içinde olması gerektiği anlamına gelir. Olumsuz anlamda ise, aracın ulaşılmak istenen amaçla orantısız bir ilişki içinde olamayacağı anlamına gelir. Orantılılık ilkesi “dar anlamda ölçülülük”⁷²⁷ olarak da ifade edilmektedir. Orantılılık, fayda-külfet dengesinin aranmasıdır.

Bu bap içerisinde düzenlenen onarım şekilleri için, ölçülülük ilkesinin göz önünde bulundurulup, gözetilmesi, her onarım şeklinin düzenlendiği madde içerisinde özel olarak ele alınmıştır. Örneğin, eski hale iade bakımından ölçülülük ilkesi, mağdur Devletin elde edeceği faydaya nazaran sorumlu Devletin katlanacağı külfet eğer tamamen orantısız ise, eski hale iadede vazgeçileceği şeklinde kabul edilmiştir. Tazminat bakımından, ölçülülük ilkesinin sınırı, milletlerarası haksız fiil ile uğranılan doğrudan zararların tazmin edilmesi fakat dolaylı ve uzak zararların tazminatın kapsamına girmeyeceği şeklinde öngörülmüştür. Tarziye için de, bunun zarar ile orantısız olamayacağı ifade edilmiştir. Demek ki, her onarım çeşidi için ölçülülük ilkesinin sınırı, o onarım çeşidinin kendi şartlarına göre tayin edilmektedir.

1. Eski Hale İade

“Eski hale iade”, 35. maddede düzenlenmiştir:

Milletlerarası nitelikteki bir haksız fiilin sorumlusu Devlet, ihlâl meydana gelmezden önceki halin yeniden tesis edilmesi için, eski hale iadeyi gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır; fakat eğer böyle bir eski hale iade:

a) Maddi olarak imkânsız ise;

⁷²⁶ Ibid.

⁷²⁷ “proportionality sitrico sensu”, ibid.

b) Orantılılık ilkesine göre tazminata nazaran, tercih edilmeye değer bir fayda getirmiyor ise uygulanmaz⁷²⁸.

Milletlerarası nitelikteki bir haksız fiilin sorumlusu Devlet, ihlâl meydana gelmezden önceki halin yeniden tesis edilmesi için, eski hale iadeyi gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır. Fakat eğer bu somut olarak imkânsız ise ya da orantılılık ilkesine göre tercih edilmeye değer bir fayda getirmiyor ise uygulanmaz; eski hale iade⁷²⁹ yerine tazmin etme uygulanır.

Milletlerarası düzeyde haksız fiilden sorumlu Devlet, bu haksız fiil meydana gelmeden önceki duruma iade yükümlülüğü altındadır; ancak, böyle bir eski hale iade, maddi olarak mümkün değilse ya da eski hale iade yükümlülüğü, tazminat ödeme ile karşılaştırıldığında sorumlu bakımından, açıkça orantısız bir yükümlülük getiriyorsa bu hüküm uygulanmaz⁷³⁰.

Eski hale iade, haksız fiilin gerçekleştirilmesinden önceki durumun, bu haksız fiilden kaynaklanan tüm neticelerin ortadan kaldırılması suretiyle, yeniden tesisidir. En basit haliyle, eski hale iade, örneğin, haksız olarak tutulmuş kişilerin serbest bırakılması, ya da haksız bir şekilde el konulmuş malların iadesidir. Fakat başka örneklerde eski hale iade çok daha karmaşıklaşabilir.

Eski hale iadenin tek bir tanımı yoktur. Bir tanıma göre, eski hale iade *statu quo ante* nin yeniden tesis edilmesidir. Başka bir ifade ile ihlâlden önceki duruma dönülmesidir. Başka bir tanıma göre, ihlâl meydana gelmeseydi olacak durumu sağlama aracıdır. İlk tanım daha sınırlayıcıdır. Tazmin etme imkânını dışarıda bırakmaktadır. İkinci tanım eski hale iadeyi, onarımın diğer çeşitleriyle birleştirebilme olanağını kapsamaktadır.

En geniş tanımla eski hale iade, sorumlu Devletin haksız fiilin neticelerini silmek için gerçekleştireceği en kapsamlı onarım olanağıdır. Zira haksız fiil hiç

⁷²⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 35; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 35, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁷²⁹ Lat: *restitutio in integrum*.

⁷³⁰ Carreau Dominique, s. 480 ve 481, par. 1166 ve 1167.

gerçekleşmeseydi, bulunulacak durumun tesis edilmesi demek, diğer bütün onarım olanaklarını da kapsayacak biçimde ihlâlden kaynaklanan neticelerin silinmesi, ortadan kaldırılması demektir. Eski hale iadenin önceliğini, Milletlerarası Adalet Divanı, **Chorzow Fabrikası davasında** verdiği kararında belirlemiştir. Sorumlu Devlet öncelikle eski halin iadesini gerçekleştirmek yükümlülüğündedir fakat bu olanak dışıysa, eski halin iadesinin yerini tutmak üzere, sorumlu Devlet, tazminat ödemek yükümlülüğündedir⁷³¹. Bu ilke birçok yargı kararında, eski halin iadesi mümkün olmadığına, onun yerini tutmak üzere tazminat ödenmesine karar verilmekle uygulanmıştır⁷³². Uygulamada pratik güçlükler doğursa da görülmektedir ki birçok davada Devletler, tazminat ödenmesinden ise eski halin iadesini talep etmeyi tercih etmektedirler. Bazı davalarda ise ihlâl edilen milletlerarası yükümlülüğün emredici niteliğinden ötürü, eski halin iadesinin gerçekleştirilmesinin önemi çok artabilmektedir.

Bazı davalarda ise eski hale iade tercih edilir bir onarım şekli olmamaktadır. Bunun nedenlerinden biri eski hale iadenin mağdur Devlet için diğer onarım yollarına göre tercih edilir bir faydası olmamasıdır. Örneğin iadesi gereken mal tahrip olmuştur ya da *statu quo ante* ye dönüş şu ya da bu nedenden ötürü mümkün olmamaktadır. Bu gibi durumlarda yargı mercileri, eski halin iadesi yerine, tazminata karar vermektedirler. Örneğin **Walter Fletcher Smith davasında**, hakem, ilke olarak eski hale iadenin öncelikli olmasına rağmen, kamu yararının bunu gerektirmesinden ötürü, tazminata karar verdiğini belirtmiştir⁷³³. **Aminoil davasında**, taraflar, Kuveyt Hükümetinin sözleşmeyi feshetmesinden sonra *statu quo ante* nin tekrar tesis edilmesinin mümkün olmadığına uzlaşmışlardır⁷³⁴. Eski hale iade bir maddi iade, bir sınır iadesi, kişilerin ya da malların iadesi ya da bir yasama işleminin ortadan kaldırılması şeklini alabilir ya da bu farklı şekillerin bir birleşimi olabilir.

⁷³¹ **Chorzow Fabrikası davasında** , (Usine de Chorzów), fond, 1 928, C.P.J.I., série A, no. 1 7, s. 48.

⁷³² Örneğin, **İspanyol Fas'ındaki İngiliz Malları davası**, (Biens britanniques au Maroc espagnol), Nations Unies, Recueil des Traités, vol. II 1925, s. 621-625 ve 651-742; **Propriétés religieuses expropriées par le Portugal**, Ibid., vol. I, 1920, s. 7; **Walter Fletcher Smith**, Ibid., vol. II, 1927, s. 918; **Héritiers Lebas de Courmont**, Ibid., vol. XIII, 1957, s. 764.

⁷³³ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. II, 1929, s. 918.

⁷³⁴ Government of Kuwait v. American Independant Oil Company, I.L.R., 1982, vol. 66, s. 533.

Maddi iadeye örnek olarak, tutuklanmış insanların serbest bırakılması, gemilerin iadesi ya da başka tip malların iadesi verilebilir ki bunların içinde evraklar, sanat eserleri, hisse senetleri bulunabilir⁷³⁵. Yasamaya ilişkin *statu quo ante* ye dönüş bazen yasal bir durumun eski hale iadesi ya da sorumlu Devletin bir yasama işleminin ortadan kaldırması ya da mağdur Devlet ile olan hukukî ilişkisinin eski hale iadesi olabilir. Bir anayasal ya da yasal düzenleme bir milletlerarası yükümlülüğü ihlâlini oluşturuyorsa ya da idari bir tasarrufun ya da bir yargı kararının yabancı kişiler ve mallar aleyhine haksız bir durum yaratıp milletlerarası hukukun ihlâlini oluşturuyorsa bunlar düzeltilerek eski hale iade gerçekleştirilir⁷³⁶. Bu durum, aynı zamanda, ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair garanti tesis etmek anlamına da gelmektedir.

Bütün bu örneklerde hedef, sorumlu Devlet tarafından ihlâlden önceki durumun tekrar tesis edilmesi ve milletlerarası hukuka aykırı olan durumun milletlerarası hukuka uygun hale getirilmesidir. Eski hale iadenin şekli, çoğunlukla, ihlâl edilen milletlerarası yükümlülüğün kapsamına göre belirlenecektir. Özellikle ihlâl edilen yükümlülük, milletlerarası hukukun emredici yükümlülüklerinden ise bu durumda eski hale iade çok büyük önem arz eder. Örneğin, haksız bir istila hareketinde işgalci Devletin kuvvetlerini geri çekmesi, hem ihlâle bir son verme, hem de eski hale iade anlamına gelmektedir. Fakat burada diyebiliriz ki, haksız fiilin sona erdirilmesi daha önemli noktadır. Eski hale iade yükümlülüğünün sınırı, bunun maddi olarak imkânsız olmaması ya da bundan beklenen fayda ile sorumlu Devlete yüklediği külfetin açıkça orantısız olmamasıdır.

Maddi olarak imkânsız ise eski hale iade tercih edilmez. Örneğin, iadesi gereken mallar kaybolmuş veya imha olmuş veya ekonomik değerlerini kaybetmişse eski hale iade imkân dâhilinde değildir. Sorumlu Devletin iç hukukundan kaynaklanan nedenlerden sorumlu Devletin idari ya da siyasi düzeninin arz ettiği engeller

⁷³⁵ **Buzau-Nehoiasi Demiryolu davasında** hakem mahkemesi bir Romen demiryolu şirketinin hisse senetlerinin bir alman şirketine iadesine karar vermiştir; l'affaire des Chemins de fer de Buzau-Nehoiasi, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. III, 1939, s. 1839.

⁷³⁶ **Orta Grönland'ın hukukî durumuna ilişkin davada**, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı, Norveç hükümetinin 10 Temmuz 1931 tarihli orta Grönland'ı işgal edeceğine dair yapmış olduğu bildirgenin ve bu yönde Norveç hükümetinin almış olduğu bütün önlemlerin, mevcut hukukî duruma aykırı olduğu gerekçesiyle hukuka aykırı ve geçersiz olduğuna karar vermiştir. C.P.J.I., 1933, série A/B, n o 53, s. 75.

imkânsızlık olarak değerlendirilemez. Üçüncü tarafın iyi niyetli olması ve eski hale iade talebinden de haberi olmaması durumunda, üçüncü bir Devletin sahip olduğu haklar, eski hale iadeyi imkânsız kılabilir; somut olayın koşullarına göre bu husus değerlendirilecektir.

Belirttiğimiz gibi, eski hale iade, bundan beklenen fayda ile bunun sorumlu Devlete getirdiği külfet arasındaki açık orantısızlık durumunda da tercih edilmez. Bu orantısızlık ilkesi, hakkaniyet ilkesi temelinde değerlendirilir. Eski hale iadenin tercih edilmediği durumda, onun yerini, tazminat ödeme yükümlülüğü alır. Eski hale iadenin gerçekleşmediği halde, mağdur Devletin siyasi bağımsızlığı ya da ekonomik istikrarı tehdit altında kalıyorsa her şekilde, orantılılık ilkesi ve hakkaniyet, eski hale iadenin gerçekleşmesini gerektirir.

2. Tazminat

“Tazminat”, 36. maddede düzenlenmektedir:

*1. Milletlerarası haksız fiilin sorumlusu Devlet, bu fiil ile neden olunan zararı, bu zarar eski hale iade ile onarılamadığı ölçüde, tazmin etmek yükümlülüğündedir*⁷³⁷.

*2. Tazminat, mali olarak hesaplanabilecek tüm zararı, saptanabilir olmak kaydıyla mahrum kalınan kazançlar da dâhil olmak üzere kapsar*⁷³⁸.

İlke, Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun 36. maddesinde de belirtildiği gibi, bir milletlerarası haksız fiilin sorumlusu Devletin, eski hale iade ile zarar onarılmadığı hal ve oranda tazminata mahkûm edilebilmesidir. Tazminat⁷³⁹ mali olarak hesaplanması mümkün bütün zararları kapsar; buna tespit edildiği hal ve oranda kârdan mahrumiyet da dâhildir. Zarar kavramı maddi ve manevi tüm zararları kapsayacak şekilde

⁷³⁷ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 36 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 36 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁷³⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 36 & 2; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 36 & 2, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁷³⁹ Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 69, par. 99.

tanımlanmaktadır. 36. madde bu tanımı mali olarak hesaplanabilecek tüm zararı, saptanabilir olmak kaydıyla mahrum kalınan kazançlar da dâhil olmak üzere detaylandırarak yeniden yapmaktadır. “Mali olarak hesaplanabilecek” kaydı, bir Devletin, mallarına ve uyruklarına yönelik verilen zararların dışında, manevi zarar olarak adlandırılan, onun haklarının ihlâl edilmesiyle verilen zararları 36. madde kapsamı dışında bırakmaktadır. Manevi zararların onarımı projesin 37. maddesinde ele alınan “tarziye” kapsamına girmektedir.

Uygulamada en çok karşılaşılan onarım şekli tazminattır. **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davasında**, Milletlerarası Adalet Divanı, mağdur Devletin, milletlerarası nitelikteki haksız fiil ile zarara neden olan sorumlu Devletten, tazminat alma hakkının bulunmasının, milletlerarası hukukun yerleşmiş bir kuralı olduğunu belirtmiştir⁷⁴⁰.

Eski hale iade, hukuksal açıdan öncelikle tercih edilmesine rağmen, uygulamada çoğu zaman mümkün olmamakta ve gerçekleşmemektedir. Mağdur Devlet eski hale iade yerine, kısmen ya da tamamen, projenin 35. maddesinde belirtilen şekilde, onarımı, tazminat alma şeklinde elde edebilir. Eski hale iade mümkün olsa bile, zararın eksiksiz onarımı için yeterli gelmeyebilir. Tazminat, bu durumda, eksik kalan tarafları tamamlama ve zararın tamamen onarılmasına katkıda bulunabilir. **Lusitania davasında** hakem, onarımın, zarar ile orantılı olması gerektiğini ve mağdur tarafın, kaybının tamamının onarımını elde etmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁴¹. Tazminatın işlevini, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı, eski hale iade ile zarar ve ziyanın onarımında eksik kalan miktarı tazminat ile tamamlamak olarak açıklamaktadır. Görüldüğü gibi Milletlerarası Hukuk Komisyonu Devletin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin çalışmasında çoğu ilkeyi milletlerarası yargı tarafından birçok davada verilen kararlarda şekillenmiş ve yerleşmiş ilkeleri bir araya getirmek suretiyle tekrar etmektedir. Tazminatın kayıpları karşılama işlevi, milletlerarası yargı kararlarında, Devletlerin uygulamalarında ve öğretide yerleşmiştir.

⁷⁴⁰ **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası**, (Projet Gabcikovo-Nagymaros; Hongrie/Slovaquie), C.I.J. Recueil 1 997, s. 81.

⁷⁴¹ **Lusitania davası**, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. VII, 1923, s. 39

Tazminat, mağdur Devletin ya da uyruğunun uğradığı ve mali olarak hesaplanabilen zararlarını karşılar. Tarziye ile karşılaştırıldığında tazmin etme haksız fiilden kaynaklanan maddi ve somut zararları onarma gibi bir işleve sahiptir.

Tazminatın amacı, açıktır ki, sorumlu Devletin hukukî sorumluluğu itibariyle doğan bir yükümlülük olarak, cezaî nitelikte değildir. Sorumlu Devletin cezalandırılması anlamına gelmez⁷⁴². Milletlerarası hukukta zarar-ziyan tazmini tanınmıştır. Devletin milletlerarası sorumluluğu kurumunda, zarar-ziyan tazmini, temel olarak, telafi edici niteliktedir.

Tazminata genelde para olarak hükmedilir fakat başka çeşit ekonomik değerler de bazen hükme konu olabilir. Parasal tazminat ile ihlâl ile mağdur Devletin uğradığı zararı olabildiği ve zararın ölçülebildiği oranda karşılama işlevi amaçlanır. Tazminat yükümlülüğünün kapsamı mali olarak hesaplanabilen zararlar ile sınırlandırılmıştır. Bu zararlar Devletin zararları olabildiği gibi uyruklarının da zararları olabilir. Devletin uyruğu olan gerçek kişilerin ya da tüzel kişilerin zararları diplomatik koruma çerçevesinde tazminat kapsamına girer.

⁷⁴² **Velasquez Rodriguez davasında**, Amerika İnsan Hakları Mahkemesi milletlerarası hukukta zarar ve ziyanın tazmin edilmesinin, haksız fiilden sorumlu Devletin cezalandırılması olmadığını belirtmiştir. Mahkemenin tespitiyle, milletlerarası hukukta Devletin cezalandırılması kavramı bulunmamaktadır; l'affaire Velásquez Rodríguez (Indemnisation), la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Inter-Am. Ct.H.R., Série C, no. 7, 1989, s. 52. 1946 Milletlerarası Askeri Mahkemesi'nin belirttiği gibi, "soyut kişiler değil, insanlar, milletlerarası hukukta cezalandırılması gereken ve cezalandırılan suçları işlerler". **Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international**, arrêt du 1 er octobre 1946. Gerek Nurenberg, gerek Tokyo askeri mahkemelerinde, resmi görevleri sırasında suç işlemiş Devlet yetkilileri yargılanmış ve cezalandırılmış ise de, ne Almanya ne de Japonya suçlu Devletler olarak nitelendirilmemişlerdir. Statut du Tribunal militaire international, Londres, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 82, s. 279, mad. 9 ve 10. Eski Yugoslavya ve Ruanda için kurulan özel mahkemeler de sadece insanları takip etmek için oluşturulmuştur. Eski-Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesi'nde savcı Blaskic, Devletlerin milletlerarası sorumluluğu için, "yürürlükte bulunan milletlerarası hukuk hükümlerine göre, Devletler hukukî tanımları gereği iç hukuk sistemlerinde insanlar için öngörüldüğü gibi cezaî müeyyidelere çarptırılamazlar" beyanında bulunmuştur. Affaire IT-95-14-AR 108 bis, Procureur c. Blaskic, I.L.R., vol. 110, 1997, s. 698. 17. Eski Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 827 sayılı ve 25.5.1993 tarihli kararı ile kurulmuştur. Mahkemenin tam adı, Eski Yugoslavya Ülkesinde 1991'den itibaren İşlenen Milletlerarası İnsancıl Hukukun Ağır İhlallerinden Sorumlu Suç Faillerinin Yargılanması İçin Milletlerarası Mahkeme'dir. Mahkemenin bir Savcılığı bulunmaktadır. Suç failleri ile ilgili belge ve bilgi toplamak, kovuşturma başlatmak ve gerekli ise dava açmak Savcılığın yetkisindedir. Temmuz 1998 tarihli, Milletlerarası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü uyarınca, Milletlerarası Ceza Mahkemesi, milletlerarası toplumu ilgilendiren en ağır suçlarda da yetkilidir, ancak yetkisi gerçek kişiler ile sınırlıdır. Aynı maddede Statü hükümlerinin kişilerin cezaî sorumluluğuna ait olup hiçbirisinin milletlerarası hukukta Devletlerin cezaî sorumluluklarını gerektirmeyeceği belirtilmektedir. Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juin 1998, A/CONF.183/9, mad. 25. Ayrıca Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 129-136, par. 180-187.

Diplomatik koruma kavramı⁷⁴³, kişilere tecavüz, kamu mallarına el koyma veya zarar verme durumlarında, bunların tazmin edilmesi ve tazminatlarının hesaplanması konusunda birçok işlev sağlamaktadır. Milletlerarası hukukta yerleşmiş bir ilke, bir Devletin, görevlilerinin veya uyruklarının uğradıkları zararın tazminini isteyebileceğidir. Devlet, aynı fiillerden ötürü uğradığı doğrudan zararın tazminini de ilave olarak talep hakkına sahiptir. Tazminata konu olan kişisel zarar sadece asli ve fer'i maddi zararları örneğin iş gücünden kayıp, kazanma yeteneğinin azalması, tıbbi giderler ve benzeri giderler gibi zararları, fakat aynı zamanda gayri maddi zararları da kapsamaktadır ki, bunlara millî hukuk sistemleri manevi zarar demektedir. Malvarlığı dışında bir zarardan genellikle anlaşılan, kişinin kendisine yakın, sevdiği bir diğer kişiyi kaybetmesidir⁷⁴⁴. Yine bu kavram vatandaşların malvarlığına, şahsına, özel hayatına, ikametgâhına yapılan bir tecavüzü de kapsar. Zarara uğrayan uyruğun maddi kaybı için olduğu kadar, malvarlığı dışında kalan değerleri için de parasal bir değerlendirme yapılabilir ve bu da bir tazminat talebine konu edilebilir. Örneğin, **Lusitania davasında** hakem, manevi ızdırıp, duygusal yara, aşağılanma, utanç, şerefsizlik ve sosyal bir sıfatın kaybı, saygınlık ve şöhretin zedelenmesi gibi durumlarda da milletlerarası hukukun tazminata cevaz verdiğine karar vermiştir. Denmiştir ki, “bu zararlar son derece gerçekler ve bunları ölçmek veya parasal açıdan değerlendirilmelerinin zorluğu, mağdurunun tazminata hak kazanmamasına gerekçe gösterilemez”⁷⁴⁵.

Milletlerarası yargı yerleri defalarca kişisel zararlara ödenmesi gereken tazminat miktarlarını hesaplama girişiminde bulunmuşlardır. Örneğin, **Saiga Gemisi davasında** gemi mürettebatının haksız tutuklanmaları, tutuklu kalmaları ve bu sırada uğradıkları kötü muamele için mahkeme tazminat miktarını hesaplamıştır⁷⁴⁶.

⁷⁴³ Diplomatik himaye kavramı için Bkz. Toluner Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi, Beta, İstanbul, 1996, s. 359–372. Ayrıca Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 64–65, par 93; Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 504 ve 505, par. 479; Carreau Dominique, s.459-476, par. 1114-1154.

⁷⁴⁴ Lat: *pretium doloris*.

⁷⁴⁵ **Lusitania davası**, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. VII, 1923, s. 40.

⁷⁴⁶ **Saiga Gemisi davası**, (Affaire du Navire Saiga), no. 2, Saint-Vincent-et-les Grenadines c. la Guinée, Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1 er juillet 1999.

Geleneksel olarak, kişisel zararların tazmini, oluşturulan karma komisyonlarca tespit edilir. Bu komisyonlar, önlerine gelen olaylarda, bir haksız fiil ile özgürlük engelleme, alıkoyma veya ölüm hallerinde uğranılan kişisel zararın tazminine karar vermiştir. Bu konuda meşhur olan bir formül **Lusitania davasında**, hakem Parker'in hesaplama tarzıdır. Buna göre, müteveffa öldürülmemiş olsa idi tazminat talep eden varisine bakımı, eğitimi ve yetişmesi için bir para sarf edecek idi; ayrıca varis ölüm sonucunda aile düzeninde bir sevgiden yoksun bırakılmış ve bu da variste manevi harabiyetlere yol açmıştır. İşte tazminat bütün bunlara parasal olarak biçilen değerlerin toplamı olacaktır⁷⁴⁷.

Özgürlükten alıkoyma hallerinde hakemler bazen tutuklu kılınan her gün için bir değer saptayarak hesaplamalarını yapmışlardır⁷⁴⁸. Kişilere tecavüzün tazmini hesaplamaları, insan haklarını savunan hukuk mercilerince de ele alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi veya Panamerikan mahkemesi gibi. Bu güne kadar bütün bu mercilerin hesaplayıp kararlaştırdıkları tazminat meblağları gayet makul düzeylerde kalmıştır. Bu konuda hemen hemen iki yüz yıla yakın bir süredir çeşitli yetkili yargı mercileri bu tür tazminat taleplerine bakmak durumunda olmuşlardır. Bu yargı organlarının çeşitliliği yüzünden verilen kararlar da biri birlerinden farklı olmuşlardır; ancak uğranılan maddi ve manevi zararlara ödenecek tazminatların hesaplanmalarında çok faydalı ilkeler geliştirmişlerdir. Bu ilkelerin genelinde hâkim olan yaklaşıma bakıldığında maddi zararlara ait değerlendirmenin malvarlığı haklarında uğranılan kayba göre yapıldığı görülmektedir. Bu kayıplar bazı belirgin zarar kategorilerine dayandırılır. Bunların başında anapara tazminatı gelmektedir. Bu kategoriye mahrum kılınan kâr tazmini ve ihlâlin neden olduğu giderlerinin tazmini takip etmektedirler.

1945'ten günümüze, çeşitli mahkemelerin almış oldukları kararlar özellikle millileştirilen⁷⁴⁹ ticari veya sınaî kuruluşların tazmini ile ilgili olmuştur. Bu davalarda,

⁷⁴⁷ Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. VII, 1923, s. 35.

⁷⁴⁸ Örneğin, **l'affaire du Topaze**, Ibid., vol. IX, 1903, s. 389; **l'affaire Faulkner**, Ibid., vol. IV, 1926, s. 71.

⁷⁴⁹ Millileştirme ve milletlerarası hukuk için Bkz. Toluner Sevin, "Millileştirme ve Milletlerarası Hukuk", İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No. 1374, Hukuk Fakültesi No. 298, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul, 1968. Toluner, 1964'te savunduğu tezinde, milletlerarası hukukta millileştirme neticesinde tazminat ödenmesi gerekliliğinin mevcut olup olmadığını tartışmakta ve böyle

aktifin hesaplanması ile aktifin rantının belli bir zaman süresinde ulaşacağı değer hesaplanmıştır⁷⁵⁰.

Diğer bir hesaplama şekli işletmenin net mali değerinin hesaplanmasıdır; yani net aktiflerinden, net pasiflerinin çıkartılmasıyla bulunan değerdir. İşletmenin faal olmadığı bir dönemde, işletmeye verilen zararın tazmininin söz konusu olması halinde, tasfiye değerleri üzerinden hesaplamada bulunulur⁷⁵¹.

1945'ten beri çeşitli risk ve olasılık unsurları için değerlendirme teknikleri geliştirilmeye çalışılmıştır. 36. Maddenin 2. paragrafında, mahrum kalınan kârın tazmininin, bazı durumlarda söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Milletlerarası mahkemeler, tazminat meblağını tespit ederken mahrum kalınan kârı da göz önünde tutmuşlardır. Bu duruma örnek olarak, **Cape Hom Pigéon davası**⁷⁵² ile **Sapphire International Petroleum Ltd.-National Iranian Oil Company davası**⁷⁵³ gösterilebilir. Aynı şekilde **Libyan American Oil Company-Libya davasında**⁷⁵⁴ da şirketin kontratlarında ön görülen kârın kaybı için tazminata karar verilmiştir. Ancak yine de belirtmemiz gerekir ki, mahrum kalınan kârlara ödenen tazminat kararları “muhasebeleştirilmiş” kayıplara ödenenlerden daha az olmuştur.

Üç çeşit mahrum kalınan kâr tespiti yapılabilir. Birincisi, henüz mülkiyetin alınmamış olduğu ve fakat gelir engellemesinde bulunulduğu dönem için; ikincisi, istimlak veya istirdat tarihi ile ihtilafın çözüldüğü tarih arasındaki dönem için; üçüncüsü ise ihtilafın çözümlendiği tarihten sonraki belirli bir dönem için. Bu konuda son olarak belirtmemiz gerekir ki, bazı davalarda, mahrum kalınan bir kârın bulunduğu ispat edilemediğinden bu konuda tazminat talebi reddedilmiştir. 38. madde uyarınca şayet mahrum kalınan kâr tazminatı ödenirse aynı dönem için sermayeye faiz ödenmesi söz

bir gerekliliği öngören bir milletlerarası hukuk kuralı saptamadığını belirtmektedir; s. 147–149. Haksız millileştirme kavramı için Bkz. Carreau Dominique, s. 481, par. 1167.

⁷⁵⁰ Örneğin, *l'affaire American International Group, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, 1983, Iran-U.S. C.T.R. ,s. 106.

⁷⁵¹ Örneğin, *l'affaire INA Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 1985 Iran-U.S.C.T.R.

⁷⁵² *États-Unis d'Amérique c. Russie*, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IX, 1902, s. 63.

⁷⁵³ I.L.R., vol. 35, 1963, s. 187 ve 189.

⁷⁵⁴ I.L.R., vol. 62, 1977, s. 140.

konusu olamaz zira bir sermaye aynı zamanda hem faiz ve hem de kâr sağlayamaz. Gözetilen birinci amaç bir tazminata karar verilirken mükerrer ödemede bulunmamaktır.

Milletlerarası Adalet Divanı, Milletlerarası Deniz Hukuku Mahkemesi, Amerika Birleşik Devletleri-İran Uyuşmazlığı Mahkemesi, İnsan Hakları ile ilgili mahkemeler, 1965 Washington Konvansiyonu Mahkemesi tazminat konusuyla ilgilenmişlerdir⁷⁵⁵. Birçok tazminat talebi milletlerarası sorumluluk yargı kararı ile tanınmadan, uzlaşma yolu ile de çözümlenmiştir⁷⁵⁶. 36.maddede belirtilen genel ilkelerin, yukarıda örneklerini verdiğimiz gibi, milletlerarası yargı kararlarınca uygulanan ve geliştirilen teknik ve ilkelerin bir ifadesi olarak değerlendirebiliriz.

Tazminata yol açabilecek zarar çeşitlerinin ve bunları hesaplamakta kullanılacak yöntemin niteliği somut olayda söz konusu olan “birincil yükümlülüğün” içeriğine göre değişir. Burada belirleyici olan bir diğer husus da tarafların tutumu ve adil bir çözüme ulaşma kaygısıdır. Aşağıda vereceğimiz örnekler tazmin edilebilir zarar tiplerinin ve bunların hesaplanması yöntemi için aydınlatıcı olan örneklerdir.

Devlet uçakları düşürüldüğünde, gemileri batırıldığında, diplomatik mekânları ve diplomatik personeli saldırıya uğradığında ve bunlar gibi kamu malları zarar gördüğünde ya da çevre kirliliği zarara neden olduğunda, milletlerarası bir haksız fiil neticesinde memurları yaralandığında tıbbi giderler tazminata konu olacak zararlardandır. Tamamıyla kapsayıcı bir listenin yapılması ya da tazminata konu olabilecek bütün zarar kategorilerinin önceden belirlenmesi olanak dışıdır.

Korfu Boğazı davasında, Birleşik Kırallık, üç kalemde tazminat talep etmiştir. Şöyle ki, Saumarez anti mayın gemisinin onarımı, Volage anti mayın gemisinin kaybı ve gemi personellerinin ölmesi ve yaralanmasından doğan zararların tazminini talep

⁷⁵⁵ Örneğin, **Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka** (1990), ICSID Reports, vol. 4, s. 245.

⁷⁵⁶ Örnek davalardan bazıları şunlardır: **Nauru’daki çeşitli fosfat alanlarına ilişkin dava**, (l’affaire de Certaines terres à phosphates à Nauru), C.I.J. Recueil 1992, s. 240 ve C.I.J. Recueil 1993, s. 322; **l’affaire du Passage par le Grand Belt** (Finlande c. Danemark) C.I.J. Recueil 1992, s. 348; **l’affaire de l’incident aérien du 3 juillet 1988** (République islamique d’Iran c. États-Unis d’Amérique), C.I.J. Recueil 1996, s. 9.

etmiştir. Uygulanan tekniklerin burada zikredilmesinin aydınlatıcı nitelikte olacağı kanaatindeyiz. Milletlerarası Adalet Divanı, tazminatın hesaplanması için bir uzman görevlendirilmiştir. Saumarez gemisi için Divan, geminin tekrar inşaa edilmesi ve onarımı için gerekli olduğu belirtilen bedelin, kayıp anındaki bedel olduğuna karar vermiş ve Birleşik Krallık hükümetinin talep ettiği bedeli onaylamıştır. Volage gemisi için tespit edilen zarar, uzmanlar⁷⁵⁷ tarafından Birleşik Krallığın talep ettiği bedelin oldukça aşağısında belirlenmiştir. Bunun nedeni donanım ve gemi inşa bedellerindeki hükümet talebinden daha düşük olan hesaplama. Divan davada, kaybedilen personelin ve yaralananların karşılaştığı zararların da tazminat konusu olacağına karar vermiştir⁷⁵⁸.

Bir geminin haksız bir saldırı ile hasar gördüğü ya da battığı birçok olayda tazminat doğrudan doğruya mağdur Devlet ile zararı veren Devlet arasındaki görüşmelerle çözümlenmiştir⁷⁵⁹. Bir Devletin uçaklarına verilen zararlarda da karşılıklı görüşmeler neticesinde tazminat ödendiğini görmekteyiz. Örneğin, İran ve Amerika Birleşik Devletleri arasında düşen ve 290 yolcu ve personelin öldüğü İran uçağından doğan uzlaşmazlık iki Devletin karşılıklı görüşmesiyle ve tazminat ödenmesi ile çözümlenmiştir⁷⁶⁰.

Diplomatik mekânları ya da elçilikleri ya da diplomatik personele yapılan saldırılarla verilen zararlar da sıkça tazminata neden olur. Alt yapıya, yollara ve birçok kamu malına verilen zararlar da birçok olayda tazminata konu olmuştur. Bu olayların ekseriyetinde tazminat talepleri milletlerarası sorumluluk mekanizmaları ve yargı yolları kullanılmadan ikili görüşmeler yoluyla çözümlenmiştir.

Kirlilik yüzünden doğan zararlarda da Devletlerarasında tazminat taleplerinin olduğunu görmekteyiz. Örneğin Kozmoz-954 Sovyet uydusu Ocak 1978’ de Kanada

⁷⁵⁷ Ekspertler.

⁷⁵⁸ **Korfu Boğazı davası**, (Affaire du Détroit de Corfou - fixation du montant des réparations), C.I.J. Recueil I 949, s. 249.

⁷⁵⁹ Örneğin İsrail ile Amerika Birleşik Devletleri arasındaki **USS Liberty davası**, R.G.D.I.S.,vol. 85, 1981, s. 562.

⁷⁶⁰ **Incident aérien du 3 juillet 1988**, République islamique d’Iran c. États-Unis d’Amérique, C.I.J. Recueil 1996, s. 9. dava dostane şekilde çözümlenmeden önce taraflar Divan’ın önüne gelmişler, daha sonra ikili görüşmelerle uzlaşmışlardır.

sınırında düştüğünde, Kanada, Sovyetler Birliğinden radyoaktif kirlenmenin ölçülmesi, bölgenin kapatılması, enkazın kaldırılması ve kirlenen bölgenin temizlenmesi için yapılan masrafları talep etmiştir.

Kanada bu talebini milletlerarası hukukun kurallarına ve milletlerarası ilişkilerin gerekliliklerine dayandırmıştır. Kanada olayda milletlerarası hukuk kurallarına göre hakkaniyete uygun bir tazminat ödenmesini ve yapılan masraflar ile zarar arasında açık bir nedensellik bağı olduğunu ve istenen tazminatın makul ölçülerde olduğunu söylemiştir. Talep Nisan 1981 de dostane yoldan sonuçlandırılmış ve taraflar üç milyon Kanada doları tazminat ödenmesi hususunda mutabakat sağlamışlardır. Bu bedel Kanada'nın ilk talebinin yüzde ellisidir ⁷⁶¹.

Bu konuda ifade edilmesini gerekli gördüğümüz son husus da, mağdur Devletin zarara katkıda bulunmaması meselesidir. Komisyon'un 39. maddesi, milletlerarası hukukta sorumluluk kurumu çerçevesinde uygulamada yerleşmiş bir ilkeyi tekrar etmektedir. Bu maddeye göre, tazminata karar verilirken, zarara uğrayan Devlet veya kişinin kasten veya ihmal sonucu zararın oluşmasına etki veya katkıda bulunup bulunmadığına da bakılır. 39. maddenin düzenlediği husus tazminata karar verilirken, mağdurun tutum ve davranışına da dikkat edilmesi gerektiğidir. Bu kavramın dayandırıldığı prensip, ihlâlin faili ile ihlâlin mağduru Devletlerarasında hukuken eşitlik bulundugudur. Örneğin, **La Grand** davasında, Milletlerarası Adalet Divanı, Almanya'nın ihlâli geç ihbar ettiği ve takibe geç geçtiği sonucuna varmış ve şayet Almanya tazminat istemiş olsaydı, bu durumu kararında göz önünde tutacağını beyan etmiştir ⁷⁶².

⁷⁶¹ **Protocole entre le Canada et l'URSS**, 2 avril 1981, I.L.M., vol. 20, 1981, s. 689.

⁷⁶² **La Grand** davası, (Affaire La Grand, Allemagne c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 2001.

3. Tarziye

“Tarziye”, 37. maddede düzenlenmiştir:

1. Bir milletlerarası haksız fiilden sorumlu Devlet, bu fiil ile neden olunan zarar için, bu zarar, eski hale iade ile ya da tazminat ile onarılamadığı ölçüde tarziye vermek yükümlülüğündedir⁷⁶³.

2. Tarziye, ihlâlin kabul edilmesi, üzüntünün beyan edilmesi, resmi özür dilenmesi ya da diğer uygun biçimlerde olabilir⁷⁶⁴.

3. Tarziye, zarar ile orantısız olmamalıdır ve sorumlu Devlet için küçük düşürücü bir biçim almamalıdır⁷⁶⁵.

Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun 37. maddesi tarziye başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında düzenlenen maddeye göre milletlerarası düzeyde haksız bir fiilden sorumlu olan bir Devlet, sebep olduğu zararı eski hale iade veya tazminat ile gideremediği ölçüde zararın etkilerinin ortadan kaldırılmasına yönelik tatmin edici eylemlerde bulunmakla yükümlüdür. Bu eylemleri, tarziye⁷⁶⁶ başlığı altında incelemekteyiz. Bu eylemler, ihlâlin açıkça itirafı, üzüntü beyanı, resmen özür dileme veya diğer uygun şekildeki davranış ve beyanlarla gerçekleştirilir⁷⁶⁷. Tarziye, orantılılık

⁷⁶³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 37 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 36 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁷⁶⁴ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 37 & 2; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 37 & 2, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁷⁶⁵ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 37 & 3; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 37 & 3, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁷⁶⁶ Eski bir kelime olmakla birlikte, Tarziye kelimesinin ifade edilen hususu tam olarak karşıladığı kanaatindeyiz. Sözlüğe göre, tarziye, ilk anlamı ile razı ve hoşnut etme; ikinci anlamı ile işlenen bir kusur (fiil) için özür dileme anlamına gelmektedir, (Osmanlıca Türkçe Sözlük, Bilgi Yayınları). Cemil Bilsel’in kullandığı şekilde, biz de tarziye kelimesini kullanmayı tercih ettik. Cemil Bilsel, Devletler Hukuku Birinci kitap-Devletler, İstanbul, 1941, s.329.

⁷⁶⁷ Örneğin: “İsrail Başbakanı Ehud Olmert, İsrail uçaklarınca Suriye’ye 6 Eylül’de düzenlendiği belirtilen operasyon sırasında Türk topraklarına yakıt tanklarının düşmesi nedeniyle Başbakan Recep Tayip Erdoğan’dan özür dilediğini açıkladı. Olmert haftalık olağan bakanlar Kurulu toplantısında, 23 Ekim’de Londra’da Erdoğan ile görüşmesi sırasında, düşen yakıt tanklarıyla ilgili “meydana gelebilmiş herhangi bir zarar nedeniyle” özür dilediğini kaydetti. Olmert’in kabine üyelerine, “Gerçekten (İsrail savaş uçakları) Türk hava sahasını ihlâl etmişlerse, Türkiye’nin saygı duyduğumuz egemenliğine ve

ilkesi gereğince, sebep olunan zarar ile ölçüsüz bir şekil almamalı ve sorumlu Devlet için küçük düşürücü nitelikte olmamalıdır.

Tarziye sorumlu Devletin işlemiş olduğu haksız fiil ile neden olunan zararı telafi yönünde başvurabileceği üçüncü onarım şeklidir. Ancak belirtilmesi gerekir ki klasik bir onarım şekli değildir. Bu yola başvurulmasındaki neden şu ifade ile açıklanmaktadır: “Eski hale iade ve tazminat yöntemleri ile tamiri mümkün olmayan hallerde, tarziyeye başvurulur”⁷⁶⁸.

37. madde üç fıkra içermektedir ve her biri tarziyenin özel bir niteliğine işaret eder. Birinci fıkra, tarziyenin hukukî niteliğine ve hangi tip zararların telafisinde söz konusu olabileceğine değinir. İkinci fıkra, tahdidi olmamak üzere bazı tarziye şekillerini belirtir. Üçüncü fıkra, tarziye yükümlülüğünün, eski deneyimlere dayanarak, akıl dışı ve ölçüsüz talepler şeklini almasını önlemeye yöneliktir⁷⁶⁹.

Tarziye şeklinde bir onarım yolu ile karşılık vermenin milletlerarası hukukta başvuru bir yöntem olduğunu yargı kararları doğrulamıştır. Örneğin, hakem, **Rainbow Warrior davasında**, bu onarım şekline başvurulduğunu ve özellikle manevi veya hukukî zararlarda kullanıldığını belirtmiştir⁷⁷⁰.

Devletler ve milletlerarası mahkemeler çok uzun zamandan beri bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlinde tamir yöntemi veya telafi olarak tarziyeye başvurmuşlardır. Tarziyeye uygun davranışın ne olabileceği her olayın özeliğine göre belirlenmekte olup bunu önceden kesin kalıplara sokmak uygun ve mümkün değildir. Maddenin ikinci paragrafında belirtilen bazı tarziye yöntemlerinin de yazılış şeklindeki sıralama da kanaatimizce hiçbir değerlendirme veya derecelendirmeyi yansıtmamaktadır.

toprak bütünlüğüne zarar vermeye ya da kuşku yaratmaya yönelik bir art niyetimiz yoktur” dediği belirtildi”. ; Kudüs, A.A.; 29 Ekim 2007 tarihli Milliyet Gazetesi, s. 20.

⁷⁶⁸ Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément No.10, (A/56/10).

⁷⁶⁹ Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément No.10, (A/56/10).

⁷⁷⁰ **Rainbow Warrior davasında** (Rainbow Warrior, Nouvelle-Zélande/France), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX, s. 272 ve 273.

Manevi veya maddi olmayan bir zararın giderilmesinde kullanılan en yaygın tarziye şekli yetkili bir mahkemenin eylemi gayri-meşru, gayri-hukukî ilan etmesidir. Örneğin, **Korfu Boğazı davasında**, İngiliz Deniz Kuvvetlerinin mayın temizleme harekâtının Arnavutluk'un egemenlik haklarına bir tecavüz teşkil ettiğini yargı beyan etmiştir⁷⁷¹.

Tarziye beyanlarının şeklinin nasıl olması gerektiği 37. maddenin ikinci paragrafında belirtilmemiş ise, bunun nedeni “tarziye ifadesinde” konuya vâkıf ve yetkili bir üçüncü kişinin beyanına gerek duyulmasıdır. Bu yetkili üçüncü kişi ki genellikle milletlerarası hakem veya Milletlerarası Adalet Divanı’dır; beyanın yapılmasının şeklini yetkili yargı organı kendi usul hükümlerine göre tespit edecektir. Özellikle belirtilmesi gereken bir nokta, tarziyenin cezalandırıcı bir nitelik taşıyamayacağı ve öte taraftan tazminat ya da faiz ödenmesi şeklide olamayacağıdır, fakat parasal bir ödemeyle yerine getirilebilir. Böyle bir durumda, parasal ödeme tazminat değil, tarziyedir.

C. Faizler

38. maddenin başlığı, “Faizler”dir:

*1. Bu bap uyarınca ana meblağ üzerinden ödenmesi gereken faizler, eksiksiz bir onarımı temin etmek ölçüsünde ödenir. Faiz oranı ve hesaplama biçimi bu neticeyi elde edecek şekilde belirlenir*⁷⁷².

*2. Faizler, hükmedilen anaparanın muaccel olduğu tarihten başlatılarak, ödemenin fiilen yapıldığı tarihe kadar geçen süre için uygulanır*⁷⁷³.

Ana meblağ (para) üzerinden ödenmesi gereken faizin amacı tazminatın tam ve eksiksiz yerine gelmesini sağlamaktır. Faiz oranı ve hesaplama şekli bu amacı

⁷⁷¹ **Korfu Boğazı davası**, (Affaire du Détroit de Corfou), fond, C.I.J. Recueil 1949, s. 35 ve s. 36.

⁷⁷² Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 38 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 38 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁷⁷³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 38 & 2; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 38 & 2, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

gerçekleştirecek yöntemle saptanır. Faiz konusu, Projenin 38. maddesinin düzenleme sahasıdır. Faizler, hükmedilen anaparanın muaccel olduğu tarihten başlatılarak, ödemenin fiilen yapıldığı tarihe kadar geçen süre için uygulanır.

Faiz ödemesi bağımsız bir onarım yöntemi değildir ve onarımda mutlaka bulunan bir unsur da değildir. Genelde onarım taleplerinde ayrıca istemde bulunulmakta ve mahkeme kararlarında da ayrı olarak ele alınmaktadır. Ancak milletlerarası içtihat genel bir kurala eğilimli davranmakta ve eksiksiz onarımın faizi içermesi gerektiği görüşünü benimsemektedir. Burada, İran-Amerika ihtilafında, mahkeme kararı belirtilmeye değerdir. Buna göre, “faiz talepleri, istemde bulunulan tazminatın bir bölümünü teşkil eder ve bu nedenle bağımsız bir yargı kararı gerektirmez”⁷⁷⁴. Bu nedenle mahkeme zararın tazmininde faize de karar verilmesi sonucunu beyan etmiştir.

Birleşmiş Milletler Tazminatlar Komisyonu’nun Yönetim Kurulu, 16 no’lu kararında⁷⁷⁵, zarara uğrayan kişilerin taleplerinde, zararın meydana geldiği tarih itibariyle tazminat talebine konu olabilecek zararlar için bir faiz istenmesine de karar verileceği ve bunun oranının, tazminat olarak karar verilen anaparaya, zararın meydana geldiği tarih itibariyle sahip olamamaktan uğranılan zararı telafi edecek bir oranda olacağı belirtilmiştir.

Faiz, bir tazminat şekli teşkil etmese de bir unsur olarak dikkate alınmaktadır. İnsan Hakları Mahkeme ve Divanları da, burada görülen davaların çoğunda faize karar verebilmektedirler. Örneğin, tazminatın taksitler halinde ödenmesine karar verilmesi durumunda faize de karar verilebilmektedir⁷⁷⁶. Her ne kadar içtihat ve uygulama, faizi genel olarak, tazminatın bir unsuru haline getirmeye eğimli gözükseler de, mağdur Devletin otomatik olarak faize hak kazandığı söylenemez.

Meselenin bir diğer yönü birleşik faiz konusudur. Genelde mahkemeler birleşik faiz taleplerinin karşısında olmuşlardır. Hatta, İran-ABD davasında, davacı tazminat talebinin kaynağını teşkil eden borçlanmasında birleşik faiz ödemek zorunda

⁷⁷⁴ 1987, 16 Iran-U.S. C.T.R. 285, s. 289 ve 290.

⁷⁷⁵ Allocation d’intérêts, décision 16 du 4 janvier 1993 (S/AC.26/1992/16).

⁷⁷⁶ Vincent Berger, Jurisprudence de la Cour Européenne Des Droits De L’Homme, Dalloz, 2000.

bırakıldığını ispat etmesine rağmen, milletlerarası yargı, sorumlu Devletin ödemesi gereken faizin bileşik olması talebini reddetmiştir⁷⁷⁷. Mahkemeler, kişilerin taleplerinde olduğu kadar Devletlerarası ihtilaflarda da bileşik faizi reddetmektedir.

Faizin hesaplanması için başlangıç tarihinin saptanmasında sorun ile karşılaşilmektedir. Başlangıç tarihi: ihlâl tarihi, ödemenin yapılması gereken tarih, talepte bulunulan tarih olarak belirlenebilmektedir. Aynı şekilde, faiz oranının saptanmasında da sorun vardır. Davalının talep ettiği faiz oranı, davacının kabul ettiği oran, milletlerarası borçlanma oranları ayrı değerlendirmeleri gerektirir. Bütün bu hususlarda milletlerarası düzeyde yeknesak bir uygulama mevcut değildir. Bu konuda tam bir karmaşanın hüküm sürdüğü söylenebilir ve bu neden ile faizlerin hesaplanmasında bir özel hükme gerek olduğu söylenmektedir. Dikkat edilmesi gereken önemli nokta aynı anapara için hem faiz elde edilmesine, hem de kâr elde edilmesine cevaz verilemeyeceğidir.

D. Zarara Katkı

39. madde, “Zarara katkı” başlığını taşır:

*Onarımı belirlemek için, icra suretiyle ya da ihmâl suretiyle, bilerek ya da dikkatsizlik ile mağdur Devletin ya da adına onarım talep edilen her kişinin ya da birimin zarara katımı hesaba katılmalıdır*⁷⁷⁸.

La Grand davasında, Milletlerarası Adalet Divanı, davacı Devletin davranışının, onarımın biçiminin ve tazminatın miktarının belirlenmesinde etkisi olabileceğini belirtmiştir⁷⁷⁹. Bu olayda, Almanya, ihlâli bildirmekte ve buna karşı başvuruda bulunmayı geciktirmiştir. Divan, Almanya’nın, tazminat talep etmesi

⁷⁷⁷ Islamic Republic of Iran v. United States of America, affaire no. A 9 , 1987, 16 Iran-U.S. C.T.R., s. 290.

⁷⁷⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 39; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 39, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁷⁷⁹ **La Grand** davası, (LaGrand, Allemagne c. États Unis d’Amérique), fond, 27.06.2001, par. 57 ve 116.

durumunda, Almanya'nın ihlâli ileri sürmekte gecikmesinin göz önünde bulundurulacağını beyan etmiştir.

Mağdur Devletin tutumunun, zararın büyümesine katkısı olabileceği öğretisi tarafından ortaya konulduğu gibi⁷⁸⁰, Devletlerin uygulamalarından da bu anlaşılabilir⁷⁸¹. 39. madde, “*onarımı belirlemek için, icra suretiyle ya da ihmâl suretiyle, bilerek ya da dikkatsizlik ile mağdur Devletin ya da adına onarım talep edilen her kişinin ya da birimin zarara katkısı hesaba katılmalıdır*” diyerek, bu konudaki ilkeyi yansıtmaktadır.

III. GENEL MİLLETLERARASI HUKUKUN EMREDİCİ KURALLARINDAN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN AĞIR İHLÂLLERİNE MAHSUS NETİCELER

A. Genel Açıklama

Komisyon maddeleri metninin, İkinci Bölümün Üçüncü Bap'ı **Genel Milletlerarası Hukukun Emredici Kurallarından Kaynaklanan Yükümlülüklerin Ağır İhlâlleri** başlığına sahiptir. Bu başlık altında, özel bazı ihlâllerin sonuçları belirtilmektedir. Bu ihlâllere özel bir nitelik kazandıran karakteristik husus, bunların iki kıtası ihtiva etmeleridir. Bunlardan birincisi, genel milletlerarası hukukun emredici kurallarının yükümlülüklerini ihlâl, ikincisi ise, ihlâlin boyutu ve niteliği itibarı ile

⁷⁸⁰ B. Bollecker-Stern, Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale, Paris, Pédone, 1973, s. 300–352. Öğretide, zararın, Devletin milletlerarası sorumluluğu müessesesindeki yerini etraflıca inceleyen en önemli eserlerin başında Brigitte Bollecker-Stern'in yazmış olduğu bu tez gelmektedir. Tez, 1973 yılında Fransa'da yayınlanmıştır ve hâlâ bu konudaki önemli bir başvuru kaynağıdır. Milletlerarası Hukuk Komisyonu da, zarara ilişkin öğretideki referans kaynağı olarak bu eseri işaret etmektedir. Ancak, mağdurun davranışının zarara katkısı ile ilgili olmak üzere, fransızca ve ingilizce metinlerdeki (Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 297; Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, s. 276) ortak 657 no'lu dip notta verilen ve aynı bilgini tekrar edildiği James Crawford'un eserinde (Les Articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat, Paris, Pedone, 2003), s. 288, dipnot no. 657' de, Bollecker-Stern'in eserinin 1973 baskısında işaret edilen sayfa numaraları hatalıdır. Bunlarda mağdurun davranışının zarara katkısı ile ilgili olmak üzere s. 265–300 arası gösterilmektedir. Anılan sayfalar, mücbir sebep gibi harici bir faktörün zarara etkisi ile ilgilidir. Bu faktörlerin nedensellik bağı üzerindeki etkileri ile birlikte onarımın alacağı şekil üzerinde durulmaktadır. Hâlbuki incelenen 39. maddede, mağdurun davranışının zarara katkısı üzerinde durulmaktadır ve bu husus, Bollecker-Stern'in eserinde, s. 300–352 arasındadır.

⁷⁸¹ Örneğin, **Delagoa Bay Demiryolu davası (İngiltere, ABD / Portekiz)**, (Delagoa Bay Railway; Great Britain, USA/Portugal), Moore, International Arbitrations, vol. II, s. 1865 (1900); **Wimbledon davası**, (Vapeur “Wimbledon”), 1923, C.P.J.I., série A, n. 1, s. 31. Ayrıca Bkz. Carreau Dominique, s. 447, par. 1081.

önemli, ağır bir nitelik arz etmesidir⁷⁸². Bu bap, getirdiği düzenleme ile milletlerarası hukukun çeşitli ihlalleri arasında bir nitelik ayrımı yapmaya gerek olup olmadığı meselesi üzerinde önemli bir tartışma yaratmıştır. Üçüncü Bap, iki madde içermektedir. Bunlardan ilki, bu bap'ın hukukî değerini belirtmektedir (40. madde). İkincisi ise bu bap'ta belirtilen ihlallerin hukukî neticelerini tespit etmektedir (41. madde).

Üstte ifade ettiğimiz gibi, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler arasında niteliksel bir ayrım yapılması gerekliliği önemli bir tartışmanın konusudur⁷⁸³. Milletlerarası Adalet Divanı, **Barselona Traction davasında** bu meseleyi ortaya atmıştır:

*“temel bir ayrım, Devletin milletlerarası toplumun geneline karşı olan yükümlülükleri ile diplomatik himaye çerçevesinde doğan, bir başka Devlet ile karşı karşıya olduğundaki yükümlülükleri arasında, özellikle kurulmalıdır. Kendi doğaları itibariyle birinciler bütün Devletleri ilgilendirir. Söz konusu olan hakların önemi göz önüne alındığında, korunan hakların korunmasından bütün Devletlerin hukukî bir menfaatleri olduğu düşünülebilir; söz konusu olan yükümlülükler erga omnes yükümlülüklerdir”*⁷⁸⁴.

Cemil Bilsel, 1941'de yayınlanan Devletler Hukuku adlı eserinin Birinci Kitabı olan Devletler'de, Devletlerin Mesuliyeti bahsi altında, **“Enternasyonal ahlâka ve muhadelerin kutsal nüfuzuna ağır tecavüzün mesuliyeti”** başlığı ile konuya yer vermiştir⁷⁸⁵. Bilsel, sorumluluk müessesesinin milletlerarası hukukta ne kadar önemli bir mesele olduğunu büyük bir yetkinlikle vurgulamıştır⁷⁸⁶. Bunun içerisinde de,

⁷⁸² N. Jorgensen, The Responsibility of States for International Crimes, Oxford, Oxford University Press, 2000, s. 299–314.

⁷⁸³ Bkz. Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 483, par. 464.

⁷⁸⁴ **Barcelona Traction davası**, (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 2. phase, C.I.J. Recueil 1970, s.32: “une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations erga omnes”.

⁷⁸⁵ Bilsel Cemil, s. 296.

⁷⁸⁶ **“Cemiyet hukuksuz ve hukuk mesuliyetsiz olmaz”** ilkesini Devletlerin milletlerarası sorumluluğunun gerekliliğinin ve öneminin temeline yerleştiren de gene Bilsel'dir. “Milletlerarası Cemiyet” fikrini savunduğunu da bu vecizesinde mevcut olan anlamdan kavramaktayız, zira burada ifade ettiği “Cemiyet”, “Milletlerarası Cemiyet”tir. **“Enternasyonal ahlâka ve muhadelerin kutsal nüfuzuna ağır tecavüzün mesuliyeti”** başlığı ile incelediği mesele hakkında, 2005 yılında Fransa'da yayınlanan, Birleşmiş Milletler Hukuk Komisyonu'nun başvurulması gereken eserler arasında belirttiği

milletlerarası yükümlölükler arasındaki niteliksel farkın varlığını, henüz İkinci Dünya savaşı devam ederken yayınladığı eserinde haber vermiştir.

Villalpando Santiago, Devletin milletlerarası sorumluluğu hakkındaki teorik görüşleri üç kategori altında sınıflandırmaktadır⁷⁸⁷. Bunlardan ilkinde “onarım teorisi” adını vermektedir. 19. yüzyılın sonunda ve 20. yüzyılın ilk çeyreğinde, milletlerarası sorumluluk konusunu ele alan ilk yazarlar, önemsenmesi gereken ve oldukça yaygın uygulaması olan ve çok sayıda yargı kararına konu olan bir meseleyle karşı karşıya olduklarının farkındaydılar. Sanayi devrimini takiben milletlerarası ticaretin gelişmesi neticesinde Devletlerin milletlerarası sorumluluğu meselesi önemli bir konu haline gelmişti. Buna ilaveten, özellikle Amerika kıtasında çok sayıda yeni Devletin meydana çıkması, beraberinde milletlerarası sorumluluğa ilişkin meseleleri de gündeme getirmekteydi⁷⁸⁸. Mevcut uyuşmazlıklar konu bakımından, aşağı yukarı aynı biçimde meydana gelmekteydi. Devletin ülkesinde bulunan yabancılara verilen zararlardan ötürü meydana gelen sorumluluk, özellikle iç savaşlar yüzünden sık sık gündeme gelmekteydi.

Milletlerarası sorumluluğa ilişkin meselelerin çeşitlenmesi, sorumluluğa ilişkin belirli konuların, teker teker olaylardan bağımsız olarak ele alınıp işlenmesini gerektirmiştir. Özellikle, ihlâlin neticelerinin hukuken belirlenmesi ihtiyacı kendini hissettirmekteydi. Uygulamada beliren bu ihtiyacı gidermek için hukukçular ve milletlerarası içtihat, milletlerarası haksız fiilden doğan sorumluluğunun unsurlarını ve neticelerini birbirinden farklı birçok olaya uygulanabilecek şekilde tespit etmeye yönelmiştir. Bu çalışmaların kökeninde, milletlerarası hukuk düzenini koruma düşüncesi hâkimdir⁷⁸⁹.

[Bkz. www.un.org – (03.03.2008)] ve Suzanne Bastid ödölünü alan, Santiago Villalpando’nun doktora tezi, “Devletlerin Milletlerarası Sorumluluğunda Milletlerarası Toplumun Meydana Çıkışı” başlığını taşımaktadır; Villalpando Santiago, “L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats”, PUF, Paris, 2005.

⁷⁸⁷ Villalpando Santiago, s. 129.

⁷⁸⁸ Ibid.

⁷⁸⁹ Bkz. De Visscher Charles, “La Responsabilité des Etats”, in *Bibliotheca visseriana dissertationum ius internationale illustrantium*, vol. II, s. 87-119; Anzilotti D., *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, s. 10-13; Anzilotti D., “La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers”, s. 5-29 ve 285-309; Calvo Charles, *Le Droit international*

Milletlerarası sorumluluk üzerine ilk çalışmalarda, merkezde, zararın onarılması düşüncesi yer almaktadır. Bu çerçevede, klasik olarak, Devletin sorumluluğunun teorik temelleri üç sütun üzerine kurulmuştur⁷⁹⁰ :

- 1) Milletlerarası bakımdan haksız bir fiil, bir Devletin milletlerarası hukuktan kaynaklanan bir hakkını ihlâl etmektedir⁷⁹¹ ve bu bağlamda sorumluluk iki taraflı bir hukukî ilişkidir⁷⁹². Bir tarafta hakkı ihlâl edilen ve zarar gören Devlet, diğer tarafta ise, haksız fiili işleyen ve sorumlu duruma düşmüş olan Devlet yer almaktadır⁷⁹³.
- 2) Milletlerarası sorumluluk çerçevesinde yeni ve mecburi olan bir hukukî ilişki kurulmuştur⁷⁹⁴. Sorumlu Devlet, milletlerarası haksız fiilden doğrudan zarar görerek sorumluluk ilişkisinin mağdur

théorique et pratique, vol. I, 2. baskı, Paris, Durand ve Pedone-Guillaumin-Amiot, 1870, s.400-425; Cavare Louis, Le droit international public positif, Vol. II: Les modalités des relations internationales. Les compétence respectives des Etats, Jean-Pierre Quéneudec tarafından güncellenmiş 3. baskı, Paris, Pedone, 1969, s.413-416.

⁷⁹⁰ Villalpando Santiago, s. 131.

⁷⁹¹ Anzilotti D., Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale, s. 68.

⁷⁹² Anzilotti D., “La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers”,s. 13.

⁷⁹³ Devletin sorumluluğunun iki taraflı bir hukukî ilişki olmasına ilişkin klasik görüş hakkında Bkz. De Visscher Charles, “La Responsabilité des Etats”, in Bibliotheca visseriana dissertationum ius internationale illustrantium, vol. II, s. 90; Calvo Charles, Le Droit international théorique et pratique, vol. I, 2. baskı, Paris, Durand ve Pedone-Guillaumin-Amiot, 1870, s. 399-400; Eagleton Clyde, The Responsibility of States in International Law, New York, New York University, 1928, s. 2 ve 5. Fauchille Paul, Traité de droit international public, vol. I, première partie: Paix, 8. baskı, Paris, Rousseau & cie, 1922, s. 513-515; Strupp Karl, Eléments du droit international public universel, européen et américain, Paris, Rousseau & cie, 1927, s. 220-221; Villalpando Santiago, s. 131, dipnot no. 440’dan, Heffter A. Wilhelm, Le droit international de l’Europe, Paris, Cotillon, 1883, s. 226.

⁷⁹⁴ Anzilotti D., Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale, s. 67-68 ve 72-73; Anzilotti D., Cours de droit international, Premier volume: Introduction-Théories générales, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, s. 517; Strupp Karl, Eléments du droit international public universel, européen et américain, Paris, Rousseau & cie, 1927, s. 221; Fauchille Paul, Traité de droit international public, vol. I, première partie: Paix, 8. baskı, Paris, Rousseau & cie, 1922, s. 536; Eagleton Clyde, The Responsibility of States in International Law, New York, New York University, 1928, s. 220-221 ve 224; Heffter A. Wilhelm, Le droit international de l’Europe, Paris, Cotillon, 1883, s. 227 ve 230-232.

tarafını teşkil eden Devletin zararını onarmak mecburiyetindedir⁷⁹⁵.

- 3) Devletin, milletlerarası haksız fiilden kaynaklanan milletlerarası sorumluluğu tek bir hukukî rejime sahiptir. Klasik haliyle, milletlerarası sorumluluk teorisi, ihlâlin niteliği ya da ağırlığı bakımından sorumluluğun niteliği bakımından bir ayrışmaya yer vermemektedir⁷⁹⁶.

Milletlerarası sorumluluğa ilişkin ikinci teorik görüşe göre, bütün bir hukuk düzeni, normatif anlamda zorlayıcı bir düzendir. Bu görüş Hans Kelsen tarafından geliştirilmiştir⁷⁹⁷. Bu görüşün sorumluluğa yaklaşımı, klasik görüşün dayandığı ikinci unsura dayanmak şeklinde olmuştur. Buna göre, sorumlu Devlet, sorumluluktan ötürü, haksız fiil ile neden olduğu zararı onarmak zorundadır. Hukuk düzeninin zorlayıcı karakteri uyarınca, sorumlu Devlet için onarım yükümlülüğünü yerine getirmek mecburidir. Bu mecburiyeti yerine getirmesi için sorumlu Devlete karşı baskı uygulanabilir⁷⁹⁸. Bu baskının mağdur Devlet tarafından karşı-önlemler şeklinde uygulanması milletlerarası hukuk düzeni uyarınca meşru olacaktır.

⁷⁹⁵ Calvo Charles, *Le Droit international théorique et pratique*, vol. I, 2. baskı, Paris, Durand ve Pedone-Guillaumin-Amiot, 1870, s. 107 ve 400 ; Rivier Alphonse, *Principe du droit des gens*, Paris, Rousseau, 1896, s. 41-42 ; Anzilotti D., *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale*, s.78-82; Anzilotti D., “La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers”, s. 13; Anzilotti D., *Cours de droit international*, Premier volume: Introduction-Théories générales, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, s. 467-468 ve 517; Liszt Franz von, *Le droit international. Exposé systématique*, Paris, Pedone, 1927, s. 202-203 ; Fauchille Paul, *Traité de droit international public*, vol. I, première partie: Paix, 8. baskı, Paris, Rousseau & cie, 1922, s. 535 ; Strupp Karl, *Eléments du droit international public universel, européen et américain*, Paris, Rousseau & cie, 1927, s. 226-227; Eagleton Clyde, *The Responsibility of States in International Law*, New York, New York University, 1928, s. 21 ve 182-183; Oppenheim Lassa, *International Law. A Treatise*. Volume I. Peace, 4. édition, Arnold D. MacNair (éd), Londres-New York-Toronto, Longmans-Greensand, 1928, s. 298-300; Reitzer Ladislav, *La réparation comme conséquence de l’acte illicite en droit international*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, s. 25-31. Yargı kararları örnekleri için de Bkz. : **Chorzow Fabrikası davası**, (Usine de Chorzow), 1927, C.P.J.I., série A, n. 9, s.21 ve 1928, C.P.J.I., série A, n.17, s.29.

⁷⁹⁶ Villalpando Santiago, s. 134, dipnot no 448 ve 449.

⁷⁹⁷ Kelsen Hans, *Théorie pur du droit*, Paris, Dalloz, 1962, s. 9-46; Kelsen Hans, *Principles of International Law*, 1967, s. 3-39.

⁷⁹⁸ Villalpando Santiago, s. 135.

Bu iki teorik görüşten etkilenen ve bunları geliştiren üçüncü bir görüşe göre ise, milletlerarası hukuk ihlâllerinden doğan sorumluluk için, ihlâlin niteliğine ve ağırlığına bağlı olarak bir ayrıma gidilmelidir. Böylelikle milletlerarası toplumun geneline karşı olan emredici yükümlülüklerin ağır ihlâlleri durumunda Devletin sorumluluğunun neticeleri bakımından farklı dereceler öngörülmalıdır⁷⁹⁹.

Yukarıda değindiğimiz gibi, Milletlerarası Adalet Divanı, milletlerarası hukukun çeşitli ihlâlleri arasında bir nitelik ayrımı yapmaya gerek olup olmadığı meselesini, **Barselona Traction davasında** ele almıştır. Divan'a göre, Devletlerin milletlerarası topluma karşı olan yükümlülükleri ile bir diğer Devlete karşı diplomatik koruma yükümlülüğü arasında, temel bir ayrım yapılmalıdır. Nitelikleri gereği, birinciler bütün Devletleri ilgilendirir. Devletlerin milletlerarası topluma karşı olan yükümlülüklerinin önemi icabı, bütün Devletlerin bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde, hukukî bir menfaatleri olduğu ifade edilebilir; söz konusu yükümlülükler *erga omnes* yükümlülüklerdir. Divan, diplomatik koruma konusunda, zarara uğrayan Devletin durumunu milletlerarası topluma karşı yapılmış bir ihlâlde tüm Devletlerin durumu ile benzeştirmek istiyordu. Divan, Devletlerin milletlerarası sorumlulukları hakkında, bazı yükümlülüklerin, milletlerarası topluma karşı, genel olarak ileri sürülebilir olduğunu belirtmiş ve ilgili hakların önemi nedeni ile bütün Devletlerin, bu hakların korunmasında hukukî bir menfaatleri olduğu savından hareketle, ilk kez bu dava münasebetiyle milletlerarası sorumlulukta, milletlerarası hukukun çeşitli ihlâlleri arasında bir nitelik ayrımını yerleştirmeyi hedeflemiştir.

Divan, milletlerarası hukukun çeşitli ihlâlleri arasında bir nitelik ayrımı yapmada temkinli davranmakla birlikte, milletlerarası topluma karşı yükümlülük kavramını çeşitli kereler tekrarlamıştır. **Doğu Timor davasında**, Milletlerarası Adalet Divanı, ulusların *self determination* haklarının, *erga omnes* hak olduğunu belirlemiştir⁸⁰⁰. Divan, **Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması**

⁷⁹⁹ Ago R., “Le délit international”, Recueil des cours, vol. 68 (1939/II), s. 527-531.

⁸⁰⁰ **Doğu Timor davası**, (Timor oriental, Portugal c. Australie), C.I.J. Recueil 1995, s. 102. Bir değerlendirme için Bkz: Yücel Özlem, “Doğu Timor’un Bağımsızlığına Kavuşması Karşısında Doğu Türkistan”, http://www.uyghurweb.net/Tr/d_timor.html, (10.03.2008).

Konvansiyonu’nun uygulanması davasında⁸⁰¹, antlaşmada bulunan hak ve yükümlülüklerin *erga omnes* hak ve yükümlülükler olduğuna karar vermiştir. Bu tespit, Divan’ın, talep hakkındaki *rationae temporis* yetkisinin, tarafların antlaşma ile bağlandıkları zamanla sınırlı olmadığı sonucuna varmasına katkıda bulunmuştur.

Yukarıda belirtilenlerle doğrudan ilintili bir olgu, Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun 53 ve 64. maddeleri ile milletlerarası hukukun emredici kurallarının tanınmasıdır. Bu hükümler, öylesine temel kuralların mevcudiyetini tanır ki, herhangi bir antlaşma ile bunlardan sapma mümkün değildir. Bu hükümlerin, Devletlerin milletlerarası sorumlulukları üzerinde etkileri olduğunun, öğretide de farkına varılmıştır⁸⁰². Başta, bütün milletlerarası hukuka aykırı olgulara karşı, Devletlerin milletlerarası suçları kategorisine atıfta bulunulması düşünülmüştür⁸⁰³. Ancak, bu temel normların ihlâlinde Devletler için cezaî sonuçlar gelişmediği görülmüştür. Bu suretle, milletlerarası hukukta zarar-ziyan tazmini tanınmıştır. Devletin milletlerarası sorumluluğu kurumunda, zarar-ziyan tazmini, temel olarak, telafi edici niteliktedir.

Nitekim 1946 Milletlerarası Askeri Mahkemesi’nin belirttiği gibi, “*soyut kişilikler değil, insanlar, milletlerarası hukukta cezalandırılması gereken ve cezalandırılan suçları işlerler*”⁸⁰⁴. Bu yaklaşım ile uyum halinde, gerek Nurenberg gerek Tokyo askeri mahkemelerinde, resmi görevleri sırasında suç işlemiş Devlet yetkilileri yargılanmış ve cezalandırılmış ise de, ne Almanya ne de Japonya suçlu Devletler olarak nitelendirilmemişlerdir⁸⁰⁵.

Daha yakın tarihli uygulamada, Eski Yugoslavya ve Ruanda için kurulan özel mahkemelerde de benzer bir yaklaşım görülmektedir. Her iki mahkemede sadece insanları takip etmek için oluşturulmuştur. Eski Yugoslavya Milletlerarası Ceza

⁸⁰¹ **Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Konvansiyonu’nun uygulanması davası**, (Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1996, s. 616.

⁸⁰² Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 481, par. 463-b.

⁸⁰³ Annuaire, C.D.I., 1 976, vol. II, deuxième partie, s. 89-113.

⁸⁰⁴ Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, arrêt du 1 er octobre 1946.

⁸⁰⁵ Statut du Tribunal militaire international, Londres, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 82, s. 279, mad. 9 ve 10.

Mahkemesi'nde savcı Blaskic, Devletlerin milletlerarası sorumluluğu için şu belirlemede bulunmuştur: “Yürürlükte bulunan milletlerarası hukuk hükümlerine göre, Devletler hukukî tanımları gereği, iç hukuk sistemlerinde insanlar için öngörüldüğü gibi cezaî müeyyidelere çarptırılamazlar”⁸⁰⁶. Keza, 17 Temmuz 1998 tarihli, Milletlerarası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü uyarınca, Mahkeme, milletlerarası toplumu ilgilendiren en ağır suçlarda yetkilidir, ancak yetkisi gerçek kişiler ile sınırlıdır⁸⁰⁷. Aynı maddede, Statü hükümlerinin, kişilerin cezaî sorumluluğuna ait olup, hiçbirisinin milletlerarası hukukta Devletlerin cezaî sorumluluklarını gerektirmeyeceği belirtilmektedir⁸⁰⁸. Bu bağlamda, buradaki incelemelerimizde, kuramsal olarak, Devletlerin milletlerarası sorumluluğu konusunda ortaya koyduğumuz çerçevenin dışında değildir: Devletlerin milletlerarası sorumluluğu hukukî bir sorumluluktur ve Devletlerin milletlerarası yükümlülüklerini ihlâl etmeleri neticesinde doğar.

Milletlerarası hukukun emredici kuralları, *jus cogens* olarak adlandırılan kurallar kategorisinden ileri gelen yükümlülüklerin ağır ihlâlleri için doğan sorumluluk da bu çerçevenin dışında değildir; zira Devletlerin cezaî sorumluluğu milletlerarası hukukta kendisine yer bulmayan bir kavramdır. Ancak, Milletlerarası Hukuk Komisyonu, bu ihlâllerin “özel” önemlerinden ötürü bunlarla ilgili “özel” birtakım hukukî sonuçları belirleme gereğini ortaya koymuştur. Bu sonuçlar incelediğimiz onarım şekilleri⁸⁰⁹ ile beraber uygulanır⁸¹⁰. Öğretide, hâkim bir şekilde, *jus cogens*, milletlerarası hukukun emredici, evrensel ve temel kuralları olarak tanımlanmaktadır. Bu kurallar, teker teker ve ayrı ayrı Devletlerin menfaatlerini korumak yerine, milletlerarası toplumun bütünün temel değerlerini ve menfaatlerini korumaktadır⁸¹¹. Bu tanım, Milletlerarası Hukuk Komisyonu tarafından da, antlaşmalar hukuku hakkındaki

⁸⁰⁶ Affaire IT-95-14-AR 108 bis, Procureur c. Blaskic, I.L.R., vol. 110, 1997, s. 698.

⁸⁰⁷ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juin 1998, A/CONF.183/9, mad. 25.

⁸⁰⁸ Ibid.

⁸⁰⁹ Bu onarım şekilleri, eski hale iade, tazminat ödeme ve tarziyede bulunmadır.

⁸¹⁰ Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s.66, par. 95 ve 96.

⁸¹¹ Perrin J. Georges, Droit international public, Schultess Polgraphischer Verlag, Zurich, 1999, s. 519.

Viyana Konferansı sırasında benimsenmiş ve Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 53. maddesinde *jus cogens* düzenlenmiştir⁸¹².

Öğreti, *jus cogens* in emredici kurallar olduğu konusunda mutabık olmakla birlikte, mevcut listeler çeşitli ve birbirlerinden farklıdır⁸¹³. Bu listelere giren konular ise şunlardır: Devletlerin egemenliği, Devletlerin eşitliği, doğal kaynaklar üzerinde egemenlik, denizlerin serbestliği, diplomatik bağışıklık ve dokunulmazlıklar, insan hakları, insancıl hukuk, kuvvete başvurma yasağı, korsanlık, köle ticareti, soykırım, halkların kendilerini yönetme hakkı.

Jus cogens in öğretideki savunucuları, ağırlıklı olarak, anti-pozitivist olarak nitelendirilebilir. Doğal hukuk teorisine eğilim gösteren bazı yazarlar⁸¹⁴, milletlerarası hukukun emredici kurallarının mevcudiyetini, hukuk ötesi, bazı aşkın⁸¹⁵ ya da ahlaki nedenlere dayandırmaktadır. Bu yazarların tutumunda eleştirilebilir olan husus, her yazarın kendi ahlaki ve siyasi görüş ve tercihlerine göre çok önemli gördüğü bir kuralı, evrensel öneme sahip, emredici hukuk kuralı mertebesine yükseltme eğiliminde olabilmesidir. Hâlbuki böyle bir nitelendirme ancak kişisel bir temenni olabilir, bunun milletlerarası hukuk kuralı haline gelebilmesi, Devletlerin açıkça bunu böyle kabul etmesi ya da Devletlerin uygulamasına yerleşmesi ile mümkündür.

Öğretinin, bir başka bölümü ise, *jus cogens* i, milletlerarası kamu düzeni bağlamında algılamaktadır⁸¹⁶. Öğretide bu görüşün önemli temsilcileri arasında Lauterpacht bulunmaktadır. Ona göre, antlaşmalar ile aksine düzenleme yapılamayacak ve yapılması durumunda antlaşmanın geçersizliğini doğuracak, üstün ilkeleri barındıran

⁸¹² Perrin J. Georges, *Droit international public*, Schultess Polgraphischer Verlag, Zurich, 1999, s. 519; Spinedi, s. 27-33.

⁸¹³ Perrin J. Georges, , s. 519-520.

⁸¹⁴ Örneğin Vattel, *Droit des gens*, L. II, bölüm XII, § 161; Ch. De Visscher, *Jus cogens*, s. 9. Ayrıca Bkz. Perrin J. Georges, s. 520.

⁸¹⁵ Aşkın kelimesini, deneyüstü başka ifade ile transandantal yani müteal anlamında kullanıyoruz.

⁸¹⁶ Georges Perrin'e göre, burada, iç hukuktaki anlayışın etkisi sezilmektedir. Bu düşüncesini desteklemek üzere, Perrin, Fransız Medeni Kanunu'nun 6. maddesini hatırlatmaktadır: "On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs". Madde, kamu düzenini ilgilendiren kanunlardaki hükümlerin, sözleşmeler ile geçersiz kılınmayacağına ilişkindir, başka ifade ile kamu düzenini ilgilendiren emredici hükümlerin aksine akdi düzenlemeler yapılamaz, yapılsa da bunlar geçerli olmaz. Bkz. Perrin J. Georges, s. 521, dip not 17.

kurallar, milletlerarası kamu düzenini oluşturan kurallar olarak anlaşılmalıdır⁸¹⁷. Bu görüşün eleştirilmeye müsait tarafı, iç hukukun bir kavramı olan “kamu düzeni” kavramını, milletlerarası hukuka aktarmasıdır⁸¹⁸. Milletlerarası hukukun düzenlediği toplumsal gerçeklik ya da saha, iç hukukun düzenlediği toplumsal yapıdan çok farklıdır. Dolayısıyla, iç hukuka ait bir kavramı, benzetim⁸¹⁹ yoluyla milletlerarası hukuka aktarmak çeşitli teorik ve pratik sıkıntılar doğurur. Zira aktarılan kavram, iç hukuktaki yapı ve mantık itibarıyla çeşitli müesseseler bağı ile çevrelenmiştir ve bunlar ile birlikte anlam ifade etmektedir. Milletlerarası hukukta aynı müesseseler bağı mevcut olmadığından, tek başına iç hukuktan aktarılan kavram, milletlerarası hukukun bünyesine aykırı bir takım soruları beraberinde getirmektedir. Bünye farklılığından ötürü de bu sorular, iç hukuk gözlüğünden bakıldığında uygun olarak cevaplandırılmadığında, milletlerarası hukukta çeşitli teorik ve hatta pratik sıkıntılar doğurmaktadır. Sağlıklı olan tutum, kavramları, milletlerarası hukukun düzenlediği toplumsal bünyenin niteliklerine uygun olarak, milletlerarası hukuk kaynaklı olarak üretmek ve kullanmaktır. Örneğin milletlerarası bir haksız fiilden ötürü Devletin milletlerarası sorumluluğu, milletlerarası hukuka özgü, “milletlerarası sorumluluk”tur. Bu sorumluluk türünü, iç hukuktaki çeşitli sorumluluk türlerine benzeterek nitelendirmeye çalışmak iç hukuk merkezli düşünerek, milletlerarası hukuku anlamaya çalışmaktır ve doğru neticelere ulaşılmasını güçleştirir. *Jus cogens* meselesinde de, iç hukukla kıyaslandığında noksanlığı apaçık olan çeşitli hukukî müesseseler karşısında, milletlerarası kamu düzenini oluşturan kurallar gibi ileri yorumlar yapmak yerine, “bunlar milletlerarası hukukun emredici kurallarıdır” demek daha tutarlıdır.

İncelemekte olduğumuz maddeler, Devletlerin milletlerarası hukuku ihlâl eden haksız fiilleri arasında farklı bir kategori yaratmamakta, bu fiiller arasında bir ayırım yapmamakta, bazılarını suç olarak tanımlamamaktadır⁸²⁰. Ancak, milletlerarası

⁸¹⁷ Rapport du 24 mars 1953, A/CN. 4/63, s. 218.

⁸¹⁸ “Milletlerarası kamu düzeni” ile “Milletlerarası hukuk düzeni” kavramlarının aynı anlama gelmediğine dikkat çekmek isteriz.

⁸¹⁹ Analoji kelimesi de kullanılabilir.

⁸²⁰ Wyler Eric, “Du Crime D’Etat A La Responsabilité Pour Violations Graves D’Obligations Decoulant De Normes Imperatives Du Droit International General”, Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Europeen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss. 105-120.

hukukun emredici hükümlerinin getirdiği yükümlülüklerin ihlâl edilmesi Devletlerin sorumlulukları konusunda bazı özel sonuçlar yaratmaktadır. Milletlerarası hukukun emredici kuralları, *jus cogens* kurallar ve milletlerarası toplumun bütününe karşı olan, *erga omnes* yükümlülükler, aynı olgunun farklı görünümleridir. Özünde bu iki kavramın içerikleri (*jus cogens* kurallar - *erga omnes* yükümlülükler) birbirleriyle yakından ilişkilidirler. Bununla beraber ikisi farklı kavramlardır ya da en azından aynı olgunun farklı açılardan ifadeleridir. Bu yüzden birbirleri ile karıştırılmamaları gerekir ve birbirleri yerine kullanılamazlar.

Devletin milletlerarası sorumluluğuna cezaî bir nitelik verme hususu üzerinde önemli tartışmaların yapıldığı bir konudur⁸²¹. 1976'da, Komisyon'un maddeler taslağı metnine, milletlerarası suç tabiri girdiğinden beri konunun teorik olarak derinlemesine incelenmesi ihtiyacı hissedilmiştir. Tartışmaların ve incelemelerin göbeğinde, Devletlerarası ilişkilerde, ceza sorumluluğunun mümkün olup olmadığı hususu bulunmaktadır. Bu tartışmalar neticesinde ve Devletlerin tutumu doğrultusunda, ceza sorumluluğu ve milletlerarası suç tabiri Komisyon metninden çıkartılmıştır. Bunun yerine, 2001 metninde, milletlerarası toplumun geneline karşı olan emredici yükümlülüklerin ağır ihlâllerinden ötürü doğan sorumluluğun neticelerinin ayrı olarak düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

Milletlerarası sorumluluğun, ceza sorumluluğu haline büründürülmesi meselesi, başlı başına ele alınıp incelenmesi gereken önemli bir konudur. Çünkü, Devletin milletlerarası sorumluluğunun niteliğini doğrudan değiştirebilecek bir meseledir zira klasik olarak Devletin sorumluluğu, onarımı hedefleyen hukukî sorumluluk biçiminde gelişmiştir. Sorumlu Devletin ceza yaptırımına uğratılması meselesi, sorumluluk teorisinin ve uygulamanın dışında kalmış ve kabul görmemiştir.

Ago, 1976'da, beşinci raporunda, 19. maddede, milletlerarası suçlar ve kabahatler başlığı altında, milletlerarası hukuk ihlâlleri arasında suç ve kabahat şeklinde bir nitelik farkı olduğunu ifade etmektedir⁸²². Bu düzenleme şekli, 2001'deki nihai

⁸²¹ Villalpando Santiago, s. 189.

⁸²² Annuaire de la Commission du droit international, 1976, vol. I s. 242-243, Annuaire de la Commission du droit international, 1976, vol. II (2), s. 89-113. Ayrıca Bkz. A/31/10, Rapport de la

metinde terk edilmiştir. Milletlerarası suç kavramı yerine, 2001 metninde, 40. ve 41. maddelerde, emredici yükümlülüklerin ağır ihlâli kavramı kabul edilmiştir⁸²³.

Milletlerarası suç kavramı ve Devletin ceza sorumluluğunun mümkün olup olmadığı konusu ele alınırken ilk olarak yukarıda belirttiğimiz 19. maddenin ve Komisyon'un bu madde hakkındaki açıklamaların incelenmesi gerekmektedir⁸²⁴. Aşağıda 19. maddeye yer veriyoruz.

19. madde: "Milletlerarası suçlar ve haksız fiiller"

1. İhlâl edilen yükümlülüğün konusu ne olursa olsun, bir Devletin, bir milletlerarası yükümlülüğü ihlâl eden davranışı, milletlerarası haksız fiildir.

Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session (3 mai – 23 juillet 1976); A/51/10, Report of the International Law Commission 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.

⁸²³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 40; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 40, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10) ve Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 41; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 41, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁸²⁴ Hukukî sorumluluk ve ceza sorumluluğu farkı için Bkz. Uzun Elif, s. 17-22. Elif Uzun 19. maddeyi şu şekilde tercüme etmiştir:

Madde 19-Milletlerarası suçlar ve milletlerarası haksız fiiller

Bir Devletin, milletlerarası bir yükümlülüğü ihlâl eden eylemi, ihlâl edilen yükümlülüğün konusuna bakılmaksızın, bir milletlerarası hukuka aykırı eylemdir.

Bir Devletin, ihlâli milletlerarası topluluk tarafından suç olarak kabul edilen, topluluğun temel çıkarlarının korunması için çok önemli olan bir milletlerarası yükümlülüğü ihlâl eden milletlerarası hukuka aykırı eylemi, bir milletlerarası suç oluşturur.

2. fıkra uyarınca ve yürürlükteki milletlerarası hukuk kuralları temelinde, bir milletlerarası suç, *inter alia*, şunlardan kaynaklanabilir:

saldırganlığın yasaklanması gibi, milletlerarası (savaş) ve güvenliğin devamı için asli öneme sahip bir milletlerarası yükümlülüğün ciddi ihlâli;

sömürge hakimiyetinin kuvvet kullanmayla kurulması ve devam ettirilmesinin yasaklanmasında olduğu gibi, halkların kendi kaderlerini tayin etme hakkının korunması için asli öneme sahip bir milletlerarası yükümlülüğün ciddi ihlâli;

köleleştirmenin, soykırımın ve ırk ayrımcılığının yasaklanmasında olduğu gibi, insan varlığının güven altına alınması için asli öneme sahip bir milletlerarası yükümlülüğün geniş bir alandaki ciddi ihlâli;

atmosferin ve denizlerin kirletilmesinin yasaklanmasında olduğu gibi, insan çevresinin güven altına alınması ve korunması için asli öneme sahip bir milletlerarası yükümlülüğün ciddi ihlâli;

2. fıkra uyarınca milletlerarası suç olmayan bir milletlerarası hukuka aykırı eylem, bir milletlerarası haksız fiil oluşturur.

2. Milletlerarası toplumun temel menfaatlerinin korunması için çok asli bir milletlerarası yükümlülüğün bir Devlet tarafından ihlâlinden ileri gelen bir milletlerarası haksız fiil, bu yükümlülüğün ihlâlinin milletlerarası toplumun geneli tarafından suç olarak kabul edilmesi halinde, bir milletlerarası suç teşkil eder.

3. ikinci fıkranın düzenlemesi ve yürürlükteki milletlerarası hukuk kuralları uyarınca, bir milletlerarası suç, bilhassa şunlardır:

(a) Saldırının yasaklanması gibi, milletlerarası barış ve güvenliğin korunması için temel önemde olan bir milletlerarası yükümlülüğün ağır bir ihlâli;

(b) Sömürge hâkimiyetinin güç kullanarak kurulması ve devam ettirilmesinde olduğu gibi, halkların kendi kaderlerini tayin etme hakkının korunması için temel öneme sahip bir milletlerarası yükümlülüğün ağır ihlâli;

(c) Köleliğin, soykırımın, ırk ayrımının yasaklanmasında olduğu gibi, insan varlığının korunması için temel öneme sahip bir milletlerarası yükümlülüğün ağır ve geniş ölçekte ihlâli;

(d) Atmosferin ve denizlerin ağır şekilde kirliliğinin yasaklanmasında olduğu gibi, insan çevresinin güven altına alınması ve korunması için temel öneme sahip bir milletlerarası yükümlülüğün ağır ihlâli.

4. İkinci paragraf uyarınca, milletlerarası suç teşkil etmeyen her milletlerarası haksız davranış, bir milletlerarası haksız fiil teşkil eder⁸²⁵.

⁸²⁵ A/31/10, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session (3 mai – 23 juillet 1976); A/51/10, Report of the International Law Commission 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. 19. maddenin Fransızcası ve İngilizcesi şu şekildedir:

Article 19. — Crimes et délits internationaux

1. Le fait d'un Etat qui constitue une violation d'une obligation internationale est un fait internationalement illicite quel que soit l'objet de l'obligation violée.
2. Le fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un Etat d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble constitue un crime international.

19. maddedeki, milletlerarası yükümlülüklerin ihlallerindeki ayırım, şekli bir ayırım değil fakat esastan kaynaklanan bir ayırımdır. İhlâl edilen yükümlülüğün kaynağı ne olursa olsun, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâli, milletlerarası haksız fiil teşkil eder. Dolayısıyla, yükümlülüğün kaynağını oluşturan birincil hukuk kuralının, yani, yükümlülüğü getiren milletlerarası hukuk kuralının şekli bir ayrıma neden olmamaktadır. 19. maddede, ihlaller arasındaki ayırım esastan kaynaklanmaktadır. Bu demektir ki, ihlâl edilen yükümlülüğün koruduğu hakkın temel önemi, ya da başka ifade

3. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 et d'après les règles du droit international en vigueur, un crime international peut notamment résulter :

- a) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationale(s), comme celle interdisant l'agression;
 - b) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, comme celle interdisant l'établissement ou le maintien par la force d'une domination coloniale;
 - c) d'une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celles interdisant l'esclavage, le génocide, l'*apartheid* ;
 - d) d'une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain, comme celles interdisant la pollution massive de l'atmosphère ou des mers.
4. Tout fait internationalement illicite qui n'est pas un crime international conformément au paragraphe 2 constitue un délit international.

Article 19. International crimes and international delicts

- 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.

ile yükümlülüğün yöneldiği hukukî amaç, Devletin ihlâl teşkil eden davranışları arasında bir nitelik, başka ifade ile kategorik bir ayırım yapılmasına neden olmaktadır⁸²⁶.

R. Ago'nun, Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun 2001 metninde kaldırılan, "Devletin, milletlerarası toplumun temel menfaatlerini korumak için esaslı öneme haiz yükümlülükleri"nin ihlâlini "suç" olarak tanımlayan ve Komisyon'un 1976 raporu ve 1996 maddeler metninin 19. maddesinde kendisine yer bulan görüşü, Devletin cezaî sorumluluğunu öngörmekteydi⁸²⁷. Fakat Komisyon'un 2001 metninde, eski 19. maddenin düzenlemesi yerine, yeni 40. madde (ve bununla bağlantılı 41. madde) geçirilmiştir⁸²⁸. 40. madde, "Genel Milletlerarası Hukukun Emredici Kurallarından Kaynaklanan Yükümlülüklerin Ağır İhlâlleri" kavramı çerçevesinde, milletlerarası toplumun geneline karşı sorumluluğu öngörmüştür. Bu düzenleme, Devletlerin milletlerarası hukuku ihlâl eden haksız fiilleri arasında farklı bir kategori yaratmamakta, bu fiiller arasında bir ayırım yapmamakta, bazılarını suç olarak tanımlamamaktadır. Ancak, milletlerarası hukukun emredici hükümlerinin getirdiği yükümlülüklerin ihlâl edilmesi Devletlerin sorumlulukları konusunda bazı özel sonuçlar yaratmaktadır.

⁸²⁶ Annuaire de la Commission du droit international, 1976, vol. II (2), s. 89-113: A/31/10, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session (3 mai – 23 juillet 1976), Commentaire de l'article 19, s. 89, par. 1.

⁸²⁷ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi mad.19 & 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats, art.19 & 2, Annuaire de la Commission du droit international, 1976, II/2, s. 89.

⁸²⁸ 40. ve 41 maddeler, Komisyon'un 2001 metninin 2. bölümünün 3. bab'ında "Genel milletlerarası hukukun emredici kurallarından kaynaklanan yükümlülüklerin ağır ihlâlleri" başlığı altında düzenlenmişlerdir:

40. madde: Bu bab'ın uygulanması

1. Bu bab, milletlerarası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün, Devlet tarafından ağır ihlâlden doğan milletlerarası sorumluluğuna uygulanır.
2. Böyle bir yükümlülüğün ihlâli, sorumlu devletin açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması halinde, ağırdır.

41. madde: Bu bab uyarınca, bir yükümlülüğün ağır bir ihlâlinin özel neticeleri

1. 40. madde bağlamında, her türlü ağır ihlâl son vermek için Devletler, meşru araçlarla işbirliği yapmalıdırlar.
2. Hiçbir Devlet, 40. maddeye göre ağır bir ihlâl ile meydana gelmiş bir durumu meşru olarak tanımamalıdır ve bu durumun muhafazası için yardım etmemelidir ya da destek vermemelidir.
3. Bu madde, bu bölümde öngörülen diğer sonuçları ve milletlerarası hukuka göre bir ihlâl bu bab'ın uygulanmasında oluşabilecek ilave sonuçları engellemez.

19. maddenin, ortaya koyduğu temel sorun, milletlerarası sorumluluk hukuku bakımından, devletin haksız fiilleri arasında, suç teşkil eden haksız fiiller ve suç teşkil etmeyen, sadece haksız fiiller ayrımına gidilebilir mi, ve eğer böyle bir ayrım yapılırsa, Devletin sorumluluğu rejimi, kendi içinde tek bir hukukî rejim olmaktan çıkıp, farklı ihlâl kategorilerine, farklı sorumluluk rejimlerinin uygulandığı bir mekanizma haline mi gelecektir?

Ne bir Milletlerarası Daimi Adalet Divanı kararı, ne bir Milletlerarası Adalet Divanı kararı, ne de bir milletlerarası hakem kararı yoktur ki, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlinin, milletlerarası bir haksız fiil teşkil etmediğini söylesin ve bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlinin, ihlâli işleyen Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğurmadığını belirtsin. Böyle bir karar yoktur⁸²⁹.

Buna karşılık, milletlerarası yargı kararları, ihlâl edilen milletlerarası yükümlülüğün konusuna bakmaksızın, temel kaide olarak her ihlâlin Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğuracağı hususunda birleşmiştir⁸³⁰. Devletlerin uygulamaları da bu istikamettir⁸³¹. Öğreti de bu temel kaideyi esas olarak benimsemiş ve ortaya koymuştur⁸³².

Ancak sorun, sorumluluğa neden olan ihlâller arasında bir nitelik farklılığının kabul edilip edilemeyeceğidir. Klasik teori, Devletin milletlerarası sorumluluğuna yol açan ihlâller arasında bir nitelik farkının bulunmasının Devletlerin uygulamaları bakımından mümkün olmadığını savunmaktaydı. Esasında, klasik teori, sorumluluğu hukuken incelerken, yabancılara verilen zararlar açısından meseleyi düşündüğü için, sorumluluğu hep hukukî sorumluluk olarak öngörmüş ve bütün ihlâllerin tek bir haksız

⁸²⁹ Annuaire de la Commission du droit international, 1976, vol. II (2), s. 89, par 4 ve dipnot no 441.

⁸³⁰ Annuaire de la Commission du droit international, 1976, vol. II (2), s. 89, par 4.

⁸³¹ Annuaire de la Commission du droit international, 1976, vol. II (2), s. 89-90, par 4 ve 5.

⁸³² Bu hususta örneğin Bkz. Spiropoulos J., *Traité théorique et pratique de droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1933, s. 274; Rousseau C., *Droit international public*, Paris, Sirey, 1953, s. 361; Oppenheim L., *International Law : A Treatise*, 8. éd., Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, s. 343; Cheng B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, s. 171 ve devamı.; Schwarzenberger G., *International Law*, 3. éd., Londres, Stevens, 1957, vol. I, s. 582.

fiil kategorisi teşkil ettiğini savunmuştur. Ancak iki Dünya Savaşı arasındaki zamanda, öğretide klasik teoriye karşı önemli itirazlar yükselmeye başlamıştır⁸³³.

Fakat özellikle, İkinci Dünya Savaşından sonra, klasik teoriye karşı önemli bir düşünce akımı milletlerarası hukuk öğretisinde belirmiştir⁸³⁴. Bu düşünceye göre, milletlerarası hukuk ihlalleri arasında kategorik bir ayrım vardır ve olmalıdır. Bazı ihlaller için, milletlerarası toplumun genelinin hayati öneme sahip temel menfaatlerini çiğnenmesinden ötürü, iki ayrı sorumluluk rejimi öngörülmelidir. Saldırı savaşı başlatmak, soykırım uygulamak, ırk ayrımcılığı yapmak gibi temel insani değerlerin temsil edildiği yükümlülüklerle saldıran ihlaller neticeleri itibariyle bütün insanlığın dayandığı değerler bakımından ağır sonuçlar doğurmaktadır. Böylesi ihlaller “milletlerarası suç” olarak kabul edilmeli ve klasik sorumluluktan farklı hukukî rejime tabi olmalıdır. “Milletlerarası suç”ların haricinde ise, klasik hukukî sorumluluk rejimine tabi diğer ihlaller kategorisi mevcut olacaktır. Bu tip ihlaller “suçlara” nazaran daha sınırlı ve daha hafif sonuçlar doğuran haksız fiiller kategorisine girecektir.

Milletlerarası yargı kararları incelendiğinde, ihlâl edilen milletlerarası yükümlülüklerin öneminden ötürü Devletin sorumluluğunun farklı hukukî rejimlere tabi olması gerektiğine dair bir karara rastlanmamaktadır. Hatta kararlarda, böyle bir tartışmaya da yer verilmemiştir⁸³⁵. Milletlerarası mahkemelerde, Devletlerin milletlerarası sorumluluğuna uygulanacak yaptırım olarak “onarım” gösterilmiştir. Sorumlu Devlete yüklenen onarım yükümlülüğü farklı biçimler alabilmektedir. Bu biçimler, genel olarak, eski hale iade, tazminat ve tarziyedir. Sorumluluğun getirdiği diğer yükümlülük ise, ihlâl derhâl son verme, ve gereken durumlarda, ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair güvence verilmesidir. Bunların haricinde, ihlâl edilen yükümlülüğün niteliğine ve önemine dayanarak cezaî nitelikli, farklı bir yaptırım

⁸³³ Annuaire de la Commission du droit international, 1976, vol. II (2), s. 90, par 6. Ayrıca Bkz. H. Lauterpacht, Private Law Source and Analogies in International Law, London, 1927, s. 51-71 ve devamı; H. Lauterpacht, Règle générales du droit de la paix, RdC 1937-IV, s. 99-422.

⁸³⁴ Annuaire de la Commission du droit international, 1976, vol. II (2), s. 90, par 6.

⁸³⁵ Annuaire de la Commission du droit international, 1976, vol. II (2), s. 91, par 8.

uygulanması ya da hukukî sorumluluktan başka, cezaî sorumluluğun gündeme getirilmesine rastlanmaz⁸³⁶.

Nitekim Devletler, bir milletlerarası mahkemenin ya da hakemin yargı yetkisini tanıırken, ihlâlin mevcut olup olmadığının saptanmasını ve onarımın gerekip gerekmediğinin belirlenmesini ve de onarımın çeşidinin ve şayet tazminat ödenecek ise, bunun miktarının tespit edilmesini istemektedirler⁸³⁷.

Burada ele alınmakta olunan konuyla ilgili olarak, Milletlerarası Adalet Divanı, 5 Şubat 1970 tarihli **Barcelona Traction davası** kararında, ilk defa, milletlerarası yükümlülükler arasında bir nitelik farkı mevcut olduğuna dair bir hükme varmıştır⁸³⁸.

Kararda belirtilmesi gereken önemli nokta, Divan'ın, doğrudan mağdur Devletin dışındaki Devletlerin de ve dolayısıyla milletlerarası toplumun genelinin, temel öneme sahip olmalarından ötürü, bazı milletlerarası yükümlülükler uylmasında, ortaklaşa bir hukukî menfaatlerinin bulunduğu karar vermiş olmasıdır⁸³⁹. Divan, bazı yükümlülüklerin *erga omnes* yükümlülük niteliğinde olduğunu saptamıştır. Böylelikle, milletlerarası içtihatta, bu kararla, milletlerarası yükümlülükler arasında bir nitelik farkı olduğu saptanmıştır. Bazı yükümlülükler, olağan yükümlülüklerdir⁸⁴⁰, diğerleri ise *erga omnes* yükümlülüktür.

Divan, ihlâl edilen yükümlülüklerin koruduğu hakların önemine dayanarak bazı yükümlülükleri *erga omnes* olarak nitelendirmektedir. Böylelikle yükümlülükler arasında nitelik farkı yaratmaktadır. Bunun sorumluluk bakımından önemli etkisi ise,

⁸³⁶ Bkz. Annuaire de la Commission du droit international, 1976, vol. II (2), s. 91, par. 8, dipnot no. 449.

⁸³⁷ Annuaire de la Commission du droit international, 1976, vol. II (2), s. 91, par 9.

⁸³⁸ **Barcelona Traction davası**, (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 2. phase, C.I.J. Recueil 1970, s. 32.

⁸³⁹ “Devletlerin, milletlerarası toplumun geneline karşı olan yükümlülükleri ile Devletlerin başka Devletlere karşı olan ve diplomatik koruma çerçevesinde değerlendirilecek yükümlülükleri arasında temel bir ayrım yapılması... gereklidir. Hatta doğaları itibariyle birinciler bütün Devletleri ilgilendirir. Söz konusu olan hakların öneminden ötürü, bütün Devletlerin bu hakların korunuyor olmasından hukukî bir menfaatleri olduğu kabul edilebilir; bundan kaynaklanan yükümlülükler erga omnes yükümlülüklerdir” **Barcelona Traction davası**, (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 2. phase, C.I.J. Recueil 1970, s.32.

⁸⁴⁰ Sıradan yükümlülükler de diyebiliriz.

ihlâlde bulunan Devletin milletlerarası sorumluluğunu ileri sürmeye yetkili aktörlerin kim ya da kimler olduğu meselesinde kendini göstermektedir.

Klasik sorumluluk teorisinde, sorumluluk ilişkisi, iki taraflı olarak ele alınmaktadır. Başka ifade ile sorumluluk ilişkisi, fail Devlet ile doğrudan zarar gören Devlet arasında kapalı bir ilişkidir. Bu kararın etkisi ise bunu kırmaktadır. Sadece doğrudan ihlâlden mağdur Devlet değil, ihlâl edilen yükümlülüğün *erga omnes* olmasından ötürü, bütün Devletler, fail Devletin milletlerarası sorumluluğunu ileri sürebilirler. Bu düşünce, sorumluluğu çok taraflılığa açmaktadır⁸⁴¹. Sadece fail ile mağdur Devlet arasında değil, diğer Devletler de sorumluluğu öne sürebileceklerdir. Klasik kalıp böylelikle aşılmaktadır.

Divan'a göre bu temel öneme sahip yükümlülükler gerçekten de çok sınırlı sayıdadır. Fakat bunlar bütün milletlerarası toplumu ilgilendirirler. Bu ilginin nedeni, korunan hukukî menfaatin korunmasından bütün Devletlerin hukukî yararının mevcut olmasıdır⁸⁴².

Erga omnes yükümlülükler söz konusu olduğunda, bir Devlet, sadece, ihlâlden doğrudan zarar gören doğrudan mağdur Devlete karşı yükümlülük altında değil, fakat bütün Devletlere karşı yükümlülük altındadır. Bu husus tüm Devletler için böyledir. Hepsi, ihlâlde bulunan her birinin, "milletlerarası hukukî yollardan"⁸⁴³, milletlerarası sorumluluğunu ileri sürebilir.

Milletlerarası Adalet Divanı tarafından, milletlerarası toplumun bütününe karşı olan yükümlülükler, milletlerarası hukukun emredici kurallarından türetilmişlerdir. Milletlerarası hukukun emredici kuralları, bir kısım temel yükümlülükleri ve bunların önceliklerinden bahsederken; milletlerarası toplumun bütününe karşı olan yükümlülüklerde, Devletlerin, milletlerarası hukukun emredici kurallarına karşı göstermeleri gereken öncelikli saygının hukukî görünümü ele alınmaktadır. Bunun

⁸⁴¹ Ayrıca Bkz. Spinedi Marina, "D'une Codification à l'autre: Bilateralisme et Multilateralisme Dans la Genese de la Codification du Droit des Traités et du Droit de la Responsabilité des Etats", Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Europeen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité Internationale des Etats, Paris, Pedone, 2003, s.25-56.

⁸⁴² Annuaire de la Commission du droit international, 1976, vol. II (2), s. 92, par. 10.

⁸⁴³ Annuaire de la Commission du droit international, 1976, vol. II (2), s. 92, par. 10.

neticesi olarak, milletlerarası toplumun bütününe karşı olan yükümlülüklerin ihlâlinde, her Devlet, ihlâlden ileri gelen sorumluluğu ileri sürmeye yetkilidir. Milletlerarası hukukun emredici kurallarının getirdiği milletlerarası toplumun bütününe karşı olan yükümlülüklerin ağır ihlâlleri, sadece sorumlu Devletler için değil ve fakat bütün diğer Devletler için de ilave sonuçlar doğurur.

B. Komisyon'un 40. maddesi: Milletlerarası Hukukun Emredici Kurallarının Ağır İhlâli Kavramı

40. madde, "Bu bab'ın uygulaması" başlığını taşımaktadır:

*1. Bu bab, milletlerarası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün, bir Devlet tarafından ağır ihlâlinden doğan Devletin milletlerarası sorumluluğuna uygulanır*⁸⁴⁴.

*2. Böyle bir yükümlülüğün ihlâli, sorumlu Devletin açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması halinde, ağırdır*⁸⁴⁵.

40. maddenin amacı, bu bab'ın kapsadığı ihlâlleri tanımlamaktır. Diğer ihlâllerden, milletlerarası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün ağır ihlâllerini ayırmak için, iki kıstas tespit etmektedir. Birinci kıstas ihlâl edilen yükümlülüğün niteliği hakkındadır. Bu bab'ın uygulanabilmesi için, yükümlülüğün milletlerarası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülük olması gerekir. İkinci kıstas ise ihlâlin şiddeti ile ilgilidir: İhlâl ağır olmalıdır.

İhlâlin niteliği ile ilgili kıstas, ihlâl edilen yükümlülüğün milletlerarası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülük olmasını gerektirmektedir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 53. maddesine göre, milletlerarası hukukun emredici bir kuralı:

⁸⁴⁴ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 40 & 1; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 40 & 1, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁸⁴⁵ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 40 & 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 40 & 2, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

“milletlerarası genel hukukun emredici bir 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”⁸⁴⁶.

Genel milletlerarası hukukun emredici kuralı kavramı, öğretide olduğu gibi, milletlerarası uygulamada, millî ve milletlerarası mahkemelerin içtihatlarında da kabul edilmiştir.

40. madde emredici kuralların neler olduğuna dair bir sayma yoluna gitmemiş ya da örnekler vermemiştir. Nitekim buna gerek de yoktur. Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu da örnek vermemektedir. Bir kuralın emredici olmasının nedeni, “Devletlerin milletlerarası toplumu” tarafından, bir kuralın emredici olarak kabul edilmesidir. Bir kural emredicidir, çünkü öyle olduğu kabul edilmektedir. Bundan sapmaya müsaade yoktur ve ancak daha sonra kabul edilecek bir başka emredici kural ile değiştirilebilir. Bu kurallardan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlalleri, Devletlerin, halkların yaşamları ve temel insanlık değerleri için teşkil ettikleri tehlikeler itibarıyla kabul edilemezler ve bu yüzden kendilerinden sapılmalarına müsaade yoktur. Öyleyse *jus cogens* kurallardan doğan *erga omnes* yükümlülükler, bu kuralların ihlallerini teşkil eden davranışların yasaklanmasına yönelik temel kurallardan doğar⁸⁴⁷.

Genel milletlerarası hukukun emredici kuralı kavramı, öğretide olduğu gibi, milletlerarası uygulamada, millî ve milletlerarası mahkemelerin içtihatlarında da kabul edilmiştir, demiştik. Antlaşmalar Hukuku Hakkındaki Viyana Konvansiyonu’nun 53. maddesi ile ilgili Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun sıraladığı örnekler, köle ticaretini ve köleliği yasaklayan hükümler, soykırım ve ırk ayrımına ait olan yasaklardır. Bu konuda yasaklama getiren milletlerarası antlaşmalar ve sözleşmeler çok sayıda Devlet tarafından onaylanmıştır ve kendilerinden sapılması için hiçbir istisna kabul etmemektedirler; başka bir ifade ile emredicidirler. Bunların temas ettiği konularda,

⁸⁴⁶ Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu, madde 53, Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Beta, İstanbul, 2002; Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, s. 331, madde 53.

⁸⁴⁷ Scobbie Iain, “Invocation De La Responsabilité Pour La Violation D’Obligation Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général”, Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Européen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss. 121-144.

Devletler kendi aralarında bunlara aykırı bir düzenleme yapamazlar. Viyana Konferansı sırasında Devletler bu yasaklamaların emredici oldukları hususunda tam mutabakata varmışlardır. Soykırımın yasaklanmasına gelince, emredici olma niteliği birçok millî ve milletlerarası yargı kararı ile kesinlik kazanmıştır⁸⁴⁸. Viyana Konvansiyonu’nun 53. maddesi hakkında, Milletlerarası Hukuk Komisyonu raporunun yorum kısmında⁸⁴⁹ açıkça belirtilmiş olmamasına rağmen bazı başka kuralların da emredici oldukları hakkında genel mutabakat mevcuttur. Bunlardan birisi 10 Aralık 1984 tarihli, İşkence Ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı Ve Aşağılayıcı Davranış Veya Eylemleri Yasaklayan Sözleşme’nin 1. maddesinde tanımlanan işkencenin yasaklanmasıdır⁸⁵⁰. Bu yasağın emredici niteliği gerek millî gerekse milletlerarası yargı mercilerince ve de yargısal olmayan organlarca teyit edilmiştir⁸⁵¹. Milletlerarası Adalet Divanı’nın, silahlı ihtilaflarda uygulanabilecek insani nitelikli milletlerarası hukukun temel kuralları hakkında belirttikleri, bunları emredici hüküm olarak değerlendirmeyi haklı göstermektedir⁸⁵². Nihayet, *self determination* hakkına gösterilmesi gereken saygı mecburiyeti de zikredilmeye değerdir. Milletlerarası Adalet Divanı’nın, **Doğu Timor davasında** belirttiği gibi, “*halkların kendi gelecekleri hakkında karar verebilmesi ilkesi çağdaş milletlerarası hukukun temel taşlarından birisidir ve bu da milletlerarası toplumun genelinde bu hakka saygılı olma yükümlülüğünü doğurmaktadır*”⁸⁵³.

Yukarıda verilen örnekler sınırlı, tamamlanmış bir liste teşkil etmezler ve eksiksiz de değildir. Ayrıca, Viyana Sözleşmesinin 64. maddesi, milletlerarası hukukun emredici hükümlerinin zaman içinde oluşmasını ve artabilmesini öngörmektedir. Bunun için de, 53. maddede öngörüldüğü şekilde, Devletlerin milletlerarası toplumunun geneli

⁸⁴⁸ Örneğin, l’affaire de l’Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1993, s. 439 ve 440; demande reconventionnelle, C.I.J. Recueil 1997, s. 243; le Tribunal de district de Jérusalem dans l’affaire Procureur général du Gouvernement d’Israël c. Eichmann, 1961, I.L.R., vol. 36, s. 5.

⁸⁴⁹ U.N. Doc. A/6309/Rev.1 (A/21/9), 1966.

⁸⁵⁰ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1465, s. 123.

⁸⁵¹ Örneğin, Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément No.10, (A/56/10)’ den the United Kingdom Court of Appeal in Al Adsani v. Government of Kuwait 1996, I.L.R., vol. 107, s. 540 ve 541.

⁸⁵² Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, C.I.J. Recueil 1996, s. 257.

⁸⁵³ **Doğu Timor davası**, (Timor oriental, Portugal c. Australie), C.I.J. Recueil 1995, s. 102.

tarafından kabul görmüş olması gereklidir. Bu itibarla, verilen örnekler, 53. maddeye göre belirlenen kıstaslara göre oluşacak yeni milletlerarası hukuk kurallarının ortaya çıkmasını kısıtlayıcı nitelikte değildir⁸⁵⁴.

Komisyon'un 40. maddesi, emredici hükümlerin niteliklerini tanımlama dışında, ikinci kıstas dediğimiz, bir başka sınırlamayı da getirmektedir. Buna göre ihlâl ağır olmalıdır. Ağır ihlâller, bir Devletin, bir yükümlülüğü yerine getirmeye sistematik ve ağır şekilde muhalefetini gerektirir. Muhalefet ifadesini her türlü ihlâl olasılığını kapsayacak şekilde kullanmaktayız. Ağır ifadesi ise, "belli bir öneme" ulaşması gereğini ortaya koymaktadır. Ancak bu durum bazı ihlâllerin ağır olmadıkları veya mazur görülebilecekleri şeklinde yorumlanmamalıdır. Bazı emredici hükümlerin ihlâllerinin daha az ağır olabilecekleri düşünülmeli ve bu neden ile bu bab'ın uygulanması, en ağır ve sistematik ihlâller ile sınırlandırılmalıdır. Bu neden ile Devletler bir milletlerarası hukuk ihlâline karşı tepki gösterdiklerinde, ihlâlin sistematik, açık ve tekrarlanmış olduğunun altını çizmektedirler. Aynı şekilde, milletlerarası başvuru usullerinde, örneğin, insan hakları alanında, sistematik ihlâllere farklı sonuçlar bağlanmaktadır⁸⁵⁵.

Bir ihlâlin sistematik addedilebilmesi için, organize şekilde işlenmiş olması gerekir. Münferit bir olay, organize şekilde işlenmemiş bir ihlâlin mevcudiyetini işaret etmektedir. Buna karşın ihlâlin açık olması demek, ihlâlin veya sonuçlarının yoğunluğu ile ilgilidir. Kural tarafından korunan değerlere doğrudan bir tecavüzü oluşturan açık bir ihlâli belirler. Terimler kısıtlayıcı değildir; ağır ihlâller genelde hem sistematik hem de açıktırlar. Bir ihlâlin ağırlığını oluşturan unsurlar arasında kuralı çiğneme kasdı belirtilir. İhlâlin genişliği ve sayısı, mağdurları için ağırlığını oluşturur. Ayrıca, söz konusu emredici hükümlerin bazıları, özellikle soykırım yasaklamalarını ihlâl, soykırım fiilinin niteliği icabı, geniş kapsamlı ve kasıtlı işlenen bir ihlâli gerektirir.

40. madde, ağır bir ihlâlin işlenip işlenmediğini saptamaya yönelik bir yöntem öngörmemektedir. Nitekim bu bab'taki maddelerin hiçbirinde, özel durumlara uygulanabilir yeni kurumsal usuller öngörülmemektedir. Ayrıca, bu kesimde söz konusu

⁸⁵⁴ United Nations, Treaty Series, vol. 1155, s. 331.

⁸⁵⁵ Örneğin, **Irlande c. Royaume-Uni**, C.E.D.H., Série A, no. 25, 1978.

edilen ağır ihlâller, milletlerarası hukukun gereği olarak, (muhtemelen), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi gibi yetkili milletlerarası organlar tarafından ele alınacaktır.

C. Milletlerarası Hukukun Emredici Kurallarının Ağır İhlâllerinin Özel Neticeleri

41. maddenin başlığı “Bu bap uyarınca, bir yükümlülüğün ağır bir ihlâlinin özel neticeleri”dir:

1. 40. madde bağlamında, her türlü ağır ihlâlle son vermek için Devletler, meşru araçlarla işbirliği yapmalıdırlar⁸⁵⁶.

2. Hiçbir Devlet, 40. madde bağlamında ağır bir ihlâlden doğan bir durumu meşru olarak tanımamalı ve bu durumun muhafazası için yardım etmemelidir ya da destek vermemelidir⁸⁵⁷.

3. Bu madde, bu bölümde öngörülen diğer sonuçları ve milletlerarası hukuka göre bir ihlâl bu bap’ın uygulanmasında oluşabilecek ilave sonuçları engellemez⁸⁵⁸.

Milletlerarası hukukun emredici kurallarının getirdiği, milletlerarası toplumun bütününe karşı olan yükümlülüklerin ağır ihlâllerinin sonuçları, 41. maddede ele alınmıştır. 41. madde, 40. maddede tanımlanan nitelik ve ağırlıktaki ihlâllerin özel sonuçlarını ele alır. Üç fıkradan oluşur. İlk ikisi 40. madde anlamında Devletlerin ağır ihlâllere karşı olan tutumlarına dair olan hukukî yükümlülüklerini tanımlar, üçüncüsü diğer sonuçların da saklı olduğunu belirler. Bu maddeye göre, genel milletlerarası hukukun emredici kurallarının getirdiği, milletlerarası toplumun bütününe karşı olan bir

⁸⁵⁶ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 41 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 41 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁸⁵⁷ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 41 & 2; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 41 & 2, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁸⁵⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 41 & 3; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 41 & 3, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

yükümlülüğün ağır ihlâlinin sonuçlarının başında, 40. madde anlamında bir ağır ihlâl son vermek için Devletlerin meşru araçlarla işbirliği etmeleri gelmektedir. Hiç bir Devlet, 40. maddeye göre ağır ihlâlden doğan bir durumu, meşru olarak tanımamalıdır ve bu durumun muhafazası için yardım etmemeli veya destek vermemelidir. Maddenin son fıkrasına göre ise, bu madde, bu bölümde öngörülen diğer sonuçların ve milletlerarası hukuka göre bir ihlâl uygulanacak ilave sonuçların uygulanmasını engellemez.

Görüldüğü gibi, Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun Devletin milletlerarası sorumluluğuna dair kodifikasyon projesi çalışmasında, milletlerarası hukukun emredici kurallarının getirdiği, milletlerarası toplumun bütününe karşı olan yükümlülüklerin ağır ihlâllerinin sonuçları, sorumlu Devleti hedeflememekte, diğer Devletlere yönelik, başka bir ifade ile, milletlerarası toplumun geneline yönelik yükümlülükleri belirtecek şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenleme şekline göre, belirtilen ağır ihlâl durumlarında, diğer Devletler için uyumaları gereken yükümlülükler tespit edilmiştir. Böyle olmakla beraber, mesele, Devletin milletlerarası sorumluluğunun sonuçlarının incelendiği bir bölümde ihmal edilemeyecek şekilde önemlidir. Zira Devletin, milletlerarası hukukun emredici kurallarının getirdiği milletlerarası toplumun bütününe karşı olan yükümlülüklerinin ağır ihlâllerinin unsurları 40. maddede gösterilmektedir.

1. Devletlerin İşbirliği Yapma Yükümlülüğü

41. maddenin birinci fıkrasına göre, Devletler, 40. maddede tanımlanan her türlü ağır ihlâl son vermek için işbirliği yapmak yükümlülüğü altındadırlar. Hükümde, oluşabilecek şartların çeşitliliğinden ötürü bu işbirliğinin ne şekilde olması gerektiği hususunda özel açıklama yoktur. Bu husus Birleşmiş Milletler gibi yetkili bir milletlerarası teşkilatın bünyesinde organize edilebilir. Bununla beraber birinci fıkra, Birleşmiş Milletler dışı bir işbirliğini de ihtimal dışı bırakmamaktadır. Birinci fıkra, ağır bir ihlâl son vermek için, Devletlerin hangi tedbirleri almaları gerektiğine de açıklama getirmemektedir. Böyle bir işbirliği, somut olayın koşullarına göre seçilebilecek meşru araçlarla gerçekleştirilmelidir. Meşru araçlar, milletlerarası hukukun cevaz verdiği yöntem ve araçlardır. Ancak, ağır ihlâlden doğrudan zarara uğramış olsunlar veya olmasınlar, işbirliği yükümlülüğünün bütün Devletleri ilgilendirdiği açıkça

belirtilmiştir. Ağır ihlaller karşısında, ihlâlin etkilerini gidermek için, bütün Devletlerin eş güdüm ve birbirleri ile danışarak gayret göstermeleri gereklidir.

Milletlerarası hukukun, günümüzdeki hali ile böyle bir işbirliği yükümlülüğü getirip getirmediği sorulabilir ve sorulmalıdır. Birinci fıkra, bu bağlamda, milletlerarası hukukun olumlu bir gelişmesini yansıtmaktadır. Bu da, Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun, Devletlerin milletlerarası sorumluluğuna dair bir maddeler projesi hazırlarken amacının, “olan hukuku” kodifiye etmek amacını gütmekle birlikte bunun da ötesine geçerek, Devletlerin milletlerarası sorumluluğu konusunda “olması gereken” hukuku da belirtmek ve böylelikle Devletlerin milletlerarası sorumluluğu kurumunu geliştirmek ve etkinliğini arttırmak olmasıdır. Gerçekte bazen, böyle bir işbirliği hâlihazırda oluşmaktadır; özellikle milletlerarası teşkilatlar bünyesinde, milletlerarası hukukun ağır ihlallerini etkili bir şekilde engellemek için hareket edilmektedir. Birinci fıkra, ağır ihlallere karşı, Devletlerin uygun şekilde tepki göstermesi için gerekli olan mevcut ve bazen işleyen işbirliği mekanizmasını güçlendirmeyi amaçlamaktadır.

2. Gayr-meşru Durumu Tanımama Yükümlülüğü

41. maddenin ikinci fıkrasına göre, Devletlerin, iki belirgin yükümlülüğün oluşan, ihlâle arka çıkmamak görevleri vardır. Birincisi, ağır bir ihlâlden ileri gelen bir durumu meşru olarak tanımama yükümlülüğü ve ikincisi, bu durumun devamına yardım etmeme ve destek vermeme yükümlülüğüdür.

Milletlerarası alanda ağır ihlallerin meşru olarak tanınmaması yükümlülüğünün ileri sürüldüğü örneklerden biri olarak, milletlerarası alanda zor kullanarak toprak elde etmenin geçerli olmadığı ve tanınmaması gerekliliğinin beyan edildiği 1931–1932 Mançurya krizi gösterilebilir. Devrin ABD Dışişleri Bakanı Henry Stimson, 1931–1932 Mançurya krizi münasebeti ile Milletler Cemiyeti üyelerinin büyük kısmının katıldıkları aşağıdaki beyanda bulunmuştur:

“De facto bir durumun meşruiyetini ne kabul etmek, ne de bu hükümetler veya temsilcileri arasında akdedilmiş herhangi bir antlaşmayı kabul etmek mümkün değildir. Zira bu durum Çin Cumhuriyeti’nin egemenliğine, bağımsızlığına, toprak ve idare

bütünlüğüne tecavüz teşkil eder. Bunlar da 27 Ağustos 1828 tarihli Paris Pakı'nın yükümlölük ve taahhütlerine aykırıdır"⁸⁵⁹.

Bu prensip, Birleşmiş Milletler Şartı'nın, Devletlerarasında işbirliği ve dostane ilişkilere dair milletlerarası hukuk prensiplerinde açıkça ifade edilmiştir. Devletlerin güç kullanarak toprak elde etmelerini meşru kabul etmekten kaçınacakları belirtilmiştir. Milletlerarası Adalet Divanı, **Nikaragua'daki askeri ve yarı askeri faaliyetler davasında**, Devletlerin bu deklarasyonu ittifakla kabullerinin, Divanı'nın bu davada verdiği kararda uyguladığı ilkeler dizisinde belirtilen değerlere, Devletlerin genelinin bir katılımı olarak yorumlamıştır⁸⁶⁰.

Emredici hükümlerin ihlâlinin tanınmaması uygulamasına bir örnek olarak, 1990'da Irak'ın Kuveyt'i istila etmesine, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin verdiği tepki hatırlanabilir. Irak'ın, Kuveyt ile "mutlak ve geriye dönüşü olmayan şekilde" birleştiğini beyan etmesinden sonra, Güvenlik Konseyi 1990 yıl ve 662 sayılı kararında bu ilhakın "*hiç bir hukukî dayanağı olmadığını ve mutlak butlan ile malul olduğunu ve bütün Devletlerin, milletlerarası teşkilatların ve uzman kurumların bu ilhakı tanımamalarına ve ilhakı zımnen tanıma anlamına gelebilecek her türlü tedbir ve temastan kaçınmalarına*" karar vermiştir. Esasen hiç bir Devlet bu ilhakın meşruiyetini tanımamış ve daha sonra da gayrı-meşru sonuçları ortadan kaldırılmıştır.

Halkların kendi kaderlerini tayin etme haklarının tanınmaması ile ilgili olarak, Milletlerarası Adalet Divanı, **Namibya (Güneybatı Afrika) danışma görüşünde**, bu hakkın ihlâlinin hukuka uygun olarak tanınmamasını talep etmiştir⁸⁶¹. Aynı yükümlölüklerin uygulanmasına dair örnekler, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Rodezya⁸⁶² ve Güney Afrika'da Bantustan'lar⁸⁶³ ile ilgili kararlarında da mevcuttur. Bu örnekler göstermektedir ki, 40.

⁸⁵⁹ Journal officiel de la Société des Nations, mars 1932, Supplément spécial no. 101, s. 87.

⁸⁶⁰ **Nikaragua'daki askeri ve yarı askeri faaliyetler** davası, (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986, s. 100.

⁸⁶¹ **Namibya (Güneybatı Afrika) danışma görüşünde**, (Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, s. 56.

⁸⁶² Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Résolution 216 (1965).

⁸⁶³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Résolution 31/6A (1976).

maddede tanımlanan, ağır bir ihlâl, olağan koşullarda bir tanımayı gerektirecek bir durumu yaratıyor olsa dahi, milletlerarası toplum tarafından böyle bir tanımada bulunulmayacaktır. Böyle ihlâllerde milletlerarası toplumun birlikte hareket edebilmesinin ön şartı, topluca tanımama eylemidir ve bu da 40. maddeye göre ağır ihlâl durumlarına karşı Devletlerden beklenen en asgari tepkidir.

41. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, hiçbir Devlet, ağır ihlâllerden ileri gelen bir durumu meşru olarak tanımamalıdır. Bu yükümlülük, sorumlu Devletler dâhil bütün Devletlere uygulanır. Bazı durumlarda Devlet kendi yarattığı durumu kendisi tanımak sureti ile meşrulaştırmaya çalışmıştır. Gayet tabiidir ki sorumlu Devlet, kendi ihlâlinden doğan durumu tanımak sureti ile korumaya kalkışmamalıdır. Benzer görüşler, zarara uğrayan Devlete de uygulanır; ihlâl, tanımı icabı bütün milletlerarası topluluğu ilgilendirdiğinden sorumlu Devletin, zarara uğrayan Devlete bu durumu kabul ettirmesi, milletlerarası topluluğun meseleye adil ve uygun bir çözüm aramasına engel olamaz.

Ancak, tanımama yükümlülüğünün sonuçları kesin değildir. Milletlerarası Adalet Divanı, **Namibya (Güneybatı Afrika) danışma görüşünde**, durumu her ne kadar gayrı-meşru olarak nitelese ve bundan ötürü, Birleşmiş Milletler'e üye olmayan Devletler dâhil, hiç bir Devletin tanınmasının mümkün olmadığını belirtse de, “*o topraklardaki Güney Afrika yönetiminin tanınmaması, Namibya halkını, milletlerarası işbirliğinden elde edilebilecek yararlardan yoksun bırakma sonucunu doğurmamalıdır*” demiştir⁸⁶⁴. Özellikle, Namibya adına Güney Afrika Hükümeti tarafından resmen alınan tedbirler gayrı-meşru ve batıl olunca, bu hükümsüzlük doğum, evlilik, ölüm kayıtları gibi Medenî hukuk işlemlerini kapsayamaz⁸⁶⁵.

3. Yardım ve Destek Vermeme Yükümlülüğü

İkinci fıkradaki, diğer yükümlülük, Devletlere, ağır ihlâlden doğan bir durumun sürdürülmesine ve muhafaza edilmesine yardım ve destek verilmesini

⁸⁶⁴ **Namibya (Güneybatı Afrika) danışma görüşünde**, (Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1 971, s. 56.

⁸⁶⁵ **Namibya (Güneybatı Afrika) danışma görüşü**, (Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1 971, s. 56.

yasaklar. Bu yükümlölük, milletlerarası hukukun ağır ihlâlinde, durumun uzatılmasına ve ihlâlın sürdürölmesine olanak sağlayan bütün Devletlere karşı *erga omnes* niteliği ile ileri sürölabilir. Durumun uzatılması ile ifade edilmek istenen husus, ağır ihlâl durumundan ileriye geçerek, bu ihlâlın yarattığı durumu koruma durumudur. Söz konusu yardım ve destek ile ilgili olarak, 41. madde, her Devletin, milletlerarası gayrı-meşruluğu bildiğinden hareket etmektedir, zira bir Devletin, başka bir Devletin ağır ihlâlde bulunduğunu fark etmemiş olduğunu düşünöbilmek zordur.

Bu bağlamda, ikinci fıkrada belirtilen yasaklama, durumu meşru olarak tanımama görevinin mantiki devamı olarak değerlendirilebilir. Ancak, uygulama alanı belirgindir, zira 40. madde ile tanımlanan ağır ihlâlden doğan durumların, meşru olarak tanınma olgusunu gerektirmeyen eylemleri de hedeflemektedir. Bu belirgin fark örneğin, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin, Devletlerin, sömürgeci Portekiz rejiminin veya Güney Afrika'nın gayrı-hukukî “apartheid” düzeninin korunmasını sağlayacak yardım veya desteklerini yasaklayan kararlarında görönmektedir⁸⁶⁶. Tanınmama durumunda olduğu gibi, bu kararlar 40. madde ile ilgili bütün durumlar için uygulanabilir.

⁸⁶⁶ Résolution 218 (1965) du Conseil de sécurité sur les colonies portugaises et les résolutions 418 (1977) et 569 (1985) du Conseil de sécurité sur l'Afrique du Sud.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞUNUN UYGULANMASI

I. GENEL AÇIKLAMA

Üçüncü Bölüm, Devletin milletlerarası sorumluluğunun uygulanmasını, çalıştırılmasını, diğer bir ifade ile sahneye konulmasını düzenlemektedir. Bu bölümün amacı, ikinci bölümde düzenlenen, ihlâl son verme ve onarım yükümlülüklerinin uygulanmasını ve yürütülmesini düzenlemektir. Milletlerarası hukukta, Devletin sorumluluğunun doğması, bunun başka bir Devlet tarafından ileri sürülmesinden bağımsız olsa da, buna rağmen, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlinden etkilenen Devletlerin, sorumlu Devletin ihlâl son verme ve onarım yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak için hangi yollara başvurabileceklerinin düzenlenmesi gerekmektedir⁸⁶⁷. Bunu düzenlemek için, Komisyon, üçüncü bölüme, Devletin sorumluluğunun uygulanması başlığını vermiştir. Bu bölüm iki bapтан oluşmaktadır. Birinci bap, Devletin sorumluluğunun başka Devletlerce ileri sürülmesini incelemekte, ikinci bap ise, sorumlu Devleti, sorumluluğunun getirdiği yükümlülüklerle uygun davranmaya sevk etmek için uygulanabilecek tedbirleri yani karşı-önlemleri düzenlemektedir.

II. DEVLETİN SORUMLULUĞUNA BAŞVURULMASI

A. Mağdur Devlet Tarafından Sorumluluğa Başvurulması

“Mağdur Devlet tarafından sorumluluğa başvurulması”, 42. maddenin başlığıdır:

Bir Devlet, mağdur Devlet sıfatıyla, başka bir Devletin sorumluluğuna, ihlâl edilen yükümlülük şayet:

⁸⁶⁷ Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 68–70, par. 98 ; Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 505 ve 506, par. 480-482.

a) Bu Devlete karşı bireysel olarak borç oluşturuyor ise; ya da

b) Kendisinin parçası olduğu bir grup Devlete karşı ya da milletlerarası toplumun bütününe karşı borç oluşturuyor ise ve şayet yükümlülüğün ihlali:

i) Özellikle bu Devleti etkiliyorsa, ya da

ii) Niteliği uyarınca, yükümlülüğün sonraki uygulamasının kendilerine karşı yükümlülük oluşturduğu diğer bütün Devletlerin durumunu esaslı olarak değiştiriyorsa; başvurulabilir⁸⁶⁸.

42. maddeye göre, bir Devletin milletlerarası sorumluluğuna başvurmak, ilk olarak mağdur Devletin hakkıdır⁸⁶⁹. Madde, “mağdur Devlet” tabirini, göreceli olarak dar şekilde tanımlamaktadır. Bir Devlete karşı, doğrudan neden olunan zarar ya da sınırlı sayıda Devlete verilen zarar ile kolektif menfaatten ötürü birçok Devletin hukukî menfaatlerinin zarar gördüğü durumları birbirinden ayırmaktadır. Son durum 48. maddede ele alınır.

Bu bölüm, Devletin sorumluluğuna, bir başka Devlet tarafından başvurulmasını ele almaktadır. Bu çerçevede, başvurma, nispeten resmi bir biçimde Devletin sorumluluğunu ileri sürmek için gerekli yolların takip edilmesi olarak anlaşılmalıdır. Örneğin bir Devletten sorumluluğundan ötürü talepte bulunma, ya da milletlerarası bir mahkemeye ya da bir divana gitme bu yollar arasında gösterilebilir. Bir Devlet, diğer bir Devletin sorumluluğuna, sadece onun bir milletlerarası yükümlülüğü ihlâl ettiğini tespit ettiğini ve onun buna uymak zorunda olduğunu ileri sürmek için ya da bu durumdan kaynaklanan haklarını saklı tuttuğunu beyan etmek için başvurmamaktadır. Bu bölümde düzenlenen hükümlerle belirtilen sorumluluğa başvurma, bir Devletin sorumluluğunu ileri sürmekten ibaret değildir. Ya da daha kesin bir ifade ile hatta onun sorumlu olduğunu ileri sürmek dahi değildir. Sorumluluğunu ileri sürmenin de ötesinde bundan doğan yükümlülüklerin (onarım yükümlülüğü hatırlanmalıdır) yerine

⁸⁶⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 42; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 42, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁸⁶⁹ Bkz. Carreau Dominique, s. 458 ve 459, par. 1111-1113.

getirilmesini istemek ve sorumlu Devleti bunlara uymaya sevk etmek için gerektiğinde tedbir almaktır. Sorumluluk müessesesine başvurmadır. Nitekim sorumluluğun ileri sürülmesi değil de, sorumluluğa başvurulması denilmesinin nedeni budur. Bundaki mantık, hukuken mevcut bir sorumluluğa, gereklerinin temin edilmesi için başvurulmasıdır. Bir Devletin, bir başka Devlete, antlaşmalardan ya da diğer bir milletlerarası hukuk kuralından kaynaklanan yükümlülüğünü ihlâl ettiğini ileri sürmesi ile sorumluluğundan ötürü uğradığı zararların onarılmasını istemesi arasında fark vardır. İlki herhangi bir diplomatik yoldan iletebilir. Fakat diplomatik himaye hakkının söz konusu olduğu bir durumda olduğu gibi, sorumlu Devletten onarım talep etmek, Devletlerarasında somut bir ihtilafın ve somut bir hak ihlâlinin mevcut olduğunu ileri sürmektir ve bundan ötürü uğranılan zararın giderilmesini istemektir. Bu bölümde düzenlendiği üzere, ikinci durumda, Devlet, sorumluluğun gereklerine uyulması için ve onarımı elde edebilmek için, sorumlu Devlete yönelik, karşı-önlemler de tatbik edebilir. Bunun için ihlâl edilen özel ve somut bir hak mevcut olmalıdır. Bu hakkın çiğnenmesi ile özel ve somut hak sahibi Devlet, mağdur Devlet statüsünü kazanmaktadır.

Bu mağdur Devlet, bu bölümde tespit edilen bütün yollara başvurabilir. İkinci bölümde tarif edilen, sorumluluğa bağlanan neticeleri talep edebilir. Bunları elde etmek için, bir başka türlü ifadeyle, sorumlu Devleti bunlara uygun davranmaya sevk etmek için, ona yönelik, karşı-önlemler uygulayabilir. Burada söz konusu olan mağdur Devlet ile ihlâl edilen milletlerarası yükümlülükten genel bir menfaati olan diğer bütün Devletleri, birbirinden ayırmak gereklidir. İkincilerin durumuna 48. maddede değinilmektedir.

Her ne kadar düzenleme yaptıkları konular farklı da olsa, burada ele alınan 42. madde, Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 60. maddesini anımsatmaktadır⁸⁷⁰. 42. madde, kaynağı hangi milletlerarası hukuk kuralı olursa olsun bütün milletlerarası yükümlülüklerin ihlâlinde doğacak sorumluluk için düzenleme öngörmektedir. Hâlbuki Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 60. maddesi,

⁸⁷⁰ Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 60. maddesinin başlığı, "Bir antlaşmanın ihlâl edilmesi sonucu sona erdirilmesi veya yürürlüğünün askıya alınması"dır. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu; Convention de Vienne sur le droit des traités, Nation Unies, Recueil des traités, vol. 1155; İngilizce metin için Bkz. 63 AJIL 1969, ya da UNTS, vol. 1155; Türkçe metin için Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar.

sadece antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlâli içindir. 60. madde, antlaşmayı askıya alma ya da sona erdirmeye hakkını tanımakla beraber, ihlâlden kaynaklanan sorumluluk için bir düzenleme öngörmemekte, sorumluluğun, zararın onarımını hedefleyen esas neticelerine hiç değinmemektedir.

Mağdur Devletin, sorumluluğa başvurabilmesi için, 42. madde üç hal öngörmektedir.

Bunlardan ilki, mağdur Devletin doğrudan bir hakkının bulunması, başka türlü ifade ile yükümlülüğün ona karşı şahsi ve doğrudan bir borç yüklemesidir. Örneğin, kabul eden Devletin, gönderen Devletin diplomatik temsilciliğini koruması yükümlülüğünde olduğu gibi⁸⁷¹. Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Konvansiyonu’nun ihlâli hallerinde, doğrudan ihlâlden mağdur olan Devletin yanı sıra, bütün Devletlerin genel bir menfaatinin de çiğnenmesi durumu ihmal edilmemelidir. Fakat bu onlara mağdur Devlet statüsü vermez. Çünkü söz konusu olan genel bir menfaattir ve kural *jus cogens* değildir. **Tahran’daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava**’da⁸⁷², Divan, İran’ın davranışının esaslı surette haksız bir nitelikte olduğunu belirtmiştir. Bu davranışın, milletlerarası toplum arasındaki ilişkilerin sürdürülebilir ve geliştirilebilir olması için uyulması gereken temel yükümlülüklerle “radikal şekilde aykırı” olduğu tespitinde bulunulmuştur. Buna rağmen olayda, *jus cogens* nitelikte bir kuralın ihlâli mevcut değildir.

İkinci hâl, yükümlülük, ona karşı doğrudan ve şahsi bir borç yüklemese dahi, ihlâlden, Devletin özel olarak etkilenmesidir. İki taraflı antlaşmalarda, yükümlülüğünü ihlâl eden Devlet karşısında diğer taraf mağdur Devlet statüsünü kazanmaktadır. Çok taraflı antlaşmalar bakımından ise, antlaşmanın hükümleri taraf Devletlerden birine karşı özellikle şahsi bir yükümlülük getirebilir. Bu durumda ihlâl ile kendisine doğrudan bir hak tanınan ve bunun ihlâlinden ötürü mağdur olan Devlet sorumluluğa başvurabilecektir. Bu husus, maddede, yükümlülüğün ihlâlinin, mağdur Devlete özel olarak dokunması şeklinde ifade edilmiştir. Bir Devlet, şayet ihlâl edilen yükümlülük,

⁸⁷¹ Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Konvansiyonu’nun 22. maddesi; Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 500, s. 95.

⁸⁷² **Tahran’daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava**, (Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran), C.I.J. Recueil 1980, s. 42 ve 43.

kendisinin parçası olduğu bir grup Devlete karşı ya da milletlerarası toplumun bütününe karşı borç oluşturuyor ise ve şayet yükümlülüğün ihlâli, özellikle bu Devlete dokunuyorsa, mağdur Devlet olarak bir başka Devletin sorumluluğuna başvurabilir. Buradaki bir grup Devleti, müşterek bir amacı gerçekleştirmek için bir araya gelmiş Devletler olarak anlamak isabetli olacaktır. Bunların birlikteliğinin ayrı bir tüzel kişilik şeklinde örgütlenmiş olması şart olmamalıdır⁸⁷³. Maddede kullanılan formül için Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun 60. maddesinin 2. fıkrasının b bendinden esinlenildiği açıktır. Bu bentte “antlaşma ile bilhassa etkilenen taraf” ifadesi mevcuttur. (İhlâlin) özellikle bir Devlete dokunması ifade şekli ile (ihlâlden) bilhassa etkilenen Devlet ifade şekli arasında anlam farkı yoktur. Böyle bir hâl için şöyle bir örnek tasarlanabilir⁸⁷⁴: Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konvansiyonu’nun 194. maddesinin⁸⁷⁵ ihlâli ile oluşacak bir açık deniz kirliliğinde, kirlilikten bir ya da birkaç Devlet bilhassa etkilenmiş olabilir. Zehirli maddeler ile bilhassa bu Devletin ya da Devletlerin kıyıları kirlenmiş olabilir, Bu Devletin ya da Devletlerin balıkçılık faaliyetleri durdurulmuş olabilir. Öyleyse kirlilikten bilhassa bunlar etkilenmiştir zira somut olaydan bu netice çıkmaktadır. Nitekim 1982 Deniz Hukuku Konvansiyonu’na taraf olan Devletlerin genel menfaatleri bir yana, Devletin sorumluluğuna, ihlâlin kendilerine özel olarak dokunduğu Devletler başvurabilecektir ve genel menfaati olanlar değil bunlar onarım talep edip, elde etmek için gerekiyorsa karşı-önleme başvurabilecektir⁸⁷⁶.

Üçüncü hâl olarak ise, yükümlülüğün sorumlu Devlet tarafından uygulanmasının, yükümlülüğün diğer Devletler tarafından da uygulanabilmesinin gerekli şartı olmasıdır. Üçüncü halde belirtilen yükümlülüklerle, “tümlev” yükümlülük ya da “bağlı” yükümlülük denilmesini önermekteyiz (fr: l’obligation “intégrale” ou “interdépendante” - ing: “integral” or “interdependent” obligation). “Tümlev” yükümlülük ya da “bağlı” yükümlülük kavramı, antlaşmalar hukukunda Milletlerarası

⁸⁷³ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 322, par 11.

⁸⁷⁴ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 322, par 12.

⁸⁷⁵ Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar. 194. maddenin başlığı: “Deniz çevresinin kirlenmesinin önlenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesi”.

⁸⁷⁶ Milletlerarası deniz hukukunda, meseleyle ilgili, kesintisiz takip hakkına ilişkin kurallar için Bkz. Baykal Ferit Hakan, Deniz Hukuku Çalışmaları, Alfa, İstanbul, 1998, s. 389 ve 390.

Hukuk Komisyonu’nun özel Raportörü olan Fitzmaurice tarafından geliştirilmiştir⁸⁷⁷. Bu kavram özellikle insan hakları hukuku ya da çevre hukukuna ilişkin yükümlülüklerle nispeten kullanılmaktadır⁸⁷⁸. Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun 60. maddesinin 2. fıkrasının c bendi; “*kusurlu Devletten başka herhangi bir tarafa, antlaşmanın yürürlüğünü kısmen veya tamamen kendisi bakımından askıya alma gerekçesi olarak ihlâl başvurma hakkı verir; ancak bunun için antlaşma öyle bir nitelikte olmalıdır ki, bir tarafın antlaşma hükümlerini esaslı şekilde ihlâl etmesi herbir tarafın antlaşmadan doğan yükümlülüklerini ifa etme durumunu köklü bir biçimde değiştirsin*”⁸⁷⁹ demektedir. Silahsızlanmaya ilişkin ya da nükleer silahların yayılmamasına ilişkin, bir tarafın yükümlülüklerinin diğer tarafların yükümlülükleri ile bağlı olduğu, birbirini, tümlediği⁸⁸⁰, ancak hepsi yerine getirilirse amacın hâsıl olacağı bütün antlaşmalar örnek olarak verilebilir. Bu hallerde, şayet ihlâl edilen yükümlülük, kendisinin parçası olduğu bir grup Devlete karşı ya da milletlerarası toplumun bütününe karşı borç oluşturuyor ise ve şayet yükümlülüğün ihlâli niteliği uyarınca, yükümlülüğün sonraki uygulamasının kendilerine borç oluşturduğu diğer bütün Devletlerin durumunu esaslı olarak değiştiriyorsa, bir Devlet, mağdur Devlet olarak bir başka Devletin sorumluluğuna başvurabilir.

⁸⁷⁷ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 319, dip not. 706’dan, Annuaire de la Commission du droit international, 1957, vol. II, s. 61.

⁸⁷⁸ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 319 - Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, s. 296; dip not 706: “Le terme a parfois donné lieu à des confusions, car il était utilisé pour faire référence à des obligations relatives aux droits de l’homme ou au droit de l’environnement, lesquelles ne sont pas dues sur la base du “tout ou rien”. L’expression “obligations interdépendantes” peut paraître plus appropriée” – “The term has sometimes given rise to confusion, being used to refer to human rights or environmental obligations which are not owed on an “all or nothing” basis. The term “interdependent obligations” may be more appropriate”.

⁸⁷⁹ Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar.

⁸⁸⁰ Tümlmek: tüm durumuna getirmek, tamamlamak; Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1998, 9. Baskı. Söz konusu yükümlülükler kategorisi için, “Tümlev Yükümlülük” kavramını önermemizin, Türkçe bakımından ve anlam bakımından tutarlı olduğu kanaatindeyiz.

B. Mağdur Devlet Tarafından Bildirim

43. maddenin başlığı, “Mağdur Devlet tarafından bildirim” dir:

*1. Bir başka Devletin sorumluluğuna başvuran mağdur Devlet, talebini bu Devlete bildirir*⁸⁸¹.

2. Mağdur Devlet özellikle şunları belirtebilir:

a) Şayet devam ediyorsa, sorumlu Devletin haksız füle son vermek için takınması gereken davranışı;

*b) İkinci bölümdeki hükümlere uygun olarak onarımın alması gereken şekli*⁸⁸².

Bildirim⁸⁸³, “Dictionnaire de droit international public”te⁸⁸⁴ şöyle tanımlanmaktadır:

*“Bildirim, bir milletlerarası hukuk kişisi tarafından, hukukî bir bilgilendirme yükümlülüğü gereğince, bir olayın, bir durumun, bir işlemin, bir belgenin, bir başka milletlerarası aktörün bilgisine, sunulması ve iletilmesidir; bununla beraber, bu bildirimin konusu, karşı tarafça, doğacak hukukî neticeler de dâhil olmak üzere, hukukî yoldan öğrenilsin diye yapılan resmi işlemdir”*⁸⁸⁵.

43. madde, bir Devletin sorumluluğuna başvuracak, mağdur Devletin izlemesi gereken usulü düzenlemektedir. Bu madde 42. maddede belirtilen Devlet için olduğu kadar 48. maddede belirtilen Devlet için de uyulması gereken usulü öngörmektedir.

⁸⁸¹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 43 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 43 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁸⁸² Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 43 & 2; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 43 & 2, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁸⁸³ Fr: Notification; İng: Notice.

⁸⁸⁴ Milletlerarası Hukuk Sözlüğü.

⁸⁸⁵ Dictionnaire de droit international public, Bruylant, Bruxelles, 2001, s. 758, Notification maddesi. Ayrıca Bkz. İhbar maddesi, Türk Hukuk Lûgatı, 4. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998, s. 148; Tebligat maddesi, Ibid., s. 327.

Bir Devletin milletlerarası sorumluluğu, kendisinin işlediği milletlerarası bir haksız fiilden ötürü doğmaktadır. Bununla beraber, uygulamada, mağdur Devlet, ya da ilgili diğer Devlet ya da Devletler, şayet haksız fiile son verilmesini istiyorlarsa ya da onarım elde etmek istiyorlarsa harekete geçmelidirler. Hukuken sorumluluk haksız fiilin işlenmesi ile doğmuş olsa bile, gerçekte, bu hukukî vaziyetin somut neticelerinin elde edilebilmesi için sorumluluk mekanizması işletilmelidir. Bu da, şayet sorumlu Devlet kendi kendine sorumluluğunun idrakine varıp, bunun gereklerini yerine getirecek şekilde davranmıyorsa (ihlâlâ son verip, zararı onarmıyorsa), mağdur Devletin ya da ilgili diğer Devlet ya da Devletlerin harekete geçmesi ile mümkündür.

43. madde, bir Devletin sorumluluğuna başvurmak isteyen mağdur Devletin, evvela bu talebini sorumlu Devlete bildirmesini öngörmektedir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 65. maddesi⁸⁸⁶ ile benzerlik gösterir.

43. madde, sorumluluğa başvurulduğuna dair bildirimin şekli hakkında ayrıntıya girmemektedir. Uygulamada, bu bildirim, durumun ağırlığına göre ve Devletlerarasındaki ilişkilerin vaziyetine göre, hükümetler arasında çeşitli şekillerde yapılmaktadır⁸⁸⁷. **Nauru'daki çeşitli fosfat alanlarına ilişkin davada**⁸⁸⁸, Avustralya, Nauru'nun⁸⁸⁹ fosfat yataklarına ilişkin talebinin geçerli olmadığını, çünkü makul süre

⁸⁸⁶ Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 65. maddesinin başlığı, "Bir antlaşmanın geçersizliği, sona ermesi, antlaşmadan çekilme veya hükümlerini askıya alma konusunda izlenecek usul"dür. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu; Convention de Vienne sur le droit des traités, Nation Unies, Recueil des traités, vol. 1155; İngilizce metin için Bkz. 63 AJIL 1969, ya da UNTS, vol. 1155; Türkçe metin için Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Beta, İstanbul, 2002.

⁸⁸⁷ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 325, par 4.

⁸⁸⁸ **Nauru'daki çeşitli fosfat alanlarına ilişkin dava**, (l'affaire de Certaines terres à phosphates à Nauru), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992.

⁸⁸⁹ Nauru, Büyük Okyanus'un güneybatı kesiminde yer alan, 21,2 km kare yüzölçümüne sahip, resmi adı Nauru Cumhuriyeti olan bir ada ülkesidir. Jeolojik olarak, yükselmiş bir mercan oluşumudur. 1970'lerin sonunda sahip olduğu fosfat rezervlerinin 39 milyon ton olduğu tespit edilmiştir. 1906'da adadaki madenleri işletmeye bir İngiliz şirketi başlamıştır. 1914'te Avustralya'nın işgaline uğrayan Nauru, 1919'da Milletler Cemiyeti'nce İngiltere, Yeni Zelanda ve Avustralya'nın ortak manda yönetimine verildi. 1947'de Avustralya'nın yönetiminde Birleşmiş Milletler Vesayet Bölgesi ilan edildi. 1951'de adada, Yerel Yönetim Konseyi kuruldu. 1967'de fosfat yataklarını işletme hakkı Naurululara bırakıldı. Ada, 1968'de tam bağımsızlığına kavuştu. (AnaBritannica vol. XVI, Nauru maddesi).

içinde sunulmadığını ileri sürmüştür⁸⁹⁰. Divan, talebin, Nauru'nun 1968'deki bağımsızlığından önce yapıldığını fakat çözümlenmediğini tespit etmiştir. Divan, Nauru'nun yeni Başkanı'nın bağımsızlık bildirgesinde Nauru'nun taleplerini beyan ettiğini, basında çıkan haberleri delil olarak kabul ederek tespit etmiştir. Daha sonra da, Nauru Hükümetinin, Avustralya Hükümeti ile yaptığı çeşitli yazışmalarda taleplerin tekrar edildiğini tespit etmiştir. Nauru'nun, en azından, 1969'da Avustralya'ya verdiği mektupta dile getirdiği fosfat yataklarının durumuna ilişkin talebini, yazılı ve resmi olarak 1983'te Avustralya'ya ilettiği ve talebin süresinde yapılmadığı için geçerli olamayacağı iddiasını yerinde bulmamıştır. Divan, aradaki sürenin, Nauru ile Avustralya arasındaki ilişkilerin niteliğinden ötürü, talebi geçersiz kılmadığına karar vermiştir⁸⁹¹.

C. Talebin Kabul Edilebilirliği

44. maddenin başlığı, "Talebin kabul edilebilirliği"dir:

Şayet:

a) Talep, hak iddialarının milliyeti⁸⁹² konusuna dair uygulanan kurallara uygun olarak yapılmamışsa;

b) Talebin iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmesi kuralına tabi olması gereken durumda, yararlanılabilen ve etkin olan iç hukuktaki bütün başvuru yolları tüketilmemişse, Devletin sorumluluğuna başvurulamaz⁸⁹³.

Kabul edilebilirlik⁸⁹⁴, bir otorite tarafından, önüne gelen bir talebin, bir işlemin, bir delilin incelenebilmesi için sahip olması gereken niteliktir⁸⁹⁵.

⁸⁹⁰ **Nauru'daki çeşitli fosfat alanlarına ilişkin dava**, (l'affaire de Certaines terres à phosphates à Nauru), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992, s. 253.

⁸⁹¹ **Nauru'daki çeşitli fosfat alanlarına ilişkin dava**, (l'affaire de Certaines terres à phosphates à Nauru), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992, s. 255.

⁸⁹² Fr: Nationalité des réclamations; İng:Nationality of claims

⁸⁹³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 44; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 44, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

44. madde, milletlerarası mahkemelerin yetkisine ilişkin bir düzenleme öngörmemektedir. Aynı şekilde önlerine gelen meselelerde, kabul edilebilirlik şartlarına ilişkin bir düzenleme de yapmamaktır. Bu madde, özel olarak, Devletin sorumluluğuna başvurulması ile ilgili, kabul edilebilirlik meselesine dair kuralı belirtmektedir.

44. maddenin a bendi, hak iddialarının milliliği⁸⁹⁶ ile ilgili kurala ilişkindir⁸⁹⁷. **Mavrommatis davasında**, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı, “*her Devletin kendi tebaasını milletlerarası hukuka aykırı işlemlere karşı korumaya hakkı olduğunu*” bildirmiştir⁸⁹⁸. 44. maddenin a bendi, uyrukluk meselesinin ayrıntısına girmemektedir⁸⁹⁹.

Maddenin b bendine göre ise, Devletin sorumluluğuna başvurulabilmesi için, talebin iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmesi kuralına uygun olması gereken

⁸⁹⁴ Fr: Recevabilité; İng: Admissibility.

⁸⁹⁵ Dictionnaire de droit international public, s. 932’den Basdevant, Dictionnaire, s. 504. Kabul edilebilirliğin şekli şartları her organın ya da hukukî yükümlülüğün kendisine özgüdür; Dictionnaire de droit international public, s. 932, Recevabilité maddesi.

⁸⁹⁶ Fr: La nationalité des réclamations; İng: Nationality of claims.

⁸⁹⁷ Bilsel Cemil, s.221’den naklediyoruz: “...mes’uliyet, ..., bir Devletin teb’asına yapılan aykırı hareketler sebeble doğar. Ferdin mensup olduğu Devlet kendisini iltizam ederek iddiada bulunur. Mavrommatis işinde Enternasyonal Adalet Mahkemesi, bir Devletin Devletler Hukukuna aykırı muamelesinden zarar gören teb’asını Devletin himaye edebileceğini ve bununla bu Devletin kendi hukukunu iltizam eylemiş olacağını beyan eylemiştir. Yeter ki, zarar gören Devletin teb’ası olsun. Teb’ası değilse mes’uliyet iddiası kabul olunmaz”. Toluner Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi, Beta, İstanbul, 1996, s. 360’tan, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı’nın, **Panevezys-Saldutiskis Demiryolu davası**ndaki saptamasını naklediyoruz: “... Vatandaşlarının birisinin talebini benimsemek ve onun hesabına diplomatik himayeye ve milletler arası yargı yollarına başvurmakla, Devlet, gerçekte, kendi hakkını, vatandaşının şahsında milletlerarası hukuk kurallarına saygıyı sağlamak hakkını ileri sürmektedir. Bu hak, zorunlu olarak, kendi vatandaşı namına müdahaleye inhisar eder, çünkü özel bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, Devlete diplomatik himaye hakkını veren, yalnız, Devletle fert arasındaki tâbiyet bağıdır” (S.C.I.J. Séries A/B, no. 76, s. 16). Ayrıca Bkz. Ruzié David, s. 122 ve 123.

⁸⁹⁸ **Mavrommatis davası**, (Concessions Mavrommatis en Paletsine), 1924, C.P.J.I. série An. 2, s.12. Ayrıca Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 64, par 93.

⁸⁹⁹ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 328, dip not: 722’den, Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun diplomatik himayeye ilişkin özel Raportörünün ilk raporuna bakılarak bu ayrıntılar incelebilir, A/CN.4/506. Ayrıca Bkz. Toluner Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri, Devletin Yetkisi, Beta, İstanbul, 1996, s. 368–370: diplomatik himaye hakkında gerçek kişiler bakımından tabiiyet, s.370–372: diplomatik himaye hakkında tüzel kişiler bakımından tabiiyet; ve Carreau Dominique, s. 463-476, par. 1122-1154.

durumda, yararlanılabilen ve etkin olan iç hukuktaki bütün başvuru yolları tüketilmiş olmalıdır⁹⁰⁰.

D. Sorumluluğa Başvurma Hakkından Vazgeçme

“Sorumluluğa başvurma hakkından vazgeçme”, 45. maddenin başlığıdır:

Şayet;

a) Mağdur Devlet geçerli olarak talepten vazgeçmişse; ya da

b) Mağdur Devlet, kendi davranışı nedeniyle, geçerli bir biçimde talebin terkinde katlanmak zorunda kabul edilmeli ise, Devletin sorumluluğuna başvurulamaz⁹⁰¹.

45. madde, sorumluluğa başvurma hakkından, mağdur Devletin vazgeçmesini⁹⁰² düzenlemektedir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun 45. maddesinden⁹⁰³ esinlenilmiştir⁹⁰⁴.

Rus tazminatı davasında, Rus elçisi, birçok kere, anaparaya ilişkin ödeme talep etmiş fakat bunların hiçbirinde faiz istenildiğine dair bir beyanda bulunmamıştır.

⁹⁰⁰ Örneğin, **ELSI davası**, (Elettronica Sicula S.s.A.-ELSI), C.I.J., Recueil 1989, s. 42. Ayrıca Bkz. Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 330, dip not: 726’dan, Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun diplomatik himayeye ilişkin özel Raportörünün ikinci raporu, A/CN.4/514. Ayrıca Bkz. Dupuy Pierre-Marie, Droit International Public, s. 504, par. 478.

⁹⁰¹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 45; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 45, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹⁰² Feragat; fr: Renonciation; İng: Loss of the right.

⁹⁰³ Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun 45. maddesinin başlığı, “Antlaşmayı geçersiz kılma, sona erdirmeye, ondan çekilme veya yürürlüğünü askıya almayla ilgili bir gerekçeye başvurma hakkının kaybı”dır. 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu; Convention de Vienne sur le droit des traités, Nation Unies, Recueil des traités, vol. 1155; İngilizce metin için Bkz. 63 AJIL 1969, ya da UNTS, vol. 1155; Türkçe metin için Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler.

⁹⁰⁴ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 330, par. 1.

Neticede, Türkiye'nin istenilen miktarı ödediğine ve Rusya'nın bunun haricindeki taleplerinden vazgeçmiş sayılacağına karar verilmiştir⁹⁰⁵.

Vazgeçmenin geçerli bir biçimde yapılmış olması gereklidir. Aksi takdirde etki doğurmaz. İradeyi sakatlayan haller, vazgeçme beyanının sıhhati hakkında da geçerlidir. Hata, hile, ikrah, Devlet temsilcilerinin ayartılması ya da tehdit edilmesi gibi iradeyi fesada uğratan sebepler, burada da geçerlidir.

Genel milletlerarası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün ağır ihlâli halinde, mağdur Devletin sorumluluğa başvurmadan vazgeçmesi, milletlerarası toplumun, milletlerarası hukuka uygun bir çözüme ulaşmak için harekete geçmesine engel teşkil etmez⁹⁰⁶.

45. maddede, “*şayet, mağdur Devlet, kendi davranışı nedeniyle, talebin terkine, geçerli bir biçimde katlanmak zorunda kabul edilmeli ise, Devletin sorumluluğuna başvuramaz*” denilmektedir. **Nauru’daki çeşitli fosfat alanlarına ilişkin davada**⁹⁰⁷, Milletlerarası Adalet Divanı, “*ihtilafa uygulanabilir akdi hükümler olmasa bile, talepte bulunan Devlet’in gecikmesi, talebi kabul edilmez kılabilir*” demektedir. Bununla beraber, Divan, milletlerarası hukukun belirli bir süre öngörmediğini tespit etmektedir. Divan, sürenin ilerlemesinin, bir talebi kabul edilemez kılıp kılmadığının, her olayda şartlara göre, hususi olarak incelemek gerektiğini belirtmektedir⁹⁰⁸. Bu inceleme yapılırken, savunucu Devletin, olayın üstünden geçen “nispeten” uzun süre yüzünden delil sunamaması ve dezavantajlı duruma düşmesi de göz ardı edilmemeli ve talebin kabul edilebilirliği hususunda hesaba katılmalıdır⁹⁰⁹.

⁹⁰⁵ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 331, dip not 727’den, **Rus tazminatı davası**, (Indemnité russe), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XI (1912), s. 446.

⁹⁰⁶ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 331, par. 4.

⁹⁰⁷ **Nauru’daki çeşitli fosfat alanlarına ilişkin dava**, (l’affaire de Certaines terres à phosphates à Nauru), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992, s. 247, par. 20.

⁹⁰⁸ Benzeri bir mesele, **La Grand davası**nda da incelenmiştir. La Grand, Allemagne c. États-Unis d’Amérique, demande en indication de mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999, s. 9 ve La Grand, Allemagne c. États-Unis d’Amérique, fond, arrêt du 27 juin 2001, par. 53–57.

⁹⁰⁹ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 335, par. 11.

E. Mağdur Devletlerin Çokluğu

“Mağdur Devletlerin Çokluğu” 46. maddenin başlığıdır:

*Aynı milletlerarası haksız fiilden birden çok Devlet mağdur olduğunda, her mağdur Devlet, milletlerarası haksız fiili işleyen Devletin sorumluluğuna ayrı ayrı başvurabilir*⁹¹⁰.

46. madde, 42. maddede tanımladığı üzere birden çok mağdur Devletin bulunmasını düzenlemektedir. 46. maddeye göre her mağdur Devlet birbirlerinden ayrı olarak ve her biri kendi hesabına, haksız fiilden sorumlu Devletin sorumluluğuna başvurabilirler. 46. madde uyarınca birden çok mağdur Devletin bulunması, 42. maddede düzenlenen, mağdur Devlet sayılmak için gerekli şartlara birden çok Devletin sahip olması demektir⁹¹¹.

Aynı milletlerarası haksız fiilden ötürü, birden çok Devletin milletlerarası sorumluluğa başvurduğu haller, çeşitli olaylarda meydana gelmiş bir hadisedir. Örneğin, **Wimbledon davasında**⁹¹², dört Devlet, Versay Antlaşması’nın 386. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, Almanya’nın sorumluluğunu ileri sürdü. Anılan hüküm, Kiel Kanalı’ndan geçişe ilişkin hükümlerin ihlâl edilmesi durumunda ilgili her Devletin, Milletlerarası Daimi Adalet Divanı’na başvuru hakkı olduğunu öngörmekteydi⁹¹³. Nitekim Divan, Devletlerin ihlâlden ötürü başvuru hakkı olduğuna hükmetmekle birlikte, ancak sadece Fransa’nın somut zarara uğramasından ötürü tazminat alması

⁹¹⁰ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 46; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 46, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹¹¹ 42. maddeyi bir kez daha hatırlatıyoruz: “Şayet ihlâl edilen yükümlülük: a) Bu Devlete karşı şahsi olarak borç oluşturuyor ise; ya da b) Kendisinin parçası olduğu bir grup Devlete karşı ya da milletlerarası toplumun bütününe karşı borç oluşturuyor ise ve şayet yükümlülüğün ihlâli: i) Özellikle bu Devlete dokunuyorsa, ya da ii) Niteliği uyarınca, yükümlülüğün sonraki uygulamasının kendilerine borç oluşturduğu diğer bütün Devletlerin durumunu esaslı olarak değiştiriyorsa, bir Devlet, mağdur Devlet olarak bir başka Devletin sorumluluğuna başvurabilir”.

⁹¹² **Wimbledon davası**, (Vapeur “Wimbledon”), 1923, C.P.J.I., série A, n. 1.

⁹¹³ Pazarıcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, s. 241: “1919 Versay Antlaşması’nın 380–386. maddeleriyle milletlerarası rejim altına konulan Kiel Kanalı’ndan, Almanya ile barış içinde bulunan bütün Devletlerin ticaret ve savaş gemilerinin, ayırım gözetmeden, serbestçe geçmesi kabul edilmektedir”.

gerektiğine karar vermiştir⁹¹⁴. **27 Temmuz 1955 tarihli uçak kazası davasında**, İsrail’e ait sivil bir uçağın düşürülmesi ve can kayıplarından ötürü, Bulgaristan’a karşı, ABD, İngiltere ve İsrail başvuruda bulunmuşlardır⁹¹⁵. **Nükleer denemeler davalarında**, Mururoa atollerinde, Fransa’nın atmosferde yaptığı nükleer denemelerden ötürü, Avustralya ve Yeni Zelanda ayrı ayrı ve farklı biçimlerde mağdur oldukları iddialarında bulunmuşlardır⁹¹⁶.

F. Sorumlu Devletlerin Çokluğu

“Sorumlu Devletlerin Çokluğu” 47. maddenin başlığıdır:

*1. Aynı milletlerarası haksız fiilden birden fazla Devlet sorumlu olduğunda, bu fiilden ötürü her bir Devletin sorumluluğuna başvurulabilir*⁹¹⁷.

2. 1. fıkra:

a) Hiçbir mağdur Devletin uğradığı zarardan fazla bir tazminat elde etmesine izin vermez;

*b) Diğer sorumlu Devletlere karşı başvuru haklarına halel getirmez*⁹¹⁸.

47. madde, aynı haksız fiilden ötürü birden fazla Devletin sorumlu olması halini öngörmektedir. Bu maddedeki ilkeye göre, her Devlet, kendisine isnat edilebilen davranıştan ötürü, diğer Devletlerden ayrı olarak sorumludur. Bu sorumluluğun

⁹¹⁴ **Wimbledon davası**, (Vapeur “Wimbledon”), 1923, C.P.J.I., série A, n. 1, s. 20; Milletlerarası Daimi Adalet Divanı, Wimbledon davasında, Almanya’nın, Versaille Antlaşması’nın 380. maddesine aykırı hareket ettiğini sorumluluğu için yeterli gördü ve kusur şartını aramadı. (Bilsel Cemil, s.225). Bu davada, İngiltere, İtalya, Japonya, somut hiçbir zarara uğramamış olmalarına rağmen, hukuka aykırı hareket sebebile davaya karıştılar (Bilsel Cemil, s. 221).

⁹¹⁵ C.I.J. Recueil 1959.

⁹¹⁶ Bkz. **Nükleer denemeler, Avustralya/Fransa**, (Essais nucléaires, Australie c. France), C.I.J. Recueil 1974, s. 256; **Nükleer denemeler, Yeni Zelanda/Fransa**, (Essais nucléaires, Nouvelle-Zélande c. France), C.I.J. Recueil 1974, s. 460.

⁹¹⁷ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 47 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 47 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹¹⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 47 & 2; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 47 & 2, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

derecesi, diğer Devletlerle birlikte sorumlu olmaktan dolayı azalmamaktadır⁹¹⁹. Milletlerarası hukukta geçerli olan ilke, her Devletin, kendisine isnat edilebilen ve bir milletlerarası yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden her davranışından ötürü, diğer Devletlerden ayrı olarak sorumlu olmasıdır⁹²⁰.

G. Mağdur Devletten Başka Bir Devlet Tarafından Sorumluluğa Başvurulması

48. madde, “Mağdur Devletten başka bir Devlet tarafından sorumluluğa başvurulması” başlığını taşımaktadır:

1. 2. paragraf uyarınca, mağdur bir Devletten başka her Devletin, bir başka Devletin sorumluluğuna başvurma hakkı vardır; şayet:

a) İhlâl edilen yükümlülük kendisinin de parçası olduğu bir grup Devlete yönelik ise ve şayet yükümlülük, grubun kolektif bir menfaatini koruma amacıyla konulmuşsa; ya da

b) İhlâl edilen yükümlülük, milletlerarası toplumun geneline yönelik olan bir yükümlülük ise, 2. paragrafa uygun biçimde, bir mağdur Devletten başka her Devletin, bir başka Devletin sorumluluğuna başvurma hakkı vardır⁹²¹.

2. 1. paragraf uyarınca, sorumluluğa başvurma hakkına sahip her Devlet, sorumlu Devletten şunları isteyebilir:

a) 30. madde uyarınca milletlerarası haksız fiile son verilmesini ve tekrar edilmeyeceğine dair güvenceler ve garantiler verilmesini; ve

⁹¹⁹ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 337.

⁹²⁰ 2. maddeyi bir kez daha hatırlatıyoruz: “Eğer icraî surette ya da ihmal suretiyle işlenen bir davranış: a) Milletlerarası hukuka göre Devlete isnat edilebiliyorsa; ve b) Devletin bir milletlerarası yükümlülüğünün ihlâlini oluşturuyorsa, Devletin bir milletlerarası haksız fiili vardır”. Böyle bir ihlâlin kendisine isnat edilebildiği her durumda Devletin milletlerarası sorumluluğu doğmaktadır. Aynı haksız fiili aynı zamanda ve hatta müşterek bir davranışla başka Devlerin de işlemiş olması, her Devletin milletlerarası sorumluluğunun müstakilen doğmasına engel teşkil etmez.

⁹²¹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 48 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 48 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

b) Önceki maddelere uygun olarak, mağdur Devletin lehine olarak ya da ihlâl edilen yükümlülükten yararlananların lehine olarak onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesini⁹²².

3. 43., 44. ve 45. maddelerde, mağdur Devlet tarafından sorumluluğa başvurulmasına ilişkin koşullar, 1. paragraf uyarınca bunu yapmaya hakkı olan bir Devletin de sorumluluğa başvurmasına uygulanır⁹²³.

Kolektif bir menfaatin korunabilmesi bakımından, 48. madde, 42. maddede getirilen kuralı tamamlamaktadır. Böylelikle, 42. maddede öngörüldüğü biçimde mağdur Devletin sorumluluğa başvurabilmesinin yanı sıra, 48. madde, mağdur Devletten başka Devletlerin de sorumluluğa başvurabilmelerine olanak tanımaktadır⁹²⁴. Bunun koşulları, maddenin ilk fıkrasının a ve b bendlerinde düzenlenmiştir. Buna göre, ***“ihlâl edilen yükümlülük kendisinin de parçası olduğu bir grup Devlete yönelik ise ve sayet yükümlülük, grubun kolektif bir menfaatini koruma amacıyla konulmuşsa; ya da ihlâl edilen yükümlülük, milletlerarası toplumun geneline yönelik olan bir yükümlülük ise, 2. paragrafa uygun biçimde, bir mağdur Devletten başka her Devletin, bir başka Devletin sorumluluğuna başvurma hakkı vardır”***.

Maddenin ikinci fıkrası, sorumlu Devletten istenebilecekleri düzenlemektedir. Bunlar, 30. maddeye⁹²⁵ uygun olarak milletlerarası haksız fiile son verilmesini ve tekrar edilmeyeceğine dair güvenceler ve mağdur Devletin lehine olarak ya da ihlâl edilen

⁹²² Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 48 & 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 48 & 2, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹²³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 48 & 3; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 48 & 3, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹²⁴ Gattini Andrea, “Les Obligations Des Etats En Droit D’Invoquer La Responsabilité D’un Autre Etat Pour Violations Graves D’Obligations Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général”, Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Européen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss. 145-165.

⁹²⁵ 30. madde: “Milletlerarası haksız fiilden sorumlu Devletin şu yükümlülükleri vardır: a) Eğer devam ediyorsa bu fiile son vermek; b) Eğer koşullar gerektiriyorsa ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair uygun güvenceleri sunmak”.

yükümlülükten yararlananların lehine olarak onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesidir.

43., 44. ve 45. maddelerde, mağdur Devlet tarafından sorumluluğa başvurulmasına ilişkin konulan şartlar, 1. paragraf uyarınca bunu yapmaya hakkı olan Devletin de sorumluluğa başvurmasına uygulanır⁹²⁶.

III. KARŞI-ÖNLEMLER

A. Genel Açıklama

Bu bap, bir mağdur Devlet tarafından, karşı-önlemlere başvurulmasının şartlarını ve sınırlarını belirlemektedir. Mağdur Devlet, sorumlu Devlete karşı bu karşı-önlemleri, onun milletlerarası haksız fiilden doğan sorumluluğundan kaynaklanan haksız fiile son verme ve onarım yükümlülüklerini yerine getirmesi için başvurmaktadır. Bu karşı-önlemler, mağdur Devletin sorumlu Devlete karşı olan milletlerarası yükümlülüklerini yerine getirmemesi şeklinde oluşmaktadır. Karşı-önlemler, mağdur Devlete, herhangi bir başka otoritenin araya girmesine ya da bir işlemde bulunmasına gerek olmaksızın, sorumlu Devleti, kendi haklarını tanımaya sevk etmeye yaramaktadır ve sorumlu Devlet ile haksız fiil neticesinde bozulan hukukî ilişkileri yeniden tesis edebilme olanağını tanımaktadır⁹²⁷.

Hükümetler ve milletlerarası yargı mercileri tarafından karşı-önlemlerin bazı şartlarda haklı ve hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir⁹²⁸. Nitekim Devletin

⁹²⁶ 43. madde: “1. Bir başka Devletin sorumluluğuna başvuran mağdur Devlet, talebini bu Devlete bildirir. 2. Mağdur Devlet özellikle şunları belirleyebilir: a) Şayet devam ediyorsa, sorumlu Devletin haksız fiile son vermek için takınması gereken davranışı; b) İkinci bölümdeki hükümlere uygun olarak onarımın alması gereken şekli”. 44. madde: “Şayet: a) Talep, hak iddialarının milliyeti konusuna dair uygulanan kurallara uygun olarak yapılmamışsa; b) Talebin iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmesi kuralına uygun olması gereken durumda, yararlanılabilen ve etkin olan iç hukuktaki bütün başvuru yolları tüketilmemişse, Devletin sorumluluğuna başvurulamaz”. 45. madde: “Şayet; a) Mağdur Devlet geçerli olarak talepten vazgeçmişse; ya da b) Mağdur Devlet, kendi davranışı nedeniyle, talebin terkine, geçerli bir biçimde katlanmak zorunda kabul edilmeli ise, Devletin sorumluluğuna başvurulamaz”.

⁹²⁷ Karşı-önlem müessesesinin, milletlerarası hukukta “merkezileşmemiş bir düzenek” olduğu ifade edilmektedir (Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 349: “Les contre-mesures caractérisent un système décentralisé”; Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, s.324: “Countermeasures are a feature of a decentralized system”). Çünkü karşı-önleme, her mağdur Devletin bizzat kendisi başvurabilmekte ve bunu uygulayabilmektedir.

⁹²⁸ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 349.

milletlerarası haksız fiil nedeniyle milletlerarası sorumluluğuna dair maddeler arasında, 22. madde, “*Bir Devletin bir başka Devlete karşı olan milletlerarası bir yükümlülüğüne aykırı bir davranışındaki hukuka aykırılık, bu davranışın diğer Devlete karşı, üçüncü bölümün ikinci bab’ına uygun olarak alınmış bir karşı önlem oluşturduğu ölçüde, ortadan kalkar*” demektedir. Bununla beraber, bu bab, karşı-önlemler müessesesini, işlevsel bir hale getirmek ve Devletlerarasındaki fiili farklılıklara ve eşitsizliklere rağmen kabul edilebilir bir dengeye kavuşturmak amacıyla düzenlenmiştir.

Karşı-önlemlere ilişkin, kimi zaman ceza - yaptırım (sanction) ya da tepki (réaction) kelimeleri, evvelden yapılan bir milletlerarası haksız fiile karşı yapılan davranış için kullanılmışlardır. Meşru misilleme (représailles légitimes), kendini koruma (autoprotection) kelimeleri de kullanılmışlardır⁹²⁹.

Terminoloji içinde, misilleme⁹³⁰ (fr: représaille, ing: reprisals) kelimesi, geleneksel olarak, haksız fiile karşı alınan, esasen hukuka aykırı önlemler için kullanılmıştır. Bunlar olağan zamanlarda yapılırsa hukuka aykırı sayılacaklardır, fakat haksız fiile karşı misilleme olarak uygulandıklarından ötürü hukuka aykırılık ortadan kalkmaktadır. Bu misillemelerin ortak özelliği tek taraflı bir karar ile uygulanabilmeleridir. Geleneksel olarak, kuvvete başvurulması dahi bu misillemelerin içerisinde bulunmaktadır. Daha yakın zamanlardan itibaren, türkçesi misilleme (fr: représaille, ing: reprisals) olan kavram, milletlerarası silahlı çatışmalarda uygulanan önlemler için kullanılmıştır⁹³¹. Karşı-önlem tabiri ise, silahlı kuvvet kullanma unsuru olmaksızın⁹³², herhangi bir milletlerarası haksız fiile karşı uygulanan önlemler için kullanılan daha özel bir anlama kavuşmuştur⁹³³. Karşı-önlemleri, bir Devletin bir

⁹²⁹ Decaux Emmanuel, Droit international public, s.59, par. 84.

⁹³⁰ Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, s. 429–431.

⁹³¹ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 350; Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, s.325. Türkçe literatürde bunun aksi kullanıma dair açıklama için Bkz. Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, s. 431.

⁹³² Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 60, par. 85.

⁹³³ Bu doğrultuda şu kararlara bakılabilir: Air Services Agreement of 27 March 1946 (United States v. France), UNRIAA, vol. XVIII, s. 416, par. 80; **Tahran’daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava**, (United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran), I.C.J. Reports 1980, s. 27, par. 53; **Nikaragua’daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davası**, (Military and Paramilitary Activities

başka Devlete karşı sergilediği “dostane olmayan karşılıklar” ile karıştırmamak gerekmektedir⁹³⁴. Bu dostane olmayan karşılıklar, bir Devlete karşı onun işlediği milletlerarası bir haksız fiil karşılığında sergilense dahi, bunlar Devletin milletlerarası yükümlülüklerine aykırı davranışlar olmadığından ötürü, karşı-önlem olarak değerlendirilmezler⁹³⁵. Diplomatik ilişkilerin kesilmesi, ambargo uygulanması, yardım programlarına son verilmesi gibi davranışlar Devletlerarasında dostane olmayan davranışlar olarak nitelendirilir, fakat bunlar milletlerarası yükümlülükler aykırı olmamasından ötürü, karşı-önlem mertebesinde değerlendirilmezler⁹³⁶. Yaptırım (fr: sanction, ing: sanction) kelimesi de, bir ya da bir grup Devlet tarafından ya da bir milletlerarası örgüt tarafından, bir Devlete karşı uygulanan tedbirler için kullanılmaktadır. Bu yaptırım tabiri, silahlı kuvvet kullanılması da dâhil çok geniş bir yelpazeyi içermektedir. Bu haliyle, yaptırım tabiri, daha ziyade Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümündeki tedbirleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır⁹³⁷.

Antlaşmaların ihlâl edilmelerinden ötürü sona erdirilmelerinin ya da askıya alınmalarının, Devletin sorumluluğu müessesesi içerisinde düzenlenen karşı-önlemler ile karıştırılmamaları gerekmektedir⁹³⁸. Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun 60. maddesindeki düzenleme, ihlâlde bulunan Devletin sorumluluğu meselesi ile ilgili değildir. Devletin sorumluluğundan ötürü uygulanan karşı-önlemler, sorumlu Devleti,

in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J. Reports 1986, s. 102, par. 201; **Gabcikovo-Nagynaros Projesi davası**, (Gabcikovo-Nagymaros Project, Hungary/Slovakia), I.C.J. Reports 1997, s. 55, par. 82. Ayrıca Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, Dalloz, Paris, 1999, s. 59, par. 84.

⁹³⁴ Fr: rétorsion; İng: retorsion.

⁹³⁵ Prof. Dr. Hüseyin Pazarcı, “Baskı ve Vazgeçirme Önlemleri” başlığı altında şu açıklamaları yapmaktadır: “Milletlerarası hukuka aykırı fiil sahibi Devletlerin bu davranışlarını düzeltmesi ve hukuka uygun davranmasını sağlamak için milletlerarası uygulamada birtakım siyasal ya da ekonomik nitelikli önlemlere başvurulduğu da görülmektedir. Bu tür önlemler (ile)...onun kendi iradesi ile milletlerarası hukuka saygı göstermesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Başka bir deyişle, burada söz konusu edilen önlemler genellikle teknik anlamında hukuksal yaptırım oluşturmamaktadır... Milletlerarası uygulamada rastlanan bu önlemlerin başlıcaları şunlardır: i) Hukuka aykırı fiilin duyurulması; ii) Uyarı ve kınama; iii) Milletlerarası örgütlere üye kabul etmeme; iv) Milletlerarası örgütlerde üyelik haklarının durdurulması ya da üyelikten çıkarma; v) Ekonomik ve teknik yardımın kesilmesi; vi) Diplomatik ilişkilerin kesilmesi”. Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, s. 429. Hüseyin Pazarcı’nın, baskı ve vazgeçirme önlemleri olarak başlıklandığı davranışlar ile Komisyon’un dostane olmayan davranışlar olarak sınıflandırdığı davranışlar içerik ve amaç itibarıyla neredeyse aynıdır.

⁹³⁶ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 350.

⁹³⁷ Bkz. Birleşmiş Milletler Şartı, mad. 39, 41 ve 42.

⁹³⁸ Bkz. Decaux Emmanuel, Droit international public, s. 61, par. 86.

sorumluluğundan doğan yükümlülüklerini⁹³⁹ yerine getirmeye sevk etmek için uygulanan önlemlerdir ve dolayısıyla sorumluluk müessesesi ile ilgilidirler. Bundan ötürü, zaten, Komisyon tarafından, Devletin sorumluluğunun çalıştırılması başlığı altında düzenlenmektedirler. Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 60. maddesindeki ihlâlden ötürü antlaşmayı sona erdirmeye ya da askıya alma olanağı antlaşmanın akıbeti ile ilgili iken, sorumlu Devlete karşı uygulanan karşı-önlem, geçicidir ve sorumlu Devlet, ihlâlâ son verince ve onarım yükümlülüğünü yerine getirince sona ererler. Zira uygulanma amaçları, zaten, sorumlu Devleti bunları yerine getirmeye sevk etmektir.

Bu bab'ın maddelerindeki düzenlemeleri esas alarak karşı-önlemlerin belli başlı özelliklerini belirleyelim. Karşı-önlemler, koşulların gereklilikleriyle sınırlı tutulmalıdır ve kötüye kullanılmalarına karşı güvence oluşturacak hukukî düzenleme öngörülmüş olmalıdır. Bu bab, Komisyon tarafından, bu hedefi gözeterek yazılmıştır⁹⁴⁰.

Bu çerçevede karşı-önlemler ile ilgili esas özellikler şunlardır:

İlk olarak karşı-önlemler kuvvet kullanımını ihtiva edemezler (m. 50/1-a).

İkinci olarak, karşı-önlemler, ancak sorumlu Devlete yöneltilmeli ve üçüncü taraflara yöneltilmemelidir (m. 49/1 ve 2).

Üçüncü olarak, mademki karşı önlemlerin işlevsel bir rolü vardır⁹⁴¹, onlar geçici olarak uygulanırlar; aynı zamanda etkileri, kendilerinden beklenen amacın sağlanması ile sınırlı tutulmalıdır⁹⁴² (m. 49/2 ve 3 ve m. 53).

Dördüncü olarak, karşı-önlemler ölçülü olmalıdır (m. 51)⁹⁴³.

⁹³⁹ İhlâlâ son verme ve onarımı gerçekleştirme yükümlülükleri.

⁹⁴⁰ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 350.

⁹⁴¹ Bu işlevsel rol, sorumlu Devleti, sorumluluktan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeye sevk etmektir.

⁹⁴² Bu amaç, sorumlu Devletin, ihlâlâ son vermesi ve onarımda bulunmasıdır.

⁹⁴³ Yukarıda 34. maddeye ilişkin açıklamaların altında, ölçülülük ilkesine ilişkin şu değerlendirmeye yer vermiştik: "Ölçülülüğün genel kabul gören bir tanımlaması şu şekilde yapılabilir: a) Belli bir amaca ulaşmak için başvuru araç, amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır; b) Söz konusu araç, amaca

Beşinci olarak, karşı-önlemler, özellikle milletlerarası hukukun emredici kurallarından kaynaklanan yükümlülükler olmak üzere, bazı temel yükümlülüklerle olumsuz bir etki yaratamazlar (m. 50/1).

B. Karşı-Önlemlerin Konusu ve Sınırları

49. maddenin başlığı, “ Karşı-önlemlerin konusu ve sınırları”dır:

1. Mağdur Devlet, karşı-önlemleri, ancak, milletlerarası haksız fiilden sorumlu Devlete karşı, bu Devleti, ikinci bölüm uyarınca yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülükleri uygulamaya yöneltmek için alabilir⁹⁴⁴.

2. Karşı-önlemler, bu önlemleri alan Devletin, sorumlu Devlete yönelik olan milletlerarası yükümlülüklerin geçici bir süre için yerine getirmemesi ile sınırlıdır⁹⁴⁵.

3. Karşı-önlemler, mümkün olduğunca, söz konusu yükümlülüklerin yeniden uygulanmasına imkân verecek bir şekilde alınmalıdır⁹⁴⁶.

49. madde, karşı-önlemlerin meşru amacını tespit etmekte ve belirli bakımlardan sınırlarını tayin etmektedir. Meşru amaç, mağdur Devletin, karşı-önlemleri, haksız fiilden sorumlu Devlete karşı, bu Devleti, ikinci bölüm uyarınca yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülükleri uygulamaya sevk etmek için almasıdır⁹⁴⁷. Bu amaç doğrultusunda, karşı-önlemler, sorumlu Devlete uygulanan

ulaşmaya elverişli olan araçlar içinde, en az külfet yükleyen araç olmalıdır; c) Amaç ile araç arasında bir orantısızlık olmamalıdır. Orantılılık ilkesinde amaçla araç arasında karşılaştırma yapılır. Olumlu anlamda, aracın ulaşılacak istenen amaçla uygun (makul) oranda bir ilişki içinde olması gerektiği anlamına gelir. Olumsuz anlamda ise, aracın ulaşılacak istenen amaçla orantısız bir ilişki içinde olamayacağı anlamına gelir. Orantılılık ilkesi dar anlamda ölçülülük olarak da ifade edilmektedir. Orantılılık, fayda-külfet dengesinin aranmasıdır”. Atakan Arda, s. 352.

⁹⁴⁴ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 49 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 49 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹⁴⁵ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 49 & 2; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 49 & 2, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹⁴⁶ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 49 & 3; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 49 & 3, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹⁴⁷ Devletin sorumluluktan doğan yükümlülükleri 30. ve 31. maddelerde tanımlanmıştır: 30. Madde: Milletlerarası haksız fiilden sorumlu Devletin şu yükümlülükleri vardır: a) Eğer devam ediyorsa bu fiile

hukukî yaptırımlar değildir. Onların sınırlı ve özel bir amacı vardır: “Devleti sorumluluğundan doğan yükümlülöklere uymaya sevk etmek”. Haksız fiile karşı gösterilen bir tepki niteliğindeki misillemeler olarak da değeriendirilemezler. Onlar misilleme olmak üzere değil, mağdur Devlet tarafından, özel ve somut amaca ulaşmak için başvuruulan işlevsel araçlardır.

Gabcikovo-Nagymaros Projesi davasında⁹⁴⁸, Milletlerarası Adalet Divanı, bir karşı-önlemin, bir milletlerarası haksız fiilden zarar gören mağdur Devlet tarafından alınan bir önlem olması gerektiğini tespit etmiştir. Buna göre, “*bir karşı-önlemi hukuka uygun bulabilmek için, onun bazı şartları tatmin etmesi gerekmektedir... İlk olarak, onun bir başka Devletin, bir milletlerarası haksız fiiline karşılık vermek üzere alınmış olması gerekir ve bu Devlete karşı yöneltilmiş olmalıdır*”. 49. maddenin birinci fıkrası bu hususu belirten bir düzenlemedir. Buna göre, mağdur Devlet, karşı-önlemleri, ancak, haksız fiilden sorumlu Devlete karşı, bu Devleti, haksız fiile son verme ve onarımda bulunma yükümlölüklerini uygulamaya sevk etmek için alabilir. Burada belirtilmesi gereken bir mesele, mağdur olduğı iddiasındaki Devletin, haksız fiilin varlığını ve dolayısıyla bunun faili olan Devletin milletlerarası sorumluluğunu tespit etmede “yanılması” durumunda, kendisinin bir milletlerarası haksız fiilin faili durumuna düşeceğiğidir⁹⁴⁹.

Maddenin ilk fıkrasından çıkartılarak, vurgulanacak hususlar,

a) karşı-önlemi ancak mağdur Devletin uygulayabilecek olması;

b) bunu haksız fiilden ötürü sorumlu Devlete karşı uygulayabilecek olması ve

son vermek; b) Eğer koşullar gerektiriyorsa ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair uygun güvenceleri sunmak; 31. Madde: 1. Sorumlu Devlet milletlerarası haksız fiil ile neden olunan bütün zararı onarmak zorundadır. 2. Zarar Devletin milletlerarası haksız fiilinin sonucu olan maddi ve manevi bütün zararı kapsar.

⁹⁴⁸ **Gabcikovo-Nagymaros Projesi davası**, (Projet Gabcikovo-Nagymaros), C.I.J. Recueil 1997, s. 55.

⁹⁴⁹ Karşı-önlemi uygulama şartlarını değeriendirmede, milletlerarası hukuka aykırı bir değeriendirme neticesine varan Devletin, karşı-önlemi uygulamakla milletlerarası hukuk bakımından sorumlu duruma düşecek olması mevcut bir risktir. Çünkü hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal mevcut olmayacaktır. Karşı-önlemi, tek taraflı bir kararla uygulayacak Devletin bu riski değeriendirmesi gerekmektedir. Benzeri durum, yukarıda ele aldığımız, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bütün hallerde mevcuttur. Bu hallerin varlık şartlarında değeriendirme hatası yapan Devletin fiili hukuka aykırı olacaktır. Böyle bir değeriendirme hatasında bulunulmasında kusurlu olup olunmaması mühim değildir, zira milletlerarası sorumluluğun doğabilmesi için kusur şartı aranacak bir şart değildir.

c) bunu uygulama amacının da sorumlu Devleti, sorumluluğundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeye sevk etmek için uygulayabilecek olmasıdır.

Maddenin 2. fıkrası, karşı-önlemin geçici olmasını ele almaktadır. Buna göre, “karşı-önlemler, bu önlemleri alan Devletin, sorumlu Devlete karşı olan milletlerarası yükümlülüklerinin bir süre için yerine getirilmemesi ile sınırlıdır”. Uygulama süresi sınırlıdır, çünkü amaç elde edilince⁹⁵⁰ bunların uygulanmasına da son verilecektir. Son verilmezse artık bunlar karşı-önlem statüsünden çıkacak, kendi başlarına haksız fiil haline geleceklerdir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hal, sorumlu Devletin sorumluluğunun gereklerini yerine getirmiyor olmasıdır. Sorumlu Devlet bu yükümlülüklerini gerçekleştirdiğinde, karşı-önlemin uygulanmasına da yer olmayacaktır. Karşı-önlemler, sorumlu Devleti hukuka uygun davranmaya sevk etmek için başvuru bir araçtır, yoksa bir cezalandırma aracı değildir. Milletlerarası hukuka uygunlukları ve haklılıkları bu araçsal işlevlerinden kaynaklanmaktadır. Bunlara bu çerçevede başvuran mağdur Devlet, milletlerarası hukuka uygun davranmaktadır. Sorumlu Devlet ile arasında mevcut olan hukuka aykırı vaziyetin düzeltilerek, sorumlu Devletin hukuka uygun davranmasını temin etmek için bunlara bir çare olarak başvurmaktadır. Sorumlu Devlet hukuka uyduğunda, durum hukuken sıhhat bulduğunda amaç elde edilmiş olacaktır. Dolayısıyla, karşı-önlem geçici bir önlemdir. Süresinin sınırı çizdiğimiz çerçeve dâhilindedir.

Karşı-önlemler, bu önlemleri alan Devletin, sorumlu Devlete karşı olan milletlerarası yükümlülüklerinin bir süre için yerine getirilmemesi ile sınırlıdır. Maddenin 3. ve son fıkrası, mağdur Devletin, sorumlu Devlete karşı bir karşı-önlem olarak bir süre için uygulamadığı milletlerarası yükümlülüklerini, mümkün olduğunca, söz konusu yükümlülüklerin yeniden uygulanmasına elverişli bir şekilde uygulamaması hususunu belirtmektedir.. Fıkradaki, “mümkün olduğunca” ibaresi, mağdur Devlete bir tercih imkânı sunmakta, etkin bir karşı-önleme başvururken, tercihler arasında fıkradaki hükmü gözetmesi gerekliliğini tespit etmektedir⁹⁵¹.

⁹⁵⁰ Sorumlu Devlet, sorumluluktan doğan yükümlülüklerini yerine getirince amaç gerçekleşmiş olacaktır.

⁹⁵¹ Kanaatimizce, burada şu hususların tekrar hatırlanmasında fayda vardır: Orantılılık ilkesinde amaçla araç arasında karşılaştırma yapılır. Olumlu anlamda, aracın ulaşılacak istenen amaçla uygun (makul)

C. Karşı- Önlemler ile Etkilenemeyecek Yükümlülükler

“Karşı-önlemler ile etkilenemeyecek yükümlülükler”, 50. maddede düzenlenmiştir:

1. Karşı-önlemler, şunları hiçbir şekilde etkileyemezler::

a) Birleşmiş Milletler Şartı’nda belirtildiği üzere, kuvvet kullanma tehdidinde bulunmama ya da kuvvet kullanmama yükümlülüğünü;

b) Temel insan haklarının korunmasını ihtiva eden yükümlülükleri;

c) Misillemeleri yasaklayan insancıl nitelikli yükümlülükleri;

d) Genel milletlerarası hukukun emredici hükümlerinden kaynaklanan diğer yükümlülükleri⁹⁵².

2. Karşı-önlemler alan Devlet, kendisinden beklenen şu yükümlülüklerden kurtulamaz:

a) Kendisi ve sorumlu Devlet arasında, uyuşmazlıkların çözülmesi usulüne ilişkin kurallar uyarınca uygulananlar;

b) Diplomatik temsilcilik ve konsolosluk ajanlarının, mekânlarının, arşivlerinin ve belgelerinin dokunulmazlığına saygıya ilişkin olanlar⁹⁵³.

oranda bir ilişki içinde olması gerektiği anlamına gelir. Olumsuz anlamda ise, aracın ulaşılmak istenen amaçla orantısız bir ilişki içinde olamayacağı anlamına gelir. Orantılılık ilkesi dar anlamda ölçülülük olarak da ifade edilmektedir. Orantılılık, fayda-külfet dengesinin aranmasıdır. Atakan Arda, s. 352. Aracın, amacı gerçekleştirmek için elverişli olması kriteri, aracın gerekli olmasını da kapsamaktadır, Ibid., s. 353. Gereklilik ilkesinde, belli bir amaca ulaşmak için elverişli olan araçlar arasında karşılaştırma yapılır, Ibid., s. 354. Karşı-önlemlerin, mümkün olduğunca, söz konusu yükümlülüklerin yeniden uygulanmasına elverişli bir şekilde alınması, etkili bir şekilde sorumlu Devleti yükümlülüklerine uymaya sevk etme amacı güderken, elverişli araçlar arasında karşılaştırmanın bu doğrultuda yapılmasını gerektirir.

⁹⁵² Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 50 & 1; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 50 & 1, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹⁵³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 50 & 2; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 50 & 2, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

Karşı-önlem alırken uygulanmamazlık edilemeyecek bazı yükümlülükler 50. maddede sayılmaktadır. 49. maddenin 2. fıkrası, “*karşı-önlemler, bu önlemleri alan Devletin, sorumlu Devlete karşı olan milletlerarası yükümlülüklerinin bir süre için yerine getirilmemesi ile sınırlıdır*” demektedir. 50. madde, karşı-önlem alan Devletin sorumlu Devlete karşı, karşı-önlem olarak uygulamama kararı aldığı yükümlülükler arasında bulunamayacak yükümlülükleri saymaktadır. 50. madde, bu yükümlülükleri iki fıkra altında iki sınıfa ayırmaktadır: İlk fıkroda, hiçbir surette uygulama sahnesinden kaldırılamayacak yükümlülükleri sayarak sınıflandırmakta; ikinci fıkroda ise, karşı-önlem alan Devlet ile bunların yöneldiği sorumlu Devlet arasındaki diplomatik ve konsolosluk ilişkilerinin gerektirdiği yükümlülükler, uyuşmazlıkların çözüm yollarına ilişkin uygulanacak kurallardan kaynaklanan yükümlülükler de dâhil olmak üzere sınıflandırmaktadır.

Karşı-önlem ile uygulama sahnesinden kaldırılamayacak ilk yükümlülük olarak Birleşmiş Milletler Şartı’nda yer alan kuvvet kullanma tehdidinde bulunmama ve kuvvet kullanmama yükümlülüğü⁹⁵⁴ sayılmaktadır⁹⁵⁵.

İlk fıkranın b bendinde, temel insan haklarının korunmasını ihtiva eden yükümlülükler sayılmaktadır. Milletlerarası Hukukta, “İnsan Haklarının Korunması”⁹⁵⁶ başlıca antlaşmalarla⁹⁵⁷, milletlerarası hukukun güvencesi altına alınarak gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır⁹⁵⁸.

50. maddenin 1. fıkrasının c bendinde, misillemeleri yasaklayan insancıl nitelikli yükümlülüklerle aykırı karşı-önlem alınamayacağı düzenlenmektedir⁹⁵⁹. Viyana

⁹⁵⁴ Birleşmiş Milletler Şartı, m. 2/4: “Teşkilatın Üyeleri, milletlerarası münasebetlerinde gerek herhangi bir başka Devletin toprak bütünlülüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı, gerekse Birleşmiş Milletlerin amaçları ile telif edilemeyecek herhangi bir suretle tehdide veya kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar”.

⁹⁵⁵ M. 50/1-a.

⁹⁵⁶ Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, s. 218–227.

⁹⁵⁷ 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden başlayarak, 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin B.M. Sözleşmesi, gene 1966 tarihli Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklara İlişkin B.M. sözleşmesi, bölgesel antlaşmalar olarak 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1969 tarihli Amerikan ve 1881 tarihli Afrika İnsan Hakları Sözleşmeleri belirtilmelidir.

⁹⁵⁸ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 360–361.

⁹⁵⁹ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 361–362.

Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun 60. maddesinin 5. fıkrası⁹⁶⁰, bir antlaşmanın ihlâl edilmesi sonucu sona erdirilmesi ya da yürürlüğünün askıya alınmasında, 60. maddedeki **“1-3 üncü paragraflar insani nitelikteki antlaşmalarda yer alıp kişilerin korunmasıyla ilgili hükümlere, bilhassa bu gibi antlaşmalarla himaye edilen kişilere karşı herhangi bir misilleme şeklini yasaklayan hükümlere uygulanmaz”** denmektedir. Komisyon’un 50. maddesindeki ele almakta olduğumuz düzenleme de, hatırlattığımız 60. maddedeki düzenlemedeki anlayışla örtüşmektedir. 1929 tarihli La Haye ve 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları ile buna ilave 8 Haziran 1977 tarihli 1 numaralı Protokol, bu metinlerde sayılan kategorilerde korunan kişilere karşı bir misillemede bulunulması yasaklanmıştır ve bu yasaklar Devletler tarafından geniş ölçüde kabul edilmiştir⁹⁶¹.

Genel milletlerarası hukukun emredici hükümlerinden kaynaklanan diğer yükümlülükleri ihlâl eder tarzda karşı-önlem alınamayacağı, d bendinde düzenlenmektedir.

⁹⁶⁰ 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu, madde 60, Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar; Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, s. 331, madde 60. İngilizce metin için Bkz. 63 AJIL 1969, ya da UNTS, vol. 1155.

⁹⁶¹ 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Konvansiyonları dört adettir: I sayılı Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı Konvansiyonu, II sayılı Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Konvansiyonu, III sayılı Harp Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Sözleşme, IV sayılı Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Sözleşme. 8 Haziran 1977 tarihli 1949 Cenevre Konvansiyonlarına ek Protokoller ise iki adettir: I sayılı Milletlerarası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü ve II sayılı Milletlerarası Olmayan Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü. Türkiye Cenevre Konvansiyonları’na taraftır. 21 Ocak 1953 tarihli ve 6020 sayılı Harp Felaketzedelerinin Himayesine Dair 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerinin Onanması Hakkında Kanun ile bunları TBMM onamıştır. R.G. 30 Ocak 1953, sayı 8322. 8 Haziran 1977 tarihli 1949 Cenevre Konvansiyonlarına ek I sayılı Milletlerarası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1125, s. 3. Ayrıca Bkz. Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 362 ve buradaki 810 sayılı dip nottan naklen: Bkz. K. J. Partsch, “Reprisals”, in R. Bernhard, Encyclopedia of Public International Law, Amsterdam, 1986, vol. 4, s. 203 ve 204; S. Oeter, “Methods and Means of Combat”, in D. Fleck, The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict, Oxford, Oxford University Press, 1995, s. 204–207, par. 476–479. Ayrıca, İnsancıl Hukuk konusunda, savaşta hukukun korunması meselesini, belge ve örnek olaylar eşliğinde işleyen önemli gördüğümüz bir kaynağı da belirtmeyi yerinde saymaktayız: Sassoli Marco, Bouvier A. Antoine, (Olson Laura, Dupic A. Nicolas ve Milner Lina’nın iştirakiyle), How Does Law Protect In War (Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law), International Committee of the Red Cross, Geneva, 1999. Bu kitabın meseleler listesinde, XIII. Bölüm, Devletin Sorumluluğu (State Responsibility) başlığını taşımaktadır.

Daha önce de ele aldığımız gibi, Milletlerarası Adalet Divanı, **Barcelona Traction davasında**, genel milletlerarası hukukun emredici hükümlerinden kaynaklanan yükümlülükleri diğer yükümlülüklerden ayırmıştır:

*“Devletlerin, milletlerarası toplumun geneline karşı olan yükümlülükleri ile Devletlerin başka Devletlere karşı olan ve diplomatik koruma çerçevesinde değerlendirilecek yükümlülükleri arasında temel bir ayrım yapılması... gereklidir. Hatta doğaları itibariyle birinciler bütün Devletleri ilgilendirir. Söz konusu olan hakların öneminden ötürü, bütün Devletlerin bu hakların korunuyor olmasından hukukî bir menfaatleri olduğu kabul edilebilir; bundan kaynaklanan yükümlülükler erga omnes yükümlülüklerdir”*⁹⁶².

Her Devletin, bazı temel hakların korunuyor olmasından ve bazı temel yükümlülüklerle saygı gösteriliyor olmasından hukukî menfaatleri vardır. Divan bu yükümlülüklerle örnek olarak, saldırının hukuk dışı olmasını, soykırım yasağını ve köleliğe karşı korunma ve ırk ayrımı yasağının dâhil olduğu, insanın temel haklarına ilişkin ilke ve kurallara saygı yükümlülüğünü saymıştır⁹⁶³.

Divan’ın yukarıdaki tespitine ilaveten, Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu’nun 53. maddesine göre, milletlerarası hukukun emredici bir kuralı:

*“milletlerarası genel hukukun emredici bir 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”*⁹⁶⁴.

⁹⁶² «une distinction essentielle doit... être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d’un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l’importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s’agit sont des obligations *erga omnes*. » **Barcelona Traction davası**, (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 2. phase, C.I.J. Recueil 1970, s.32.

⁹⁶³ **Barcelona Traction davası**, (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 2. phase, C.I.J. Recueil 1970, s.32

⁹⁶⁴ Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu, madde 53, Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Beta, İstanbul, 2002; Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, s. 331, madde 53.

Ayrıca, Viyana Sözleşmesinin 64. maddesi, “*eğer milletlerarası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir antlaşma batıl hale gelir ve sona erer*” demektedir⁹⁶⁵.

Milletlerarası Hukuk Komisyonu, m. 50/1-d için yazdığı şerhte, Devletlerin, bir antlaşma ile dahi aksine bir düzenleme yapamadıkları, genel milletlerarası hukukun emredici kurallarından kaynaklanan yükümlülüklerin, karşı-önlem almak gibi tek taraflı bir ilga (fr: une dérogation unilatérale; ing: unilateral action) ile aksine bir davranış sergilemelerinin elbette mümkün olmaması gerektiğini belirtmektedir⁹⁶⁶. Burada dikkati bir başka mesele üzerine de çekmek isteriz. Komisyon belirttiğimiz şerhte, karşı-önlem almanın, “tek taraflı bir ilga” olduğunu ifade etmiştir. Ancak bu hususta başkaca herhangi bir açıklamada bulunmamakta, ya da bir tartışmayı aktarmamaktadır. Hâlbuki karşı-önlem almanın, teknik olarak “tek taraflı bir işlem” sayılıp sayılmaması gerektiği en azından tartışılması gereken bir husustur. Fransızca metinde “*une dérogation unilatérale*” tabiri kullanılmaktadır ve bu çok yerinde bir ifadedir. Türkçe’de, bu ifadeyi karşılamak üzere “tek taraflı ilga” dememizin yerinde olduğunu düşünmekteyiz⁹⁶⁷. Çünkü karşı-önlem alan Devlet olağan olarak uyması gereken yükümlülüğünü tek taraflı olarak yürürlükten (geçici) olarak kaldırmakta ve sorumlu saydığı Devlete karşı uygulamamaktadır. Yani yükümlülüğü tek taraflı olarak “ilga” (dérogation) etmektedir. Zaten şerhte anlatılan da, emredici kurallardan kaynaklanan yükümlülüklerin bu şekilde yürürlükten (geçici de olsa) kaldırılamayacağıdır. İngilizce metinde kullanılan “*unilateral action*” tabiri ise, fransızca ifadede olduğu gibi, teknik olarak hukukî anlamı tam doğru bir şekilde yansıtmamaktadır; çünkü “*action*” tabiri, “*dérogation*” tabiri kadar hukukî terminoloji bakımından kesin bir ifade değildir. Eğer ingilizce metindeki ifade üzerinde düşünülecek olursa, karşı-önlem alma kararının (ve bunun

⁹⁶⁵ Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu, madde 64, Bkz. Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Beta, İstanbul, 2002.

⁹⁶⁶ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 363: “À l’évidence, les normes impératives, aux quelles les États ne peuvent déroger même par traité, ne peuvent faire l’objet d’une **dérogation unilatérale** sous la forme de contre-mesures”; Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, s. 336: “Evidently a peremptory norm, not subject to derogation as between two States even by treaty, cannot be derogated from by **unilateral action** in the form of countermeasures” (vurgular bize ait).

⁹⁶⁷ Devlet, tek taraflı bir karar ile yükümlülüğü kaldırmaktadır; dolayısıyla tek taraflı ilga demeyi tercih etmemizin doğru olduğu kanaatindeyiz.

uygulanmasının), tek taraflı bir işlem olup olmadığı tartışmasının gerekliliği daha fazla kendini belli edecektir.

Mehmet Emin Çağırın, “Milletlerarası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri” adlı eserinde⁹⁶⁸, Devletin tek taraflı işlemlerinin unsurlarını, a- hukukî işlem niteliği; b- tek taraflı niteliği; c- şekil unsuru olarak sıralamaktadır⁹⁶⁹. Bu tip işlemlerin sınıflandırılmasında ise 5 grup tespit etmektedir. Bu gruplar arasında, 1) tanıma, protesto; 2) egemenliğe dayanarak iç hukukta yapılan milletlerarası etki doğuran işlemler (örneğin, münhasır ekonomik bölgenin belirlenmesi); 3) taahhüt yaratan işlemler (örneğin söz verme); 4) hakların terkiyle ilgili işlemler (örneğin vazgeçme); 5) zımnî tek taraflı işlemler (örneğin sükût) kategorilerini örnekler ile belirleyerek sınıflandırmaya gitmektedir⁹⁷⁰. Karşı-önlem alma kararının hukukî niteliği göz önünde bulundurularak ve diğer unsurları karşıladığı düşünülerek; protestonun tek taraflı işlem sayılması karşısında⁹⁷¹, karşı-önlem alma kararının da tek taraflı işlem sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Karşı-önlem alma kararının hukukî niteliği bu şekilde tespit edildikten sonra, bu kararın uygulanması, yani yükümlülüğe geçici olarak uyulmaması eyleminin ise, bu tartışmayı gerektirmediği kanaatindeyiz. Zira eylem, hukuken alınan bir kararın gerçekleştirilmesinden ibarettir. Tek taraflı işlem kararın alınmasıdır; eylem, uygulamadır. Tekrar etmek isteriz ki, Komisyon, bu tartışmaya yer vermemekte, karşı-önlemin nelere hâle getiremeyeceğini 50. maddede düzenlemekle yetinmektedir.

50. madde, karşı-önlemi almaya karar veren Devlet ile sorumlu Devlet arasında, uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin yürürlükte olan kurallardan kaynaklanan yükümlülüklerin uygulanmazlık edilemeyeceğini 2. fıkrasının a bendinde belirtmektedir. Komisyon’un açıklamalarında, burada sözü edilen çözüm yoluna ilişkin kuralların, sorumlu Devletin haksız fiili ile oluşan uyuşmalığa dair olduğu belirtilmektedir⁹⁷². Böylelikle Devletler, uyuşmazlığın temelinin çözümlenmesine

⁹⁶⁸ Çağırın Mehmet Emin, Milletlerarası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri, Platin, 2005.

⁹⁶⁹ Ibid., s. 28–154.

⁹⁷⁰ Ibid., s. 159.

⁹⁷¹ Ibid., s. 209 ve 146. dip not.

⁹⁷² Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 364.

ilişkin usule dair kurallara uymaya sevk edilmektedirler. Karşı-önlem olarak bu süreci ortadan kaldırıcı şekilde, yükümlülüklerin uygulanmaması söz konusu olmayacaktır.

Maddenin 2. fıkrasının b bendinde ise, diplomatik temsilcilik ve konsolosluk ajanlarının, mekânlarının, arşivlerinin ve belgelerinin dokunulmazlığına saygıya ilişkin yükümlülüklerin, karşı-önlem konusu oluşturamayacağı düzenlenmektedir. Bu bağlamda, diplomatın istenmeyen kişi ilan edilmesi⁹⁷³, ele alınan karşı-önlemler kapsamında değerlendirilemez. Devlet, diplomatı *persona non grata* ilan edebilir. Fakat karşı-önlem olarak, diplomatik temsilcilik ve konsolosluk ajanlarının, mekânlarının, arşivlerinin ve belgelerinin dokunulmazlığına saygıya ilişkin yükümlülüklerini sorumlu Devlete karşı uygulamamazlık edemez.

D. Karşı-Önlemlerin Uygulanmasında Ölçülülük İlkesinin Yeri ve Değeri

51. maddenin başlığı “Orantılılık” tır:

Karşı-önlemler uğranılan zarar, milletlerarası haksız fiilin ağırlığı ve söz konusu haklar ile orantılı olmalıdır⁹⁷⁴.

51. madde, karşı-önlemlere, ölçülülük ilkesi⁹⁷⁵ uyarınca temel bir sınır getirmektedir. Bu sınır bir karşı-önlemin alındığı her seferinde göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁷⁶. Ölçülülük ilkesine uyulmasının önemli bir işlevi, karşı-önlemi alan Devletin orantısız bir şekilde buna başvurmasından dolayı milletlerarası sorumluluğunun doğmasına engel oluşturmastır.

⁹⁷³ Lat: *persona non grata*.

⁹⁷⁴ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 51; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 51, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹⁷⁵ Ölçülülük ilkesinin milletlerarası hukuk yazınındaki (literatüründeki) kullanımı için Bkz. Dictionnaire de droit international public, Proportionnalité maddesi, s. 893–896. Milletlerarası haksız fiile gösterilen tepkinin (les réactions au fait internationalement illicite) hukuka uygunluğu için ölçülü olması gerektiği belirtilmektedir. Misillemde, karşı-önlemden, meşru müdafaada bunun aranacağı yazmaktadır. Ibid, s. 894.

⁹⁷⁶ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 367.

Nauliaa davasında, hakem, misillemelerin⁹⁷⁷, onlara neden olan eylemler ile orantısız olmaması gerektiğini belirtmiştir⁹⁷⁸.

Komisyon, 52. maddeye ilişkin açıklamasında, karşı-önlemlerin kötüye kullanımının önlenmesi, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmamasının güvenceye kavuşturulması için, salt uğranılan zararın göz önüne alındığı saf niceliksel bir orantı kurulmaması, bununla beraber niteliksel unsurların da orantıya dâhil edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁹⁷⁹. Böylelikle hakkaniyete uygun neticelerin elde edilmesi umulmaktadır. Komisyon'un niteliksel unsur olarak ifadelendirdiği hususlar, madde de geçen, "haksız fiilin ağırlığının neticesi" ve "söz konusu olan haklar"dır. Bunların ölçülülüğün tespitinde kurulacak orantıya dâhil edilmesi, ihlâl edilen kuralın koruduğu hukukî menfaatin göz önünde bulundurulmasını temin edecektir. Böylelikle, haksız fiil ile ihlâl edilen milletlerarası hukuk kuralının koruduğu hukukî menfaate nazaran, bir karşı önlem ile orantısız bir başka hukukî menfaatin "askıya alınmasına" engel

⁹⁷⁷ Bu davada söz konusu olan misilleme ise de, tespit edilen kuralın karşı-önlem bahsi için de geçerli olduğu görülmektedir.

⁹⁷⁸ **Nauliaa davası (Portekiz'in Afrika'nın güneyindeki kolonilerinde neden olunan zararlardan ötürü Almanya'nın sorumluluğu)**, (Naulilaa (Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II (1928), s. 1028. Benzer tespitin yer aldığı başka bir örnek karar için Bkz. **Havacılık Hizmetleri davası**, (Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis et la France), Ibid., vol. XVIII (1978), s. 454. Gabcikovo-Nagynaros Projesi davasında ise, Çekoslovakya'nın uyguladığı karşı-önlemin uğradığı zarar ile ölçüsüz olmasından ötürü hukuka aykırı olduğunu belirlenmiştir. **Gabcikovo-Nagynaros Projesi davası**, (Projet Gabcikovo-Nagymaros), C.I.J. Recueil 1997, s. 56.

⁹⁷⁹ Komisyon satırlarını aktarıyoruz: Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 370: "Comme il faut garantir que l'adoption de contre-mesures n'aboutisse pas à des résultats inéquitables, la proportionnalité doit être évaluée compte tenu non seulement de l'élément purement "quantitatif" du préjudice subi mais aussi compte tenu de facteurs "qualitatifs" comme l'importance de l'intérêt protégé par la règle violée et la gravité de la violation. L'article 51 lie la proportionnalité en premier lieu au préjudice subi mais "compte tenu" de deux autres critères: la gravité du fait internationalement illicite et les droits en cause. L'expression "les droits en cause" a un sens large, et vise non seulement les effets d'un fait illicite sur l'État lésé mais aussi les droits de l'État responsable. En outre, la situation d'autres États susceptibles d'être affectés peut aussi être prise en considération". Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, s. 344: "Considering the need to ensure that the adoption of countermeasures does not lead to inequitable results, proportionality must be assessed taking into account not only the purely "quantitative" element of the injury suffered, but also "qualitative" factors such as the importance of the interest protected by the rule infringed and the seriousness of the breach. Article 51 relates proportionality primarily to the injury suffered but "taking into account" two, further criteria: the gravity of the internationally wrongful act, and the rights in question. The reference to "the rights in question" has a broad meaning, and includes not only the effect of a wrongful act on the injured State but also on the rights of the responsible State. Furthermore, the position of other States which may be affected may also be taken into consideration".

olunacağı düşünülmektedir. Eğer sorumlu Devletin çiğnediği hukukî menfaate nazaran orantısız bir şekilde bundan daha ağır bir başka hukukî menfaat karşı-önlem ile çiğnenirse, karşı-önlem ölçüsüz olacağından ötürü, haksız fiil teşkil edecektir. Karşı-önlem hukuka aykırı sayılacaktır çünkü ölçülülük ilkesi çiğnenmiş olacaktır. Demek ki, 51. madde, uğranılan zarar ile haksız fiilin ağırlığını ve bununla çiğnenen hakkı (hukukî menfaati) birbirine bağlayarak, karşı-önlemin ölçülü olup olmadığının tespitini istemektedir. Kurulacak orantıda bunlar beraber değerlendirilecektir. Maddede geçen, “söz konusu haklar” tabiri, bu açıklamalar ışığında anlaşılmaktadır ki, yalnızca mağdur Devletin haklarını değil, sorumlu Devletin de karşı-önleme konu olan haklarını kapsamaktadır. Bunlar arasında hakkaniyetli bir orantı aranacaktır. Elbette hakkaniyetin ne olduğu sorusu hâlâ muğlâk olmakla beraber, dürüst bir muhakemeye vurulduğunda, karşı-önlemin kötüye kullanımının tespitinde kanaatimizce yeterli ölçüyü sağlar. Unutulmamalıdır ki, karşı-önlemin işlevi, sorumlu Devleti cezalandırmak değildir⁹⁸⁰. Hâlbuki orantısız bir şekilde alınan ağır bir karşı-önlem cezalandırıcı olacaktır. Devletleri böyle bir konuda “en azından hukuken” serbest bırakmanın adil olmayan neticeler doğuracağı öngörülebilir.

E. Karşı-Önlemlere Başvurmanın Şartları

52. madde, “Karşı-önlemlere başvurma şartları” başlığını taşımaktadır:

1. Karşı-önlem almadan önce, mağdur Devlet şunları yapmalıdır:

a) Sorumlu Devletten, 43. maddeye uygun şekilde, ikinci bölüm uyarınca kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmesini istemelidir;

⁹⁸⁰ Karşı-önlem uygulamakla mağdur Devletin güdebileceği işlevsel amaç, haksız fiilin faili sorumlu Devleti hukuka uygun davranmaya sevk etmektir. Sorumlu Devletin, hukuka uygun davranması demek, sorumluluktan doğan yükümlülükleri yerine getirmesi demektir. Bu yükümlülükler de, yukarıda çeşitli defalar açıkladığımız gibi, haksız fiile son vermek ve onarımda bulunmaktır. Haksız fiile son vermek, tekrar edilmeyeceğine dair güvence vermeyi de kapsar; onarım ise, eski hale iade, bunun mümkün olmadığı ya da kifayet etmediği hallerde tazminat ödemek ve bazen tarziye vermektir.

b) Sorumlu Devlete, karşı-önlem almaya dair bütün kararları bildirmek ve bu Devlete görüşme teklif etmelidir⁹⁸¹.

2. 1. fıkranın b bendine karşın, mağdur Devlet, haklarını korumak için gerekli acil karşı-önlemler alabilir⁹⁸².

3. Karşı-önlemler alınamaz ve eğer daha önceden alınmışsa, haksız bir gecikmede bulunulmadan yürürlükten kaldırılmalıdır; şayet:

a) Milletlerarası haksız fiil sona ermişse ve

b) Uyuşmazlık, taraflar için kararı mecburi olan bir divanın ya da bir mahkemenin önünde derdest ise⁹⁸³.

4. Şayet sorumlu Devlet uyuşmazlıkların çözülmesi usulüne uymaya ilişkin iyi niyetli⁹⁸⁴ davranmıyorsa, 3. paragraf uygulanmaz⁹⁸⁵.

Mağdur Devletin, karşı-önleme başvurmadan önce, sorumlu Devletten sorumluluğunun gereklerini yerine getirmesini talep etmesi gerektiği, **Havacılık Hizmetleri davasında**⁹⁸⁶ ve **Gabcikovo-Nagynaros Projesi davasında**⁹⁸⁷ belirtilmiştir. Bunu takiben mağdur Devlet, sorumlu Devlete, karşı-önlem almaya dair bütün kararları

⁹⁸¹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 52 & 1; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 52 & 1, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹⁸² Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 52 & 2; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 52 & 2, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹⁸³ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 52 & 3; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 52 & 3, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹⁸⁴ Lat: *bona fides*.

⁹⁸⁵ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 52 & 4; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 52 & 4, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹⁸⁶ **Havacılık Hizmetleri davası**, (Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis et la France), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XVIII (1978), s. 484–486.

⁹⁸⁷ **Gabcikovo-Nagynaros Projesi davası**, (Projet Gabcikovo-Nagymaros), C.I.J. Recueil 1997, s. 56.

bildirmeli ve bu Devlete görüşme teklif etmelidir⁹⁸⁸. Ancak, mağdur Devlet, haklarını korumak için gerekli acil karşı-önlemleri bildirim yapmadan alabilir⁹⁸⁹.

Milletlerarası haksız fiil sona ermişse ve uyuşmazlık, taraflar için kararı mecburi olan bir divanın ya da bir mahkemenin önünde görülmekte ise, karşı-önlemler alınamaz ve eğer daha önceden alınmışsa, haksız bir şekilde gecikilmeden yürürlükten kaldırılmalıdır. Ancak sorumlu Devlet uyuşmazlıkların çözülmesine dair usule uymaya ilişkin iyi niyet sergilemiyorsa bu hüküm uygulanmaz⁹⁹⁰.

F. Karşı-Önlemlerin Sona Erdirilmesi

“Karşı-önlemlerin sona erdirilmesi”, 53. maddenin başlığıdır:

Sorumlu Devletin, ikinci bölüm uyarınca, milletlerarası haksız fiilden ötürü kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmesinden itibaren, karşı-önlemlere son verilmelidir⁹⁹¹.

Sorumlu Devlet, sorumluluktan ötürü üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirdiği andan itibaren, karşı-önlem uygulamakla hedeflenen amaç gerçekleşmiş olacağından, bu andan itibaren karşı-önlemler hakkındaki hukuka uygunluk sebebi sona erecektir. Dolayısıyla bu andan itibaren karşı-önlemlere derhâl son verilmelidir. Nitekim 49. madde, karşı-önlemlerin amacını ve sınırını belirlemektedir. 53. madde, 49. maddedeki sınırın olağan neticesi olmaktadır. 49. maddeye göre:

1. Mağdur Devlet, karşı-önlemleri, ancak, haksız fiilden sorumlu Devlete karşı, bu Devleti, ikinci bölüm uyarınca yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülükleri uygulamaya sevk etmek için alabilir;

⁹⁸⁸ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 372.

⁹⁸⁹ Ibid.

⁹⁹⁰ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 373–375.

⁹⁹¹ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 53; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 53, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

2. Karşı-önlemler, bu önlemleri alan Devletin, sorumlu Devlete karşı olan milletlerarası yükümlülüklerinin bir süre için yerine getirilmemesi ile sınırlıdır.

G. Mağdur Devletten Başka Devletlerce Alınan Önlemler

54. madde, “Mağdur Devletten başka Devletlerce alınan önlemler” başlığını taşımaktadır:

*Bu bab, 48. maddenin 1. fıkrası uyarınca, bir Devletin bir başka Devletin sorumluluğuna başvurmasına, ona karşı, ihlâlin sona ermesi ve mağdur Devlet lehine ya da ihlâl edilen yükümlülüğün lehdarları lehine, onarımın elde edilmesi amacıyla meşru önlemler almaya yetkili olan hiçbir Devletin hakkına halel getirmez*⁹⁹².

Daha önce de belirttiğimiz üzere, 42. maddede⁹⁹³ belirtilen mağdur Devletten başka Devletler de, 48. maddeye göre, Devletin sorumluluğuna başvurabilir⁹⁹⁴. 54. madde, bunların sorumlu Devlete karşı önlem almasını düzenlemektedir⁹⁹⁵. Ancak

⁹⁹² Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 54; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 54, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁹⁹³ 42. madde: “Bir Devlet, mağdur Devlet olarak bir başka Devletin sorumluluğuna başvurabilir; şayet ihlâl edilen yükümlülük: a) Bu Devlete karşı şahsi olarak borç oluşturuyor ise; ya da b) Kendisinin parçası olduğu bir grup Devlete karşı ya da milletlerarası toplumun bütününe karşı borç oluşturuyor ise ve şayet yükümlülüğün ihlâli: i) Özellikle bu Devlete dokunuyorsa, ya da ii) Niteliği uyarınca, yükümlülüğün sonraki uygulamasının kendilerine borç oluşturduğu diğer bütün Devletlerin durumunu esaslı olarak değiştiriyorsa”.

⁹⁹⁴ 48. maddeye göre: “1. Şayet: a) İhlâl edilen yükümlülük kendisinin de parçası olduğu bir grup Devlete karşı ise ve şayet yükümlülük, grubun kolektif bir menfaatini koruma amacıyla konulmuşsa; ya da b) İhlâl edilen yükümlülük, milletlerarası toplumun geneline karşı olan bir yükümlülük ise, 2. paragrafa uygun biçimde, bir mağdur Devletten başka her Devletin, bir başka Devletin sorumluluğuna başvurma hakkı vardır. 2. 1. paragraf uyarınca, sorumluluğa başvurma hakkına sahip her Devlet, sorumlu Devletten şunları isteyebilir: a) 30. maddeye uygun olarak milletlerarası haksız fiile son verilmesini ve tekrar edilmeyeceğine dair güvenceleri ve b) Önceki maddeler uygun olarak, mağdur Devletin lehine olarak ya da ihlâl edilen yükümlülüğün yararlananların lehine olarak onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesini. 3. 43., 44. ve 45. maddelerde, mağdur Devlet tarafından sorumluluğa başvurulmasına ilişkin konulan şartlar, 1. paragraf uyarınca bunu yapmaya hakkı olan Devletin de sorumluluğa başvurmasına uygulanır”.

⁹⁹⁵ Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 376, dip not 837’den üçüncü Devletlerin önlem uygulamalarına dair örnek okumalar için Bkz. M. Akehurst, “Reprisals by Third States”, B.Y.I.L., vol. 44 (1970), s. 1; J. I. Charney, “Third State Remedies in International Law”, Michigan Journal of International Law, vol. 10 (1988), s. 57; D. N. Hutchinson, “Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties”, B.Y.I.L., vol. 59 (1988), s. 151; L.-A. Sicilianos, Les réactions décentralisées à l’illicite (Paris, L.G.D.J., 1990), s. 110–175; B. Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, Recueil des cours, vol. 250 (1994-VI), s. 217; J. A.

burada belirtilmesi gereken bir husus, eğer sorumlu Devlete karşı önlemler, tek tek Devletlerce ya da bir grup Devletçe alınıyorsa bu hükümlerin kapsamına girdiğidir⁹⁹⁶. Bir milletlerarası örgüt bünyesinde alınan önlemler bu hükümlere tabi değildir. Bu çerçevede B.M. Şartı'nın VII Bölümüne göre alınan tedbirler 54. madde kapsamına girmez. Nitekim Komisyon maddelerinin 59.'su bunu öngörmektedir.

48. maddede öngörüldüğü şekliyle, mağdur Devletten başkaca Devletlerin, sorumlu Devlete karşı önlem aldıkları örnekler çok sayıda değildir ve böyle bir uygulama henüz fazla gelişmemiştir. Söz konusu örneklerde ise alınan önlemlerin, ekonomik önlemler ya da hava ulaşımı gibi imkânların kesilmesi şeklinde olduğunu görmekteyiz. Bu örneklerden belli başlılarına aşağıda yer veriyoruz⁹⁹⁷.

ABD - Uganda (1978): Ekim 1978'de, Amerikan Kongresi, Uganda'ya mal ve teknoloji ihracını ve bütün ithalatı yasaklama kararı getiren yasayı kabul etti. Karar, Uganda Hükümetinin, Ugandalılara soykırım uyguladığı gerekçesine dayanmaktaydı. Bu kararda, "ABD, milletlerarası suç olan soykırımı işleyen her yabancı hükümete karşı önlemler almalıdır" denilmekteydi⁹⁹⁸.

Bazı batılı Devletler - Polonya ve Sovyetler Birliği (1981): 13 Aralık 1981'de, Polonya Hükümeti askerlik yasasını çıkardı ve bunu takiben gösterileri bastırarak birçok ayaklanmacıyı gözaltına aldı. ABD ve diğer bazı batılı Devletler, Polonya'ya ve Sovyetler Birliğine karşı müşterek bir tepki gösterdiler. Uygulanan önlem, Sovyet hava yolları Aeroflot'un ve Polonya hava yolları LOT'un ABD'ye, Büyük Britanya'ya, Fransa'ya ve Hollanda'ya uçuşlarına imkân veren antlaşmalardan doğan haklarının derhâl askıya alınmasıydı.

Frowein, "Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law", *Recueil des cours*, vol. 248 (1994-IV), s. 345.

⁹⁹⁶ Alland Denis, "Les Contres-Mesures D'Intérêt Général", *Colloque international de Florence*, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Europeen; *Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats*, Paris, Pedone, 2003, ss. 167-187.

⁹⁹⁷ Bkz. *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, s. 377-380.

⁹⁹⁸ Uganda'ya karşı ambargo yasası, *Uganda Embargo Act*, U.S.C., vol. 22, s. 2151 (1978).

Arjantin’e karşı kolektif önlemler (1982): Nisan 1982’de, Arjantin, Falkland adalarından bir kısmının (Malvinas) kontrolünü ele geçirdi⁹⁹⁹. B.M. Güvenlik Konseyi derhâl Arjantin’in geri çekilmesi kararını aldı¹⁰⁰⁰. Birleşik Krallığın talebi üzerine, Avrupa Birliği¹⁰⁰¹, Avustralya, Yeni Zelanda ve Kanada ticari yaptırımlar uygulamaya başladı. Arjantin ürünlerinin kendilerine ihracına geçici olarak yasak getiriliyordu. Bu uygulama GATT’ın 3. ve 11. maddelerine aykırıydı. Ancak uygulamanın hukuka uygunluğu GATT’ın 21. maddesinin b fıkrasında düzenlenen, millî güvenliğe ilişkin istisna ile haklı kılınabiliyordu¹⁰⁰².

ABD - Güney Afrika (1986): 1985’te, Güney Afrika Hükümeti ülkenin geniş kısmında sıkıyönetim ilan etti. Bunun üzerine B.M. Güvenlik Konseyi, sektörel ekonomik boykot uygulanması ve sportif ve kültürel aktivitelerden ihraç kararı aldı¹⁰⁰³. Bunu takiben bazı Devletler, Güvenlik Konseyi kararını da aşan önlemler uygulamaya başladı. Örneğin ABD Kongresi, “anti-apartheid” yasasını kabul etti. Bununla beraber, hiçbir Güney Afrika havayolu uçağı ABD topraklarına uçamayacaktı. Bu önlem, 1947 tarihli ABD – Güney Afrika Havacılık Antlaşması hükümlerinin ABD tarafından, Güney Afrika’ya bir karşı-önlem olarak, uygulanmaması demekti. Bunun gibi, çeşitli Devletlerin uyguladığı karşı-önlemler, Güney Afrika’daki ırkçı yönetimin sona ermesine mühim katkı yaptı.

Irak’a karşı kolektif önlemler (1990): 2 Ağustos 1990’da, Irak silahlı kuvvetleri, Kuveyt’i istila ve işgal ettiler. B. M. Güvenlik Konseyi, işgali derhâl gayrı meşru ilan etti. AB üyesi Devletler ve ABD, ticari ambargo uygulamaya başladı ve Irak’ın mal varlıklarını dondurdular.

Yugoslavya’ya karşı kolektif önlemler (1998): Kosova’daki krize karşı, AB üyesi Devletler, Federal Yugoslavya Cumhuriyeti’ne ait fonları dondurma kararı aldılar

⁹⁹⁹ Baykal Ferit Hakan, “Falkland Adaları Uyuşmazlığı”, Argumentum, Yıl:3, Sayı: 31, 1993.

¹⁰⁰⁰ Résolution du Conseil de sécurité 502 (1982), 3 Nisan 1982.

¹⁰⁰¹ O tarihte, Avrupa Topluluğu.

¹⁰⁰² Daha detaylı izahat için Bkz. Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II, s. 378, dip not 846; Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, s. 352, dip not 846.

¹⁰⁰³ Résolution 569 (1985) du Conseil de sécurité, 26 Temmuz 1985.

ve uçuşları derhâl yasakladılar. Uçuşların yasaklanması, Fransa, Almanya ve İngiltere gibi Devletler ile FCY arasındaki ikili antlaşmaların uygulanmaması demektir.

IV. DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLER

A. Genel Açıklama

Bu dördüncü ve son bölüm, maddelerin geneline uygulanmak üzere bazı genel hükümlere yer vermektedir. 55. madde *lex specialis* yani özel hüküm meselesini düzenlemektedir. Bunu takiben 56. madde, Komisyon maddelerinde düzenlenmeyen bir husus hakkında, milletlerarası hukukun Devletin sorumluluğuna ilişkin genel hükümlerinin geçerli olacağını belirtmektedir. 57. madde, milletlerarası örgütlerin sorumluluğu meselesine temas etmektedir. 58. madde, kişisel sorumluluğa ilişkin hüküm ihtiva etmektedir. 59. madde ise, Birleşmiş Milletler Şartı'nın özellikle 103. maddesinin değerine ilişkin düzenleme getirmektedir. Genel hükümler 55. maddeden, 59. maddeye kadar olan bu 5 maddeden ibarettir. Böylelikle Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun milletlerarası haksız fiilden ötürü Devletin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin maddelerinin hepsi 59 madde olmaktadır ve bu bölüm ile sona ermektedir.

B. Lex Specialis

“Özel hükümler - Lex specialis”, 55. maddenin başlığıdır:

Bu maddeler, bir milletlerarası haksız fiilin varlığına ilişkin şartların ya da bir Devletin milletlerarası sorumluluğunun kapsamının ya da bunun çalıştırılmasına ilişkin hususların milletlerarası hukukun özel hükümleri ile düzenlendiği hallerde ve ölçüde uygulanmaz¹⁰⁰⁴.

Devletler, birincil hukuk kurallarına göre, aralarındaki yükümlülükleri belirlerken, genellikle, bunların ihlâl edilmeleri durumunda uygulanacak birtakım

¹⁰⁰⁴ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 55; C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 55, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

hükümleri de tespit etmektedirler. 55. madde, bu durumda, özel hükümlerin geçerli olacağını şu şekilde belirtmektedir: “Bu maddeler, bir milletlerarası haksız fiilin varlığına ilişkin şartlar ya da bir Devletin milletlerarası sorumluluğunun kapsamı ya da bunun çalıştırılmasına ilişkin hususlar milletlerarası hukukun özel hükümleri ile düzenlendiği hallerde ve ölçüde uygulanmaz”. 55. madde, *lex specialis derogat legi generali* kuralına dayanmaktadır.

C. Milletlerarası Hukukun Genel Kurallarının Etkisi

“Bu maddeler ile düzenlenmeyen Devletin sorumluluğuna ilişkin meseleler”, 56. maddenin başlığıdır:

***Milletlerarası hukukun uygulanabilir kuralları, Devletin milletlerarası haksız fiilden ötürü sorumluluğuna ilişkin meseleleri, bu maddeler ile düzenlenmediği ölçüde, düzenlemeye devam eder*¹⁰⁰⁵.**

İncelemekte olduğumuz Komisyon’un maddeleri, sorumluluğa ilişkin ikincil kuralların, kodifikasyon vasıtasıyla geliştirilmesini hedeflemektedir. Bu bağlamda, 56. madde, iki işlevi yerine getirmektedir. İlk olarak, maddelerin temas etmediği sahalardaki, milletlerarası örf ve âdet hukukunun Devletlerin haksız fiilden ötürü milletlerarası sorumluluğuna ilişkin kurallarının geçerliliğini muhafaza etmektedir. İkinci olarak ise, 56. madde, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlinin neticelerinin düzenlendiği, antlaşmalar hukukundan doğan hükümlerin geçerliliğini belirtmektedir. Antlaşmalar hukukundan ileri gelen bu gibi hükümler, Devletlerin milletlerarası sorumluluğu müessesesi ile ilgili olmaksızın, antlaşmalar hukukunu düzenleyici birtakım hükümler içermektedir. Bunlar da, ihlâlin neticelerini antlaşmanın geçerliliği ve uygulanabilirliği bakımından düzenler. Böylelikle, 56. madde, 55 maddede geçerliliği belirtilen *lex specialis* e ilişkin hükmü tamamlamaktadır.

¹⁰⁰⁵ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 56; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 56, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

D. Bir Milletlerarası Örgütün Sorumluluğuna Uygulanacak Kurallar

“Bir milletlerarası örgütün sorumluluğu”, 57. maddenin başlığıdır:

Bu maddeler, bir milletlerarası örgütün ya da bir milletlerarası örgütün davranışından ötürü bir Devletin milletlerarası hukuka göre sorumluluğuna dair hiçbir meseleye halel getirmez¹⁰⁰⁶.

57. madde, bir yandan, bir milletlerarası örgütün sorumluluğundan, diğer yandan ise, bir Devletin, bir milletlerarası örgütün davranışından ötürü sorumluluğundan söz etmektedir.

E. Kişisel Sorumluluk

58. maddenin başlığı, “Kişisel sorumluluk”tur. Buna göre, bir Devlet hesabına hareket eden herhangi bir kişinin, milletlerarası hukuka göre kişisel sorumluluğu devam etmektedir. Madde şu şekilde yazılmıştır:

Bu maddeler, bir Devlet hesabına hareket eden herhangi bir kişinin, milletlerarası hukuka göre kişisel sorumluluğu meselesine halel getirmez¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁶ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 57; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 57, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

¹⁰⁰⁷ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 58; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 58, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10). Bu hususa başvurulabilecek bazı önemli çalışmalar: Sliedregt E. Van, The Criminal Responsibility Of Individuals For Violations Of International Humanitarian Law, T.M.C. Asser Press, Netherlands, 2003, s. 343-363; Aksar Yusuf, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış”, Uluslararası Hukuk ve Politika, Uluslararası Ceza Mahkemesi Özel Sayısı, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu Yayını, Yıl 1 Sayı 3, 2005, ss. 1-14; Töngür Ali Rıza, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku, Kazancı, İstanbul, 2004; Azarkan Ezeli, Nuremberg’den La Haye’ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Beta, 2003; Jurovics Yann, Réflexions Sur La Spécificité Du Crime Contre L’Humanité, Bibliothèque De Droit International Et Communautaire, Tome 116; Hollweg C., “Tribunal International De L’O.N.U., Conflit En Ex-Yougoslavie, Revue Du Droit Public et De La Science Politique En France et A l’Etranger, Tome 110, ss.1357-1397; Maison Rafaëlle, La Responsabilité Individuelle Pour Crime D’Etat En Droit International Public, Bruylant, Bruxelles, 2004; Robertson Qc Geoffrey, Crimes Against Humanity, Penguin, 2006.

F. Birleşmiş Milletler Şartı

Komisyon maddelerinin sonuncusu olan 59. maddenin başlığı, “Birleşmiş Milletler Şartı” dır. Bu maddeye göre:

Bu maddeler, Birleşmiş Milletler Şartı’na hâlel getirmez¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁸ Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin sorumluluğu üzerine maddeler projesi (2001 versiyonu), mad. 59; C. D. I., projet d’articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 59, Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10). Bu hususta başvurulabilecek bazı önemli çalışmalar: Klein Pierre, “Responsabilité Pour Violation Grave D’Obligations Découlant De Normes Impératives Du Droit International Et Droit Des Nations Unies”, Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Européen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss. 189-206; Di Rattalma M. F., “Le Régime De Responsabilité Internationale Institué Par Le Conseil D’Administration De La Commission DE Compensation Des Nations Unies”, Revue Générale de Droit International Public, 1997-1, ss. 45-90; Guérin X., “Maintien De la Paix”, Annuaire Française De Droit International, XL-1994, ss.171-174; Rosenstock Robert, “The United Nationsa Compensation Comission-A New Structure To Enforce State Responsability”, The American Journal Of International Law, Volume 87, 1993, ss. 144-157; Mertus J., “The State and yhe Post-Cold War Refugee Regime: New Models, New Questions”, International Journal of Refugee Law, Volume 10, No. 3, 1998, ss. 321-348; Forteau Mathias, Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale, Thèse de DEA, Publication de la Revue Générale de Droit International Public, Nouvelle Série – N. 56, Editions A. Pedone, Paris, 2006.

SONUÇ

Çalışmamız neticesinde vardığımız temel yargıya göre, Devletin milletlerarası sorumluluğu müessesesinin esas işlevi hukuka uygunluğu yeniden temin ve tesis etmektir.

Milletlerarası haksız bir fiil işleyerek, bir milletlerarası yükümlülüğünü ihlâl eden Devletin bu davranışı ile meydana getirdiği hukuka aykırı durumu, sorumluluk mekanizması devreye girerek tekrar hukuka uygun hale getirmekte, hukuk ile çelişen vaziyeti tedavi etmektedir.

Devletin milletlerarası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlâl etmesinin mağdur kişi uhdesinde somut bir zarar meydana getirmesinin ötesinde, milletlerarası hukuk, kurallarına uyulması ile ayakta kalabilecek bir hukuk dalıdır. İç hukuk düzenlerinde olduğu gibi, gücünü egemenlikten ve kamu kudretinden alan üstün, tek bir buyurgan irade tarafından ayakta tutulan bir hukuk düzeni oluşturmamaktadır. Milletlerarası hukukun esas öneme sahip kişileri olan Devletlerin her biri, egemen hukuk kişileridir ve hukuken birbirlerine eşittirler. Böyle bir hukuk düzeninin ayakta kalması, kendisine hayat veren esas kişiler olan Devletlerin her birinin, güçlerine dayanarak bu hukuk düzenini keyfî bir biçimde çiğneyememelerini sağlamaktan geçmektedir. Daha doğru bir anlatımla, hukuku çiğnedikten yani yükümlülüklerini ihlâl ettikten sonra, milletlerarası hukuk düzeni tarafından, hukukun bu zedelenmesinin ortadan kaldırılması, tedavi edilmesi ve hukuk dışı vaziyetin tekrar hukukî vaziyet haline getirilmesi gerekmektedir. Tüm bu vazife, milletlerarası hukukta, sorumluluk müessesesinin vazifesidir.

Çalışmamız neticesinde vardığımız diğer bir yargıya göre, sorumluluk mekanizması tarafından yukarıda ifade etmeye çalıştığımız vazifenin yerine getirilebilmesinin iki boyutu vardır. Bu boyutlardan ilki, gücün doğası ve onun bir başka güçle dengelenebilmesi, sınırlandırılabilmesi, durdurulabilmesi meselesidir. Bu boyut, bizim çalışmamız kapsamı dışında kalmakla birlikte, milletlerarası toplumun, hukuki bir kavram, ve gerçek bir olgu olarak oluşması ilerledikçe bu dengelemede, hukuk lehine ağırlık koyacağını düşünmekteyiz. İşin bu boyutu, hukuk ötesi, ya da

hukukun inceleme sahasını aşan sınırlara sahiptir. Bununla beraber, milletlerarası hukukun kurallarının, sözünü ettiğimiz tarzda bir yapıyı oluşturmakta kurucu bir unsur olduğunu ve olabileceğini düşünmekteyiz.

Bir Devletin milletlerarası yükümlülüklerine uymasından, milletlerarası hukukun saygın ve etkin kalmasından fayda bekleyen diğer tüm Devletlerin menfaati olduğu açıktır. Zira, her ihlâl, onarılmadığı takdirde, hukukun saygınlığını, geçerliliğini ve etkinliğini yok etmektedir. Milletlerarası sorumluluk hukuku kurallarının, Devletlerin uygulamaları tarafından geliştirilmesinin temelinde bu sebebin bulunduğu fikrindeyiz.

Sorumluluk müessesesinin vazifesini yapabilmesinin ikinci boyutu, çalışmamız kapsamı içerisinde kalmakta, hatta esas konusunu teşkil etmektedir. Bu boyut, sorumluluk kurallarının hukuk tekniği bakımından etkin, gerçekçi, ve sade olmasıyla ilgilidir. Milletlerarası Hukuk Komisyonu, maddeler metnini hazırladığı yıllar boyunca, bu hedefi göz önünde bulundurmuş ve hukukî mekanizma olarak etkin bir sorumluluk rejimi otaya koymaya çalışmıştır. Maddeler çalışmasının neticesinde, biz bu hedefe büyük oranda ulaşıldığı kanaatindeyiz.

Bu bağlamda, sorumlu Devletin, ihlâlden dolayı suçlu Devlet ilan edilmesinin, milletlerarası suç işlediğinin ifade edilmesinin, amaca hizmet etmediği ve etmeyeceği kanaatindeyiz. Böyle bir yaklaşımın gerçekçi olmadığını, milletlerarası barışa ve hukukî ilişkilerde ahenge hizmet etmekten ziyade, yeni çatışma ve mücadelelere neden olacağı fikrindeyiz. Bir Devletin, ve burda ifade etmemiz gerektiğini düşünmekteyiz ki, bir Milletin, hukuku ihlâl etmesinden ötürü sorumluluğunu kabul etmesi ile ve bu ihlâlin hukuka aykırı neticelerini ortadan kaldırmak ve bunu onarmak için sorumluluktan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi ile suçlu Devlet olduğunu kabul edebilmesi arasında çok ciddi bir fark olduğu kanaatindeyiz. Kendisini Devletin manevi varlığı ile özdeşleştirmiş bir Millet için de bunun barışa hizmet etmekten çok yeni kavgalara neden olacağını düşünüyoruz. Çalışmamız boyunca temas ettiğimiz gibi, milletlerarası sorumluluğa cezaî nitelik kazandırılmasının teknik hukuk bakımından da mümkün olmadığını açıklamaya çalışmıştık. Nitekim Komisyon'un maddeler metninde de cezaî sorumluluğa sonuçta yer verilmemiştir.

Devletin sorumluluğunun hukukî tanımını ve neticelerini belirleyen kurallar ile ihlâl edilmelerinden ötürü Devletin sorumluluğunun doğduğu milletlerarası kurallar arasında temel ve kesin bir ayrım vardır. Bir Devletin uyması ya da yerine getirmesi gereken milletlerarası yükümlülüğünün ne olduğunu belirten kural başka şeydir; bu kural ihlâl edildikten sonra sorumluluğun meydana gelmesi ile doğan hukukî durumu düzenleyen kural başka bir şey. Milletlerarası sorumluluk kuralları genel ve soyut kurallardır. Devletin milletlerarası sorumluluğunu düzenleyen kuralların, somut olarak hangi milletlerarası yükümlülük ihlâl edilirse edilsin, ihlâl ile doğan her yeni hukukî durumu bir çözüme kavuşturabilecek kurallar olması gerekmektedir. Bu neticeyi elde etmek için, sorumluluk hukukunun temeline, gücünü sadeliğinden alan şu ilke yerleştirilmiştir: “Bir Devletin milletlerarası nitelikteki her haksız fiili, o Devletin sorumluluğunu doğurur”.

Şayet, icraî surette ya da ihmal suretiyle işlenen bir davranış, milletlerarası hukuka göre Devlete isnat edilebiliyorsa ve Devletin bir milletlerarası yükümlülüğünün ihlâlini oluşturuyorsa, Devletin bir milletlerarası haksız fiili vardır.

Bu kurallara göre, Devletin sorumluluğunun kaynağı olan milletlerarası haksız fiilin sadece iki unsuru vardır. Bunlar, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlini teşkil eden bir davranışın varlığı ve bu davranışın Devlete isnat edilebilmesidir. Unsurların bu yapısından doğan neticeye göre, milletlerarası sorumluluk zarardan ötürü meydana gelmemekte fakat ihlâlden ötürü meydana gelmektedir. Zarar, bir unsur olarak aranmamakla beraber, onarımın çeşidinin ve biçiminin belirlenmesinde, özellikle tazminatın hesaplanmasında önemlidir. Hatta sorumluluğun ileri sürülebilmesi meselesinde ve mağdurun tespitinde zarar belirleyici rol oynar. Zararın unsur olarak aranmamasının nedeni, ihlâlin belirlenmesinin, zararın belirlenmesinden daha basit ve kolay olmasıdır. Sorumluluğun ileri sürülebilmesi için, mağdur Devlet, zarara değil, sadece ihlâle dayanma imkânına sahiptir. Böylelikle, sorumluluk müessesesinin etkinliğinin artırılması göz önünde bulundurulmaktadır. Unsurlar arasında kusur da bulunmaz. Milletlerarası hukukta, haksız fiil bir kusur değil, sadece hukukî yükümlülüğe aykırı bir davranıştır. Kusuru, Devletin milletlerarası sorumluluğuna sebep olan milletlerarası haksız fiilin unsurları arasından çıkartmak, aranması gereken

unsurlar bakımından sadeleştirmeye hizmet etmekte ve Devlet gibi bir tüzel kişilikte, manevi bir husus olan kusurlu irade unsurunun aranmasındaki ve tespit edilmesindeki zorluğu da aşmaya yaramaktadır.

İhlâlden dolayı, sorumlu Devlet, sorumluluktan kaynaklanan bazı yeni yükümlülükler ile karşı karşıyadır. Bunların başında, ihlâl devam ediyorsa buna son vermek ve eğer koşullar gerektiriyorsa ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair uygun güvenceleri vermek gelmektedir.

Sorumluluktan dolayı karşılaşılan esas yükümlülük ise onarımdır. Eski bir milletlerarası yargı kararında belirtildiği gibi, onarım, mümkün mertebe, haksız fiilin bütün neticelerini silmeli ve onarım ile söz konusu fiil işlenmiş olmasaydı, hakikâten mevcut olacak durumu tesis etmelidir. Eski hale iade ya da, şayet bu mümkün değilse, eski hale iadenin yerini tutacak bir miktar ödeme, uğranılan kayıplar için ya da eski hale iade ile ya da bunun yerine geçen ödeme ile telafi edilemeyenler için kâr mahrumiyeti ödenmesi, milletlerarası hukuka aykırı bir fiil neticesinde ödenmesi gereken tazminatın hesaplanmasında uygulanması gereken kurallardandır. Burada bir kez daha zarar kavramı üzerinde durulmalıdır.

Milletlerarası Hukuk Komisyonu, Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğuran olay olarak, bir Devletin milletlerarası hukuktan ileri gelen haklarını ihlâl etmeyi değil, milletlerarası hukukun getirdiği bir yükümlülüğün ihlâlini esas almıştır. Bu esastan hareketle, milletlerarası sorumluluk hukuku sadeleştirilmeye ve uygulamada etkinliğinin artırılmasına çalışılmıştır. Eğer bir Devletin haklarının ihlâli esasından hareket edilseydi, milletlerarası sorumluluğun doğabilmesi için, öncelikle bir hakkın varlığının belirlenmesi gerekecekti. Hâlbuki bir milletlerarası yükümlülüğün varlığının belirlenmesi, bir hakkın varlığının belirlenmesine nazaran daha nesnel bir işlemdir. Milletlerarası yükümlülüğün ihlâli esasından hareket edilmesi, milletlerarası sorumluluk kurumunun daha nesnel bir temel üzerine oturmasını sağlamaktadır. Bu da uygulamada milletlerarası sorumluluğunun daha etkin bir işleve kavuşmasına hizmet etmektedir. Öyleyse, milletlerarası haksız fiilin meydana gelmesi için aranan şart, milletlerarası bir yükümlülüğün ihlâlidir. Bununla beraber, ihlâli oluşturan fiilin Devlete isnat edilebilmesi, bu Devletin sorumluluğunun doğması için gereken şarttır.

Milletlerarası haksız fiilin meydana gelmesi için, zararın varlığı, aranması gereken bir unsur değildir. Ancak Devletin sorumluluğundan ötürü, mağdur Devlete onarım talep etme hakkını zararın varlığı verir. Bunun için de, mevcut zarar ile milletlerarası haksız fiil arasında uygun nedensellik bağının mevcut olması gerekmektedir.

İsnat, haksız fiili, Devlete bağlamaktadır. Nedensellik bağı ise, zararı, haksız fiile bağlar. Bu sayede, haksız fiilin mağduru, eğer zarar ile haksız fiil arasında nedensellik bağı kurulabilirse, sorumlu Devletten onarım talep edebilir.

Milletlerarası hukuk tarafından kabul edilen en az iki çeşit nedensellik bağı ortaya konabilir. Bunlar, bir yandan sorumluluğun tespitine yararken, diğer yandan tazminatın hesaplamasına yaramaktadır.

Doğal nedensellik, milletlerarası hukuk tarafından tanınan birinci nedensellik bağı çeşididir. Doğal nedensellik, hukukun, aşıkârlığa, sağduyuya, mantıki sonuç çıkarmaya ve akla uygunluğa göre karar vermesidir. Basit durumlarda uygulanmaktadır. Bu durum, her olgunun bir diğerinin sebebi haline geldiği bir nedensellik zinciri oluşturması halinde karmaşıklaşmaktadır. Ancak, bu zincirin tek bir dizi teşkil etmesi durumunda, doğal nedensellikte kalınır.

Normatif nedensellik, milletlerarası hukukta uygulanan ikinci nedensellik bağı çeşididir. Doğal nedensellik ile açıklanamayacak daha karmaşık durumlarda uygulanır. Bu konuda verilebilecek örnek, 1980’de Tahran’da Amerikan Büyükelçiliği’nin İranlı öğrenciler tarafından işgal edilmesi olayıdır. Milletlerarası Adalet Divanı, bu olaydan doğan davada, İran Hükümetinin, diplomatik mekânlar ve sakinlerini korumada ağır ihmali olduğuna karar vermekte ve bu suretle hem öğrencilerin eylemini İran Hükümeti’ne yüklemekte, hem de diplomatların uğradıkları şahsi zararlar ile İran Hükümeti’nin milletlerarası yükümlülüklerini yerine getirmemesi arasında bir nedensellik bağı kurmaktadır.

Doğrudan zarar ve dolaylı zarar bakımından ise, yalnızca doğrudan zarar onarım yükümlülüğünün kapsamındadır. Doğrudan zarar, haksız fiil neticesinde kaçınılmaz ve doğal olarak doğan zarardır. Öyleyse, zararlar, haksız fiil arasında uygun

bir nedensellik bağı olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Onarılması gereken zarar, Devlete isnat edilen fiilin mantıklı neticesi olan zarardır.

İhlâl edilen birincil milletlerarası kuralının niteliği, onarımın nasıl ve hangi yollarla sağlanacağı hususunda belirleyici olur. *Statu quo ante* ye dönüş, mağdur Devletin zarar gören haklarının neler olduğunun belirlenmesini gerektirir. Eğer *statu quo ante* ye dönülebilmesi için eski hale iade tek başına yeterli değilse ya da bu mümkün değilse ilave onarım çeşitlerine başvurulmalıdır. Bu ilave onarım yolu, esas olarak tazminat olarak uygulanır.

Eski hale iade bakımından ölçülülük ilkesi, mağdur Devletin elde edeceği faydaya nazaran sorumlu Devletin katlanacağı külfet eğer tamamen orantısız ise, eski hale iadede vazgeçileceği şeklinde kabul edilmiştir. Tazminat bakımından, ölçülülük ilkesinin sınırı, milletlerarası haksız fiil ile uğranılan doğrudan zararların tazmin edilmesi fakat dolaylı ve uzak zararların tazminatın kapsamına girmeyeceği şeklinde öngörülmüştür.

Tazminat, mağdur Devletin ya da uyruğunun uğradığı ve malî olarak hesaplanabilen zararlarını karşılar. Tazminatın amacı, açıktır ki, sorumlu Devletin hukukî sorumluluğu itibariyle doğan bir yükümlülük olarak, cezaî nitelikte değildir. Sorumlu Devletin cezalandırılması anlamına gelmez. Milletlerarası hukukta zarar-ziyan tazmini tanınmıştır. Devletin milletlerarası sorumluluğu kurumunda, zarar-ziyan tazmini, temel olarak, telafi edici niteliktedir.

Diplomatik koruma kavramı, kişilere tecavüz, kamu mallarına el koyma veya zarar verme durumlarında, bunların tazmin edilmesi ve tazminatlarının hesaplanması konusunda birçok işlevi yerine getirmektedir. Milletlerarası hukukta yerleşmiş bir ilke, bir Devletin, görevlilerinin veya uyruklarının uğradıkları zararın tazminini isteyebileceğidir. Devlet, aynı fiillerden ötürü uğradığı doğrudan zararın tazminini de ilave olarak talep hakkına sahiptir. Tazminata konu olan kişisel zarar sadece asli ve fer'î maddi zararları, fakat aynı zamanda gayri maddi zararları da kapsamaktadır ki, bunlara manevi zarar denmektedir.

Komisyon maddeleri metninin, İkinci Bölümün Üçüncü Bap'ı "Genel Milletlerarası Hukukun Emredici Kurallarından Kaynaklanan Yükümlülüklerin Ağır İhlâlleri" başlığına sahiptir. Bu başlık altında, özel bazı ihlâllerin sonuçları belirtilmektedir. Bu ihlâllere özel bir nitelik kazandıran karakteristik husus, bunların iki kıstası ihtiva etmeleridir. Bunlardan birincisi, genel milletlerarası hukukun emredici kurallarının yükümlülüklerini ihlâl, ikincisi ise, ihlâlin boyutu ve niteliği itibarı ile önemli, ağır bir nitelik arz etmesidir. Bu bap, getirdiği düzenleme ile milletlerarası hukukun çeşitli ihlâlleri arasında bir nitelik ayrımı yapmaya gerek olup olmadığı meselesi üzerinde önemli bir tartışma yaratmıştır.

Jus cogens kurallar, milletlerarası hukukun emredici, evrensel ve temel kuralları olarak tanımlanmaktadır. Bu kurallar, teker teker ve ayrı ayrı Devletlerin menfaatlerini korumak yerine, milletlerarası toplumun bütünün temel değerlerini ve menfaatlerini korumaktadır. Öğreti, *jus cogens* in emredici kurallar olduğu konusunda mutabık olmakla birlikte, mevcut listeler çeşitli ve birbirlerinden farklıdır. Bu listelere giren konular ise şunlardır: Devletlerin egemenliği, Devletlerin eşitliği, doğal kaynaklar üzerinde egemenlik, denizlerin serbestliği, diplomatik bağışıklık ve dokunulmazlıklar, insan hakları, insancıl hukuk, kuvvete başvurma yasağı, korsanlık, köle ticareti, soykırım, halkların kendilerini yönetme hakkı.

Jus cogens kurallardan doğan *erga omnes* yükümlülükler ihâl edildiğinde, sorumluluk rejiminin değişmesi, cezaî nitelik kazanması gerektiği, milletlerarası hukukta kendine taraftar bulmuş bir görüştür. Devletin milletlerarası sorumluluğuna cezaî bir nitelik verme hususu üzerinde önemli tartışmaların yapıldığı bir konudur. 1976'da, Komisyon'un maddeler taslağı metnine, milletlerarası suç tabiri girdiğinden beri konunun teorik olarak derinlemesine incelenmesi ihtiyacı hissedilmiştir. Tartışmaların ve incelemelerin göbeğinde, Devletlerarası ilişkilerde, ceza sorumluluğunun mümkün olup olmadığı hususu bulunmaktadır. Bu tartışmalar neticesinde ve Devletlerin tutumu doğrultusunda, ceza sorumluluğu ve milletlerarası suç tabiri isabetli olarak, Komisyon metninden çıkartılmıştır. Bunun yerine, 2001 metninde, milletlerarası toplumun geneline karşı olan emredici yükümlülüklerin ağır ihlâllerinden ötürü doğan sorumluluğun neticelerinin düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

Klasik sorumluluk teorisinde, sorumluluk ilişkisi, iki taraflı olarak ele alınmaktadır. Başka ifade ile sorumluluk ilişkisi, fail Devlet ile doğrudan zarar gören Devlet arasında ikili bir ilişkidir. Ancak Komisyon maddelerindeki düzenlemeye göre, sadece ihlâlden doğrudan mağdur Devlet değil, ihlâl edilen yükümlülüğün *erga omnes* olmasından ötürü, bütün Devletler, fail Devletin milletlerarası sorumluluğunu ileri sürebilirler. Bu düşünce, sorumluluğu çok taraflılığa açmaktadır. Sadece fail ile mağdur Devlet arasında değil, diğer Devletler de sorumluluğu öne sürebileceklerdir. Klasik yaklaşım böylelikle aşılmaktadır. *Erga omnes* yükümlülükler söz konusu olduğunda, bir Devlet, sadece, doğrudan mağdur Devlete karşı yükümlülük altında değil, fakat bütün Devletlere karşı yükümlülük altındadır. Bütün Devletler, ihlâlde bulunan her bir Devletin, milletlerarası sorumluluğunu ileri sürebilir.

Milletlerarası Adalet Divanı tarafından, milletlerarası toplumun bütününe karşı olan yükümlülükler, milletlerarası hukukun emredici kurallarından türetilmişlerdir. Milletlerarası hukukun emredici kuralları, bir kısım temel yükümlülükleri ve bunların önceliklerinden bahsederken; milletlerarası toplumun bütününe karşı olan yükümlülüklerde, Devletlerin, milletlerarası hukukun emredici kurallarına karşı göstermeleri gereken öncelikli saygının hukukî görünümü ele alınmaktadır. Bunun neticesi olarak, milletlerarası toplumun bütününe karşı olan yükümlülüklerin ihlâlinde, her Devlet, ihlâlden ileri gelen sorumluluğu ileri sürmeye yetkilidir. Milletlerarası hukukun emredici kurallarının getirdiği milletlerarası toplumun bütününe karşı olan yükümlülüklerin ağır ihlâlleri, sadece sorumlu Devletler için değil ve fakat bütün diğer Devletler için de ilave sonuçlar doğurur.

Komisyon, bu bağlamda, olan hukukun ötesine geçerek, olması gereken hukuka doğru yol almaktadır. Devletler, her türlü ağır ihlâlâ son vermek için işbirliği yapmak yükümlülüğü altındadırlar. Gerçekte bazen, böyle bir işbirliği hâlihazırda oluşmaktadır; özellikle milletlerarası teşkilatlar bünyesinde, milletlerarası hukukun ağır ihlâllerini etkili bir şekilde engellemek için hareket edilmektedir.

Yukarıda ifade edilen sonuçların diğeri ise, Devletlerin, iki belirgin yükümlülükten oluşan, ihlâlâ arka çıkmamak görevlerinin Komisyon tarafından öngörülmüş olmasıdır. Bu yükümlülüklerden birincisi, ağır bir ihlâlden ileri gelen bir

durumu meşru olarak tanımama yükümlülüğü ve ikincisi, bu durumun devamına yardım etmeme ve destek vermeme yükümlülüğüdür.

Milletlerarası hukukta, Devletin sorumluluğunun doğması, bunun başka bir Devlet tarafından ileri sürülmesinden bağımsız olsa da, buna rağmen, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlinden etkilenen Devletlerin, sorumlu Devletin ihlâlê son verme ve onarım yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak için hangi yollara başvurabileceklerinin düzenlenmesi gerekmektedir.

Bir Devletin milletlerarası sorumluluğuna başvurmak, ilk olarak mağdur Devletin hakkıdır. Bununla beraber Komisyon'a göre, ihlâl edilen yükümlülük kendisinin de parçası olduğu bir grup Devlete yönelik ise ve şayet yükümlülük, grubun kolektif bir menfaatini koruma amacıyla konulmuşsa; ya da ihlâl edilen yükümlülük, milletlerarası toplumun geneline yönelik olan bir yükümlülük ise, mağdur bir Devletten başka her Devletin de, ihlâlde bulunan Devletin sorumluluğuna başvurma hakkı vardır.

Devletin sorumluluğundan ötürü uygulanan karşı-önlemler, sorumlu Devleti, sorumluluğundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeye sevk etmek için uygulanan önlemlerdir ve dolayısıyla sorumluluk müessesesi ile ilgilidirler. Bundan ötürü, zaten, Komisyon tarafından, Devletin sorumluluğunun uygulanması başlığı altında düzenlenmektedirler. Bu çerçevede karşı-önlemler ile ilgili esas özellikler şunlardır:

İlk olarak karşı-önlemler kuvvet kullanımını ihtiva edemezler. İkinci olarak, karşı-önlemler, ancak sorumlu Devlete yöneltilmeli ve üçüncü taraflara yöneltilmemelidir. Üçüncü olarak, karşı önlemlerin işlevi, sorumlu Devleti, sorumluluktan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeye sevk etmektir, bundan ötürü geçici olarak uygulanırlar; aynı zamanda etkileri, kendilerinden beklenen amacın sağlanması ile sınırlı tutulmalıdır. Dördüncü olarak, karşı-önlemler ölçülü olmalıdır. Beşinci olarak, karşı-önlemler, özellikle milletlerarası hukukun emredici kurallarından kaynaklanan yükümlülükler olmak üzere, bazı temel yükümlülüklerle olumsuz bir etki yaratamazlar. Böylelike, en önemli gördüğümüz teorik konulardaki düzenlemeleri ve görüşlerimizi sonuç kısmında bir kez daha vurgulamaya çalıştık.

Milletlerarası Hukuk Komisyonu, 50 yılı aşan bir çalışmayı 2001 yılında tamamlayarak, Devletin haksız fiilden kaynaklanan milletlerarası sorumluluğuna ilişkin maddeleri yazmayı başarmıştır. Bu maddelerde, sorumluluk hukuku, sade ve etkin olarak düzenlenmeye çalışılmıştır. Devletlerin kodifikasyonu sağlayıp sağlayamayacakları henüz belli değildir. Bu gerçekleşmese bile, bu maddeler, büyük oranda örf ve adet hukuku kurallarını yansıtmakta ve Birleşmiş Milletler Milletlerarası Adalet Divanı'nın 2001'den sonra verdiği bazı kararlarda bu maddelere atıf yapıldığı görülmekte buna ilaveten Birleşmiş Milletler belgelerinde tespit edildiği üzere, çeşitli Devletler, milletlerarası sorumluluğa ilişkin önlerine gelen meselelerde, millî mahkemelerinde de bu maddelere örf ve adet hukuku kurallarını yansıtmamasından ötürü atıf yapmaktadırlar. En çok sözü edilen maddeler ise çalışmamıza son verdiğimiz esnaya kadar isnata ilişkin olan maddelerdir. Türk hukukunda da milletlerarası sorumluluğa ilişkin bilgi birikiminin sağlanması ve gelişmelerin hem Devlet tarafından, hem de hukukçular tarafından takip edilmesinin gerektiği düşüncesindeyiz. Milletlerarası hukukun meydana getirilmesinde, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin sahip olduğu hakkı kullanmasının, görüşlerini Birleşmiş Milletler'de beyan etmesinin, gerekli hukukî katkıyı yapmasının da hem hakkı olduğu hem de Devlete ve milletlerarası hukuka fayda sağlayacağı fikrindeyiz.

EKLER

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

A/RES/56/83

BELGESİNİN TÜRKÇE TERCÜMESİ:

**MİLLETLERARASI HAKSIZ FİİLDEN ÖTÜRÜ DEVLETİN
MİLLETLERARASI SORUMLULUĞU**

BİRİNCİ BÖLÜM

DEVLETİN MİLLETLERARASI NİTELİKTEKİ HAKSIZ FİİLİ

BİRİNCİ BAP

GENEL İLKELER

1. Madde:

Milletlerarası haksız bir fiilden ötürü Devletin sorumluluğu

Bir Devletin milletlerarası bakımdan her haksız fiili, o Devletin sorumluluğunu doğurur.

2. Madde:

Devletin milletlerarası haksız fiilinin unsurları

Şayet, icrai surette ya da ihmal suretiyle işlenen bir davranış:

- a) Milletlerarası hukuka göre Devlete isnat edilebiliyorsa; ve
- b) Devletin bir milletlerarası yükümlülüğünün ihlâlini oluşturuyorsa, Devletin bir milletlerarası haksız fiili vardır.

3. Madde:

Devletin fiilinin milletlerarası nitelikte bir haksız fiil olarak nitelendirilmesi

¹⁰⁰⁹Tercüme, Belgenin, Fransızca ve İngilizce metinleri karşılaştırılarak, metinler arasında sözel farklılık bulunduğu ifadeyi en açık olan metne öncelik verilerek, tarafımızdan yapılmıştır.

Devletin bir fiilinin, milletlerarası nitelikte bir haksız fiil olarak nitelendirilmesi, milletlerarası hukuktan ileri gelir. Böyle bir nitelendirme, aynı fiilin iç hukukta, hukuka uygun olarak nitelendirilmesinden etkilenmez.

İKİNCİ BAP

BİR DAVRANIŞIN DEVLETE İSNAT EDİLMESİ

4. Madde:

Devlet organlarının davranışları

1. Milletlerarası hukuka göre, bir organ, ister yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da ister başkaca işlevleri yerine getiriyor olsun, bunun Devlet örgütlenmesi içindeki durumu ne olursa olsun, ister merkezi idare içinde, ister bir yerel idare niteliğinde olsun, bütün Devlet organlarının davranışları Devletin bir fiili olarak kabul edilir.

2. Organ, iç hukuka göre bu statüye sahip her kişi ya da birimi kapsar.

5. Madde:

Kamu gücü yetkilerini kullanırken bir kişinin ya da bir birimin davranışı

Dördüncü madde kapsamında Devlet organı olmayan, fakat bu Devletin hukuku tarafından kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişinin ya da bir birimin davranışı, olayda bu kişi ya da birim bu nitelikte davrandığı sürece, milletlerarası hukuka göre bir Devlet fiili olarak kabul edilir.

6. Madde:

Bir Devlet tarafından bir başka Devletin emrine verilmiş bir organın davranışı

Bir başka Devlet tarafından bir Devletin emrine verilmiş bir organın davranışı, bu organın emri altında bulunduğu Devletin kamu gücü yetkilerini kullandığı sürece, milletlerarası hukuka göre emri altında bulunduğu Devletin fiili olarak kabul edilir.

7. Madde:

Yetki aşımı ya da talimatlara aykırı davranış

Bir Devlet organının davranışı ya da kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişinin ya da birimin davranışı, bu organ, kişi ya da birim bu nitelikte hareket ederken, yetkisini aşıya ya da talimatlara aykırı hareket etse bile, milletlerarası hukuka göre Devletin fiili kabul edilir.

8. Madde:

Devletin yönlendirmesi ya da denetimi altında iken davranış

Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken, Devletin talimatları , emri ya da denetimi altında ise, milletlerarası hukuka göre Devletin fiili olarak kabul edilir.

9. Madde:

Resmi otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği halindeki davranış

Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup, resmi otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği halinde, kamu gücü yetkilerini kullanıyorsa ve koşullar bu yetkilerin kullanılmasını gerektiriyorsa, milletlerarası hukuka göre Devletin fiili olarak kabul edilir.

10. Madde:

Bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı

1. Devletin yeni hükümeti haline gelen bir isyan hareketinin davranışı, uluslararası hukuka göre bu Devletin fiili olarak kabul edilir.

2. Bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı, daha evvelden mevcut bir Devletin ülkesinin bir kısmında ya da bunun idaresi altında olan bir toprakta yeni bir Devlet kurmaya ulaşmışsa, milletlerarası hukuka göre bu yeni Devletin fiili olarak kabul edilir.

3. Bu madde, 4. maddeden 9. maddeye kadar olan maddeler uyarınca, Devletin fiili olarak kabul edilmesi gereken bütün davranışların, bunlar herhangi bir biçimde isyan hareketinin davranışlarına bağlı olmuş olsa da, Devlete isnat edilmesine engel olmaz.

11. Madde:

Devlet tarafından kendisinin olarak tanınan ve benimsenen davranış

Önceki maddelere göre Devlete isnat edilemeyen bir davranış, bu Devlet tarafından söz konusu davranışın kendi davranışı olarak tanındığı ve benimsendiği halde ve ölçüde, milletlerarası hukuka göre bu Devletin fiili olarak kabul edilir.

ÜÇÜNCÜ BAP

BİR MİLLETLERARASI YÜKÜMLÜLÜĞÜN İHLÂLİ

12. Madde:

Bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlinin varlığı

Devletin fiili, milletlerarası yükümlülük uyarınca kendisinden istenen fiile uygun olmadığında, söz konusu Devlet tarafından, yükümlülüğün kaynağı ya da niteliği ne olursa olsun, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâline neden olunmuştur.

13. Madde:

Devlet bakımından yürürlükte olan yükümlülük

Fiil gerçekleştiği anda Devlet söz konusu yükümlülük ile bağlı değilse, Devletin fiili bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlini oluşturmaz.

14. Madde:

Bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâlinin zamana yayılması

1. Devletin süreklilik niteliği olmayan bir fiilinden ötürü bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâli, neticeleri devam etse dahi, fiilin gerçekleştiği anda meydana gelmiştir.

2. Devletin süreklilik niteliği olan bir fiilinden ötürü bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâli, fiilin devam ettiği ve milletlerarası yükümlülüğe aykırı kaldığı bütün süreye yayılır.

3. Bir Devletin belirli bir olayı önlemek milletlerarası yükümlülüğünün ihlâli, olayın meydana geldiği anda oluşur ve olay devam ettiği ve bu yükümlülüğe aykırı kaldığı bütün süre boyunca yayılır.

15. Madde:

Bileşik bir davranışla meydana gelen ihlâl

1. Bütününde haksız olarak tanımlanan, bir dizi, icra ya da ihmal suretindeki davranış nedeniyle, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlâli, diğer icra ya da ihmal suretindeki davranışlar ile birleşik olan ve haksız fiili oluşturmaya yeterli davranışın olduğu anda gerçekleşmiştir.

2. Böylesi hallerde, İhlâl, dizinin ilk icra ya da ihmal suretindeki davranışıyla başlayan bütün süreye yayılır ve bu icra ya da ihmal suretindeki davranışlar tekrar edildiği ve söz konusu milletlerarası yükümlülüğe aykırı kaldığı sürece devam eder.

DÖRDÜNCÜ BAP

BİR BAŞKA DEVLETİN FİİLİNDEN ÖTÜRÜ DEVLETİN SORUMLULUĞU

16. Madde:

Milletlerarası haksız fiilin yapılmasında yardım

Bir başka Devletin milletlerarası haksız fiiline yardım eden Devlet, böyle davrandığı için şu halde milletlerarası bakımdan sorumludur:

a) Söz konusu Devlet milletlerarası haksız fiil koşullarının bilincinde hareket ediyorsa;
ve

b) Fiil bu Devlet tarafından yapılsaydı dahi milletlerarası bakımdan haksız olacak idiyse.

17. Madde:

Milletlerarası haksız fiilin yapılmasında talimatlar ve denetim

Bir başka Devlete talimatlar veren ve bu Devlet üzerinde milletlerarası haksız fiilin yapılmasında denetim uygulayan Devlet, bu fiilden şu halde milletlerarası bakımdan sorumludur:

a) Söz konusu Devlet, milletlerarası haksız fiil koşullarının bilincinde hareket ediyorsa;
ve

b) Fiil bu Devlet tarafından yapılsaydı dahi milletlerarası bakımdan haksız olacak idiyse.

18. Madde:

Bir başka Devleti zorlama

Bir başka Devleti bir fiil işlemeye zorlayan Devlet, bu fiilden şu halde milletlerarası bakımdan sorumludur:

a) Zorlanan Devletin fiili, zorlama olmaksızın da bir milletlerarası haksız fiil oluşturacak idiyse; ve

b) Zorlama uygulayan Devlet söz konusu fiile ilişkin koşulların bilincinde hareket ediyorsa.

19. Madde:

Bu bap'ın etkisi

Bu bap, diğ er maddelerin düzenlemeleri ışığında, haksız fiili işeyen Devletin ya da herhangi bir başka Devletin milletlerarası sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

BEşİNCİ BAP

HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN HALLER

20. Madde:

Rıza

Bir Devlet, bir başka Devletten, belirli bir davranış için geçerli bir rıza almışsa, bu davranışın hukuka aykırılığı, rızayı alan Devlet bakımından, davranışın rızanın sınırları dahilinde kaldığı ölçüde, ortadan kalkar.

21. Madde:

Meşru m dafa a

Devletin fiilinin hukuka aykırılığı, fiil, Birleşmiş Milletler şartı'na uygun şekilde, meşru müdafaaya izin verilen ölçüler içerisinde ise, ortadan kalkar.

22. Madde:

Milletlerarası haksız bir fiil nedeniyle karşı- nlemler

Bir Devletin bir başka Devlete karşı olan milletlerarası bir yükümlülüğüne aykırı bir davranışındaki hukuka aykırılık, bu davranışın diğ er Devlete karşı, üçüncü bölümün ikinci bap'ına uygun olarak alınmış bir karşı önlem oluşturduğu ölçüde, ortadan kalkar.

23. Madde:

Mücbir sebep

1. Bir Devletin, bir milletlerarası yükümlülüğüne aykırı bir davranışının hukuka aykırılığı, eğer bu davranış, karşı konulamaz, ansızın beliren bir kuvvete bağlı olan ya da Devletin denetiminden kurtulan, öngörülemeyen, harici bir olaydan kaynaklanan bir

mücbir sebep nedeniyle yapılmışsa ve koşullardan ötürü yükümlülüğün gereğini yapmak maddi olarak imkânsız hale gelmişse, ortadan kalkar.

2. Şu hallerde birinci paragraf uygulanmaz:

a) Eğer mücbir sebep hali tek başına ya da başka unsurlara bağlı olarak, bunu ileri süren Devletin davranışından ileri gelmişse; ya da

b) Eğer Devlet böylesi bir halden ileri gelen zarara uğrama tehlikesini göze almışsa.

24. Madde:

Tehlike

1. Devletin bir milletlerarası yükümlülüğüne aykırı bir fiilinin hukuka aykırılığı, eğer bu fiili işleyen, tehlike halinde, kendisinin ya da korumakla yükümlü olduğu kimselerin hayatlarını kurtarmak için uygun başka bir olanağı yoksa ortadan kalkar.

2. Şu hallerde birinci paragraf uygulanmaz:

a) Eğer tehlike hali tek başına ya da başka unsurlara bağlı olarak, bunu ileri süren Devletin davranışından ileri gelmişse; ya da

b) Eğer söz konusu fiil eşdeğer ya da daha ağır bir tehlike yaratmaya yol açıyorsa.

25. Madde:

Zaruret hali

1. Devlet milletlerarası yükümlülüklerinden birine aykırı bir davranışının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmak için, zaruret haline, şu şartlar mevcut olmadıkça başvuramaz:

a) Davranış, Devlet için, esaslı bir menfaatini, pek yakın ve ağır bir tehlikeye karşı korumak için, yegâne olanağı oluşturmalıdır; ve

b) Karşılarında yükümlülük altında olduğu Devletin ya da Devletlerin ya da milletlerarası toplumun bütününün esaslı bir menfaatine ağır bir şekilde zarar getirmemelidir.

2. Her halde, Devlet tarafından, zaruret hali,

a) Şayet söz konusu milletlerarası yükümlülük zaruret halini ileri sürebilme olanağını engelliyorsa; ya da

b) Şayet Devlet zaruret halinin ortaya çıkmasına katkıda bulunmuşsa, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak ileri sürülemez.

26. Madde:

Emredici kurallara saygı

Bu bab'ın hiçbir hükmü, milletlerarası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı herhangi bir Devlet fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.

27. Madde:

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hali ileri sürmenin neticeleri

Bu bab'a uygun biçimde, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hali ileri sürmek şunlara hâlel getirmez:

a) Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran halin mevcut olmadığı halde ve ölçüde, söz konusu yükümlülüğe riayet etmek gerekliliğine;

b) Söz konusu fiilin neden olduğu bütün zararın karşılanması meselesine.

İKİNCİ BÖLÜM

DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

BİRİNCİ BAP

GENEL İLKELER

28. Madde:

Milletlerarası haksız fiilin hukuki neticeleri

Milletlerarası haksız fiilden ötürü, birinci bölümdeki hükümlere uygun olarak meydana gelen Devletin milletlerarası sorumluluğu bu bap'ta belirtilen hukuki neticeleri kapsamaktadır.

29. Madde:

Yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesi

Bu bölümde öngörülen, bir milletlerarası haksız fiilin hukuki neticeleri, sorumlu Devletin ihlâl edilen yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesini etkilemez.

30. Madde:

Son verme ve tekrar etmeme

Milletlerarası haksız fiilden sorumlu Devletin şu yükümlülükleri vardır:

- a) Şayet devam ediyorsa bu fiile son vermek;
- b) Eğer koşullar gerektiriyorsa, ihlâlin tekrar edilmeyeceğine dair uygun güvenceleri sunmak.

31. Madde:

Onarım

1. Sorumlu Devlet uluslararası haksız fiil ile neden olunan bütün zararı onarmak zorundadır.
2. Zarar, Devletin milletlerarası haksız fiilinin sonucu olan maddi ve manevi bütün zararı kapsar.

32. Madde:

İç hukukla ilgili olmama

Sorumlu Devlet, bu bölüme göre kendisini bağlayan yükümlülüklerine dair bir noksanlığı haklı çıkarmak için, iç hukukunun hükümlerinden yararlanamaz.

33. Madde:

Bu bölümde belirtilen milletlerarası yükümlülüklerin değeri

1. Sorumlu Devletin, bu bölümde belirtilen yükümlülükleri, ihlâl edilen milletlerarası yükümlülüğün niteliğine, içeriğine ve ihlâl ediliş şartlarına bağlı olarak bir başka Devlete ya da birden çok Devlete ya da milletlerarası toplumun geneline karşı olabilir.

2. Bu bölüm, Devletin milletlerarası sorumluluğunun, bir Devletten başka bir kişi ya da bir birim lehine doğrudan doğurabileceği olabileceği hiçbir hakka hâlel getirmez.

İKİNCİ BAP

ZARARIN ONARIMI

34. Madde:

Onarım şekilleri

Milletlerarası haksız fiil ile neden olunmuş zararın tamamen onarımı, bu bap'ın hükümlerine uygun olarak, müstakilen ya da müştereken, eski hale iade, tazminat ve tarziye biçimlerine bürünür.

35. Madde:

Eski hale iade

Milletlerarası nitelikteki bir haksız fiilin sorumlusu Devlet, ihlâl meydana gelmezden önceki halin yeniden tesis edilmesi için, eski hale iadeyi gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır; fakat eğer böyle bir eski hale iade:

a) Maddi olarak imkânsız ise;

b) Orantılılık ilkesine göre tazminata nazaran, tercih edilmeye değer bir fayda getirmiyor ise uygulanmaz.

36. Madde:

Tazminat

1. Milletlerarası haksız fiilin sorumlusu Devlet, bu fiil ile neden olunan zararı, bu zarar eski hale iade ile onarılamadığı ölçüde, tazmin etmek yükümlülüğündedir.

2. Tazminat, mali olarak hesaplanabilecek tüm zararı, saptanabilir olmak kaydıyla mahrum kalınan kazançlar da dahil olmak üzere kapsar.

37. Madde:

Tarziye

1. Bir milletlerarası haksız fiilden sorumlu Devlet, bu fiil ile neden olunan zarar için, bu zarar, eski hale iade ile ya da tazminat ile onarılamadığı ölçüde tarziye vermek yükümlülüğündedir.

2. Tarziye, ihlâlin kabul edilmesi, üzüntünün beyan edilmesi, resmi özür dilenmesi ya da diğer uygun biçimlerde olabilir.

3. Tarziye, zarar ile orantısız olmamalıdır ve sorumlu Devlet için küçük düşürücü bir biçim almamalıdır.

38. Madde:

Faizler

1. Bu bap uyarınca ana meblağ üzerinden ödenmesi gereken faizler, eksiksiz bir onarımı temin etmek ölçüsünde ödenir. Faiz oranı ve hesaplama biçimi bu neticeyi elde edecek şekilde belirlenir.

2. Faizler, hükmedilen anaparanın muaccel olduğu tarihten başlatılarak, ödemenin fiilen yapıldığı tarihe kadar geçen süre için uygulanır.

39. Madde:

Zarara katkı

Onarımı belirlemek için, icra suretiyle ya da ihmal suretiyle, bilerek ya da dikkatsizlik ile, mağdur Devletin ya da adına onarım talep edilen her kişinin ya da birimin zarara katkısı hesaba katılmalıdır.

ÜÇÜNCÜ BAP

**GENEL MİLLETLERARASI HUKUKUN EMREDİCİ KURALLARINDAN
KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN AĞIR İHLÂLLERİ**

40. Madde:

Bu bap'ın uygulanması

1. Bu bap, milletlerarası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğün, bir Devlet tarafından ağır ihlâlden doğan milletlerarası sorumluluğuna uygulanır.
2. Böyle bir yükümlülüğün ihlâli, sorumlu Devletin açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması halinde, ağırdır.

41. Madde:

Bu bap uyarınca, bir yükümlülüğün ağır bir ihlâlinin özel neticeleri

1. 40. madde bağlamında, her türlü ağır ihlâle son vermek için Devletler, meşru araçlarla işbirliği yapmalıdırlar.
2. Hiçbir Devlet, 40. madde bağlamında ağır bir ihlâlden doğan bir durumu meşru olarak tanımamalı ve bu durumun muhafazası için yardım etmemelidir ya da destek vermemelidir.
3. Bu madde, bu bölümde öngörülen diğer sonuçları ve milletlerarası hukuka göre bir ihlâle bu bap'ın uygulanmasında oluşabilecek ilave sonuçları engellemez.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEVLETİN MİLLETLERARASI SORUMLULUĞUNUN UYGULANMASI

BİRİNCİ BAP

DEVLETİN SORUMLULUĞUNA BAŞVURULMASI

42. Madde:

Mağdur devlet tarafından sorumluluğa başvurulması

Bir Devlet, mağdur Devlet sıfatıyla, başka bir Devletin sorumluluğuna, ihlâl edilen yükümlülük şayet:

- a) Bu Devlete karşı bireysel olarak borç oluşturuyor ise; ya da
- b) Kendisinin parçası olduğu bir grup Devlete karşı ya da milletlerarası toplumun bütününe karşı borç oluşturuyor ise ve şayet yükümlülüğün ihlâli:
 - i) Özellikle bu Devleti etkiliyorsa, ya da
 - ii) Niteliği uyarınca, yükümlülüğün sonraki uygulamasının kendilerine karşı yükümlülük oluşturduğu diğer bütün Devletlerin durumunu esaslı olarak değiştiriyorsa; başvurabilir.

43. Madde:

Mağdur Devlet tarafından bildirim

1. Bir başka Devletin sorumluluğuna baş vuran mağdur Devlet, talebini bu Devlete bildirir.

2. Mağdur Devlet özellikle şunları belirtebilir:

- a) Şayet devam ediyorsa, sorumlu Devletin haksız fiile son vermek için takınması gereken davranışı;

b) İkinci bölümdeki hükümlere uygun olarak onarımın alması gereken şekli.

44. Madde:

Talebin kabul edilebilirliği

Şayet:

a) Talep, hak iddialarının milliyeti konusuna dair uygulanan kurallara uygun olarak yapılmamışsa;

b) Talebin iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmesi kuralına uygun olması gereken durumda, yararlanılabilen ve etkin olan iç hukuktaki bütün başvuru yolları tüketilmemişse, Devletin sorumluluğuna başvurulamaz.

45. Madde:

Sorumluluğa başvurma hakkından vazgeçme

Şayet;

a) Mağdur Devlet geçerli olarak talepten vazgeçmişse; ya da

b) Mağdur Devlet, kendi davranışı nedeniyle, geçerli bir biçimde talebin terkine katlanmak zorunda kabul edilmeli ise, Devletin sorumluluğuna başvurulamaz.

46. Madde:

Mağdur Devletlerin Çokluğu

Aynı milletlerarası haksız fiil ile birden çok Devlet mağdur olduğunda, her mağdur Devlet, milletlerarası haksız fiili işleyen devletin sorumluluğuna ayrı ayrı başvurabilir.

47. Madde:

Sorumlu Devletlerin Çokluğu

1. Aynı milletlerarası haksız fiilden birden fazla Devlet sorumlu olduğunda, bu fiilden ötürü her Devletin sorumluluğuna başvurulabilir.

2. 1. fıkra:

a) Hiçbir mağdur Devletin uğradığı zarardan fazla bir tazminat elde etmesine neden olmaz;

b) Diğer sorumlu Devletler karşısındaki hiçbir başvuru hakkına hanel getirmez.

48. Madde:

Mağdur Devletten başka bir Devlet tarafından sorumluluğna başvurulması

1. 2. paragraf uyarınca, mağdur bir Devletten başka her Devletin, bir başka Devletin sorumluluğna başvurma hakkı vardır; şayet:

a) İhlâl edilen yükümlülük kendisinin de parçası olduğu bir grup Devlete yönelik ise ve şayet yükümlülük, grubun kolektif bir menfaatini koruma amacıyla konulmuşsa; ya da

b) İhlâl edilen yükümlülük, milletlerarası toplumun geneline yönelik olan bir yükümlülük ise, 2. paragrafa uygun biçimde, bir mağdur Devletten başka her Devletin, bir başka Devletin sorumluluğna başvurma hakkı vardır.

2. 1. paragraf uyarınca, sorumluluğna başvurma hakkına sahip her Devlet, sorumlu Devletten şunları isteyebilir:

a) 30. madde uyarınca milletlerarası haksız fiile son verilmesini ve tekrar edilmeyeceğine dair güvenceler ve garantiler verilmesini; ve

b) Önceki maddelere uygun olarak, mağdur Devletin lehine olarak ya da ihlâl edilen yükümlülükten yararlananların lehine olarak onarım yükümlülüğünün yerine getirilmesini.

3. 43., 44. ve 45. maddelerde, mağdur Devlet tarafından sorumluluğna başvurulmasına ilişkin koşullar, 1. paragraf uyarınca bunu yapmaya hakkı olan bir Devletin de sorumluluğna başvurmasına uygulanır.

İKİNCİ BAP

KARŞI ÖNLEMLER

49. Madde

Karşı-önlemlerin konusu ve sınırları

1. Mağdur Devlet, karşı-önlemleri, ancak, haksız fiilden sorumlu Devlete karşı, bu Devleti, ikinci bölüm uyarınca yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülükleri uygulamaya yöneltmek için alabilir.
2. Karşı-önlemler, bu önlemleri alan Devletin, sorumlu Devlete yönelik olan milletlerarası yükümlülüklerinin bir süre için yerine getirilmemesi ile sınırlıdır.
3. Karşı-önlemler, mümkün olduğunca, söz konusu yükümlülüklerin yeniden uygulanmasına imkân verecek bir şekilde alınmalıdır.

50. Madde:

Karşı-önlemler ile etkilenemeyecek yükümlülükler

1. Karşı-önlemler, şunlara hiçbir şekilde etkileyemezler:
 - a) Birleşmiş Milletler Şartı'nda belirtildiği üzere, kuvvet kullanma tehdidinde bulunmama ya da kuvvet kullanmama yükümlülüğü;
 - b) Temel insan haklarının korunmasını ihtiva eden yükümlülükleri;
 - c) Misillemeleri yasaklayan insancıl nitelikli yükümlülükleri;
 - d) Genel milletlerarası hukukun emredici hükümlerinden kaynaklanan diğer yükümlülükleri.
2. Karşı-önlemleri alan Devlet, kendisinden beklenen şu yükümlülüklerden kurtulamaz:
 - a) Kendisi ve sorumlu Devlet arasında, uyuşmazlıkların çözülmesi usulüne ilişkin kurallar uyarınca uygulananlar;

b) Diplomatik temsilcilik ve konsolosluk ajanlarının, mekânlarının, arşivlerinin ve belgelerinin dokunulmazlığına saygıya ilişkin olanlar.

51. Madde:

Orantılılık

Karşı-önlemler uğranılan zarar, haksız fiilin ağırlığının neticesi ve söz konusu haklar ile orantılı olmalıdır.

52. Madde:

Karşı-önlemlere başvurma şartları

1. Karşı-önlem almadan önce, mağdur Devlet şunları yapmalıdır:

a) Sorumlu Devletten, 43. maddeye uygun olarak, ikinci bölüm uyarınca kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmesini istemelidir;

b) Sorumlu Devlete, karşı-önlem almaya dair bütün kararları bildirmek ve bu Devlet ile görüşme teklif etmelidir.

2. 1. fıkranın b bendine karşın, mağdur Devlet, haklarını korumak için gerekli acil karşı-önlemleri alabilir.

3. Karşı-önlemler alınamaz ve eğer daha önceden alınmışsa, haksız bir gecikmede bulunulmadan yürürlükten kaldırılmalıdır; şayet:

a) Milletlerarası haksız fiil sona ermişse ve

b) Uyuşmazlık, taraflar için kararı mecburi olan bir divanın ya da bir mahkemenin önünde derdest ise.

4. Şayet sorumlu Devlet uyuşmazlıkların çözülmesi usulüne uymaya ilişkin iyi niyetli davranmıyorsa, 3. paragraf uygulanmaz.

53. Madde:

Karşı-önlemlerin sona erdirilmesi

Sorumlu Devletin, ikinci bölüm uyarınca milletlerarası haksız fiilden ötürü kendisine düşen yükümlölükleri yerine getirmesinden itibaren karşı-önlemlere son verilmelidir.

54. Madde:

Mağdur Devletten başka Devletlerce alınan önlemler

Bu bap, 48. maddenin 1. fıkrası uyarınca, bir başka Devletin sorumluluğuna başvurmaya, buna karşı, ihlâlin sona ermesi ve mağdur Devlet lehine ya da ihlâl edilen yükümlölüğün lehdarları lehine onarımın elde edilmesi amacıyla meşru önlemler almaya yetkili olan hiçbir Devletin hakkına hâlel getirmez.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GENEL HÜKÜMLER

55. Madde:

Lex specialis

Bu maddeler, bir milletlerarası haksız fiilin varlığına ilişkin şartların ya da bir Devletin milletlerarası sorumluluğunun kapsamının ya da bunun çalıştırılmasına ilişkin hususların milletlerarası hukukun özel hükümleri ile düzenlendiği hallerde ve ölçüde uygulanmaz.

56. Madde:

Devletin sorumluluğuna ilişkin bu maddeler ile düzenlenmeyen meseleler

Milletlerarası hukukun uygulanabilir kuralları, Devletin milletlerarası haksız fiilden ötürü sorumluluğuna ilişkin meseleleri, bu maddeler ile düzenlenmediği ölçüde, düzenlemeye devam eder.

57. Madde:

Bir milletlerarası örgütün sorumluluğu

Bu maddeler, bir milletlerarası örgütün ya da bir milletlerarası örgütün davranışından ötürü bir Devletin milletlerarası hukuka göre sorumluluğuna dair hiçbir meseleye haleb getirmez.

58. Madde:

Kişisel sorumluluk

Bu maddeler, bir Devlet hesabına hareket eden herhangi bir kişinin, milletlerarası hukuka göre kişisel sorumluluğu meselesine haleb getirmez.

59. Madde:

Birleşmiş Milletler Şartı

Bu maddeler, Birleşmiş Milletler Şartı'na haleb getirmez.

EK II

United Nations

A/RES/56/83

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

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.

EK III

Nations Unies

A/RES/56/83

Résolution adoptée par l'Assemblée générale [sur le rapport de la Sixième Commission (A/56/589)]

56/83. Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

PREMIERE PARTIE

LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILICITE DE L'ETAT

Chapitre premier

Principes généraux

Article premier

Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale.

Article 2

Éléments du fait internationalement illicite de l'État

Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission :

- a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et
- b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État.

Article 3

Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite

La qualification du fait de l'État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne.

Chapitre II

Attribution d'un comportement à l'État

Article 4

Comportement des organes de l'État

1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État.

Article 5

Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique

Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

Article 6

Comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État

Le comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve, est considéré comme un fait du premier État d'après le droit international.

Article 7

Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions

Le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions.

Article 8

Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État.

Article 9

Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives.

Article 10

Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre

1. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international.

2. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel État sur une partie du territoire d'un État préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel État d'après le droit international.

3. Le présent article est sans préjudice de l'attribution à l'État de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu des articles 4 à 9.

Article 11

Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien

Un comportement qui n'est pas attribuable à l'État selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme sien.

Chapitre III

Violation d'une obligation internationale

Article 12

Existence de la violation d'une obligation internationale

Il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci.

Article 13

Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État

Le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit.

Article 14

Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.
2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.
3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation.

Article 15

Violation constituée par un fait composite

1. La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite.
2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale.

Chapitre IV

Responsabilité de l'État à raison du fait d'un autre État

Article 16

Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite

L'État qui aide ou assiste un autre État dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où :

- a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Article 17

Directives et contrôle dans la commission du fait internationalement illicite

L'État qui donne des directives à un autre État et qui exerce un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable de ce fait dans le cas où :

- a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Article 18

Contrainte sur un autre État

L'État qui contraint un autre État à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où :

- a) Le fait constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite de l'État soumis à la contrainte ; et
- b) L'État qui exerce la contrainte agit en connaissance des circonstances dudit fait.

Article 19

Effet du présent chapitre

Le présent chapitre est sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu d'autres dispositions des présents articles, de l'État qui commet le fait en question ou de tout autre État.

Chapitre V

Circonstances excluant l'illicéité

Article 20

Consentement

Le consentement valide de l'État à la commission par un autre État d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard du premier État pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

Article 21

Légitime défense

L'illicéité du fait de l'État est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies.

Article 22

Contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite

L'illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État conformément au chapitre II de la troisième partie.

Article 23

Force majeure

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

- a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque ; ou
- b) Si l'État a assumé le risque que survienne une telle situation.

Article 24

Détresse

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

- a) Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque ; ou
- b) Si ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

Article 25

État de nécessité

1. L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait :

a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent ; et

b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité :

a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité ; ou

b) Si l'État a contribué à la survenance de cette situation.

Article 26

Respect de normes impératives

Aucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

Article 27

Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice :

a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus ;

b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question.

DEUXIEME PARTIE

CONTENU DE LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE DE L'ETAT

Chapitre premier

Principes généraux

Article 28

Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite

La responsabilité internationale de l'État qui, conformément aux dispositions de la première partie, résulte d'un fait internationalement illicite comporte les conséquences juridiques qui sont énoncées dans la présente partie.

Article 29

Maintien du devoir d'exécuter l'obligation

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prévues dans la présente partie n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée.

Article 30

Cessation et non-répétition

L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation :

- a) D'y mettre fin si ce fait continue ;
- b) D'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent.

Article 31

Réparation

1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.

2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État.

Article 32

Non-pertinence du droit interne

L'État responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie.

Article 33

Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie

1. Les obligations de l'État responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble, en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée et des circonstances de la violation.

2. La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État.

Chapitre II

Réparation du préjudice

Article 34

Formes de la réparation

La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre.

Article 35

Restitution

L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution :

- a) N'est pas matériellement impossible ;
- b) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation.

Article 36

Indemnisation

1. L'État responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.
2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi.

Article 37

Satisfaction

1. L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner, satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation.

2. La satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée.

3. La satisfaction ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable.

Article 38

Intérêts

1. Des intérêts sur toute somme principale due en vertu du présent chapitre sont payables dans la mesure nécessaire pour assurer la réparation intégrale. Le taux d'intérêt et le mode de calcul sont fixés de façon à atteindre ce résultat.

2. Les intérêts courent à compter de la date à laquelle la somme principale aurait dû être versée jusqu'au jour où l'obligation de payer est exécutée.

Article 39

Contribution au préjudice

Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée.

Chapitre III

Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit

international général

Article 40

Application du présent chapitre

1. Le présent chapitre s'applique à la responsabilité internationale qui résulte d'une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

2. La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation.

Article 41

Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation en vertu du présent chapitre

1. Les États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40.

2. Aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation.

3. Le présent article est sans préjudice des autres conséquences prévues dans la présente partie et de toute conséquence supplémentaire que peut entraîner, d'après le droit international, une violation à laquelle s'applique le présent chapitre.

TROISIEME PARTIE

MISE EN OEUVRE DE LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE DE L'ETAT

Chapitre premier

Invocation de la responsabilité de l'État

Article 42

Invocation de la responsabilité par l'État lésé

Un État est en droit en tant qu'État lésé d'invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due :

a) À cet État individuellement ; ou

b) À un groupe d'États dont il fait partie ou à la communauté internationale dans son ensemble, et si la violation de l'obligation :

i) Atteint spécialement cet État ; ou

ii) Est de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres États auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation.

Article 43

Notification par l'État lésé

1. L'État lésé qui invoque la responsabilité d'un autre État notifie sa demande à cet État.

2. L'État lésé peut préciser notamment :

a) Le comportement que devrait adopter l'État responsable pour mettre fin au fait illicite si ce fait continue ;

b) La forme que devrait prendre la réparation, conformément aux dispositions de la deuxième partie.

Article 44

Recevabilité de la demande

La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si :

a) La demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations ;

b) Toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

Article 45

Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité

La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si :

- a) L'État lésé a valablement renoncé à la demande ; ou
- b) L'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande.

Article 46

Pluralité d'États lésés

Lorsque plusieurs États sont lésés par le même fait internationalement illicite, chaque État lésé peut invoquer séparément la responsabilité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

Article 47

Pluralité d'États responsables

1. Lorsque plusieurs États sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État peut être invoquée par rapport à ce fait.

2. Le paragraphe 1 :

- a) Ne permet à aucun État lésé de recevoir une indemnisation supérieure au dommage qu'il a subi ;
- b) Est sans préjudice de tout droit de recours à l'égard des autres États responsables.

Article 48

Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé

1. Conformément au paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si :

a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ; ou

b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.

2. Tout État en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'État responsable :

a) La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30; et

b) L'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

3. Les conditions posées par les articles 43, 44 et 45 à l'invocation de la responsabilité par un État lésé s'appliquent à l'invocation de la responsabilité par un État en droit de le faire en vertu du paragraphe 1.

Chapitre II

Contre-mesures

Article 49

Objet et limites des contre-mesures

1. L'État lésé ne peut prendre de contre-mesures à l'encontre de l'État responsable du fait internationalement illicite que pour amener cet État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie.

2. Les contre-mesures sont limitées à l'inexécution temporaire d'obligations internationales de l'État prenant les mesures envers l'État responsable.

3. Les contre-mesures doivent, autant que possible, être prises d'une manière qui permette la reprise de l'exécution des obligations en question.

Article 50

Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures

1. Les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte :

- a) À l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est énoncée dans la Charte des Nations Unies ;
- b) Aux obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme ;
- c) Aux obligations de caractère humanitaire excluant les représailles ;
- d) Aux autres obligations découlant de normes impératives du droit international général.

2. L'État qui prend des contre-mesures n'est pas dégagé des obligations qui lui incombent :

- a) En vertu de toute procédure de règlement des différends applicable entre lui et l'État responsable ;
- b) De respecter l'inviolabilité des agents locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires.

Article 51

Proportionnalité

Les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause.

Article 52

Conditions du recours à des contre-mesures

1. Avant de prendre des contre-mesures, l'État lésé doit :

- a) Demander à l'État responsable, conformément à l'article 43, de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie ;

b) Notifier à l'État responsable toute décision de prendre des contremesures et offrir de négocier avec cet État.

2. Nonobstant l'alinéa b du paragraphe 1, l'État lésé peut prendre les contremesures urgentes qui sont nécessaires pour préserver ses droits.

3. Des contre-mesures ne peuvent être prises et, si elles sont déjà prises, doivent être suspendues sans retard indu si :

a) Le fait internationalement illicite a cessé ; et

b) Le différend est en instance devant une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties.

4. Le paragraphe 3 ne s'applique pas si l'État responsable ne met pas en oeuvre de bonne foi les procédures de règlement des différends.

Article 53

Cessation des contre-mesures

Il doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'État responsable s'est acquitté des obligations qui lui incombent à raison du fait internationalement illicite conformément à la deuxième partie.

Article 54

Mesures prises par des États autres qu'un État lésé

Le présent chapitre est sans préjudice du droit de tout État, habilité en vertu du paragraphe 1 de l'article 48 à invoquer la responsabilité d'un autre État, de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'assurer la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

QUATRIEME PARTIE

DISPOSITIONS GENERALES

Article 55

Lex specialis

Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en oeuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international.

Article 56

Questions concernant la responsabilité de l'État non régies par les présents articles

Les règles de droit international applicables continuent de régir les questions concernant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dans la mesure où ces questions ne sont pas régies par les présents articles.

Article 57

Responsabilité d'une organisation internationale

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale.

Article 58

Responsabilité individuelle

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État.

Article 59

Charte des Nations Unies

Les présents articles sont sans préjudice de la Charte des Nations Unies.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

A. W. Heffter, **Das Europäishche Völkerrecht der Gegenwart** (F.H. Geffcken ed.), Berlin, 1882.

Acer Yücel, **Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu**, Roma, Ankara, 2004.

Ago R., “Le délit international”, **Recueil des cours**, cilt 68 (1939/II).

Akal Cemal Bali, “Devlet, Yasa, Hakimiyet”, **Cumhuriyetin 75. Yıl armağanı, İstanbul Üniversitesi**, İstanbul, 1999, ss. 19-57.

Akarsu B. **Çağdaş Felsefe**, İstanbul, 1987.

Akehurst M., “Reprisals by Third States”, **B.Y.I.L.**, cilt 44 (1970).

Akıntürk Turgut, **Hukuka Giriş**, T.C.Anadolu Üniversitesi Yayını No: 1359, Eskişehir, 2003.

Aksar Yusuf, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Uluslararası Ceza Mahkemesi Özel Sayısı, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu Yayını, Yıl 1 Sayı 3, 2005, ss. 1-14.

Alland Denis, “ Les Contres-Mesures D’Intérêt Général”, **Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001**, Institut Universitaire Europeen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss. 167-187.

Anacker C., “The Legal Régime of Erga Omnes Obligations in International Law”, **Austrian J.Publ. Intl. Law** 46, 1994, ss. 131-166.

Anzilotti D., “La responsabilité international des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers”, **RGDIP**, 1906, cilt XIII.

Anzilotti D., **Cours de droit international, Premier volume: Introduction-Théories générales**, Paris, Librairie du Receueil Sirey, 1929.

Anzilotti D., **Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internaziale**, Fienze, 1902.

Aron Raymond, **Paix et Guerre entre les nations**, 8. baskı, Calman-Lévy, Paris, 1984.

Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, Seçkin, Ankara, 2002.

Atakan Arda, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlaması ve Sınırlamanın Sınıırını Oluşturan Ölçütler”, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2006.

Atalay Ahmet Halûk, **Uluslararası Hukukun Oluşumu -İlk Küreselleşme Dönemi (1492-1648)**, Göçebe Yayınları, İstanbul, 1997.

Avcı Mustafa, “Kasten Öldürme ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsurlarını Ayırt Etmeye Yarayan Ölçütler”, www.akader.info/KHUKA/2005_mart/86-98.pdf -; (31.03.2008).

Azarkan Ezeli, “Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar”, **AUHF**, 2003, ss. 275-297.

Azarkan Ezeli, **Nuremberg’den La Haye’ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri**, Beta, 2003.

B. Bollecker-Stern, **Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale**, Paris, Pédone, 1973.

B. Simma, “From Bilateralism to Community Interest in International Law”, **Recueil des cours**, cilt 250 (1994-VI).

Başlar Kemal, “Uluslararası Hukukta Erga omnes Kavramı”, **MHB**, Yıl 22, 2002, ss. 75-107.

Baykal Ferit Hakan, “21. Yüzyıla Girerken Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçı Yoldan Çözümünde Alternatif Modeller”, **Yirmibirinci Yüzyıla Doğru Mirleşmiş Milletlerin Sorunları ve Çözüm Önerileri**, Uluslararası Konferans 24-25 Haziran 1997, İstanbul, 1999, ss. 105-107.

Baykal Ferit Hakan, “Falkland Adaları Uyuşmazlığı”, **Argumentum**, Yıl:3, Sayı: 31, 1993.

Baykal Ferit Hakan, **Deniz Hukuku Çalışmaları**, Alfa, İstanbul, 1998.

Beaud M., “Une Crise De La Responsabilité”, **Economie et Humanisme**, n. 342, octobre 1997, ss. 89-93.

Beccaria, Dei delitti e delle pene - **Suçlar ve Cezalar**, Çeviren: Muhiddin Göklü, Güven, 2. Baskı.

Bilsel Cemil, **Devletler Hukuku, Birinci Kitap, Devletler**, Kenan Basımevi, İstanbul, 1941.

Bluntschli J. C., **Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten**, Nördlingen, 1878.

Bowett D.W., “Crimes of State and the 1996 Report of The International Law Commission on State Responsibility”, **EJIL** 9, 1998, ss. 163-173.

Bozkurt Enver, **Türkiye’nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Nobel, Ankara, 1999.

Burgi N., Golub S.P., “Le Mythe Trompeur Du Postnational”, **Le Monde Diplomatique**, Avril, 2000.

Büyük İngilizce-Türkçe, Türkçe-İngilizce Sözlük, Redhouse, İstanbul, 1994.

Bynkershoek, De foro Legatorum Liber Singularis, 1744, bölüm XXII.

Calvo Charles, **Le Droit international théorique et pratique**, cilt I, 2. baskı, Paris.

Carbonnier Jean, **Droit Civil, Tome Second, Les Biens et Les Obligations**, Thémis, Paris, 1962.

Carreau Dominique, **Droit International Public**, Pedone, Paris, 2004.

Carreau Dominique, **Droit international**, Pedone, Paris, 1986.

Cassese Antonio, **International Law**, Oxford University Press, New York, 2005, s. 241-278.

Cavare Louis, **Le droit international public positif, Cilt II: Les modalités des relations internationales. Les compétence respectives des Etats**, Jean-Pierre Quéneudec tarafından güncellenmiş 3. baskı, Paris, Pedone, 1969.

Cavare Louis, **Le Droit international public positif**, Pedone, Paris, 1951.

Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta, İstanbul, 2006.

Charney J. I., "Third State Remedies in International Law", **Michigan Journal of International Law**, cilt 10 (1988).

Charpentier Jean, **L'affaire Rainbow-Warrior et la responsabilité internationale des Etats**, Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes Saabrücken, 1991.

Cheng B., **General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals**, Londres, Stevens, 1953.

Civelek Jale, Uluslararası Barış ve Güvenliğe Tehdit Olarak Uluslararası Terörizm, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 24 / Sayı 1-2 / 2004, ss. 353-365.

Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Européen; **Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats**, Paris, Pedone, 2003.

Combacau Jean, Sur Serge, **Droit International Public**, 7. édition, Montchrestien, Paris, 2006.

Cottureau Gilles, "Système Juridique et Notion de Responsabilité", **Colloque du Mans**, Editions A. Pedone, Paris, 1991.

Crawford James, **Les Articles de la C.D.I. sur la Responsabilité de l'Etat, Introduction, Texte et Commentaires**, Editions Pedone, 2003.

Crawford James, **The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries**, Cambridge University Press, 2002.

Czaplinski W., Sturma P., "La Responsabilité Des Etats Pour Les Flux Provoqués Par Eux", **Annuaire Française De Droit International**, XL-1994, ss. 156-169.

Çağırın Mehmet Emin, "Raymon Aron Ve Uluslararası Hukukun Hukuk Niteliği", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt LVI, sayı 1-4, yıl:1998.

Çağırın Mehmet Emin, **Les Sanctions Non-Militaires De l'Article 41 De La Charte De l'O.N.U.**, Publications De l'Université De Galatasaray, İstanbul, 2000.

Çağırın Mehmet Emin, **Uluslararası Hukukta Devletin Tek Taraflı İşlemleri**, Platin, 2005.

Çalışkan Yusuf, "Milletlerarası Tahkimde Ahde vefa ve Akdin Değişen Şartlara Uyarlanması Prensiplerinin Uygulanması", **MHB**, Yıl 24, sayı 1-2, 2004.

Çelik Edip, **Milletlerarası Hukuk**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1962.

D'Argent Pierre, **Les réparations de guerre en droit international public**, Bruylant, Bruxelles, 2002.

Damrosch L. F., Henkin L., Pugh R. C., Schacter O., Smit H., International Law Cases And Materials, American Casebook Series, West Group, St. Paul Minn., 2001, **State Responsibility and Remedies**, ss. 684-732, **State Responsibility for Injury to Aliens and Foreigns Investors**, ss. 742-813.

De Visscher Charles, **La responsabilité des Etats**, Bibliotheca Visseriana, Leyde, 1924, cilt II.

Dcaux Emmanuel, **Droit international public**, Dalloz, Paris, 1999.

Dcaux Emmanuel., **La réciprocité en droit international**, Paris, LGDJ, 1980.

Decencière-Ferrandière André, **La responsabilité des Etats à raison des dommages subis par des étrangers**, Rousseau, Paris, 1925.

Del Vecchio, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, Çeviren: Erman Sahir, İstanbul, 1952.

Delbez, **Les principes généraux du Droit international public**, LGDJ, Paris, 1964.

Delmas-Marty Mireille, **Vers un droit commun de l'humanité**, Textuel, Paris, 2005.

Demirbaş Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2006.

Di Rattalma M. F., "Le Régime De Responsabilité Internationale Institué Par Le Conseil D'Administration De La Commission DE Compensation Des Nations Unies", **Revue Générale de Droit International Public**, 1997-1, ss. 45-90.

Dictionary of Etymology, Chambers, NewYork, 2006.

Dictionnaire de droit international public, Bruylant, Bruxelles, 2001.

Dinh Nguyen Quoc, Daillier Patric ve Pellet Alain, **Droit International Public**, Paris, LGDJ, 1999.

Dipla Haritini, **La Responsabilité De L'Etat Pour Violation Des Droits De L'Homme – Problemes D'Imputation**, A. Pedone, Paris, 1994.

Doğru Osman, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994)**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1999.

Dönmezer Sulhi, **Cezaî Mesuliyetin Esası**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 432, Hukuk Fakültesi No. 96, İstanbul, 1949.

Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Genel Kısım, cilt I, Beta, İstanbul, 1997.

Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Genel Kısım, cilt II, Beta, İstanbul, 1997.

Dumont Hugues, Ost François, Drooghenbroeck Sébastien Van, **La Responsabilité, Face Cachée Des Droits De L'Homme**, Bruylant, Bruxelles, 2005.

Dupuy Pierre-Marie, **Droit International Public**, 4. édition, Dalloz, Paris, 1998.

Dupuy Pierre-Marie, **Droit International Public**, 8. édition, Dalloz, Paris, 2006.

Dupuy Pierre-Marie, **La Responsabilité International des Etats Pour les Dommages d'Origine Technologique et Industrielle**, Pedone, Paris, 1976.

Dutheillet de Lemothe A. L. G., “İdarenin Haksız Fiil Dolayısıyla Mesuliyeti Konusunda Fransız Kamu Hukukundaki Gelişmeler”, Çeviren: Derbil S., auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1960-17-01-04/AUHF-1960-17-01-04-Lemothe.pdf, (14.03.2008).

Eagleton Clyde, **The Responsibility of States in International Law**, New York, New York University, 1928.

Erem Faruk, “Ceza Hukukunda İrade, Şuur ve Gayrı Şuur”, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1950-07-03-04/AUHF-1950-07-03-04-Erem.pdf, ss. 63-85, (26.03.2008)

Erem Faruk, “Suçlu İnsan Psikolojisi”, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1944-01-04/AUHF-1944-01-04-Erem.pdf, ss. 507-524, (26.03.2008)

Erem Faruk, Danışman Ahmet, Artuk Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 1997.

Erem Faruk, **Türk Ceza Hukuku**, Ajans-Türk Matbaası, 1962.

Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, cilt I, Beta, İstanbul, 1998.

Erişgin Nuri, “Tehlike Bağı”, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2000-49-01-04/AUHF-2000-49-01-04-Erisgin.pdf, (10.03.2008).

Fauchille Paul, **Traité de droit international public**, cilt I, première partie: Paix, 8. baskı, Paris, Rousseau & cie, 1922.

felsefelogos, Sorumluluğun Felsefesi, Bulut Yayınevi, Yıl 6, Sayı 24, Kasım 2004.

Forteau Mathias, Droit de la sécurité collective et droit de la responsabilité internationale, **Thèse de DEA**, Publication de la Revue Générale de Droit International Public, Nouvelle Série – N. 56, Editions A. Pedone, Paris, 2006.

French – English, English – French Dictionary, Cassell, London, 1964.

Friedmann W., “Tüzel Kişilik Nazariyeleri ve Tatbikât”, Çeviren: Ansay T., auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1958-15-01-04/AUHF-1958-15-01-04-Fiedmann.pdf. (10.03.2008).

Frowein J. A., “Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law”, **Recueil des cours**, cilt 248 (1994-IV).

Gardinier Richard K., **International Law**, Pearson Longman, London, 2003, s. 436-464.

Gattini Andrea, “La notion de faute à la lumière du projet de convention de la Commission du Droit International sur la responsabilité internationale”, **EJIL** (1992), ss. 253-284.

Gattini Andrea, “Les Obligations Des Etats En Droit D’Invoquer La Responsabilité D’un Autre Etat Pour Violations Graves D’Obligations Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général”, **Colloque international de Florence**, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Europeen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss. 145-165.

Gerek Nüvit, **İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği**, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını no: 1569, Eskişehir, 2004.

Gilbert G. “Rights, Legimate Expectations, Needs and Responsinilities”, **International Journal of Refugee Law**, Volume 10, No. 3, 1998, ss. 349-388.

Gilbert Geoff, “The Criminal Responsibility of State”, **International and Comparative Law Quarterly**, Volume 39, 1990, ss. 345-369.

Gohin Olivier, “La Responsabilité De L’Etat En Tant Que Legislateur”, **Revue Internationale De Droit Comparé**, 2-1998, ss. 595-610.

Govare J.P., **Le Torey Canyon**, in Association pour le développement du droit mondial, la défense de l’homme contre les pollutions, Paris, 1970.

Gökberk Macit, **Felsefe Tarihi**, Remzi, İstanbul, 1990.

Gözübüyük A. Şeref, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Turhan, Ankara, 2001.

Gözübüyük A. Şeref, Tan Turgut, **İdare Hukuku**, cilt 1, Genel Esaslar, Turhan, Ankara, 2001.

Gözübüyük A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Turhan, Ankara, 1996.

Graefrath B., “Complicity In the Law Of International Responsibility”, **Revue Belge De Droit International**, 1996/2, ss. 370-408.

Grateloup Léon-Louis, **Les Philosophes de Platon à Sartre**, Hachette, Paris, 1985.

Grotius, **De jure Belli ac Pacis**, 1625, bölüm XX ve XL.

Guérin X., “Maintine De la Paix”, **Annuaire Française De Droit International**, XL-1994, ss.171-174.

- Guillaume Gilbert, **Les Grands crises International et le Droit**, E. Du Seuil, 1994.
- Günday Metin, **İdare Hukuku**, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2003.
- Gündüz Aslan, **Milletlerarası Hukuk**, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Beta, İstanbul, 2002.
- Güneş Şule Anlar, “Gabcikovo-Nagymaros Davası”, AÜHFD Yıl 2006, cilt 55, sayı 2, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2006-55-02/AUHF-2006-55-02-Gunes.pdf. (15.09.2007).
- Güriz Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitapevi, Ankara, 1999.
- Hakeri Hakan, **Ceza Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2007.
- Hall W. E., **A Treatise on International Law**, Oxford, 1895.
- Hançeroğlu Orhan, **Felsefe Sözlüğü**, Remzi, İstanbul, 1970.
- Hart H. , **The concept of law**, Clarendon Law Series, No.5, ed.1984.
- Heffter A. Wilhelm, **Le droit international de l’Europe**, Paris, Cotillon, 1883.
- Hillier T., **Sourcebook on Public International Law – State Responsibility**, Cavendish Publishing, ss. 321-369.
- Hollweg C., “Tribunal International De L’O.N.U., Conflit En Ex-Yougoslavie, **Revue Du Droit Public et De La Science Politique En France et A l’Etranger**, Tome 110, ss.1357-1397.
- Hoogh A.J.J., “The Relationship between Jus Cogens, Obligatio Erga Omnes and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective”, **Austrian J. Publ. Intl. Law** 42, 1991, ss. 183-214.
- Hutchinson D. N. , “Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties”, **B.Y.I.L.**, cilt 59 (1988).
- International Committee of the Red Cross, **How Does Law Protect In War** (Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law), Geneva, 1999.
- International Law on the eve of the Twenty-first Century – Le Droit international à l’aube du XX. Siècle**, Nations Unies 1997.
- İçel Kayıhan, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Söbjektif Sorumluluk**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1256, Hukuk Fakültesi No. 271, İstanbul, 1967.
- İslâm Ansiklopedisi**, M.E.B Devlet Kitapları, Eskişehir, 2001, cilt 4.
- Jorgensen N., **The Responsibility of States for International Crimes**, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- Jurovics Yann, **Réflexions Sur La Spécifité Du Crime Contre L’Humanité**, Bibliothèque De Droit International Et Communautaire, Tome 116.

Kabağa Sina, Alover Erdal, **Latince Türkçe Sözlük**, Sosyal yayınları, İstanbul, 1995.

Kelsen Hans, “Causality and imputation”, in *Ethics*, cilt LXI, 1950, s. 1-11; makalenin İtalyancası “Causalita e imputazione”, trad. di R. Trever, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Appendice, s. 207-227, eviren: Hafızoğulları Zeki, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Kelsen.pdf. (10.03.2008).

Kelsen Hans, **Principles of International Law**, 1967.

Kelsen Hans, **Théorie pur du droit**, Paris, Dalloz, 1962.

Kenan Tunomağ, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul, 1979.

Khee-Jin Tan A., “Forest Fires Of Indonesia: State Responsibility And International Liability”, **International and Comparative Law Quarterly**, Volume 48, 1999, ss. 826-855.

Kılıçoğlu Mustafa, **Sorumluluk Hukuku**, Cilt I, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Turhan Kitapevi Yayınları, Ankara, 2002.

Kıss Alexandre, “L’affaire de l’Amoco-Cadiz: responsabilité pour une catastrophe écologique”, **J.D.I.**, 1985.

Klein N., “State Responsibility for International Humanitarian Law Violations and the Work of the Eritrea Ethiopia Claims Commission So Far”, **German Yearbook Of International Law**, Volume 47, ss. 214-265.

Klein Pierre, “Responsabilité Pour Violation Grave D’Obligations Découlant De Normes Impératives Du Droit International Et Droit Des Nations Unies”, **Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001**, Institut Universitaire Europeen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss. 189-206.

Kocatepe Ayalay, **Silahlı atışmalar Hukuku Açısından Cenevre Szleşmeleri ve Ek Protokelleri**, Harp Akademileri Basımevi, İstanbul, 2006.

L’Hullier J., **Elements de Droit international public**, Rousseau, Paris, 1950.

Laly-Chevalier Caroline, **La Violation du Traité**, Bruylant, Bruxelles, 2005.

Lauterpacht H., **Private Law Source and Analogies in International Law**, London, 1927.

Lauterpacht H., **Règle générales du droit de la paix**, RdC 1937-IV.

Lexique des termes juridiques, Dalloz, 12. édition, 1999.

Lhommeau Géraldine, **Le Droit International A L’Epreuve De La Puissance Américaine**, L’Harmattan, Paris, 2005.

Liszt Franz von, **Le droit international - Exposé systématique**, Paris, Pedone, 1927

Maison Rafaëlle, **La Responsabilité Individuelle Pour Crime D’Etat En Droit International Public**, Bruylant, Bruxelles, 2004.

Malanczuk Peter, Akerhurst's Modern Introduction To International Law, Routledge, London – New York, 2000.

Meray Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş**, Birinci cilt, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1960

Mertus J., “The State and yhe Post-Cold War Refugee Regime: New Models, New Questions”, **International Journal of Refugee Law**, Volume 10, No. 3, 1998, ss. 321-348.

Nolte Georg, “De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago, Le Droit International Classique de la Responsabilité International des Etats et La Prééminence de la Conception Bilatérale des Relations Inter-Étatiques”, **Colloque international de Florence**, 7et 8 décembre 2001, Institut Universitaire Europeen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss. 5-23.

Oğuzman Kemal, Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz, İstanbul, 1995.

Onar Sıdk Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, cilt III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, Üçüncü Bası.

Oppenheim L., **International Law : A Treatise**, 8. éd., Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955.

Oppenheim L., **International Law. A Treatise**, Volume I. Peace, 4. édition, Arnold D. MacNair (éd), Londres-New York-Toronto, Longmans-Greensand, 1928.

Orakhelashevili Alexander, **Peremptory Norms In International Law**, Oxford University Press, New York, 2006, s. 7-34.

Ouguergouz Fatsah, “Derogations et Droit de la Responsabilité Internationale des Etats”, **Revue Générale de Droit International Public**, Tome 98, 1994, 1, ss. 326-335.

Ovacık Mustafa, **İngilizce – Türkçe Hukuk Sözlüğü**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2000.

Öktem Emre, Kurtdarcan Bleda, “Uluslararası Adalet Divanı Bosna-Hersek'te Soykırım”, **Güncel Hukuk**, 2007/6-42, ss. 38-43.

Öktem Niyazi, **Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları**, Der, İstanbul, 1995.

Özay İlhan, **Günüşğinde Yönetim**, Alfa, İstanbul, 1996.

Özel Çağlar, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderilmesine İlişkin Bazı Düşünceler”, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2001-50-04/AUHF-2001-50-04-Ozel.pdf, (29.02.2008).

Özgüldür Serdar, **İdarenin Hukukî Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Özay İlhan, Günüşğinde Yönetim, Filiz, İstanbul, 2004.

Palsimano Guisepe, “Les clauses d'aggravation de la responsabilité des Etats et la distinction entre crimes et delits internationaux”, **Le Droit Federal Belge Des Relations Internationales**, Tome 98, 1994, 3, ss. 629-673.

Pazarcı Hüseyin, “Türk Hukukunda Adlaşmalar ile Yasaların Çatışması”, **MHB**, Yıl 24, Sayı 1–2, 2004.

Pazarcı Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, 8. Baskı, Ankara, 1999.

Pazarcı Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Ankara, 2003.

Pegna O.L., “Counter-claims and Obligations Erga Omnes before the International Court of Justice”, **EJIL**, 9, 1998, ss. 724-736.

Perrin Georges J., **Droit international public**, Schulthess Polygraphischer verlag, Zurich, 1999.

Pierre-Marie Dupuy, “Des Rancontres De La Dimension Multilatérale Des Obligations Avec La Codification Du Droit De La Responsabilité”, **Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001**, Institut Universitaire Europeen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss. 207-240.

Rado Türkân, **Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1992.

Ragazzi Maurizio, **The Concept Of International Obligations Erga Omnes**, Clarendon Press, Oxford, 2002, s. 189-219.

Reitzer Ladislas, **La réparation comme conséquence de l’acte illicite en droit international**, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938.

Renaut Marie-Hélène, **Histoire du droit international public**, Ellipses, Paris, 2007.

Responsability Of States: Fault And Strict Liability, Encyclopedia Of Public International Law, North-Holland, Volume Four, ss. 212-229.

Rigaux François, “Kelsen et le droit international”, **Revue Belge De Droit International**, 1996/2, ss. 380-407.

Rivier Alphonse, **Principe du droit des gens**, Paris, Rousseau, 1896.

Robert Paul, **Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française**, S.N.L., Paris, 1972.

Robert Sabrina, **L’ERIK: Responsabilités pour un désastre écologique**, Pedone, Paris, 2003.

Robertson Qc Geoffrey, **Crimes Against Humanity**, Penguin, 2006.

Roche Jean-Jacques, **Théories des relations internationales**, Montchrestien, Paris, 2004.

Root Elihu, “The Outlook for International Law”, **AJIL** 10, 1916.

Rosenstock Robert, “The United Nationsa Compensation Comission-A New Structure To Enforce State Responsibility”, **The American Journal Of International Law**, Volume 87, 1993, ss. 144-157.

Rousseau C., **Droit international public**, Paris, Sirey, 1953.

- Rousseau C., **Droit international**, Précis Dalloz, Paris, 11. Édition.
- Ruzié David, **Droit international public**, Dalloz, Paris, 2000.
- Salmon J., “Le fait étatique complexe: une notion contestable”, **A.F.D.I.**, cilt XXVIII, 1982.
- Saraç Tahsin, **Büyük Fransızca - Türkçe Sözlük**, Adam, İstanbul, 2002.
- Sarıca Mustafa, **Birinci Dünya Savaşından Sonra Barışı Kurma ve Sürdürme Çabaları (1919-1929)**, İstanbul üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, İstanbul, 1982.
- Scelle G., **Manuel élémentaire de Droit international public**, Domat-Montchrestien, Paris, 1943.
- Scelle G., **Manuel élémentaire de Droit international public**, Domat-Montchrestien, Paris, 1948.
- Schwarzenberger G., **International Law**, 3. éd., Londres, Stevens, 1957, cilt I.
- Scobbie Iain, “Invocation De La Responsabilité Pour La Violation D'Obligation Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général”, **Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001**, Institut Universitaire Européen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss. 121-144.
- Shaw N. Malcom, **International Law**, Cambridge University Press, 5 th. Ed. 2003.
- Sicilianos Linos-Alexandre, “Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale”, **Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001**, Institut Universitaire Européen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss.57-77.
- Sicilianos Linos-Alexandre, **Les réactions décentralisées à l'illicite**, Paris, L.G.D.J., 1990.
- Simonart M. Henri, “La Méconnaissance Des Normes Supérieures De Droit International”, **Les Responsabilité Des Pouvoirs Publics, Actes du Colloque Interuniversitaire Organisé Les 14 et 15 Mars 1991**, Bruylant, Bruxelles, 1991, ss. 343-363.
- Sliedregt E. Van, **The Criminal Responsibility Of Individuals For Violations Of International Humanitarian Law**, T.M.C. Asser Press, Netherlands, 2003, s. 343-363.
- Société Française Pour Le Droit International, **La Responsabilité Dans Le Système International**, A. Pedone, Paris, 1991.
- Spinedi Marina, “D'une Codification à l'autre: Bilateralisme et Multilateralisme Dans la Genese de la Codification du Droit des Traités et du Droit de la Responsabilité des Etats”, **Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001**, Institut Universitaire Européen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss. 25-56.

Spiropoulos J., **Traité théorique et pratique de droit international public**, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1933.

Strupp Karl, **Das Völkerrechtliche Delikt**, Berlin, 1920.

Strupp Karl, **Eléments du droit international public universel européen et américain**, Paris, Rousseau & cie, 1927.

Sur Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, Beta, İstanbul, 2006.

Tandoğan Halûk, “Hukuka Aykırılık Bağı, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyum**, Ankara, 1980.

Tandoğan Halûk, **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara, 1961.

Tarhanlı Turgut, İnsan Hakları ve Terörizm, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 24 / Sayı 1-2 / 2004, ss. 691-711.

Tarhanlı Turgut, “ABD ve Güvenlik Konseyi”, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=15743>, 27/09/2001, (03.03.2008).

Tarhanlı Turgut, “Adalet, ama nasıl?”, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=7049>, 05/07/2001, (03.03.2008).

Tarhanlı Turgut, “Demokraside insan avı”, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=12628>, 30/08/2001, (03.03.2008).

Tarhanlı Turgut, “Lahey'deki mahkeme”, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=7537>, 10/07/2001, (03.03.2008).

Tarhanlı Turgut, “Ortak yarar”, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=19390>, 30/10/2001, (03.03.2008).

Tarhanlı Turgut, “Şiddet ve düzen”, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=14068>, 13/09/2001, (03.03.2008).

Tarhanlı Turgut, “-Yeni- olan ne var?”, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=14695>, 18/09/2001, (03.03.2008).

Tavernier S., **Recherche sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public**, Paris, L.G.D.J., 1970.

Toluner Sevin, “Nikaragua’ya karşı askeri ve benzeri faaliyetler davası’ndaki yargı ve meşru müdafaa hakkı”, **Milletlerarası hukuk açısından Türkiye’nin bazı dış politika sorunları**, Beta, İstanbul, 2000.

Toluner Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri**, Devletin Yetkisi, Beta, İstanbul, 1996.

Toroslu Nevzat, **Ceza Hukuku**, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No. 1591, Eskişehir, 2004.

Töngür Ali Rıza, **Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku**, Kazancı, İstanbul, 2004.

Trigeaud Jean – Marc, **L’Homme Coupable – Critique d’une philosophie de la responsabilité**, Editions Bière, 1999.

Tuna Gülgün, “Uluslararası Örgütler ve Çevre”, **Doğu Batı Düşünce Dergisi**, Yıl 6, Sayı 24, Ağustos, Eylül, Ekim 2003, ss. 257-272.

Türk Hukuk Lügati, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998.

Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, Ankara, 1998, 9. Baskı

Tütüncü Ayşe Nur, **İnsancıl Hukuka Giriş**, Beta, İstanbul, 2006.

Udeh Abdülkâdir, Çeviren: Nuri Akif, **İslâm Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk**, İhya Yayınları, İstanbul, 1976.

Umur Ziya, **Roma Hukuku**, İstanbul Üniversitesi yayınlarından no: 2518, Hukuk Fakültesi no: 567, Fakülteler matbaası, İstanbul, 1979.

Uzun Elif, **Devletin Sorumluluğu**, Beta, 2007.

Ülken Hilmi Ziya, **Eski Yunan’dan Çağdaş Düşünceye Doğru İslam Felsefesi**, Cem Yayınevi, İstanbul, 1993.

Vattel, **Le droit des gens ou principes de la loi naturelle**, cilt I, 1758.

Verhoeven Joe, **Droit International Public**, Larcier, Bruxelles, 2000.

Versan Rauf, “Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Yorumundan Kaynaklanan Bazı Meseleler”, **Yirmibirinci Yüzyıla Doğru Birleşmiş Milletlerin Sorunları ve Çözüm Önerileri**, Uluslararası Konferans 24-25 Haziran 1997, İstanbul, 1999, ss. 11-18.

Villalpando Santiago, **L’émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats**, puf, Paris, 2005.

Vincent Berger, **Jurisprudence de la Cour Européenne Des Droits De L’Homme**, Dalloz, 2000.

Von Tuhr Andreas, Çeviren: Edege Cevat, **Borçlar Hukuku**, Birinci cilt, Yeni Matbaa, İstanbul, 1952.

Waline Marcel, “La théorie des personnes juridique” Çeviren: Uzbank Hâmid, “Törel Kişilik”, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1944-02-01/AUHF-1944-02-01-Waline.pdf. (10.03.2008).

Weber Alfred, Çeviren: Eralp H. Vehbi, **Felsefe Tarihi**, Sosyal, İstanbul, 1993.

Webster’s New International Dictionnary, G. & C. Merriam Co., U.S.A., 1945.

Weckel P., “Convergence Du Droit Des Traités Et Du Droit De La Responsabilité Internationale- A La Lumière De L’Arrêt Gabčíkovo-Nagymaros”, **Revue Générale de Droit International Public**, 1998-3, 648-683.

West David, Çeviren: Cevizci Ahmet, **Kıta Avrupası Felsefesine Giriş**, Paradigma, İstanbul, 2005.

Wylar Eric, “Du Crime D’Etat A La Responsabilité Pour Violations Graves D’Obligations Decoulant De Normes Imperatives Du Droit International General”, **Colloque international de Florence, 7et 8 décembre 2001**, Institut Universitaire

Europeen; Obligations Multilatérales, Droit Impératif et Responsabilité International des Etats, Paris, Pedone, 2003, ss. 105-120.

Yahi A., “La Violation D’Un Traité”, **Revue Belge De Droit International**, 1993-1, ss. 437-469.

Yakemtchouk Romain, **La Bonne Foie dans la Conduite Internationale des Etats**, Editions Techniques et Economiques, 2002, s.244-248.

Yayla Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Filiz, İstanbul, 1990.

Yazıcıoğlu Mustafa Sait, **Mâtürîdî ve Neseff’ye göre İnsan Hürriyeti Kavramı**, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları: 2327, Düşünce Eserleri Dizisi: 22, İstanbul, 1997.

Yılmaz Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin, Ankara, 1996.

Yirmibirinci Yüzyıla Doğru Mirleşmiş Milletlerin Sorunları ve Çözüm Önerileri, Uluslararası Konferans 24-25 Haziran 1997, İstanbul, 1999.

Yücel Özlem, “Doğu Timor’un Bağımsızlığına Kavuşması Karşısında Doğu Türkistan”, http://www.uyghurweb.net/Tr/d_timor.html, (20.11.2007).

Zahit İmre, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri**, İstanbul, 1949.

Ziegler Andreas R., **Introduction au droit international public**, Stämpfli Editions SA Berne, 2006, s. 121-134.

Zilelioğlu Hilâl, “Roma hukukundaki sorumluluk ölçütlerine genel bir bakış”, auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1982-1987-39-01-04/AUHF-1982-1987-39-01-04-Zilelioglu.pdf. (26.02.2008).

Yargı Kararları

1832 tarihili İngiltere-Portekiz uyuşmazlığı, (Le différend anglo-portugais de 1832), A. D. McNair, International Law Opinions, Cambridge University Press, 1956, cilt II.

27 Temmuz 1955 tarihli Uçak Kazası davası, C.I.J. Recueil 1959.

Alabama davası, (Alabama), 1872, in J.B. Moore, International Arbitrations, cilt IV.

Aminoil davası, Government of Kuwait v. American Independent Oil Company, I.L.R., 1982, cilt 66.

Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka (1990), ICSID Reports, cilt 4.

Balıkçılık davası, (Affaire Pêcheries), C.I.J., Recueil 1951.

Balıkçılık konusunda yetki davası, (Compétence en matière de Pêcheries, Espagne c. Canada), C.I.J. Recueil 1998.

Barcelona Traction davası, (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 2. phase, C.I.J. Recueil 1970.

Belçikalı şirket davası, (Société commerciale de Belgique), 1939, C.P.J.I., série A/B no. 78.

Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesine ilişkin danışma görüşü, (Réparation des dommages subis au service des Nations Unies), C.I.J., Recueil 1949.

Bolivar Railway Company davası, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt IV (1928).

Brown davası (Brown, États-Unis d'Amérique c. Grande-Bretagne), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt VI (1923).

Bulgaristan, Macaristan ve Romanya Arasında İmzalanan Barış Antlaşmalarının Yorumlanmasına ilişkin danışma görüşü, (Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie), C.I.J., Recueil 1950.

Buzau-Nehoiasi Demiryolu davası, l'affaire des Chemins de fer de Buzau-Nehoiasi, Nations Unies, Recueil des Traités, cilt III, 1939.

Caire davası, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt V (1929).

Cape Horn Pigéon davası, États-Unis d'Amérique c. Russie, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt IX, 1902.

Caroline olayı, (L'incident de la Caroline de 1837), Annuaire de la Commission du droit international, 2001, cilt II.

Chevreau davası, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt II (1931).

Chorzow Fabrikası davası, (Usine de Chorzow), 1927, C.P.J.I., série A, n. 9.

- Chorzow Fabrikası davası**, (Usine de Chorzow), 1928, C.P.J.I., série A, n.17.
- Cruz Varas c. Suède**, C.E.D.H., Série A, n. 201 (1991).
- Dantzig Mahkemelerinin Yetkisi**, (Compétence des tribunaux de Dantzig), 1928, C.P.J.I., série B, n. 15.
- Dantzing'deki Polonya Uyruklular danışma görüşü**, (Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire du Dantzing), 1932, C.P.J.I., série A/B, n. 44.
- Delagoa Bay Demiryolu davası (İngiltere, ABD / Portekiz)**, (Delagoa Bay Railway; Great Britain, USA/Portugal), Moore, International Arbitrations, cilt II, s. 1865 (1900).
- Dix davası**, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt IX (1902).
- Doğu Timor davası**, (Timor oriental, Portugal c. Australie), C.I.J. Recueil 1995.
- Drozd ve Janousek davası**, Drozd et Janousek c. France et Espagne, C.E.D.H., Série A, n.240 (1992).
- ELSI davası**, (Elettronica Sicula S.s.A.-ELSI), C.I.J., Recueil 1989.
- Fas Fosfatları davası**, (Phosphates du Maroc), 1938, C.P.J.I., série A/B, n. 74.
- Fas'ın İspanyol Bölgesindeki İngiliz Talepleri davası** (Réclamations britanniques dans la zone du Maroc espagnol), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt II (1925).
- Flegenheimer davası**, (Flegenheimer), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt XIV, 1958.
- Folkner davası**, l'affaire Faulkner, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt IV, 1926.
- French Company of Venezuela Railroads davası**, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt X (1902).
- Gabcikovo-Nagynaros Projesi davası**, (Projet Gabcikovo-Nagymaros), C.I.J. Recueil 1997.
- Guise Dükünün Mirasçıları davası** (Héritiers de S. A. R. Mgr le Duc de Guise), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt XIII (1951).
- Havacılık Hizmetleri davası**, (Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis et la France), Ibid., cilt XVIII (1978).
- Héritiers Lebas de Courmont**, Nations Unies, Recueil des Traités, cilt XIII, 1957.
- Hyacinthe Pellat davası**, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt V (1929).
- Irlande c. Royaume-Uni**, C.E.D.H., Série A, no. 25, 1978.

İran-Amerika ihtilafı davası, Islamic Republic of Iran v. United States of America, 16 Iran-U.S. C.T.R, 1987.

İspanyol Fas’ındaki İngiliz Malları davası, (Biens britanniques au Maroc espagnol), Nations Unies, Recueil des Traités, cilt II 1925.

Korfu Boğazı davası, (Détroit de Corfu), fond, C.I.J. Recueil 1949.

Korfu Boğazı davası, (Détroit de Corfu), fond, C.I.J. Recueil 1949.

L’affaire American International Group, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran, 1983, Iran-U.S. C.T.R.

L’affaire de l’incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d’Iran c. États-Unis d’Amérique), C.I.J. Recueil 1996.

L’affaire du Passage par le Grand Belt (Finlande c. Danemark) C.I.J. Recueil 1992.

La Grand davası, (Affaire La Grand, Allemagne c. États-Unis d’Amérique), fond, arrêt du 27 juin 2001.

L’arrêt Blanco, Tribunal des conflits - 8 février 1873 - Blanco - 1er suppl. - Rec. Lebon.

Lawrence davası, L’affaire Lawrence (1855), de Lapradelle et Politis, Recueil des arbitrages internationaux, cilt I, s. 741; Moore, International Arbitrations, cilt III.

Libyan American Oil Company-Libya davası, I.L.R., cilt 62, 1977.

Libyan Arab Foreign Investment Company (Libya Arap Dış Yatırım Şirketi), **Burundi Cumhuriyeti’ne karşı**, (Libyan Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi), 1994, I.L.R., cilt 96.

Lusitania davası, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt VII, 1923.

Mavrommatis Filistin İmtiyazları davası (l’affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine), 1924, C.P.J.I., Série A, n. 2.

Moses davası, Moore, International Arbitrations, cilt III (1871).

Namibya (Güneybatı Afrika) danışma görüşü, (Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1 971.

Nauliaa davası (Portekiz’in Afrika’nın güneyindeki kolonilerinde neden olunan zararlardan ötürü Almanya’nın sorumluluğu), (Naulilaa (Responsabilité de l’Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l’Afrique), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt II (1928).

Nauru’daki çeşitli fosfat alanlarına ilişkin dava, (l’affaire de Certaines terres à phosphates à Nauru), C.I.J. Recueil 1992.

Nauru’daki çeşitli fosfat alanlarına ilişkin dava, (l’affaire de Certaines terres à phosphates à Nauru), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992.

Nikaragua'daki Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler davası, (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci; Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986.

Nükleer denemeler, Avustralya/Fransa, (Essais nucléaires, Australie c. France), C.I.J. Recueil 1974.

Nükleer denemeler, Yeni Zelanda/Fransa, (Essais nucléaires, Nouvelle-Zélande c. France), C.I.J. Recueil 1974.

Orta Grönland'ın hukukî durumuna ilişkin dava, C.P.J.I., 1933, série A/B, n o. 53.

Palmas Adası davası, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt II (1949).

Panevezys-Saldutiskis Demiryolu davası, S.C.I.J. Séries A/B, no. 76.

Pinson davası, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt V (1928).

Polonya Uyrakluğunun Kazanılması, (Aquisition de la nationalité polonaise), 1923, C.P.J.I., série B, n. 7.

Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, arrêt du 1 er octobre 1946.

Propriétés religieuses expropriées par le Portugal, Nations Unies, Recueil des Traités, cilt I, 1920.

Puerto Cabello and Valencia Railway Company davası, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt IX (1903).

Rainbow Warrior davası, (Rainbow Warrior, Nouvelle-Zélande/France), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt XX (1990).

Rus tazminatı davası, (Indemnité russe), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt XI (1912).

Saiga Gemisi davası, (Affaire du Navire Saiga), no. 2, Saint-Vincent-et-les Grenadines c. la Guinée, Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1 er juillet 1999.

Salvador Commercial Company davası, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt XV (1902).

Sapphire International Petroleum Ltd.-National Iranian Oil Company davası, I.L.R., cilt 35, 1963.

Savcı, Blaskic'e karşı davası, Affaire IT-95-14-AR 108 bis, Procureur c. Blaskic, I.L.R., cilt 110, 1997.

Soering c. Royaume-Uni, C.E.D.H., Série A, n. 161 (1989).

Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Konvansiyonu'nun uygulanması davası, (Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1996.

Soykırım Suçunun Önlenmesi Ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin dava (Bosna-Hersek Sırbistan Ve Karadağ'a Karşı), 26 Şubat 2007; Cour International de Justice, Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de genocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), 26 Février 2007.

Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dava, (Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran), C.I.J. Recueil 1980.

Tinoco davası, (Tinoco (Royaume-Unie/Costa Rica)), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt I, 1923.

Topaz davası, l'affaire du Topaze, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt IX, 1903.

Torrey Canyon olayı, (The Torrey Canyon), Cmnd. 3246, Londres, Her Majesty's Stationery Office, 1967.

Türk ve Yunan Nüfusun Mübadelesi, (Echange des populations grecques et turques), 1925, C.P.J.I., série B. N. 10.

USS Liberty davası, R.G.D.I.S., cilt 85, 1981.

Velásquez Rodríguez davası, l'affaire Velásquez Rodríguez (Indemnisation), la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Inter-Am. Ct. H.R. Série C, no. 7, 1989.

Vilvarajah c. Royaume-Uni, C.E.D.H., Série A, n. 215 (1991).

Volusia davası, L'affaire du Volusia (1855), de Lapradelle et Politis, cilt I.

Walter Fletcher Smith, Nations Unies, Recueil des Traités, cilt II, 1927.

Wimbledon davası, (Vapeur "Wimbledon"), 1923, C.P.J.I., série A, n. 1.

Wollemborg davası, (Wollemborg), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, cilt XIV, 1956.

X et Y c. Suisse (Recquêtes n. 7289/75, 7349/76) (1977), 9 d.r. 57, C.E.D.H., Annuaire n. 20.

Yunan ve Bulgar Toplulukları, (Communautés greco-bulgares), 1930, C.P.J.I., série B, n. 17.

Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğuna ilişkin Birleşmiş Milletler Milletlerarası Hukuk Komisyonu ve Genel Kurul Belgeleri

Annuaire de la Commission du droit international 1956, cilt II, document A/CN.4/96, ss. 175-231.

Annuaire de la Commission du droit international 1957, cilt II, document A/CN.4/106, ss. 119-146.

Annuaire de la Commission du droit international 1958, cilt II, document A/CN.4/111, ss. 49-76.

Annuaire de la Commission du droit international 1959, cilt II, document A/CN.4/119, ss. 1-36.

Annuaire de la Commission du droit international 1960, cilt II, document A/CN.4/125, ss. 38-63.

Annuaire de la Commission du droit international 1961, cilt II, document A/CN.4/134, ss. 1-56.

Annuaire de la Commission du droit international, 1967, I, ss. 243-257.

Annuaire de la Commission du droit international 1969, cilt II, document A/CN.4/217 ve Add. 1, ss. 129-162.

Annuaire de la Commission du droit international 1970, cilt II, document A/CN.4/233, ss. 189-211.

Annuaire de la Commission du droit international 1971, cilt II, (première partie), document A/CN.4/246 ve Add. 1-3, ss. 209-289.

Annuaire de la Commission du droit international 1972, cilt II, document A/CN.4/264 ve Add.1, ss. 77-174.

Annuaire de la Commission du droit international 1975, cilt II, s. 60-64, document A/10010/Rev 1.

Annuaire de la Commission du droit international, 1976, I, s. 56-92 ve ss. 241-256; Annuaire de la Commission du droit international, 1976, cilt II (2), ss. 89-113.

A/31/10, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-huitième session (3 mai – 23 juillet 1976); A/51/10, Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May -26 July .

Annuaire de la Commission du droit international 1977, cilt II, (première partie), document A/CN.4/302 ve Add. 1-3.

Annuaire de la Commission du droit international 1978, cilt II, (première partie), document A/CN.4/318 ve Add. 1-4.

Annuaire de la Commission du droit international 1980, cilt II (deuxième partie), s.25-61, document A/35/10, chap. III.

Annuaire de la Commission du droit international 1980, cilt II (première partie), s. 105, document A/CN. 4/330.

Annuaire de la Commission du droit international 1980, cilt II, document A/CN.4/318 ve Add. 5-7.

Annuaire de la Commission du droit international 1981, cilt II (première partie), s. 81, document A/CN. 4/334.

Annuaire de la Commission du droit international 1982, cilt II (première partie), s. 25, document A/CN. 4/354.

Annuaire de la Commission du droit international 1983, cilt II (première partie), s. 3, document A/CN. 4/366 ve Add. 1.

Annuaire de la Commission du droit international 1984, cilt II (première partie), s. 1, document A/CN. 4/380.

Annuaire de la Commission du droit international 1985, cilt II (première partie), s. 3, document A/CN. 4/389.

Annuaire de la Commission du droit international 1986, cilt II (première partie), s. 1, document A/CN. 4/397 ve Add. 1.

Annuaire de la Commission du droit international 1988, cilt II (première partie), s.6, documents A/CN.4/416 ve Add. 1, Add. 2.

Annuaire de la Commission du droit international 1989, cilt II (première partie), s. 1, documents A/CN.4/425 ve Add. 1.

Annuaire de la Commission du droit international 1991, cilt II (première partie), s. 1, documents A/CN.4/440 ve Add. 1

Annuaire de la Commission du droit international 1992, cilt II (première partie), s. 1, documents A/CN.4/444 ve Add. 1, Add. 2, Add. 3.

Annuaire de la Commission du droit international 1993, ciltII (première partie), s. 1, documents A/CN.4/453 ve Add. 1, Add. 2, Add. 3.

C. D. I., projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10) - Rapport de la Comission sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément No.10, (A/56/10).

A/62/62, 1 Février 2007; A/62/62/Add.1 ; A/62/63.