

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

DİPLOMATİK KORUMA VE İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİ

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan

Ali İbrahim AKKUTAY

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Sertaç Hami BAŞEREN

Ankara – 2011

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

DİPLOMATİK KORUMA VE İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİ

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan

Ali İbrahim AKKUTAY

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Sertaç Hami BAŞEREN

Ankara – 2011

ONAY

Ali İbrahim Akkutay tarafından hazırlanan "Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi" başlıklı bu çalışma, 20.12.2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim dalında doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

İmza

Unvanı, Adı ve Soyadı (Başkan)

Prof. Dr. Ayşe Güneş Arslan

İmza

Unvanı, Adı ve Soyadı

Prof. Dr. SERAP AKİPEK

İmza

Unvanı, Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Sertaz H. Başerem

İmza

Unvanı, Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Mehmet Emin Gökmen

İmza

Unvanı, Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Haluk Tazekür

ÖNSÖZ

Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi başlıklı bu tez, diplomatik koruma kurumunu ve bu kurumun insan hakları hukuku ile olan ilişkisini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Elinizde bulunan çalışma bu amaçlar doğrultusunda tamamlanmıştır. Bu süreç içerisinde desteği olan herkese teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR CETVELİ.....	xiv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK DİPLOMATİK KORUMA.....	6
I. DİPLOMATİK KORUMANIN BİR KAVRAM OLARAK ORTAYA ÇIKIŞI...6	
1. Diplomatik Korumanın Tanımı	9
2. Diplomatik Korumanın Kaynakları	10
2.1. Uluslararası Antlaşma.....	11
2.2. Uluslararası Örf ve Adet Hukuku Kuralları	11
2.3. Mahkeme Kararları	12
2.4. Doktrin	13
2.5. Uluslararası Hukuk Komisyonu.....	13
3. Devletin Saklı Bir Hakkı Olarak Diplomatik Koruma	14
4. Diplomatik Koruma ve Uluslararası Sorumluluk	17
II. DİPLOMATİK KORUMA KAVRAMININ UNSURLARI.....	18
1. Kişiyeye Yönelik Bir Zararın Meydana Gelmiş Olması	19
2. Zararın, Zarar Veren Devlet Ülkesinde Meydana Gelmiş Olması	
Sorunu	21
2.1. Devletin Ülkesi	22
2.2. Devletin Ülkesi Dışında Meydana Gelen Zararlar	24

3. Uluslararası Sorumluluğu Doğuran Bir Davranışın Bulunması	27
4. Zararı, Zarar Veren Devletin Uluslararası Sorumluluğuna Neden Olan Davranışının Doğurmuş Olması (İllyet Bağı).....	30
4.1. Uluslararası Sorumluluğa Neden Olan Davranışın Devlete Yüklenmesi	31
4.2. Kusur Teorisi (Sübjektif Sorumluluk).....	31
4.3. Objektif Sorumluluk.....	32
5. Kişinin, Uğradığı Zararın Giderilmesi için Zarar Veren Devletin İç Hukuk Yollarını Tüketmiş Olması Kuralı ve Kuraldışı Durumlar	33
5.1. İç Hukuk Yolları.....	34
5.2. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesine Gerek Olmayan Durumlar	36
5.2.1. İhkak-ı Haktan İmtina	37
5.2.1.1. Zararın Giderilmesi İçin Uygun Bir Hukuk Yolunun Olmaması veya Varolan Yola Başvurmanın Açıkça Faydasız Olması	37
5.2.1.2. Zarar Veren Devletin, İç Hukuk Yollarının Tüketilmesini Kanunsuz Olarak Geciktirmesi	38
5.2.1.3. Zarar Gören Kişinin, İç Hukuk Yollarını Takip Etmesinin Zarar Veren Devlet Tarafından Açık Bir Şekilde Engellenmesi	39
5.2.2. Zararın Meydana Geldiği Tarihte Zarar Gören Kişiyle Zarar Veren Devlet Arasında Bir İlişkinin Bulunmaması	39
5.2.3. Zarar Veren Devletin, İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Şartından Feragat Etmesi	41
5.3. Uluslararası Yargı Yolları ve Bunların İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Kuralına Etkileri	42
5.3.1. Uluslararası Mahkeme	42

5.3.2. Tahkim	43
6. Zarara Uğrayan Kişinin Vatandaşlığı	46
6.1. Gerçek Kişiler	48
6.1.1. Devletle Vatandaş Arasında Etkin ve Gerçek Bir Bağın Bulunması	49
6.1.2. Vatandaşlığın Uluslararası Hukukla Tutarsız Bir Şekilde Elde Edilmemesi.....	51
6.1.3. Vatandaşlığın İsteğe Bağlı Bir Şekilde Elde Edilmesi.....	52
6.1.4. Vatandaşlığın Sürekliliği: Meydana Gelen Zarardan Dolayı Devletin Diplomatik Koruma Yolunu İşletebilmesi İçin Vatandaşlığın Aranacağı An.....	54
6.1.4.1. Zarar Meydana Geldikten Sonra Kişinin Vatandaşlığını Kazandığı Devletin Diplomatik Koruma Yolunu İşletmesi.	55
6.1.4.2. Kişinin, Önceden Vatandaşı Olduğu Devlet Tarafından Zarara Uğratılması	56
6.1.4.3. Kişinin, Diplomatik Koruma Yolunun Kendisine Karşı İşletildiği Devletin Vatandaşlığına Geçmesi	57
6.1.5. Kişinin Birden Fazla Vatandaşlığa Sahip Olması	57
6.1.5.1. Üçüncü Bir Devlete Karşı Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi	59
6.1.5.2. Vatandaşı Olunan Devletlerden Birine Karşı Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi.....	60
6.2. Tüzel Kişiler	63
6.2.1. Şirketler	64
6.2.1.1. Şirketin Vatandaşlığı.....	65
6.2.1.2. Şirketin Vatandaşlığının Sürekliliği	67
6.2.1.3. Şirket Hissedarlarının Korunması	69

6.2.1.4. Şirket Hissedarlarına Yönelik Doğrudan Zararlar	73
6.2.2. Diğer Tüzel Kişiler	75
6.3. Devletin, Vatandaşı Olmayan Kişilerin Uğradığı Zararlardan Dolayı Diplomatik Koruma Yolunu İşletmesi	76
6.3.1. Vatansızlar	77
6.3.2. Mülteciler	78
7. Şirketin Gördüğü Zararlardan Dolayı Şirket Hissedarlarının Vatandaşlığında Oldukları Devletlerin Diplomatik Koruma Yolunu İşletmesi	79
7.1. ELSI Davası	80
7.2. Diallo Davası	82
7.2.1. Hissedarlık ve Diplomatik Koruma	83
7.2.2. Şirket ve Diplomatik Koruma	84
7.2.3. Diallo Davası ve Uluslararası Adalet Divanı'nın Taslak Metnin İlgili Maddelerine Yaklaşımı	85
7.2.3.1. Diplomatik Korumanın Tanımı ve Kapsamı Bakımından Yaklaşımı	85
7.2.3.2. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesine İlişkin İspat Yüğü Bakımından Yaklaşımı	86
7.2.3.3. Hissedarların Doğrudan Etkilenen Haklarının Kaynağı Bakımından Yaklaşımı	87
7.2.3.4. Şirketin Vatandaşlığının, Hissedarın Vatandaşlığında Olduğu Devlet Tarafından İkame Edilmesi Bakımından Yaklaşımı	88
III. DİPLOMATİK KORUMA YOLUNUN İŞLETİLMESİNİ SINIRLANDIRMAYI AMAÇLAYAN DOKTRİNLER	90
1. Calvo Doktrini	90

1.1. Calvo Kaydı	92
1.2. Calvo Kaydının Uygulama Biçimleri	93
1.3. Calvo Kaydının Etkinliği	93
1.4. Calvo Kaydının Geleceği ve Yatırım Antlaşmaları	94
2. Clean Hands Doktrini ve Etkileri	96
2.1. Clean Hands Doktrini ve Uluslararası Hukuk	96
2.2. Clean Hands Doktrininin Diplomatik Koruma Açısından Etkileri ..	97
IV. DİPLOMATİK KORUMA YOLLARI	99
1. Diplomatik Yollar	100
1.1. Görüşme	100
1.2. Dostça Girişim	101
1.3. Diplomatik Talep	101
2. Yargısal Yollar	102
V. DİPLOMATİK KORUMANIN HUKUKİ SONUÇLARI.....	103
1. Uluslararası Hukuka Aykırı Davranışa Son Verme	103
2. Zararın Giderilmesi	103
2.1. Aynen İade (Eski Hale Getirme)	104
2.2. Tazminat	104
2.3. Tarziye	105
3. Giderilen Zararın Sonuçlarının Kişiyeye Yansıtılması	106
VI. ULUSLARARASI ÖRGÜTLER VE DİPLOMATİK KORUMA	106
1. Fonksiyonel Koruma	107
2. Uluslararası Örgütteki Çalışmaları Nedeniyle Zarar Gören Kişinin Vatandaşlığında Olduğu Devletin Diplomatik Koruma Yolunu İşletmesi	108

3. Devletlerin Uluslararası Örgütlere Karşı Diplomatik Koruma Yolunu İşletmesi	109
--	-----

İKİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI HUKUKU VE	111
--------------------------------------	------------

ULUSLARARASILAŞAN BİREYİN KORUNMASI.....	111
---	------------

I. ULUSLARARASI HUKUKUN BİREYE YAKLAŞIMI	112
---	------------

1. Klasik Uluslararası Hukuk Açısından Birey	112
--	-----

2. Modern Uluslararası Hukuk Açısından Birey	113
--	-----

II. ULUSLARARASI HUKUK VE İNSAN HAKLARI HUKUKU	115
---	------------

1. Uluslararası Hukukta Yeni Alanlar ve İnsan Hakları	116
---	-----

1.1. Uluslararası Hukukun Parçalanması.....	117
---	-----

1.2. Bir Uluslararası Hukuk Dalı Olarak İnsan Hakları Hukuku	118
--	-----

2. İnsan Hakları Hukukunun Uluslararası Hukukun Uygulanmasına Etkisi	119
--	-----

3. Uluslararası Hukukta Bireyin Güçlenen Konumu.....	120
--	-----

III. İNSAN HAKLARI HUKUKU ÇERÇEVESİNDE BİREYİN KORUNMASI.....	122
--	------------

1. İnsan Hakları Hukukuna İlişkin Temel Belgeler	123
--	-----

1.1. Birleşmiş Milletler Bünyesinde Oluşturulan Metinler	123
--	-----

1.1.1. Birleşmiş Milletler Şartı.....	124
---------------------------------------	-----

1.1.2. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	124
---	-----

1.1.3. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler	125
---	-----

1.2. Bölgesel Sözleşmeler	125
---------------------------------	-----

2. İnsan Hakları Hukukunun Uygulanması	126
--	-----

2.1. Uluslararası Hukuk Bakımından Uygulama	127
---	-----

2.2. İç Hukuk Bakımından Uygulanma.....	129
2.2.1. Devlet Egemenliği ve İnsan Hakları	129
2.2.2. Devlet – Birey İlişkisi	133
2.2.2.1. Vatandaş	135
2.2.2.2. Yabancı	137
2.2.2.3. Vatansızlar ve Mülteciler.....	138
2.2.2.3.1. Vatansızlar	139
2.2.2.3.2. Mülteciler.....	142
2.2.2.4. Şirket Hissedarları	144
2.2.3. Devlet Organlarının Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Kurallarını Uygulamaları.....	146
2.3. Bireyin Uluslararası Hukuk Süjeliği Açısından Bir Değerlendirme	151
IV. ULUSLARARASI HUKUKUN İNSANCILLAŞMASI	154
1. İnsan Hakları ve Erga Omnes Yükümlülükler	156
2. Uluslararası Antlaşmalar ve İnsan Hakları	162
2.1. İnsan Haklarına İlişkin Gelişmelerin Uluslararası Antlaşmalara Etkileri.....	164
2.2. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmalar.....	167
2.2.1. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Farklılıkları.....	168
2.2.2. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ve İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Yapısı.....	169
2.2.2.1. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ve İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Çok Taraflı Olma Özelliği	170

2.2.2.2. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Objektifliği	171
2.2.2.3. Mütakabiliyet İlkesinin İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmalardaki Yeri	172
2.2.2.4. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Objektifliği ve Mütakabiliyet İlkesine İlişkin Olarak Uluslararası Denetim Birimlerinin ve Mahkemelerin Uygulamaları	173
2.2.3. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Yorumu..	175
2.2.3.1. Uluslararası Antlaşmaların Yorumunda Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Sistemi	175
2.2.3.2. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Özel Nitelikleri Göz Önünde Bulundurularak Yorumlanması ..	177
2.2.3.3. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Uluslararası Toplumun Ortak Çıkarları Çerçevesinde Bireyin Lehine Yorumlanması	178
2.2.3.4. Dinamik Yorum	180
2.2.3.5. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Sistemiyle Beraber Yorumlanması	184
V. ULUSLARARASI SORUMLULUĞUN İNSANCILLAŞMASI	187
1. İnsan Hakları Hukukunun Genel Etkileri	188
2. Uluslararası Hukuk Komisyonu ve Uluslararası Sorumluluğa İlişkin Taslak Metinde İnsan Hakları Hukukunun Etkileri	190
3. Bireyin Haklarının Korunması Yükümlülüğünün Özel Niteliği ve Etkileri	195

4. Devletin Bireye Karşı Olan Sorumluluğunun Yer Bakımından
Uygulanması ve Sorumluluğun İleri Sürülmesinde Ulusal ve Uluslararası
Hukuk Yolları Sorunu 199

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DİPLOMATİK KORUMANIN İNSANCILLAŞMASI204

I. ZARAR GÖREN BİREY VE ONUN VATANDAŞLIĞINDA OLDUĞU

DEVLET AÇISINDAN DİPLOMATİK KORUMA 207

1. Geleneksel Anlamıyla Diplomatik Koruma 209
2. Modern Uluslararası Hukuk ve Birey Açısından Diplomatik Koruma . 210
 - 2.1. Devletin Hakkı Olarak Diplomatik Koruma 210
 - 2.2. Bireyin Hakları Bakımından Diplomatik Koruma 216
 - 2.2.1. Bireyin Uluslararasılaşmasının Diplomatik Korumaya Etkisi 218
 - 2.2.2. Uluslararası Toplumun Ortak Çıkarları ve Diplomatik
Koruma..... 219
 - 2.2.3. Uluslararası Hukukta İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları
ve Diplomatik Koruma 219
 - 2.2.4. Diplomatik Koruma Yolunu İşletmenin Bir İnsan Hakkı Olup
Olmadığı Tartışması..... 222
 - 2.2.5. Diplomatik Korumanın İnsan Hakları Hukukuna Uygun Bir
Nitelik Kazanması Yönündeki Çabalar 223
3. Asgari Düzey ve İnsan Hakları İlişkisi..... 226
 - 3.1. Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesinde Asgari Düzey 227
 - 3.2. Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesinde İnsan Hakları Düzeyi228

II. BİREYİN, UĞRADIĞI ZARARIN GİDERİLMESİNİ TALEP ETME

HAKKI 231

1. Devletin Diplomatik Koruma Yolunu İşletme Hakkı ve Uluslararası
Sorumluluk..... 232

1.1. Bireyin Uğradığı Zararın Yalnızca Diplomatik Koruma Yoluyla Giderilebilmesi Durumunda Uluslararası Sorumluluk	236
1.2. Diplomatik Koruma Yolunu İşletmeyen Devletin Uluslararası Sorumluluğunun İleri Sürülmesi.....	237
1.3. Diplomatik Koruma Yolu İşletilmesine Rağmen Bireyin Zararının Giderilmemesi.....	239
1.4. Zarar Veren Devletin, Aynı Zarardan Birden Fazla Kez Sorumlu Tutulamaması.....	241
1.4.1. Bireyin Doğrudan Başvurabildiği Uluslararası Hukuk Yollarına Öncelik Verilmesi	242
1.4.2. Bireyin Doğrudan Başvurabildiği Uluslararası Hukuk Yollarına Başvurmaması Durumunda Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi	244
1.4.2.1. Bireyin, Doğrudan Başvurabildiği Uluslararası Hukuk Yollarına Başvurmaması Durumunda, Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi Gerekliliği	245
1.4.2.2. Bireyin, Doğrudan Başvurabildiği Uluslararası Hukuk Yollarına Başvurmaması Durumunda, Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmemesi Gerekliliği	246
1.4.2.3. Bireyin, Zararının Giderilmesini İstememesine Rağmen Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi ve Bu Sebepçe Ortaya Çıkan Yeni Zararların Giderilmesi Sorunu	249
1.5. Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi Sonucunda Elde Edilen Zarar Gideriminin, Zararın Tamamını Karşılamaması	251
1.6. Diplomatik Koruma Yolunu İşleten Devletin, Birey Açısından En Uygun Sonucu Elde Etmesi Gerekliliği	251
2. Üçüncü Devletin, Bireyin Uğradığı Zararların Giderilmesi Sürecine Müdahil Olması.....	253

2.1. Üçüncü Devletin, Bireyin Zararının Giderilmesini Talep Edeceği Devlet	254
2.2. Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi Sonucu Bireyin Zararının Tam Olarak Giderilememesi Sebebiyle Üçüncü Devletin Müdahil Olması	256
3. İnsan Haklarının Korunmasında Devletlerin Birbirlerine Karşı İşlettikleri Uluslararası Hukuk Yolları ve Diplomatik Koruma	257
4. İnsan Haklarının Doğrudan Diplomatik Koruma Yoluyla Korunması .	258

III.ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONU'NUN DİPLOMATİK KORUMAYA İLİŞKİN ÇALIŞMALARI VE İNSAN HAKLARI HUKUKU .. 262

1. Diplomatik Korumanın, Devletin Bir Yükümlülüğü Olmasını Sağlamaya Yönelik Çabalar	266
2. Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi Ekseninde Vatandaşlık .	270
2.1. Vatandaşlık Bağının Uluslararası Hukuka Uygunluğu	271
2.2. Birden Fazla Devletin Vatandaşlığını Taşıyan Bireyler	278
2.3. Vatandaşlığın Sürekliliği	283
2.4. Taslak Metnin Vatandaşlık Unsuruna Yaklaşımı.....	286
2.5. İnsan Hakları Hukuku Bakımından Önemli Bir Adım: Vatandaşlık Bağı Bulunmasa Dahi Diplomatik Koruma Yolunun İşletilebildiği Durumlar.....	288
3. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Kuralı	293
5. Gemi Mürettebatının Uğradığı Zararlardan Dolayı Diplomatik Koruma	312
6. Diplomatik Koruma Yolunu İşleten Devletin Elde Ettiği Zarar Giderimini Bireye Yansıtması Sorunu	314

SONUÇ.....	316
KAYNAKLAR.....	320
ÖZET	354
ABSTRACT	355

KISALTMALAR CETVELİ

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	Adı geçen eser
a.g.m.	Adı geçen makale
AAİHM	Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi
AIHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ACHR	American Convention on Human Rights
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AIHHŞ	Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı
AMIHS	Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi
ATAD	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BM	Birleşmiş Milletler
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
ECtHR	European Court of Human Rights
ECHR	European Convention on Human Rights
Ed.	Editör
Eds.	Editörler
EKVHS	Evli Kadınların Vatandaşlığı Hakkında Sözleşme
ESKHS	Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
EU	European Union
IACtHR	Inter-American Court of Human Rights
ICJ	International Court Of Justice
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
ICISS	International Commission on Intervention and State Sovereignty
IIL	Institute of International Law
ILA	International Law Association

ILC	International Law Commission
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
KKTC	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
md.	Madde
MC	Milletler Cemiyeti
MDAD	Milletlerarası Daimi Adalet Divanı
MFNC	Most Favoured Nation Clause
MHDDS	Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme
MSHS	Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi
para.	Paragraf
PCIJ	Permanent Court of International Justice
s.	Sayfa
S.	Sayı
UAD	Uluslararası Adalet Divanı
UÇÖ	Uluslararası Çalışma Örgütü
UHK	Uluslararası Hukuk Komisyonu
USA	United States of America
Vol.	Volume
VAHS	Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
VKİS	Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi
VKSHS	Vatansız Kişilerin Statüsü Hakkında Sözleşme

GİRİŞ

Uluslararası Hukuk, dünya üzerinde meydana gelen gelişmelere bağılı olarak farklı özellikler kazanabilmektedir. Ortaya çıktığı ilk dönemlerde yalnızca devletlerin ilişkilerini düzenlemeyi amaç edinen bu hukuk dalı, uzun bir müddet amacına uygun bir nitelik taşımıştır. Bununla birlikte gelişen uluslararası ilişkiler, devlet dışında diğer bazı aktörlerin de Uluslararası Hukukun süjesi olabileceğinin kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur.

Devlet dışındaki diğer aktörlerin Uluslararası Hukukun süjesi olarak kabul edilmesiyle başlayan süreç, bireyin konumunun tartışılmasıyla daha farklı bir boyut kazanmıştır. Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kendisini hissettiren gelişmeler, bireyin Uluslararası Hukukta çok önemli bir yer edinmesini sağlamıştır.

Bireyin Uluslararası Hukukta edindiği yer, onun devlete karşı da ileri sürebileceği birtakım haklara sahip olması sonucunu doğurmuştur. Devlet, bireyin sahip olduğu bu haklara saygı göstermek ve onları korumak yükümlülüğü altındadır. Bireyin sahip olduğu bu haklar ve devletin bireye karşı olan yükümlülükleri bugün Uluslararası Hukuk tarafından düzenlenerek güvence altına alınmaya çalışılmaktadır.

Birey, henüz Uluslararası Hukukun bir süjesi haline gelememiştir. Devlete karşı önemli haklar edinen, bu haklarının güvence altına alınması için uluslararası garantilere sahip olan birey, henüz devletten bağımsız bir nitelik kazanamamıştır. Özellikle insan hakları antlaşmalarıyla bireyin haklarının korunması için oluşturulan Uluslararası Hukuk yolları, bireyin, kendi haklarını doğrudan devlete karşı ileri sürebilmesini amaçlamaktadır. Ancak söz konusu Uluslararası Hukuk yolları son derece sınırlı insan grupları için öngörülmüş olup bölgesel nitelik taşımaktadır. Her bölgesel sistem de birbirlerinden farklı özellikler göstermektedir. Bununla beraber, bireyin doğrudan başvurabileceği evrensel bir Uluslararası Hukuk yolu henüz Uluslararası Hukukta yer almamaktadır.

Bireyin doğrudan başvurabileceği Uluslararası Hukuk yollarını oluşturan insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar bölgesel nitelik taşımakla beraber, insan haklarının korunmasını amaçlayan evrensel pek çok uluslararası antlaşma da bulunmaktadır. Bu antlaşmalar, devletlere bireyin haklarının korunması yönünde evrensel yükümlülükler getirmektedirler. Devlet, bu yükümlülüklerine uygun bir şekilde hareket etmek zorundadır.

İnsan hakları hukuku bu bakımdan özel bir nitelik kazanmıştır. Zira devlet tamamen kendisine ait bir hakkı kullanırken dahi bireyin hakları, devletin bu hakkına dayanarak gerçekleştirdiği eylem ve işlemlerden etkilenmektedir. Devletin bu eylem ve işlemleri, onun insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla klasik Uluslararası Hukuk kurumlarının yeniden ele alınması gerekmektedir.

İnsan hakları hukukun etkinliğini arttırması, klasik Uluslararası Hukukun yerini modern Uluslararası Hukuka bırakması sonucunu doğurmuştur. Modern Uluslararası Hukuk, insan hakları hukukunun amaçlarını göz önünde tutmakta, bireyin ve devletin hak ve çıkarlarını dengelemeye çalışmaktadır. Zira her ne kadar insan hakları hukuku, Uluslararası Hukukun bütünü içerisinde özel bir yere sahipse de, Uluslararası Hukukun diğer alanlarına karşı hiyerarşik bir üstünlüğü bulunmamaktadır.

Uluslararası Hukuk merkezi bir yapılanmaya sahip değildir. Dolayısıyla Uluslararası Hukuk parçalanmış bir görüntü sergilemektedir. Farklı konuları düzenleyen, farklı Uluslararası Hukuk dalları bulunmaktadır. Bununla birlikte bütün bu Uluslararası Hukuk dalları birbiriyle uyumlu olmak zorundadır. Aksi takdirde benzer veya aynı konulara ilişkin durumlarda, birbirlerinden çok farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkabilecektir.

Çalışmanın konusunu oluşturan diplomatik koruma da bu açıdan ele alınmaktadır. Zira diplomatik koruma, devletin yabancılara verdiği zararların giderilmesi bakımından çok önemli bir Uluslararası Hukuk kurumudur. Ancak bahsedilen bu kurum, klasik Uluslararası Hukuk tarafından oluşturulmuştur ve teorisi klasik Uluslararası Hukukun özelliklerini taşımaktadır. Bu bakımdan da diplomatik koruma, insan hakları hukuku çerçevesinde şekillenen modern Uluslararası Hukukla uyumsuz bir görüntü sergilemektedir.

Klasik Uluslararası Hukuk çerçevesinde oluşturulan bütün kurumlar devlet merkezli bir nitelik taşımaktadırlar. Bu sebeple, klasik uluslararası hukuk açısından diplomatik koruma kurumu, bir devletin Uluslararası Hukuka aykırı olan veya uluslararası hukuka aykırı olmamakla beraber uluslararası hukukun kendisine sorumluluk bağladığı davranışları neticesinde, o devletin uluslararası sorumluluğunun bir başka devlet tarafından ileri sürülebilmesini sağlasa da, kişinin hak ve çıkarlarını koruma amacı taşımamaktadır.

Diplomatik koruma geleneksel anlamıyla, kişinin yabancı bir devletin uluslararası sorumluluğunu doğuran davranışı nedeniyle uğradığı zararın, onun vatandaşlığında olduğu devletin zararı olarak görülmesi karinesine dayanır. Bu sebeple, klasik Uluslararası Hukuk bakımından devlet diplomatik koruma yolunu işlettiği takdirde, zarar veren devletten kendisine verilen bir zararın giderilmesini talep etmektedir.

Klasik Uluslararası Hukuk, bireyin durumuyla ilgilenmediği için, zarar, bireyin vatandaşlığında olduğu devlet bakımından giderildiği takdirde Uluslararası Hukuka aykırı durumun sona erdiği kabul edilmektedir. Bununla beraber, modern Uluslararası Hukuk, birey zarara uğratıldığında, ortaya çıkan Uluslararası Hukuka aykırı durumun ancak zarar, birey açısından giderildiğinde ortadan kalktığını kabul etmektedir. Bu sebeple birey, yabancı bir devlet tarafından zarara uğratıldığında, söz konusu zararın giderilmesi

bakımından diplomatik koruma ve insan hakları hukuku büyük bir çelişki yaşamaktadır.

İnsan hakları hukuku, Uluslararası Hukuk içerisinde özel bir konuma sahip olduğu ve devletler taraf oldukları uluslararası antlaşmalarla bireyin sahip olduğu hakları güvence altına almayı yükümlendikleri için, diplomatik korumanın insan hakları hukukunun amaçlarına uygun bir hale getirilmesi gerekmektedir. Devletlerin diplomatik koruma yolunu doğrudan kendi vatandaşlarının zararlarını gidermek amacıyla işletmeleri gerekir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu, diplomatik korumayla ilgili bir kodifikasyon çalışması içerisinde bulunmaktadır. Bu çalışma neticesinde 2006 yılında bir taslak metin oluşturulmuştur. Söz konusu taslak metin insan hakları hukukunun amaçlarını da dikkate almaya çalışmaktadır. Ancak taslak metin açısından da diplomatik korumanın geleneksel yapısından sıyrıldığını ve insan hakları hukukuyla uyumlu olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir.

Söz konusu nedenlere dayanarak bu çalışmada öncelikle diplomatik koruma kavramı ele alınacaktır. Diplomatik korumanın içeriği ve genel özellikleri ortaya konulacaktır. Bu husus üzerinde durulurken, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik korumaya ilişkin taslak metni çerçevesinde de bir inceleme yapılacaktır.

Daha sonra insan hakları hukukunun ortaya çıkışı ve bireyin Uluslararası Hukukta sahip olduğu konum üzerinde durulacaktır. Zira bireyin uluslararasılaşması ve onun devlete karşı elde ettiği haklar, Uluslararası Hukuk bakımından dikkate alınması gereken hususlardır. Devletler, kendilerine ait olan hak ve yetkilerini kullanırken bireyin zarar görmemesini sağlamak zorundadırlar. Bu nedenle insan hakları hukukunun getirdiği sistem ve onun genel Uluslararası Hukuk üzerindeki etkileri irdelenecektir.

Son olarak diplomatik korumanın geleneksel anlamıyla ilgili üzerinde durulan hususlar ve diplomatik korumaya ilişkin yapılan tespitler, insan

hakları hukuku bakımından değerlendirilecektir. İnsan hakları hukuku çerçevesinde, diplomatik korumanın yetersiz kalan yönleri ve ne tür özellikler taşıması gerektiğinden bahsedilecektir.

Diplomatik koruma bireyin uğradığı zarara dayanarak işletilen bir Uluslararası Hukuk yolu olduğu için, bu çalışmada, diplomatik korumanın devletin değil bireyin hak ve çıkarlarını koruyan bir Uluslararası Hukuk yolu olması gerektiği çeşitli açılardan değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK DİPLOMATİK KORUMA

I. DİPLOMATİK KORUMANIN BİR KAVRAM OLARAK ORTAYA ÇIKIŞI

Diplomatik koruma, devletin, vatandaşı olmayan kişilere yönelik Uluslararası Hukuka aykırı davranışlarının engellenmesi amacıyla ortaya çıkmış bir Uluslararası Hukuk kurumudur. Bireyin Uluslararası Hukukta dikkate alınmasından çok önce onun Uluslararası Hukuka aykırı bir şekilde uğradığı zararlarının giderilmesinin tek yoludur. Bununla birlikte diplomatik koruma, bireyin haklarını ve çıkarlarını korumayı değil, zarar veren devletin Uluslararası Hukuka uygun davranmasını ve zarar gören bireyin vatandaşlığında olduğu devletin çıkarlarını korumayı hedeflemiştir. Bu durum Uluslararası Hukukun geleneksel yapısı içerisinde son derece olağan kabul edilmiştir. Zira birey, klasik Uluslararası Hukukta hiçbir hak ve yükümlülüğün sahibi değildir.

Klasik Uluslararası Hukuk, yalnızca devletlerarası ilişkileri dikkate almakta ve uluslararası alanda meydana gelebilecek bütün durumları devletle ilişkilendirmeye çalışmaktaydı. Devletin belirli bir zararın ortaya çıkmasına neden olan davranışlarından dolayı yalnızca diğer bir devlete karşı sorumlu olabileceği kabul edilmekteydi. Bunun en önemli nedeni egemenlik kavramına olan bakış açısydı. Devletler, egemen yetkilerini yalnızca kendi çıkarları adına diğer devletlerle olan ilişkileri bakımından sınırlandırmaktaydılar. Bu bakımdan devletin vatandaşına veya yabancıya vermiş olduğu zarardan dolayı söz konusu kişilere karşı sorumlu olduğunun kabul edilmesi bir yana, bu zarardan dolayı bir başka devlete karşı sorumlu olmasının kabul edilmesi de bu şartlar altında önemli bir gelişme olmuştur.¹

¹ “Gerçek olan şudur ki, mutlak egemenlik kavramını devletler hukuku – hatta sadece hukuk – ile bağdaştırmak zordur; zira egemenliğin mutlak olarak kabulü, devletlerin dış münasebetlerinde tam bir serbesti içinde olmalarını icap ettirir. Bundan şu netice çıkar ki, devletler, devletler hukuku ile bağlı olmadıkları takdirde egemen addedilecek, bu hukukla bağlı oldukları takdirde ise egemen

Günümüzde Uluslararası Hukukta devletlerin birbirlerine karşı sorumluluğu denildiği zaman iki tür sorumluluk anlaşılmaktadır. Birincisi geleneksel anlamıyla, devletin diğer devletlere karşı doğrudan vermiş olduğu zararlardan doğan sorumluluğudur. İkincisi ise devletin, kişilere vermiş olduğu zararlarından doğan sorumluluğudur.

Devletin kişiye vermiş olduğu zararlardan sorumlu olmasında da ikili bir ayırım daha göze çarpmaktadır. İlk ayırım devletin vermiş olduğu zarardan dolayı doğrudan kişiye karşı sorumlu olmasıdır ki; bu da kendi vatandaşına karşı olabileceği gibi yabancı devlet vatandaşına karşı da olabilir. İkinci ayırım ise devletin yabancı bir devletin vatandaşına karşı vermiş olduğu zarardan ötürü o kişinin vatandaşlığında olduğu devlete karşı sorumlu olmasıdır.

İşte bu son ayırımda belirtilen sorumluluğun ileri sürülmesinde, devletin kendi vatandaşına verilen zarardan dolayı zarar veren devlete karşı, onun sorumluluğunu ileri sürmesine diplomatik koruma adı verilmektedir. Bir başka ifadeyle diplomatik koruma, bir devletin vatandaşlığında olan kişiye verilen zarardan dolayı, belirli şartların gerçekleşmesi durumunda, zarar verdiğini iddia ettiği devlete karşı, zararın, vatandaşına ve dolayısıyla kendisine verildiği savıyla, uluslararası sorumluluğu ileri sürebilmesidir.

Vatandaşın yabancı bir devlet tarafından uğratıldığı zararlar nedeniyle diplomatik koruma yolunun işletilmesi, Uluslararası Hukuk bakımından, devletin gelişiminde bir fenomen olmuştur. Devletlerin, ilişki içinde olduğu kişilere (hem kendi vatandaşlarına, hem de yabancılara) ve diğer devletlere karşı olan hukuki durumu modern kamu hukukunda ayrı bir anlam kazanmaya başladıktan sonra, devletlerarası ilişkilerde diplomatik koruma önemli bir yer tutmaya başlamıştır.²

addedilmeyeceklerdir.” (Aydoğan ÖZMAN, “Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Sayı 1 – 4, s. 66.)

² Edwin BORCHARD, “Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad”, American Journal of International Law, Vol. 7(3), 1913, s. 497

Kişilerin haklarının korunması, devletin klasik değişim sürecini izlemiştir. Klasik Uluslararası Hukukta kişilerin zararlarının giderilmesi bir iç hukuk sorunu olarak görülmüştür. Bunun dışında yabancıların ihlal edilen hakları devletlerarası seviyede diplomatik koruma çerçevesinde düzenlenmiştir. Ancak bu durum sadece uluslararası insan haklarının gelişimiyle değil, aynı zamanda hem potansiyel insan hakları koruyucuları hem de potansiyel insan hakları mütecavizlerinin yeni aktörler olarak yerini almasıyla değişikliğe uğramıştır.³

Bu nedenle diplomatik koruma, kişiye verilen zararın devletin uğradığı zarar kabul edilerek başvurulmuş bir uluslararası hukuk yolu olduğu ve insan hakları bakımından kişinin korunması günümüzde büyük önem arz ettiği için, modern dünyadaki ihtiyaçları karşılamamaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu, diplomatik koruma konusunda uluslararası sorumluluk kavramıyla beraber büyük çaplı kodifikasyon çalışmaları yapmaktadır. Ortaya çıkan taslak metinlerde belirli temel ilkelerle beraber yeniliklere yer verilirken, çalışmalar esnasında da çok önemli konular üzerinde durulduğu gözlenmektedir.

Diplomatik korumayla ilgili olarak 2006 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonunun taslak metninin bir bütün olarak ortaya konması çok önemli bir gelişmedir. Bu metnin diplomatik korumaya ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kurallarıyla beraber, belirli açılardan Uluslararası Hukuktaki evrimsel gelişmeleri dikkate almaya çalıştığı söylenebilir.⁴ Bu süreç göz önünde tutulduğunda diplomatik korumaya geleneksel anlamıyla beraber, insan hakları hukukunun da etkisi dikkate alınarak yeni bir anlam kazandırılması gerekliliği kendisini göstermektedir.

³Christoph SCHREUER, “The Waning of Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?”, European Journal of International Law, Vol. 4(4), 1993, s. 465.

⁴Duan JIELONG, “Statement on Diplomatic Protection, International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law”, Chinese Journal of International Law, Vol. 6(1), 2007, s. 190.

1. Diplomatik Korumanın Tanımı

Diplomatik koruma denildiği zaman Uluslararası Hukukçuların farklı tanım ve yaklaşımlarıyla karşılaşılmaktadır. Meray’a göre diplomatik koruma, vatandaşı yabancı ülkede uluslararası bir haksız fiile uğrayan devletin, bundan dolayı yabancı devletle arasında doğan anlaşmazlığın hukuki yollarla halledilmesini sağlamak için başvurduğu uluslararası bir usuldür.⁵ Brownlie’ye göre ise diplomatik koruma devletin sadece kendi vatandaşına ilişkin olarak kullanabildiği, iç hukuk tarafından çözülemeyen ve uluslararası alana taşınan bir Uluslararası Hukuk kurumudur.⁶ Bir başka Uluslararası Hukukçu Shaw’a göre ise diplomatik koruma devletin bir başka devlet ülkesinde zarara uğrayan vatandaşını korumasına verilen addır.⁷

Yukarıda belirtilen tanımlar, Uluslararası Hukukun pek çok kavramıyla ilgili tanımlarda da rastlanıldığı üzere, belirli bir bütünlük göstermemektedir. Bir başka ifadeyle diplomatik koruma üzerinde anlaşmaya varılmış bir tanıma rastlanmamaktadır. Bu konuda en güncel tanım Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun taslak metninde yer almaktadır. Taslak metnin 1. maddesi uyarınca diplomatik koruma: “Mevcut taslak maddeler açısından diplomatik koruma, bir devletin, diğer bir devletin, kendi (birinci devletin) vatandaşları olan kişilere yönelik Uluslararası Hukuka aykırı eylemleri nedeniyle meydana gelen bir zarardan ötürü diplomatik adımlarla⁸ veya diğer uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yollarıyla, o (ikinci) devlete karşı uluslararası sorumluluğu ileri

⁵ Seha L. MERAY, **Devletler Hukukuna Giriş – Birinci Cilt**, Üçüncü basım, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 237, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1968, s. 639,640.

⁶ Ian BROWNLIE, **Principles of Public International Law**, Sixth edition, Oxford-New York-İstanbul, Oxford University Press, 2003, s. 391.

⁷ M. N. SHAW, **International Law**, Second edition, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1986, s. 419.

⁸ Avusturya taslak metnin birinci maddesinin özünü kabul edilebilir olduğunu belirttikten sonra, madde metninde yer alan “diplomatik adım” kavramına şüpheyle yaklaşmıştır. Buna göre diplomatik adım kavramının üzerinde genel olarak anlaşılmış bir tanımı veya anlamı olmadığı için, örneğin konsolosluklar tarafından yapılan önleyici tedbirlerin diplomatik adım kavramı içinde yer almadığının açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde pek çok devlette birinci madde de duruma uygun daha somut yaklaşımlar içinde bulunulması gerektiğini düşünmektedirler. (United Nations General Assembly, **Diplomatic Protection – Comments and Observations Received from Governments**, International Law Commission Fifty Eight Session, Geneva 1 May – 9 June and 3 July – 11 August 2006, A/CN.4/561, s. 11 vd.)

sürmesini içerir.”⁹ şeklinde ifade edilmiştir. Dikkat edilirse, bu maddede tam ve açık bir tanım verilmemekte, diplomatik koruma kavramının belli başlı özelliklerinin neler olduğu ifade edilmektedir.¹⁰ Yani anılan madde diplomatik korumanın anlamını tek bir tanımla sınırlandırmamakta, diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için gerekli olan unsurları ortaya koymaktadır. Böylece diplomatik korumanın Uluslararası Hukukta meydana gelebilecek değişikliklerle uyumlu hale getirilebilmesini sağlamayı hedeflemektedir. Bu nedenle diplomatik koruma kavramını tam olarak anlayabilmek için, unsurları üzerinde durmak daha faydalı olacaktır.

2. Diplomatik Korumanın Kaynakları¹¹

Bilindiği üzere Uluslararası Hukukta uygulanması gereken kuralların neler olduğu iç hukuk düzenlerinde olduğu kadar kesin bir şekilde ortaya konulamamaktadır. Zira iç hukuk düzenlerinde mahkeme, önüne gelen uyuşmazlığı hangi kurallara göre çözümleyeceğini bilmektedir. Her şeyden önce uyuşmazlıkla ilgili uygulanabilir bir kanun olup olmadığına bakmakta, eğer herhangi bir kanun yoksa anayasa ve yasaların önceden kendisine izin verdiği şekilde sorunu çözüme kavuşturmaya çalışmaktadır. Yani belirli bir hiyerarşik yapıya dayanarak hareket etmektedir.¹²

Uluslararası Hukukta böyle bir hiyerarşi olmadığı için, uygulanabilir kaynakların neler olduğu üzerinde fikir birliği olmakla birlikte, her olay için

⁹ ILC, **Draft Articles on Diplomatic Protection – 2006**, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf.

¹⁰ International Law Commission (ILC), **Report of the Fifty Eight Session**, A/61/10, 2006, <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>, s. 24.

¹¹ Uluslararası Hukukun kaynakları kelimesinin kullanılması pek çok yazar tarafından benimsenmemekle ve bu düşünce doğru bulunmakla beraber, Türkiye’de yapılan çalışmalarda bu terminolojinin kullanılması konusunda bir fikir birliğinin sağlanmış olması sebebiyle “diplomatik korumanın oluşmasını sağlayan uluslararası işlemler” yerine “diplomatik korumanın kaynakları” kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir. Söz konusu tartışmayla ilgili bkz., Georg SCHWARZENBERGER, **International Law as Applied by International Courts and Tribunals**, Vol. I, Third edition, London, Stevens and Sons Limited, 1957, s. 26,27.; L. OPPENHEIM, **International Law Vol. I – Peace**, Eight edition, Editör H. LAUTERPACHT, London-New York-Toronto, Longmans, Green and Co., 1955, s. 24,25.

¹² Malcolm N. SHAW, **International Law**, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, , 2008, s. 69,70.

hangi kaynakların ne şekilde uygulanabileceği somut koşullara göre de değerlendirilmelidir.¹³ Dolayısıyla bu noktada, kaynakların neler olduğu diplomatik koruma açısından ele alınmalıdır.

2.1. Uluslararası Antlaşma

Uluslararası Hukukta devletler ve diğer Uluslararası Hukuk kişileri bir uluslararası antlaşmayı yürürlüğe koyarak, belirli bir konuyla ilgili olarak kendileri açısından bağlayıcı hükümlerin¹⁴ daha net bir şekilde anlaşılmasını sağlayabilirler.¹⁵ Diplomatik koruma kavramı ile ilgili olarak bugüne kadar imzalanmış, onaylanmış veya yürürlüğe konulmuş herhangi bir uluslararası antlaşma metni bulunmamaktadır. İlerleyen zamanlarda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmaları belki de bir antlaşmanın ortaya çıkmasını sağlayabilecektir.

2.2. Uluslararası Örf ve Adet Hukuku Kuralları

Uluslararası örf ve adet hukuku kuralları, belirli bir toplumda hayati önem teşkil eder şekilde uygulanan, sosyal normların belirli bir çeşididir.¹⁶ Brownlie'ye göre uluslararası örf ve adet hukuku kuralları, Uluslararası Hukukun bir bölümü veya onun bir alanı değildir. O'na göre teamül,

¹³ Bkz. V. D. DEGAN,, **Sources of International Law**, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, s. 4,5.

¹⁴ Bir hususun uluslararası antlaşma hükümleriyle düzenlenmesi, uluslararası antlaşmaya uyulmasının zorunluluğu sebebiyle, o hususla ilgili olarak daha belirleyici bir kaynak olur. Bilsel, uluslararası antlaşmalara uyulmasının zorunluluğuyla ilgili olarak şunları söyler: “Antlaşma hükümlerine uyma mecburiyeti, sosyal bir zarurettir. Onsuz, insanların ihtiyaçlarından doğan tesanüt (dayanışma) hayatının devamı mümkün değildir. İş bölümünü ve değişimi icap ettiren tesanüt hayatı ahde vefa edilmedikçe devam edemez. İtimatsız ticaret olmadığı gibi, itimsız uluslararası hayatta olmaz. Çünkü itimadı kaybeden devletle kimse münasebete girmez. Şu halde devlet menfaati bunu gerekli kılar.” (Cemil BİLSEL, **Devletler Hukuku Üçüncü Kitap – Devletler Arasında Andlaşmalar**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 21, 1936, s. 142.)

¹⁵ Anthony AUST, **Modern Treaty Law and Practice**, Cambridge-Melbourne, Cambridge University Press, 2000, s. 27.

¹⁶ Gerald J. POSTEMA, “Custom in International Law: A Normative Practice Account”, in **The Nature of Customary Law – Legal, Historical and Philosophical Perspectives**, Editörler Amanda PERREAU – SAUSSİNE and James Bernard MURPHY, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2007, s.286.

Uluslararası Hukukun kendisidir.¹⁷ Diplomatik korumanın en önemli asli kaynağı uluslararası örf ve adet hukuku kurallarıdır. Diplomatik korumanın devletlere tanınmış bir hak olmasından, elde edilen zarar gideriminin ne şekilde kullanılacağına kadar pek çok konu üzerinde genel kabule ulaşılmış görüş ve uygulanmasının gerekliliği yönünde iradeler bulunmaktadır. Ancak bu durum gelişen insan hakları hukuku dolayısıyla daha hassas bir konu haline gelmiş ve devletler uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının daha etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak için söz konusu kuralları yazılı hale getirme çabası içine girmişlerdir. Uluslararası Hukuk Komisyonu bu uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını değerlendirerek kodifiye etmeye çalışmaktadır.

2.3. Mahkeme Kararları

Mahkeme kararları Uluslararası Hukukun yardımcı kaynaklarından kabul edilmektedir. Ancak onu sadece yardımcı bir kaynak olarak görmek, yerine getirdiği işlevleri görmezden gelmek demektir. Teamülün Uluslararası Hukuk açısından ne kadar önemli bir kaynak olduğundan yukarıda bahsedildi. İşte çoğu zaman, bu teamüller, mahkeme kararlarında varolan Uluslararası Hukuk kuralları olarak tespit edildikten ve uygulandıktan sonra, Uluslararası Hukukta yerleşmektedirler. Ayrıca münferit bir uyumsuzlıkla ilgili uluslararası bir mahkemenin vermiş olduğu kararın çok büyük önem ve otorite arz ettiği durumlarla karşılaşılabilir.¹⁸

Mahkeme kararları diplomatik koruma açısından çok önemli bir yer tutmaktadır. Konunun ele alınmasında özellikle “Barcelona Traction”, “Nottebohm”, “Mavrommatis” ve daha başka uluslararası davaların yanı sıra,

¹⁷ Ian BROWNLIE, *The Rule of Law in International Affairs (International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations)*, The Hague-Cambridge, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, s. 18.

¹⁸ Charles CROZAT, *Devletler Umumi Hukuku Cilt I – Umumi Prensipler ve Tarihçe*, Türkçe’ye çeviren: Edip F. Çelik, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 461, Hukuk Fakültesi No: 102, İsmail Akgün Matbaası, 1950, s. 144.

pek çok ulusal mahkeme kararları diplomatik koruma yolunun uygulanması bakımından önemli bir yer tutmaktadır.

2.4. Doktrin

Diplomatik koruma kavramının tanımıyla ilgili açıklamalar yapılırken de görüldüğü üzere, konuyla ilgili uzman kişilerin görüşleri¹⁹ de önem arz etmektedir. Bu kişiler, Uluslararası Hukuk alanında araştırmalar yaparak, gerek olması gereken ve gerekse varolan Uluslararası Hukuka ait bir takım esas ve kuralları tespit etmeye çalışmaktadırlar.²⁰ Çok çeşitli ülkelerden düşünürler, farklı fikirlerini dile getirerek Uluslararası Hukukta farklı düşünceler, akımlar, okullar meydana getirmektedirler.²¹ Bu görüşler, Uluslararası Hukuk kurallarının ne şekilde uygulanması gerektiğine yönelik yol gösterici niteliktedir.

2.5. Uluslararası Hukuk Komisyonu²²

Uluslararası Hukuk Komisyonu BM Genel Kurulu tarafından 1947 yılında Uluslararası Hukukun ilerlemesini ve kodifikasyonunu sağlamak amacıyla kurulmuştur. Pek çok Uluslararası Hukuk konusuyla ilgili olarak

¹⁹ “Yazarların görüşleri ve eserleri hukuk yapan etmenler olarak değil, hukuku saptayıp açıklayan yardımcı unsurlar olarak kabul edilmektedir. Uluslararası Adalet Divanı’nın bugüne kadar verdiği hiçbir kararda yazarların görüşlerine atıf yapılmamıştır. Bunun sebebi Divan kararlarının kolektif verilmesidir. Çünkü hakimlerin tamamının aynı yazar üzerinde anlaşması ve hatta onu anlaması (dil farklılığı dolayısıyla) mümkün olmamaktadır. Ayrıca yazar görüşlerinin her zaman tarafsız olmayacağı düşüncesi de bu şekilde atıf yapmama uygulamasına yol açmış olabilir. Bu sebeple, sadece Uluslararası Adalet Divanı Kararlarına muhalif kalan hakimler, muhalefet görüşlerinde yazarların eser ve görüşlerine destekleyici kaynaklar olarak başvurmaktadır.” (Aslan GÜNDÜZ, **Milletlerarası Hukuk – Temel Belgeler, Örnek Kararlar**, Beşinci bası, İstanbul, Beta Yayınları, Kasım 2003, s. 35.)

²⁰ Zeki Mesud ALSAN, **Devletler Hukuku Dersleri**, Ankara, T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Siyasal Bilgiler Okulu Yayınlarından, 1947, s. 42.

²¹ Cemil BİLSEL, **Devletler Hukuku – Giriş**, İkinci bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 137, Hukuk Fakültesi No: 29, İstanbul, Kenan Basımevi ve Kışe Fabrikası, 1940, s. 55.

²² SHAW, Uluslararası Hukuk Komisyonu’nu, Uluslararası Hukukun diğer olası kaynaklarından birisi olarak görmektedir.(SHAW, **a.g.e. (2008)**, s. 119.) Diplomatik koruma açısından münferit olarak ele alındığında, Uluslararası Hukuk komisyonu şu anda son derece önemli bir kaynaktır.

alışmalar yapmış ve önemli uluslararası sözleşmelerin²³ ortaya çıkmasını sağlamıştır. Tabii Uluslararası Hukukun bütün konularıyla ilgili metinlerin ortaya çıktığı söylenemez. Diplomatik koruma açısından ise Uluslararası Hukuk Komisyonu 1995 yılından itibaren sürdürdüğü çalışmaları neticesinde 2006 yılında bir taslak metin ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle diplomatik koruma konusunun ele alınmasında taslak metinde yer alan maddelerin incelenmesi, bu maddelerin oluşması aşamasında ve oluştuktan sonra yaşanan tartışmalar ve fikirler, son derece önemlidir.

3. Devletin Saklı Bir Hakkı Olarak Diplomatik Koruma

Günümüzde Uluslararası Hukuk yalnızca devletlerin ilişkileriyle ilgilenmemektedir. Uluslararası Hukukun pek çok kuralı kişilerin durumunu ve faaliyetlerini düzenlemekte ve diğer kurallar da kişileri doğrudan etkileyebilmektedir. Geleneksel anlamıyla Uluslararası Hukuk, asıl süjesi devletler olan ve kişilere haklar tanımaktan imtina eden bir hukuk dalıdır.²⁴ Bununla birlikte, son otuz yılda devletlerin asli süje olarak görülmesine paralel olarak, diplomatik korumanın uygulanmasında, kişilerin, kendi zararlarının giderilmediğine yönelik çok fazla sayıda şikayetiyle karşılaşılıma başlanmıştır.²⁵

Mavrommatis Davası'nda Milletlerarası Daimi Adalet Divanı da bu hususu tartışmıştır. Buna göre bir devletin vatandaşı, yabancı bir devletin Uluslararası Hukuka aykırı davranışı nedeniyle zarara uğrarsa ve bu zarar olağan yollarla giderilemezse, devletin zarar gören vatandaşıını koruması altına almakla yetkili olduğu Uluslararası Hukukun en temel ilkelerinden birisi olarak ifade edilmiştir. Koruma altına alan devlet, vatandaşın iddiasını devralırken, diplomatik yolları işletirken ya da uluslararası yargı yollarına

²³ Örneğin 1958 ve 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmeleri, 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi.

²⁴ **Oppenheim's International Law**, Editörler Robert JENNINGS ve Arthur WATTS, Ninth edition, Avon, Longman Group UK Limited, 1992, s. 846.

²⁵ Annemarieke VERMEER-KÜNZLİ, "Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection", Nordic Journal of International Law, Vol. 75(2), 2006, s. 279.

başvururken aslında Uluslararası Hukuk uyarınca kendisine ait olan hakları kullanmaktadır.²⁶

Yabancılar, içinde bulundukları devletin ülkesel egemenliğinin altına girmiş olmakla beraber vatandaşlığında oldukları devletin de koruması altındadırlar. Evrensel olarak kabul edilen bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralına göre, her devlet, vatandaşlarının uğradığı zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunu işletme hakkına sahiptir ki bu durum aynı zamanda bir diğer devletin de kendi ülkesinde bulunan yabancıların zararlarını gidermekle yükümlü olmasıyla kesişmektedir. Sorun devletin, diplomatik koruma hakkını ne şekilde kullanacağıdır. Zira bu hakkın kullanılması çok büyük farklılıklar gösterebilmektedir. Her şeyden önce devlet bu hakkını kullanmak zorunda değildir. Bu durum, meydana gelen zararın ortadan kaldırılamaması sonucuna yol açabilir; çünkü çoğu zaman yabancı devletin iç hukuk yolları, zarar gördüğünü iddia eden kişinin başvurabileceği yegane zarar giderim yoludur. Bununla beraber, devlet diplomatik koruma yolunu işlettiği takdirde, meydana gelen zararın giderilmesini sağlamak için çok çeşitli Uluslararası Hukuk yollarına başvurabilecektir.²⁷

Diplomatik korumanın amacı, devletler arasında yapılan müzakerelerle ya da barışçı yollarla, uluslararası sorumluluğa neden olan bir davranışın sonucu olan zararları gidermek ve gerekirse tazmin etmektir. Diplomatik koruma bu bakımdan doktrinde Uluslararası Hukuk kurallarına uyulmasını sağlamak için geniş anlamda bir yaptırım olarak görülebilmektedir.²⁸

Son yıllarda özellikle “Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (MSHS)”, “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS)” gibi evrensel

²⁶ bkz. **The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK)**, Collection of Judgements, Publication of the Permanent Court of International Justice, Series A, No. 2, 30 August 1924, Leyden A. W. Sijthoff's Publishing Company, 1924, s. 12.

²⁷ OPPENHEIM, **a.g.e. (Vol. I, 1955)**, s. 686, 687.

²⁸ MERAY, **a.g.e.**, s. 640.

uluslararası antlaşmalar ile kişiye pek çok haklar (başka bir ülkede uğradığı zararların karşılanması da yönelik olmak üzere) tanıyan Avrupa, Amerika ve Afrika için yapılan bölgesel insan hakları antlaşmaları ve kişinin korunmasına yönelik bir değişim içinde olan uluslararası örf ve adet hukuku kuralları, kişinin Uluslararası Hukukun bir süjesi olması durumunu tartışılabilir hale getirmiştir. Ancak bu gelişim, kişiye tanınan çok fazla hak olduğu halde, çok az hakkını aramasını sağlayacak hukuksal yollar oluşturulduğu ve bu yollardan tam anlamıyla insan haklarının korunması konusunda bir tatmin sağlanamadığı gerçeğini değiştirememektedir.²⁹

Diplomatik koruma daha sonra detaylı şekilde üzerinde durulacağı üzere, devletlere tanınan bir hak olarak algılanmıştır³⁰ ve hala da bu şekilde algılanmaktadır. Devletler arasındaki ilişkiler ve devletlerin görmüş olduğunu iddia ettikleri zararlar ön planda tutulmaktadır. Halbuki yabancı devletin davranışları neticesinde ortaya çıkan böyle bir zarardan en çok etkilenen o zarara uğrayan kişi olmaktadır. Bu nedenle diplomatik koruma kurumu açısından devletin, kendi zararlarını gidermesi anlayışından vazgeçilmesi gerekmektedir. Kişiye yönelik yeni bir anlam kazanması durumunda diplomatik koruma, devletlerin, insan haklarının korunmasında³¹ daha etkin

²⁹ John DUGARD, “**Diplomatic Protection**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi May 2009, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 9, 10.

³⁰ James A. R. NAFZIGER, “**The General Admission of Aliens under International Law**”, American Journal of International Law, Vol. 77(4), 1983, s. 830.

³¹ Suat Bilge, daha 1953 tarihli kitabının önsözünde 1945’te Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin yürürlüğe girmesini, 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin ilanını, 1950 yılında Avrupa Konseyince hazırlanmış İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Bakanlar Komitesince imzalanmasını son derece olumlu bulduktan sonra diplomatik korumayla ilgili şu değerlendirmede bulunmuştur: “... Ferdlere bütün milletlerce riayet edilmesi lazım gelen haklar tanınmak yoluyla yapılan bu çalışmalar ve verilen kararlar elbette takdire şayan ve övünülecek gayretlerdir. Ancak bunların, tatbikat sahasında devletleri hukuken ilzam eder haklar şeklinde tecelli edebilmeleri için Devletler Hukukunca müeyyideye bağlanmaları ve ihlal edildikleri zaman bu ihlallerin tesirlerinin ortadan kaldırılması için müracaat edilebilecek kazai merciler ihdas edilmesi lazımdır... Hatta bilmiyoruz, belki de insan haklarını yürürlüğe koyacak sözleşmenin hazırlanmasında ve sonrasında bunları devletlere kabul ettirmekte karşılaşılan güçlükler Birleşmiş Milletler Teşkilatı’nı ‘tebaanın yabancı memlekette diplomatik himayesi’ mevzuunu tekrar ele alarak bu sistemi islah etmeye sevk edecektir.” (Bkz. Suat A. BİLGE, **Tebaanın Yabancı Memleketlerde Diplomatik Himayesi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 33 – 15, Türkiye Matbaacılık ve Gazetecilik A.O. – Yeni Matbaa, 1953, s. 5,6.)

roller oynamasını sağlayacak ve günümüz insan hakları anlayışı uyarınca kişinin korunmasında büyük bir adım atılmış olacaktır.

4. Diplomatik Koruma ve Uluslararası Sorumluluk

Bir devletin, vatandaşının uğradığı zarardan dolayı bir başka devlete karşı diplomatik koruma yolunu işletebilmesi ancak uluslararası sorumluluğun ortaya çıktığı durumlarda mümkündür. Diplomatik koruma, bir devletin, diğer bir devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürüp çözüm arama çabalarından birisidir. Dolayısıyla her iki kavram arasında çok sıkı bir bağ bulunmaktadır.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metninin çeşitli maddelerine getirdiği yorumlarda da diplomatik koruma üzerinde sıklıkla durduğu görülmektedir.³² Diplomatik koruma, uluslararası sorumluluğun doğması için gereken koşullarla örtüşen özelliklere sahiptir. Örneğin uluslararası sorumluluğun doğması için de Uluslararası Hukuka aykırı olan ya da Uluslararası Hukuka aykırı olmadığı halde kendisine sorumluluk bağlanan bir eylem, bir zararın meydana gelmesi ve bu zararın bir Uluslararası Hukuk kişisine atfedilebilir olması koşulları bir arada bulunmalıdır. Söz konusu koşulların birer unsur olarak diplomatik koruma kurumunda da yer alması şaşırtıcı değildir; çünkü diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için bir devletin uluslararası sorumluluğunun doğması gerekmektedir. Bu nedenle çalışmanın asıl konusu diplomatik koruma olduğundan tekrardan kaçınmak için, bu hususların diplomatik korumanın unsurları incelenirken ele alınması tercih edilmiştir. Burada sadece adı geçen iki Uluslararası Hukuk kurumunun birbiriyle ilişkisi hakkında genel bilgi vermekle yetinilecektir.

³² Bkz. ILC, **Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries**, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, s. 33, 72, 74, 99, 101, 110, 111, 121.

Yukarıda da belirtildiği gibi diplomatik koruma, uluslararası sorumluluğun ileri sürülebilmesini sağlayan yollardan birisidir. Teorisi, kişinin Uluslararası Hukuk süjesi olmamasına dayandırılarak geliştirilmiştir. Buna göre kişi, uluslararası alanda kendisine zarar verdiğini iddia ettiği devlete karşı çaresizdir. Bu nedenle kişi zararının giderilmesini sağlayamayabilir. Kişinin uğradığı zarar, vatandaşlık bağı sebebiyle onun vatandaşlığında olduğu devletin zararı kabul edilir. Dolayısıyla uluslararası sorumluluk, Uluslararası Hukuk süjelerinin birbirlerine yönelik davranışlarından doğan zararlarının giderilmesi için başvurdıkları bir yoldur. Diplomatik koruma kişinin vatandaşlığında olduğu devletin, zarar veren devlete karşı, kişinin uğradığı zararlardan dolayı uluslararası sorumluluğu ileri sürmesidir.

Söz konusu husus, daha sonra insan hakları bakımından kişinin Uluslararası Hukuktaki konumu da dikkate alınarak ayrıca tartışılacaktır. Bununla beraber diplomatik koruma, bir devletin uluslararası sorumluluğunun ileri sürülmesi ve ortaya çıkan zararın giderilmesinin en klasik yollarından birisidir. Ancak zararın ne şekilde giderildiği, kişinin mi yoksa devletin mi haklarının korunduğu gibi hususlar Uluslararası Hukukun klasik yapısı ile insan hakları hukukunun oluşturmaya çalıştığı düzen bakımından birbiriyle çelişen sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

II. DİPLOMATİK KORUMA KAVRAMININ UNSURLARI

Uluslararası Hukukta bir olgu veya kavram üzerinde dururken, onun herkesçe kabul edilmiş bir tanımından bahsedebilmek çok zordur. Diplomatik koruma açısından da bu durumun geçerli olduğu yukarıda belirtilmişti. Bu nedenle diplomatik korumanın ne anlama geldiğini daha iyi ifade edebilmek açısından, bir kavram olarak ortaya çıkışında rol oynayan, kendisini oluşturan unsurların ele alınması yerinde olacaktır.

1. Kişiyeye Yönelik Bir Zararın Meydana Gelmiş Olması

Uluslararası Hukukta devlet, yabancıya yönelik kendi eylem ya da ihmalinin neden olduğu zararlardan sorumludur. Diplomatik korumanın amacı da, kişinin vatandaşlığında olduğu devletin, yabancı devletin söz konusu kişiyeye verdiği zararların giderilmesini sağlamaktır. Diplomatik korumaya ilişkin taslak metinde sadece diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için gerekli şartlar ve bu şartlar yerine geldiği zaman neler yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Uluslararası sorumluluğa neden olan davranışın ne anlama geldiğine dair bir tanım veya açıklama yer almamaktadır.³³

Uluslararası Hukukta zarar kavramının bir devletin bir başka devlete karşı olan eylemi veya ihmalden kaynaklandığı varsayılır. Bu olasılık uluslararası antlaşma hükümlerinin ihlalinden veya devletlerin Uluslararası Hukuk tarafından kabul ettikleri diğer kurallara aykırılıktan kaynaklanabilir.³⁴

Kişinin görmüş olduğu zarar, çok çeşitli şekillerde meydana gelebilir. Bunlar devletin yasama meclisinin, hükümetinin, diplomatik temsilcisinin eylemlerinden veya ihmallerinden meydana gelebileceği gibi, adil yargılanma hakkının engellenmesi ve askeri güçlerin müdahalesi gibi nedenlerden de kaynaklanabilir. Bunun yanında özel hukuk kişilerinin, yabancı kişilere yönelik hukuka aykırı davranışlarının sonuçlarının giderilmemesi nedeniyle devletin sorumlu tutulabileceği zararlar meydana gelebilir.³⁵ Ayrıca devlet, objektif sorumluluğunun doğmasına neden olabilecek birtakım davranışlarda da bulunabilir.

Diplomatik koruma kurumunun temelini teşkil eden “kişinin uğradığı zararların devletin uğradığı zararlar olarak” görülmesi, çok kolay kabul edilen bir düşünce olmamıştır. Bu durumun çok çeşitli nedenleri olmakla birlikte en

³³ Bkz. ILC, A/61/10, s. 24.

³⁴ Marjorie WHITEMAN,, **Damages in International Law Vol. I**, Washington, United States Government Printing Office, 1937, s. 7.

³⁵ Bkz. OPPENHEIM, a.g.e., s. 357 – 369.

önemli nedeni, bir başka ülkede bulunan vatandaşın ne zaman ve hangi koşullar altında zarara uğradığının kesin bir ölçütünün bulunmaması ve bir devletin, kendisi gibi egemen yetkileri olmayan yabancı kişiye vermiş olduğu zarardan dolayı sorumlu tutulmak istememesidir.

Bu konuda 1930'lu yıllarda Meksika hükümetinin ABD vatandaşlarının Meksika toprakları üzerindeki gayrimenkullerine yönelik yaptığı kamulaştırmadan doğan zararın giderilmesi talebini iki gerekçeyle reddetmesi iyi bir örnek teşkil eder. Bunlardan ilki bir ülkede yaşayan vatandaşların ve yabancıların aynı kanunlara tabi olduğu, aynı ulusal otoritelerin koruması altında olduğu ve bu nedenle yabancıların o ülke vatandaşlarının sahip olduğundan daha başka ve daha kapsamlı haklar iddia edemeyeceğidir. İkincisi vatandaşlar ve yabancılar arasındaki eşitlik ilkesini yabancının zaten bir başka ülke toprağına hareket ederek kabul ettiği, bu nedenle o devletin egemen yetkilerini, o devletin kurallarına uymayı, diğer vatandaşların sahip olduğu haklardan yararlanmayı ve yükümlülükleri yerine getirmeyi de kabul ettiği şeklindedir.³⁶

İşte yabancının bir zarara uğramış olup olmadığının tespitinde, eşitlik ilkesinin yorumu büyük önem kazanmaktadır. Zira kişinin muhatap olduğu yabancı devletin vatandaşıyla hangi şartlar altında eşit olduğu ve hangi durumlarda farklı haklarının bulunduğu hususları diplomatik koruma açısından belirleyici olmaktadır. Doğal olarak devletin vermiş olduğu zararlara ilişkin olarak egemenlik yetkilerinin kısıtlanmaya başlanmasıyla, devletin sorumluluğıyla ilgili daha farklı yaklaşımlarla karşılaşmak mümkün olmaktadır.

Bu aşamada göze çarpan en önemli husus diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için devletin, vatandaşının uğradığı zarar nedeniyle zarar görmüş olduğunun kabulüdür. Devletlerin kendi aralarındaki ilişkilerinden kaynaklanan zararların giderilmesi farklı yollarla sağlanmaktadır

³⁶ Edwin BORCHARD, "The 'Minimum Standard' of the Treatment of Aliens", Michigan Law Review, Vol. 38(4), 1939 – 1940, s. 445.

ki, söz konusu husus da bu çalışmanın sınırları dışında kalmaktadır. Bir başka şekilde ifade edilmesi gerekirse, diplomatik koruma kişinin uğradığı zararın doğrudan devletin uğradığı bir zarar (bu zarar esasında dolaylı bir zarardır) olarak görülmesi karinesine dayanmaktadır. Bu karine bugün Uluslararası Hukukta kabul edilmiş kesin bir karinedir.

Bir devletin vatandaşının yabancı bir devlet tarafından uğratıldığı zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracak bir zararın meydana gelmiş olması gerekmektedir.

Kişinin uğradığı ve giderilmesi talep edilen zarar maddi olabileceği gibi manevi bir zarar da olabilir. Kişinin maddi kayıpları nedeniyle uğradığı zararların giderilmesiyle ilgili çok sayıda örnek olduğu için bu konuda bir tartışma bulunmamasına rağmen manevi zararların giderilmesi konusunda kesin ve uzlaşma sağlanmış bir görüş bulunmamaktadır.³⁷ Ancak bazı mahkeme kararlarında manevi tazminat ödenmesinin kabul edildiği de görülmektedir.³⁸

2. Zararın, Zarar Veren Devlet Ülkesinde Meydana Gelmiş Olması Sorunu

Diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için kişiye yönelik meydana gelen zararın, kişiyi zarara uğratan devletin ülkesinde meydana gelmesinin gerekip gerekmediği konusu Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun taslak metninden sonra daha da dikkatli bir şekilde ele alınmalıdır. Diplomatik korumanın tanımı üzerinde durulurken doktrindeki yaklaşımın kişinin yabancı ülkede zarar görmesinin arandığı yönünde olduğu görülmüştü. Zarar veren devletin ülkesinde meydana gelen zararlar açısından diplomatik koruma

³⁷ C. F. AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford, Clarendon Press, 1967, s. 55.

³⁸ Bkz. *Lusitania Case (Mixed Claims Commission United States v. Germany)*, Reports of International Arbitral Awards, 1 November 1923 – 30 October 1939, Vol VII, United Nations 2006, s. 101.

yolunun işletilebileceği hususu zaten hiçbir tereddüt olmaksızın kabul edilmiştir. Ancak devletin kendi ülkesi dışında da kişilere verdiği zararlarla³⁹ karşılaşıldığına tanık olunmaktadır. Zararın, zarar veren devletin ülkesinde meydana gelmesi, uluslararası sorumluluğun doğmasına neden olan davranışın, o devlete atfedilebilir nitelik taşıdığına ispatı bakımından kolaylık sağlamaktadır. Buna göre kişinin uğradığı zararın yabancı devlet ülkesinde meydana geldiğinin tespit edilmesi durumunda, o devletin zarara neden olduğunun ve buna dayanarak zararı tazmin etme yollarına başvurulabileceğinin belirlenmesinde önemli bir veri elde edilmiş olacaktır; fakat Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun taslak metninde yabancının gördüğü zararın, yabancı devlet ülkesinde meydana gelmiş olması zorunluluğuyla ilgili herhangi bir hükme rastlanmamaktadır. Bu durumda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun amacının diplomatik korumayla ilgili bu genel kabulü değiştirmek mi olduğu meselesi incelenmelidir.

2.1. Devletin Ülkesi

Devleti oluşturan unsurlardan birisi olarak, ülke, önemli bir yer tutmaktadır. Zira devlet, ancak bir ülke⁴⁰ üzerinde örgütlenebilir ve ancak o ülke üzerinde yaşayan kişiler⁴¹ üzerinde genellikle tek başına yetkilerini kullanabilir.⁴² Devletin tek başına kullanabileceği bu yetkilere bir takım sınırlamalar getirilmiş olabileceği gibi, onun yetkilerinin ülkesi dışında

³⁹ Bkz. Hüseyin PAZARCI, **Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap**, Gözden geçirilmiş 8. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 30 – 87.

⁴⁰ “Ülke, devletin kurucu bir unsuru olmakla kalmaz, aynı zamanda devletin varlığını devam ettirebilmesi için zorunlu bir şart olup; ülke olmadan devletin varlığından bahsedilmesi düşünülemez. Yani ülkesiz bir devlet olamaz.” (Enver BOZKURT, **Devletler Hukuku Bakımından Türkiye'nin Sınır İlişkileri**, İstanbul, Kazancı Kitap, 1992, s. 11.)

⁴¹ “Ülke, bir insan topluluğunun üzerinde – daha doğrusu – içinde yerleşmiş bulunduğu üç boyutlu maddi çevredir.” (Ömer İlhan AKİPEK, **Devletler Hukuku İkinci Kitap (Devletler Hukukunun Şahıslarından Devlet)**, İkinci bası, Ankara, Başnur Matbaası, 1965, s. 13.)

⁴² Sevin TOLUNER, **Milletlerarası Hukuk Dersleri – Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)**, Gözden geçirilmiş 4. basıdan tıpkı 5. bası, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, Eylül 1996, s.1.

meydana gelen olaylara veya ülkesi dışında bulunan kişi ve şeylere uygulanması da mümkün olabilmektedir.⁴³

Belirli bir ülke üzerinde kontrol sahibi olmak, devlet olmanın özünü teşkil eder. Bu husus, devletin münhasıran yetkili olduğu, kendi iradesi dışında yabancı devletlerin herhangi bir tasarrufta bulunamayacağı, kendisinin mutlak hukuki ve diğer başka tasarruflar yapabileceği ülkesel egemenliğin temelini teşkil eder.⁴⁴

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun yukarıda verilen diplomatik korumaya ilişkin tanımında zararın yabancı devletin ülkesinde meydana gelmiş olmasından açıkça bahsedilmemektedir. Ancak devletin yabancılara vermiş olduğu zararın belirlenmesinde "ülke" son derece önemli bir yer tutmaktadır. Zira devletin ülkesi, o devletin egemen yetkilerini en serbest şekilde kullanabildiği ve onun varlığını temsil eden unsurdur. Dolayısıyla yabancının zarara uğradığı yer, zarar veren devletin ülkesi üzerindeyse, yabancının vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletebilmesi aşamasında ülke unsurunun son derece önemli bir yer tuttuğu söylenebilir.

Kişinin zarara uğramasına neden olan devletin, bu zararı kara ülkesinde vermiş olması gerekmemektedir. Bilindiği üzere ülke, maddi olarak üç unsurdan meydana gelen bir kavramdır. Aslolan kara ülkesi olmakla beraber hava ülkesi ve varsa deniz ülkesi üzerinde de yabancının uğradığı zararlar olabilir. İşte bu zararların giderilmesi açısından diplomatik koruma yolu işletilirken hiçbir farklılık bulunmamaktadır.

Devletin, kişiye kendi ülkesi üzerinde zarar vermesi daha sık karşılaşılan bir durumdur. Bununla birlikte, devlet kendi ülkesi dışında da kişiye zarar verebilir. İşte burada konuya çok temkinli yaklaşmak gerekmektedir. Zira kişinin, uğradığı zararlarının giderilmesini sağlaması

⁴³ TOLUNER, a.g.e., s. 4.

⁴⁴ Peter MALANCZUK, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Seventh revised edition, London-New York, Routledge Publication, 1997, s. 75.

ancak kendisine zarar veren devletin iç hukuk yollarını tüketmesiyle mümkün olabilir.⁴⁵ Hatta kendisine tanınan uluslararası bireysel başvuru yollarına da ancak bu koşulu sağlayarak başvurabilir. Dolayısıyla devletin, ülkesi dışında uluslararası sorumluluğunun doğmasına neden olan davranışıyla kişiyi zarara uğrattığı durumlarda da diplomatik koruma yolunun işletilip işletilemeyeceği konusuna açıklık getirilmesi gerekmektedir. Zarar veren devletin kendi ülkesi üzerinde gerçekleşmeyen davranışları nedeniyle meydana gelen zararların giderilmesinde zarar gören kişinin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletip işletemeyeceği konusunda bir açıklık yoktur. Konuyla ilgili daha farklı Uluslararası Hukuk mekanizmaları öngörülmüş olması durumunda bunlara başvurulmasının diplomatik koruma yolunun işletilmesi açısından bir engel olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de açık değildir. Aynı şekilde o yönde bir Uluslararası Hukuk mekanizması bulunmaması durumunda kişinin iç hukuk yollarına başvurması da mümkün olmadığı için onun vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletip işletemeyeceği önemli bir sorundur. Bunlar ve benzeri sorunların varlığı, diplomatik koruma kurumu bakımından zararın meydana geldiği yer sorununun önemini göz önüne sermektedir.

2.2. Devletin Ülkesi Dışında Meydana Gelen Zararlar

Bir devletin ülkesi dışında da kişileri zarara uğratması mümkün olabilmektedir. Zira devletlerin uluslararası sorumluluklarını doğuran eylemleri yalnızca kendi ülkelerinde gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla devletler ülkeleri dışında vermiş oldukları zararlardan da sorumlu tutulabilmektedir. Ancak hangi durumların bu hususa neden olduğunu tahdidi bir şekilde listeleyebilmek mümkün değildir. Ortaya çıkan durumlar dikkatlice ele alınmalıdır. Bu nedenle söz konusu husus somutlaştırılarak aktarılacaktır.

⁴⁵ BİLGE, a.g.e., s. 107.

Bir devletin ülkesi dışında meydana gelen zararlardan dolayı sorumlu tutulabileceği durumlardan birisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı sonrasında "bir başka ülke üzerinde etkin kontrol sağlama" olarak ortaya çıkmaktadır. Mahkeme Loizidou kararında sadece KKTC'de bulunan asker sayısından hareketle, etkin kontrol uygulayan otorite olarak Türkiye'yi işaret etmiş, KKTC topraklarını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesindeki "yetki alanı" kavramını geniş yorumlayarak, Türkiye'nin yetki alanı içerisinde kabul ederek⁴⁶, burada ortaya çıkacak Sözleşme ihlalleri bakımından uluslararası sorumluluğun KKTC'ye değil, Türkiye'ye ait olduğunu belirtmiştir.⁴⁷ Mahkeme, Güney Kıbrıs Rum Kesimi v. Türkiye Davasında yine Türkiye'yi etkin ve kapsamlı kontrol sahibi otorite olarak nitelendirmiş ve artık bu yönde bir içtihat oluşturmuştur.⁴⁸ Yalnız bu kararında Mahkeme, KKTC yargı organlarının duruma göre tüketilmesi gereken iç hukuk yolları olduğunu belirtmiştir.⁴⁹ Burada meydana gelen çelişki ilginçtir. KKTC'nin iç hukuk yolları tüketilmekte ama Türkiye dava edilmektedir.⁵⁰ Yani KKTC'nin iç hukuk yolları adeta Türkiye'nin iç hukuk yolları halini almaktadır.⁵¹ Bütün iç hukuktaki düzenlemelerin uygulanması

⁴⁶ **Case of Loizidou v. Turkey**, Judgement (Merits and Just Satisfaction), European Court of Human Rights, Application no. 15318/89, Judgement of 18.12.1996, paragraf 52.

⁴⁷ Kudret ÖZERSAY, **Kıbrıs Sorunu: Hukuksal Bir İnceleme**, Ankara, ASAM Yayınları, 2002, s. 355.

⁴⁸ Bkz., Aslan GÜNDÜZ, **Creeping Jurisdiction of the European Court of Human Rights: The Bankovic Case vs The Loizidou Case**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, Yıl 24, sayı 1 – 2, 2004, s. 457 – 460.

⁴⁹ **Case of Cyprus v. Turkey**, Judgement (Merits), European Court of Human Rights, Grand Chamber, Application no. 25781/94, Judgement of 10 May 2001, paragraf 89.

⁵⁰ Bu konuda Haris, Boyle ve Warbick şöyle demektedir: "Artık sınır ötesinde yapılan askeri operasyonlara da ve yapılan yerel nitelikli düzenlemelere de Sözleşme'nin hükümlerinin uygulanabileceği yönünde bir şüphe kalmamıştır. Bu yüzden bu yaklaşım Sözleşme'nin uygulama sisteminin oluşturulması açısından son derece büyük bir önem arz eder. Loizidou davasının etkisi de burada bulunan devletlerin kendilerini bu süreçten izole edemeyeceklerinin belirtilmesi açısından önemlidir." (D. J. HARRIS, M. BOYLE. ve C. WARBICK, **Law of European Convention on Human Rights**, London, Butterworth, 1995, s. 643.)

⁵¹ Kudret ÖZERSAY, **"Avrupa Birliği Normları ve AİHM Kararları Çerçevesinde Kuzey Kıbrıs"**, http://www.dispolitikaforumu.org/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,33/, s. 8.

ve iç hukuk yollarının tüketilmesi Türkiye'nin iç hukuk yollarının tüketilmesi olarak anlaşılmıştır.⁵²

Mahkeme'nin bu içtihatları sadece insan hakları hukukuna ilişkin görülmekle beraber, dikkat edilmesi gereken çok önemli noktalar bulunmaktadır. Mahkeme bu içtihatlarıyla beraber, sisteme dahil ülkeler açısından etkin kontrol ilkesinin çeşitli etkilerini belirtmiştir. Görüldüğü üzere bu ilke diplomatik koruma kavramının unsurları açısından da uygulama alanı bulabilecektir. Her şeyden önce eğer bir devlet başka bir devletin ülkesi üzerinde bu tarz bir etkinliğe sahipse, bu ülke üzerinde davranışlarıyla meydana gelmesine neden olduğu zarardan dolayı sorumlu olmaktadır. İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı da, bir başka devlet ülkesinin hukuk yollarının tüketilmesiyle yerine getirilmiş sayılacaktır. İşte bu noktada söylenebilir ki bu içtihat uyarınca devlet, vatandaşının zarar veren devletin üçüncü bir devlet ülkesi üzerindeki uluslararası sorumluluklarını doğuran davranışları sebebiyle meydana gelen zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunu işleterek, vatandaşlarının görmüş oldukları zararların giderilmesini talep edebilecektir.

Devletin başka ülkelerde ülkesel nitelikli yetkiler kullandığı durumlarda da, devlet kendi ülkesi dışında meydana gelen zararlar nedeniyle sorumlu tutulabilecektir. Bir devletin barış zamanında koruma altındaki veya yönetimi devredilmiş devlet ülkesindeki; savaş zamanında⁵³ işgal ettiği ülkedeki yetkilerini kullanırken yabancılara vermiş olduğu zararlarından⁵⁴ dolayı, diğer şartların da oluşması durumunda zarar gören kişinin vatandaşlığında olduğu devlet, diplomatik koruma yolunu işletebilecektir.

Bir başka örnek olarak en çok gözetilen ulus kaydı verilebilir. En çok gözetilen ulus kaydı nedeniyle, gözetilen devletin vatandaşının yararlanması

⁵² Yusuf AKSAR, "The European Court of Human Rights and the Cyprus Problem", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, Sayı 3, 2001, s. 170,171.

⁵³ Elke SCHWAGER,, "The Right to Compensation for Victims of an Armed Conflict", Chinese Journal of International Law, Vol. 4(2), 2005, s. 425,426.

⁵⁴ PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap*, s. 57.

gereken haklar söz konusudur. Bahsedilen kişi kendi ülkesinde veya bir başka devlet ülkesindeyken kendisine tanınan ayrıcalıktan yararlanamayabilir. Yabancı devletin kişiyi bu haktan yararlandırmaması nedeniyle oluşan zararlardan dolayı da diplomatik koruma yolunun işletilmesi mümkündür.⁵⁵

En başa, zararın devletin ülkesinde meydana gelmesi zorunluluğu olup olmadığı sorusuna dönülecek olursa, görüldüğü üzere zararın, zarar veren devletin ülkesinde gerçekleşmiş olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Zararın yabancı devlet ülkesinde meydana gelmesinin gerektiği unsurunu ihtiva eden tanımlarda ise, ülkesel nitelikli yetkilerin kullanıldığı yerlerin de ülke kavramı içerisinde yer alması gerektiği kabul edilmelidir. Ülke dışında meydana gelen zararlar nedeniyle şu anki düzenlemeler dikkate alındığında hem diplomatik koruma yolunun işletilmesinin yaratacağı problemler hem de kişinin zararının giderilmesinde çok etkili olamayacağı sorunu da, diplomatik koruma kavramının insan hakları hukukunun amaçlarına uygun hale getirilmesiyle aşılabilecektir.

3. Uluslararası Sorumluluğu Doğuran Bir Davranışın Bulunması

Devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasına neden olan davranış, Uluslararası Hukuka aykırı olabileceği gibi Uluslararası Hukuka aykırı olmasa bile söz konusu davranışın uluslararası sorumluluğu doğuracağı kabul edilmiş olabilir. Uluslararası Hukuka aykırı olmayan davranışlar daha sonra objektif sorumluluk başlığı altında inceleneceği için bu başlık altında yalnızca devletin uluslararası hukuka aykırı davranışları üzerinde durulacaktır.

⁵⁵ Ancak bu yöntem özel kişiyle yabancı devlet arasındaki uyuşmazlığı çözmekten çok, özel kişinin vatandaşlığında olduğu devletle yabancı devlet arasında yeni problemlerin doğmasına neden olduğu için çok fazla kullanılmamaktadır. Bunun yerine özel kişinin de taraf olabileceği başka uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına başvurulduğu görülmektedir. (Yannick RADI, “The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the ‘Trojan Horse’”, European Journal of International Law, Vol. 17(4), 2006, s. 763.)

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metin, diplomatik koruma yolunun işletilmesi bakımından Uluslararası Hukuka aykırı eylemler üzerinde durmuştur. Bir davranışın Uluslararası Hukuka aykırı olarak değerlendirilebilmesi için üzerinde uzlaşmaya varılmış iki unsur bulunmaktadır. Sübjektif unsur, bu davranışın bir Uluslararası Hukuk kişisi tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır. Objektif unsur ise bir Uluslararası Hukuk yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olmasıdır. Bu bakımdan Uluslararası Hukuka aykırılık, Uluslararası Hukukun bir yükümlülüğünün bir devlet veya bir başka Uluslararası Hukuk kişisi tarafından eylem veya ihmalle ihlal edilmiş olmasıdır.⁵⁶

Diplomatik koruma hakkının kullanılabilmesi için yabancı devletin uluslararası sorumluluğunun doğması kendiliğinden ortaya çıkan bir sonuçtur. Bu bakımdan uluslararası sorumluluğu doğuran uluslararası hukuka aykırı davranış nedeniyle diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için, zararın ortaya çıkmasına neden olan davranışın bir takım özellikler taşıması gerekmektedir. Bu da yukarıda bahsedildiği üzere Uluslararası Hukukun tanıdığı bir yükümlülük bulunması ve bir eylem veya ihmalle bu yükümlülüğe aykırı davranılmasıdır.⁵⁷

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun taslak metninin 1. maddesi açıkça "Uluslararası Hukuka aykırı eylem"den bahsetmektedir. Buna göre devletin Uluslararası Hukuka aykırı olmayan bir davranışından kişinin zarar görmesi durumunda ne yapılması gerektiği taslak metinde yer almamıştır. Aynı şekilde devletin ihmalinin açıkça Uluslararası Hukuka aykırı bir sonuç yaratması durumunda da, bu hususun Uluslararası Hukuka aykırı bir eylem olarak değerlendirilip, diplomatik koruma yolunun işletilmesinin mümkün olduğuna dair de bir ifadeye rastlanmamaktadır. Ancak bir devletin ihmalinden kaynaklanan zararların da Uluslararası Hukuka aykırı bir durum

⁵⁶ Rüdiger WOLFRUM, "Internationally Wrongful Acts", in *Encyclopedia of Public International Law*, Editörler Rudolf DOLZER ve diğerleri, Vol. 10, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland, 1987, s. 272.

⁵⁷ William R. SLOMANSON,, *Fundamental Perspectives on International Law*, Fifth edition, Australia-Canada-United States, Thomson Wadsworth Publication, 2007, s. 91

ortaya çıkaracağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira taslak metinde yer almamakla beraber, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2006 tarihli 58. oturumunun raporunda yer alan, taslak metinlerle ilgili yorumunda, Uluslararası Hukuka aykırı eylem ve ihmalden açıkça bahsedilmektedir.⁵⁸ Bunun yanı sıra devletlerin objektif sorumlulukları da söz konusu olduğu için, onların Uluslararası Hukuka aykırı olmayan davranışlarından ötürü de diplomatik koruma yolu işletilebilecektir.

Diplomatik koruma, kavramsal içeriği bakımından iki boyutu olan bir kavramdır. Bunlar Uluslararası Hukuk ve iç hukuk boyutlarıdır. Diplomatik koruma, uluslararası örf ve adet hukukundan doğan bir hakkın kullanılabilmesi için, Uluslararası Hukukla iç hukukun birleştiği bir noktada bulunmaktadır. Yalnız Uluslararası Hukuka aykırı bir eylemin iç hukukta da haksız bir eylem olarak görülmesi çok kolay değildir. Zira Uluslararası Hukuk bir hakkı belirlemekle beraber onun uluslararası etkilerini nadiren düzenler.⁵⁹

Örneğin devletin yabancıyla yapmış olduğu bir özel hukuk sözleşmesinin ihlal edilmiş olmasının aynı zamanda Uluslararası Hukuka bir aykırılık teşkil edeceğini söyleyebilmek çok da kolay değildir. Bu durumda diplomatik koruma yolunu işletmenin bir koşulunun gerçekleştiğinin belirlenebilmesinin dışında çok daha önemli bir sorunlarla karşılaşılacaktır. Her şeyden önce sözleşmenin bir hükmünün ihlali Uluslararası Hukuka aykırılık teşkil ediyorsa, sorunun uluslararası yargı organlarının önüne mi götürüleceği açıkça ortaya konmalıdır. Zira bu durumda iç hukuktaki yargı yollarının kararları nihai olmayacaktır. Konuya ilişkin soruşturma safhasının Uluslararası Hukuka göre mi yapılacağı da irdelenmelidir.⁶⁰ İç hukuktaki düzenlemelerin gereksiz hale gelme ihtimalinin bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. Görüldüğü üzere devletin, yabancıya vermiş olduğu her zararda Uluslararası Hukuka aykırılık unsurunu görmek daha fazla

⁵⁸ Bkz. ILC, A/61/10, s. 24.

⁵⁹ Craig FORCESE, "The Obligation to Protect: The Legal Context for Diplomatic Protection of Canadians Abroad", University of New Brunswick Law Journal, Vol. 57, 2007, s. 109.

⁶⁰ Chittharanjan F. AMERASINGHE, "State Breaches of Contracts with Aliens and International Law", American Journal of International Law, Vol. 58(4), 1964, s. 881,882.

karışıklığa neden olabilecektir. Kişinin herhangi bir olayla ilgili olarak, Uluslararası Hukukun bugün için öngördüğünden daha da fazla yetkilere sahip olması durumu ortaya çıkabilecektir. Ayrıca tamamen iç hukuk boyutu olan bir uyuşmazlık Uluslararası Hukukun konusu haline gelerek uluslararası hukuk yollarına sahip olduklarından daha geniş yetkiler verilecektir. Dolayısıyla devletle kişi arasındaki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uluslararası nitelik aranırken çok temkinli davranılmalıdır.

Diplomatik koruma hakkının Uluslararası Hukuka aykırı bir eylemden dolayı kullanılmasında, devletlerin iç hukukları birbirlerinden farklı özellikler göstermektedir. Devletler, çoğu zaman Uluslararası Hukuk düzenlemelerinin iç hukukta ne şekilde hüküm ve sonuçlarını doğuracağını belirlememektedirler. Bu nedenle Uluslararası Hukuka aykırı eylemin bir devletin iç hukuku bakımından etki doğurmaması durumuyla karşılaşılabilir. Görüldüğü üzere Uluslararası Hukuk açısından aykırı olan bir eylemin iç hukukta yerini bulamaması, Uluslararası Hukuk – iç hukuk ilişkilerinin etkin bir şekilde oluşturulamamasından kaynaklanmaktadır.

4. Zararı, Zarar Veren Devletin Uluslararası Sorumluluğuna Neden Olan Davranışının Doğurmuş Olması (İllyet Bağı)

Herhangi bir zarardan dolayı bir kişinin sorumlu tutulabilmesi için, her şeyden önce o zarara, söz konusu kişinin neden olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle devletin sadece uluslararası sorumluluğa neden olan bir davranışının bulunması yeterli değildir. Bu davranış aynı zamanda meydana gelen zararın nedeni olmalıdır. Yani zarar ve davranış arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır.

Zarar gören vatandaşın devleti, diplomatik koruma yolunu işletebilmek için bu hususu göz önünde bulundurmalıdır. İllyet bağının kurulması zarar veren devletin kusurlu davranışları neticesinde gerçekleşebileceği gibi, bu devletin kusursuz (objektif) sorumluluğu da söz konusu olabilir.

4.1. Uluslararası Sorumluluğa Neden Olan Davranışın Devlete Yükleneceği

Diplomatik koruma yolunu işletmek isteyen devlet, kişinin zarar görmesine neden olan Uluslararası Hukuka aykırı davranışın, zarar verdiğini iddia ettiği devlet tarafından gerçekleştirildiğini ortaya koymalıdır.⁶¹ Sorumlu devlet kendi eylemleri nedeniyle (organları ve kişileri aracılığıyla) kişiye zarar vermiş olabileceği gibi, kendi talimatları doğrultusunda hareket eden özel kişilerin verdiği zararlar da kendisine yüklenebilecektir.⁶²

4.2. Kusur Teorisi (Sübjektif Sorumluluk)

Sübjektif sorumluluk, devletin Uluslararası Hukuka aykırı eylemlerinden sorumlu tutulmasıdır. Uluslararası Hukuka aykırı bir davranışın devlete yüklenebilmesi ve uluslararası sorumluluğun ileri sürülebilmesi için devletin kusurlu olmasının gerekip gerekmediği meselesi önemlidir. Zira, bu sorunun çözümüne göre devletlerin sorumlu tutulabileceği durumlar, nicelik olarak farklılık gösterecektir.

Kusur teorisini savunan kişilere göre, uluslararası sorumluluğu doğuran davranışın bir devlete yüklenebilmesi için sübjektif bir unsur olarak kusur mutlaka bulunmalıdır. Kusur sadece devletle kendi organları arasındaki ilişkide değil, aynı zamanda, devlet organının somut olaydaki davranışlarında da aranmalıdır. Bu nedenle kusur, devletin Uluslararası Hukuka aykırı davranışta bulunduğu kabul edilebilmesi için bir ön koşuldur.⁶³

⁶¹ Ian BROWNLIE, **System of the Law of the Nations – State Responsibility – Part I**, New York, Oxford University Press, 1983, s. 36.

⁶² Anthony AUST, **Handbook of International Law**, Cambridge-New York- Melbourne, Cambridge University Press, 2005, 410 – 412.

⁶³ Bkz. Giuseppe PALMISANO, “Fault”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi September 2007, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 3.

Bu görüş, devletin, meydana gelen zarardan, eğer kusuru yoksa, sorumlu tutulmayacağı sonucuna varılmasını sağlar. Zira kusur teorisi Uluslararası Hukuka aykırı olmayan davranışlardan dolayı devletin sorumlu tutulamayacağı tezini ortaya koyar. Adı geçen görüşün kabul edilmesi, ortaya çıkan bir takım zararların giderilmemesine neden olabilir.

4.3. Objektif Sorumluluk

Objektif sorumluluk görüşünü savunanlar devletin davranışı Uluslararası Hukuka aykırı olmasa bile bu davranış nedeniyle ortaya çıkan zararların o devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracağına ek bir koşul olmaksızın kabul edebilmesi gerektiği görüşündedirler. Bu bakımdan kusur bir ön koşul olarak aranmamalıdır.⁶⁴ Devlet, belirli davranışlarda bulunduğu, kusuru olsun ya da olmasın meydana gelebilecek sonuçların bütün riskini üstlenmelidir.⁶⁵

Bu görüşe göre önemli olan nedensellik bağıdır. Kendisine uluslararası sorumluluk bağlanan bir eylemin, zarar doğurmuş olması, uluslararası sorumluluğun ileri sürülebilmesi için yeterlidir. Böylece meydana gelen zararların, sırf zarar veren devlet kusurlu olmadığı için giderilememesi gibi bir durumla karşılaşmayacaktır.

Uluslararası toplumda devletler diğer ulusal ve uluslararası kişilerle, çok sayıda kurum ve kuruluşlar vasıtasıyla iletişim kurmaktadır. Bunların her birinin bir kusurunu aramaktansa, davranışla zarar arasında Uluslararası Hukukun koyduğu sınırların aşıldığını ve uluslararası sorumluluğun ortaya çıktığını kabul etmek daha mantıklı olacaktır.⁶⁶

⁶⁴ Bkz. Mohammed BEDJAOUI, “**Responsibility of States: Fault and Strict Liability**” , in **Encyclopedia of Public International Law**, Editörler Rudolf DOLZER ve diğerleri, Vol. 10, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland, 1987, s. 359.

⁶⁵ Frederick Sherwood DUNN, **The Protection of Nationals – A Study in The Application of International Law**, The Walter Hines Page School of International Relations, The Johns Hopkins University, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1932, s. 133.

⁶⁶ BROWNLIE, **a.g.e. (2003)**, s. 423.

5. Kişinin, Uğradığı Zararın Giderilmesi için Zarar Veren Devletin İç Hukuk Yollarını Tüketmiş Olması Kuralı ve Kuraldışı Durumlar

Yalnızca diplomatik koruma yolunun işletilmesi açısından değil pek çok Uluslararası Hukuk yolunun⁶⁷ işletilebilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmesi konusu çok önemlidir; ancak adı geçen kural diplomatik koruma açısından ayrı bir yer tutmaktadır. Hatta rahatlıkla söylenebilir ki bu kural tarihsel açıdan devletin yabancılara vermiş olduğu zararlardan sorumluluğuyla ilgili gelişmelere bağlı olarak aşama kaydetmiştir.⁶⁸

İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı ilk uygulandığı alan olan, diplomatik koruma yolunun işletilmesiyle ilgili olarak ortaya çıkmıştır.⁶⁹ Diplomatik koruma açısından bu kuralın ifade etmek istediği husus, zarara uğrayan kişinin, zarar veren devletin idari ve yargısal mercilerine başvurarak uğradığı zararın giderilmesini istemeden önce vatandaşı olduğu devletten kendisi lehinde diplomatik korumada bulunmasını talep edemeyeceğidir. Aynı şekilde zarara uğrayan kişinin vatandaşlığında olduğu devletin kişi bu iç hukuk yollarını tüketmeden diplomatik koruma yolunu işletmeye yetkili olmadığını ifade etmektedir. Bu şartın öngörülmesinin nedeni herhangi bir Uluslararası Hukuka aykırı davranışın ya da uluslararası sorumluluğun bir devlete atfedilebilmesi için, söz konusu sorumluluğa neden olan eylemin o devletin iradesi olduğunu ortaya koyan kesin bir işleme duyulan ihtiyaçtır.⁷⁰ Bu kuralla aynı zamanda mümkün olduğu kadar devletle yabancı arasındaki uyuşmazlığın uluslararası bir sorun olmadan, ulusal hukuk düzeninde çözümünün sağlanması hedeflenmektedir.⁷¹

⁶⁷ Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne kişisel başvuruda bulunabilmek için de, öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmesi aranmaktadır.

⁶⁸ A. A.Cançado TRINDADE, **The Application of the Rule of the Exhaustion of Local Remedies in International Law**, Cambridge-London-New York, Cambridge University Press, 1983, s. 6.

⁶⁹ AMERASINGHE, Chittharanjan Felix, **Local Remedies in International Law**, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2004, s. 3.

⁷⁰ BİLGE, a.g.e., s. 107, 108.

⁷¹ Richard B. LILLICH, "The Effectiveness of the Local Remedies Rule Today", American Society of International Law Proceedings, Vol. 58, 1964, s. 101.

Uluslararası sorumluluğa neden olan davranışın nitelikleriyle ilgili açıklamalar yapılırken de belirtildiği gibi devletin iç hukukunda çözümlenebilecek bir uyuşmazlığın uluslararası boyuta taşınması ve o devletin uluslararası sorumluluğundan bahsedilmesi çok kolay değildir ve kesin bulgular olmadan uygulamada büyük sıkıntılar çıkarabilir. Bu sebeple kişinin önce zarar veren devlete karşı zararının giderilmesi yönünde o devletin iç hukuk yolları çerçevesinde başvuruda bulunması ve bütün başvurabileceği yolların tükenmesinden sonra zararının giderilmemiş olması durumunda uyuşmazlığın uluslararası boyuta taşınması daha sağlam temellere dayanacaktır. Aynı zamanda olayın bir de politik boyutu bulunmaktadır. Zira iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, kişinin ilişki halinde olduğu yabancı devletin vatandaşlarıyla eşit haklara sahip olduğunun ve yabancı devletin egemenliğinin zedelenmemesi açısından da önem arz eden bir husustur.⁷² Ayrıca devlet, diplomatik koruma yolunu işlettiği zaman, uluslararası sorumluluğunu ileri sürdüğü devletle ilişkilerinin bozulması riski ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası Hukuk Komisyonunun diplomatik korumayla ilgili taslak metninin 14. maddesinde bu önemli örf ve adet hukuku kuralının kodifiye edilmesinin amaçlandığı görülmektedir. İç hukuk yollarının tüketilmesinin bütün unsurlarıyla tam bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olduğu Uluslararası Adalet Divanı tarafından “Interhandel Davası”nda dile getirilmiştir.⁷³

5.1. İç Hukuk Yolları

Uluslararası sorumluluğun ileri sürülmesi bakımından devletin, vatandaşını diplomatik koruma altına alarak meydana gelen zararın giderilmesi için gerekli olan diğer prosedürleri işletebilmesi açısından aşması

⁷² David R. MUMMERY, “The Content of Duty to Exhaust Local Judicial Remedies”, American Journal of International Law, Vol. 58(2), 1964, s. 391.

⁷³ bkz. **Interhandel Case (Switzerland and United States of America)**, Preliminary Objections, International Court of Justice – Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of 21st March 1959, s. 27

gereken en önemli engel iç hukuk yollarının tüketilmesidir. Ancak diplomatik korumanın klasik anlamında devletin kendisine ait olan bir hakkı işletebilmesi için kişinin bir takım yolları tüketmesini beklemek zorunda kalması bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır.⁷⁴ Bu çelişki devletin gördüğü zararın aslında iç hukuk yolları tüketildikten sonra kesinleşmesinden kaynaklanmaktadır.

Devletin zarar veren devlete karşı, vatandaşının uğradığı zararların giderilmediğine yönelik bir uluslararası iddiada bulunabilmesi için önce kişinin varolan iç hukuk yollarını tüketmesi gerekir. Bu noktada söz konusu iç hukuk yollarının neler olduğunun belirlenmesi gerekliliği ortaya çıkar.⁷⁵ Kuralın adından da belli olduğu üzere amaç sadece zarar verdiği iddia edilen devletin ulusal hukukundaki yargı yollarının tüketilmesi değildir. Hatta bazı durumlarda devletin yargı yollarına başvurmadan önce bile tüketilmesi zorunlu olan idari başvuru yolları⁷⁶ bulunabilmektedir. İç hukuk yolları her devletin kendi hukuk sistemine göre belirlenen, idari veya yargısal başvuru yollarıdır.

Uluslararası Hukukta iç hukuk yollarının neler olduğuna dair her devlet için genel geçer bir sınıflandırmada ya da sınırlandırmada bulunulmamıştır. Bir başka ifadeyle her devlet için iç hukuk yolları farklılık göstermektedir. Mahkemelere başvurulması bir kenara bırakıldığında çok çeşitli problemlerle karşılaşılabilir. Yargı dışı yollar diye adlandırılabilir bu yollar aslında kişiyle devlet arasındaki görüşmeler, bir anlamda pazarlıklardır. Yabancıların veya yabancıların vatandaşlığında olduğu

⁷⁴ B. O. ILUYOMADE, “Dual Claim and the Exhaustion of Local Remedies Rule in International Law”, Vanderbilt Journal of International Law, Vol. 10, 1977, s. 83,84.

⁷⁵ C. F. AMERASINGHE, “The Exhaustion of Procedural Remedies in the Same Court”, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 12(4), 1963, s. 1285.

⁷⁶ Örneğin 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanunun 13. maddesi uyarınca idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş kişilerin doğrudan doğruya idari makamlara dava açılabilmesi için bir ön koşul bulunmaktadır. Buna göre idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava süresi içinde dava açılabilir.

devletin bu yolları her zaman bilebilmesi mümkün olmamaktadır. Aynı şekilde uyuşmazlıklar bir uluslararası yargı organı önünde çözümlenmeye başlandığında, o yargı organı da iç hukuk yollarının neler olduğunu belirlerken çok ciddi bir vakit harcamak zorunda kalmaktadır.⁷⁷ Dolayısıyla ortaya çıkan bir takım farklı durumlar, iç hukuk yollarının tüketilmesiyle ilgili çeşitli uygulamalarla karşılaşılması sonucunu doğurmaktadır.

İstisnaları olmakla beraber devletin, vatandaşının uğradığı zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunu işletebilmesi için, iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunludur. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun taslak metninin 14. maddesi de 2. paragrafında iç hukuk yollarının, zarar veren devletin olağan ya da özel başvurulabilecek her türlü idari makamları ya da yargı organlarını kapsadığını belirtmektedir. Aynı maddenin 1. paragrafına göre de 15. maddedeki istisnai durumlar meydana gelmedikçe bu yolların tüketilmesi zorunludur.

5.2. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesine Gerek Olmayan Durumlar

Yukarıda belirtildiği üzere, taslak metnin 15. maddesinde iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına getirilen istisnalara⁷⁸ yer verilmektedir. Buna göre zararın giderilmesini sağlayacak uygun bir iç hukuk yolu bulunmuyorsa veya bulunan iç hukuk yolları zararın giderilmesi için uygun olanakları sağlamıyorsa, zarar veren devlet kendisine atfolunabilir şekilde iç hukuk yollarının tüketilmesiyle ilgili işlemlere aşırı ve kanunsuz olarak ara verilmesine neden oluyorsa, zararın meydana geldiği tarihte zarar veren devletle zarar gören kişi arasında bir bağlantı bulunmuyorsa, zarar gören kişinin iç hukuk yollarını kullanması açık bir şekilde engelleniyorsa ve zarar veren devlet iç hukuk yollarının kullanılması gerekliliğinden vazgeçiyorsa zarar gören kişinin vatandaşlığında olduğu devlet iç hukuk yollarının

⁷⁷ David J. SCHEFFER, “Non-Judicial State Remedies and the Jurisdiction of the International Court of Justice”, Stanford Journal of International Law, Vol. 27(1), 1990 – 1991, s. 85,86.

⁷⁸ Taslak metinden bağımsız olarak iç hukuk yollarına başvurulması kuralının Uluslararası Hukuktaki, genel anlamda istisnaları için bkz. TRINDADE, a.g.e. (1983), S. 110 – 112.

tüketilmesine gerek olmaksızın meydana gelen zararın giderilmesi için diplomatik koruma yolunu işletebilir.

5.2.1. İhkak-ı Haktan İmtina

İhkak-ı haktan imtina, kelime anlamıyla, bir hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmasını⁷⁹ ifade etmektedir. Bu durumda da kişinin iç hukuk yollarını tüketmesine gerek bulunmamaktadır. Uluslararası Hukukta ihkak-ı haktan imtina durumuna çok farklı şekillerde rastlanabilmektedir.⁸⁰ Söz konusu durum, asgari düzeyde de olsa ulusal hukuk düzeninin bir bütün olarak hakkın yerine getirilmesi için gereken koşulları sağlamaktaki başarısızlığını belirtmektedir.⁸¹

Diplomatik koruma varlığını devam ettirdikçe, iç hukuk yollarının tüketilmesinde, ihkak-ı haktan imtina kavramı çok önemli bir rol oynayacaktır.⁸² Buna koşut olarak Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik korumaya ilişkin taslak metninin 15. maddesinin a, b ve d bentlerinde ihkak-ı haktan imtina durumlarına yer verilmiştir.

5.2.1.1. Zararın Giderilmesi İçin Uygun Bir Hukuk Yolunun Olmaması veya Varolan Yola Başvurmanın Açıkça Faydasız Olması

Yabancı, uğradığı zararların giderilmesi amacıyla sadece varolan bir hukuk yolunu tüketmek zorundadır.⁸³ Olmayan yahut olup da erişilmesi imkansız olan bir hukuk yoluna başvurulmasının bir ön koşulun yerine getirilmesi adı altında yabancıya dayatılması, uyuşmazlığın çözümsüzlüğe sevk edilmesi anlamına gelir.

⁷⁹ Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş beşinci baskı, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 1996, s. 363.

⁸⁰ Oliver J. LISSITZYN, "The Meaning of the Term Denial of Justice in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 30(4), 1936, s. 645.

⁸¹ Jan PAULSSON, **Denial of Justice in International Law**, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2005, s. 130.

⁸² A. O. ADEDE, "A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law", *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 14, 1976, s. 95.

⁸³ AMERASINGHE, **a.g.e. (2004)**, s. 203.

İç hukuk yolları, yabancıların ilgili işlemleri tek başına yapabileceği şekilde ulaşılabilir olmalıdır. Eğer yabancı, iç hukuk yollarına başvurmak istediği halde bunu gerçekleştirebilmesi mümkün değilse, o yolların etkin iç hukuk yolları olduğu söylenemeyecektir.⁸⁴

Bir başka ihtimal de başvurma şansı bulunan iç hukuk yoluna başvurma sonuc veremeyecek olduğunun önceden öngörülebilir olmasıdır. Zira çok açık bir şekilde, kişinin başvurusunun, kendi lehine olmayacak bir şekilde sonuçlandırılacağı ortadaysa, ondan varolan yolları tüketmesini beklemek yerinde değildir.⁸⁵

Dolayısıyla bu şartlar altında diplomatik koruma yolunu işletmek isteyen devlet, vatandaşının iç hukuk yollarını tüketmesini beklemeksizin bu hakkını kullanabilecektir. Bu husus Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun taslak metninin 15. maddesinin a paragrafında da belirtilmiştir.

5.2.1.2. Zarar Veren Devletin, İç Hukuk Yollarının Tüketilmesini Kanunsuz Olarak Geciktirmesi

Taslak metnin 15 maddesinin b paragrafında bir başka istisnaya daha yer verilmektedir. Buna göre kişiye bir zarar verdiği iddia edilen devlet, kişinin iç hukuk yollarını tüketmesine yönelik zorluklar çıkarıyorsa ve bu yolların tüketilmesi o devlete atfedilebilir ve hukuka uygun olmayan bir şekilde uzatılıyorsa ihkak-ı haktan imtina edilmesi durumuyla

⁸⁴ Henry G. SCHERMERS, “Exhaustion of Domestic Remedies”, in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, Vol. II., Editörler Nisuke ANDO, Edward McWHINNEY and Rüdiger WOLFRUM, The Hague-London-New York, Kluwer Law International, 2002, s. 950.

⁸⁵ Algot BAGGE, “Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local Remedies and the Rights of Shareholders”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 34, 1958, s. 166. “... Mesela birçok kimseler bir yabancı memlekette aynı zamanda ve aynı şartlar altında ayrı ayrı muhtelif zararlara maruz kalmışlarsa, bu ferdlerden birisinin mahalli dava yollarına müracaat ederek bir netice almamış olması kafidir. Bu şerait içinde, aynı şartlar altında zarara maruz kalan diğer bütün ferdlerin mahalli mahkemelere müracaat etmesi aşikar bir şekilde faydasızdır. Mahalli mahkemelerin herhangi bir mesele hakkında tebellür etmiş müstakar içtihadları hakkında da aynı istisna kabul edilir.” (BİLGE, a.g.e., s. 115.)

karşılaşılmaktadır.⁸⁶ Dolayısıyla bu şartlar altında da iç hukuk yollarının tüketilmesi beklenmemektedir.

5.2.1.3. Zarar Gören Kişinin, İç Hukuk Yollarını Takip Etmesinin Zarar Veren Devlet Tarafından Açık Bir Şekilde Engellenmesi

İç hukuk yollarının tüketilmesi bakımından birtakım engellerle karşılaşıldığı ve bu nedenle, başka bir ihkak-ı haktan imtina durumunun bulunduğu iddialarına son derece temkinli yaklaşmak gerekmektedir.

Taslak metnin 15. maddesinin d paragrafı uyarınca kişinin yalnızca iç hukuk yollarını tüketmesiyle ilgili olarak bir takım engellerin ve güçlüklerin bulunduğunu ileri sürmekle kalmaması aynı zamanda ispat yükü⁸⁷ kendisinde olmak üzere, bu yolları tüketmesinin açıkça engellendiğini ortaya koyması gerekir.⁸⁸ Bu engellemelerin olduğunun kabul edilmesi için de çok aşırı durumların bulunması gerekmektedir. Zarara uğrayan kişinin yabancı devletin ülkesine kabul edilmemesi, kendisi ve ailesine yönelik tehditlerin bulunması, yapılan haksız eylemle ilgili uyuşmazlıkların mahkeme önüne getirilmesi için fırsat verilmemesi bu istisnaya dair birkaç durumdur.

5.2.2. Zararın Meydana Geldiği Tarihte Zarar Gören Kişiyle Zarar Veren Devlet Arasında Bir İlişkinin Bulunmaması

Komisyon'un taslak metninin 15. maddesinin c paragrafında kişiyle yabancı devlet arasında, zarar anında bir ilişkinin bulunmaması durumunun ayrı bir istisna olarak görülmesi ve aynı maddenin a paragrafında yer alan bir ihkak-ı haktan imtina olarak görülmemesi, yine aynı komisyonun 58. oturumuna dair raporunda açıklanmaktadır. Buna göre bu maddenin a paragrafındaki istisna söz konusu olduğunda etkin bir başvuru yolu bulunmamaktadır veya bu yola başvurulmasının zararın giderilmesine

⁸⁶ AMERASINGHE, a.g.e.(2004), s. 210.

⁸⁷ Uluslararası Hukukta ispat yükü hakkında bilgi için bkz. TRINDADE, a.g.e.(1983), s. 134 – 171.

⁸⁸ ILC, A/61/10, s. 83.

faydası olmayacağı çok açıktır. Halbuki anılan maddenin c paragrafında öngörülen istisnanın meydana gelmesi durumunda başvurulabilecek ve zarar giderim sağlanabilecek yollar, sorumlu olduğu iddia edilen devletin iç hukukunda mevcuttur; ancak bu yola başvurulması zarara uğrayan kişi açısından çok büyük bir külfet getirmektedir.⁸⁹

Dikkat edilmesi gereken bir başka nokta da zarar gören kişiyle sorumlu olduğu iddia edilen devlet arasındaki ilişkinin zararın meydana geldiği anda bulunmamasıdır. Kişi yabancı devletle ilişki halindeyken, o devlet uluslararası sorumluluğuna neden olacak bir davranışta bulunmuş; ancak bu davranışın sonucu olan zarar, kişinin söz konusu devletle ilişkisi kesildikten sonra meydana gelmiş olabilir. Ayrıca kişi, örneğin yabancı bir devlette ikamet ederken uğradığı zararlardan dolayı iç hukuk yollarını tüketmek zorundayken, daha sonraki bir tarihte başka bir devlet ülkesinde ikamet ederken aynı yabancı devletin gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı, o devletin vermiş olduğu sınır ötesi zarar nedeniyle zarara uğruyorsa iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralını yerine getirmesi mümkün olmayabilir. Dolayısıyla kişinin vatandaşlığında olduğu devlet diplomatik koruma yolunu işletirken, zararın meydana geldiği zamanı dikkate almak zorundadır.

Yukarıda da değinildiği ve Komisyon'un taslak metindeki ifadelerinden açıkça anlaşıldığı üzere diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için klasik teorideki “zararın yabancı ülkede meydana gelmesi” anlayışından “zarar nerede meydana gelirse gelsin zarar veren devletin kişiye verdiği bu zarardan sorumlu olması” anlayışına doğru bir eğilim vardır. Ancak bu zararın giderilmesinde iç hukuk yollarına başvurulması kuralının bir istisnası olarak taslak metnin 15. maddesinin c paragrafında yer alan, yabancı devletle ilişki halinde olmama hükmüne dayanabilmek için, zararın meydana geldiği anın tespiti büyük önem taşımaktadır. Bir başka ifadeyle zararın meydana geldiği anda ilişki halinde olunmayan bir devletin davranışlarının kişinin zarar görmesine neden olması yani illiyet bağı bulunması gerekir. Bu

⁸⁹ Bkz. ILC, A/61/10, s. 79, 80.

durumda zarar veren devlete karşı iç hukuk yollarının tüketilmesi beklenilmeden diplomatik koruma yolu işletilebilir.

5.2.3. Zarar Veren Devletin, İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Şartından Feragat Etmesi

Diplomatik koruma hakkının kullanılabilmesi için yerine getirilmesi gereken bir ön koşul olan iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, esasında, zarara uğrayan kişinin vatandaşlığında bulunduğu devletin, zarar veren devlete karşı uluslararası sorumluluğunu ileri sürmeden önce çözüm bulma çabasıdır.⁹⁰ Böylece zarar veren devletin, uluslararası bir iddiayla karşılaşmadan önce verdiği zararı gidermesi için bir fırsat tanınmış olur. Bununla beraber zarar veren devlet, söz konusu zararı gidermeyeceğini ve bu şartın yerine getirilmediğini ileri sürme hakkından feragat ettiğini ortaya koyabilir.

Feragat pek çok şekilde olabilir. Sorumlu olduğu iddia edilen devlet, yabancıya yönelik bir zarar meydana gelmeden önce veya geldikten sonra, ikili ya da çok taraflı bir uluslararası antlaşma ile, iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulundan feragat ettiğini belirtebilir. Bunun yanı sıra devlet, yabancıyla bir sözleşme yaparak bu durumu yaratabilir. Bir başka şekli de devletin bunu tek taraflı olarak beyan etmesi yahut davranışlarıyla bu yönde bir uygulamada bulunduğu anlaşılması olarak ortaya çıkabilir.⁹¹

Devletin, meydana gelecek bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, o uyuşmazlığın çözümünün kendi iç hukukunda değil de *ad hoc* tahkim yoluyla çözülmesini kabul etmesi durumunda da iç hukuk yollarının tüketilmesinden feragat ettiği söylenebilir.

⁹⁰ İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının yalnızca sorumlu olduğu iddia edilen devlete yönelik bir hak olmadığı görüşü için bkz. TRINDADE, **a.g.e.(1983)**, s. 131.

⁹¹ Bkz. AMERASINGHE, **a.g.e. (2004)**, s. 247 – 255.

5.3. Uluslararası Yargı Yolları ve Bunların İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Kuralına Etkileri

Kişinin uğradığı bir zararın giderilmesi bazı durumlarda bir uluslararası mahkemeye ya da tahkim yoluna başvurulmasıyla sağlanabilir. Dolayısıyla bu yolların öngörülmesi halinde devletin diplomatik koruma yolunu işletebilmesi aynı zamanda bu yolların tüketilmesine bağlı olarak şekillenir.

5.3.1. Uluslararası Mahkeme

Bazı uluslararası antlaşmalarla bir takım uluslararası mahkemeler önünde kişilere tanınmış olan haklar, o kişilerin uğradıkları zararlar nedeniyle diplomatik koruma yolunun işletilmesinde iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralıyla ilgili özel durumların ortaya çıkması sonucunu doğurabilir.

Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne kişisel başvuru yapılabilmesi bakımından, diplomatik koruma yolunun işletilmesi bir çekişmeyi beraberinde getirebilecektir. Kişi, adı geçen Avrupa sisteminin korumasından faydalanabiliyorsa, iç hukuk yollarını tükettikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilecektir. Aynı zamanda onun vatandaşlığında olduğu devletin de diplomatik koruma yolunu kullanmak istemesi durumunda kişinin zararı ile devletin zararı ayrımı ortaya çıkabilecektir. Devletler, bu sistemin uygulanmasıyla ilgili her zaman istekli olmamaktadırlar.⁹² Ne sorumlu olduğu iddia edilen devlet kişiyle aynı şartlarda olmayı, ne de kişinin vatandaşlığında olduğu devlet kendinde gördüğü bir hakkı kişiye vermeyi istemektedir. İşte böyle bir durumda zararın giderilmesi bakımından birbiriyle yarışan yollar söz konusu olabilir.

⁹² Jochen Abr. FROWEIN, "The Interaction between National Protection of Human Rights and the ECtHR", in *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Editörler Rüdiger WOLFRUM and Ulrike DEUTSCH, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 2009, s. 52.

Bir başka örnek olarak da Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) gösterilebilir. ATAD da sözleşmelerle kurulmuş olan bir sistemin işleyişini kontrol etmektedir. Divan, bir yandan Avrupa Birliği kurumlarının Topluluk Hukuku'na uygun bir şekilde çalışmasını sağlarken bir yandan da üye devletler ve özel kişilerin de zarara neden olabilecek davranışlarının önüne geçilmesi için önemli bir rol oynamaktadır.⁹³ Divan'ın içtihatları, Topluluk Hukuku'nun üye devletlerin iç hukuklarında etkin bir şekilde uygulanması⁹⁴ yönündedir.

Kişi, üye yabancı devletin Topluluk Hukuku'na aykırı davranması sebebiyle iç hukuk yollarını tükettikten sonra bir çözüm alamamışsa, uyuşmazlık ATAD önüne taşınabilir. ATAD, yabancı devletin Topluluk Hukuku'na uygun davranmasını sağlayarak kişinin çıkarlarını çeşitli yollarla koruyabilir.⁹⁵

Dolayısıyla Avrupa Birliği'ne üye bir devletin vatandaşı, bir başka üye devletin Topluluk Hukuku'na aykırı davranışının sebep olduğu bir zararın giderilmesi için o devletin iç hukuk yollarını tükettikten sonra sonuç alamasa da, uyuşmazlığın ATAD önünde de çözülmesi imkanı olduğu için diplomatik koruma yolu işletilemeyecektir. Birlik üyesi devletlerin birbirlerine karşı diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi, ancak Topluluk Hukuku ile ilgisi olmayan davranışlar nedeniyle meydana gelen zararlardan dolayı mümkün olabilir.

5.3.2. Tahkim

Devlet ve yabancı bir kişi, aralarında varolan sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların yalnızca tahkim yoluyla çözümleneceğini

⁹³ Bkz. A. G. TOTH, **Legal Protection of Individuals in the European Communities Vol. II – Remedies and Procedures**, Amsterdam-New York-Oxford, North Holland Publishing Company, 1978, s. 3.

⁹⁴ Bkz. Michael DOUGAN, **National Remedies before the Court of Justice – Issues of Harmonization and Differentiation**, Oxford – Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, s. 26 – 38.

⁹⁵ AMERASINGHE, Chittharanjan F., **Jurisdiction of International Tribunals**, The Hague-London- New York, Kluwer Law International, 2003, s. 823 – 834.

kararlaştırmışlarsa, bu durumda iç hukuk yollarına başvurmadan yalnızca tahkim yoluna başvurulmasının, iç hukuk yollarının tkutilmesi kuralı için yeterli olup olmayacağı sorusuyla karşılaşılmaktadır.⁹⁶

Bu hususa dikkatle yaklaşılması gerekmektedir. Zira tahkim, kendisine has kuralları olan, uzmanlık gerektiren bir konudur. Pek çok yönüyle iç hukuktaki yargılama usullerinden ayrılabilmekte ve pek çok mekanizmayı devre dışı bırakabilmektedir.

Tahkim yoluna başvurulabilmesi konusunda ne tür şartların sağlanması gerektiği hususunda Milletlerarası Daimi Adalet Divanı önüne gelen davalarda bir sonuca varamamıştır. Aynı şekilde Uluslararası Adalet Divanı da bu hususta bir çözüm getirmemiştir.⁹⁷

Schwebel, bu konuda tarafların bir tahkim anlaşması yapmaları durumunda artık iç hukuk yollarının tkutilmesinden vazgeçildiği düşüncesinde olduğunu ifade etmektedir.⁹⁸ Buna karşılık Amerasinghe konuya daha temkinli yaklaşmaktadır. O'na göre Schwebel'in varmış olduğu sonuç bu kadar açık bir şekilde göz önünde durmamaktadır. Amerasinghe farklı şartlar altında farklı sonuçlara ulaşılabileceği düşüncesindedir. Mesela bir ulus ötesi tahkim durumunda iç hukuk yollarının tkutilmesi kuralından vazgeçildiği rahatlıkla söylenebilir. Bunun yanı sıra devletlerarası bir tahkim öngörüldüğünde bu durum kişi (veya yabancıyı) ilgilendiriyorsa, bir başka ifadeyle diplomatik koruma hakkının kullanılmasının bir sonucuysa, bu durumda iç hukuk yollarının tkutilmesi kuralı ortadan kalkmamalıdır.⁹⁹ Burada Amerasinghe'nin üzerinde durmak istediği ve önem arz eden nokta, tahkimin tarafların iç hukuk yollarından bağımsız bir çözüm elde etme

⁹⁶ Stephen M. SCHWEBEL ve J. Gillis WETTER, “**Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies**”, American Journal of International Law, Vol. 60(3), 1966, s. 484.

⁹⁷ C. F. AMERASINGHE, “**Arbitration and the Rule of Local Remedies**”, in **Recht zwischen Umbruch und Bewahrung – Festschrift für Rudolf Bernhardt**, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 120, Berlin-Heidelberg-New York: Springer, 1995, s. 665.

⁹⁸ Bkz. Stephen M. SCHWEBEL, “**Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies Revisited**”, International Lawyer, Vol. 23(4), 1989, s. 951 – 955.

⁹⁹ AMERASINGHE, **a.g.m. (1995)**, s. 669.

arzusunda olduklarında kullandıkları bir yol olduğudur. Ancak diplomatik koruma gibi bir Uluslararası Hukuk kurumu söz konusu olduğunda, kişinin daha kendi hakkını elde etmesine olanak tanımadan devletlerarası bir tahkim öngörülmesi Uluslararası Hukuka aykırı bir durum oluşturur. Zira zarar veren devlet, diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmesi şartına gerek olmadığını açıkça ifade etse bile, birey, zararın kendisine yönelik sonuç doğuracak şekilde giderilmesini sağlamak istiyorsa yine de söz konusu yollara başvurabilecektir. Dolayısıyla iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmaksızın doğrudan Uluslararası Hukuk yolları çerçevesinde çözüm bulmak yalnızca bireyin arzusuyla gerçekleşebilir.

Günümüzde yatırım anlaşmaları¹⁰⁰ genellikle tahkim yolunu öngörmekte ve iç hukuk yollarından vazgeçilmesi yönünde bir eğilimle karşılaşılmaktadır. Ancak ICSID tahkimini kabul etmiş devletlerden İsrail ve Guatemala gibi devletlerin iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralından açıkça vazgeçmediği de göze çarpmaktadır. Benzer şekilde bazı ikili antlaşmaların da tahkim yoluna başvurmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmesini zorunlu hale getirdiği görülmektedir. Yatırım antlaşmalarına dayanarak kurulan tahkimler için bu kural çok büyük önem arz etmemekle beraber, diplomatik koruma açısından halen önemini korumaktadır. Bu açıdan bakıldığında da, tahkim öngörülen yatırım antlaşmalarında, iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun bir hüküm olarak halen yer alabildiği görülmektedir.¹⁰¹

Diplomatik koruma açısından iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, tahkimle beraber düşünüldüğünde, bir başka tartışmalı noktayı daha gündeme getirmektedir. Kişi, iç hukuk yollarından çözüm alamayacağına

¹⁰⁰ Yatırım anlaşmaları bakımından iç hukuk yolları ve tahkim ilişkisi konusunda daha fazla detaylı bilgi için bkz. Benjamin KLAFTER, “**International Commercial Arbitration as Appellate Review: NAFTA’s Chapter 11, Exhaustion of Local Remedies and Res Judicata**”, University of California Davis International Law and Policy, Vol. 12(2), 2005 – 2006, s. 434 – 437.

¹⁰¹ Christoph, SCHREUER, “**Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration**”, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 4(1), 2005, s. 16, 17.

inanması bakımından zarar veren devletin iç hukuk yollarının uyuşmazlıklar için kullanılmasından imtina etmiş ve iç hukuktan bağımsız bir tahkimin uyuşmazlıkların asli çözüm yolu olmasını sağlamış olabilir. Bu durumda tahkim yolu da işletilemediği zaman kişi zarara uğrarsa, iç hukuk yollarının tüketilmesi aranmaksızın, devlet diplomatik koruma yolunu işletebilmelidir. Ancak tahkim yolu etkin bir şekilde kullanılmışsa, bununla beraber yine de kişinin zararı giderilmemişse, devletin kendi hukuk yollarından bağımsız bir tahkimin verdiği karar neticesinde zarar gören kişinin vatandaşlığında olduğu devlet, zarar veren devlete karşı diplomatik koruma yolunu işletememelidir.

6. Zarara Uğrayan Kişinin Vatandaşlığı

Daha önce de belirtildiği gibi diplomatik koruma, bir devletin, diğer bir devletin uluslararası sorumluluğunu vatandaşının uğradığı zararlara dayanarak ileri sürebildiği durumlarda söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla diplomatik koruma açısından eğer zarar gören kişi diplomatik koruma yoluna başvuran devletin vatandaşı değilse kural olarak bu durumda zarar veren devletin, o devlete karşı uluslararası sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.¹⁰²

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik korumaya ilişkin taslak metninin ikinci bölümü "Vatandaşlık" başlığını taşımakta olup, bu bölümün ilk kısmı "Genel Kurallar" adı altında temel prensiplerden bahsetmektedir. Buna göre taslak metnin 3. maddesinin 1. paragrafı vatandaşlığın bağlı olduğu devlet tarafından korunmayı düzenlemektedir. Devlet, sadece kendi vatandaşlığı altında bulunan kişilerle ilgili olarak diplomatik koruma yolunu işletme hususunda yetkilendirilmiştir. Bu metinde de vatandaşlık bağının önemine vurgu yapılmış; ancak bu bağa dayanarak diplomatik koruma yolunun işletilmesi konusunda kişinin gerçek veya tüzel kişi olmasına göre, adı geçen metnin diğer maddelerinde farklılıklara yer verilmiştir. Yine 3.

¹⁰² Cuthbert JOSEPH, **Diplomatic Protection and Nationality**, Université de Genève, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Thèse no. 187, Gateshead, Northumberland Press, 1968, s. 30.

maddenin 2. paragrafında da vatandaşlık koşulunun istisnasından bahsedilmiş ve 8. maddeye atıfta bulunulmuştur.

Vatandaşlık, en temel anlamıyla bir sosyopolitik toplumun içerisinde kişinin yer edinmesini, onun bir egemene veya devlete bağlı süje olmasını sağlayan statüdür. Bu statü ve onun getirdiği hak ve yükümlülükler devletlerin kendi iç hukuklarınca belirlenmektedir.¹⁰³ Bu belirlemeyle beraber de diplomatik korumanın klasik anlamı için büyük önem ihtiva eden aidiyet oluşmaktadır. Yani vatandaşlık bağının kurulmasıyla kişi devlete ait olmaktadır.¹⁰⁴

Vatandaşlık bağı, diplomatik koruma yolunun işletilmesindeki temel unsurdur. Zira bir devlet diplomatik koruma yolunu ancak zarar gören kişinin kendi vatandaşı olması durumunda işletebilir. Devletin vatandaşı gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilir. Kimlerin vatandaşlığa sahip olacağı ve kimlerin tüzel kişi olacağı vatandaşlığı tanıyan devlet tarafından belirlenir. Vatandaşlık kişilerle devlet arasında oluşan özel bir bağ haline gelip, tek başına devlete diplomatik koruma yolunu işletme hakkını verir.¹⁰⁵

Milletlerarası Daimi Adalet Divanı da devletle kişi arasında bulunan vatandaşlık bağının diplomatik korumayla ilişkisi hakkında birtakım saptamalarda bulunmuştur. Divan, “The Panevezys – Saldutiskis Railway” Davasındaki kararında, kişiyle devlet arasında vatandaşlığın kurulması için özel bir anlaşma bulunduğu bahsettikten sonra, bu vatandaşlık bağının devletin diplomatik koruma hakkını doğrudan kullanabilmesi yetkisini verdiğini belirtmiştir. Zarar gören kişinin vatandaşlığında olduğu devletin bu yetkiye sahip olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.¹⁰⁶

¹⁰³ Albrecht RANDELZHOFFER, “Nationality”, in **Encyclopedia of Public International Law**, Editörler Rudolf DOLZER ve diğerleri, Vol. 8, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland, 1985, s. 417.

¹⁰⁴ Edwin M. BORCHARD, **The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims**, New York, The Banks Law Publishing Co., 1916, s. 7,8.

¹⁰⁵ DUGARD, a.g.m. (2009), paragraf 19.

¹⁰⁶ **The Panevezys – Saldutiskis Railway Case (preliminary objections) (Estonia v. Lithuania)**, Permanent Court of International Justice, Series A/B, No. 76, 28 February 1939, s. 16.

Diplomatik koruma ve vatandaşlık arasında varolan bu güçlü ilişki, vatandaşlık konusundaki bir takım farklı durumlara göre tartışmalı noktaları da beraberinde getirmektedir. Diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi bakımından vatandaşlık bağına ilişkin genel kurallar nedeniyle birtakım sorunlar ortaya çıkmaktadır.

6.1. Gerçek Kişiler

Taslak metnin 4. maddesine göre diplomatik koruma yolunu işletme hakkına sahip olan devlet, zarar gören kişiye kendi kanunlarıyla vatandaşlığını tanıyan devlettir. Devletin kanunları izin verdiği sürece ve Uluslararası Hukuka aykırı olmadıkça gerçek kişi vatandaşlığı toprak esasıyla, kan esasıyla, vatandaşlığa kabulle, devletlerin halefiyetiyle veya diğer herhangi bir yolla kazanabilir.

Taslak metnin 4. maddesinde diplomatik korumanın amaçları bakımından yapılan vatandaşlık tanımı iki temel prensibe dayanmaktadır. Taslak metne ilişkin yorumda öncelikle devletin, iç hukukunda yapacağı düzenlemelerle hangi özelliklere sahip veya hangi özellikleri taşıyan kişilere vatandaşlık tanıyacağını kendisinin belirleyeceğini belirtmektedir. İkinci olarak da vatandaşlığın kazanılması konusunda Uluslararası Hukukun birtakım kurallarının olduğu üzerinde durulmaktadır. Bunların yanı sıra gerçek kişilerin vatandaşlığı nasıl kazanabileceğiyle ilgili bazı örnekler verilmekte fakat başka yollarla da vatandaşlığın kazanılabileceği belirtilerek bu durum sınırlandırılmamaktadır.¹⁰⁷

Taslak metin, vatandaşlığın kazanım yolları bakımından herhangi bir sınırlandırma getirmemektedir; fakat en yaygın kazanım yollarının üzerinde durulmaktadır. Diğer bir deyişle genel olarak vatandaşlık kazanma yolları bu yollardır. Örneğin evlilikle vatandaşlığın kazanılmasının maddenin lafzında yer almaması, onun diğer yollardan olduğu çıkarımını yapabilmemizi

¹⁰⁷ ILC, A/61/10, s. 31.

sağlamaktadır; ancak evlilik tek başına vatandaşlığın kazanılmasını sağlamaz. Bu bakımdan devletin kişiyi ayrı bir işlemle vatandaşlığa kabul etmesi gerekir. Bununla beraber bazı özel durumlarda, örneğin bazı devlet vatandaşlarının doğum bilgilerinin kayda geçmemiş olması gibi, problemler ortaya çıkabilmektedir. Böyle durumlarda kişinin o devlet ülkesinde ikamet ediyor olması gibi somut veriler, onun vatandaş olmasına bir delil, karine teşkil ediyorsa da doğrudan vatandaşlık bağının kurulmasını sağlamaz. Bu durumlarda da devletin o kişiye ayrıca vatandaşlık bağı tahsis etmesi gerekmektedir.¹⁰⁸

6.1.1. Devletle Vatandaş Arasında Etkin ve Gerçek Bir Bağı Bulunması

Diplomatik koruma yolunun işletilmesinde vatandaşlık bağının bulunması yeterli olsa da uygulamada farklı durumlarla karşılaşılabilir. Uluslararası Adalet Divanı, Nottebohm Davasındaki¹⁰⁹ kararında vatandaşlığın sonradan kazanılması durumunda, devletle vatandaş arasındaki bağın etkin bir bağ olması gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁰

Divanın getirmiş olduğu bu koşul, çok ciddi şekilde eleştirilmektedir; çünkü daha sonra değinileceği üzere bu etkin bağın birden fazla vatandaşlığa sahip kişiler için aranmasının olumlu ya da olumsuz olduğu tartışılabilir. Beraber sadece tek bir devletin vatandaşı olan kişiler bakımından bu koşulun aranması beraberinde birçok sorunu getirmektedir

¹⁰⁸ ILC, A/61/10, s. 32.

¹⁰⁹ Liechtenstein, vatandaşı Friedrich Nottebohm'un 1942 ile 1946 yılları arasında Guatemala hükümeti tarafından karşılığı ödenmeksizin, Uluslararası Hukuk ihlal edilerek hukuka aykırı bir şekilde el konulan mal varlığının tazminini talep etmiştir. Bunun yanı sıra 1943 – 1946 yılları arasındaki Nottebohm'un hukuka aykırı tutuklanması ve alıkonulmasının da Uluslararası Hukuka aykırı bir şekilde yapıldığı iddiasında bulunmuştur. Fakat Nottebohm 1881 yılından Almanya'nın Hamburg kentinde doğmuş, bu ülkenin vatandaşlığını doğumuyla (toprak esası) kazanmış, 1905 yılında Guatemala'ya gitmiş ve tutuklandığı yıl olan 1943 yılına kadar burada ikamet edip, çalışmıştır. 1939 yılında Almanya ile Guatemala arasında savaş ilan edilmeden önce gittiği Liechtenstein, 10 Ocak 1934 tarihli Liechtenstein Vatandaşlık Kanununda yer alan ikamet etme koşulundan muaf tutulmasını isteyen hükme istinaden bu devletin vatandaşlığına başvurmuştur. 13 Ekim 1939 yılında Alman vatandaşlığı sona ermiştir. (Ruth DONNER, **The Regulation of Nationality in International Law**, Commentationes Scientiarum Socialium 21, Helsinki: Societas Scientiarum Fennica (The Finnish Society of Sciences and Letters), 1983, s. 66, 67.)

¹¹⁰ **Nottebohm Case (second phase) (Liechtenstein v. Guatemala)**, International Court of Justice, 6 April 1955, I.C.J. Reports 1955, s. 22.

ve yerinde değildir. Nottebohm Davasında da tek bir devletin vatandaşlığını taşıma durumu söz konusudur. Liechtenstein ile Nottebohm arasında etkin bir bağın olmadığına karar veren Divan, her şeyden önce diplomatik koruma hakkını vatandaşlıktan ayrı bir şekilde değerlendirmiştir. Burada Divan, Liechtenstein'ın Nottebohm'a vatandaşlık bağı tahsis etmesinin Uluslararası Hukuka aykırı olup olmadığını incelememiştir. Söz konusu husus incelenip, bu kazanımın Uluslararası Hukuka aykırı olduğuna karar verilmediği için de Nottebohm “vatansız” olarak da değerlendirilmemiştir. Dolayısıyla Divan'ın vermiş olduğu karar son derece muğlaktır.¹¹¹

Mahkeme'nin kararı eleştiriye açıktır. Zira bir devletin, vatandaşlık bağının varlığı durumunda, diplomatik koruma hakkını kullanabileceği tartışılmaksızın kabul edilmiş bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralıdır. Dolayısıyla mahkeme Liechtenstein'ın kullanabileceği bir hakkını ortadan kaldırmıştır. Nottebohm'un da vatandaşlığıyla ilgili herhangi bir karar vermemiştir. Buradan hareketle rahatlıkla denebilir ki, sadece tek bir vatandaşlığı olan kişiler için, etkin bir bağ olup olmadığına bakılmamalı, eğer vatandaşlığın sonradan kazanılmasıyla ilgili bir tereddüt varsa, bu husus bağımsız bir uyuşmazlık olduğundan ayrıca çözümlenmelidir. Çözümlenmemişse artık vatandaşlık bağının varlığı kabul edilmelidir.

Taslak metnin 4. maddesi de diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için, sadece tek bir vatandaşlığı olan kişiler söz konusu olduğunda, devlete vatandaşıyla kendisi arasında gerçek ve etkin bir bağın bulunduğunu ispat etmesi yükümlülüğünü getirmemektedir. Nottebohm kararına bakıldığında da Mahkeme genel geçer, herkes için uygulanabilir bir içtihat oluşturmamakta, sadece varolan durum için böyle bir karara varmaktadır. Zaten aksini düşünmek bugün başka ülkelerin vatandaşlığına geçen milyonlarca insan göz önünde bulundurulduğunda, hem devletlere

¹¹¹ Wilhelm Karl GECK, “**Diplomatic Protection**, in **Encyclopedia of Public International Law**, Editör R. Bernhardt, Vol. I, Amsterdam-London-New York-Tokyo, North Holland, 1992, s. 1050.

büyük bir yük getirecek, hem de bahsedilen gerçek bağın ispatı çok zor olacaktır.¹¹²

6.1.2. Vatandaşlığın Uluslararası Hukukla Tutarsız Bir Şekilde Elde Edilmemesi

Uluslararası Hukuk, her bir devlete vatandaşlarını seçme, vatandaşlığın hangi koşullarda tahsis edilebileceğini belirleme ve bu statüden kimlerin hangi şartlar altında mahrum bırakılabileceğine karar verme hakkını tanımıştır. Bunun dışında Uluslararası Hukukta vatandaşlığın düzenlenmesiyle ilgili birkaç uluslararası örf ve adet hukuku kuralı, uluslararası antlaşmaların sınırlı sayıda maddesi ve hukukun genel ilkeleri bulunmaktadır.¹¹³

İki tartışmalı nokta bu aşamada ortaya çıkmaktadır. Birincisi, iç hukuka ait olan vatandaşlığın tahsis edilmesi işleminin geçerliliğini ve bu işlemin diğer bütün sonuçlarını etkileyecek şekilde Uluslararası Hukukun bir düzenlemesinin olup olamayacağıdır. İkincisi ise böyle bir düzenleme olduğunda diplomatik koruma yolunun kullanılması açısından vatandaşlığın sonradan kazanılmasına bir sınır getirilip getirilemeyeceğidir.¹¹⁴

Klasik Uluslararası Hukuk vatandaşlıkla ilgili meydana gelebilecek bütün sonuçları devletlerin takdirine bırakmıştır. Bu anlamda Uluslararası Hukukun devlete yüklediği tek yükümlülük vatandaşı ülkesine kabul etmekten ibarettir. Ancak modern Uluslararası Hukuk devletlere, özellikle insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmalarla yeni yükümlülükler

¹¹² ILC, A/61/10, s. 33.

¹¹³ Gerhard VON GLAHN ve James Larry TAULBEE, “**Law Among Nations – An Introduction to Public International Law**”, Ninth edition, New York-San Francisco-Boston, Longman, 2010, s. 211; Bu konuda çeşitli uluslararası antlaşma, teamül ve hukukun genel ilkelerinden örnekler için bkz. H.F. VAN PANHUYS, **The Role of Nationality in International Law**, Leyden, A. W. SYTHOFF, 1959, s. 158 – 168.

¹¹⁴ Chittharanjan F. AMERASINGHE, **Diplomatic Protection**, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008, s. 95,96.

getirmektedir.¹¹⁵ Bunun yanında Avrupa Birliği üyesi ülkelerin vatandaşlarının, Avrupa vatandaşlığı kavramıyla da karşılaşmalarından beri, Avrupa sisteminde vatandaşlık başlı başına uluslararası bir nitelik kazanmaktadır.¹¹⁶

Vatandaşlığın kazanılmasının Uluslararası Hukuka aykırı olup olmadığının her bir vaka için ayrı ayrı incelenmesi yerinde olmayacaktır. Dolayısıyla vatandaşlık bağının Uluslararası Hukukun kurallarıyla örtüşmeyen bir şekilde tanındığını iddia eden taraf, bu iddiasını ispatlamalıdır. Bir başka ifadeyle ispat yükü vatandaşlığın sonradan kazanımının Uluslararası Hukuka aykırı olduğunu iddia eden tarafa aittir.¹¹⁷ Aksi yönde bir davranış hem uyuşmazlığın sonlandırılmasını ve zararının giderilmesini isteyen devlet açısından konunun sürüncemede kalmasına neden olacaktır, hem de zarar veren devletlerin sorumluluktan kaçmaları için bir fırsat yaratılacaktır.

Görüldüğü üzere diplomatik koruma yolunun işletilmesinin bir koşulu olarak vatandaşlığın kazanılmasının Uluslararası Hukuka aykırı olmaması konusu, sınırları belli bir konu değildir. Böylesi tartışmalı bir konunun mutlaka açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Dolayısıyla bu ifade eğer taslak metin nihai halini aldığı anda hala varlığını koruyor olursa, söz konusu ifadenin ne anlama geldiğinin tartışmaya yer bırakmayacak şekilde ortaya konması yerinde olacaktır.

6.1.3. Vatandaşlığın İsteğe Bağlı Bir Şekilde Elde Edilmesi

Belirli grup kişilere, kendi istekleri dışında vatandaşlık verilmesi devletler arasında problemlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Latin Amerika ülkelerinin, kendi toprakları üzerinde

¹¹⁵ H.G. SCHERMERS, “The Bond between Man and State”, in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung – Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 120, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1995, s. 190, 191.

¹¹⁶ SCHERMERS, *a.g.e.*, s. 195.

¹¹⁷ ILC, *A/61/10*, s. 34.

gayrimenkul sahibi olan veya belirli bir süre ikamet eden kişilere kendi talepleri ve istekleri olmaksızın vatandaşlık vermesini protesto etmiştir.¹¹⁸

Aynı şekilde Alman mahkemeleri de Nazi politikası olarak tahsis edilmiş vatandaşlıkların Uluslararası Hukukun bir ihlali olduğu kanısındadır. Bunun yanı sıra genel bir görüş olarak kabul edildiği üzere, savaş hukuku kuralları uyarınca işgalci devlet, işgal ettiği devlet ülkesi üzerinde yaşayan kişileri zorla kendi vatandaşlığına almamalıdır.¹¹⁹

Bir kimsenin kendi iradesi dışında bir başka devletin vatandaşı olması bir önceki başlıkta bahsedilen, vatandaşlığın Uluslararası Hukuka aykırı bir şekilde edinilmesi yollarından birisidir. Bu durum, özellikle kadınlar açısından, evlilik yoluyla vatandaşlığın kazanılması durumunda farklı bir boyut kazanmaktadır. 11 Ağustos 1958 tarihinde yürürlüğe giren “Evli Kadınların Vatandaşlığı Hakkında Sözleşme (EKVHS)” uyarınca bir kadının vatandaşlığı evlenmesinden veya evliliğinin sona ermesinden etkilenmeyecektir.¹²⁰

Bu tarzda bir Uluslararası Hukuka aykırı vatandaşlığın kazanımı söz konusu olmuşsa, bu durumda kadının ilk vatandaşı olduğu devletin diplomatik koruma hakkı devam eder. Eğer vatandaşlığın kazanımı, ilk vatandaşlığının kaybına neden olmuşsa bu durumda, vatandaşlığını kazandığı devlet diplomatik koruma yolunu işletir.¹²¹

¹¹⁸ 10 Kasım 1839 tarihli Peru Anayasası’na göre, bir Peru vatandaşıyla evlenerek Peru ülkesinde ikamet eden yabancılara Peru vatandaşlığı verilir. 15 Aralık 1889 tarihli Brezilya Hükümetinin kararına göre altı ay içinde itiraz etmedikçe kendi ülkesinde yaşayan bütün yabancılar Brezilya devleti vatandaşı sayılacaklardır. (Bkz. P. WEIS, **Nationality and Statelessness in International Law**, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff International Publishers B. V., 1979, s. 103.)

¹¹⁹ Kay HAILBRONNER, “**Nationality in Public International Law and European Law**”, in **Acquisition and Loss of Nationality**, Volume I: Comparative Analyses in 15 European Countries, Editörler Rainer BAUBÖCK, Eva ERSBOLL, Kess GROENENDIJK ve Harald WALDRAUCH, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, s. 60.

¹²⁰ Christine CHINKIN, “**Women, Rights of, International Protection**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi December 2006, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 5.

¹²¹ ILC, A/61/10, s. 34, 35.

6.1.4. Vatandaşlığın Sürekliliği: Meydana Gelen Zarardan Dolayı Devletin Diplomatik Koruma Yolunu İşletebilmesi İçin Vatandaşlığın Aranacağı An

Kişinin uğradığı zararın giderilmesinde diplomatik koruma yolunun kullanılabilmesi için vatandaşlık bağının bulunması zorunluluğuna yukarıda değinildi. Vatandaşlığın sürekliliği ilkesi de bir alt koşul olarak ortaya çıkmaktadır. Buna göre, devletin diplomatik koruma yolunu işletebilmesi için, zarara uğrayan kişinin, hem zararın meydana geldiği anda hem de iddianın ileri sürüldüğü veya yargı yoluna gidildiyse yargılamanın yapıldığı anda o devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olması gerekmektedir.¹²²

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 5. maddesine göre de kişi zararın meydana geldiği tarihten, resmi iddiada bulunulan (uluslararası sorumluluğun ileri sürüldüğü) tarihe kadar devletin vatandaşıysa, devlet diplomatik koruma yolunu işletmeye yetkilidir. Söz konusu durum, vatandaşlığın sürekliliği ilkesinin geleneksel anlamda ortaya konulmasıdır. Bu konuda fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Geleneksel anlamda, vatandaşlığın, zararın meydana geldiği tarihten iddianın resmiyet kazandığı tarihe kadar aralıksız mı devam edeceği yoksa sadece bu iki tarihte kişinin o devletin vatandaşı olmasının yeterli olup olmayacağı hususları açık değildir. Taslak metnin 5. maddesinin 1. paragrafı açıkça vatandaşlığın bu iki tarih arasında kesintisiz bir şekilde sürmesi gerektiğinden bahsetmektedir. Ancak anılan maddenin birinci paragrafının ikinci cümlesi de kişinin her iki tarihte de diplomatik koruma yolunu işleten devletin vatandaşı olmasının, aksinin ispatının çok zor olması nedeniyle, bu tarihler arasında vatandaşlığın kesintisiz, sürekli bir şekilde devam ettiğine karine olduğu sonucuna varılmasını sağlamıştır. Şüphesiz ki bu karine çürütülebilir bir karinedir.¹²³

¹²² John DUGARD, “Continuous Nationality”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi June 2008, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 1.

¹²³ ILC, A/61/10, s. 36.

Bu tarihler arasında vatandaşlık bağının kesildiğini iddia eden taraf, bu iddiasını kanıtlarsa, karine de çürütülmüş olacaktır.

Vatandaşlığın devamlılığı ilkesi eleştiriye açık olmakla birlikte, diplomatik korumaya ilişkin taslak metinde yerini almıştır. Zira uygulamada bu kuralın, kişinin vatandaşlığını değiştirmesi durumunda, hiçbir esneklik bırakılmadan uygulanması sorunları da beraberinde getirecektir. Bu nedenle taslak metnin 5. maddesinin diğer paragraflarında, meydana gelebilecek olası sorunlara çözüm getirilmeye çalışılmıştır.

6.1.4.1. Zarar Meydana Geldikten Sonra Kişinin Vatandaşlığını Kazandığı Devletin Diplomatik Koruma Yolunu İşletmesi

Kişi, diplomatik koruma yolunun işletildiği tarihte, bu yolu işleten devletin vatandaşı olduğu halde zarar, söz konusu kişi bir başka devletin vatandaşlığındayken meydana gelmiş olabilir. Taslak metnin 5. maddesinin 2. paragrafına göre devletin diplomatik koruma yolunu işletebilmesi için iki şarttan birisinin gerçekleşmesi gerekmektedir.

İlk olarak devletlerin halefiyetiyle¹²⁴ karşılaşılmaktadır. Bir devlet ülkesi paylaşılarak, birden fazla devlet ortaya çıkabilir. Eğer ilk devlet varlığını devam ettiriyorsa, birden fazla vatandaşlık durumu söz konusu olabilir. Eğer bu ilk devlet tamamen ortadan kalktıysa bu durumda, kişi, kesin olarak yeni bir devletin vatandaşı olacaktır. Kişinin hangi devletin vatandaşı olacağı şartlara göre belirlenecektir. Ancak kişinin ailevi ilişkileri, kendi istekleri ön planda tutulmalıdır. Bunun dışında birden fazla devlet birleşerek yeni bir devlet oluşturabilirler. Bu durumda kişi yeni kurulan devletin vatandaşlığını kazanmış olacaktır. Aynı şekilde bir devlet ülkesine ait toprak

¹²⁴ Vatandaşlığın devamlılığının, devletlerin halefiyetiyle ilgili bir istisnasının bulunması son derece normaldir. Zira devletlerin, özellikle, tamamen ortadan kalkmalarından sonra ortaya pek çok hukuki ve finansal sorun çıkmaktadır. Bu sorunlara çözüm bulunamaması durumunda savaşa varan başka problemlerin ortaya çıkması kaçınılmaz olabilecektir. İşte bu nedenle devletlerin halefiyeti ilkesi beraberinde devletlerin devamlılığını da getirmektedir. (Wilfried FIEDLER, “Continuity”, in **Encyclopedia of Public International Law**, Editörler Rudolf DOLZER ve diğerleri, Vol. 10, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland, 1987, s. 65.)

parçasının, diğer bir ülkeye nakledilmesi de söz konusu olabilecektir. Bu durumda da toprağı devralan devlet, bu toprak parçası üzerinde yaşayan kişilere vatandaşlık tahsis edecektir.¹²⁵ Söz konusu durumlar gerçekleştiği takdirde kişinin vatandaşlığını kazandığı devlet, bu yeni vatandaşlık bağı tahsis edilmeden önce kişinin uğradığı zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunu işletebilecektir.

İkinci durum, iradi olsun ya da olmasın, eğer kişinin vatandaşlığı Uluslararası Hukuka aykırı olmayan bir şekilde sona ermişse ve Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde yeni bir devletin vatandaşlığını kazanmışsa, sonradan vatandaşı olduğu devlet onun uğramış olduğu zararlar sebebiyle diplomatik koruma yolunu işletebilecektir. Yalnız söz konusu durumun da bir istisnası vardır ki; o da kişinin önceki devletiyle olan vatandaşlık bağının sona ermesi durumuyla ilgili olarak diplomatik koruma yolunun işletilemeyecek olmasıdır.

6.1.4.2. Kişinin, Önceden Vatandaşı Olduğu Devlet Tarafından Zarara Uğratılması

Kişi, bir devletin vatandaşı olduğu süre boyunca, o devlet tarafından gerçekleştirilen davranışlar neticesinde zarara uğramış ve daha sonra bir başka devletin vatandaşı olmuş olabilir. İşte taslak metnin 5. maddesinin üçüncü paragrafı bu tip durumlar için bir hüküm getirmiştir. Buna göre zarar meydana geldiği zaman vatandaşlığında olmadığı ancak vatandaşlığını kazandığı devlet, zararın meydana geldiği tarihte vatandaşlığında olduğu önceki devlete karşı diplomatik koruma yolunu işletemeyecektir.

Bu durumda, kişi, zararın meydana geldiği tarihte aynı zamanda zararın giderilmesi iddiasında bulunan devletin de vatandaşıysa ne olacağı sorusuna, birden fazla vatandaşlığa sahip olunması durumunda diplomatik

¹²⁵ Andreas ZIMMERMANN, “State Succession in Other Matters than Treaties”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi April 2007, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 22 – 25.

koruma yolunun ne şekilde işletilebileceğiyle ilgili başlık altında cevap bulunmaya çalışılacaktır.

6.1.4.3. Kişinin, Diplomatik Koruma Yolunun Kendisine Karşı İşletildiği Devletin Vatandaşlığına Geçmesi

Taslak metnin 5. maddesinin 4. paragrafı uyarınca diplomatik koruma yolunu işleten devlet, bu yolu işletmesinin sebebini teşkil eden vatandaşının, zarar verdiği iddia edilen devletin vatandaşlığına geçmesi durumunda, bu husustaki yetkileri mesnetsiz kalacağı için, söz konusu kişinin uğradığı zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunu artık kullanamayacaktır.

6.1.5. Kişinin Birden Fazla Vatandaşlığa Sahip Olması

Kişinin birden fazla vatandaşlığa sahip olması, adından da anlaşılacağı üzere, onun iki veya daha fazla devletin vatandaşlığına aynı anda sahip olması anlamına gelmektedir. Birden fazla vatandaşlığın üç kaynağı bulunmaktadır. Öncelikle kişinin doğumu sırasında bu çok vatandaşlık meydana gelmiş olabilir. Buna göre eğer kişi, toprak esasına göre vatandaşlığını tanıyan bir devlet ülkesinde dünyaya gelmişse, ve anne babası kan esasına göre vatandaşlık tanıyan bir ülkenin vatandaşlarıysalar, bu durumda kişi doğumuyla beraber hem toprak, hem de kan esasına göre her iki devletin de vatandaşlığını kazanabilecektir. İkinci olarak, kişinin anne ve babası farklı devletlerin vatandaşıysa ve her ikisinin de vatandaşı oldukları devlet çocuklarının vatandaşlığını kazanmasına izin veriyorsa, kişi hem annesinin hem de babasının vatandaşlığını kazanarak birden fazla devletin vatandaşı olabilecektir. Üçüncü olarak vatandaşlığın sonradan kazanılması yoluyla karşılaşılmaktadır. Bir devletin vatandaşı olan kişi daha sonra bir başka devletin öngördüğü yasal koşulları tamamlayarak o devletin de vatandaşlığını kazanabilir. Vatandaşlığın sonradan kazanılması, üçüncü, dördüncü veya daha fazla devletin getirdiği yasal prosedürleri tamamlayarak, kişinin ikiden fazla vatandaşlığa sahip olması şeklinde

gerçekleşebilir. Yine kişinin ikiden daha fazla vatandaşlığa sahip olması, doğumu itibariyle çift vatandaşlığa sahip kişinin, bir başka devletin vatandaşlığını sonradan kazanmasıyla da gerçekleşebilir.¹²⁶

Birden fazla vatandaşlığın bulunması durumunda, diplomatik koruma yolu işletilirken, diğer devletler tarafından, vatandaşlık bağına karşı çıkılan durumlara karşılaşılmaktadır. Kendi vatandaşının uğradığı zararlar sebebiyle aynı zamanda onun vatandaşı olduğu bir başka devlet tarafından diplomatik koruma yolu işletilir ve meydana gelen zararların giderilmesi sağlanırsa ortaya farklı bir durum çıkmaktadır. Zira diplomatik korumanın tanımı ve unsurları üzerinde durulurken de söylendiği üzere, diplomatik koruma yolunun işletilmesinin nedeni, bir devletin vatandaşının zarar görmesi ve bu zararın giderilmemesi nedeniyle, kendisinin zarar gördüğünü iddia ederek, zarar veren devlete karşı uluslararası sorumluluğu ileri sürmesidir.

İşte kişinin vatandaşı olduğu bir başka devletin diplomatik koruma yoluyla ortaya çıkan zararın giderilmesini sağlaması durumunda, vatandaşlık bağı kurulan diğer devletin zararının giderilememesi söz konusu olacaktır. Bu durumda diplomatik koruma yolunu işletemeyen devletin zarara uğradığı iddiasıyla karşılaşılabilecektir. Bu nedenlerle mahkemeler ve üçüncü devletler, önlerine gelen somut olaylarda vatandaşlık bağıyla ilgili itirazlarla karşılaşabilirler.¹²⁷

Diplomatik koruma yolunu işletmek, bu bakımdan devletlere tanınan bir hak olmuştur. Devlet, vatandaşının uğradığı zarar açısından bu hakkını münhasıran kullanma yetkisine sahip olmasına rağmen, kişinin birden fazla vatandaşlığa sahip olması durumu çok hassas bir konudur. Zira bu şartlarda, herhangi bir devlet diplomatik koruma yolunu işlettiği takdirde, vatandaşının,

¹²⁶ Peter J. SPIRO, “Multiple Nationality”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi April 2008, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 1.

¹²⁷ Alfred MOLL, **Multiple Nationality and International Law**, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 116.

aynı şekilde bir başka devletin de vatandaşı olduğu gerçeğiyle karşı karşıya kalmaktadır.¹²⁸

6.1.5.1. Üçüncü Bir Devlete Karşı Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi

Taslak metnin 6. maddesi, 1. paragrafında kişinin birden fazla devletin vatandaşlığına sahip olması durumunda, bu devletlerden her birinin vatandaşı olmadığı bir devlete karşı diplomatik koruma yolunu işletme yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir. Yine aynı maddenin 2. paragrafı, kişinin vatandaşlık bağının bulunduğu devletlerin üçüncü devlete karşı diplomatik koruma yolunu birlikte işletebileceklerini belirtmektedir.

Uluslararası toplumun geldiği bu aşamada artık kişilerin, vatandaşlığı da geleneksel vatandaşlık anlayışından farklılık göstermeye başlamıştır. Onun için, birden fazla devletle kişi arasında “gerçek bir bağın” bulunduğu her durumda kişinin birden fazla vatandaşlığının bulunduğu kabul edilmesi düşüncesi ağır basmaktadır.¹²⁹

Dolayısıyla kişinin birden çok vatandaşlığa sahip olması durumunda, kişinin vatandaşlığında bulunduğu devletlerden birisinin diplomatik koruma yolunu işletebilmesinin ön koşulu, kişiyle devlet arasında etkin ve gerçek bir vatandaşlık bağının bulunmasının gerekliliğidir.

Taslak metnin 6. maddesi, 4. maddesinde olduğu gibi gerçek ve etkin bir vatandaşlık bağının bulunması koşulunu aramamaktadır. Ancak mahkeme kararlarının istikrarlı uygulaması, bu bağın aranması gerektiği

¹²⁸ N. BAR-YAACOV, **Dual Nationality**, The Library of World Affairs Number 54, Editörler George W. KEETON ve Georg SCHWARZENBERGER, London, Stevens & Sons Limited, 1961, s. 63.

¹²⁹ David A. MARTIN, “New Rules for Dual Nationality”, in **Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the U.S. and Europe – The Reinvention of Citizenship**, Editörler Randall Hansen ve Patrick Weil, New York-Oxford, Berghahn Books, 2002, s. 49.

yönündedir.¹³⁰ Nottebohm kararında tek bir devletin vatandaşı olan kişiler açısından bu koşulun aranması son derece eleştirilmektedir. Bununla beraber devletle vatandaş arasında etkin ve gerçek bir bağın bulunmaması birden fazla vatandaşlığı olan kişiler açısından da ayrıca ele alınması gereken bir husustur.

6. madde konuyla ilgili bir düzenlemeyi kapsamına almıştır. Buna göre kişinin vatandaşlığında olduğu diğer devletler bir arada hareket ederek zarar veren devlete karşı diplomatik koruma yolunu işletebileceklerdir. Böylece zarar veren devlet, birden fazla devlete karşı kendisini ayrı ayrı savunmak zorunda kalmayacaktır. Diplomatik koruma yolunu işleten kişinin vatandaşlığında olduğu devletlerden birisi, aynı kişinin vatandaşlığında olduğu diğer devletin bu yolu daha önce işleterek tazminat elde etmiş olduğu sonucuyla karşılaşabilir. Bu tarz olaylar uygulamada çok farklı şekillerde görülebileceği ve bunların her birinin ayrı ayrı düzenlenmesi mümkün olmadığı için, devletlerin bir arada hareket etmeleri sorunları engellemede yardımcı olabilecektir; ancak sorun bu şekilde ortak bir hareket biçimi benimsenmediği zaman da Uluslararası Hukukun vatandaşlıkla ilgili kuralları da dikkate alınarak çözüme kavuşturulmalıdır.¹³¹

6.1.5.2. Vatandaş Olunan Devletlerden Birine Karşı Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi

Taslak metnin 7. maddesi açıkça kişinin birden fazla vatandaşlığı olması durumunda, onun vatandaşlığında olduğu bu devletlerin, birbirlerine karşı diplomatik koruma yolunu işletmelerinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Ancak hemen akabinde aynı cümle içerisinde istisnasına da yer vermiştir. Buna göre eğer bu devletlerin biri diğerine veya diğerlerine göre, hem zararın meydana geldiği tarihte hem de diplomatik koruma yoluyla ilgili

¹³⁰ Bkz. **Baron Frederic de Born Case**, Yugoslav – Hungarian Mixed Arbitral Tribunal, Annual Digest of Public International Law Cases, Vol. 3, case no. 205, 12 July 1926.; **Salem Case (Egypt v. USA)**, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, 8 June 1932, United Nations, 2006, s. 1188.

¹³¹ ILC, A/61/10, s. 43.

iddianın ileri sürüldüğü tarihte, vatandaşlık bağı bakımından daha etkin bir devletse, kişinin vatandaşı olduğu diğer devletlere karşı da bu yolu işletebilecektir.

Klasik Uluslararası Hukukta benimsenen temel kural kişinin vatandaşı olduğu devletin, onun vatandaşlığında olduğu bir diğer devlete karşı diplomatik koruma yolunu işletememesidir. 1930 tarihli Vatandaşlık Kanunlarının İhtilafından Kaynaklanabilecek Temel Sorunlar Hakkında Lahey Sözleşmesi'nin 4. maddesi uyarınca "kişinin vatandaşlığında olduğu devlet, vatandaşlığında olduğu diğer devlete karşı diplomatik koruma yolunu işletme yetkisine sahip değildir." 1949 yılında Uluslararası Adalet Divanı da devletin, vatandaşını, aynı bağ ile tabi olduğu diğer bir devlete karşı koruyamayacak olmasını Uluslararası Hukukun olağan bir uygulaması olarak nitelendirmiştir.¹³²

Bununla beraber, Uluslararası Adalet Divanı'nın Nottebohm davasında bakış açısı farklıdır. Divan önceden çeşitli uluslararası yargı organlarının verdiği kararları da dikkate alarak, kişiyle daha sağlam ve somut temellere dayanan bağı olan devletin, aynı zamanda onunla etkin ve gerçek vatandaşlık bağına sahip olduğunu belirtmiştir.¹³³

Etkin vatandaşlık kuralı ile ilgili önemli kararlardan birisi İtalyan – Amerikan Uzlaştırma Komisyonunun vermiş olduğu karardır. Bu karar, devletlerin egemen eşitliği ilkesi uyarınca, kişinin birden fazla vatandaşlığı olması durumunda vatandaşlığında bulunduğu devletlerin birbirlerine karşı diplomatik koruma yolunu işletememesi kuralının, etkin vatandaşlık ilkesi çerçevesinde terk edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yalnız, etkin vatandaşlığın bulunduğu açık bir biçimde ortaya konulmalı ve ispatlanmalıdır. Aksi takdirde

¹³² **Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations**, International Court of Justice, – Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Advisory Opinion of April 11th 1949, Leyden, A. W. Sijthoff's Publishing Company, 1949, s. 186.

¹³³ **Nottebohm Case**, s. 22.

yine aslolan kural kişinin aynı anda vatandaşı olduğu iki devletin birbirine karşı diplomatik koruma yolunu işletememesidir.¹³⁴

Merge davasından çıkan bu sonuç, etkin bir vatandaşlık bağının neden aranması gerektiği sorusuna cevap vermekten ne yazık ki uzaktır. Zira ortada geçerli iki vatandaşlık bağı bulunmakta ve bunlardan birisi, sadece sosyal olarak daha gerçek bir bağ olduğu için etkin olarak adlandırılmaktadır. Zaten devletle kişi arasında gerçek bir bağ bulunduğunun tespiti ve ispatı çok güçken, bir de var olduğu kabul edilen gerçek bağlardan hangisinin daha gerçek olduğunun belirlenmesi çok güçtür.¹³⁵

Bütün bu tartışmalı noktalara rağmen Uluslararası Hukuk Komisyonu Merge davasında verilen karara benzer bir düzenlemeyi getirmiştir. Asıl kural kişinin vatandaşı olduğu iki devletin de birbirine karşı diplomatik koruma yolunu işletemeyecek olmasıdır. Eğer bu devletlerden birisi daha etkin ve gerçek bir vatandaşlık bağının kişiyle kendisi arasında bulunduğunu ispat edebilirse, kişinin vatandaşı olduğu diğer devlete karşı diplomatik koruma yolunu işletebilecektir.

Vatandaşlık bağının etkinliğinin kanıtlandığı dönem de madde metninde belirtilmiştir. Buna göre hem zararın meydana geldiği tarihte hem de kişinin vatandaşlığında olduğu diğer devlete karşı resmi iddianın ileri sürüldüğü tarihlerde bu etkin vatandaşlık durumu bulunmak zorundadır. Vatandaşlığın sürekliliği ilkesinde bahsedildiği gibi bu tarihlerde etkin vatandaşlığın bulunması yeterli olup, bu durumda, iki tarih arasında etkin vatandaşlığın bulunduğu bir karine olarak kabul edilecektir.¹³⁶

¹³⁴ **Merge Case (Italy v. USA)**, Reports of International Arbitral Awards, Decision No. 55, 10 June 1955, Vol. XIV, United Nations, 2006, s. 247.

¹³⁵ GECK, **a.g.m.**, s. 1051.

¹³⁶ ILC, **A/61/10**, s. 47.

6.2. Tüzel Kişiler

Diplomatik koruma yolu daha önce de bahsedildiği üzere yalnızca gerçek kişilerin uğramış olduğu zararlardan dolayı öngörölmüş bir mekanizma değildir. Zira devletler sadece gerçek kişilerle değil aynı zamanda tüzel kişilerle de vatandaşlık bağı kurmaktadır.

Tüzel kişilerle ilgili olarak diplomatik koruma yolunun işletilmesi 19. yüzyılın sonlarında uygulanmaya başlanmış ve bugün bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olarak yerleşmiş bulunmaktadır. Her ne kadar gerçek kişiler gibi vatandaşlıktan kaynaklanan bir durum söz konusu olsa da, tüzel kişilerin uğradıkları zararlar dolayısıyla diplomatik koruma yolunu işletmenin gerçek kişilere göre belirli açılardan daha farklı yönleri bulunmaktadır.¹³⁷ Tüzel kişilere tanınan vatandaşlık, gerçek kişilere tanınandan daha genel ve resmi özellikler taşımasının yanı sıra, onlara verilen bir sıfatı ifade etmektedir.¹³⁸

Tüzel kişiler Uluslararası Hukukta karşımıza farklı şekillerde çıkabilmektedirler. Bunlar kamu işletmeleri, vakıflar, kar amacı gütmeyen dernekler veya özel şirketler olabilmektedir.¹³⁹ Bu çalışmanın konusu olarak devlete bağlı tüzel kişiler üzerinde durulmayacaktır, zira bu tarz kişilere verilen zararlar doğrudan devlete verilen zararlar olup devletin uğradığı zararlardan dolayı kendisini diplomatik koruması altına alması gibi bir durum söz konusu değildir. Bu durumda devlet, diplomatik koruma yoluyla değil, diğer uluslararası hukuk yollarıyla zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürer. Tüzel kişilerin uğradığı zararlara dayanarak diplomatik koruma yolunun işletilmesi bakımından asıl olarak incelenecek tüzel kişilik şirketler olacaktır. Zaten diplomatik korumaya ilişkin taslak metin

¹³⁷ GECK, a.g.m., s. 1053.

¹³⁸ RANDELZHOFFER, a.g.m., s. 424.

¹³⁹ A. A. FATOUROS, “Multinational Legal Persons in International Law”, in *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 10, Editörler Rudolf Dolzer ve diğerleri, Amsterdam-New York-Oxford-Tokyo, North – Holland, 1987, s. 299.

de şirketler ve diğer tüzel kişiler olarak konuya yaklaşmış ve şirketlerle ilgili olarak diplomatik koruma yolunun işletilmesine büyük önem vermiştir.

6.2.1. Şirketler

Diplomatik korumanın konusu olan şirketler, kendilerine ait bir kişiliği olan, kendilerine ait haklar ve yükümlülükler edinebilen, kendini oluşturan kişilerden tamamen ayrı kişiliklerdir. Şirketlerin beş önemli unsuru bulunmaktadır. Bunlar: kendine ati hukuki kişilik, merkezi yönetim, menkul değerler, sermaye ve sınırlı sorumluluktur.¹⁴⁰ Şirketin kişiliğe sahip olması diplomatik koruma yolunun işletilmesi açısından en önemli unsurdur. Zira bir şirketin vatandaşlık kazanabilmesi ancak kişiliğe sahip olmasıyla mümkündür.

Uluslararası Hukuk, devletleri yabancıların uğramasına neden oldukları zararlardan sorumlu tutmakta ve yabancının vatandaşlığında olduğu devlete diplomatik koruma yolunu işletme hakkı vermektedir. Bu durum yalnızca gerçek kişiler için değil, yukarıda da değinildiği gibi tüzel kişiler için de geçerlidir ki bunlardan birisi de şirketlerdir. Şirketlere hukuki olarak hayat veren, devletlerin kendi kanunlarıdır.¹⁴¹ Taslak metnin 9. maddesi de şirketin gördüğü zarardan dolayı bir devletin diplomatik koruma yolunu işletebilmesi için, şirketin, o devletin kanunlarına göre¹⁴² kurulmuş olması gerektiğini belirtmektedir.

¹⁴⁰ Peter MUCHLINSKI, “Corporations in International Law”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi September 2009, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 1,2.

¹⁴¹ Louis HENKIN, “ ‘Nationality’ at the Turn of the Century”, in **Recht zwischen Umbruch und Bewahrung – Festschrift für Rudolf Bernhardt**, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 120, Berlin-Heidelberg-New York: Springer, 1995, s. 95.

¹⁴² Gerçek kişiler için olduğu gibi şirketler için de vatandaşlık tanımak “devletin saklı hakkıdır.”(Bkz. **Nationality Decrees in Tunis and Morocco Case (France v. Great Britain)**, Permanent Court of International Justice, Second (extraordinary) session, Series B, Advisory Opinion no. 4, 7 February 1923, s. 24.

6.2.1.1. Şirketin Vatandaşlığı

Şirketler söz konusu olduğu zaman, gerçek kişilerin vatandaşlığıyla ilgili kurallar yeterli olamamaktadır. Zira öyle bazı durumlarda karşılaşılabilmektedir ki, şirketin vatandaşlığını belirlemek çok zor olmaktadır. Bu husustaki en açık kural, şirketlerin, hissedarlarının çoğunluğunun vatandaşlığını taşıdığı devletin vatandaşlığına sahip olduğunun söylenemeyeceğidir. Genellikle asıl kural şirketin, kurulduğu ve yönetim merkezinin bulunduğu ülkenin vatandaşlığında olduğudur.¹⁴³ Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 9. maddesinin 2. cümlesinde bununla ilgili de bir hüküm getirmektedir. Buna göre şirket, başka bir veya birden fazla devletin vatandaşları tarafından kontrol ediliyor ve artık kurulduğu ülkede hiç faaliyet göstermiyorsa, aynı zamanda şirketin yönetim merkezi ve finansal kontrolü farklı bir ülkedeyse, şirket, merkezinin bulunduğu ülkenin vatandaşıdır.

Uluslararası Hukukun şirketlerin kurulması, yönetimi ve sona ermesi veya şirket ortaklarının hakları ve yükümlülükleri ve onların şirketle olan ilişkisi gibi konularda getirdiği herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak devletlerin iç hukuklarındaki düzenlemelerine dayanılarak kurulan ve vatandaşlık kazanan şirketin uğradığı zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilip işletilemeyeceğini ancak Uluslararası Hukuk belirleyebilir. Bu açıdan diplomatik koruma yolu şirketler için de gerçek kişilerde olduğu gibi ancak Uluslararası Hukukun izin verdiği şekilde işletilebilir.

¹⁴³ AMERASINGHE, a.g.e. (2008), s. 122.

İşte bu aşamada Barcelona Traction¹⁴⁴ davasında Uluslararası Adalet Divanı'nın yapmış olduğu tespit yol gösterici olmaktadır. Bu karara göre uluslararası alandaki önemleri dikkate alınarak, devletin ulusal düzenlemelerine uygun olarak kurulmuş bulunan kuruluşlar Uluslararası Hukukta da tanınmalıdır. Bu husus Uluslararası Hukukla iç hukuk arasındaki kuruluşların benzer bir hale getirilmesi çabası veya Uluslararası Hukuk kurallarının iç hukuka bağımlı olarak oluşturulması anlamına gelmemektedir. Bu durum sadece iç hukukta kurulan ve vatandaşlık tanınan bir şirketin Uluslararası Hukukta da tanınmasının gerekliliğidir. Şirketin veya hissedarların haklarıyla ilgili hukuksal sorunlar meydana geldiği takdirde, bu sorunların iç hukuk kurallarına göre çözülmesi gerekmektedir. Bütün bunlara dayanarak Uluslararası Adalet Divanı uluslararası bu sorunun çözümünde iç hukukların getirdiği düzenlemelerin de dikkate alınmasının yerinde olacağı kanaatine varmıştır.¹⁴⁵

Divan aynı zamanda diplomatik koruma yolunu işletecek devlet açısından şirketin kurulduğu yerin ve onun kayıtlı merkezinin söz konusu devlet ülkesinde olmasının yeterli olduğu kanısına varmıştır. Öyle ki Nottebohm davasında olduğu gibi gerçek bir bağın bulunması koşulu

¹⁴⁴ Barcelona Traction, Light and Power Company merkezinin de bulunduğu yer olan Toronto, Kanada da Kanada hukukuna uygun olarak 1911 yılında kuruldu. Amacı İspanya Katalanya'da elektrik üretimi ve dağıtımı ile ilgili bir sistem kurmak ve bunu geliştirmekti. Bu amacını gerçekleştirebilmek için üçü Kanada'da, diğerleri İspanya'da olmak üzere yan kuruluşlar oluşturdu. İspanya hukukuna uygun bir şekilde kurulan bu yan kuruluşların yönetim merkezleri yine adı geçen ülkede bulunmaktaydı. I. Dünya Savaşı'ndan hemen sonra da şirketin hisselerinin büyük çoğunluğuna Belçika vatandaşları sahip olmuştu. Barcelona Traction kurulduktan sonra pesetas ve sterlin olmak üzere pek çok devlet tahvilini ihraç etmiş, ancak bu tahvillerin kullanımı 1936 – 1939 yılları arasındaki İspanya İç Savaşı Sırasında askıya alınmıştır. 1940 yılında İspanya, pesetas üzerinden olan tahvillerin kullanımına devam ederken, sterlin üzerinden olanların kullanımı reddedilmiştir. 1948 yılında bir İspanyol mahkemesi tarafından şirketin iflası ilan edilmiştir. Önce Kanada, bu duruma müdahalede bulundu ancak bir müddet sonra talebini geri çekti. Daha sonra Belçika şirketin %88'ine kendi vatandaşlarının sahip olmasına dayanarak onların gördüğü zarar nedeniyle diplomatik koruma yolunu işletmiştir. İspanya, şirketin zarar gördüğünü, doğrudan hissedarlara zarar verilmediğini dolayısıyla Belçika'nın yetkisiz olduğunu iddia etmiştir. (bkz. Stephan WITTICH, “**Barcelona Traction Case**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi May 2007, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 1 – 4.)

¹⁴⁵ **Barcelona Traction Light and Power Company Case (Belgium v. Spain)**, International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of 5 February 1970, paragraf 38.

üzerinde bile durmamış, hatta o olayda üzerinde durulan olayların ve verilen kararların, Barcelona Traction davasındaki olay ve durumlarla alakasının dahi olmadığını söylemiştir.¹⁴⁶ Buna dayanarak da Divan, şirketin Kanada’da kurulmuş olması ve merkezinin burada bulunması, şirket toplantılarının bu ülkede gerçekleştirilmesi, her türlü faaliyet raporunun şirketin Kanada’daki varlığına işaret etmesi, Kanada’daki mali otoritelerin yaklaşımı ve diğer devletlerin uzun süreden beri varolan bu kabulü, Barcelona Traction şirketinin Kanada vatandaşlığı altında olduğunu gösterdiğini; çünkü bu durumların Kanada’yla şirket arasındaki bağın çok çeşitli yönlerini ortaya koyduğunu ifade etmiştir.¹⁴⁷

Divan’ın bu kararından çıkarılacak sonuç, şirketle devlet arasında gerçek ve etkin bir bağın bulunup bulunmadığına bakılmasına gerek olmadan, hatta aralarında daha etkin bir bağ bulunduğunu iddia edebilecek bir devletin varlığı araştırılmadan bir takım nedenler yeterli görülerek devletin o şirketten dolayı diplomatik koruma yolunu işletme hakkına sahip olabileceğidir.¹⁴⁸

İşte taslak metnin 9. maddesi de Divan’ın bu yaklaşımıyla örtüşmektedir. Bahsedildiği üzere diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için aslolan şirketin kurulduğu ve yönetim merkezinin bulunduğu ülkedir. Bu düzenlemenin tek farkı, aynı maddenin getirmiş olduğu başka bir devletle açık bir şekilde vatandaşlık bağının olduğu durumların istisna olarak düzenlenmiş olmasıdır.¹⁴⁹

6.2.1.2. Şirketin Vatandaşlığının Sürekliliği

Gerçek kişilerin vatandaşlığıyla ilgili açıklamalar yapılırken vatandaşlığın sürekliliği hakkında genel açıklamalara yer verilmişti. Taslak

¹⁴⁶ Barcelona Traction Light and Power Company Case, paragraf 70.

¹⁴⁷ Barcelona Traction Light and Power Company Case, paragraf 71.

¹⁴⁸ F. A. MANN, “The Protection of Shareholders’ Interests in the Light of the Barcelona Traction Case”, American Journal of International Law, Vol. 67(2), 1973, s. 269.

¹⁴⁹ DUGARD, a.g.m. (2009) , paragraf 34.

metnin 10. maddesi de süreklilik ilkesine şirketler açısından hükümler getirmektedir. Söz konusu madde uyarınca bir devlet, kendisinin veya selef devletin, zararın meydana geldiği ve iddianın yapıldığı tarihler arasında devamlı bir şekilde vatandaşı olan şirketle ilgili olarak diplomatik koruma yolunu işletmeye yetkilidir. Her iki tarihte de şirketin diplomatik koruma yolunu işleten devletin vatandaşı olması, vatandaşlığın sürekliliğine karine teşkil etmektedir.

Şirketlerin vatandaşlığının sürekliliği ilkesi ile ilgili olarak çok fazla sorunla karşılaşmamaktadır; çünkü gerçek kişilerin aksine şirketlerin vatandaşlığı ya şirketlerin yeniden yapılanmasıyla veya onların bir başka devlette yeniden oluşturulmasıyla mümkün olabilmektedir. Her iki durumda da eski şirket yerini yeni bir şirkete bırakmakta ve vatandaşlık bağının kesildiği rahatlıkla anlaşılabilmektedir.¹⁵⁰ Bir şirketin adını değiştirmeden başka bir devletin vatandaşlığına geçebildiği ve bunun sürekliliği etkilemediği tek örnek devletin halefiyetidir.

10. maddenin 2. paragrafına göre diplomatik koruma yolu işletilmeye başlandıktan sonra, şirket, kendisine karşı diplomatik koruma yolu işletilen devletin vatandaşlığına geçerse, bu yolu işleten devlet artık bunu sürdürmek konusunda yetkili değildir.

Aynı maddenin 3. paragrafı sadece şirketler için söz konusu olan bir durum yaratmaktadır. Şirketin varlığı, yabancı devletin vermiş olduğu zarar neticesinde, kurulduğu devletin kanunlarına göre son bulmuşsa, şirketin vatandaşlığında olduğu devlet yine de bu zarar nedeniyle diplomatik koruma yolunu işletmeye yetkili olacaktır.

Konunun iki ayrı boyutu olduğu düşünülebilir. Birincisi varlığı sona eren şirketin uğradığı zararların giderilmesi mümkün olmadığı kabul edildiğinde devletlerin yabancı şirketlere onların varlıklarını tamamen

¹⁵⁰ Bkz. **Orinoco Steamship Company Case (United States v. Venezuela)**, Mixed Claims Commission, Reports of International Arbitral Awards, Vol. IX, 1903 – 1905, United Nations, 2006, s. 192.

ortadan kaldırarak şekilde zarar vermeleri yönünde bir teşviğin ortaya çıkacağıdır. Zira şirketin kişiliği sona erdikten sonra, zarar veren devletin Uluslararası Hukuk bakımından sorumlu tutulmasının önüne geçilmiş olacaktır. Bu tarz uyuşmazlıkların özel hukuk yollarıyla çözümlenmesi bir kenara bırakılırsa, diplomatik korumanın klasik teorisi doğrultusunda bir devlet kendisine zarar veren bir başka devlete karşı uluslararası sorumluluğunu ileri süremeyecektir. Böylesi bir sonuç yapılan Uluslararası Hukuka aykırı bir davranış neticesinde meydana gelen zararın giderilememesi durumuyla karşılaşılmasına yol açabilecektir. Bu bakımdan varlığı sona eren şirketin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletebilmesi yönündeki düzenleme olumludur.

Bununla beraber bu duruma tam tersi bir bakış açısıyla yaklaşılsa, varlığı sona eren şirketin uğradığı zararlarla ilgili olarak bir tazminat alan devletin ne yapacağı da merak konusudur. Artık diplomatik koruma kurumunun klasik yapısı sorgulanmakta, bunun sonucunda da diplomatik koruma yeni ve modern bir anlam kazanmaktadır. Dolayısıyla bu aşamada devletlerin, varlığı sona eren bir şirketten dolayı ortaya çıkan zararın giderilmesini sağlamakla hakkaniyeti tamamen sağlamış olduğu söylenemeyecektir. Hakkaniyet ancak söz konusu şirketin yeniden varlığını devam ettirmesinin sağlandığı veya o şirketin veya hissedarlarının zararlarının tazmin edildiği durumlarda sağlanmış olacaktır. Bu nedenlerle ortadan kalkmış olan bir şirket nedeniyle devletin elde ettiği kazançları varlığı sona eren şirketin hissedarlarına rücu etmek zorunda olup olmadığı hususu modern Uluslararası Hukuk bakımından tartışmaya açıktır.

6.2.1.3. Şirket Hissedarlarının Korunması

Uluslararası Hukuk Komisyonu yabancı devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasına neden olan davranışları neticesinde ortaya çıkan zararlardan dolayı aynı zamanda şirket hissedarlarının da zarar görmesi durumunda diplomatik koruma yolunun işletilmesine ilişkin temel

kuralı, taslak metnin 11. maddesinde, hissedarların vatandaşlığında olduğu devletlerin bu zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunu işletemeyeceği şeklinde düzenlemiştir. Ancak anılan maddenin a paragrafında bu hususun istisnasına yer verilmiş, diplomatik koruma yolunun işletilmesine neden olan zarardan farklı bir nedenle şirketin tamamen ortadan kalkması halinde ortaya çıkabilecek hakkaniyete aykırı durum göz önünde tutulmuştur. Söz konusu şartlar altında hissedarların uğramış olduğu zararlardan dolayı onların vatandaşlığında olduğu devletin veya devletlerin diplomatik koruma yolunu işletmeye yetkili olduğu madde metninde ifade edilmiştir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 11. maddede şirket hissedarlarının uğradığı zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilmesine ilişkin oluşturduğu kural ilk kez Uluslararası Adalet Divanı tarafından Barcelona Traction Davasında ortaya konmuştur. Divan, bu kuralın Uluslararası Hukukun temel bir prensibi olmasını sağlamıştır.¹⁵¹ Buna göre yabancı devletin davranışı neticesinde hem şirket, hem de hissedarlar zarara uğramış olabilirler; ancak aslolan şirketin zararıdır ve hissedarlar da kendilerinin değil şirketin zararının giderilmesi adına hareket etmelidirler.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 11. maddeyi bu şekilde kaleme alması önemli bir hususu göz önüne sermektedir. Buna göre Barcelona Traction Davasında Divan'ın ortaya koyduğu, şirketin kurulduğu yer devletin diplomatik koruma hakkına sahip olduğu kuralı, bugün için bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline gelmiştir ve Komisyon bu kuralı kodifiye etme çabası içindedir.

Divan, bu karara varırken pek çok açıdan değerlendirme yapmıştır.¹⁵² Öncelikle, hissedarların, yatırım yaparken risk alan kişiler olması bakımından bir değerlendirmede bulunulmuştur. Bu kişilerin yabancı bir

¹⁵¹ Bkz. MANN, **a.g.m.**, s. 272.

¹⁵² Lawrence Jahoon LEE, "Barcelona Traction in the 21st Century: Revisiting its Customary and Policy Underpinnings 35 Years Later", Stanford Journal of International Law, Vol. 42 (2), 2006, s. 238.

devlette şirket kurarken kendi adlarına o devletin diplomatik koruma yolunu işletmeyeceği riskini aldıklarını belirtmiştir.¹⁵³ Bu yaklaşım eleştiriye açıktır. Her şeyden önce klasik anlamında diplomatik koruma devletlere tanınan bir haktır. Devletler, bu yolu işletip işletmeyeceklerine, işlettikleri zaman, elde ettikleri faydaları, vatandaşlarına yansıtıp yansıtmayacaklarına tamamen kendileri karar vermektedirler. Ancak Divan'ın bu yaklaşımı vatandaşlık bağından doğan devlete ait bir hakkın kişiye devredilmesi sonucunu doğuracaktır.

Divan konuyla ilgili bir diğer değerlendirmesini her hissedarın vatandaşı olduğu devlete bu yetkinin verilmesinin, aynı konuyla ilgili birden çok devletin diplomatik koruma yolunu işletmesine neden olma ihtimali bakımından yapmıştır. Divan, böyle bir sonucun meydana gelmesi durumunda da neden her bir kişinin şirketi zarara uğratan devletin iç hukuk yolları çerçevesinde hissedar olarak kendi zararlarının giderilmesini talep edemeyeceği sorusuyla karşılaşılacağını belirtmiştir.¹⁵⁴ Divan, birden fazla devletin diplomatik koruma yolunu işletmesi ihtimalini gerekçe olarak göstererek, Uluslararası Hukuk kuralları tarafından desteklenemeyen bir yaklaşımda bulunmuştur. Zira hissedarların kişisel zararlarından dolayı bu yol işletilecekse, her bir kişinin uğradığı zarar miktarında talepte bulunulması gayet doğaldır. Konunun, meydana gelen bir zararın, zarara neden olan davranışı gerçekleştiren devletin uluslararası sorumluluğu bakımından değerlendirilmesi gerekir. Öncelik zarar veren devletin sorumluluğunun gündeme getirilerek, varolan hukuka aykırı durumun düzeltilmesinin sağlanmasıdır.

Divan'ın bu düşüncesinin yanı sıra kişilerin hissedar olarak kişisel zararlarının giderilmesi için iç hukuk yollarını işletememelerine rağmen devletlerin diplomatik koruma yolunu işletmelerini bir çelişki olarak ifade etmesi konuya farklı bir boyut kazandırmıştır. İlk bakışta, Divan'ın bu gerekçesinin yerinde olduğu düşünülebilir. Zira diplomatik koruma yolunu

¹⁵³ **Barcelona Traction Light and Power Company Case**, paragraf 99.

¹⁵⁴ **Barcelona Traction Light and Power Company Case**, paragraf 94 – 96.

işletebilmenin koşullarından birisi de, kişinin zarar gördüğü devlete karşı iç hukuk yollarını tüketmesidir. Divan bu hakka sahip olmayan kişinin uğradığı zarardan ötürü onun vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletemeyeceği yönünde bir sonucu ortaya koymaktadır. Ancak Divan'ın bu durumu iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının bir istisnası olarak görmesini engelleyen hususun ne olduğu konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Divan'ın bu gerekçesi de yerinde değildir. Varolan iç hukuk ve Uluslararası Hukuk kuralları çerçevesinde yapılan bu yorum tartışmaya açıktır.. Bu görüşün eleştirilebileceği en önemli nokta, şirket hissedarlarının yabancı bir devlette kurdukları şirketin uğradığı zararlardan ötürü, şirketin zararlarının giderilmesi için şirkete zarar veren devletin iç hukuk yollarına başvurma hakkına sahip olmalarıdır. Zaten bu yola başvurarak sonuç alındığında şirketin ve dolayısıyla hissedarların zararları giderilmiş olacaktır. Aksi bir durum devletlerin Uluslararası Hukuka aykırı davranışlarının ödüllendirilmesi anlamına gelir.

Divan son olarak bu hususu birden fazla vatandaşlığı olan gerçek kişilerin durumuyla bir arada değerlendirmiştir. Buna göre birden fazla vatandaşlığı olan gerçek kişilerle ilgili diplomatik koruma yolu işletilirken sınırlı sayıda devletle muhatap olunmaktadır. Vatandaşlık bağının gerçek ve etkin olduğunun belirlenmesi dışında bir sorun yoktur. Aynı şekilde uluslararası örgütler de kendi bünyelerinde çalışan gerçek kişilerin uğradıkları zararlardan dolayı fonksiyonel koruma sağlamaktadırlar. Ancak bu durumda da fonksiyonel koruma yolunu işletme ihtimali olan Uluslararası Hukuk kişinin sayısı öngörülebilirdir. Ancak şirketler açısından bu yolun açılması çok fazla sayıda devletin diplomatik koruma yolunu işletmesine neden olabilecek ve bu durum beraberinde başka sorun ve uyuşmazlıkları beraberinde getirerek bir kaos ortamı yaratabilecektir.¹⁵⁵ Bu gerekçe Divan'ın konuya ilişkin pragmatik bir çözüm bulma çabasını göz önüne sermektedir.

¹⁵⁵ Bkz. **Barcelona Traction Light and Power Company Case**, paragraf 98.

Bu noktada Divan, her devletin kendi vatandaşını bu şekilde koruma altına almak istemesinin karışıklığa neden olacağı, ekonomik ve hukuki ilişkilerin etkileneceği sonucuna ulaşmaktadır.¹⁵⁶

Divan'ın Barcelona Traction Davasında Belçika'nın diplomatik koruma yolunu kullanma yetkisinin olmadığına ilişkin kararında gösterdiği gerekçeler, Uluslararası Hukuk kurallarına dayanmamaktadır.¹⁵⁷ Divan, hukuki olmayan bir yaklaşımda bulunmuştur.

Divan, Barcelona Traction Davasında iki durumda hissedarların uğradıkları zararlar nedeniyle diplomatik koruma yolunun işletilebileceğini belirtmiştir. Birincisi, şirketin, kurulduğu devlet kanunlarına göre varlığının son bulması durumudur. İkincisi de zararı şirketin kurulduğu yer devletin vermiş olmasıdır. Her iki durum da söz konusu davanın konusunu oluşturmadığı için bu hususlar somut olayda değerlendirilememiştir.¹⁵⁸

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 11. maddesi, hissedarlar dışındaki kar payı sahipleri, vekiller ve kayyumlar gibi diğer yatırımcılar için herhangi bir hüküm getirmemektedir. Tamamen şirketlerin hissedarlarına yoğunlaşmıştır. Bu kişilerin vatandaşlık bağına dayanarak korunamamalarına ilişkin bir açıklamayla da karşılaşmamaktadır.¹⁵⁹

6.2.1.4. Şirket Hissedarlarına Yönelik Doğrudan Zararlar

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 12. maddesi, şirket hissedarlarının diplomatik koruma altına alınabilmeleri imkanı üzerinde durmaktadır. Devlet, davranışıyla hissedarları şirketin uğradığı zararlardan bağımsız başka zararlara uğratiyorsa, bu kişilerin vatandaşlığında olduğu

¹⁵⁶ Preston G. LUTZ, “**Diplomatic Protection of Corporations and Shareholders – Capacity of Government to Espouse Claims of Shareholders of a Foreign Corporation**”, California Western International Law Journal, Vol. 1, 1970, s. 145.

¹⁵⁷ Herbert W. BRIGGS, “**Barcelona Traction: The Jus Standi of Belgium**”, American Journal of International Law, Vol. 65 (2) , 1970, s. 345.

¹⁵⁸ Bkz. **Barcelona Traction Light and Power Company Case**, paragraf 65 – 68. (Bu durumun kabul edilemez olduğunu belirten MANN'ın görüşü için bkz. MANN, **a.g.m.** , s. 271.)

¹⁵⁹ ILC, **A/61/10**, s. 60.

devletler, diplomatik koruma yolunu işletmeye yetkilidirler. Barcelona Traction Davası'nda da Uluslararası Adalet Divanı, zarar veren devletin davranışlarından dolayı hissedarların uğradıkları zararlarla ilgili olarak, bu kişilerin tek başlarına hareket şanslarının bulunmadığını ifade etmiştir. Ancak Divan, bu davranışın doğrudan şirketin hissedarlarına karşı yapılıyorsa, bu kişilerin vatandaşı oldukları devletlerin diplomatik koruma yolunu işletebileceğini söylemiştir.¹⁶⁰ Bununla birlikte somut olayda Belçika, sadece şirketin uğradığı zararlardan bahsettiği ve vatandaşlarına yönelik doğrudan bir davranışta bulunulduğu iddiasında olmadığından Divan bu görüşü hakkında detaylı açıklama yapma gereği duymamıştır.¹⁶¹

Yabancı devletin hissedara yönelik doğrudan bir davranışla, onun, hisselerine haksız yere el konulması, şirket toplantılarına katılmasının engellenmesi, kar paylarını toplamasına izin verilmemesi gibi davranışlardan doğan zararlardan ötürü, hissedarın vatandaşlığında olduğu devlet diplomatik koruma yolunu işletebilecektir.¹⁶²

Bugün varolan Uluslararası Hukuk kuralları ve uluslararası ilişkiler çerçevesinde, bir şirketin yabancı bir devlet tarafından zarar uğratılması durumunda, uyuşmazlığın çözülmesi ve zararın giderilmesi açısından kullanılabilecek tek yol diplomatik koruma değildir. Günümüzde “iki taraflı yatırım sözleşmeleri” ve “ICSID” gibi farklı kavramlar uluslararası yatırımlara yön verebilmektedir. Böylece devletler kendileri, şartlarını belirleyerek, kişisel olarak hissedarların şirketten dolayı uğradıkları zararların giderilmesini sağlayabilirler.¹⁶³ Dolayısıyla diplomatik koruma yolu, bu tarz başka uyuşmazlık çözüm yolları öngörülmediğinde işletilecektir. Söz konusu husus taslak metnin 17. maddesinde, Uluslararası Hukuk tarafından, örneğin yatırımların korunmasına ilişkin bir antlaşmayla, düzenlenmiş özel durumlar

¹⁶⁰ **Barcelona Traction Light and Power Company Case**, paragraf 46,47.

¹⁶¹ ILC, A/61/10, s. 66.

¹⁶² Eduardo Jimenez DE ARECHAGA, “**Diplomatic Protection of Shareholders in International Law**”, Philippine Journal of International Law, Vol. 4 (1,2), January – June 1965, s. 75.

¹⁶³ LEE, a.g.m., s. 274.

bulunması durumunda taslak metnin ilgili hükümlerinin uygulanmayacağı şeklinde ifade edilmiştir.

6.2.2. Diğer Tüzel Kişiler

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 13. maddesinde bahsedilen, aynı taslak metnin 3. kısmında yer alan kuralların diğer tüzel kişiler açısından da dikkate alınabileceği ifade edilmektedir. Diplomatik koruma yolu genellikle gerçek kişilerin ve şirketlerin gördüğü zararlar nedeniyle işletilmekle beraber, şirketler dışındaki başka tüzel kişilerin zararlarından dolayı da bu yol işletilebilecektir. Bu tüzel kişilerin vatandaşlığında oldukları devletlerden bağımsız bir kişilikleri bulunmaktadır. Daha doğru bir ifadeyle taslak metinde bahsedilen söz konusu tüzel kişiler, vatandaşlığında oldukları devletler adına doğrudan hareket eden, o devletlerin yetkilerini kullanan ve o devletlere bağlı olan kişiler değildir. Şirketler de vatandaşlığında oldukları devletlerden bağımsız birer kişiliğe sahiptirler. Ancak şirketler dışındaki pek çok tüzel kişinin davranışının devletin davranışı olarak görülmesi olasılığı bulunmaktadır. Dolayısıyla 13. maddede şirketler için getirilen kuralların ancak “uygun olduğu ölçüde” diğer tüzel kişiler açısından da kullanılabileceği belirtilmiştir.¹⁶⁴

Günümüzde dünya üzerinde farklı özelliklerde çok sayıda tüzel kişi bulunmaktadır. Bu kişiler arasında ortak özellikler, bir bütünlük bulmak imkansızdır. Bununla beraber şirketler; kamu kuruluşları, üniversiteler, belediyeler ve diğer tüzel kişilerin aksine, ticaret ve kar amacı güden bir yapıya sahip olup, uluslararası ekonominin ilerlemesini sağlamaktadırlar. Bu yüzden diplomatik koruma, daha çok yabancı yatırımın korunması amacını gütmektedir. Bu konuda yapılan çalışmalar ve uygulamalarda diğer tüzel kişilere nazaran şirketler üzerine yoğunlaşmaktadır.¹⁶⁵

¹⁶⁴ ILC, A/61/10, s. 70.

¹⁶⁵ AMERASINGHE, a.g.e. (2008), s. 139.

Şirketlerin bu özel durumu, diğer başka tüzel kişilerle ilgili olarak da diplomatik koruma yolunun işletilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Önemli olan söz konusu diğer tüzel kişilerin gördüğü zararlar nedeniyle onların vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletebilmesi için gerekli koşulların yerine getirilmiş olmasıdır.

6.3. Devletin, Vatandaşı Olmayan Kişilerin Uğradığı Zararlardan Dolayı Diplomatik Koruma Yolunu İşletmesi

Diplomatik koruma yolunu işletebilmek için ana kural, kişiyle devlet arasında vatandaşlık bağının bulunmasıdır. Daha önce de belirtildiği üzere devlet, yabancı bir devletin, vatandaşına verdiği zararı, kendisine verilmiş saymakta ve şu ana kadar anlatılan koşulların gerçekleşmesi durumunda diplomatik koruma yolunu işletmektedir. Diplomatik koruma yolunun işletilmesi için olmazsa olmaz vatandaşlık koşulunun vatansızlar ve mülteciler açısından bir istisnası öngörül müştür. Ancak devletin vatandaşı dışındaki bir kişinin uğradığı zarardan dolayı diplomatik koruma yolunu işletebilmesi diplomatik koruma açısından son derece ilginç sonuçların ortaya çıkmasının sebebi olabilecektir. Zira diplomatik koruma söz konusu olduğu zaman amaç vatandaşlık bağı gibi bir bağ nedeniyle kişinin uğradığı zararın onun vatandaşlığında olduğu devletin zararı olarak görülerek, söz konusu zararın giderilmesinin sağlanmasıdır. Bununla birlikte devletin, diplomatik koruma yolunu vatandaşı olmayan kişilerin zararları nedeniyle işletmesi, devletle arasında böylesi bir bağ bulunmayan kişilerin uğradığı zararın, o devletin zararı olarak görülerek bir başka devletin uluslararası sorumluluğunun ileri sürülmesi sonucunu doğuracaktır. Buna bağlı olarak diplomatik korumanın klasik yapısı bakımından bazı çelişkiler de ortaya çıkacaktır. Bu sebeple, devletin vatandaşı olmayan kişilerin uğradıkları zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunu işletme hakkına ilişkin kurallar, insan hakları hukuku alanında meydana gelen gelişmeler ön planda tutularak yeniden ele alınmalıdır.

6.3.1. Vatansızlar

Vatansızlık konusuna verilen önem, hiçbir devlet vatandaşlığı olmayan veya etkin vatandaşlığı olmayan insan sayısının çoğalmasıyla artmıştır. 1954 tarihli “Vatansız Kişilerin Statüsü Hakkında Sözleşme”nin 1. maddesine göre vatansız, herhangi bir devletin kanunları uyarınca vatandaş olarak nitelendirilmeyen kişidir. Bu durum *de jure* vatansızlıktır; çünkü bir devletin kanununun uygulanması neticesinde kimin vatandaş olup, kimin olmadığı açıkça ortaya konmaktadır. Bir de Alman Yahudilerinin İkinci Dünya Savaşı dönemindeki konumları örneğinde olduğu gibi kişilerin, vatandaş olarak kabul edildikleri halde, bu statülerinin getirdiği haklardan yararlanamamaları nedeniyle, etkin bir bağın bulunmaması durumu ortaya çıkabilir ki bu durumda da *de facto* vatansızlıktan bahsedilir.¹⁶⁶

Vatandaşlık bağı kişiyi devlete bağlayan hukuki ve siyasi bir bağıdır. Vatansız kişi, bu bağın bulunmaması nedeniyle devlet korumasından ve bir ülkedeki vatandaşlara tanınan temel haklardan yoksun kalır. Kişilere vatandaş oldukları devlet tarafından geniş haklar tanınıp, koruma sağlanırken; vatansızlar bir sorunla karşı karşıya kaldıkları zaman kendilerine tanınan son derece sınırlı haklar dahilinde hareket etmek zorunda kalmaktadırlar.¹⁶⁷

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 8. maddesi vatansızlarla ilgili bir düzenleme getirmektedir. Buna göre devlet, zararın meydana geldiği ve resmi olarak iddianın ortaya konduğu tarihlerde yasal ve mutlak bir şekilde ülkesinde ikamet eden vatansızların uğradıkları zararlara dayanarak diplomatik koruma yolunu işletebilir.

Amerika Birleşik Devletleri – Meksika Komisyonu, vatandaşlığı olmayan kişiye verilen zararlardan dolayı bir devletin sorumlu

¹⁶⁶ Carol A. BATCHELOR, “Stateless Persons: Some Gaps in International Protection”, International Journal of Refugee Law, Vol. 7(2), 1995, s. 232,233.

¹⁶⁷ Ellen H. GREIPER, “Stateless Persons and Their Lack of Access to Judicial Forums”, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 11 (2), 1985, s. 440.

tutulamayacağını, bu nedenle vatansız kişilerin gördüğü zararların giderilmesi talebiyle hiçbir devletin diplomatik koruma yolunu işletemeyeceğini belirtmiştir.¹⁶⁸

Bu hüküm, Uluslararası Hukukun vatansızlara ve aynı zamanda mültecilere olan hassas yaklaşımını çok fazla etkilememiştir. Zira Uluslararası Hukuk bu kişilerin durumlarıyla yakından ilgilenmektedir.¹⁶⁹

6.3.2. Mülteciler

Mülteci kelimesi, sosyolojik olarak yurtlarından kovulup başka yerlere sığınmak zorunda olan kimseler anlamında kullanılmaktadır. Günümüzde ise bu kavrama hukuki bir anlam yüklenmiş olup, çok çeşitli uluslararası kuruluşlar bu sorunla ilgili çalışmalar yürütmektedir. Mülteci kavramının genel kabul görmüş bir tanımı olmamakla birlikte, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'den (MHDDS) mülteci sayılmak için sahip olunması gereken şartların, kişinin vatandaşı olduğu devletin korumasından ırkı, dini veya politik düşüncesi gibi sebeplerle yararlanamaması veya yaşadığı korku nedeniyle bu haktan yararlanmak istememesi ve bir başka ülkede bulunması olduğu anlaşılmaktadır.¹⁷⁰

Mülteciler hakkında kabul edilen husus bu kişilerin diplomatik koruma hakkından yoksun olduklarıdır. Mülteciler, vatandaşı oldukları devlet tarafından baskı altında oldukları veya zulme uğradıkları için uluslararası korumadan yoksundurlar. Dolayısıyla diplomatik koruma hakkının kendileri açısından getirebileceği haklardan faydalanamazlar. Mültecilerle ilgili çözümlenmesi hedeflenen sorunlardan birisi de diplomatik korumanın faydalarından bu kişilerin yararlanamamasıdır. Vatansızlarla ilgili diplomatik koruma yolunun kural olarak işletilememesinin nedeni bu kişilerin bir devletle

¹⁶⁸ **Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) v. United Mexican States**, United States – Mexican Claims Commission, July 1931, Reports of International Arbitral Awards, Vol. IV, United Nations, 2006, s. 278.

¹⁶⁹ ILC, A/61/10, s. 48.

¹⁷⁰ Eberhard JAHN, “Refugees”, in **Encyclopedia of Public International Law**, Vol. 8, editörler Rudolf DOLZER ve diğerleri, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland, 1985, s. 452, 453.

aralarında vatandaşlık bağının bulunmamasıdır. Bununla beraber mültecilerin, bir devletin vatandaşlığını taşımalarına rağmen, uğradıkları zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilememesinin nedeni bu kişilerin çeşitli nedenlerle vatandaşlıklarına bağlı olarak ortaya çıkabilecek sonuçlardan mahrum olmalarından kaynaklanmaktadır.¹⁷¹

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 8. maddesinin 2. paragrafı uyarınca bir devlet, Uluslararası Hukukun öngördüğü standartlara sahip kişileri mülteci olarak tanıyıp kabul edebilir. Bu devlet, onların görmüş olduğu zararlardan dolayı, eğer söz konusu kişiler zararın meydana geldiği ve resmi iddianın ileri sürüldüğü tarihlerde o devlet ülkesinde ikamet ediyorlarsa, diplomatik koruma yolunu işletebilir; ancak aynı maddenin 3. paragrafına göre mültecilerin vatandaşı olduğu devlete karşı bu yol işletilemez.

Vatansızlık ve mültecilik, insan hakları hukukunun üzerinde durduğu çok önemli iki kavramdır. Bireyin korunması düşüncesinin Uluslararası Hukukta önemli bir yer edinmeye başlaması ile birlikte, diplomatik koruma da dahil pek çok klasik Uluslararası Hukuk kurumu, vatansızlar ve mülteciler ile ilgili yaşanan gelişmelere göre yeniden ele alınmaktadır.

7. Şirketin Gördüğü Zararlardan Dolayı Şirket Hissedarlarının Vatandaşlığında Oldukları Devletlerin Diplomatik Koruma Yolunu İşletmesi

Uluslararası Adalet Divanı, Barcelona Traction Davasında bir başka devletin vatandaşlığını taşıyan şirketlerin hissedarları açısından diplomatik korumanın klasik yapısına uygun bir sonuca varmıştır. Buna göre Divan, kendisinin üzerinde durduğu birtakım istisnalar dışında, şirket hissedarlarının vatandaşlığında olduğu devlet ya da devletlerin şirketin gördüğü zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunu işletemeyeceğini kabul etmiştir.

¹⁷¹ Niraj NATHWANI, **Rethinking Refugee Law**, Refugees and Human Rights Vol. 7, The Hague-London-New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, s. 7.

Bu karar, pek çok açıdan tartışılmış ve eleştirilmiştir. Uluslararası alanda meydana gelen yatırımlara ilişkin yeni gelişmelere paralel olarak, uygulanan Uluslararası Hukukta bir takım farklı yaklaşımlara rastlanmaya başlanmıştır. Gelişmelerin bir kısmı uluslararası yargı kararlarına da yansımıştır. Bu açıdan ELSI¹⁷² ve Diallo davalarında şirketin gördüğü zararlardan dolayı, şirket hissedarlarının vatandaşlığında olduğu devletlerin diplomatik koruma yolunu işletmesi bakımından yeni bazı yaklaşımların benimsenmeye başlandığı görülmektedir.

7.1. ELSI Davası

ELSI davası iki açıdan önem taşımaktadır. İlki iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının uygulanmasına ilişkindir. İkincisi ise şirket hissedarlarının şirketten bağımsız olarak düşünülerek, şirketin uğradığı zararın giderilmesi için onlar adına diplomatik koruma yolunun işletilip işletilemeyeceği hususudur.

Bu dava İtalya ile Amerika arasında, anılan devletlerin önceden yaptıkları Dostluk, Ticaret ve Dolaşım Antlaşması'nın hükümlerinin ihlal edildiği iddiasıyla Amerika'nın uyuşmazlığı Uluslararası Adalet Divanı'nın önüne getirmesiyle başlamıştır. Divan, öncelikle Amerika'nın adı geçen antlaşmanın ihlali durumunda uyuşmazlığın uluslararası yargıda çözümlenebileceğini belirten maddesine dayanarak, böyle bir durumda, iç

¹⁷² Bir İtalyan Şirketi olan Elttronica Sicula S.p.A (ELSI)'nın hisseleri 1955 – 1967 yılları arasında Amerikan şirketi The Raytheon Company tarafından alınmıştır. Daha sonra Mart 1968'de fon değerlerindeki düşüş gerekçe gösterilerek, yönetim kurulu tarafından şirketin ticari faaliyetlerine son verilmesine karar verilmiştir. Bunun üzerine şirket merkezinin bulunduğu Palermo şehrinin belediye başkanı, Nisan 1968'de ulusal ekonomideki yerini ve önemini göz önünde bulundurarak şirket fabrikasına ve diğer mal varlıklarına 6 aylığına el konulması yönünde karar vermiştir. Bu karara karşı Vali'ye itirazda bulunulmuş, Vali kararını Ağustos 1969'da vermiştir. Fabrikalarına ve diğer malvarlığına el konulması nedeniyle likit fon bulamamasını gerekçe göstererek ELSI iflasını talep etmiş, bir yediemin atanmıştır. Bu süreç devam etmiş el konulan malvarlığı kendisine iade edilene kadar, büyük değer kaybetmiş ve ciddi bir zarar ortaya çıkmıştır. İtalyan mahkemesinin bu konuyla ilgili önüne gelen uyuşmazlıkta vermiş olduğu tazminat kararıysa, hissedarların zararlarının giderilmesini de sağlayacak bir miktar olmamıştır. Amerika da, İtalya ile daha önce yapmış olduğu 2 Şubat 1948 tarihli (1951 yılında yeniden düzenlenen) Dostluk, Ticaret ve Dolaşım Antlaşması'na aykırılık olduğunu belirterek sorunu Uluslararası Adalet Divanı'na götürmüştür. (Bkz. Kurt J. HAMROCK, "The ELSI Case: Toward an International Definition of Arbitrary Conduct", Texas International Law Journal, Vol. 27 (3), 1992, s. 839 – 843.)

hukuk yollarının tüketilmesi kuralının uygulanmasına gerek olmadığı iddiasını değerlendirmiştir. Divan'ın varmış olduğu kanı iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının, bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olduğu, bu nedenle zarara uğradığı iddia edilen kişinin öncelikle bu yolları tamamlamasının gerekli olduğudur.¹⁷³ Bununla beraber ikili antlaşmalarla iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralından vazgeçilmiş olacağına dair mahkeme kararları da bulunmaktadır.¹⁷⁴ Dolayısıyla Divan'ın iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralını bu kadar sıkı uygulaması eleştirilmiştir.¹⁷⁵ Bununla beraber bu eleştirilerin yerindeliği de tartışmaya açıktır.

Divan'ın ikinci önemli yaklaşımıysa şirket hissedarlarının korunmasıyla ilgilidir. Raytheon ve Machlett'in bir İtalyan Şirketi olan ELSI'nin görmüş olduğu zararlardan, hissedarları olarak etkilenmesi sebebiyle adı geçen iki şirketin vatandaşlığında olduğu Amerika'nın Uluslararası Adalet Divanı önüne bu uyuşmazlığı getirmesi sonucu Divan, Amerika'nın bu yetkiye sahip olduğunu düşünerek uyuşmazlığı ele almıştır.

Divan, uluslararası sorumluluğun doğmasına neden olan bir davranış olmadığı için, Raytheon ve Machlett adlı şirketlerin gördüğü zararla ilgili olarak karar veremeyeceğini belirtmiştir.¹⁷⁶ Eğer uluslararası sorumluluğun doğmasına neden olan bir davranış meydana gelmiş ve diğer şartlar da yerine getirilmiş olsaydı¹⁷⁷, Divan, Amerika'nın bir başka devlet vatandaşı olan şirketin uğradığı zarar nedeniyle hissedarı olan kendi vatandaşlarının

¹⁷³ **Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) Case (United States of America v. Italy)**, International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of 20 July 1989, paragraf 49 – 55.

¹⁷⁴ Bkz. **General Ukraine Inc. v. Ukraine**, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Case No: ARB/00/9, Award, 16 September 2003, <http://www.asil.org/ilm/Ukraine.pdf> (son erişim tarihi 14.04.2011), s. 44, paragraf 13.5.

¹⁷⁵ Peter MUCHLUNSKI, “**The Diplomatic Protection of Foreign Investors: A Tale of Judicial Caution**”, in **International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer**, Editörler Christina BINDER ve diğerleri, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, s. 346.

¹⁷⁶ **ELSI Case**, paragraf 70.

¹⁷⁷ Bkz. Alexander L. PALENZUELA, “**The International Court of Justice and the Standing of Corporate Shareholders under International Law: Elettronica Sicula v. Raytheon (U.S. v. Italy)**”, Miami Yearbook of International Law, Vol. 1, 1991, s. 299 – 301.

zararlarının giderilmemesi sebebiyle, diplomatik koruma yolunun işletilebileceğini kabul etmiştir.

Söz konusu karar devletlerin, milyarlarca dolar para harcanarak yapılan yatırımlar sonucu oluşabilecek olan zararlarının giderilmesi ve yatırımcıların kendilerini daha güvende hissetmeleri açısından önemlidir.¹⁷⁸

Bu karar, Barcelona Traction davasında Divan'ın öngörmüş olduğu istisnalarla uyumlu olmuştur. Buna göre şirketin uğradığı zarar, şirketin kurulduğu ve vatandaşlığını taşıdığı devletin davranışları neticesinde meydana gelme koşulunu yerine getirdiği için, Amerika'nın şirketin hissedarı olan kendi vatandaşlarını koruma altına alması, Divan'ın Barcelona Traction davasında bahsettiği üç istisnadan birisi olarak da göze çarpmaktadır.

7.2. Diallo Davası¹⁷⁹

Diallo davası da ELSI davasına benzer şekilde, öncelikle Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin (DKC), iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazının çözüme kavuşturulmasıyla başlamıştır. Uluslararası Adalet Divanı DKC'nin iddiasını Diallo'nun etkin bir şekilde başvurup sonuç alacağı idari ve

¹⁷⁸ Bkz. Stephen A. KUBIATOWSKI, “The Case of Elettronica Sicula S. p. A.: Toward Greater Protection of Shareholders' Rights in Foreign Investments”, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 29(1), 1991, s. 217.

¹⁷⁹ Gine vatandaşı olan Ahmadou Sadio Diallo, 1964 yılında adı o zaman için Kongo olan ve daha sonra 1971 yılında Zaire olarak değiştirilen Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne yerleşmiştir. 1974 yılında Africom-Zaire adında bir ithalat ihracat şirketi kurmuş ve işlerini büyütürken, iki ortağıyla beraber ikinci şirketi olan Africontainers-Zaire'yi kurmuştur. 1980 yılında ortakları şirketten çekilmiş, Diallo tek yönetici olarak kalmış, diğer iki ortağından kalan borçlar sebebiyle de pek çok şirketin davası veya borcun ödenmesi yönündeki talebiyle karşı karşıya kalmıştır. 1995 yılında Zaire başbakanının resmi sınır dışı edilme emri ile 1996 yılında Zaire'yi terk etmiş ve Gine'ye geri dönmüştür. Yaklaşık 18 ay sonra da Zaire, yerini yeni adı Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne bırakmıştır. (Stephen J. KNIGHT ve Angus J. O'BREIN, “Case Note – Ahmadou Sadio Diallo – Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo – Clarifying the Scope of Diplomatic Protection of Corporate and Shareholder Right”, Melbourne Journal of International Law, Vol. 9, 2008, s. 154.); Gine, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin, alıkoyma, tutuklama ve sınır dışı etme eylemlerinden doğan zararları gidermekle yükümlü olduğunu iddia ederek Uluslararası Adalet Divanı'na başvurmuştur. (David HARRIS, **Cases and Materials on International Law**, Seventh edition, London, Sweet & Maxwell, 2010, s. 525.)

yargısal yolların bulunmaması gerekçesine dayanarak reddetmiştir.¹⁸⁰ Daha sonra da birkaç farklı husus üzerinde durulmuştur.

7.2.1. Hissedarlık ve Diplomatik Koruma

DKC, iki açıdan Gine'nin diplomatik koruma yoluna başvurmasına karşı çıkmıştır. İlki Gine'nin Diallo'nun Africom-Zaire ve Africontainers- Zaire şirketlerinin ortağı olması sebebiyle bu yolu işletme yetkisine sahip olmadığı, ikincisi ise Gine'nin bu yetkiye sahip olsa bile Diallo'nun iç hukuk yollarını tüketmemiş olduğudur.¹⁸¹

DKC, Barcelona Traction Davasında Uluslararası Adalet Divanı'nın kararı ve diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 12. maddesine göre, şirket ortağı olan bir kişinin, kendisine yönelik doğrudan bir eylemden dolayı zarar görmesi durumunda, vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletebileceğini kabul ettiğini; fakat Gine'nin Diallo'nun, sahibi olduğu iki şirketin uğradığı zararlardan ötürü oluşan mağduriyetine dayanarak söz konusu yolu işletmesinin bu istisnai duruma uygun olmadığını ifade etmiştir.¹⁸²

Divan, bu iddialar üzerine konuyu ele almış ve bir karara varmıştır. Divan'a göre bir şirketin bağımsız bir kişiliğinin olup olmadığını ve şirketin ortaklarıyla ilişkisini belirleyen, şirketin vatandaşlığında olduğu devlettir. Olayda DKC, şirketin hissedarlardan bağımsız bir kişiliğinin olduğunu belirtmekle beraber, şirketin borçlarından dolayı, hissedarın gösterdiği sermaye oranında onu sorumlu tutmakta ve şirketin olası borçlarının bu şekilde ödenebileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla Divan'a göre şirketin zararları ile hissedarların zararları birbirlerinden farklıdır. Hissedarın şirketin gördüğü zarardan dolayı zarara uğradığı ve bu nedenle hissedarın vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletebileceğinin

¹⁸⁰ **Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)**, Preliminary objections, International Court of Justice, 24 May 2007, No: 103, paragraf 40.

¹⁸¹ **Ahmadou Sadio Diallo Case**, Preliminary objections, paragraf 32.

¹⁸² KNIGHT, a.g.m., s. 156,157.

söylenebilmesi için, şirkete yönelik doğrudan zararın aynı zamanda bireye yönelik de doğrudan bir zarar olması gerekmektedir.¹⁸³

Bu karar çok büyük bir ilerleme sağlamamıştır. Zira Divan, şirketten bağımsız olarak hissedarların korunması konusunda, Barcelona Traction davasında belirtilen istisnalara uygun bir yorumda bulunmuştur. Bununla beraber şirketin ve hissedarların zararlarının belirlenmesinde Barcelona Traction Davası'ndan farklı olarak devletlerin iç hukuklarının göz önünde bulundurulması gerektiğini, ancak bu şekilde kişinin gördüğü doğrudan zararın belirlenebileceğini ifade etmiştir. Hissedarın şirket dolayısıyla uğradığı doğrudan zarar ancak bu şekilde belirlenebilecektir. Divan böylece daha öngörülebilir, etkin ve uygulanması kolay bir kriter getirmiştir.¹⁸⁴

7.2.2. Şirket ve Diplomatik Koruma

Gine, Diallo davasında Africom-Zaire ve Africontainers-Zaire şirketlerinin görmüş oldukları zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunu işletebileceğini iddia etmiştir. Gine bu iddiasını Barcelona Traction davasında, Uluslararası Adalet Divanı'nın ortaya koyduğu görüşe dayandırmıştır. Buna göre Gine, şirketin gördüğü zarardan dolayı diplomatik koruma yoluna başvurabileceğini; çünkü şirketin zarar görmesine neden olan davranışlarda bulunan devletin, o şirketin vatandaşlığını taşıdığı devlet olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle adı geçen devlet hakkaniyet çerçevesinde diplomatik koruma yolunu işletme hakkının ortaya çıktığını ileri sürmüştür.¹⁸⁵ Barcelona Traction kararından hareketle Gine, şirketin gördüğü zararın vatandaşının zararı olduğunu dolayısıyla, Demokratik

¹⁸³ Bkz. **Ahmadou Sadio Diallo Case**, Preliminary objections, paragraf 61 – 64.

¹⁸⁴ Alberto ALVAREZ-JIMENEZ, “**Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice’s Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case**”, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation”, Vol. 33(3), 2007 – 2008, s. 443, 444.

¹⁸⁵ Bkz. **Ahmadou Sadio Diallo Case**, Preliminary objections, paragraf 82.

Kongo Cumhuriyeti'nin vatandaşlığında olan şirketin gördüğü zararlar nedeniyle de diplomatik koruma yolunu işletebileceğini düşünmüştür.¹⁸⁶

Divan Gine'nin bahsettiği yönde bir Uluslararası Hukuk kuralının henüz oluşmadığını dolayısıyla bu iddianın kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁸⁷ Gine'nin iddiası, Uluslararası Hukukun klasik yapısı içerisinde kabul görmemiştir. Divan, şirketin zararları ile hissedarların zararlarının birbirlerinden farklı olduğunu bir kez daha ortaya koymuş ve varolan Uluslararası Hukuk kurallarına uygun; ancak gelişen Uluslararası Hukuk bakımından tartışmaya da açık bir sonuç ortaya çıkmıştır.

7.2.3. Diallo Davası ve Uluslararası Adalet Divanı'nın Taslak Metnin İlgili Maddelerine Yaklaşımı

Diallo davası, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik korumaya ilişkin taslak metni oluşturmamasından sonra Uluslararası Adalet Divanı'nın baktığı ilk davadır. Divan taslak metinde yer alan pek çok konu üzerinde durmuş ve bunlar hakkında bir takım yorumlarda bulunmuştur. Bu yorumlar taslak metnin geleceği ve eğer mümkün olur da bir sözleşme olarak uygulamaya girerse ne şekilde uygulanacağı ile ilgili fikir vermesi bakımından önemlidir.

7.2.3.1. Diplomatik Korumanın Tanımı ve Kapsamı Bakımından Yaklaşımı

Divana göre, Uluslararası Hukuk Komisyonu, diplomatik koruma ile ilgili taslak metninin birinci maddesinde bir tanım vermemekte, sadece uluslararası örf ve adet hukukunda varolan durumu ifade etmektedir. Divan, diplomatik korumanın bundan böyle yabancıların uğradığı zararların giderilmesi bakımından klasik anlamıyla uygulanamayacağını çünkü

¹⁸⁶ **Ahmadou Sadio Diallo Case**, Preliminary objections, paragraf 83.

¹⁸⁷ **Ahmadou Sadio Diallo Case**, Preliminary objections, paragraf 89.

kapsamının Uluslararası Hukuk tarafından garanti edilmiş insan haklarını da içerecek şekilde genişlediğini belirtmiştir.¹⁸⁸

7.2.3.2. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesine İlişkin İspat Yükü Bakımından Yaklaşımı

Diallo davasında Divan, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına ilişkin iki konuyu ele alma şansını yakalamıştır. Bunlardan ilki zarara uğrayan kişinin vatandaşlığında olduğu devletin, kişi zarar veren devletin iç hukuk yollarını tüketmeden de bu yolu işletip işletemeyeceğidir. İkincisi ise, bu konuda ispat yükünün kimde olduğudur.¹⁸⁹

Birinci sorunun üzerinde daha önce durulduğu için burada ikincisi ele alınacaktır. Divan, Barcelona Traction ve ELSI davalarında oluşturduğu içtihadından hareketle ispat yükünün önce zarar gördüğünü iddia eden devlette, daha sonra da zarar veren devlette olduğunu belirtmiştir. Yani önce diplomatik koruma yolunu işletmek isteyen devlet, iç hukuk yollarının tüketildiğini veya iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekmediği istisnai durumların söz konusu olduğunu kanıtlamalıdır. Zarar veren devlet de kendi iç hukukunda başvurulabilecek etkin hukuk yollarının olduğunu kanıtlamalıdır.¹⁹⁰

Somut olayda Divan, DKC'nin, Diallo'nun etkin bir şekilde kullanabileceği iç hukuk yollarının bulunduğunu ve buna rağmen tüketilmediğini kanıtlamakla yükümlü olduğu sonucuna varmıştır.¹⁹¹

Aslında Gine taslak metnin 15. maddesinin a ve d paragraflarına göre iç hukuk yollarına başvurmanın faydasız olması ve açıkça engellenmesi istisnalarının bulunduğunu, bu yüzden iç hukuk yollarının tüketilmesinin beklenemeyeceğinden bahsetmiştir. Hatta maddenin yorumunda zarar

¹⁸⁸ **Ahmadou Sadio Diallo Case**, Preliminary objections, paragraf 39.

¹⁸⁹ ALVAREZ-JIMENEZ, **a.g.m.**, s. 445.

¹⁹⁰ **Ahmadou Sadio Diallo Case**, Preliminary objections, paragraf 44.

¹⁹¹ Bkz. **Ahmadou Sadio Diallo Case**, Preliminary objections, paragraf 46.

gören kişinin ikamet ettiği ülkeye girmesinin engellenmesinin, söz konusu kişinin açıkça iç hukuk yollarına başvurma hakkının tanınmaması anlamına geldiği ifade edilmektedir.¹⁹²

Divan ise Gine'den bu istisnai durumların var olduğunun ispat edilmesini talep etmemiştir. Tam tersine iç hukuk yollarına başvurma hakkının gerekmediğine dair istisnai şartların bulunmadığının DKC tarafından ispat edilmesi gerektiği kanısına varmıştır. Divan, taslak metinde öngörüldüğü şekilde hareket etmemiş, kuralı uygulayıp yerleştirme şansı varken, bunu yapmamıştır.¹⁹³ Divan bunun yerine farklı ve basitleştirilmiş bir yaklaşımı benimsemiş, zarar veren devletin çürütmesi gereken bir karine oluşturmuştur.¹⁹⁴

Divanın taslak metindeki düzenlemeden daha farklı olan yaklaşımının mı yoksa taslak metnin ilgili hükmünün mü daha yerinde olduğu şu an için cevaplandırılması zor bir sorudur. Divan'ın taslak metne uygun hareket etmesinin uygulamada bir bütünlük sağlayacağı iddia edilebileceği¹⁹⁵ gibi, Divan'ın iç hukuk yollarına ilişkin bir değerlendirme yapmak zorunda kalmayacak olması sebebiyle, daha hızlı ve etkin bir yargılama süreci yaşanacağı¹⁹⁶ da düşünülebilir.

7.2.3.3. Hissedarların Doğrudan Etkilenen Haklarının Kaynağı Bakımından Yaklaşımı

Daha önce üzerinde durulan ELSI davasında şirket hissedarlarının, şirketten bağımsız olarak korunabileceği yönünde Divan'ın bir yönelimi olduğu, Barcelona Traction Davasındaki kararından daha farklı bir yol

¹⁹² ILC, A/61/10, s. 84.

¹⁹³ Annemarieke VERMEER-KÜNZLİ, "Diallo and the Draft Articles: The Application of the Draft Articles on Diplomatic Protection in the Ahmadou Sadio Diallo Case", Leiden Journal of International Law, Vol. 20 (4), 2007, s. 952.

¹⁹⁴ Gerhard THALLINGER, "The Rule of Exhaustion of Local Remedies in the Context of the Responsibility of International Organisations", Nordic Journal of International Law, Vol 77, 2007, s. 406.

¹⁹⁵ VERMEER-KÜNZLİ, a.g.m. (2007), s. 952,953.

¹⁹⁶ ALVAREZ-JIMENEZ, a.g.m., s. 447.

izlediği belirtilmişti. Diallo davasında da Divan, ELSI davasındaki yaklaşımın, somut olaya uygulanabileceğini ifade etmiştir. Divan, Barcelona Traction davasında hissedarın şirketten bağımsız bir şekilde doğrudan etkilenecek haklarının neler olduğunun, şirketin kurulduğu yer hukukuna göre belirlendiğini, bu hakların Uluslararası Hukuk bakımından dikkate alınarak diplomatik koruma yolunun işletilebileceğini belirtmiştir.¹⁹⁷ Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 12. maddesi de şirketin uğradığı zararlar dışında, doğrudan hissedarların gördüğü zararlara dayanılarak onların vatandaşlığında oldukları devletlerin diplomatik koruma yolunu işletebileceği şeklinde kaleme alınmıştır.

Diallo davasında Divan, hissedarların doğrudan etkilenen haklarının neler olduğunu belirlerken, kişinin doğrudan zarara uğrayan hak ve çıkarlarının kaynağının şirketin kurulduğu devletin iç hukuk kuralları olduğunu kabul etmiştir. Bununla beraber Divan, taslak metinde öngörülen, zararın şirketin uğradığı zararlardan farklı olması gerektiği koşuluna da bir istisna getirmiş ve bu durumun da iç hukukta netlik kazanabileceğini belirtmiştir. Yani bir devletin iç hukukuna göre şirketin uğradığı zarar aynı zamanda kişinin de doğrudan uğradığı zarar şeklinde yorumlanabiliyorsa, taslak metnin 12. maddesinin bir istisnası olarak, şirketin uğradığı zararlardan bağımsız olmayan zararlar için de hissedarın vatandaşı olduğu devlet diplomatik koruma yolunu işletebilecektir.

7.2.3.4. Şirketin Vatandaşlığının, Hissedarın Vatandaşlığında Olduğu Devlet Tarafından İkame Edilmesi Bakımından Yaklaşımı

İkame görüşü, şirketin ve hissedarlarının haklarını koruyabilmek amacıyla, şirketin hissedarının vatandaşlığında olduğu devletin, o şirketin, kurulduğu yer devleti tarafından zarara uğratılması durumunda diplomatik koruma yolunu işletebileceğini savunur.¹⁹⁸ Bu görüş üzerinde Barcelona

¹⁹⁷ KNIGHT, **a.g.m.**, s. 164.

¹⁹⁸ KNIGHT, **a.g.m.**, s. 165.

Traction Davasında da durulmuş, Divan, hakkaniyete uygun çözüm bulunabilmesi için hissedarın vatandaşlığında olduğu devletin, şirketin gördüğü zarar dolayısıyla diplomatik koruma yolunu işletme ihtimalinin olabileceğini belirtmiştir.¹⁹⁹ Gine, Divan'ın Barcelona Traction davasındaki bu görüşünü emsal göstererek, Diallo davasındaki somut olaya söz konusu durumun uygulanabileceği iddiasında bulunmuştur.²⁰⁰

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 11. maddesinin b paragrafı da zarar gören şirketin, zarar verdiği iddia edilen devlet kanunlarına göre kurulmuş ve o devletin vatandaşlığını taşıyor olduğu durumlarda, şirketin gördüğü zararlar nedeniyle hissedarların zararlarına dayanarak hissedarların vatandaşlığında oldukları devletler tarafından diplomatik koruma yolunun işletilebileceğini istisna olarak belirtmiştir. Bu durumun da ancak şirketin bir devlette faaliyette bulunabilmesi için o devlette kurulma ön koşulunun bulunduğu durumlarla sınırlı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Madde metninden, böyle durumlarda şirketin kendisinin de şirketin hissedarının vatandaşlığında olduğu devletçe diplomatik koruma altına alınabileceğine dair bir açıklama bulunmamaktadır.

11. maddenin yorumunda şirketin, faaliyet gösterdiği devlette kurulmasının zorunlu olması ön koşulunun şirket hissedarlarının vatandaşlığında olduğu devletlerin diplomatik koruma yolunu işletmesi istisnasını sınırlandırdığı belirtilmektedir.²⁰¹ Davada da çözüme kavuşturulması gereken nokta, bu maddenin, kişilerin uğradığı zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilmesinin bir istisnası olup olmadığıdır.²⁰²

Diallo davasında Divan, Gine'nin söz konusu iddialarının bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olarak henüz Uluslararası Hukuktaki yerini bulmadığını, dolayısıyla bu tarz bir uygulamaya yer verilemeyeceğini

¹⁹⁹ **Barcelona Traction Light and Power Company Case**, paragraf 93.

²⁰⁰ ALVAREZ-JIMENEZ, **a.g.m.**, s. 450.

²⁰¹ ILC, **A/61/10**, s. 66.

²⁰² VERMEER-KÜNZLİ, **a.g.m. (2007)**, s. 948.

ifade etmiştir.²⁰³ Divan'ın bu kararı varolan Uluslararası Hukuk açısından yerindedir. Bununla birlikte Divan büyük bir gelişim gösteren ikame doktrinin neden bir özel kural olarak uygulanamadığına dair yorum yapmaktan kaçınmış ve söz konusu duruma bir açıklık getirme şansını kullanamamıştır.²⁰⁴ Divan'ın bu kanaate ulaşmasındaki en önemli faktör Africom-Zaire ve Africontainers-Zaire şirketlerinin DKC kanunlarına göre kurulup, bu devletle aralarında güçlü bir bağın bulunması olmuştur.²⁰⁵ Bir başka ifadeyle DKC ile adı geçen şirketler arasında vatandaşlık bakımından gerçek bir bağ vardır. Bu konular Divan'ın kararında yeterince ele alınmamıştır; ancak karar, taslak metnin getirdiği düzenlemeyle örtüşmektedir.

III. DİPLOMATİK KORUMA YOLUNUN İŞLETİLMESİNİ SINIRLANDIRMAYI AMAÇLAYAN DOKTRİNLER

Devletler, kişilere yönelik davranışları neticesinde, bu kişilerin vatandaşlığında oldukları devletlerin diplomatik koruma yolunu işletmemesini isteyebilirler. Hatta bazı durumlarda zarar veren devletlere karşı diplomatik koruma yolunun işletilmesi hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına da neden olabilir. Bu şartlar altında diplomatik koruma yolunun işletilmemesi veya diplomatik koruma yolunun meydana gelen zararın yalnızca bir kısmını karşılayacak şekilde işletilmesi gerektiği yönünde fikirler ortaya çıkmıştır.

1. Calvo Doktrini

On dokuzuncu yüzyılın sonları ve yirminci yüzyılın başlarında Latin Amerika ülkelerinde iç savaşlar, uluslararası karışıklıklar ve ihtilaller çok sık görülmekteydi. ABD'nin ve Avrupa devletlerinin vatandaşları da bu iç karışıklıklar nedeniyle hem kendilerine hem de mallarına yönelik olarak zarara uğramaktaydılar. Yabancılar, ikamet ettikleri ülkenin devleti bu

²⁰³ **Ahmadou Sadio Diallo Case**, Preliminary objections, paragraf 89.

²⁰⁴ KNIGHT, **a.g.m.**, s. 168.

²⁰⁵ VERMEER-KÜNZLI, **a.g.m. (2007)**, s. 951.

zararların sorumluluğunu üstlenmeyi reddedince, vatandaşları olduğu devletten bu duruma müdahale etmelerini beklemekte ve çoğu zaman diplomatik koruma yolunun işletilmesini talep etmekteydiler.²⁰⁶

Kişiler bir zarara uğradıkları zaman, kendilerinin ve mallarının tam bir güvenliğinin sağlanması adına, vatandaşlığında oldukları devletlerinden diplomatik koruma yolunun işletilmesini talep etme yetkisine sahip oldukları kanısındaydılar. Bu kişiler çoğu zaman zararlarının giderilmesi için zarar verdiği iddia edilen devlete karşı, onun iç hukuk yollarını bile tüketmemekteydiler. Zarar gören kişinin vatandaşlığında olduğu devlet de çoğu zaman kendi ulusal politikalarının baskısıyla ve yeterli delil olmaksızın, diplomatik koruma yolunu işleterek meydana gelen zararın giderilmesini talep etmekteydi. Bu durum pek çok zaman hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmekteydi.²⁰⁷

Calvo doktrini, ABD ve Avrupa devletlerinin yabancı devlet ülkesindeki vatandaşlarının uğradığı zararlardan ötürü diplomatik koruma yolunu işletme isteği ile Latin Amerika ülkelerinin adı geçen devletlerin diplomatik koruma yolunu işletme haklarını kötüye kullanmalarını önleme çabalarının ortasında oluşmuştur. Doktrin, Latin Amerika devletlerinin vatandaşlarıyla yabancılar arasındaki eşitliği sağlama çabasında kendilerine has bir davranış biçimi sergiledikleri görüşündedir.²⁰⁸

Bu doktrin, onu ortaya koyan Carlos Calvo'nun düşünceleriyle şekillendiği için onun adını almıştır. O'na göre bir ülkeye kendisini kabul ettiren yabancı, artık o devletin vatandaşıyla aynı haklara sahip olmalı, bunun dışında daha fazla hak talep etmemelidir. Eğer bu kişi uluslararası sorumluluğun doğmasına neden olan bir davranışa maruz kalırsa, ikamet

²⁰⁶ AMERASINGHE, a.g.e. (2008), s. 191.

²⁰⁷ Donald R. SHEA, **The Calvo Clause – A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy**, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955, s. 12.

²⁰⁸ F. W. GARCIA – AMADOR, “**Calvo Doctrine, Calvo Clause**”, in **Encyclopedia of Public International Law**, Vol. 8, Editörler Rudolf DOLZER ve diğerleri, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland, 1985, s. 62.

ettiği devletin hukuk yollarına başvurmalı ve hakkını bu şekilde aramalıdır.²⁰⁹ Calvo, teorisini ulusal egemenlik, devletlerin eşitliği ve ülkesel yetki gibi genel kabul görmüş kurallara dayandırmaktadır. Ona göre egemen devletler, eşitlik ilkesi uyarınca, baskı veya diplomasi yoluyla diğer devletler tarafından yapılabilecek hiçbir müdahaleye maruz kalmamalıdır. Bunun sonucu olarak da yabancılar, ikamet ettikleri devletin vatandaşlarından farklı haklara sahip olmamalı, mağduriyetlerinin giderilmesini sadece iç hukuk yollarına başvurarak talep etmelidirler. “Müdahale etmeme” ve “yabancıların vatandaşlarla tam bir eşitliği” Calvo doktrininin özüdür. Şüphesiz bu iki hususun kabulü, diplomatik korumanın amacına uygun olmayan bir şekilde kullanılmasını engelleyecektir. Ancak bu olumlu sonuca rağmen söz konusu hususlar bir Uluslararası Hukuk kurumu olan diplomatik korumanın, alternatifi olmaksızın ortadan kalkmasına da neden olabilecektir.²¹⁰

1.1. Calvo Kaydı

Calvo kaydı, Calvo doktrininin olağan bir sonucudur. Bu kayda devletle kişi arasında yapılan özel hukuk ve imtiyaz sözleşmelerinde sıkça rastlanabilir. Calvo kaydı, devletle yabancılar arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak konur. Buna göre kişiler sözleşme yaptıkları yabancı devlete karşı, bu devletin vermiş olduğu zararlardan dolayı vatandaşlığında oldukları devletlerden diplomatik koruma yolunu işletmesi için talepte bulunmayacakları yönünde kendilerini bağlamaktadırlar. Söz konusu husus, kişi bakımından diplomatik koruma hakkından feragat edilmesi anlamına gelmektedir.²¹¹

Bu kayda daha çok Güney Amerika devletlerinin yabancılarla yaptıkları sözleşmelerde rastlanır. Söz konusu devletler yabancılardan

²⁰⁹ BORCHARD, *a.g.e.*, s. 793.

²¹⁰ SHEA, *a.g.e.*, s. 20.

²¹¹ Patrick JUIILLARD, “Calvo Doctrine/Calvo Clause”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi January 2010, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 3.

sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda aynı kendi vatandaşları gibi davranmalarını beklemektedirler.²¹²

1.2. Calvo Kaydının Uygulama Biçimleri

Calvo kaydına çok çeşitli şekillerde rastlanabilir. Bu kayıt bir uluslararası antlaşma hükmünde yer alabileceği gibi, kanun veya anayasada da bulunabilir.²¹³ Örneğin anayasada öngörüldüğünde hiçbir şart altında diplomatik koruma yolunun işletilemeyeceği belirtilebileceği gibi, diplomatik korumaya sadece ihkak-ı haktan imtina durumlarında işletilebileceği de belirtilebilir. Hatta diplomatik korumanın uygulanmasıyla ilgili hiçbir düzenleme olmamakla birlikte, anayasaya, yabancılarla vatandaşların her ne şart altında olursa olsun eşit muameleye tabii tutulacağı yönünde bir hüküm ilave edilerek Calvo kaydının uygulanması sağlanabilir. En çok rastlanan durum, yabancılar tarafından hiçbir şart altında diplomatik koruma yolunun işletilmesinin talep edilemeyeceğinin belirtilmesidir.²¹⁴

1.3. Calvo Kaydının Etkinliği

Kişilerin, vatandaşlığında oldukları devletlerin diplomatik koruma yolunu işletmelerinden feragat etmeleri kendileri açısından bağlayıcı olsa da bu durum, devletler tarafından kabul edilmemektedir.²¹⁵ Diplomatik koruma yolunun işletilmesi devletlere tanınan bir haktır ve bu nedenle devletlere yönelik bir yükümlülük değildir. Diplomatik koruma, Uluslararası Hukukta üzerinde tartışma olmaksızın kabul edildiği şekliyle devletin bir hakkıdır. Devlet vatandaşı dolayısıyla uğradığı zararı gidermektedir. Bu şartlar altında, kişinin herhangi bir sözleşme hükmüyle, devlete ait böyle bir haktan

²¹² H. F. VAN PANHUYS, *The Role of Nationality in International Law*, Leyden, A. W. SYTHOFF, 1959, s. 81.

²¹³ Bkz. SHEA, *a.g.e.*, s. 21 – 32.

²¹⁴ David E. GRAHAM, “*The Calvo Clause: Its Current Status as a Contractual Renunciation of Diplomatic Protection*”, *Texas International Law Forum*, Vol. 6(2), 1970 – 1971, s. 289, 290.

²¹⁵ BORCHARD, *a.g.e.*, s. 797; Calvo doktrini ve dolayısıyla Calvo kaydı Batı Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri hukukçuları tarafından benimsenmemiştir. Latin Amerika ülkelerindeyse, karşı çıkan ülkelere adeta bir tepki olarak bu yola çok sık başvurulmuştur. (SHEA, *a.g.e.*, s. 21.)

vazgeçmesinin mümkün olamaması ortaya çıkan en doğal sonuçtur. Kişi Calvo kaydı uyarınca vatandaşlığında olduğu devletin bu yolu işletmesini talep etmeyeceğine dair bir taahhütte bulunmaktadır. Dolayısıyla bir devlet yabancıyla arasındaki sözleşme hükümleri uyarınca bu kişinin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma hakkına sahip olmadığını iddia edememelidir.

Bu noktada Calvo kaydının etkinliği açısından North American Dredging Company Davası son derece önemli bir yer tutmaktadır. Karar, doğrudan Calvo kaydının geçerli olup olmadığına yöneliktir.²¹⁶ Buna göre iddia sahibi, kendi iradesiyle bir sözleşme imzalamış ve sonucunda da yükümlülük altına girmiştir. Dolayısıyla Calvo kaydı zarara uğradığını iddia eden kişi açısından sonuçlarını doğuracaktır ve bu kişi vatandaşlığında olduğu devletten diplomatik koruma yolunu işletmesini talep edemeyecektir. Ancak adı geçen kaydın, kişinin vatandaşlığında olduğu devlet açısından da geçerli olduğu söylenemeyecektir. Ayrıca ihkak-ı haktan imtina durumu olması halinde de devletten diplomatik yolları işletmesi istenebilecektir.²¹⁷ Bu karar diplomatik korumanın hukuki niteliğine uygundur. Devlete ait olan bu hakkın kullanımının birey tarafından ortadan kaldırılamayacağını ortaya koymaktadır. Bu hususun yanı sıra somut olaya uygulanabilecek, ihkak-ı haktan imtina durumuna ilişkin bir yorumda bulunmaktadır. Bu yorum diplomatik korumaya ilişkin genel bir kuralın tespiti anlamına gelmemekte fakat, hakkaniyete uygun bir sonucun ortaya çıkmasını sağlamaktadır.

1.4. Calvo Kaydının Geleceği ve Yatırım Antlaşmaları

Calvo kaydı bu şartlar altında kısmen uygulanma kabiliyetine sahiptir. Bugün Uluslararası Hukukta, Calvo kaydına rastlanmamasının en büyük

²¹⁶ Frederick Sherwood DUNN, *The Diplomatic Protection of Americans in Mexico*, New York, Columbia University Press, 1933, s. 406.

²¹⁷ *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States*, Reports of International Arbitral Awards, 31 March 1926, Vol. IV, United Nations, 2006, s. 34, paragraf, 24.

nedeni, iki taraflı yatırım antlaşmalarıdır.²¹⁸ Bu antlaşmalar bir uyuşmazlık çıkması durumunda genellikle tahkim yolunu öngörmektedirler. Çok nadir olarak iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu da getirilebilmektedir. İç hukuk yollarını tükettikten sonra veya doğrudan tahkim yoluna başvurulduğu zaman uyuşmazlığa ilişkin verilen karar nihai bir karar olmaktadır. Bu karar üzerine devletlerin diplomatik yolları işleterek kişinin uğradığı zararın tazminini isteme hakkı yoktur. Calvo kaydından farklı olarak, bu antlaşmalar, sadece kişi adına diplomatik yolların talep edilmesini engellememekte aynı zamanda devlete de verilen nihai karara saygı gösterme ve bu aşamadan sonra uyuşmazlığı devam ettirmeme yükümlülüğünü getirmektedir.

Uluslararası Hukukun geldiği bu nokta dikkate alındığında diplomatik korumaya ilişkin taslak metinde de Calvo kaydına yer verilmediği görülmektedir. Taslak metnin 17. maddesi diplomatik korumayla ilgili söz konusu metinde yer alan kuralların, Uluslararası Hukukun farklı hükümler içeren belirli bir konudaki özel düzenlemelerinin (örneğin uluslararası antlaşmalarla yatırımların korunmasında olduğu gibi) uygulanmasını engeller şekilde genişletilerek uygulanamayacağını ifade etmektedir.

Buna göre 17. madde, yabancı yatırımcılar açısından iki veya çok taraflı yatırım antlaşmalarıyla özel bir uyuşmazlık çözüm yolu belirlenmişse, bu konuda diplomatik koruma yolunun işletilemeyeceğini açıkça hükme bağlamıştır.

Yatırım antlaşmaları ile özel çözüm yolu öngörülen durumlar sadece diplomatik koruma yolunun işletilmesini engellememekte, aynı zamanda Calvo doktrininin temelini aldığı zemini yerle bir etmekte ve Calvo kaydını uygulanamaz hale getirmektedir. Varolan Uluslararası Hukuk düzeni devam ettiği sürece, Calvo kaydının uygulanması askıda olacaktır. Calvo kaydının etkin bir şekilde uygulanması yatırım anlaşmalarına ilişkin bugün varolan

²¹⁸ Wenhua SHAN, “Is Calvo Dead”, American Journal of Comparative Law, Vol. 55, 2007, s. 163.

sistemin değişmesine ve diplomatik korumanın devletin değil de bireyin bir hakkı olduğunun kabulüne bağlıdır.

2. Clean Hands Doktrini ve Etkileri

Bu doktrin, hakkaniyet ilkesi uyarınca, zarar gördüğünü iddia eden tarafın, zarar giderim taleplerinin kendi kusurları, yanlışları veya hukuka aykırı davranışları nedeniyle sınırlandırılabilceğini savunur.²¹⁹ Devletlerin sorumluluğu, onların uluslararası sorumluluklarını doğuran davranışlarının meydana getirdiği zararların giderilmesi için söz konusu olur, dolayısıyla kişinin bu zararın oluşumuna katkısı olması durumunda onun uğradığı zararların tamamının giderilmesi hakkaniyete uygun olmayan sonuçların oluşmasına neden olabilir. Zararının giderilmesini talep edecek kişi her şeyden önce kendisi, zararın meydana gelmesine sebep olmamalı ya da zararın yalnızca belirli bir bölümü onun kusuruyla meydana gelmiş olmalıdır. Zarar gören kişinin kusuru, zararının ya hiç giderilememesi ya da sadece belirli bir kısmının giderilmesi sonucunu doğurur.

2.1. Clean Hands Doktrini ve Uluslararası Hukuk

Bu doktrin iç hukuktan doğmuş olup her devlet bunu farklı biçimlerde uygulamaktadır. Doktrinin Uluslararası Hukuk açısından da sınırları belli ve yeknesak bir uygulaması bulunmamaktadır.

Aslında *clean hands* doktrini, genel kabul görmüş bir hukukun genel ilkesi olan iyi niyet ilkesine benzemektedir. *Clean hands*, zarara sebep olan kişinin, bu durumdan haksız yere fayda sağlamasını önlemeyi amaçlamaktadır.²²⁰ Doğrudan devletlerarası ilişkilerde Uluslararası Adalet

²¹⁹ Lisa J. LAPLANTE, “The Law of Remedies and the Clean Hands Doctrine: Exclusionary Reparation Policies in Peru’s Political Transition”, American University International Law Review, Vol. 23(1), 2008, s. 52.

²²⁰ Aleksandr SHAPOVALOV, “Should a Requirement of ‘Clean Hands’ Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission’s Debate”, American University International Law Review, Vol. 20(4), 2005, s. 839.

Divanı *clean hands* doktrininin uygulanmasının mümkün olduğu görüşündedir. Bununla beraber, Divan, önüne gelen hiçbir somut uyuşmazlıkta, bu doktrine dayanan bir karar vermemiştir.²²¹ Dolayısıyla bu davalara bakarak Divan'ın gerçekten söz konusu doktrini kabul edip etmediğini anlayabilmek çok zordur.²²²

2.2. Clean Hands Doktrininin Diplomatik Koruma Açısından Etkileri

Diplomatik koruma söz konusu olduğu zaman, *clean hands* doktrini iki önemli sonucu hedefler. Öncelikle kişi, gördüğü zararın meydana gelmesine kendi hatalı davranışlarıyla katkıda bulunmuşsa veya bu zarar tamamen kişinin hatalı davranışları sonucu meydana gelmişse, o kişinin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletmesi engellenmiş olur. İkinci olarak da eğer kişinin vatandaşlığında olduğu devlet, zarar verdiği iddia edilen devletle beraber veya ondan tamamen bağımsız bir şekilde kendisi zararın doğumuna neden olmuşsa, yabancı devletin karşı karşıya kalacağı iddiaları önlemiş veya azaltmış olur.²²³

LaGrand²²⁴ ve Avena²²⁵ Davalarında Uluslararası Adalet Divanı kişi çok açık bir şekilde suç işlemiş olsa dahi, onun konsolosuyla iletişime geçmesinin engellenemeyeceğini belirtmiştir. Yani kişinin açık bir şekilde kusurlu olmasının, onun vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işleterek haksız fayda elde ettiği anlamına gelmeyeceğini ifade

²²¹ Bkz. **The Gabcikovo-Nagymaros Project Case (Hungary v. Slovakia)**, International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of 25 September 1997, paragraf 133.

²²² AMERASINGHE, **a.g.e. (2008)**, s. 215.

²²³ Bkz. AMERASINGHE, **a.g.e. (2008)**, s. 212.

²²⁴ Divan önündeki somut olayda kişinin suçlarından dolayı, diplomatik hakların engellenemeyeceği şartını, bu tarz bir durumda devletlerin vakanın ağırlığına göre ne tür beklentiler içinde olması gerektiğinden hareketle ortaya koymuştur. (**LaGrand Case (Germany v. United States of America)**, International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of 27 June 2001, paragraf 63.)

²²⁵ Divan, devletlerin bir birleriyle dostça ilişkileri ve yabancıların her ne şart altında olursa olsun korunma hakkının elinden alınmaması için, kişinin işlediği suçtan dolayı korunamayacağı sonucunun çıkarılamayacağını ifade etmiştir. (**Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)**, International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of 31 March 2004, paragraf 47.)

etmiştir. Bir başka ifadeyle bu davalarda açıkça *clean hands* doktrininin bahsedilmese de, adı geçen doktrinin diplomatik koruma açısından uygulanmasının kabul edilmediği görülmektedir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu 57. oturumunda *clean hands* doktrininin diplomatik koruma açısından uygulanabilir olup olmadığını tartışmıştır. Söz konusu doktrinin diplomatik koruma açısından kabul edilip taslak metne konulmaması konusunda karara varılmıştır. Komisyonun bu konudaki gerekçesi böyle bir uygulamanın diplomatik korumanın mahiyetinden çok farklı olması ve varolan yargı kararları da göz önünde tutulduğunda *clean hands* doktrininin diplomatik korumayla ilgili kodifikasyonun bir parçası olabilecek yeterli özellikleri taşımadığıdır.²²⁶

İnsan haklarının gelişimi ve kişinin daha çok korunması düşüncesi çerçevesinde de *clean hands* doktrininin diplomatik koruma bakımından uygulanmaması gerektiği çünkü kişinin gördüğü zararının giderilmesini talep etme veya uygun bir tazminat elde etmeye hakkı olduğu ifade edilmektedir.²²⁷ Eğer bu doktrin uygulanırsa zaten çok sık başvurulmayan diplomatik koruma yolunun işletilmesinden devletlerin daha fazla kaçınması imkanı doğacaktır.

Uluslararası Adalet Divanı'nın Diallo davasındaki yaklaşımı, diplomatik koruma açısından son derece önemlidir. Zira bu yaklaşım çerçevesinde diplomatik korumanın devletin kullanabileceği bir hak olduğu kabul edilmiş; diplomatik koruma yoluna başvurulmasının amacının daha farklı yorumlanabileceği fikrine de ulaşılmıştır. Buna göre Diallo kararıyla beraber Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmaları ve onun tarafından oluşturulan konuya ilişkin taslak metin ile diğer uluslararası ve ulusal mahkeme kararları ve doktrindeki fikirler dikkate alındığında, diplomatik korumanın devletin çıkarlarından ziyade kişinin hak ve çıkarlarının

²²⁶ ILC, **Report of the Fifty Seventh Session**, A/60/10, 2005, <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2005/2005report.htm>, s. 112, paragraf 231.

²²⁷ LAPLANTE, **a.g.m.**, s. 59.

korunmasını sağlayacak bir Uluslararası Hukuk kurumu olması yönünde yeni bir yaklaşımın oluşturulmaya çalışıldığı görülmektedir.

Dolayısıyla zaten hangi şartlarda ve ne şekilde uygulanacağına dair bir açıklık olmayan *clean hands* doktrini, kişinin haklarının korunmasında çok daha önemli roller üstlenebilecek bir Uluslararası Hukuk kurumunun etkinliğine ket vurmaktan başka bir sonuç doğurmayacaktır. Bununla beraber Uluslararası Hukuk bakımından teorisi tam olarak oluşturulmuş bir *clean hands* doktrini ise devletlerarası ilişkilere katkıda bulunabilecektir. Böylece *clean hands* doktrini uygulandığında hakkaniyete uygun sonuçların ortaya çıkması mümkün olabilecektir. Ancak varolan Uluslararası Hukuk kuralları çerçevesinde, mevcut belirsizlik göz önünde tutularak, diplomatik koruma kurumunun ve *clean hands* doktrininin bir arada düşünülmemesi daha yerinde olacaktır.

IV. DİPLOMATİK KORUMA YOLLARI

Diplomatik koruma yolunu işleten devlet, vatandaşının yerine geçerek, zararın giderilmesini talep etmektedir. Bunun gerçekleşebilmesi için öncelikle zarar gören vatandaşın zarar veren devletin iç hukuk yollarını tüketmesi gerekir. İşte bu aşamadan sonra devlet, vatandaşının gördüğü zararların giderilmesi için Uluslararası Hukuk yollarına başvurabilir.

Devletin, zarar gören vatandaşları için diplomatik koruma yolunu işletme yükümlülüğü yoktur. Devlet, kendi isteğine bağlı olan bu hakkı kullanırken veya kullanmazken, siyasi bir karar vermektedir. Dolayısıyla sorumlu olduğu iddia edilen devletle olan ekonomik ve siyasi ilişkileri, o devletin adalet sisteminin işleyişi, kendisinin o devletin vatandaşlarına yaklaşımı önemli birer etken olmaktadır.²²⁸

²²⁸ DUGARD, a.g.m. (2009), paragraf 68.

Diplomatik koruma, uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözülmesini amaçlar. Bu nedenle, kuvvet kullanımı diplomatik koruma yolunun kullanılması anlamına gelmemelidir.

1. Diplomatik Yollar

Kişi, yabancı bir devletin davranışları neticesinde zarara uğrarsa, vatandaşlığında olduğu devlet, zarar veren devlete karşı diplomatik kanalları işletmeyi tercih edebilir. Devlet bu anlamda ne tür bir diplomatik yolu işleteceğini zararın türüne ve büyüklüğüne göre belirler.²²⁹

1.1. Görüşme

Görüşme, uluslararası işbirliğinin temel yollarından birisidir. Görüşme tarafların bir araya gelmesi veya mektup, telefon, e-posta gibi yollarla yapılabilir. Görüşme, tarafları bağlamaz; ama taraflar isterlerse kendilerini bağlayacak sonuçlar ortaya çıkarabilirler.²³⁰

Devlet, diğer bir devletle yetkili temsilcilerinin aracılığıyla meydana gelen zararlar ilgili olarak görüşmelere başlayabilir. Görüşmede devletler, söz konusu durumla ilgili görüşlerini açıklayarak bir sonuca varmaya çalışırlar.²³¹ Bu görüşmede zarar gören kişinin vatandaşı olduğu devletin temsilcileri, zarar verdiğini iddia ettiği devletin iç hukuk kurallarına göre hareket etmesini, bu kuralları uygulamasını ve iç hukukun gerektirdiği muameleleri yapmasını,

²²⁹ BİLGE, a.g.e., s. 19.

²³⁰ Kari HAKAPAA, “Negotiation”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi April 2006, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 2.; “Görüşme, uluslararası uyuşmazlığın taraflarının herhangi bir üçüncü kişi ya da devlet dahil olmaksızın karşılıklı olarak yürüttükleri barışçı çözüm yoludur. Bu niteliğiyle görüşme; barışçı çözüm yolları arasında tarafların egemenlik yetkilerini en az etkileyen ve en sık başvurulan konumundadır.” (Özgür MENGİLER, **Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü**, Ankara, Platin Yayınları, 2005, s. 46.)

²³¹ Seha L. MERAY, **Devletler Hukukuna Giriş – İkinci Kitap**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 206, Yeniden gözden geçirilmiş dördüncü bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1975, s. 323.

zarar gören vatandaşıyla ilgili belirli tedbirler alınmasını talep eder.²³² Diplomatik görüşme, diplomatik koruma hakkını ileri sürerken başvurulması zorunlu bir yol değildir. Uluslararası Adalet Divanı da meydana gelen zarardan ötürü bir devletin, zarar nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlığı uluslararası mahkeme önüne getirmeden önce görüşme yapmak zorunda olmadığını, bu hususun bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olmadığını ifade etmiştir.²³³

1.2. Dostça Girişim

Dostça girişim yoluna başvurulduğu zaman, diplomatik koruma yolunun resmi olarak işletildiğinden bahsedilemeyecektir. Dostça girişim, üçüncü bir kişinin aralarında uyuşmazlık olan devletleri diplomatik görüşme yapmaya yönlendirme²³⁴ anlamının yanı sıra diplomatik temsilcilerin resmi olmayan, kişisel ve dostane bir şekilde temsil ettikleri devletin iddialarını zarar veren devletle çözüme kavuşturma çabasıdır.²³⁵ Bu yolu tercih eden devlet hem vatandaşının gördüğü zararı gidermeyi, hem de bunu yaparken, uluslararası bir iddia veya uyuşmazlık yaratmayarak diğer devletle ilişkilerinin bozulması riskini almadan çözüm bulmayı hedeflemektedir.

1.3. Diplomatik Talep

Diplomatik talep, devletin bir başka ülkeye gönderdiği diplomatının, bulunduğu devletin yüksek makamlarına bir konu hakkında başvurusunu ifade eder. Bu taleple söz konusu makamlardan belirli bir konuya açıklık

²³² BİLGE, a.g.e., s. 21.

²³³ **Right of Passage over Indian Territory (Preliminary Objections) (Portugal v. India)**, International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of November 26th 1957, s. 148, 149.

²³⁴ SHAW, a.g.e.(2008), s.1018.

²³⁵ BORCHARD, a.g.e., s. 440.

getirilmesi istenebileceği gibi, konuyla ilgili eylemde bulunulması veya karar alınması talebinde de bulunulabilir.²³⁶

Diplomatik talebin amacı zarar gören kişinin vatandaşlığında olduğu devletin zarar veren devlete karşı bu zararın doğmasının nedeninin, o devletin davranışları olduğunu ileri sürerek, söz konusu husustan doğan durum veya anlaşmazlığın hukuki bir hal almasını sağlamaktır.²³⁷ Devlet, vatandaşının gördüğü zarar nedeniyle diğer devlete karşı temsilcisi aracılığıyla rahatsızlığın ve zararın giderilmesi talebini bildirir.²³⁸ Böylece meydana gelen zarar resmi bir şekilde ortaya konularak, diplomatik koruma yolu işletilir.

2. Yargısal Yollar

Devletin diplomatik korumayı yargısal yollara başvurarak da işletmesi mümkündür. Buna göre devlet, meydana gelen zarardan dolayı bir başka devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürer ve zararın giderilmesini uluslararası yargısal yollarla sağlamaya çalışır.

Yargısal yollar, diplomatik yollardan farklı olarak bağlayıcı bir nitelik taşır. Devlet bu yola vatandaşı iç hukuk yollarını tükettikten sonra, zarar verdiğini iddia ettiği devlete karşı ya aralarında önceden yapılmış bir sözleşmeye dayanarak, ya da zarar ortaya çıktıktan sonraki bir tarihte aralarında anlaşarak başvurabilir. Tarafların tercih edeceği yargısal yol tahkim olabileceği gibi uluslararası bir mahkeme de olabilir.²³⁹

Tahkim yolu tercih edildiğinde taraflar kendilerinin belirleyecekleri bir veya birden fazla hakimin vereceği kararı kabul etmeyi ve buna saygı

²³⁶ Jean SALMON, “**Diplomatic Démarche**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi September 2007, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 3.

²³⁷ BİLGE, **a.g.e.**, s. 20.

²³⁸ BORCHARD, **a.g.e.**, s. 442.

²³⁹ MALANCZUK, **a.g.e.**, s. 281.

göstermeyi kabul ederler.²⁴⁰ Diplomatik korumanın temelini oluşturan uyuşmazlıkla ilgili olarak bir uluslararası mahkemeye başvurulduğu zaman da, yine hakimlerin vereceği karara saygı duyularak, çözüm bulunmaya çalışılmaktadır.

V. DİPLOMATİK KORUMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

Diplomatik koruma yolunu işleten devlet, zarar verdiğini iddia ettiği devletten genellikle, zararın giderilmesi, iade, tazminat, ifa, uluslararası bir yükümlülüğün ihlal edildiğinin kabul edilmesi, verilen zarardan dolayı özür dilenmesi gibi taleplerde bulunur. Bu taleplerin yerine getirilmesine göre de çeşitli hukuki sonuçlar meydana gelir.²⁴¹

1. Uluslararası Hukuka Aykırı Davranışa Son Verme

Diplomatik koruma yolu işletildikten sonra, zarar veren devlet, Uluslararası Hukuka aykırı davranışına son verip, gerekiyorsa bu davranışının tekrarlanmayacağına dair güvenceler ve garantiler verir. Zarar veren devlet Uluslararası Hukuka aykırı davranışının diğer sonuçlarının ne olacağını dikkate almaksızın, söz konusu davranışlarına son verir.²⁴²

2. Zararın Giderilmesi

Diplomatik koruma devletin davranışları neticesinde ortaya çıkan zararın sonuçlarının ortadan kaldırılmasını amaçlar. Bu prensip uluslararası mahkeme kararlarınca da kabul edilmiştir.²⁴³ Uluslararası sorumluluğunun doğmasına neden olacak şekilde davranan kişi bu davranışından doğan zararı gidermekle yükümlüdür ve bu zarar gideriminin zarar veren devletin

²⁴⁰ AUST, **a.g.e.**, s. 441.

²⁴¹ DUGARD, **a.g.m. (2009)**, paragraf 73.

²⁴² AMERASINGHE, **a.g.e. (2008)**, s. 283.

²⁴³ Bkz. **The Factory at Chorzow Case (Merits)**, Permanent Court of International Justice, Series A, No. 17, 13 September 1928, Leyden A. W. Sijthoff's Publishing Company, 1928, s. 47,48; **The Gabcikovo-Nagymaros Project Case**, paragraf 80.

neden olduğu bütün sonuçları ortadan kaldırması gerekir.²⁴⁴ Devlet Uluslararası Hukuka aykırı davranışına son vermiş olsa dahi, o davranışa son verilmeden önce veya verildikten sonra, ona bağlı olarak birtakım zararlar ortaya çıkabilecektir. Bu zararların giderilmesinin farklı yolları bulunmaktadır.

2.1. Aynen İade (Eski Hale Getirme)

Aynen iade, Uluslararası Hukuka aykırı davranış gerçekleştirilmeden önce varolan durumun yeniden tahsis edilmesi anlamını taşımaktadır. Söz konusu yola ancak tahsisin mümkün olabildiği durumlarda başvurulur.²⁴⁵ Tahsis maddi bir varlığın veya mülkiyetin geri verilmesi şeklinde olabileceği gibi yasal bir durumun iadesi şeklinde de gerçekleşebilir.²⁴⁶ Aynen iade zararın giderilmesinde en eski yol olmakla beraber, bugün uyuşmazlıkların değişen yapısı nedeniyle Uluslararası Hukukta çok fazla başvuru bir yöntem değildir.

2.2. Tazminat

Devlet, vermiş olduğu zararı, aynen iade yoluyla gideremeyebilir. Bu durumda, varolan zararın giderilememesi durumuyla karşılaşılacaktır. Bunun önüne geçebilmek için, kişinin gördüğü zarara ilişkin nakdi bir ödeme yapılabileceği öngörülmüştür.

²⁴⁴ Dinah SHELTON, "Reperations", in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi August 2009, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 2.

²⁴⁵ SHAW, **a.g.e. (2008)**, s. 802.

²⁴⁶ AMERASINGHE, **a.g.e. (2008)**, s. 292.

Diplomatik koruma açısından ele alırsak, tazminat, uluslararası bir yükümlülüğü ihlal ederek kişiye zarar veren devletin, kişinin vatandaşlığında olduğu devlete, zararının karşılığını ödemesidir.²⁴⁷

2.3. Tarziye

Tarziye, klasik anlamda bir zararın giderilmesi yolu değildir. Yeniden iade ve tazminat yollarının tam anlamıyla zararın giderilmesini sağlayamadığı durumlarda başvurulması gereken bir yoldur. Devletin davranışı neticesinde meydana gelen zararlar genellikle maddi olarak karşılığı verilebilir zararlardır. İşte tarziye, maddi olarak karşılığı sağlanamayan zararlar için öngörülmüş bir yoldur.²⁴⁸

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun devletin sorumluluğuna ilişkin taslak metninin 37. maddesi de devletin aynı zamanda zarar verdiği kişiyi memnun etme yükümlülüğü bulunduğunu ifade etmektedir. Tarziye, zarar veren devlet tarafından Uluslararası Hukuka aykırı davrandığının ifade edilmesi, pişman olduğunun söylenmesi, resmi bir özür dilenmesi ve diğer uygun herhangi bir yolla sağlanabilir. Ancak, bu yola başvurmak amacını aşmamalı ve zarar veren devletin küçük düşürülmesi gibi bir durum meydana gelmemelidir.

Diplomatik koruma yolunu işleten devlet, vatandaşının gördüğü zarardan dolayı maddi bir karşılık elde etmiş olmakla beraber, bu zararın sırf vatandaşlığından dolayı ayrımcılık veya benzeri bir duruma maruz kalması nedeniyle ortaya çıkmasından dolayı, özür dilenmesi zararın tamamen giderilmesi anlamı taşıyabilir.

²⁴⁷ Stephan WITTICH, “Compensation”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi May 2008, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 1.

²⁴⁸ AMERASINGHE, **a.g.e. (2008)**, s. 324.

3. Giderilen Zararın Sonuçlarının Kişiyeye Yansıtılması

Devletin diplomatik koruma yolunu işlettikten sonra elde edeceği tazminatın miktarı, kişinin uğradığı zararın büyüklüğüne göre şekillenmektedir. Devlet diplomatik koruma yoluyla kişinin haklarını değil kendi haklarını koruduğu için, elde ettiği sonuçları da kendisine ait görmektedir. Bu husus yargı organlarınca²⁴⁹ da kabul edilmiştir.

Taslak metnin 19. maddesi ise kabul edilmiş bu kuraldan farklı bir yaklaşımı benimsemiş ve makul kesintiler yapıldıktan sonra elde edilen tazminatın, zarar gören vatandaşına yansıtılmasını tavsiye etmiştir.

Bu yaklaşım diplomatik korumanın, gelişen insan hakları hukuku karşısındaki konumunu da gözler önüne sermektedir. Dolayısıyla taslak metinde yer alan bu ifadenin, son derece olumlu bir gelişme olduğu rahatlıkla söylenebilir.

VI. ULUSLARARASI ÖRGÜTLER VE DİPLOMATİK KORUMA

Uluslararası örgütler, Uluslararası Hukukta çeşitli hak ve yükümlülüklerin muhatabı olan Uluslararası Hukuk kişileridir. Bu durum da onların diğer Uluslararası Hukuk kişileriyle ilişkide bulunabilme yetkisine sahip olduklarını göstermektedir.²⁵⁰ Bu ilişkileri neticesinde uluslararası örgütler kendileri Uluslararası Hukuka aykırı davranabilecekleri gibi kendilerine karşı benzer bir davranışta bulunulması da söz konusu olabilir. Dolayısıyla bu tarz davranışlar, devletlerin birbirleriyle ilişkilerinde

²⁴⁹ **Administrative Decision No. V (Mixed Claims Commissions) (United States of America v. Germany)**, Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, 31 October 1924, United Nations, 2006, s. 152.

²⁵⁰ Thilo RENSMANN, “**International Organisations or Institutions, External Relations and Co-operation**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi March 2009, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 4.

olduğundan biraz daha farklı olmakla birlikte, uluslararası sorumluluğun doğmasına neden olmaktadır.²⁵¹

Daha önce açıklandığı üzere, diplomatik koruma, uluslararası sorumlulukla sıkı bir ilişki içerisinde ve böylesi bir sorumluluğun kendisi için de söz konusu olması uluslararası örgütlerin diplomatik koruma yolunu işletme hakkının olup olmadığı tartışmasını beraberinde getirmektedir.

1. Fonksiyonel Koruma

Bu konudaki temel yaklaşımı, Birleşmiş Milletlerle ilgili danışma görüşünde Uluslararası Adalet Divanı belirlemiştir. Divan, uluslararası örgütlerin Uluslararası Hukuka aykırı eylem veya ihmaller nedeniyle uğradıkları zararların giderilmesi için talepte bulunabileceklerini belirttikten sonra, kendi temsilcilerinin veya personelinin, görevleri esnasında uğradıkları zararlardan dolayı da zararın giderilmesini talep edebileceğini ifade etmiştir. Ancak uluslararası örgütün, personelinin yerine hareket etmesinin adını diplomatik koruma değil, “fonksiyonel koruma” olarak koymuştur.²⁵²

Fonksiyonel koruma, sadece uluslararası örgüt personelinin görevi sırasında uğradığı zararlar sebebiyle başvurulabilecek bir yoldur. Bu yönüyle diplomatik korumadan ayrılır. Uluslararası örgüt personelinin uğradığı zararlar nedeniyle onların haklarını ve çıkarlarını korumamakta, bu zararlar nedeniyle kendi haklarını ve yaptığı girişimlerin güvenliğini sağlamaya çalışmaktadır.²⁵³

²⁵¹ Jan KLABBERS, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2002, s. 300.

²⁵² Bkz., *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, s. 181 – 184.

²⁵³ Pierre D'ARGENT, “*Reparation for the Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion)*”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi December 2006, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 6.

Diplomatik koruma ile fonksiyonel koruma böylesi ortak noktalarına rağmen birbirinden farklıdır. Diplomatik koruma kişinin gördüğü zararların, vatandaşlığında olduğu devlet tarafından kendi zararları olarak nitelendirilmesi ve bu zararların giderilmesi çabasıyken, fonksiyonel koruma sadece faaliyet gösterdiği alandaki etkinliğinin devamlılığı için, uluslararası örgütün personeline ve kuruluşlarına, gereken saygının gösterilmesini sağlama çabasıdır.²⁵⁴

2. Uluslararası Örgütteki Çalışmaları Nedeniyle Zarar Gören Kişinin Vatandaşlığında Olduğu Devletin Diplomatik Koruma Yolunu İşletmesi

Uluslararası örgütün faaliyetleri nedeniyle, yabancı bir devletin Uluslararası Hukuka aykırı davranışları sonucu zarar gören kişinin vatandaşlığında olduğu devlet tarafından diplomatik koruma yolunun işletilmesinin mümkün olup olmadığı henüz kesin cevabı olmayan bir husustur. Zira Uluslararası Adalet Divanı bu tarz durumlarda, devletin diplomatik koruma hakkının olmadığına dair bir kural bulunmamasının yanı sıra aynı zamanda hangi yola öncelik verileceğine dair bir kuralın da olmadığını belirtmiştir.²⁵⁵ Halen bu yönde yapılmış bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda hem devletin diplomatik koruma, hem de uluslararası örgütün fonksiyonel koruma yolunu işletme hakkı bulunmaktadır. Böylesi bir sorunun giderilmesi ancak iyi niyet ilkesi ve uluslararası örgütle devletin anlaşarak ortak bir zeminde buluşması sonucu mümkün olabilecektir.²⁵⁶

Bununla beraber insan hakları hukuku çerçevesinde, bireyin zararlarının giderilmesi bakımından, kişinin vatandaşlığında olduğu devletin de diplomatik koruma hakkını kullanabilmesi gerekir. Bu sonucun uygulanabilmesi için gerçekleştirilmesi gereken ön koşul ise, diplomatik

²⁵⁴ DUGARD, a.g.m. (2009), paragraf 77.

²⁵⁵ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, s. 185,186.

²⁵⁶ DUGARD, a.g.m. (2009), paragraf 79.

korumanın bir insan haklarını koruma mekanizması haline getirilmesinin sağlanmasıdır.

3. Devletlerin Uluslararası Örgütlere Karşı Diplomatik Koruma Yolunu İşletmesi

Kişinin, uluslararası örgütün Uluslararası Hukuka aykırı bir davranışı sonucu zarara uğraması neticesinde, vatandaşlığında olduğu devletin uluslararası örgüte karşı diplomatik koruma yolunu işletme hakkına sahip olup olmadığına dair Uluslararası Hukukta hiçbir kural bulunmamakta veya herhangi bir yargı kararı yer almamaktadır. Diplomatik koruma hakkındaki taslak maddeler de bu hususta herhangi bir düzenleme getirmemektedir.

Uluslararası Hukuk kişisi olarak yaptığı Uluslararası Hukuka aykırı eylemlerden dolayı, uluslararası sorumluluğu söz konusu olabilen uluslararası örgüte karşı diplomatik koruma yolunun işletilmesiyle ilgili çözüme kavuşturulması gereken birkaç nokta bulunmaktadır. Öncelikle uluslararası örgütün Uluslararası Hukuka aykırı eylemleri neticesinde zarar gören kişi, aynı zamanda o örgütün bir personelidir ve aralarındaki bağ vatandaşlık bağı kadar olmasa da güçlüdür. Ayrıca, kişi zarar gördüğü zaman, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının ne şekilde uygulanması gerektiği de açık değildir.

Taslak metinlerde, birden fazla vatandaşlığa sahip olmayla ilgili hükümlerde, uluslararası örgütün personeli olan kişileri de dahil edebilecek şekilde bir değişiklik yapılarak birinci sorunun çözüme kavuşturulma ihtimali bulunmaktadır.²⁵⁷ İkinci sorun da iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına bir istisna daha getirilerek çözümlenebilecektir. Tabii bütün bu çözümler, fonksiyonel korumanın da taslak metinde yer almasına veya uluslararası örgütlerin Uluslararası Hukuka aykırı davranışları sonucu ortaya çıkan

²⁵⁷ DUGARD, a.g.m. (2009), paragraf 78.

zararın da diplomatik koruma yolu işletilerek giderilebileceğinin kabulüne bağlıdır.

İKİNCİ BÖLÜM

İNSAN HAKLARI HUKUKU VE

ULUSLARARASILAŞAN BİREYİN KORUNMASI

Uluslararası Hukukun asli süjesi devletlerdir. Klasik Uluslararası Hukuk, yalnızca devletlerin ilişkilerini düzenleyip onlar arasındaki hak ve yükümlülükleri belirler. Sadece devletler Uluslararası Hukukta hak ve yükümlülüklere sahip olabilirler. Bununla beraber Uluslararası Hukuktaki yeni gelişmeler devletler dışında başka aktörlerin de ortaya çıkmasını sağlamıştır. Buna paralel olarak da devletin Uluslararası Hukuk bakımından diğer devletlere karşı sorumlu olmasının yanı sıra bireye karşı da doğrudan sorumlu olduğu kabul edilmiştir.

Bireyin sahip olduğu hakların korunması ve bunların etkin bir şekilde kullanılması Uluslararası Hukukun önemli konularından birisidir. Birey uluslararası toplumda, devletlere karşı sınırlı haklara sahiptir ve bu haklarını kullandığı zaman sonuç almasının sağlanması gerekir. Bireyin haklarını etkin bir şekilde kullanmasını engelleyen durumlar ortaya çıktığında, söz konusu engellerin ortadan kaldırılması yönünde düzenlemeler bulunmalıdır. Birey, devlete karşı çaresiz kalmamalı, sahip olduğu hakları, hem vatandaşlığında olduğu kendi devletine hem de diğer devletlere karşı korunmalıdır.

Bu korumanın bugün için çok çeşitli yönleri bulunmakta ve insan hakları alanındaki gelişmeler, bireyin devlete karşı konumunu güçlendirmektedir. Onun sahip olduğu hak ve yetkiler, hem yeni gelişen insan haklarını koruma mekanizmaları, hem de klasik Uluslararası Hukuk kurumları tarafından göz önünde bulundurulmakta ve güvence altına alınmaktadır. Bireyin sahip olduğu hak ve yükümlülükler, onun Uluslararası Hukukun bir süjesi olmasını sağlamasa da uluslararasılaştığını ortaya koymakta, bu nedenle de birey Uluslararası Hukukun gelişiminde ve değişiminde çok önemli roller üstlenmektedir.

I. ULUSLARARASI HUKUKUN BİREYE YAKLAŞIMI

Bireyin uluslararası toplumdaki konumuyla ilgili gelişmeler, varolan Uluslararası Hukuk kurumlarının yeniden ele alınmasının veya yeni kurumların ortaya çıkmasının temel nedenini oluşturmaktadır. Bu nedenle bireyin Uluslararası Hukuktaki konumuna iki açıdan yaklaşmak gerekir. Bu bağlamda klasik Uluslararası Hukukun bakış açısı ve insan hakları hukukunun gelişimi ve etkisi doğrultusunda şekillenen Uluslararası Hukukun yaklaşımı bir arada değerlendirilmelidir.

1. Klasik Uluslararası Hukuk Açısından Birey

Klasik Uluslararası Hukuk, bireyin Uluslararası Hukukun yalnızca konusu olduğunu kabul etmekte ve bu nedenle ona doğrudan kullanabileceği haklar tanımamaktadır. Bireye Uluslararası Hukuk açısından önem atfedilebilmesi için, öncelikle onun bir devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olması gerekmekte olup, kendisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar ancak devletlerin birbirlerine karşı uluslararası sorumluluklarını ileri sürmeleriyle çözümlenebilmektedir.²⁵⁸

Bütün hukuk düzenleri bireylerin davranışlarını düzenlemeye çalışmakta ve bireylerin birbirleriyle olan sosyal ilişkilerine yönelik kurallar getirmektedir; fakat Uluslararası Hukukun farklı bir yapısı bulunmaktadır. Bu nedenle klasik yapısıyla Uluslararası Hukuk, devletlerarası ilişkileri düzenlemesi itibariyle bireye bir takım haklar tanımamalı, ödevler yüklememelidir.²⁵⁹

Klasik Uluslararası Hukuk, devletin ilişkilerini düzenlemektedir. Birey, ancak devletle ilişkilendirilebildiği ölçüde dikkate alınmaktadır. Uluslararası

²⁵⁸ H. O. AGARWAL, **International Law & Human Rights**, 15th edition, Allahabad, Central Law Publications, 2008, s. 227.

²⁵⁹ Bkz. Hans Kelsen, **General Theory of Law and State**, 20th Century Legal Philosophy Series Vol. I, Translated by Anders WEDBERG, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1949, s. 342.

Hukuk, ona haklar tanımaz, yükümlülükler yüklemes. Uluslararası Hukukun tanıdığı hak ve yetkiler devlete yöneliktir.

Birey, duruma göre, yalnızca Uluslararası Hukukun öngördüğü faydalardan veya sınırlamalardan etkilenir. Uluslararası Hukukun bu klasik yapısı Milletlerarası Daimi Adalet Divanı tarafından da ele alınmıştır. Divan, uluslararası bir antlaşmayla bireylere Uluslararası Hukuka ilişkin doğrudan hak ve yükümlülükler öngörülmesinin mümkün olmadığını; ancak antlaşmanın tarafı devletlerin ülkelerindeki kendi mahkemelerine bireylere uygulanacak kurallar açısından birtakım hak ve yükümlülükler getirebileceğini ifade etmiştir.²⁶⁰ Görüldüğü üzere Milletlerarası Daimi Adalet Divanı, devletler tarafından bireylerin durumuna ilişkin olarak üzerinde anlaşmaya varılmış hak ve yükümlülüklerin devlet organlarına yönelik etki doğurabileceği kanısına ulaşarak, Uluslararası Hukukun yalnızca devletler açısından bu tür hak ve yükümlülükler öngörebileceği sonucunun doğmasına neden olmuştur.

2. Modern Uluslararası Hukuk Açısından Birey

Uluslararası Hukuk sisteminin yirminci yüzyıldan bu yana süregelen, özellikle II. Dünya savaşıdan sonraki evrimi Uluslararası Hukuk kuralları oluşturulurken insani değerlere verilen önemin gözle görülür bir şekilde artmasıyla sonuçlanmıştır.²⁶¹ Klasik anlamıyla Uluslararası Hukukun süjeleri devletler olmakla beraber, uluslararası örgütler, isyancı gruplar ve bireyler gibi farklı aktörler ya Uluslararası Hukukun süjesi olmuştur ya da Uluslararası Hukukun süjesi olmaya adaydır.²⁶² Zira bahsedilen bütün bu

²⁶⁰ **Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary Claims of Danzig Railway Officials who have Passed into the Polish Service, against the Polish Railways Administration)**, Collection of Advisory Opinions, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series B, No. 15, March 3rd 1928, Leyden, A. W. Sijthoff's Publishing Company, 1928, s. 17,18.

²⁶¹ Alexander ORAKHELASHVILI, "The Position of the Individual in International Law", California Western International Law Journal, Vol. 31, 2000 – 2001, s. 241.

²⁶² Christian WALTER, "Subjects of International Law", in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi May 2007, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 1.

aktörler artık, devletlerle beraber ve onlardan bağımsız bir biçimde, Uluslararası Hukukun öngördüğü hak ve yükümlülüklerin muhatapları olabilmektedirler. Bu durumun olağan sonucu da bireylerin uluslararası toplumdaki davranışlarının, hak sahibi olan diğer kişiler açısından da doğrudan etkilerinin olmasıdır. Böylelikle bireyler de artık Uluslararası Hukukta doğrudan hak ve yükümlülüklerin sahibi olabilmektedirler.

Uluslararası Hukuk kuralları, doğrudan veya dolaylı, pek çok hak ve yükümlülüğü birey için de öngörmektedir. Bazı kurallar, bireyin konumunu ve faaliyetlerini düzenleyerek ona doğrudan etki ederken, bazı kurallar da doğrudan bireyle ilgili olmamakla birlikte dolaylı şekilde ona yönelik hak ve yükümlülükler meydana getirebilirler. Bununla birlikte bireylerin sahip oldukları bu yetkiler devletlerin iradesiyle ortaya çıkmaktadır.²⁶³ Bireylerin, Uluslararası Hukukta sahip oldukları hak ve yükümlülükler, hem nitelik hem de nicelik olarak devletler tarafından belirlenmektedir.

İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ardından Nuremberg Askeri Mahkemesi, bireyin Uluslararası Hukuktaki konumunu tamamen değiştirmiştir. Pek çok sivil ve askeri yetkili yargılanmış ve bu kişiler milyonlarca insanın ölümünden sorumlu tutularak cezalandırılmıştır. Bireylerin savaş suçu ve insanlığa karşı suçlardan yargılanıp cezalandırılmasının yanı sıra 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin yayımlanmasıyla bireyin Uluslararası Hukuktaki yeri daha da güçlenmiştir.²⁶⁴ Daha sonraki yıllarda evrensel veya bölgesel pek çok gelişmeyle birlikte bireyin Uluslararası Hukukta sahip olduğu hak ve yükümlülükler artmıştır.

Önceleri Uluslararası Çalışma Örgütü sistemi içindeki çalışanlar²⁶⁵, azınlıklar, vesayet altındaki ülke üzerinde yaşayan kişiler gibi sınırlı bir

²⁶³ AGARWAL, a.g.e., s. 227.

²⁶⁴ Conway W. HENDERSON, **Understanding International Law**, Malden-Oxford, Wiley – Blackwell, 2010, s. 44.

²⁶⁵ Bkz. Mesut GÜLMEZ, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Mayıs 2004, s. 43 – 114.

aland, bireyin Uluslararası Hukukta sahip olduğu hakların dikkate alınmasıyla karşılaşılmaktaydı. Bugün *ratione personae* bakımından uluslararası alanda korunan birey gruplarının sayısı artmıştır ve artmaya da devam etmektedir. Uluslararası Hukukta *ratione personae* bakımından sınırlandırmalarının giderilmesi için devlet, ilişki halinde olduğu bireyin haklarının kendisi tarafından güvence altına alınacağını belirterek kendisini yükümlölük altına sokmaktadır.²⁶⁶

II. ULUSLARARASI HUKUK VE İNSAN HAKLARI HUKUKU

Dünyanın içinde bulunduğu sosyal, politik ve ekonomik duruma göre Uluslararası Hukuk değışiklik gösterebilmektedir. Devletin içte ve dışta tam egemen olduğu dönemlerde uygulanan Uluslararası Hukukla, bugün bireyin konumunu dikkate almak zorunda olan, hatta çoğu zaman bireyin haklarına öncelik tanıma yükümlölüğü bulunan devletin ve devlet dışındaki Uluslararası Hukuk kişilerinin ilişkilerini düzenleyen günümüzde varolan Uluslararası Hukuk birbirlerinden çok farklıdır.²⁶⁷ Özellikle bireyin devlet karşısındaki konumunda meydana gelen değışiklik, onun hem iç hukukta hem de Uluslararası Hukukta devlete karşı pek çok hakka sahip olmasını sağlamıştır. Birey, kendi vatandaşlığında olduğu devlete karşı bile Uluslararası Hukuk yollarını işletebilir hale gelmiştir.

Uluslararası toplum, insan haklarının korunması için gerekli olan siyasal ve kurumsal alt yapıyı hazırlarken çok uzun bir yol kat etmiştir. Bu aşamaya geldikten sonra, devletler insan hakları hukuku alanındaki

²⁶⁶ A. A. Cançado TRINDADE, **Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)**, Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1987(II), Vol. 202, Dordrecht-Boston-Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, s. 47.

²⁶⁷ Esasen insan haklarının uluslararası yönden sağlanması ve korunması gerçekten arzu ediliyorsa, devletlerin egemenliklerinde meydana gelebilecek tehditlere rıza göstermeleri şarttır. Gerek İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarını uluslararası ortama çıkarmış olmaları bakımından asıl değere sahiptir. Her iki metin sayesinde bugün insan hakları konusuna, Anayasalarda daha fazla önem verilmekte ve bu metinlerde belirtilen hak ve hürriyetleri tebaalarına sağlayacaklarını bir çok devlet, anayasalarında taahhüt etmektedirler. Bu da devletlerin gerek İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine kendi kendilerini uymaya zorladıklarını göstermektedir. (ÖZMAN, **a.g.m.**, s. 113.)

gelişmelere paralel olarak bireyin haklarına saygı duyacaklarını ifade ederek, bireyi uluslararası bir fenomen haline getirmişlerdir. İşte bu nedenle devletler insan hakları hukukundan kaynaklanan uluslararası yükümlülüklerini çok fazla önemsemektedirler.²⁶⁸

Devletlerin bireylere yönelik yaklaşımlarındaki değişiklik önceleri Uluslararası Hukukun bireye birtakım haklar tanımasını sağlamış, daha sonra bireyi Uluslararası Hukukun bir parçası haline getirmiş ve bunun sonucunda da insan hakları hukuku ortaya çıkmıştır. İnsan hakları hukuku, ortaya çıktığı ilk dönemlerde Uluslararası Hukukun izin verdiği ölçüde uygulama alanı bulurken, bugün çok güçlü bir yapıya kavuşmuş, pek çok temel ve klasik Uluslararası Hukuk kurumunun anlam ve içeriğinin yeniden ele alınmasını sağlayabilecek düzeye gelmiştir.

1. Uluslararası Hukukta Yeni Alanlar ve İnsan Hakları

Uluslararası alanda farklılaşan ilişkiler, Uluslararası Hukuku da etkilemektedir. Bu ilişkilere uygulanacak yeni kurallar gerekmede ve bu kuralların varolan düzene uyumlaştırılması ihtiyacıyla karşılaşılmaktadır. Uluslararası Hukuk kurallarını yaratan bir yasama meclisi yoktur. Söz konusu kurallar, uzun görüşmeler ve pazarlıklar sonucunda oluşturulmaktadır. Aynı şekilde bu kurallara uyulmaması durumunda doğrudan yaptırım uygulayacak bir yapı da mevcut değildir.

Uluslararası Hukuk artık uzmanlaşmaktadır. Çeşitli alanlarla ilgilenen farklı hukuk dalları ortaya çıkmakta ve bu dallar sadece söz konusu ilişkiler üzerinde çalışmalarını yürütmektedirler. İşte bu husus, Uluslararası Hukukun parçalanmasına neden olmakta ve söz konusu kuralların birbirleriyle uyum içinde olması ihtiyacını doğurmaktadır.

²⁶⁸ Thomas BURGENTHAL, “The Contemporary Significance of International Human Rights Law”, Leiden Journal of International Law, Vol. 22 (2), 2009, s. 222.

1.1. Uluslararası Hukukun Parçalanması

Uluslararası Hukuk kurumlarının ve kurallarının son derece hızlı bir şekilde artması, insan hakları hukuku, insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukuku başta olmak üzere pek çok hukuk alanının ortaya çıkmasının nedeni olmuştur. Bu şekilde belirli konular üzerinde yoğunlaşan yeni Uluslararası Hukuk dallarının oluşumu, merkezi bir yapıya sahip olmayan Uluslararası Hukukun bütün bu hukuk düzenlerini bir arada tutmakta yetersiz kalacağı, bu hukuk dallarının birbirleriyle sınırlı ilişkiler içinde olacağı ya da aralarında hiçbir bağ bulunmayacağı endişesine yol açmaktadır.²⁶⁹

Uluslararası Hukuk Komisyonu da Uluslararası Hukukun ilgilendiği alanın genişlemesi ve çeşitlenmesi nedeniyle, konunun “Uluslararası Hukukun Parçalanması: Uluslararası Hukukun Genişlemesi ve Çeşitlenmesinden Kaynaklanan Güçlükler” adıyla çok yönlü bir şekilde ele alınarak, *jus cogens* kurallar ve *erga omnes* yükümlülükler paralelinde Uluslararası Hukuk kuralları arasındaki ihtilafların giderilmesinin sağlanmasını hedeflemiştir.²⁷⁰

Uluslararası Hukuk kuralları, içerik olarak birbirlerinden ayrılabilmeyle beraber, devletler tarafından ortaya konmaları bakımından ortak bir özellik sergilerler. Bu kuralları oluşturan uluslararası merkezi bir otorite veya birbirlerine uygun olmasını sağlayacak üstün bir Uluslararası Hukuk normu da bulunmamaktadır. Geline bu aşamada üçlü bir dengeden bahsedilebilir: 1. Uluslararası Hukuk kurallarının kendi içindeki dengesi, 2. Uluslararası Hukuk kurallarının oluşturulmasına ilişkin kuralların kendi içindeki dengesi ve 3. Uluslararası Hukukun kaynaklarının kendi içindeki dengesi.²⁷¹

²⁶⁹ SHAW, a.g.e. (2008), s. 65.

²⁷⁰ Bkz. Zdzisław GALICKI, “Hierarchy in International Law within the Context of Its Fragmentation”, in *International Law between Universalism and Fragmentation – Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, editörler James CRAWFORD, Alain PELLET ve diğerleri, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 42.

²⁷¹ Juan Antonio Carillo SALCEDO, “Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 8(4), 1997, s. 584.

Uluslararası Hukukun düzenlediği alanlar arasında her geçen gün biraz daha fazla işbirliğine ihtiyaç duyulmaktadır. Farklı alanlara yönelik uzmanlaşmış Uluslararası Hukuk düzenlerinin meydana gelmesi pratik sonuçlar vermeye elverişli olmakla beraber, benzer veya aynı konularda birbirlerinden farklı uygulamaların ortaya çıkması ihtimali de bulunmaktadır. Bir hukuk sisteminin etkin bir şekilde uygulanması ancak bütünlüğünün korunmasıyla mümkündür. Dolayısıyla Uluslararası Hukukun bütün çalışma alanlarının birbirleriyle ve genel Uluslararası Hukuk kurallarıyla uyumlu olmasına özellikle uygulayıcılar dikkat etmelidirler.

1.2. Bir Uluslararası Hukuk Dalı Olarak İnsan Hakları Hukuku

İnsan hakları hukuku, bireylerin haklarına odaklanmış, Uluslararası Hukuk içerisinde özel bir yeri olan ancak yine de Uluslararası Hukukun parçası olan bir hukuk dalıdır.²⁷² Zira insan hakları, uluslararası antlaşmalar ve Uluslararası Hukukun diğer kaynakları tarafından garanti altına alınmaktadır.

Uluslararası Hukukun doğrudan insan haklarına yönelik kaynaklarıyla, diğer alanlara ilişkin kaynakları arasında farklılıklar ve çelişkiler bulunabilir. Söz konusu çelişkiler, Uluslararası Hukuk bir bütün olarak görülerek, insan hakları hukukunun onun içinde özel bir konumunun olduğunun kabul edilmesiyle giderilebilir ve böylece hem Uluslararası Hukukun diğer kurumları bu özel yapıya uygun hale getirilerek işbirliği sağlanır hem de Uluslararası Hukukun parçalanması önlenmiş olur.²⁷³

²⁷² Bkz. Mahmut GÖÇER, *Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması (Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulanmasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 23.

²⁷³ Bkz. Frédéric VANNESSTE, *General International Law Before Human Rights Courts – Assessing the Speciality Claims of International Law*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersantia, 2010, s. 20, 21.

2. İnsan Hakları Hukukunun Uluslararası Hukukun Uygulanmasına Etkisi

Hukuk düzeni, Uluslararası Hukukta da, iç hukuk düzenlerinde olduğu gibi bir bütündür. Belki Uluslararası Hukukun farklı alanları üzerinde yoğunlaşan her dalı aynı konuyla ilgili hükümler içermez; ancak farklı hükümler her zaman benzer veya aynı konularda farklı sonuçlara varılabilmesi riskini de beraberinde getirir. İnsan hakları hukuku bireyin hakları üzerinde yoğunlaşmakla beraber, genel olarak Uluslararası Hukukun devletlerin ilişkilerini düzenleyen hükümleri de insan hakları hukukunun amaçlarına aykırı sonuçların doğmasına neden olabilir. Bu durum Uluslararası Hukuk ve insan hakları hukukunun birbirlerinden tamamen bağımsız iki hukuk düzeni olarak algılanmasının ne kadar yanlış olduğunu ortaya koymaktadır. İnsan hakları hukuku, Uluslararası Hukukun özel olarak bireylerin hakları üzerinde uzmanlaşmış farklı bir dalıdır. Dolayısıyla Uluslararası Hukukta bütünlüğün sağlanabilmesi için bu hukuk dalının bireylerin haklarının korunmasıyla ilgili özel hükümlerinin, bireylerin durumlarına etki eden diğer Uluslararası Hukuk kurallarına nazaran öncelikle uygulanması gerekmektedir.²⁷⁴ Aksi takdirde insan hakları hukuku, genel Uluslararası Hukuk kuralları karşısında, öngördüğü amaçlarına ulaşamayacak ve bu iki hukuk dalı sürekli birbirleriyle çelişki yaşayarak hakkaniyete uygun olmayan sonuçların meydana gelmesine neden olacaktır.

Hukuk düzenlerinde gerçek anlamda varolan tek varlık bireydir. Bunun dışındaki diğer varlıklar, sonradan oluşturulmuştur. Devlet

²⁷⁴ İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların daha özel uluslararası antlaşmalar olduğuna yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı şekilde bu antlaşmaların veya diğer insan hakları hukukuna dair düzenlemelerin bir hiyerarşi yarattığı da söylenemez. Bununla beraber, uygulamada özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel bir antlaşma olduğu görüşüne sıklıkla rastlanmaktadır. Henüz bu konuda yapılmış bir uluslararası düzenleme olmadığı için, özel – genel ilişkisine karşı çıkan görüşlerin bulunması da normaldir; fakat insan hakları hukukuna ilişkin antlaşmaların özel nitelikte olduğunu ifade eden mahkeme kararları da dikkat çekmektedir. Bu görüşe dayanak olarak da özellikle, uluslararası toplumun çıkarlarının korunması düşüncesi gösterilmektedir. (Bkz. Pieter VAN DIJK, “The Status of International Treaties on Human Rights – The Hierarchy of Rules of International Law”, in *The Status of International Treaties on Human Rights*, Collection Science and Technique of Democracy, Venice Commission, Strausbourg, Council of Europe Publishing, September 2006, s. 222.)

Uluslararası Hukukun asli sūjesi olmakla beraber, bireyin sahip olduğu gibi bir varlığı yoktur. Dolayısıyla birey, Uluslararası Hukukun sūjesi olmasa da öncelikle korunur. Uluslararası Hukuk kuralları oluşturulurken, yorumlanırken ve uygulanırken, bireyin haklarına öncelik verilmesi gerekir. Yalnız bu husus, tek başına insan haklarının hiyerarşik olarak üstünlüğünü ortaya koymaz.²⁷⁵

Uluslararası Hukukta bugün için varolan bir hiyerarşiden bahsedilemeyeceği için, *lex specialis derogat lex generali* ilkesi uyarınca eşit konumda bulunan genel Uluslararası Hukuk ve insan hakları hukuku kuralları aynı veya benzer durumlarda farklı sonuçlara varılmasını sağlıyorsa, insan hakları hukuku kurallarının daha özel kurallar getirdiği kabul edilerek, adı geçen hukuk dalının kurallarına veya bu kuralların uygulanmasıyla ortaya çıkan sonuçlara öncelik verilmesi gerekir.

3. Uluslararası Hukukta Bireyin Güçlenen Konumu

Uluslararası Hukuk, bireyi birtakım hak ve yükümlölüklerin muhatabı olarak görmektedir. Çeşitli Uluslararası Hukuk kaynaklarında bireyle ilgili hükümlere yer verilmekte, onun devletle olan ilişkisi özel olarak ele alınmaktadır.²⁷⁶ Bu ilişki bireyin o devletin vatandaşı olmasına veya olmamasına göre farklılık göstermektedir. Uluslararası Hukuk, devlete hem vatandaş statüsündeki hem de yabancı statüsündeki bireylere karşı birtakım

²⁷⁵ Koji TERAYA, “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights”, European Journal of International Law, Vol. 12 (5), 2001, s. 938.

²⁷⁶ “İnsan hak ve özgürlüklerinin uluslararası bildirilerde ele alınmasını olağan saymalıyız. Gerçekten de herhangi bir topluluğun bir hak ve özgürlüğü değil de insan hak ve özgürlükleri söz konusu oldu mu, bütün ulusal hukuk düzenleri ötesinde insanlığı kapsayan bir tanımlamaya varmak gerekir. Üstelik insan hak ve özgürlükleri uluslararası bir nitelik elde edince, bunun iç hukuka üstünlüğü ve iç hukuk düzenince bozulamayacağı sonucu, yani insanların hak ve özgürlükleri yönünden büyük bir güvene erişecekleri düşünülebilir. Ama bu ideal düşüncelerin yanı sıra insan hak ve özgürlüklerinin uluslararası alanda ele alınması başka nedenlere de bağlıdır. Kişileri devlete karşı korumak, devletin kişi haklarını çiğnemesini önlemek, uluslararası ilişkiler bakımından da önemlidir. Ayrıca bir yurttaşı kendi devletine karşı korumak da uluslararası alanı ilgilendiren bir sorundur. Uluslararası Hukuk önceleri sadece devletleri üye sayarken, sonraları gerçek kişilere de hak tanımıştır.” (İlhan F. AKIN, **Temel Hak ve Özgürlükler**, Üçüncü baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fakülteler Matbaası, 1971, s. 91.)

yükümlülükler getirmektedir. Bunun yanı sıra vatansızlar ve mültecilerle ilgili düzenlemelerle de karşılaşılmaktadır.

Birey ilişki halinde bulunduğu devlete karşı birtakım haklara sahiptir. Devlet öncelikle bireyin sahip olduğu bu haklara saygı duymalı ve onları güvence altına almalıdır. Hatta söz konusu haklara aykırı durumların varlığı halinde, devlet bu hakları korumalıdır. Devlet, birey bir zarar görürse bu zararın giderilmesini sağlamalıdır. Zaten, bu koşullar gerçekleştirilemezse, birey veya durumun özelliklerine göre onun vatandaşlığında olduğu devlet Uluslararası Hukukun kendisine tanıdığı hakları kullanacaklardır.²⁷⁷

Bireyin Uluslararası Hukuktaki konumunda meydana gelen değişiklikler, devletin bireyin sahip olduğu haklarına saygı göstererek davranma yükümlülüğünü beraberinde getirmiş ve birey açısından hakkaniyete uygun sonuçların elde edilebilmesi için önemli adımlar atılmıştır. Uluslararası Hukukun bireye yönelik hareketsiz tutumu sona ermiş, modern Uluslararası Hukuk bireye daha etkin roller yüklemiştir.²⁷⁸

Bugün bireyin hakları uluslararası seviyede korunmaktadır. Devletler, bu hakların korunması düşüncesini kabul etmekte ve varolan durumu daha da ileriye taşıyarak, bireyin sahip olduğu hakları geliştirmeye çalışmaktadırlar. Bu noktada en önemli gelişme, devletin bireyin sahip olduğu hakları ihlal etmesi sonucu, o devletin uluslararası sorumluluğunun ortaya çıkacağına kabul edilmesi olmuştur.²⁷⁹ Zira bireyin sadece haklarının olduğunun kabulüyle ve bu hakların korunmasına yönelik düzenlemelerin yapılmasının sağlanmasıyla yetinilmemiş aynı zamanda Uluslararası Hukuka aykırı bir durumun meydana gelmesi durumunda devletlerin katlanması gereken sonuçların bulunduğu gerçeği kabul edilmeye başlanmıştır. Bireyle devlet farklı şartlarda da olsa aynı terazinin kefelerinde

²⁷⁷ Bkz. Vaughan LOWE, **International Law**, Clarendon Law Series, Oxford-New York, Oxford University Press, 2007, s. 29 – 33.

²⁷⁸ Antonio Augusto Cançado TRINDADE, “**The Human Person and International Justice**”, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 47, 2008 – 2009, s. 25.

²⁷⁹ TRINDADE, **a.g.c. (1988)**, s. 411, 412.

yer almış olup, Uluslararası Hukukun devam eden gelişim sürecinde birey her geçen gün biraz daha fazla önem kazanmaya başlamıştır.

İki dünya savaşı sonrasında devletin egemen yetkilerinin azaldığına ve pek çok kişi grubunun sahip olduğu hak ve yetkilerin artmasına yönelik uluslararası düzenlemelerin yapıldığına rastlanmaktadır. Ortaya çıkan tartışmalı durumlar ve normların somut olaylarla ilişkilendirilmesi süreci, söz konusu normların yeniden ele alınmasını, bu normlara bazı istisnaların getirilmesini veya yeni düzenlemelerin yapılmasını sağlamaktadır. Uluslararası Hukuk, klasik kurallarının varlığını devam ettirmekle beraber, dinamik bir şekilde gelişimini sürdürmektedir. Bireyin güçlenen konumu da söz konusu kuralların, insan hakları hukuku bakımından ileriye götürülmesine yardımcı olmaktadır.²⁸⁰

III. İNSAN HAKLARI HUKUKU ÇERÇEVESİNDE BİREYİN KORUNMASI

Klasik Uluslararası Hukukun, yalnızca devletlerarası ilişkilerle ilgilendiği ve bu nedenle bireyin gördüğü bir zararın ancak onun vatandaşlığında olduğu devletin zararı olarak görülerek diplomatik koruma yolunun işletilmesiyle giderilebileceğine daha önce değinilmişti. Uluslararası Hukuk artık bireyin haklarının garanti edilmesini ve uğradığı zararın tamamen onun adına ve onun çıkarlarının korunması amacıyla giderilmesini çeşitli uluslararası düzenlemelerle kabul etmiştir. Söz konusu düzenlemelerin de gelişimine katkıda bulunduğu süreç, devletin egemen yetkileri ile devlet – birey ilişkilerinin yeniden gözden geçirilmesini sağlamıştır.

²⁸⁰ Kendall STILES and Wayne SANDHOLTZ, “Cycles of International Norm Change”, in **International Norms and Cycles of Change**, Editörler Wayne SANDHOLTZ AND Kendall STILES, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, s. 323.

1. İnsan Hakları Hukukuna İlişkin Temel Belgeler

Uluslararası insan hakları hukuku, II. Dünya Savaşı sonrası dönemin bir ürünüdür. Devletler bu savaş sırasında yaşanan insanlık dramının tekrar etmemesi için bireylerin korunmasına yönelik adımlar atma ihtiyacında olmuşlardır. Böylece birey uluslararasılaşmaya başlamıştır. Söz konusu uluslararasılaşmayı sağlayan ve devam ettiren birtakım uluslararası antlaşmalar bulunmaktadır. Bunların bir kısmı evrensel olduğu gibi, bir kısmı da bölgeseldir. Bu düzenlemeler, amaç olarak insan onurunun korunmasını göstermekte ve bu sayede uluslararası istikrarı sağlamayı hedeflemektedir.

1.1. Birleşmiş Milletler Bünyesinde Oluşturulan Metinler

Birleşmiş Milletlerin (BM) insan haklarını yeniden ele alarak, bu konuda uluslararası bir standart getirme çabası bireyin uluslararasılaşmasında önemli katkılar sağlamıştır. BM'nin faaliyetleri ve düzenlemeleri Uluslararası Hukukun bir dalı olarak insan hakları hukukunun ortaya çıkmasını sağlayan faktörlerden birisi olmuştur.²⁸¹

Devletler, II. Dünya Savaşı'ndan sonra bireyin sahip olduğu şartların çok daha kötüye gideceği endişesiyle, insan hakları konusunun uluslararası ve iç hukuk düzenlerinde öncelikli olarak ele alınması gerekliliğinden söz etmeye başlamışlardır. Bu husus devletler için çözüme kavuşturulması gereken, siyasi ve hukuki bir öncelik haline gelmiştir. BM de bu gelişmelere paralel olarak üzerine düşeni yapmaya çalışmış ve pek çok kararın alınmasını, uluslararası antlaşma ve sözleşmelerin oluşturulmasını ve diğer başka hukuki düzenlemelerin ortaya konmasını sağlamıştır.²⁸²

²⁸¹ Michael ADDO, **The Legal Nature of International Human Rights**, International Studies in Human Rights, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, s. 214.

²⁸² Nicoline AMBE, "A Legal Analysis of the Domestic Enforceability of International Human Rights Law: The Rule of Law Imperative", University of New Brunswick Law Journal, Vol. 47, 1998, s. 112.

1.1.1. Birleşmiş Milletler Şartı

BM Şartı insan haklarının uluslararası düzeyde temellerini atmıştır. İnsan hakları terminolojisi BM Şartında açıkça ifade edilmiş ve yer almıştır.²⁸³ Buna göre BM Şartının 1. maddesi devletlerin insan haklarının korunmasıyla ilgili işbirliğini geliştireceğini belirttikten sonra 55. maddesinde herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini kolaylaştıracağını ifade etmektedir. 56. maddesinde de devletlerin 55. maddede yer alan hakları dolayısıyla aynı zamanda insan haklarına saygı gösterilmesi amacına ulaşılabilmesi için birlikte veya ayrı ayrı BM ile işbirliği içinde olma yükümlülüklerinin bulunduğu belirtilmiştir.

1.1.2. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

BM Şartında insan hakları kavramına yer verilmiş; ancak bu haklara saygı gösterilmesine yönelik ne tür yükümlülüklerin bulunduğu belirtilmemiştir. Bu konudaki çalışmalar devam etmiş ve 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi yayımlanmıştır. Beyanname ile yine bağlayıcı yükümlülükler getirilmemiştir.²⁸⁴ Bununla beraber insan hakları bakımından ortak bir zemin oluşturulmuştur.²⁸⁵ Böylece adı geçen belge bağlayıcı olmayan ama bugünkü uluslararası insan hakları hukukunun ve hatta antlaşmalarının etkilendiği temel bir metin olarak Uluslararası Hukuktaki yerini almıştır.²⁸⁶ Söz konusu belge Uluslararası Hukukta, insan haklarının korunması bakımından varolan eksiklikleri tamamen

²⁸³ BROWNIE, a.g.e. (2003), s. 531.

²⁸⁴ D. A. V. BOYLE, “International Law and Human Rights”, Modern Law Review, Vol. 23(2), 1960, s. 167, 168.

²⁸⁵ Hurst HANNUM, “The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law”, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 25(1&2), 1995 – 1996, s. 353.

²⁸⁶ Kathleen Renée CRONIN-FURMAN, “60 Years of the Universal Declaration of Human Rights: Towards an Individual Responsibility to Protect”, American University International Law Review, Vol. 25(1), 2009 – 2010, s. 197.

giderememiştir. Ancak bu beyannamenin insan hakları hukukunun gelişiminde büyük etkileri olmuştur.

1.1.3. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler

1966 tarihli “Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme” ve “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme” Birleşmiş Milletler Şartı ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin (İHEB) başlattığı sürecin devamında insan hakları hukukunun gelişimi açısından önemli bir aşama olmuş, devletler açısından uyulması zorunlu hükümler getirmiştir.²⁸⁷

1.2. Bölgesel Sözleşmeler

BM bünyesinde oluşturulanların dışında da insan haklarına dair temel sözleşmeler bulunmaktadır. Bunların başlıcaları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (AİHHŞ) ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (AMİHS)’dir. Bunların dışında iki veya çok taraflı pek çok uluslararası antlaşmada da insan haklarına dair hükümlere rastlanabilir.

İnsan haklarının bölgesel düzeyde korunmasını sağlayan mekanizmalar ya da sistemler farklı sosyo-ekonomik ve hukuki şartlar altında ortaya çıkmış olup, etkinlikleri buna göre şekillenmektedir. Bireysel başvuru hakkı her bir koruma mekanizması açısından devletlerin insan hakları antlaşmalarına uygun davranmalarının sağlanması için çok büyük önem arz eder. Bununla beraber bütün bölgesel koruma mekanizmalarının aynı etkinlikte olduğu söylenemez. Esasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle kurulan sistem dışındaki diğer sistemlerin çok da etkin olduğu söylenemez. Yalnızca Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ile oluşturulan

²⁸⁷ Thomas BUERGENTHAL, “Human Rights”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi March 2007, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 10.

sistem, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi kadar olmasa da, diğer sistemlere göre daha aktif roller üstlenmektedir.

2. İnsan Hakları Hukukunun Uygulanması

İnsan hakları hukuku insan onurunun korunmasını amaçlar.²⁸⁸ Evrensel olarak kabul edilmiş olan insan yaşamının kutsallığı ilkesi çerçevesinde şekillenen uluslararası insan hakları hukuku, ahlaki, siyasi ve hukuki çalışmalar çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu çalışmalar insan haklarına yönelik pek çok Uluslararası Hukuk kuralını ortaya çıkarmıştır.²⁸⁹ İnsan hakları hukuku, bireyin insanca yaşamasını, onun sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri devletin ona yönelik olumsuz davranışlarına karşı korumayı hedefler. İnsan hakları sadece günlük yaşamda değil aynı zamanda barış ortamının olmadığı, savaş iç savaş ve terör gibi durumlarda da uygulanır.²⁹⁰

Hukuk düzenlerinde sadece kurallar koymak yeterli değildir. Aynı zamanda bu kurallara etkin bir şekilde uyulmasını sağlamak gerekmektedir. İnsan hakları hukukuna dair çok önemli gelişmeler yaşanmış ve halen de yaşanmaktadır. Bireye verilen haklar her geçen gün biraz daha artmakta, bunun sonucu olarak devletin de yükümlülükleri artmaktadır. Devletin yanında uluslararası toplumun da insan hakları hukukuna dair gelişmelere uyum sağlama yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Bireyin hakları yalnızca muhatap olduğu devletin iç hukuku açısından etkili değildir. Uluslararası Hukuk açısından da sonuçlar doğurmaktadır. Devletin hak ve çıkarlarının korunmasını amaç edinen Uluslararası Hukukun genel hükümlerinin, insan

²⁸⁸ Bir kavram olarak insan hakları, bireyin (kadın veya erkek olduğu gözetilmeksizin) doğduğu andan itibaren sahip olduğu doğal haklarına saygı duyulması ve bu yönde gerekenin yapılması düşüncesine dayanır. Bu çerçevede insan haklarına ilişkin getirilen düzenlemelerde öncelikli olarak önem verilen husus insan onurudur. Söz konusu husus pek çok uluslararası bildiri ve sözleşmede açıkça ifade edilmiştir. (Bkz. AMBE, *a.g.m.*, s.113.)

²⁸⁹ Wolfgang BENEDEK, *Understanding Human Rights*, Second edition, Morsel-Berlin-Wien, Intersentia, 2006, s. 23.

²⁹⁰ Bkz. VAN DIJK, “*International Law and The Promotion and Protection of Human Rights*”, Wayne Law Review, Vol. 24 (4), 1977 – 1978, s. 1538.

hakları hukukuna ilişkin özel kurallara aykırı olması ve bu aykırılık giderilmeksizin uygulanması çok büyük bir çelişkiyi beraberinde getirecektir.

Birey açısından Uluslararası Hukukun öngörülen hak ve yükümlülüklerle uygun bir uygulamayı gerçekleştirmesi gerekir. Bu da ancak bireyin ulusal veya uluslararası yargı yollarına başvurmalarıyla mümkün olur. İnsan haklarına dair pek çok uluslararası antlaşmada tanınan bu hak özellikle iç hukukta yer alan yargı organlarına başvurma hakkı, insan haklarının korunması açısından en önemli koruma yollarından birisi olarak ortaya çıkmaktadır.²⁹¹

Devletlerin insan haklarına saygı duyma, bu hakların gereklerini yerine getirme ve onları koruma yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin insan haklarını koruma görevi, kendi ülkesinde bulunan bireylere yönelik Uluslararası Hukuk kurallarının ihlalini önlemesiyle özdeşir.²⁹² İnsan hakları hukuku, devletlerin iç hukuklarında uygulanma şansı yakalar ve devletlerin statüsü ne olursa olsun bütün bireylerin sahip olduğu haklara saygı duyması gerekir.

2.1. Uluslararası Hukuk Bakımından Uygulama

Devlet, insan haklarına ilişkin kuralları uluslararası antlaşmalara taraf olarak veya uluslararası örf ve adet hukuku kuralları vasıtasıyla kabul etmekte ve söz konusu haklara ilişkin yükümlülükler altına girmektedir. Bölgesel düzenlemeler bir kenara bırakılırsa, insan hakları hukukuna ilişkin genel kurallar BM'nin yönlendirmesi ve zorlamalarıyla hayat bulmuş, devletlerin taraf oldukları pek çok sözleşme de adı geçen uluslararası örgüt bünyesinde oluşturulmuştur. Bununla beraber, bireye yönelik Uluslararası Hukuka aykırı eylemleri yoğun şekilde devam eden devletlerin insan haklarına ilişkin temel belgelerde yer alan yükümlülükleri kağıt üzerinde doğrudan kabul ettiği görülebilmektedir. Aynı zamanda bireye yönelik son

²⁹¹ TRINDADE, a.g.m. (2008 – 2009), s. 26.

²⁹² BENEDEK, a.g.e., s. 36.

derece geniş haklar tanıyan ve onların varolan haklarına saygı duyan devletlerin uluslararası insan hakları hukukuna ilişkin uluslararası antlaşmaların tarafı olup yükümlülükler altına girerken çok çekingen davrandıklarına da rastlanabilmektedir. Bu nedenle, uluslararası insan hakları hukuku kurallarının oluşturulması ve devletlerin bu kurallara uyacaklarını beyan etmeleri önemli olmakla beraber, asıl gerçekleştirilmesi gereken varolan kuralların, etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamaktır.²⁹³

Birleşmiş Milletler insan hakları sistemi içerisinde bugün çok çeşitli denetleme ve uygulama birimleri bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler Şartı çerçevesinde bütün üye devletler bakımından oluşturulan birimlerin dışında, her bir sözleşmeye devletlerin uygun davranmasını sağlamak için oluşturulmuş antlaşma denetim birimleri bulunmaktadır. Antlaşma kaynaklı bu birimler Birleşmiş Milletler insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde kurulmuş olup, rapor oluşturma, bireyin şikayette bulunması, devletlerarası şikayetler yapılabilmesi gibi gerekli sistemlerin işlemlerini sağlamakta ve taraf devletlere söz konusu uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini daha açık bir şekilde anlayabilmeleri için antlaşma hükümlerini yorumlayarak genel görüşlerini sunmakta ve devletlerden gelen raporları inceledikten sonra birtakım kararlar almakta ve tavsiyelerde bulunmaktadır.²⁹⁴

BM, insan haklarını, siyasi²⁹⁵ bir konu olmaktan çıkarıp ona hukuki bir boyut kazandırma çabası içerisinde. Bunu yaparken özellikle hukukun

²⁹³ Yoram DINSTEIN, “Human Rights: Implementation through the UN System”, American Society of International Law Proceedings, Vol. 89, 1995, s. 242.

²⁹⁴ Anne VAN AAKEN, **Making International Human Rights Protection More Effective: A Rational – Choice Approach to the Effectiveness of Ius Standi Provisions**, Reprints of Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Vol. 16, Bonn, Max Planck Society, September 2005, s. 24.

²⁹⁵ “İkinci Dünya Savaşının yarattığı global tahribat ve ulusal düzlemde faşist ya da nasyonal-sosyalist siyasalarla bağıntılı olarak açığa çıkan şiddet ve yıkımın yeniden belirmesini önlemek arayışları, insan hak ve özgürlüklerinin ulusal olduğu kadar uluslararası düzlemde de tanınması ve korunmasını sürecini doğurdu. BM Şartı bu doğrultudaki girişimler için güçlü bir hukuksal dayanak işlevi gördü. Öte yanda, o evrede dünyaya yön veren iki egemen ideoloji kapitalizm ve sosyalizm, dolayısıyla bu ideolojileri benimseyen güçlü devletler arasında ciddi yaklaşım farklılıklarına ve bunun uluslararası düzleme yansıyan Soğuk Savaş gerilimine karşın, belirli ortak noktalarda bütünleşme de görülmekteydi.” (Mehmet Semih GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları**

üstünlüğü ve kanun önünde eşitlik gibi kavramların etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamaya çalışmaktadır; ancak bu kavramların Uluslararası Hukukta uygulanması sorunsuz bir şekilde gerçekleşmemektedir.²⁹⁶

İnsan haklarının korunması bakımından bölgesel insan hakları sözleşmeleriyle de çeşitli düzenler kurulmakta ve bu düzenler çerçevesinde çok daha etkin bir uygulama ortaya çıkmaktadır.

2.2. İç Hukuk Bakımından Uygulanma

Devlet, insan hakları hukukuna dair yükümlülüklerine uymak zorundadır. İnsan haklarını düzenleyen kurallar, devletlerin iç hukuklarında da etki doğurmayı amaçlar. Devletin kendi vatandaşının veya yabancıların zarar görmesini engellemesi gerekir. Bir başka ifadeyle devlet, bireyin haklarının koruyucusu ve uygulayıcısıdır. Uluslararası düzeydeki insan hakları hukuku kuralları, ancak devlet tarafından uygulanabilir. Haklar bakımından devletle birey arasındaki ilişki devletin egemen haklarının sınırlanması ve bireyin haklarının genişlemesi yönündedir.

2.2.1. Devlet Egemenliği ve İnsan Hakları

Uluslararası Hukukun ortaya çıkması ve gelişmesi devletler sayesinde olmuş, Uluslararası Hukuk onların ulusal egemenliklerini ve bağımsızlıklarını koruyacak şekilde ve izin verdikleri ölçüde gelişmiştir.²⁹⁷ Uluslararası Hukuk günümüzde de ancak devletlerle beraber varolmaktadır.²⁹⁸

Uluslararası Hukuk düzeninin oluşturulmasının sonuçlarından birisi devletlerin, kendi iradeleriyle bile olsa, uluslararası yükümlülükler altına girerek egemen yetkilerini sınırlandırmalarıdır. Bütün hukuk düzenleri, hedef

Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Kitapları Serisi: 56, 5. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 337.)

²⁹⁶ ADDO, **a.g.e.**, s. 151.

²⁹⁷ Bkz. SCHREUER, **a.g.m. (1993)**, s. 447.

²⁹⁸ Jianming SHEN, “**National Sovereignty and Human Rights in a Positive Law Context**”, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 26(2), 2000 – 2001, s. 419.

aldığı topluluğun üyeleri arasında bir düzen kurma çabasıdır. Uluslararası Hukuk da klasik anlamında, devletlerarası ilişkileri düzenleyen bir sistem oluşturmuştur. Devletlerin, birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri hakları ve uymaları gereken yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu hak ve yükümlülükler, devletlerin kendi egemenliklerinden kaynaklanan bir takım yetkilerini kullanamamaları ya da sınırlı bir şekilde kullanabilmeleri sonucunu doğurmaktadır. Bu durum, devletin egemenliğinin sınırlanması anlamına gelmektedir.

Devlet, aynı zamanda kendi ülkesinde yaşayan bireyler için de birtakım haklar tanımıştır. Klasik Uluslararası Hukuk, bireylerin davranışlarıyla doğrudan ilgilenmediği için, bireylerin sahip olduğu haklar da ancak devletlerin kendi iç hukuklarında, bireylere karşı egemen yetkilerini sınırlamaları ölçüsünde olmuştur. Her devlet bireye yönelik kuralları oluştururken kendisini özgür hissetmiştir. Devlet bireye hiçbir hak tanımayacağı gibi, son derece sınırlı haklar tanıyabilir veya bireyin oldukça geniş haklara ve özgürlüklere sahip olmasını sağlayabilir.

Her devletin bireye tanıdığı haklardaki bu farklılık, devletlerin demokrasi kültürlerine ve gelişmişlik düzeylerine göre farklılık göstermektedir.²⁹⁹ Uluslararası insan hakları hukuku, devletler arasındaki farklılıkları ortadan kaldırarak, bireylerin sahip olduğu birtakım temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak istemektedir. Modern Uluslararası Hukuk, bireyin devlet karşısında pek çok hakka sahip olduğunu kabul etmektedir. Uluslararası insan haklarının gelişip yeni bir akım yaratmasıyla da bireyin konumu sağlamlaşmıştır.

Bireyin haklarının korunması düşüncesi, devletlerin sorumluluğunu iki yönde genişletmiştir. Devlet hem bireye karşı hem de bireyden ötürü

²⁹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ırkçılığın Uluslararası Hukuk düzenini ciddi şekilde tehdit eden bir olgu üzerinde dururken, bu tür davranışların, diğer insanların haklarını ihlal ettiği için demokrasiyle ve aynı zamanda insan hakları hukukuyla çeliştiğini belirtmiştir. Böylece demokrasi ve insan hakları hukuku arasında bir bağ kurmuştur.

(Bkz. **Case of Garaudy v. France**, European Court of Human Rights, Inadmissability Decision, Application no. 65831/01, Judgement of 24 June 2003.)

uluslararası topluma karşı sorumlu olmaya başlamıştır. Devletler insan haklarına saygı duyan değil bu hakların korunması için etkin bir şekilde hareket eden sorumlu egemenler olmuşlardır. Devlet, artık bireyin haklarını korumakla *erga omnes* yükümlü olan bir Uluslararası Hukuk kişisi haline gelmiştir.³⁰⁰

Uluslararası düzenlemeler, bireye yönelik evrensel standartların getirilmesini amaçlamakta ve devletleri insan hakları hukukunun getirdiği kurallara aykırı davranışlarda bulunmamaya mecbur etmeye çalışmaktadırlar. Bu noktadaki en büyük sorun bu düzenlemelere rağmen, devletlerin egemen yetkilerinin sınırlanması endişesiyle söz konusu düzenlemeleri uygulamalarındaki zorluktur. Zira söz konusu düzenlemelerin uygulanması ancak devletlerin iç hukuklarında mümkündür. Devletler Uluslararası Hukuktan kaynaklanan ödevlerine uygun davranmakla yükümlü olmakla beraber, egemenliğin bir sonucu olarak kendi siyasal, ekonomik ve sosyal sistemlerini oluşturup uygulama konusunda serbesttirler. Bu nedenle insan haklarına ilişkin uluslararası düzenlemelerin böylesi serbestilere sahip devletlerin her birinin iç hukuklarında etkin bir şekilde uygulandığı söylenemez.³⁰¹

Uluslararası insan hakları hukuku, yeni ve gelişmekte olan bir hukuk dalıdır. Bu hukuk dalı bütün devletler tarafından aynı şekilde uygulanmamakta, daha çok bölgesel uygulamalarla şekillenmektedir. Daha önce bahsedilen evrensel bildirgeler ve sözleşmeler birtakım temel prensipleri ortaya koymaktadır. Bu sözleşmeler pek çok bölgesel sözleşme ve insan haklarını koruma mekanizmalarının oluşmasını sağlamıştır. Ancak bunların tamamı aynı etkinlikte uygulanmamaktadır.

Uluslararası Hukuk kurallarının etkin bir şekilde uygulanabilmesi için devletlerin egemenliklerini iç hukukları bakımından da sınırlamaları

³⁰⁰ Bkz. Anne PETERS, “Humanity as the A and Ω of Sovereignty, European Journal of International Law, Vol. 20 (3), 2009, s. 526.

³⁰¹ AMBE, a.g.m., s. 116.

gerekmektedir. Devletin iç hukukunda hukukun üstünlüğünü kabul etmesi, bir hukuk devleti olması bu bakımdan çok önemlidir. Zira insan hakları hukuku alanında yapılan düzenlemelerin veya verilen mahkeme kararlarının uygulanabilmesi için hukukun üstünlüğü ilkesinin de çok büyük bir ciddiyetle uygulanması gerekir. Söz konusu kural ve kararların beklenen şekilde sonuçlarını doğurabilmesi devletin, hukukun üstünlüğünü kendisi açısından kabul etmesine bağlıdır. Devlet iç hukukunda kendisini uluslararası normlara uyacak bir konuma getirmediği söz konusu kurallar etkin bir şekilde uygulanamaz.³⁰² Bununla beraber, insan hakları hukuku pragmatist ve realist bir bakış açısıyla ele alındığında devletlerin egemen yetkilerinin bu kadar önemsendiği ve devletlerden bağımsız bir uygulama fırsatının olmadığı hususuna dikkat edildiğinde, bu hukuk kurallarının bireyin haklarını ne şekilde güvence altına alabileceği de tartışmalıdır.³⁰³

Devletler, egemen yetkilerini sınırlandırma konusuna çok temkinli yaklaşırlar; çünkü güçlerini bu yetkilerinden alırlar ve onlarla var olurlar.³⁰⁴ Bu nedenle insan hakları hukuku, devletin bireye ve Uluslararası Hukuka yaklaşımı neticesinde şekillenen, onun egemen yetkilerini sınırladığı ölçüde etkin şekilde uygulanabilen bir hukuk dalıdır.

Bu durumun bir başka sonucu da, Uluslararası Hukukun genel yapısının insan hakları hukuku çerçevesinde değişikliğe uğramasıdır. Zira insan hakları hukuku, Uluslararası Hukukun pek çok dalıyla birlikte, yeni bir düzen yaratma çabasında olup, egemenliği ön planda tutan klasik yapısını yıkmaktadır. Devletlerin sınırlı, hatta Avrupa Birliği örneğinde görüldüğü gibi devredilmiş egemen yetkileri çerçevesinde yeni bir düzen kurulmaktadır. Birey, devletin egemenliğinden daha ön planda tutulmakta, egemenlik bireyin hakları çerçevesinde yeniden yorumlanmaktadır. Bu durumun sonucu olarak da Uluslararası Hukukun klasik kurumları yeniden ele

³⁰² AMBE, **a.g.m.**, s. 109.

³⁰³ ADDO, **a.g.e.**, s. 195.

³⁰⁴ Bkz. Münici KAPANİ, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, 3. Basım, Ankara, Bilgi Yayınevi, Aralık 1996, s. 91, 92.

alınmakta, devlete ait pek çok hak bireyin hakları karşısında farklı şekillerde uygulanmakta veya devlete ait bazı haklar tamamen bireye ait hale gelmektedir.

2.2.2. Devlet – Birey İlişkisi

Uluslararası insan hakları hukuku, diğer Uluslararası Hukuk dalları gibi devletler tarafından geliştirilmiştir ve devlete hak ve yükümlülükler getirmektedir. Buna dayanarak da, diğer pek çok uluslararası hukuk dalından farklı olarak bireyleri birtakım hak ve yükümlülüklerin muhatabı yapan bir hukuk dalıdır. Onu farklı kılan, uygulamasının ancak devletlerin iç hukuk düzenlerinde, yalnızca bireye karşı gerçekleşebilir olmasıdır.³⁰⁵

Klasik Uluslararası Hukuka göre devlet Uluslararası Hukukun getirdiği yükümlülöklere uyma zorunluluğu içerisinde olmakla beraber iç hukukundaki uygulamasını belirleme konusunda serbesttir. Bununla beraber insan hakları hukukunun uygulanması ile ilgili mahkeme kararlarıyla kabul edilen prensip, devletin iç hukukunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, varolan Uluslararası Hukuk yükümlölüğünün doğrudan, yeni bir işleme ihtiyaç olmaksızın uygulanmasıdır. Bu yaklaşım son derece müdahaleci bir yapıya sahip olmakla beraber, devletlerin bu duruma itiraz etmedikleri hatta hızla artan bir oranda iç hukuklarında, özellikle anayasalarında, uluslararası insan hakları hukukuna dair hükümlerin doğrudan uygulanmasını sağlayacak düzenlemeler getirdikleri gerçeğıyle karşılaşmaktadır.³⁰⁶

Uluslararası Hukuk kuralları bağlayıcıdır ve söz konusu kurallar devletin iç hukuk düzeninde yer alan kurallarla çatışmadıkça bunların doğrudan uygulanması için bir engel bulunmamaktadır. Uluslararası Hukukun niteliğinde meydana gelen değışiklikler nedeniyle devletin

³⁰⁵ Shabtai ROSENNE, *The Perplexities of Modern International Law*, The Hague Academy of International Law, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, s. 202.

³⁰⁶ Menno T. KAMMINGA, “Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law”, in *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Editörler Menno T. KAMMINGA ve Martin SCHEININ, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, s. 13,14.

uluslararası düzenlemelerin doğrudan kendi iç hukukunda uygulanması yönündeki pozitif yaklaşımı, bu yönde bir ulusal düzenleme yapılmış olmasa bile iç hukuk kurumlarının Uluslararası Hukuku dikkate almasını ve onu daha etkin bir şekilde uygulamaya çalışmasını beraberinde getirmektedir.³⁰⁷

Birey, artık yalnızca devlet tarafından korunmayı bekleyen, bağımlı bir unsur³⁰⁸, Uluslararası Hukukta görmezden gelinen bir varlık değildir. Aksine birey kendisine Uluslararası Hukuk tarafından haklar tanınan, pek çok eylem ve faaliyeti sonuçlar doğuran bir varlık haline gelmiştir.

Bireyin artık Uluslararası Hukuk açısından ikili bir koruma altında tutulması mümkündür. Bunlardan ilki diplomatik koruma yoluyla, ikincisi bireyin kendisinin, ulusal ve uluslararası pek çok hukuk yoluna başvurusunun sağlanmasıdır.³⁰⁹ Bölgesel düzenlemeler bireyin başvurabileceği çeşitli yollar öngörmekle beraber, bu yolların her zaman etkin bir şekilde işletildiği söylenemez. Aynı şekilde, diplomatik koruma yolunun da devletin haklarını koruyan niteliğinden sıyrılıp bireyin haklarını ön planda tuttuğu sonucuna da ulaşılamaz. Bu nedenlerle, bireyin uluslararası alanda korunmasında önemli olan onun ilişki halinde olduğu devletin tutumudur. Bu konuda getirilen uluslararası yükümlülüklerin amacı da devleti bireye ve uluslararası topluma karşı sorumlu hale getirip, bireyin etkin bir şekilde korunmasını sağlamaktır.

Bireyin devletle olan ilişkisi başka şekillerde de olmakla beraber esas olarak vatandaşlık veya yabancılık unsurlarına göre belirlenmektedir. Devlet, hem vatandaşa, hem yabancıya hem de diğer gerçek kişilere karşı varolan yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdür.

³⁰⁷ M. Shah ALAM, “Enforcement of International Human Rights Law by Domestic Courts: A Theoretical and Practical Study”, Netherlands International Law Review, Vol. 53(3), 2006, s. 402.

³⁰⁸ Myres S. MCDUGAL, Harold D. LASWELL ve Lung-chu CHEN, “Nationality and Human Rights: The Protection of the Individual in External Areas”, Yale Law Journal, Vol. 83, 1973-1974, s. 906.

³⁰⁹ Andrew CLAPHAM, “The Role of the Individual in International Law”, European Journal of International Law, Vol. 21 (1), 2010, s. 28.

2.2.2.1. Vatandaş

Bireyin, bir devletin davranışları nedeniyle zarar görmesi çeşitli şekillerde olabilir. Bu zararın giderilmesi için farklı Uluslararası Hukuk yolları işletilebilir. Bireyin yabancı statüsünde olduğu bir devlet tarafından zarara uğratılması durumunda diplomatik koruma yolunun işletilebileceği ve bunun şartlarının neler olduğu üzerinde durulmuştur. Ayrıca bireyin, yabancı statüsünde olduğu devlete karşı doğrudan kendisinin kullanabileceği Uluslararası Hukuk yolları da bulunabilir. Bununla beraber Uluslararası Hukukta yeni olan durum, devletin zarar verdiği kendi vatandaşına karşı sorumlu olmasıdır. Bireyin vatandaşı olduğu devlet tarafından zarara uğratılması Uluslararası Hukukta artık devletin kendi sorunu olarak nitelendirilmemekte ve görmezden gelinmemektedir. Her şeyden önce bireyin devlet karşısında haklarını ileri sürmesi, onun açısından sahip olduğu hakların etkin bir şekilde güvence altına alınması sonucunu doğurmaktadır.

Klasik Uluslararası Hukuk, devletin vatandaşıyla olan ilişkisini tamamen bir iç hukuk konusu olarak görmüş ve bu konuda uluslararası düzenlemeler oluşturmaktan imtina etmiştir. Modern Uluslararası Hukuk ise bireyin kendi devletine karşı da korunması gerektiği düşüncesindedir. Bu durum, sadece devletin egemenliğine getirilen bir sınırlama değil aynı zamanda Uluslararası Hukuk düzenine de yön veren önemli gelişmelerden birisidir. Birey, artık vatandaşı olduğu devlete karşı uluslararası haklara sahiptir. Bu durum, Uluslararası Hukukun temel kurumlarının devletin ve hatta bireyin hak ve yükümlülükleri bakımından, yeniden şekillenmesi sonucunu doğurmaktadır. Artık klasik Uluslararası Hukukta yer alan devletin bireye karşı üstünlüğü yalnızca devletin bireyin sahip olduğu haklara uygun davranmasını sağladığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Zira devlet, birey üzerinde üstün yetkilere sahip bir Uluslararası Hukuk kişisidir. Bu durumun aksi, yani bireyin de devletle her konuda eşit kabul edilmesi, devletin kendi yetki alanı içerisinde bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyememesi ve olası hukuka aykırılıkları giderememesi sonucunu

devletin, bireyin haklarına saygı duymasını ve haklarını ihlal etmemesini sağlamaktır. Bu tarz bir güvenceyi sağlayabilmek de, devletlere, bireye yönelik davranışlarının kendi uluslararası sorumluluklarını doğurabileceğini hissettirmekle mümkün olabilecektir. Devlet üzerinde bu tarz bir baskıyı da düzenlemeleri ve oluşturduğu kurumlarla kurabilecek düzeyde yapılanmaya da Uluslararası Hukuk sahiptir.

2.2.2.2. Yabancı

Yabancı, vatandaşlığı tanıyan devletin kanunlarına göre vatandaş sayılmayan kişidir. Bir devlet tarafından vatandaş olarak görülmeyen birey yabancı olarak kabul edilir ve o bireye buna göre davranılır.³¹² Devlet, kendi ülkesi üzerinde bulunan veya kendi ülkesinde bulunmasa dahi ilişki halinde olduğu yabancılara karşı da Uluslararası Hukukun gerektirdiği şekilde davranmak zorundadır. Birey, çok çeşitli nedenlerle vatandaşlığında olmadığı bir devletle ilişki halinde bulunabilir. Bütün bu ilişkiler ulusal ve Uluslararası Hukuk düzenleri tarafından ele alınır.

Uluslararası insan hakları hukuku geldiği bu aşamaya ulaşmadan önce, bireyin sahip olduğu hakları son derece sınırlı bir şekilde korunmaktaydı. Devlet, bir başka devletin vatandaşlığında olan ancak kendisinin egemen yetkilerini kullandığı alanlarda bulunan kişilerle de ilişki kurmaktaydı. İşte klasik Uluslararası Hukuka göre devletin yabancılarla kurduğu bu ilişkide asgari bir düzey bulunmalıdır.³¹³ Buna göre asgari düzey, uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olarak, devletin yabancı bireye karşı olan davranışlarının, kendi vatandaşlığında olan bireye olan davranışıyla aynı olmak zorunda olmadığını, yabancının korunması açısından belirli bir

Revisited By Way of Introduction", European Journal of International Law, Vol. 8(3), 1997, s. 405, 406.)

³¹² Carmen TIBURCIO, **The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law**, International Studies in Human Rights Vol. 65, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s. 1.

³¹³ Pieter VAN DIJK, **a.g.m. (1977 – 1978)**, s. 1531.

düzeyin altında davranamayacağını belirten bir ilkedir.³¹⁴ Asgari düzey ilkesi, Latin Amerika ülkeleri tarafından kabul edilen vatandaşla yabancıların eşitliği ilkesinden ve dolayısıyla Calvo kaydından farklıdır.³¹⁵ Esasında yabancıların vatandaşla eşit muamele görmesi, devletin her ikisi için de Uluslararası Hukukun öngördüğü koşulları uygulaması durumunda bir sorun teşkil etmez; ancak yabancıyı korumak için uluslararası insan hakları hukukunun getirdiği yükümlülükleri kabul etmeyen bir devletin davranışlarından, asgari düzey ilkesine uygun davranması beklenmektedir.³¹⁶

Devlet, yabancılara karşı, Uluslararası Hukukun öngördüğü şekilde davranmak zorundadır. Uluslararası Hukuk, insan hakları alanındaki gelişmeler çerçevesinde ayırım yapmaksızın bütün bireylerin korunmasını amaçlamaktadır. Dolayısıyla devlet, modern Uluslararası Hukukun amaçları bakımından yabancıya yönelik kendisinin uluslararası sorumluluğunu doğuracak eylemlerden kaçınmalıdır. Aksi takdirde devletin o bireye karşı uluslararası sorumluluğu söz konusu olacaktır.

2.2.2.3. Vatansızlar ve Mülteciler

Devlet, vatandaşını aralarındaki bağ nedeniyle korumak zorundadır. Bu bağıllık sadece vatandaşın kendi ülkesinde değil, yabancı ülkede de korunmasını gerektirir. Başka bir devlet ile ilişki halinde olan yabancı sınırlı da olsa, o devlete karşı bir takım hak ve yükümlülüklerle sahiptir. Dolayısıyla bu kişiler de devlet tarafından korunur. Bu kişi grupları dışında yer alan vatansızlar ve mültecilerin korunması ise ayrı bir önem arz etmektedir.

³¹⁴ Hollin DICKERSON, “**Minumum Standards**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi October 2006, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 1.

³¹⁵ Kay HAILBRONNER ve Jana GOGOLIN, “**Aliens**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi May 2009, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 1.

³¹⁶ BORCHARD, **a.g.m. (1939 - 1940)**, s. 451.

2.2.2.3.1. Vatansızlar

Birinci bölümde vatansız kişilerin uğradığı zararlar nedeniyle bir devletin diplomatik koruma yolunu işletme hakkına sahip olmasıyla ilgili açıklamalar yapılırken, vatansız tanımına da yer verilmişti. Bu aşamada vatansız kişilerin ve aşağıda değinilecek olan mültecilerin, vatandaşlığa sıkı sıkıya bağlı olarak kullanılabilen Uluslararası Hukukun temel kurumlarından birisi olan diplomatik koruma yolunun bile işletilmesini sağlayan özellikleri üzerinde durulacaktır.

Vatansız kişiler, devlet kurumlarına veya diğer bireylere karşı mağduriyetlerinin giderilmesi talebinde bulunduklarında, ilişki halinde bulundukları devletin iç hukuk kurallarına çok daha fazla bağlıdırlar. Çoğu zaman, bu kişilerin zararlarının giderilmesi için başvurabilecekleri tek yol, zarar gördükleri devletin iç hukuk yollarıdır. Bu nedenle söz konusu kişilerin korunmasına yönelik idari ve yargısal yollara getirilecek sınırlamalar, yabancılara getirilecek sınırlamalardan daha ağır sonuçlar doğurabilecektir.³¹⁷

1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme'nin vatansızlarla ilgili hükümleri ile 1954 tarihli Vatansızların Statüsüne İlişkin Sözleşme, vatansızların korunması açısından çok da etkin bir uygulama alanı bulamamışlardır. 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılmasına İlişkin Sözleşme de bu kişilerin bulundukları devletin vatandaşlığına geçebilmesi imkanını tanımıştır. Ancak vatandaşlık bağı, bu kişilerin ülkesinde bulundukları devlet tarafından tahsis edilmek zorundadır. 1961 tarihli Antlaşma vatansız kişi ile onun ülkesinde bulunduğu devlet arasında doğrudan vatandaşlık bağının kurulmasını sağlamaz. Ayrıca bu kişiler bulundukları devlet veya o devlet ülkesinde yaşayan diğer kişiler tarafından zarara uğratılmışlarsa, söz konusu kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesi için vatandaşlığını kazandıkları

³¹⁷ GREIPER, a.g.m., s. 441.

devletin tanıdığı haklar ve yüklendiği uluslararası yükümlülükler de önemli yer tutmaktadır.³¹⁸

Bireyin bulunduğu yabancı devlette hangi statüde olduğu, onun insan haklarının korunması yollarından yararlanması konusunda belirleyici olmaktadır. Bununla beraber bazen bireyin bulunduğu statü daha az önem arz edebilir. Örneğin Avusturya hukuku, yabancı statüsünü diğer devlet vatandaşlarına ve vatansız kişilere tanımaktadır. Böylece vatansız kişilerin durumu daha da güvenceye alınmış olmaktadır. Bir devletin vatandaşı, o devletin korumasından en üst düzeyde faydalanır. Ancak son derece korumasız bir statü olan vatansızlık, her zaman bir devletin vatandaşlığını kazanmakla sona ermez. Bununla beraber bu statüdeki kişilerin, insan hakları hukuku tarafından korunması ve mağduriyetlerinin giderilmesini sağlayabilecek uluslararası hakların tanınması gerekliliği insan hakları hukukunun temel amacı olan insan onurunun korunmasının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.³¹⁹

Vatandaşlık bir insan hakkıdır. Daha da ötesinde çalışma hakkı, mülkiyet hakkı, ülkeye giriş – çıkış hakkı, aile kurma hakkı gibi diğer temel insan haklarının güvence altına alınmasını sağlayan bir araçtır. Bu açıdan bakıldığında vatansız olan bir kişinin kimliği veya bir başka ifadeyle aidiyeti bulunmadığı için bu haklardan yararlanması mümkün olmaz³²⁰

Bireyin ulusal ve Uluslararası Hukuk bakımından korunabilmesinin en önemli şartlarından birisi olan iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı da bu noktada göz önünde bulundurulmalıdır. Zira vatansızların korunmasıyla ilgili getirilen kurallar, bu kişilere, mağduriyetlerinin giderilmesi için başvuracakları yollar tanımalıdır. Aksi takdirde dil, din, ırk gibi farklar gözetilmeksizin bütün

³¹⁸ Bkz. BATCHELOR, a.g.m. (1995), s. 257 – 259.

³¹⁹ Elisabeth T. GEIBEL, “**International Protection of Individual Human Rights: Implications of Individual Status**”, Houston Journal of International Law, Vol. 1(1), 1978 – 1979, s. 55.

³²⁰ Bkz. Carol A. BATCHELOR, “**Transforming International Legal Principles into National Law: The Right to a Nationality and the Avoidance of Statelessness**”, Refugee Survey Quarterly, Vol. 25 (3), 2006, s. 18.

bireylerin eşit olduğu gerçeği göz ardı edilmiş olacak ve vatansızların korunamaması gerçeğiyle karşılaşılacaktır.

Vatansızlığa ilişkin hükümler içeren uluslararası sözleşmeler, vatansız kişilerin de bulundukları devlet ülkesinde varolan iç hukuk yollarına (genellikle yargı yoluna) başvurabileceklerini ifade etmektedirler; ancak bu hükümler taraf devletlerin koymuş oldukları çekinceler nedeniyle son derece sınırlı bir şekilde uygulanmaktadır. Bu konuda çekince konulabilmesinin nedeni, bireyin yabancı veya vatandaş olsun uğradığı zararın giderilmesine ilişkin yolların ne şekilde işletileceğinin devletlerin kendi iç hukuk sorunları olarak kabul edilmesidir. Dolayısıyla bu görüş vatansızlarla ilgili olarak da uygulama alanı bulmaktadır.³²¹

Vatansız kişiler, yalnızca insan hakları ihlallerine karşı savunmasız bir hedef olmamakta aynı zamanda, pek çok siyasi, ekonomik ve hukuki hakkın sahibi olabilmek ve bu hukuki hakları kullanabilmek için bir devletin vatandaşı olunması gerektiği gerçeğiyle karşılaşmaktadırlar.³²² Devletin, bireyler üzerinde egemen yetkileri ve otoritesi bulunmakla beraber, hukuk düzeni içerisinde hangi kişilerin kendisiyle hukuki bir bağının bulunduğu açıklık getirme yükümlülüğü de söz konusu olmaktadır.³²³ Zira devlet, egemen olmakla beraber aynı zamanda Uluslararası Hukuk tarafından sorumlu tutulmaktadır..

Vatansız kişiler ayrımcılığın ve hakkın yerine getirilmemesinin mağdurları olmaktadır. Bu nedenle Uluslararası Hukuk onları çok çeşitli açılardan korumaya çalışmaktadır. Onların hukuki varlıklarını kabul etmekte ve önlemler almaya çabalamaktadır. Bu nedenle bu kişilerin bir zarara uğramaları durumunda bu zararın karşılanması gerekmektedir ve Uluslararası Hukukun bu husustaki eksiklikleri giderilmesi büyük bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

³²¹ GREIPER, **a.g.m.**, s. 451.

³²² David WEISSBRODT ve Clay COLLINS, “The Human Rights of Stateless Persons”, Human Rights Quarterly, Vol. 28 (1), 2006, s. 265.

³²³ BATCHELOR, **a.g.m.** (2006), s. 22, 23.

2.2.2.3.2. Mülteciler

Mültecilerin durumu vatansız kişilerin durumuna çok benzemekle beraber, mülteciler, çoğunlukla bir devletin vatandaşlığına sahiptirler; fakat vatandaşlığında oldukları devletin korumasından faydalanamazlar ve bu kişilerin uğradıkları zararlardan dolayı onların vatandaşlığında oldukları devletler diplomatik koruma yolunu işletmezler. Hatta bireyin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletmemesi onun mülteci olduğunu ortaya koyar.³²⁴

Mültecilerin hukuki statüsü ve haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ve Uluslararası Hukuk kuralları, insan hakları hukukundan bağımsız özellikler taşımazlar. Bunlar insan hakları hukukunun bir parçasıdır. Vatandaşlığında oldukları devlet tarafından sahip oldukları hakları güvence altına alınmayan bireylerin, bu haklardan başka ülkelerde faydalanmasını sağlayan kuralları mülteciler hukuku düzenler.³²⁵

Devletler mültecilere uluslararası antlaşmalarda öngörülenden daha az hak tanımayı tercih etmektedirler. Bununla beraber devletler, insan hakları hukukunun yarattığı etkiyle mültecilerin haklarının korunması için pek çok yol belirlemekle yükümlüdür. Bu durum mülteciler hukuku ile insan hakları hukukunun bir arada değerlendirilmesi ve bunun genel Uluslararası Hukuk kurumları üzerinde etki doğurmasını sağlamaktadır.³²⁶

1951 tarihli Mülteciler Sözleşmesi'nin insan hakları hukukuyla beraber değerlendirilmesinin gerekip gerekmediği konusunda tam bir fikir birliği yoktur; ancak bu çalışma açısından mültecilerin Uluslararası Hukuktaki konumu ve hakları, doğrudan insan hakları hukukuyla ilişkilendirilmektedir.

³²⁴ Antonio FORTIN, "The Meaning of 'Protection' in the Refugee Definition", International Journal of Refugee Law, Vol. 12 (4), 2001, s. 556, 557.

³²⁵ NATHWANI, a.g.e., s. 17.

³²⁶ Volker TÜRK ve Frances NICHOLSON, "Refugee Protection in International Law: An Overall Perspective", in Refugee Protection in International Law – UNHCR's Global Consultations on International Protection, editörler Erika FELLER, Volker TÜRK ve Frances NICHOLSON, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2003, s. 5, 6.

1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 31. maddesinin 2. paragrafında bir uluslararası antlaşmanın veya sözleşmenin başlangıç bölümünün, o sözleşmenin yorumunda dikkate alınacağı belirtilmektedir. Mülteciler Sözleşmesinin başlangıç bölümünün ilk paragrafında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde yer alan bireylerin hiçbir ayırım gözetilmeksizin temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilecekleri ilkesine atıfta bulunulmuştur. Buradan hareketle varılması gereken sonuç Mülteciler Sözleşmesinin mültecilerin konumunu ve haklarını, insan hakları hukukunun bir parçası olarak görmekte olduğudur. Adı geçen sözleşmenin uygulanması ve Uluslararası Hukukun diğer kurumlarıyla olan ilişkileri, insan hakları hukukuna ilişkin diğer düzenlemeler ve gelişmeler de dikkate alınarak gerçekleştirilmek zorundadır.³²⁷

Mültecilerin haklarını kullanabilmelerini sağlayacak en önemli ilke ayrımcılık yasağıdır. Bu ilke uluslararası insan hakları hukukunun temel kurallarından birisi olmuştur. Devletin vatandaş olmayan kişilere karşı eşit muamelede bulunması temel bir insan hakları hukuku kuralı olup, mültecilerin korunması açısından en önemli belki de tek önemli noktayı işaret eder. Zira bu kişilerin haklarının korunması ve bu hakların kullanılması ancak bulundukları devlet tarafından sağlanır.³²⁸

Vatansızların ve mültecilerin sahip oldukları pek çok insan haklarını koruma yollarına rağmen, bu kişilere yönelik ayrımcı muameleler, onların haklarının daha açık ve kapsamlı bir şekilde ortaya konmasını, bu hakların daha etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanmasını ve uygulamanın denetlenmesini gerektirmektedir. Devletler varolan Uluslararası Hukuk sözleşmelerinin tarafı olmaya ve bunları etkin bir şekilde uygulamaya zorlanmalıdırlar. Birden fazla uluslararası belgede yer alan ve bu kişilerin durumlarını düzenleyen hükümlerin amaçlarına uygun kullanılabilmesi için

³²⁷ Michelle FOSTER, **International Refugee Law and Socio-Economic Rights – Refugee from Deprivation**, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2007, s. 49.

³²⁸ James C. HATHAWAY, **The Rights of Refugees under International Law**, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2005, s. 123.

her birinin yaratmış olduğu hukuki durumların birbirleriyle uyumlu olmasına ihtiyaç duyulmaktadır.³²⁹

2.2.2.4. Şirket Hissedarları

İnsan hakları hukukunun hızlı gelişimi ve bireyin korunmasına verilen öneme rağmen, bu konudaki çeşitli problemler çözilememekte ve daha da karmaşık bir hal almaktadır. Şirketlerin, insan hakları hukukunun getirilerinden ne kadar faydalanacağını henüz belirli olmaması da bunlardan birisidir. Özellikle çok uluslu şirketlerin, farklı devletlerde gösterdiği faaliyetlerinden şirket ortakları farklı faydalar ya da zararlar elde etmektedirler. Bu husus diplomatik korumayla ilgili genel bilgiler verilirken de ele alınmıştı. Şirket hissedarları, şirketin uğradığı zararların tamamen kendi zararlarından bağımsız görülmesi nedeniyle büyük zararlara uğrayabilmektedirler.

İşte bu nedenle insan hakları hukukunun uygulanmasının şirketler açısından ne şekilde genişletileceği çözülmesi gereken önemli sorunlardan birisidir.³³⁰ Zira şirketler yapıları itibarıyla her devletin iç hukukundaki oluşumuna ve konumuna göre farklı özellikler göstermektedirler. Şirket hissedarlarının sorumlulukları ile hakları arasında belirli bir denge bulunmaktadır. Dolayısıyla, insan hakları hukukunun uygulanmasında, hissedarların haklarının korunması dinamik yorumla ele alınması gereken bir husustur.

Uluslararası ticari ilişkilerin gelişimi ve artan uluslararası yatırımların korunması ihtiyacı hissedarların korunması bakımından daha farklı seçenekler sunmaktadır. Bunlardan en önemlisi uluslararası tahkim yoludur.

³²⁹ David WEISSBRODT, “The Protection of Non-Citizens in International Human Rights Law”, in *International Migration Law – Developing Paradigms and Key Challenges*, Editörler Ryszard CHOLEWINSKI, Richard PERRUCHOU ve Euan MacDONALD, International Organisation for Migration, The Hague, T. M. C. Asser Press, 2007, s. 232, 233.

³³⁰ Gideon SJOBERG, “Corporations and Human Rights”, in *Interpreting Human Rights – Social Science Perspectives*, editörler Rhiannon MORGAN ve Bryan S. TURNER, London-New York, Routledge, 2009, s. 160.

Zaten uluslararası tahkim yoluyla hissedar şirketin faaliyet gösterdiği devletin iç hukuk yollarına bağımlı bir şekilde sonuç almaya çalışmak zorunda kalmamaktadır. Böylece insan hakları hukukun veya diplomatik korumanın uygulanması bu noktada çok özel şartlar ortaya çıkmadıkça gerekli olmamaktadır.³³¹ Şirketlerin faaliyet gösterdiği ülkede ve tahkim yoluna başvurulduğunda ilgili şirketin uluslararası insan hakları hukukuna uygun davranma yükümlülüğü de vardır³³²; ancak bu husus çalışma konusu dışındadır.

Asıl sorun tamamen bir devletin iç hukukuna göre kurulup, o devletin kanunlarına göre haklar edinip, yükümlülükler üstlenen şirketin hissedarlarının uğradığı zararlarda söz konusu olmaktadır. Sonuç olarak bireyler de kendi malvarlıklarının korunması hakkına sahiptirler. Söz konusu durum devlet için bir yükümlülüktür ve devletin bu yükümlülüğüne uygun hareket etmemesi sonucunda bireyin haklarının korunması gerekecektir. Hissedarların şirket nedeniyle uğradıkları zararlarının giderilmesinde, bireyin korunmasına yönelik yükümlülükler önem arz eder. Bu bakımdan zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunun bireyin çıkarlarının korunması adına ileri sürülebilmesi gerekmektedir. Bu durumun gerçekleştirilebilmesi iki şekilde mümkündür. İlki bireyin şirketin uğradığı zararlar nedeniyle bireysel olarak zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürmesinin sağlanmasıdır. İkincisi ise, şirkete yönelik devletin kendi uluslararası sorumluluğunu doğuran davranışı neticesinde zarara uğrayan hissedarın vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletmesidir. Bu nedenle de diplomatik koruma yolunu işleten devletin, bunu insan hakları hukukunun gereklerine uygun şekilde kullanması gerekir.

³³¹ Fransisco ORREGO VICUNA, “The Protection of Shareholders under International Law: Making State Responsibility More Accessible”, in *International Responsibility Today – Essays in Memory of Oscar Schacter*, Editör Maurizio RAGAZZI, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, s. 165.

³³² Bkz. David KINLEY and Rachel CHAMBERS, “The UN Human Rights Norms for Corporations: The Private Implications of Public International Law”, *Human Rights Law Review*, Vol. 6(3), 2006, s. 493 – 497.; James D. FRY, “International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law’s Unity”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 18(1), 2007 – 2008, s. 77 – 149.

2.2.3. Devlet Organlarının Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Kurallarını Uygulamaları

İç hukuklardaki etkisi bakımından uluslararası insan hakları hukukunun, iç hukuk kurumlarıyla olan ilişkisi dikkate alınması gereken hususlardan birisidir. Bütün evrensel ve bölgesel uluslararası antlaşmalar, böylesi bir işbirliğine ihtiyaç duyarlar, bu işbirliğini sağlamaya yönelik kurallar koyarlar ve oluşturdukları uygulama birimleri aracılığıyla söz konusu işbirliğinin etkin bir şekilde işletilmesini sağlamaya çalışırlar. Zira uluslararası insan hakları hukuku, iç hukuk düzenlerinde kendi kurallarını kabul ettirmeye çalışmakla beraber, zaman zaman da iç hukuk düzenlerinde karşılaşılan somut durumları da göz önünde bulundurarak, etkin bir uygulama sağlama çabası içerisinde olur.³³³

İnsan haklarına dair Uluslararası Hukuk kurallarının devlet tarafından uygulanması, yasama, yürütme ve yargı organlarına göre şekillenmektedir.³³⁴ Buna göre devlet, Uluslararası Hukuk kuralına uygun veya aykırı bir şekilde kanunlar çıkararak, birey ve Uluslararası Hukuk açısından sonuçlar doğmasını sağlayabilir. Aynı zamanda devletin idari birimleri pek çok şekilde bireye yönelik idari işlemler tahsis edebileceği gibi idari eylemlerde de bulunabilir. Uluslararası Hukuk kurallarının devlet tarafından dikkate alınıp uygulanması en çok mahkeme önüne gelen somut sorunların çözüme kavuşturulmasında ortaya çıkmaktadır.

Devletlerin kendi iç hukuk düzenlemeleriyle bireylere tanıdığı ve istedikleri zaman ortadan kaldıracabilecekleri veya değiştirebilecekleri haklardan farklı olarak, uluslararası insan hakları hukuku kuralları, devletlerin iradeleri ve işbirliğiyle oluşturulmuş olmalarından dolayı ancak bir uluslararası antlaşma veya uluslararası örf ve adet hukuku kuralı tarafından

³³³ Bkz. Margaret E. MCGUINNESS, “Exploring the Limits of International Human Rights Law”, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 34(2), 2005 – 2006, s. 408, 409.

³³⁴ David WEISSBRODT, Fionnuala NI AOLAIN, Joan FITZPATRICK ve Frank NEWMAN, **International Human Rights: Law, Policy and Process**, Fourth edition, New Providence-San Francisco, Lexis Nexis, 2009, s. 41.

değiştirilebilir.³³⁵ Bununla beraber insan haklarına dair bir Uluslararası Hukuk kuralının etkilerini gösterebilmesi de ancak bu kuralların uygulanacağı devletin iktidarının demokratik bir şekilde seçilmesi, siyasi olarak sorumluluklarının gereklerini yerine getiren bir idare ve bağımsız bir yargının bulunması durumlarında etkin olabilecektir.³³⁶

Devlet, insan hakları konusunda kabul ettiği bir uluslararası yükümlülüğün yaratabileceği sonuçlardan olumsuz şekilde etkilenmemek için, bu yükümlülüğünü doğrudan iç hukukuna yansıtabilir. Bu durum iki şekilde olabilir. Öncelikle devlet, anayasasına Uluslararası Hukuka ilişkin düzenlemelerin veya sadece insan haklarına ilişkin düzenlemelerin öncelikle uygulanacağı hükmünü koyabilir. Başka bir ifadeyle insan haklarından kaynaklanan yükümlülüklerin doğrudan iç hukuka etki etmesini, idarenin ve yargı organlarının bu metinlerde yer alan hükümleri, kendi yasama meclisinin yapmış olduğu kanunlardan daha üstün kabul ederek veya söz konusu hükümlere öncelik tanıyarak uygulamasını tercih edebilir. Bu durumda yasama organı, Uluslararası Hukukun öngördüğü şekilde ve sınırlar içerisinde hareket etmiş olur. Tam tersi de söz konusu olabilir. Buna göre yasama organı, insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı bir kanun çıkarabilir. O zaman devlet Uluslararası Hukukun öngördüğü yükümlülüklerle aykırı hareket etmiş olacaktır. Söz konusu davranış neticesinde bir zarar meydana geldiğinde devletin sorumluluğundan bahsedilebilecektir.

Uluslararası antlaşmalar, yürürlüğe girdikten sonra devlet organları açısından bağlayıcı olmaktadır. Uluslararası antlaşmaların iç hukuk bakımından uygulamaya girmesi, devletin bu uluslararası antlaşmayı bir yasama işlemiyle beraber yürürlüğe sokmasını gerektiriyorsa birtakım problemler ortaya çıkabilir. Zira bu süreçte devletler uyması gereken

³³⁵ Yoram DINSTEIN, “The Implementation of International Human Rights”, in *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung – Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 120, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1995, s. 331.

³³⁶ VAN DIJK, *a.g.m.* (1977 – 1978), s. 1548.

yükümlülüklerini doğrudan iç hukuklarına aktaramadıkları için uluslararası sorumlulukları söz konusu olabilecektir. Bunun yanı sıra devletler, bireyin, sahip olduğu uluslararası hakları kendisine karşı ileri sürmesini istememektedirler. Bu nedenle devletler bireyin uluslararası antlaşmalarla kazandığı hakların uygulanmasını engellemek veya sürüncemede bırakmak isteyebilirler ve insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini iç hukuklarında hayata geçirme konusunda kötü niyetli bir şekilde nedensiz ertelemelerde bulunabilirler. Devletlere bu hususta sınırsız bir seçme hakkı vermek, son derece riskli olacaktır. Söz konusu sebeplerle insan haklarına ilişkin bir uluslararası antlaşma, uluslararası alanda bağlayıcı nitelik taşıdıktan sonra iç hukukta da geçerli olup, bireyin bu uluslararası antlaşmaya dayanarak haklarını ileri sürmesi mümkündür. Uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ise zaten hiçbir ulusal veya uluslararası işleme gerek olmaksızın, iç hukuklarda etkilerini doğurmalı ve bireyler kendilerine tanınan hakları kullanabilmelidirler.³³⁷

Bununla beraber iç hukuktaki uygulamalardan meydana gelen sorunlar sadece devletin üstlendiği insan hakları hukukuna ilişkin yükümlülüklerle aykırılık doğuracak şekilde davranışlarda bulunması neticesinde ortaya çıkmaz. Zira devlet daha önce üstlendiği bir Uluslararası Hukuk yükümlülüğüne uygun davranırken daha sonra muhatabı olduğu insan haklarına ilişkin bir yükümlülüğüne aykırı davranmış olabilir. Yani devlet Uluslararası Hukuk kuralları arasında meydana gelen uyuşmazlık nedeniyle, iç hukukunda zor durumda kalabilir.³³⁸ İşte bu durumda söz konusu uluslararası düzenlemeler yol gösterici hükümler içermiyorsa, bir de devletin bu düzenlemeleri iç hukukunda ayrıca uyumlaştırması sorunu gündeme gelir. Uluslararası insan haklarına ilişkin uluslararası yükümlülükler daha özel nitelik taşıdığı için devletin bu yükümlülüklerle öncelik vermesi ve bireyin lehine etkilerini doğuracak şekilde iç hukukunda gereken düzenlemeleri ve değişiklikleri yapması gerekliliğini doğurur.

³³⁷ Bkz. ALAM, **a.g.m.**, s. 409 – 412.

³³⁸ André NOLKAEMPER, “**Rethinking the Supremacy of International Law**”, Zeitschrift für Öffentliches Recht, Vol. 65 (1), 2010, s. 78.

Devletin yürütme organı veya idare, kanunun kendisine çizdiği sınırlar içerisinde hareket eden, devletin icrai faaliyetlerini yerine getiren birimdir. Devlet bireye yönelik doğrudan bir zararı en çok idare aracılığıyla verebilir. İç hukukta öngörülen usullere göre yürürlüğe konmuş³³⁹ insan haklarına ilişkin bir uluslararası antlaşmayı görmezden gelerek, bireye yönelik bir idari davranışta bulunuluyorsa, bireyin olası zararı uluslararası boyutu olan uyuşmazlığı da beraberinde getirir. Devlet bir uluslararası yükümlülüğün tarafı olmakla birlikte, iç hukukuna bu yükümlülüğü usulüne uygun şekilde yansıtamamışsa, idare açısından söz konusu uluslararası yükümlülük kanunun çizdiği sınırlar dahilinde hükümlerini doğurmaz. Bu nedenle idare bireye yönelik davranışlarıyla, onun zarar görmesine ve bu zarar neticesinde kendi devletinin uluslararası sorumluluğuna neden olabilir.

İnsan haklarına ilişkin düzenlemelerin devlet açısından sorumluluk doğuracağı en önemli devlet organı yargıdır. Mahkemeler bireye yönelik ihlallerin giderilebileceği son mercidir. Zira birey her zaman doğrudan devlet tarafından zarara uğratılmaz, çoğunlukla günlük yaşantısında diğer bireylerle veya kişilerle olan ilişkisi sonucu zarara uğrar ve devletin ilgili mercileri aracılığıyla bu zararının giderilmesini talep eder. Burada iki durumdan söz edilebilir. İlk olarak birey, maruz kaldığı davranış nedeniyle, bu durumun sonuçlarının giderilmesini ister. Eğer bu yolla zararı giderilememişse birey ikinci olarak devletin kendisinin zarara uğramaması için gerekenleri yapmamasından dolayı ihmali bulunduğunu, ihmali hareketleri neticesinde kendisini doğrudan zarara uğrattığını iddia edebilir. Bunu idari bir başvuru şeklinde yapabileceği gibi yargısal bir süreci de başlatabilir. Eğer bu zararın giderilmesi bireyin Uluslararası Hukuk açısından sahip olduğu bir hakka dayanıyorsa devlet bireyin bu hakkına saygı duyarak gerekeni yapmak

³³⁹ İdare, varolan hukuk kurallarına göre hareket etmektedir ve genellikle Uluslararası Hukuktan kaynaklanan insan haklarının korunmasına yönelik ödev ve yükümlülüklerini yerine getirme konusunda yetersiz kalmaktadır, hatta çoğu zaman bu ödev ve yükümlülüklerini yok saymaktadır. Uluslararası yükümlülükler zaten usule göre iç hukukta hayata geçirilmedikçe idareyi bağlamamaktadır. Dolayısıyla ancak iç hukuk düzenlerinde uygulanmasının sağlanabileceği uluslararası insan hakları hukukunun, etkin bir yapıya kavuşturulabilmesi için ulusal ve uluslararası işbirliğini arttıracak düzenlemelere yer verilmelidir. (AMBE, **a.g.m.**, s. 120.)

zorundadır. Eğer idare üzerine düşeni yapmazsa birey yine yargı organına başvurabilecektir. Yargı organı da bireyin Uluslararası Hukuk açısından sahip olduğu haklarına uygun bir karar vermezse, yine devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Yargı organının Uluslararası Hukuk kurallarını uygulaması büyük önem arz etmektedir. Öncelikle artık Uluslararası Hukukun parçası olduğu kabul edilen bireyin, uluslararası arenada kazanmış olduğu haklarının etkin bir şekilde korunması yargı organınca sağlanmaktadır. Bunun dışında iç hukuk düzenlemelerinin Uluslararası Hukuka uygun olmaması durumunda, bunların Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde uygulanmasını da ancak yargı organı sağlar. En önemlisi de yargı organı, Uluslararası Hukukun hızlı gelişiminin devletin diğer organları tarafından takip edilemediği durumlarda, bireyin mağdur olmasını önler.³⁴⁰

Devletin bireye karşı sorumluluğunun ileri sürülebilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı da bu nokta da önemini göstermektedir.³⁴¹ Daha önce üzerinde durulan, bu kuralın uygulanmasının gerekli olmadığına dair istisnalar bulunmadıkça, birey öncelikle devletin iç hukuk yollarında sonuç almalıdır. Yasama organının veya idarenin eylem ve işlemleri neticesinde meydana gelen zararlar bu eylem ve işlemlere karşı yargı yolu açık oldukça ve yargı yolu çerçevesinde sonuç alındıkça devletin sorumluluğunu doğurmaz. Genellikle birey, bir hakkının ihlal edilmesi durumunda en son yargı organına başvurur³⁴² ve zararının giderilmesini talep eder. Zararın

³⁴⁰ Bkz. ALAM, **a.g.m.**, s. 414 – 417.

³⁴¹ Bir devletin yargı organlarının vermiş olduğu kararlar nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için öncelikle o devletin etkin yargı yollarının bulunması gerekmektedir. Bu tarz bir yargı yolunun bulunmaması durumunda birey zaten devletin yargı organlarına başvurmaksızın onun uluslararası sorumluluğunu ileri sürebilecektir. Bununla beraber, bireyin başvurabileceği ulusal yargı yollarının etkin bir şekilde işletilebilmesi imkanının bulunması, o devletin uluslararası sorumluluğunun ileri sürülmesinde öncelikle yargı organları önünde çözüm alınması çabasını gerektirir ve bu çabanın sonuçsuz kalması durumunda devletin yargı organının kararları nedeniyle uluslararası sorumluluğu ileri sürülebilir. (Christopher GREENWOOD, “**State Responsibility for the Decisions of National Courts**”, in **Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions**, Editörler Malgosia FITZMAURICE ve Dan SAROOSHI, The Clifford Chance Lectures Volume 7, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, s. 73.)

³⁴² Bir uyuşmazlık yargı organı önüne geldiği zaman, bu uyuşmazlığın çözümünde yargı organının uygulayacağı hukuk bellidir. Öncelikle devletler, yargı organlarının Uluslararası Hukuk

giderilmesi durumunda da uluslararası uyuşmazlığa konu olabilecek husus ortadan kalkmış olur.

Bireyin doğrudan başvurabileceği bir Uluslararası Hukuk yolu da bulunabilir. Zararın iç hukuk yollarının tüketilmesi neticesinde giderilememesi durumunda birey, kendisine tanınan Uluslararası Hukuk yoluna başvurma hakkını da kullanabilir. Ancak bireyin başvurabileceği bir Uluslararası Hukuk yolu öngörülmemişse, varolan zararın giderilmesi için işletilecek yol birinci bölümde detaylı şekilde ele alınan diplomatik koruma yoludur. Bu kurumun klasik anlamıyla devletin zararının giderilmesini hedeflediği de düşünülürse, bireyin uluslararası haklarını kullanamaması durumuyla karşılaşılabilecektir. Bu husus daha sonra detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

2.3. Bireyin Uluslararası Hukuk Süjeliği Açısından Bir Değerlendirme

Uluslararası Hukukun gelişimi ve klasik Uluslararası Hukukun değişimi, süje kavramındaki değişikliklerle çok yakından ilişkilidir. Zira devlet dışındaki diğer Uluslararası Hukuk süjelerinin ortaya çıkmasıyla yeni ilişkiler meydana gelmiş ve bu ilişkilerin düzenlenmesi ihtiyacı doğmuştur. Bireyin de Uluslararası Hukukta yer edinmeye başlaması, Uluslararası Hukuk süjeleriyle olan ilişkilerinde sahip olduğu haklar ve bunların düzenlenmesi, onun da Uluslararası Hukukun süjesi olup olmadığı tartışmasını beraberinde getirmiştir.

kaynaklarının varolan uyuşmazlıklarda kullanabilmelerinin yolunu açmalıdır. Bununla beraber çok sayıda uluslararası antlaşma ve iç hukuk mahkemelerinin varlığından haberdar olamayacağı örf ve adet hukuk kuralları bulunabilir. Yasama organı bunları düşünerek uluslararası yükümlülükleri, yargı organının kolaylıkla uygulayabileceği hale getirmelidir.

Bunun dışında, bağımsız yargı organı uyuşmazlığı giderirken, uygulayacağı hukuk kendisi belirler. Dolayısıyla yapılması gereken bütün düzenlemeler hayata geçirilmekle birlikte yargı organı Uluslararası Hukuk kurallarına aykırı bir şekilde karar verebilir ve devletin uluslararası sorumluluğu doğabilir. Bağımsız yargı, insan hakları hukukuna ilişkin yükümlülüklerin gereğince uygulanması açısından çok önemlidir. Yargı, bir o kadar da devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasına neden olabilecek güce sahiptir. (Bkz. Edward D. RE, “**Human Rights, International Law and Domestic Courts**”, St. John’s Law Review, Vol. 70(1), 1996, s. 69 – 73.)

Bütün hukuk düzenleri kendi içlerinde bireyin konumunu belirler. Uluslararası Hukuk da bireyin sahip olduğu hakları güvence altına alarak ve onun uluslararası alandaki varlığına saygı duyarak bireyin konumunu belirlemeye çalışmaktadır. Bireyler artık doğrudan başvurularla uluslararası alanda kendi haklarını savunabilir hale gelmeye başlamışlardır.³⁴³

Uluslararası Hukukta insan haklarının korunmasına yönelik bütün önemli adımlara ve bireye tanınan pek çok hakka rağmen, adı geçen hukuk dalının asli süjesinin devlet olduğu unutulmamalıdır. İnsan haklarının uluslararasılaşmasıyla beraber bireyin konumu Uluslararası Hukukta merkezileşse de bu durum onun süje olmasını sağlayacak yeterlikte değildir.³⁴⁴

Bireyin süje olmasını engelleyen bir Uluslararası Hukuk hükmü bulunmamaktadır. Bireyin bugün süje olarak görülememesi, ona bu hakkı tanıyan bir düzenlemenin bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bununla beraber, Uluslararası Hukukta bireye tanınan haklar ve onun muhatap olduğu yükümlülükler vardır. İşte bu noktada süje olmayan bireyin durumunun ortaya konması gerekmektedir.³⁴⁵

Klasik Uluslararası Hukuk, sadece devletlerin Uluslararası Hukukun süjesi olabileceği; zira adı geçen hukuk dalının sadece devlete bir takım yükümlülükler getirebileceği görüşünün bir ürünüydü. Devlet, bireyin sahip olduğu birtakım hakların korunması ödevini yüklenmişti. Modern Uluslararası Hukukta ise artık bireylerin de kendilerinin veya diğer bireylerin sahip oldukları hakları koruma ödevinin bulunduğu, bu nedenle, insan hakları bakımından kendilerine de bir takım yükümlülüklerin getirildiği

³⁴³ A. A. Cançado TRINDADE, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2005, Vol. 316, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 279.

³⁴⁴ Rafael DOMINGO, "The Crisis of International Law", *Vanderbilt Journal Transnational Law*, Vol. 42(5), 2009, s. 1550.

³⁴⁵ CLAPHAM, *a.g.m.*, s. 26.

görülmektedir.³⁴⁶ İşte sorun asıl olarak bu noktada ortaya çıkmaktadır. Uluslararası Hukukun getirdiği hak ve yükümlülüklerin muhatabı olup da³⁴⁷, süjesi olamamak bir çelişkiyi beraberinde getirmektedir. Bireyin Uluslararası Hukukun süjesi olduğu da ancak bu çelişkidendir hareketle iddia edilmektedir.

Birey, uluslararası insan hakları hukukunun tanıdığı haklardan ancak devletlerin izin verdiği ölçüde faydalanır. Örneğin vatandaşlığında olduğu devlet hiçbir uluslararası insan haklarını koruma mekanizmasını tanımamışsa, bireyin o devlete karşı doğrudan başvurabileceği bir Uluslararası Hukuk yolu bulunmamaktadır. Bununla beraber aynı birey Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanıyan bir devlet tarafından zarara uğratıldığında, adı geçen mahkemeye başvurarak zarar veren devletten zararının giderilmesini talep edebilecektir. Yani birey ancak devletin izin verdiği ölçüde insan hakları hukukundan kaynaklanan haklarını doğrudan kullanabilecektir. Bu da bireyin son derece sınırlı bir alanda ve belirli koşullar altında haklarını doğrudan kullanarak hareket edebildiğini dolayısıyla süje olmadığı gerçeğini ortaya koymaktadır.³⁴⁸

Ulusal ve uluslararası seviyede birey sahip olduğu haklarını koruyabilme hakkına sahiptir.³⁴⁹ Tek başına Uluslararası Hukukta meydana gelen bir zararın mağduru olarak görülebilmektedir ve Uluslararası Hukukun izin verdiği ölçüde haklarını doğrudan kendisi uluslararası toplumda ileri sürebilmeye başlamıştır. Böylece, birey ve insanlık açısından adaletin

³⁴⁶ Tom OBOKATA, "Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law", International Journal of Refugee Law, Vol. 17(2), 2005, s. 403, 404.

³⁴⁷ Uluslararası Adalet Divanı, bir uluslararası antlaşmanın birey açısından hak ve yükümlülükler doğurabileceğini ve bunların devletler açısından sonuçları olabileceği düşüncesine sahip olduğunu göstermiştir. Buna göre Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi uyarınca, ihtiyacı halinde vatandaşlığında olduğu devletin konsolosluğundan yardım görebileceğinin bireye derhal bildirilmesi gerektiğini ve bunun ertelenemeyeceğini, bu durumun birey açısından bir hak yarattığını belirtmiştir. Eğer birey aksini iddia etmediyse konsolosluk yardımından faydalanabilecektir. Divan, önündeki davada bu hakların ihlal edildiğini belirterek, devletin bireyin haklarına saygı duyması gerektiği ve bu ihlalin sorumluluk doğuracağı sonucuna ulaşılmasını sağlamıştır. (Bkz. **LaGrand Case**, paragraf 77.)

³⁴⁸ Bkz. ORAKHELASHVILI, a.g.m. (2000 – 2001), s. 255.

³⁴⁹ Bkz. Ayhan DÖNER, **İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 32 – 34.

gerçekleşmesi sağlanabilecektir; ancak yine de insan hakları hukuku gelişimini tamamlamamıştır. Bu hukuk dalının daha başlangıç aşamasında olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.³⁵⁰

Birey, artık Uluslararası Hukukun sadece konusu değildir, aynı zamanda onun bir parçasıdır; ancak süjesi değildir. Ona verilen haklar, son dönemde klasik Uluslararası Hukukun yapısında ciddi değişiklikler getirmekte ve söz konusu hakları tanıyanlar da devletler olmaktadır. Devlet iç hukukunda olduğu gibi, bireyin uluslararası alanda da haklara sahip olmasına izin vermektedir. Bununla birlikte devletin iradesi dışında da bireyin korunmasını sağlayabilecek çeşitli uluslararası hukuk yolları ortaya konmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla, devletten tamamen bağımsız haklar elde edemeyen bireylerin süje olduğunu söylemek yanlış olur. Bununla beraber, bireyin gelişen ve değişen Uluslararası Hukukun geleceği aşamada Uluslararası Hukukun süjesi olması mümkün görünmemekle beraber, bunun gerçekleşmeyeceği kesin olarak söylenemez. Ancak varolan Uluslararası Hukuk kuralları çerçevesinde günümüzde ortada duran gerçek bireyin süje olmadığıdır.

IV. ULUSLARARASI HUKUKUN İNSANCILLAŞMASI

Bahsedildiği üzere ne birey Uluslararası Hukukta bir süje olmaktadır, ne de bir hiyerarşi yaratılarak insan hakları hukukunun genel Uluslararası Hukuk kuralları üzerinde bir üstünlüğü bulunmaktadır. Bununla beraber birey Uluslararası Hukukun bir parçası olmakta ve bireyin hakları Uluslararası Hukukun gelişiminde önemli bir yer tutmakta bir başka ifadeyle, bireyin uluslararasılaşması aynı zamanda Uluslararası Hukukun insancillaşmasını da beraberinde getirmektedir.

Uluslararası Hukukun insancillaşması, bireyin hukuki konumunun, haklarının ve yükümlülüklerinin uluslararası alanda ortaya çıkması ve

³⁵⁰ TRINDADE, a.g.e. (2006), s. 314, 315.

gelişimi sonucu Uluslararası Hukukun temelinin, değerlerinin, ilkelerinin, kurallarının, düzenlemelerinin ve bütün sisteminin yeniden şekillenmesidir.³⁵¹ İnsan hakları hukukunun en büyük etkisi iç hukuka dair ulusal değerlerin uluslararasılaşması ve bunun neticesinde Uluslararası Hukukun insancılaşması olmuştur.³⁵²

Klasik Uluslararası Hukuk devletlerin birbirleriyle olan ilişkileri sebebiyle, egemenliklerine sınırlandırmalar getirmekte; bir başka ifadeyle devletin egemen yetkilerini yalnızca dış ilişkilerinde sınırlandırmaktaydı. Zira bu şekliyle Uluslararası Hukuk bireylerin birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerinin düzenlenmesi yetkisini devletlerin iç hukuklarına bırakmaktaydı. Bununla beraber, bireyin sahip olduğu haklar ve Uluslararası Hukukta edindiği konum, devletin egemen yetkilerinin yine Uluslararası Hukuk kurallarıyla; fakat bu kez iç hukuk (iç egemenlik) açısından sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır.

Yukarıda bahsedilen gelişim 20. yüzyılda bireyin ve pek çok açıdan iç hukukun uluslararasılaşmasını sağlamıştır. Bunun neticesinde Uluslararası Hukukun hem uygulama alanı genişlemiş hem de yapısı değişikliğe uğramıştır.³⁵³ Gelişim sürecinin bugün geldiği aşamada Uluslararası Hukuk insancılaşmaya başlamıştır. Zira önceleri sadece devletin tanıdığı haklardan yararlanan birey artık kendisi Uluslararası Hukuk açısından bir etken haline gelmiştir. Her ne kadar devletler kendi iradeleriyle Uluslararası Hukuk kurallarını oluşturmakta ve şekillendirmekteyseler de, insan hakları hukukunun geldiği nokta, onun genel Uluslararası Hukuk içerisindeki konumunu son derece etkin bir hale getirmiştir. Artık uluslararası mahkeme kararları ve Uluslararası Hukuk kuralları, insan haklarını ön planda tutmaktadırlar. Dolayısıyla devletlerin insan haklarına yönelik düzenleme yapma hakları hala devam etmekle beraber, insan haklarını sınırlandırıcı

³⁵¹ Lingliang ZENG, “Humanizing Tendency of Contemporary International Law”, *Frontiers of Law in China*, Vol. 4(1), 2009, s. 2.

³⁵² ADDO, *a.g.e.*, s. 21.

³⁵³ Ole SPIERMANN, “Twentieth Century Internationalism in Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 18 (5), 2008, s. 791.

veya ortadan kaldırıcı davranışlarda bulunmaları ve bu yönde Uluslararası Hukuk kuralları koymaları pek de mümkün görünmemektedir.

Uluslararası Hukukun genel yapısı, meydana gelen gelişmelerden etkilenmektedir. Bu nedenle bireyin korunmasına yönelik gelişmelerin pozitif hukuk düzenlemeleri haline getirilmesine veya varolan Uluslararası Hukuk kurallarının yeniden yorumlanarak uygulanmasına büyük ihtiyaç duyulmaktadır.³⁵⁴

1. İnsan Hakları ve Erga Omnes Yükümlülükler

Uluslararası insan hakları hukukunun gelişimi ve bireyin korunması düşüncesi, Uluslararası Hukuktaki mütekabiliyet ilkesine dayalı sistemi sorgulanır hale getirip, *erga omnes* yükümlülüklerin ortaya çıkmasını sağlayan en önemli dinamiklerden birisidir.³⁵⁵ Adı geçen yükümlülüğün bir kavram olarak ortaya çıkması ve kabulü, insan hakları hukukuna ilişkin kuralların genel geçer bir şekilde, herkese karşı ileri sürülerek uygulanabileceği fikrinin de doğuşunu beraberinde getirmiştir.

Uluslararası Hukuk, insan hakları açısından getirdiği yükümlülüklerde sadece belirli bir olaya muhatap olan bireyin, yalnızca o olay bakımından korunmasını amaçlamaz. İnsan hakları hukuku bütün bireyleri ve her bir bireyin sahip olduğu hakları güvence altına alarak uluslararası toplumun da çıkarlarını korumaya çalışır. Devlet, bireyin, içinde yaşadığı siyasal toplumda varolan haklarını kullanması ve bunların korunmasına yönelik iddialarda bulunabilmesi imkanını yaratarak Uluslararası Hukukun asıl hedefi olan uluslararası ortak faydayı sağlar. Bu nedenle de insan haklarının

³⁵⁴Arnold N. PRONTO, “ ‘Human Rightism’ and the Development of General International Law”, Leiden Journal of International Law, Vol. 20 (4), 2007, s. 757.

³⁵⁵ TRINDADE, a.g.e. (2006), s. 331.

korunmasına ilişkin düzenlemelere taraf olan kişiler bakımından *erga omnes* yükümlülükler getirir.³⁵⁶

İnsan hakları alanında yaşanan gelişmeler ve Uluslararası Hukukun yapısındaki değişim, birtakım insan haklarının antlaşma hükümlerinde yer almasa dahi dikkate alınabileceğini göstermektedir. Uluslararası Adalet Divanı 1951 yılındaki danışma görüşünde, insanlığın tamamı açısından son derece önem arz eden hususlar yazılı olarak ifade edilmemişse bile bunların devletler tarafından uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Divan’a göre bu tarz durumlarda devletlerin hak ve yükümlülükleri açısından bir dengenin bulunması gerektiğinden söz edilemez. Kısacası söz konusu haklar evrenselidir ve yazılı olarak ifade edilmese bile³⁵⁷ devletlere yükümlülükler getirecek ve sonuçlarını doğuracaktır.³⁵⁸ Divan, daha sonra konuya bir başka açıdan yaklaşarak son derece önemli bir kavram üzerinde durmuştur. Buna göre bir devletin kendi yetki alanında faaliyet gösteren yabancının hukuki olarak korunmasını sağlaması gerektiğini belirttiikten sonra, devletin bireye yönelik yükümlülüklerinin Uluslararası Hukukun genel

³⁵⁶ Bkz. Başak ÇALI, “Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions”, Human Rights Quarterly, Vol. 29 (1), 2007, s. 260.

³⁵⁷ *Erga omnes* yükümlülükler, uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerden ayrılmalıdır. Uluslararası antlaşmada yazılı olarak ifade edilen yükümlülükler de *erga omnes* olabilir; ama bu durum uluslararası antlaşmalarda yer alan ve sadece tarafları bağlayan her yükümlülüğün herkes için kurallar yaratacağı anlamına gelmez. Bununla beraber Soykırım Sözleşmesinde de görüldüğü üzere, *erga omnes* yükümlülüklerin bir uluslararası antlaşma veya sözleşme metnine dayanmasının önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Yani *erga omnes* yükümlülükler bir antlaşmadan kaynaklanmak zorunda değildir. Antlaşmada yer alan uluslararası yükümlülüğün *erga omnes* olup olmadığının belirlenmesi ise o yükümlülüğün niteliğine göre gerçekleştirilir. Bu durum aynı zamanda bir uluslararası antlaşmanın üçüncü kişiler bakımından etki doğurup doğuramayacağını belirlenmesinde de önem arz eder. (Jochen A. FROWEIN, “Obligations Erga Omnes”, in Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi December 2008, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 7.) Farklı bir görüşe göre de uluslararası insan haklarına ilişkin düzenlemeler genellikle uluslararası antlaşmalar ile getirildiği için devletler sadece bu antlaşmalarla getirilen yükümlülükleriyle bağlıdırlar. Devletler herhangi bir ihlal olduğu zaman bunu sadece insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların öngördüğü şekilde çözümler. (Dinah SHELTON, “Are There Differentiations Among Human Rights? Jus Cogens, Core Human Rights, Obligations Erga Omnes and Non-Derogability”, in The Status of International Treaties on Human Rights, Collection Science and Technique of Democracy, Venice Commission, Strasbourg, Council of Europe Publishing, September 2006, s. 181.)

³⁵⁸ **Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime and Genocide**, International Court of Justice, – Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Advisory Opinion of May 28th 1951, Leyden A. W. Sijthoff’s Publishing Company, 1951, s. 23.

yapısında insan hakları alanında meydana gelen gelişmelerin bir sonucu olarak *erga omnes* nitelik taşıdığını ifade etmiştir.³⁵⁹

Divan'ın vermiş olduğu bu karar ve vardığı kanı, belki bütün bireyleri kapsayacak şekilde değil de yabancılara yönelik ifade edilmiştir; ancak son derece önemli etkileri olmuştur. Uluslararası toplumun, ortaya çıkan insan hakları ihlalleri karşısında yeterli duruşu sergileyemediğinin görüldüğü pek çok örnekten sonra, uluslararası düzenin birtakım değerlere dayalı olması gerektiği düşüncesi doğmuştur.³⁶⁰ Bu değerler herkes açısından geçerli olmalı ve etkilerini göstermelidir.

Divan Barcelona Traction davasındaki kararında, kategorileştirilmiş yeni bir Uluslararası Hukuk kuralı oluşturmamıştır. Sadece kabul eden devletler açısından hak ve yükümlülükler doğuran Uluslararası Hukukun klasik yapısının aksine hukuki ilişkilerin düzenlenmesi bakımından alternatif bir yol sunmaktadır. Ancak bu teori altyapısı tam olarak oluşturulmadığı için pek çok belirsizliği de beraberinde getirmiştir.³⁶¹ Bu belirsizlikler zamanla hem devletlerarası uygulamalarla, hem uluslararası antlaşmalarla hem de uluslararası mahkeme kararlarıyla giderilecektir.

Bununla beraber Divan'ın bu kanıya diplomatik koruma yolunun işletilmesine dair bir hususun çözüme kavuşturulmasında varması da önemlidir. Zira Divan, diplomatik koruma ile insan hakları hukukunun uygulama alanlarını tamamen birbirinden ayırmıştır ve insan hakları hukukunun ne tarz yükümlülükler getirdiğini belirtmiştir. Dolayısıyla aynı karara bir başka açıdan bakılırsa Divan'ın, diplomatik korumanın, bir insan haklarını koruma mekanizması olarak kabul edilmesi durumunda hangi nitelikleri taşıması gerektiğini de ifade ettiği sonucuna varılacaktır. Bu

³⁵⁹ Bkz. **Barcelona Traction Light and Power Company Case**, paragraf 33, 34.

³⁶⁰ Christian J. TAMS, **Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law**, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2005, s. 3.

³⁶¹ James CRAWFORD, “**Multilateral Rights and Obligations in International Law**”, Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2006, Vol. 319, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 423.

sebeple günümüzde diplomatik korumanın, bireyin çıkarlarını ön planda tutma zorunluluğundan hareketle, insan haklarının korunmasına ilişkin kuralların taşıdığı niteliklere ve amaçlara da sahip olması gerektiği söylenebilir.

Bireyin maruz kaldığı insan hakları hukukuna aykırı bir davranış sonucu ortaya çıkan ihlalin giderilmesi için hareket eden devlet, artık kendi çıkarları için değil insanlığın bir temsilcisi olarak davranmaktadır. Devlet, bu hakların korunması için uluslararası toplumun çıkarlarını gözetmektedir. Yani bu tarz bir aykırılığın ortaya çıkmasını engellemek veya ortaya çıkan bir aykırılığın sonuçlarını gidermek, o devlet açısından *erga omnes* yükümlülüktür.³⁶²

Şu ana kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere *erga omnes* yükümlülüklerin “evrensellik” ve “birlik” olmak üzere iki önemli karakteristik özelliği bulunmaktadır. Evrensellik, bahsedilen yükümlülüklerin hiçbir istisna olmaksızın bütün devletler açısından bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir. Birlik, ise her bir devletin, bu yükümlülüklerle uymasından dolayı korunan ortak bir çıkarının bulunmasıdır. Yani bir başka ifadeyle ikinci karakteristik özellik bütün devletler açısından önem taşıyan “uluslararası toplumun çıkarı” olarak göze çarpmaktadır.³⁶³

Uluslararası Hukukta uluslararası toplumun çıkarlarını belirtmek için ortak çıkarlar, ortak değerler, ortak ilgiler gibi kavramlar kullanılmaktadır.³⁶⁴

³⁶² VAN DIJK, a.g.m. (1977 – 1978), s. 1551.

³⁶³ Maurizio RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1997, s. 17.

³⁶⁴ “... Ancak Uluslararası Hukuk özellikle son dönemlerdeki gelişmelerine paralel olarak sadece devletlerin bireysel menfaatlerini koruyan kurallar koyan bir hukuk düzeni olmaktan çıkıp, bir bütün olarak uluslararası toplumun ortak menfaatlerini korumaya yönelik kurallara da sahip olmaya başlamıştır. Bunun sonucu olarak, devletler akdi ilişkilerinden doğan ‘sübjektif’ yükümlülükleri yanında, bütün topluma karşı (*erga omnes*) yükümlülüklerle de muhatap olmuşlardır. Yükümlülüklerin kapsam ve niteliğindeki farklılaşma bunların ihlalinin sonuçlarında ve bu sonuçların değerlendirilmesinde de farklılaşmaya yol açmaktadır. Yükümlülüklerin kapsam ve niteliğindeki farklılaşma bunların ihlalinin sonuçlarında ve bu sonuçların değerlendirilmesinde de farklılaşmaya yol açmaktadır.” (Mehmet Emin ÇAĞIRAN, “Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukukunda Sorumluluk Anlayışı ve Klasik Sorumluluk Rejimi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, Sayı 1, 2006, s. 19)

Bu kavramlar Uluslararası Hukukun koruduğu çıkarlar açısından, egemen devletlerin karşılıklı olarak elde edecekleri bireysel faydalardan vazgeçmeleri, egemen yetki alanlarındaki faaliyetlerini sınırlandırmaları veya birbirleriyle uyumsuzluk gösteren ulusal çıkarları konusunda mutabakata varmaları gibi sonuçlar doğurur. Devletin, bireyin haklarının güvence altına alınmasının sağlanması bakımından, kendi çıkarlarını ikinci plana atarak ve bireyin hak ve çıkarlarını ön planda tutarak hareket etmesi gerekir.³⁶⁵

Bireylere bağlı, ancak aynı zamanda da uluslararası toplumun çıkarlarını gözeten insan haklarına ilişkin *erga omnes* yükümlülükler, son derece farklı özelliklere sahiptirler. Zira devletler, bireyin haklarının korunabilmesi için iç hukuklarında ve Uluslararası Hukukta sahip oldukları pek çok yetkiden vazgeçmektedirler. Avrupa Birliği örneğinde görülen egemenliğin devredilmesi süreci bir kenara bırakılırsa, devletin ulusal egemenliğinin sınırlandığı en önemli alanın *erga omnes* yükümlülükleriyle insan hakları hukuku olduğu göze çarpmaktadır.

Uluslararası Adalet Divanı'nın insan haklarının *erga omnes* niteliğine ilişkin iki önemli karar bulunmaktadır. Divan öncelikle East Timor davasında, dava konusunun *erga omnes* bir yükümlülüğe dayanmakta olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte davanın tarafı olmayan bir devletin davranışının meşruluğuyla ilgili bir değerlendirme yaparak, o devletin davranışının meşruluğuyla ilgili olarak karar veremeyeceğini ifade etmiştir.³⁶⁶ Burada bir çelişki bulunmaktadır. Divan, self determinasyon hakkını *erga omnes* kabul etmekte, bununla beraber, sadece davanın tarafları açısından değerlendirmede bulunmaktadır. Divan'ın bu yaklaşımı, *erga omnes* yükümlülüklerin amacı dikkate alındığında, sadece davanın tarafı olmayan üçüncü kişinin çıkarlarının dikkate alınması; ama davanın tarafı devletlerin

³⁶⁵ Isabel FEICHTNER, "Community Interest", in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi February 2007, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 9, 10.

³⁶⁶ **Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)**, International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of 30 June 1995, paragraf 29.

ve uluslararası toplumun ortak çıkarlarının göz ardı edilmesi sonucunu doğurmaktadır.³⁶⁷

Erga omnes yükümlülükler, Uluslararası Hukukun pozitivist ve iradeci bir yapı göstermesini engeller. Bu açıdan bakıldığında Divan Uluslararası Hukukun devletlerin karşılıklı anlaşmalarına dayalı iradeci yapıda olduğuna yönelik bir tutum sergilemiş ve bu kararla *erga omnes* yükümlülüklerle dayalı olarak ortaya çıkabilecek sonuçların önüne geçmiştir.³⁶⁸

Divan, işgal edilen Filistin ülkesinde inşa edilen duvarın hukuki sonuçları ile ilgili 2004 yılındaki danışma görüşünde ise konuya daha farklı yaklaşmıştır. Her şeyden önce, İsrail'in ihlal ettiği yükümlülüklerin *erga omnes* olduğunu ifade etmiş, bu yükümlülüklerin Filistin halkının self determinasyon hakkından ve uluslararası insancıl hukuktan kaynaklandığını belirtmiştir. Bunun doğal sonucu olarak da bütün devletlerin, işgal edilen Filistin ülkesinde inşa edilen duvarın ortaya çıkardığı durumu tanımamalarının gerektiğini ifade etmiştir.³⁶⁹ Divan, bu kez yine self determinasyon hakkından hareketle, *erga omnes* bir yükümlülüğün herhangi bir uyuşmazlığın veya davanın tarafı olmamalarına rağmen bütün devletler açısından etkilerini doğuracağı sonucuna varmıştır. Divan'ın görüşlerindeki bu farklılıklar, *erga omnes* yükümlülüklerin değerlendirilmesinin yaratacağı hukuki etkilerden kaynaklanmaktadır. Bununla beraber *erga omnes* yükümlülüklerin uygulanarak bireyin dolayısıyla insanlığın ve bunun sayesinde de uluslararası toplumun ortak çıkarları güvence altına alınmak isteniyorsa, Divan'ın adı geçen yükümlülüklerin uygulama alanını genişleten daha cesur bir görüşte ısrar etmesi önemli olacaktır. Aksi takdirde insan hakları alanında yaşanan çok önemli gelişmelerin uygulanması ve bireyin korunması açısından önemli aksaklıklarla karşılaşılacaktır.

³⁶⁷ Richard BURCHILL, "The ICJ Decision in the Case Concerning East Timor: The Illegal Use of Force Validated?", Journal of Armed Conflict Law, Vol. 2 (1), 1997, s. 14.

³⁶⁸ TRINDADE, a.g.e. (2006), s. 349.

³⁶⁹ Bkz. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Advisory Opinion of 9 July 2004, paragraf 155 – 159.

Bireyin korunmasıyla ilgili *erga omnes* yükümlölükler, devletin klasik birtakım hak ve yetkilerinden vazgeçmesi sonucunu doğurmaktadır. Zira artık Uluslararası Hukukun, klasik yapısından sıyrılıp ulaştığı modern yapısında bile pek çok değişik olay ve durumla karşılaşmaktadır. Uluslararası düzende bireyin sahip olduğu konum, onun devlet karşısında güçlenmesini sağlamakta ve devletin, bireye yönelik vermiş olduğu zararlar veya ihlal etmiş olduğu hakları, Uluslararası Hukukun temel çıkarlarına aykırı durumlar oluşturmaktadır. Bu nedenle, meydana gelen bir zarar bireyin zararı olarak görülmesi gerekir. Meydana gelen bir zararı gidermek için hareket eden devletin bireyin gördüğü zararı gidermesi amacını taşıması beklenir. Bireyin vatandaş, yabancı, mülteci vs. olması onun açısından lehe ya da aleyhe sonuçlar doğurmaması amaçlanır. Birey lehine doğacak sonuçlar, devletin haklarını sınırlandırırken ve bireylerin birbirlerine göre sahip oldukları farklı özellikleri onların haklarının aynı şekilde korunması gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Bireyin sahip olduğu haklar, vatandaşlığında veya yabancı statüsünde olduğu devlet veya devletler tarafından korunmak zorundadır.

2. Uluslararası Antlaşmalar ve İnsan Hakları

Uluslararası antlaşma, devletler tarafından üzerinde anlaşmaya varılan hususları yazılı olarak ifade etmesi bakımından, Uluslararası Hukukun uygulanmasını kolaylaştırmakta ve Uluslararası Hukukta çok önemli bir yer tutmaktadır. Bu bakımdan devletler uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını kodifiye etmeye çalışmakta veya bir araya gelerek ortak çıkarlarını bir antlaşma metni haline getirme çabası içinde olmaktadır.

İnsan haklarına yönelik uluslararası kuralların uygulanması en kolay biçimde uluslararası antlaşmalar yoluyla gerçekleşmektedir. Tamamen insan haklarına yönelik hususları düzenleme amacı güden insan hakları antlaşmalarının yanı sıra, genel Uluslararası Hukuk kurumlarını düzenleyen pek çok antlaşma da insan haklarına ilişkin hükümler içermektedir.

Uluslararası Hukuk, bireyin korunmasına yönelik gelişmelerin etkisiyle gözle görülür ölçüde bir dinamizm ve canlılık kazanmıştır. Bu aşamaya gelinmesi Uluslararası Hukukun devlet temelli yapısından ayrılarak bireyi dikkate alması sonucunda olmuştur. Bu durum, bugün uygulanan modern antlaşmalar hukukunun gelişimine önemli katkılar yapmıştır.³⁷⁰ Pek çok uluslararası antlaşma, insan hakları hukuku çerçevesinde yeniden değerlendirilmiş, insan haklarına ilişkin pek çok uluslararası antlaşma oluşturulmuş ve uluslararası antlaşmaların uygulanmasına yönelik yorumlar, insan hakları hukuku çerçevesinde geleneksel yapısından koparak uluslararası toplumun ortak çıkarlarını gözetir olmuştur.

İnsan haklarına ilişkin oluşturulan antlaşma hükümleriyle devletler, bu antlaşmalarda yer alan hakları korumayı ve kendi yetki alanları içerisinde bireylerin söz konusu hakları serbestçe ve hiçbir sınırlama olmaksızın kullanmalarını sağlamayı taahhüt ederek antlaşmaların getirdiği sistemin bütünlüğünün korunmasını ve etkin bir şekilde uygulanmasını yükümlenirler. Bu yükümlülük, her bir devletin ve aynı zamanda antlaşmaya taraf bütün devletlerin de doğrudan çıkarlarına yöneliktir.³⁷¹

İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların yanı sıra bir de, genel hükümler içeren uluslararası antlaşmalar bulunmaktadır. Bu antlaşmalar, doğrudan insan haklarına ilişkin hükümler getirmemekle beraber, insancıllaşan Uluslararası Hukukun amaçlarına ters sonuçların meydana gelmesine neden olabilir. Bu durumda da *erga omnes* nitelik taşıyan insan haklarına yönelik yükümlülüklerin, doğurduğu sonuçlar dikkate alınarak, söz konusu genel Uluslararası Hukuk kurumlarına ilişkin uluslararası antlaşmaların insan hakları hukukunun getirdiği yükümlülüklerle uygun bir şekilde uygulanması önemlidir. Aynı zamanda insan hakları hukuku alanında yaşanan gelişmeler çerçevesinde genel Uluslararası Hukuk kurumlarının yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

³⁷⁰ PRONTO, a.g.m., s. 765.

³⁷¹ TRINDADE, a.g.e. (2006), s. 350, 351.

2.1. İnsan Haklarına İlişkin Gelişmelerin Uluslararası Antlaşmalara Etkileri

İnsan haklarına ilişkin uluslararası yükümlülüklerin, Uluslararası Hukukun genel kurallarına göre daha özel düzenlemeler olduğu belirtilmişti; ancak yalnızca bu tespiti yapmak uygulamayı sağlamaya yeterli olmamaktadır. Zira uluslararası antlaşmalar tarafları açısından bağlayıcı sonuçlar doğuran belgelerdir ve bu bağlayıcılık Uluslararası Hukuka aykırı durumların ortaya çıkmasının önüne geçilmesi için de gereklidir.

Uluslararası antlaşmaların insan haklarına ilişkin hükümler getirmedikleri zaman, insan hakları hukukunda varolan düzenlemeler bakımından hiçbir etkilerinin olmadığı veya ileride meydana gelecek gelişmeler sonucu etkilerinin olamayacağı söylenemez. Bu sebeple Uluslararası Hukukun, insan hakları hukukuna ilişkin hususlarda hükümler içeren genel uluslararası antlaşmaları ile insan hakları hukuku arasındaki ilişkiyi iyi kurmak gerekmektedir.

Bu konuda ortaya çıkabilecek sorunlar öncelikle uluslararası antlaşmalara *lex specialis* ibaresinin konulup konulmamasına göre farklılık gösterecektir. Taraflar, bir uluslararası antlaşmayı oluştururken, insan haklarına ilişkin düzenlemelerin öncelikle uygulanacağını açıkça ifade edebilirler. Böylece farkında olmadan o anda varolan insan haklarına ilişkin yükümlülüklerle aykırı bir uluslararası antlaşma metni oluşturmuşlarsa bundan doğabilecek olumsuz sonuçları gidermiş olurlar. Aynı mantık çerçevesinde daha sonra insan hakları hukukuna ilişkin yeni gelişmeler yaşandığında tarafı oldukları uluslararası antlaşmaların insan hakları hukukundaki yeniliklere kolaylıkla uyum sağlamasını ve bunlar arasında bu nedenle söz konusu olabilecek uyuşmazlıkların daha kolay bir şekilde çözümlenmesini sağlayabileceklerdir. Bir başka açıdan da ele alındığında, devletin bireye karşı sorumlu olduğu düşünüldüğünde, insan haklarına ilişkin olmayan bir uluslararası antlaşmaya taraf devletlerin, bu antlaşmaya uygun hareket edip antlaşmalar hukukunun genel kuralları uyarınca bir ihlalde

bulunmamalarına rağmen, yine taraf oldukları insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmanın hükümlerine aykırı davranmaktan dolayı uluslararası sorumlulukların iddia edilmesinin önüne geçmiş olurlar.

Günümüzde Uluslararası Hukuk, multidisipliner ve karmaşık bir yapıya sahiptir. Bu disiplinler arasında işbirliğinin bulunması gereklidir; ancak belirtildiği üzere Uluslararası Hukukta bir hiyerarşi ve üst otorite bulunmadığı için, işbirliği genellikle taraf devletlerin birbirleriyle ilişkilerinde sağlanmaya çalışılmaktadır. Uluslararası Hukukun, devleti uluslararası yükümlülüklerine uymaya zorlayan yöntemleri de, birkaç istisna dışında önleyici nitelik taşımamaktadır. Bu yöntemler ihlal meydana geldiği zaman, bu ihlalin giderilmesini amaçlamaktadır. Bu nedenle devletlerin insan haklarına ilişkin gelişmeleri yakından takip ederek, kendi iç hukuklarına ve diğer devletlerle olan ilişkilerine bir an önce yansıtarak bireyin korunmasını sağlamaları sistemin işleyişi açısından büyük önem taşımaktadır.

Zira pek çok gelişme olmasına ve insan hakları hukukuna ayrı bir önem verilmesine rağmen, dünya üzerinde bugün yaşanan bir takım olumsuz olaylar, insan onurunun hala yeterli derecede korunamadığını göstermektedir. Bu durum da her geçen gün insan hakları hukukuna yönelik yeni uluslararası düzenlemelerin ve kuralların meydana gelmesinin nedenini oluşturmaktadır.³⁷²

Uluslararası mahkemeler, önlerine gelen uyuşmazlıklarda bazen somut olaya uygulanacak antlaşmalarda açıkça insan hakları hukukunun *lex specialis* olduğunu belirten ve genel Uluslararası Hukuku tamamen bir kenara bırakarak sadece insan haklarına ilişkin yükümlülüklerin uygulanmasına yönelik hükümler getiren maddelere rastlamaktadırlar. İlk bakışta sorunsuz görünen bu durum, esasında önemli bir gerçeği göstermektedir. Zira insan hakları hukuku, Uluslararası Hukukun bir parçasıdır ve tamamen bağımsız değildir. İki düzenin birbirleriyle ilişkileri

³⁷² Antonio CASSESE, *The Human Dimension of International Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008, s. 338.

bulunduğu için önemli olan Uluslararası Hukukun bir parçasını tamamen kenara itmek değil, hangi hükümlerin özel olarak uygulanıp etkilerini doğuracağını belirlemektir.³⁷³

İnsan hakları hukuku, varolan Uluslararası Hukuk düzenini tamamen ortadan kaldırıp yeni bir düzen kurmayı amaçlamaz. O, insan onurunun korunmasını, bireyin haklar elde etmesini, elde ettiği bu haklarını özgürce kullanmasını ve böylece uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunmasını amaçlamaktadır. Yani insan hakları hukuku varolan Uluslararası Hukukun, bireyin konumunu da dikkate alarak uygulanmasını hedeflemektedir. Dolayısıyla insan haklarına ilişkin hükümlerin daha özel nitelik taşıdığını ve bir uluslararası antlaşmanın uygulanmasında insan haklarına ilişkin yükümlülüklerin dikkate alınacağını ifade etmek olumlu olmakla birlikte, bu hükmü insan hakları hukukunun amacı dışında genel Uluslararası Hukuk kurallarını bertaraf edecek şekilde ortaya koymak yerinde değildir.

Taraf devletler, uluslararası antlaşma metnine insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin *lex specialis* olduğu yönünde bir hüküm koymayabilirler. Uluslararası antlaşmanın düzenlediği konuya yönelik olarak insan hakları hukukunun öncelikle dikkate alınmasının gerektiğine dair bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı da bulunmuyorsa, taraf devletler uluslararası antlaşmaya uygun davranarak, antlaşmanın sonuçlarını doğurmasını sağlayabilirler. Ancak söz konusu sonuçlar, insan hakları hukukunun amaçlarına aykırı olabilir. İşte bu nedenle, bir uluslararası antlaşmada yer alan hükümler, bireye ilişkin olmasalar dahi, uygulandıkları takdirde doğrudan bireyin haklarına yönelik sonuçlar doğuruyorsa, antlaşma konusunun insan hakları hukukuna öncelik verilerek ele alınması yerinde olur.

³⁷³ VANNESTE, a.g.e., s. 553.

İnsan hakları hukukunun genel yapısı ve insan haklarının korunmasına yönelik düzenlemelerin *erga omnes* niteliği zaten insan hakları hukukunun *lex specialis* olduğunu ortaya koymaktadır.³⁷⁴ Sorun devletlerin isteksizliği ve uygulanan Uluslararası Hukuk kurallarının asıl amaçlarının farklılaşıyor olmasıdır. Uluslararası Hukuk, klasik anlamıyla devletlerin ilişkilerini düzenleyen bir hukuk dalıyken bugün devlet dışında pek çok Uluslararası Hukuk süjesinin de ilişkilerini düzenlemekte ve bireyi de Uluslararası Hukukun bir parçası olarak dikkate almaktadır. Bütün bu hususlar, devletin egemen yetkilerinin biraz daha sınırlandırılmasına yol açmaktadır ve süreç hızlı bir gelişim göstermektedir. Devletlerin yapısındaki farklılıklar başta olmak üzere pek çok etken, devletler arasında ortak uygulamaların oluşmasını engellemektedir. Ancak her şeye rağmen bugün Uluslararası Hukukta varolan gerçek, devletlerin birey açısından dikkate almak zorunda oldukları yükümlülüklerinin bulunması ve çoğu zaman kendi egemenliklerine nazaran bu yükümlülüklerine öncelik vererek, bireyi korumak zorunda olmalarıdır.

2.2. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmalar

İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar insan hakları hukukunun gelişimi açısından son derece önemli bir yer tutmaktadırlar. Bu antlaşmalarla bireylerin sahip oldukları haklar ve bu hakların korunması, koruma yolları gibi hususlar yazılı hale getirilip uluslararası antlaşmalar

³⁷⁴ Bu aşamada yasa antlaşma – akit antlaşma ayrımı dikkatli bir şekilde ele alınmalıdır. Pazarıcı'ya göre, "Yasa andlaşma devletlerin aynı yöndeki iradelerinin birleşimi sonucu ortaya çıkan ve Uluslararası Hukuk kuralı yaratan andlaşmalara verilen addır. Buna karşılık, akit andlaşma değişik çıkar ve amaçların oluşturduğu bir andlaşmayı belirtmektedir. Başka bir deyişle bu ikinci durumda soyut, genel ve sürekli niteliğe sahip bir hukuk kuralının oluşması söz konusu değildir." (Hüseyin PAZARCI, **Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap**, Gözden geçirilmiş 10. baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 118,119) Bu tanımlardan ve yapılan ayırmadan hareketle yasa antlaşmanın genel, akit antlaşmanın özel nitelikli olduğu sonucuna varılabilir. Bu sonuca varmak da özel nitelikli uluslararası antlaşmaların genel nitelikli hukuk kuralı oluşturamayacağı gibi ikinci bir sonuca varılmasına bir başka ifadeyle akit antlaşmaların *erga omnes* kural oluşturmasının mümkün olmadığı varsayımına ulaşılmasına neden olur. Oysa insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar özel nitelikli olup *erga omnes* yükümlülükler getirebilirler. Buradan hareketle denilebilir ki insan haklarına ilişkin hükümler taşıyan akit antlaşmaların, *erga omnes* yükümlülükler ortaya çıkarabilmesi mümkündür.

ortaya çıkarılmaktadır. Bireyler böylece insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalarla daha büyük güvencelere kavuşmaktadırlar.

İnsan hakları hukukunun Uluslararası Hukukun özel bir parçası olarak gelişimi, bu alana ilişkin uluslararası antlaşmaları da özel bir konuma getirmektedir. Ancak bahsedilen bu durumla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar, insan hakları hukukunun genel özellikleri çerçevesinde uygulandıkça konumunu bulmaktadır.

2.2.1. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Farklılıkları

İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar da diğer antlaşmalar gibi devletler tarafından hazırlanan, taslak haline getirilen ve üzerinde müzakereler yapıldıktan sonra nihai halini alıp, imzalanma ve onaylanma gibi diğer koşulları tamamlandıktan sonra yürürlüğe giren belgelerdir. Bu tür antlaşmaların farklılıkları, oluşturulduktan sonra uygulama aşamasında ortaya çıkar. Söz konusu uluslararası antlaşmalar her şeyden önce mütekabiliyet ilkesine dayanarak temellenmemişlerdir. Bunun yanı sıra bu antlaşmalar, devletlere bireylere karşı uymaları gereken kesin yükümlülükler getirerek, bireylerin bugün Uluslararası Hukukta yerini almasını sağlamışlardır. Bu antlaşmalar aynı zamanda bireye maruz kaldığı bir olaya veya duruma karşı uluslararası şikayette bulunma imkanını tanıyarak uluslararası korunan birey ve grupların ortaya çıkmasında temel rolü oynayan bir niteliğe sahip olmuşlardır. Bunun yanı sıra bu sözleşmeler getirdikleri yükümlülüklerle uyulmasını sağlamak ve bireyin korunması hususunda devletlerin daha etkin olmasını gerçekleştirmek amacıyla insan hakları komisyonları, denetim birimleri ve uluslararası mahkemeler oluşturmuşlardır.³⁷⁵

³⁷⁵Alexandre KISS, “International Human Rights Treaties: A Special Category of International Treaty?”, in *The Status of International Treaties on Human Rights*, Collection Science and

Daha önce de birçok kez ifade edildiği üzere uluslararası insan hakları sözleşmelerinin en karakteristik özelliği, bunların mütekabiliyet ilkesi temelinde şekillenmemesidir. Bu açıdan bakıldığında son derece sınırlı sayıda uluslararası antlaşmalardan bahsedilmektedir ve bunlar vatandaşlık bağından bağımsız olarak bireylerin korunmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Söz konusu uluslararası antlaşmaların her biri farklı özelliklere sahip olmakla birlikte temel bakımdan yeterince ortak noktaları bulunmaktadır ve oluşturulan düzenler birbirlerinden kısmen farklıdır.³⁷⁶ Bu antlaşmalara taraf olan devletler, karşı tarafın sergileyeceği davranışa göre değil, uluslararası toplumun değerleri ve çıkarlarına uygun bir biçimde hareket edeceklerini taahhüt ederler.³⁷⁷ Söz konusu devletler, diğer devletlerin yükümlülüklerine aykırı davrandığını ileri sürerek, bu antlaşmalardan kaynaklanan kendi yükümlülüklerini yerine getirmezlik edemez.

2.2.2. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ve İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Yapısı

Bir uluslararası antlaşmanın özel nitelikli olduğunu söyleyebilmek için, antlaşmalara ilişkin genel kuralların bulunması gerekmektedir. Genel kuralları koyan da 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesidir (VAHS). Adı geçen sözleşme Uluslararası Hukukun uygulama alanı genişledikçe yetersiz kalmaya başlamıştır.

Technique of Democracy, Venice Commission, Strausbourg, Council of Europe Publishing, September 2006, s. 28, 29.

³⁷⁶ Matthew CRAVEN, “Legal Differentiation and Concept of the Human Rights Treaty in International Law”, European Journal of International Law, Vol. 11 (3), 2000, s. 499.

³⁷⁷ Bkz. Theodor MERON, *The Humanization of International Law*, The Hague Academy of International Law Monographs, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 187.

2.2.2.1. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ve İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Çok Taraflı Olma Özelliği

1969 VAHS, her şeyden önce iki taraflı ve tarafları devlet olan uluslararası antlaşmaları düzenlemektedir. Bu sözleşme iki taraflı antlaşmalar ile çok taraflı antlaşmalar arasındaki farkı belirtmemiştir.³⁷⁸ Adı geçen sözleşmenin 60. maddesinin 5. paragrafı, aynı maddenin ilk üç paragrafında yer alan uluslararası antlaşmaların sona erdirilmesi ve askıya alınmasıyla ilgili hükümlerinin insan haklarına ilişkin hususlarda uygulanamayacağını belirtmektedir. Bununla birlikte insan haklarına ilişkin çok taraflı antlaşmalar, bir başka ifadeyle norm antlaşmalarla ilgili hükümler getirilmemiştir.³⁷⁹

VAHS, çok taraflı uluslararası antlaşmaların ortaya çıkabilecek ihtilaflara ilişkin olarak kendi yorum yöntemleri ve kontrol birimleri gibi özellikler içerebilmesi ihtimalini dikkate almamıştır. Bu nedenle çok taraflı antlaşma niteliğini de taşıyan ve kendi denetim birimleri³⁸⁰ olan insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar, VAHS'nin düzenlemeleriyle uyum içerisinde olamayacaktır.³⁸¹

Pozitivist bakış açısına aşırı derecede bağlı kalmak, uluslararası antlaşmaların, VAHS'nin getirdiği sistemden ne eksik ne de fazla uygulanmasını gerektirir ki bu da insan hakları antlaşmalarının uygulanması bakımından son derece marjinal bir yaklaşımın doğması anlamına gelecektir. Örneğin BM tarafından oluşturulan altı adet insan haklarına ilişkin

³⁷⁸ AUST, **a.g.e. (2000)**, s. 7.

³⁷⁹ VANNESTE, **a.g.e.**, s. 60.

³⁸⁰ İnsan hakları antlaşmaları birimleri, her biri evrensel ve bölgesel düzeyde oluşturulmuş uluslararası insan hakları antlaşmalarıyla ilişkili olan, insan hakları hukukunun amacına uygun bir şekilde uygulanmasını kontrol eden, bağımsız uzman kişilerden oluşmuş birimlerdir. (Peter Tobias STOLL, “**Human Rights, Treaty Bodies**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi May 2008, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 1.)

³⁸¹ KAMMINGA, **a.g.m. (2009)**, s. 9.

sözleşmeye taraf olan devletlerin sayısı, VAHS'ne taraf olan devletlerin sayısından çok daha fazladır.³⁸²

Bölgesel insan hakları antlaşmaları özellikle de Avrupa ve Amerikan İnsan Hakları Antlaşmaları, çok taraflı antlaşmalar içerisinde de ayrı ve özel bir yere sahiptirler. Zira bu antlaşmalar, norm antlaşma niteliğini taşımaktadırlar. Bu antlaşmalar, insan haklarının korunması bakımından objektif nitelikler taşımaktadırlar. Söz konusu antlaşmalarla devletler uygun bir uygulama içerisinde olmayı kabul etmektedirler ve insan haklarını sınırlandıran düzenlemeleri son derece dar bir yorumla ele almaktadırlar. Bütün bunlar, uluslararası ortak çıkarların sağlanması adına yapılmaktadır.³⁸³

2.2.2.2. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Objektifliği

Uluslararası Adalet Divanı çeşitli kararlarında, insan hakları antlaşmalarının özel bir niteliğinin bulunduğunu belirtmektedir. Ancak Divan, söz konusu antlaşmaların niteliğinden ötürü hukuki sonuçların meydana gelmesine isteksiz yaklaşmaktadır. Divan Barcelona Traction Davasında, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların *erga omnes* yükümlülükler getirdiğini veya uluslararası örf ve adet hukukunun ortaya konmasının bir yolu olduğunu ifade etmektedir.³⁸⁴ Bununla beraber Divan, bu düşüncesini uygulamaya geçirmekten imtina etmektedir. Uluslararası insan hakları antlaşmalarının, diğer antlaşmalardan daha fazla, özel ve farklı nitelikler taşıdığı bir gerçektir. İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar çekince konulması, devletlerin uluslararası antlaşmalara halefiyeti, ülke dışı³⁸⁵

³⁸² Martin SCHEININ, “Impact on the Law of Treaties”, in *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Editörler Menno T. KAMMINGA ve Martin SCHEININ, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, s. 23 – 36.

³⁸³ Antonio Augusto Cançado TRINDADE, “The Development of International Human Rights Law by the Operation and the Case-Law of the European and the Inter-American Courts of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 25 (5 – 8), 30 November 2004, s. 157.

³⁸⁴ Bkz. MERON, *a.g.e.*, s. 191.

³⁸⁵ İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar bakımından devlet ülkesi dışında egemen yetkilerini kullandığı faaliyetlerinde de antlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerine uygun bir şekilde hareket etmek zorundadır. Devlete yönelik bu tarz bir sınırlandırmanın getirilmesi, insan haklarına

uygulamaya yönelik bazı kurallar bakımından VAHS'nin getirdiği sistemden tamamen farklı özellikler taşıyarak, diğer Uluslararası Hukuk kurallarının uygulanmasına doğrudan etki eder.³⁸⁶

Bölgesel insan hakları sözleşmelerinin ürünü olan uluslararası mahkemeler ve denetim birimleri ise, bu sözleşmelerin onları farklı kılan özel niteliklerinin olduğu konusunda daha cüretkar yaklaşımlar içinde bulunmaktadır. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların ve dolayısıyla Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, mütekabiliyet esasına dayalı klasik anlamdaki uluslararası antlaşmalardan olmadığını belirttikten sonra, adı geçen sözleşmenin amacının ve hedefinin bireyin temel haklarını vatandaşlığında bulunduğu devletin yanı sıra sözleşmenin tarafı diğer bütün devletlere karşı da korumak olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, devletlerin bu insan hakları sözleşmelerine taraf olarak ortak çıkarlar adına sadece sözleşmeye taraf olan diğer devletlere ve onların vatandaşlarına karşı değil kendi yetki alanları içerisindeki bütün bireylere karşı çeşitli yükümlülüklerin sahibi olduklarını belirtmiştir.³⁸⁷

2.2.2.3. Mütekabiliyet İlkesinin İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmalardaki Yeri

Devletler insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaları yaparken ve bu yönde yükümlülüklerin oluşmasını sağlarken diğer uluslararası antlaşmalarda izlenen yöntemleri izlerler. Kendi çıkarlarına yönelik kaygılar

ilişkin uluslararası antlaşmaların konu ve amaçları bakımından, bireyin haklarını etkin bir şekilde korumayı hedeflemelerinden kaynaklanmakta olup, devletlerin ülke dışında insan hakları ihlallerinde bulunması ihtimali iç hukukundakinden daha az değildir. (PETERS, **a.g.m.**, s. 542.)

³⁸⁶ Rui Manuel MOURA RAMOS, “**Human Rights Treaties – Are They or Should They be Given A Special Status in International Law**”, in **The Status of International Treaties on Human Rights**, Collection Science and Technique of Democracy, Venice Commission, Strausbourg, Council of Europe Publishing, September 2006, s. 75, 76.

³⁸⁷ Bkz. **The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)**, Requested by the Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-2/82 of 24 September 1982, Series A., No. 2, 1982, paragraf 29.

taşıyıp, karşılıklı olarak belirli ortak noktalar üzerinde anlaşma çabası içerisinde olurlar. Bu nedenle insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların oluşturulma aşamaları ve şekil bakımından mütakabiliyete dayalı olmadığını söylemek çok zordur.³⁸⁸ Mütakabiliyete dayalı bir sistemin kurulmadığı ancak bahsedilen uluslararası antlaşmaların içeriğinden, anlamından ve uygulanmasından hareketle anlaşılabilir. Zira görüldüğü üzere bu antlaşmalar, şekil bakımından her ne kadar diğer uluslararası antlaşmalardan farklı özellikler taşımasalar da devletler dışında bireylerin korunmasını amaçlamakta ve bireylerin hangi devletin vatandaşı olduğuna bakılmaksızın uluslararası toplumun ortak çıkarları adına bütün bireyleri koruma yükümlülüğünü getirmektedirler.³⁸⁹

2.2.2.4. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Objektifliği ve Mütakabiliyet İlkesine İlişkin Olarak Uluslararası Denetim Birimlerinin ve Mahkemelerin Uygulamaları

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, taraf devletler için karşılıklı ve sübjektif haklar yaratmasının ötesinde, bireyin temel haklarının Sözleşme'ye taraf herhangi bir devletin ihlallerine karşı korunması için objektif bir nitelik taşıdığını ifade etmiştir.³⁹⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kendine özgü yapısı üzerinde durmaktadır. Mahkeme Sözleşme'nin tanıdığı bireysel başvuru hakkının, Sözleşme'nin getirdiği sistemin etkin işleyişi bakımından bireye tanınan bir temel hak olduğunu belirttikten sonra, böyle önemli bir hükmün yorumlanmasında Sözleşme'nin insan haklarının ve temel özgürlüklerinin korunmasına yönelik

³⁸⁸ Bruno SIMMA, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", in *Recueil des Cours*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1994, Vol. 250, Cambridge-The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, s. 401.

³⁸⁹ Bkz. CRAVEN, a.g.m., s. 514.

³⁹⁰ **Decision of the Commission on the Admissibility of Application No. 788/60 Lodged by the Government of the Federal Republic of Austria against the Government of the Republic of Italy.**, European Commission on Human Rights, Yearbook of the European Convention on Human Rights, Vol. 4, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1961, s. 140.

diğer hükümleriyle beraber, ortak uygulanmasının göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. Klasik nitelikteki uluslararası antlaşmaların aksine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi mütekabiliyet ilkesine dayalı yükümlülüklerden daha fazlasını içermektedir. Sözleşme'nin başlangıcında da belirtildiği gibi insan haklarının korunması bakımından karşılıklı taahhütlerle oluşturulmuş bir yapının ötesinde, ortak bir uygulama neticesinde ortaya çıkan objektif yükümlülükler söz konusudur.³⁹¹

İşte görüldüğü üzere insan hakları sözleşmeleri neticesinde oluşturulan uluslararası mahkemeler ve denetim birimleri bu sözleşmelerle getirilen objektif yükümlülüklerle özellikle vurgu yapmaktadır. Zira belirtildiği gibi uluslararası antlaşmalar VAHS'nin kurduğu sistem çerçevesinde mütekabiliyet ilkesi uyarınca hüküm ve sonuçlarını doğururlar. Bununla beraber, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar devletleri sadece diğer taraf devletlere karşı değil aynı zamanda bireye karşı da sorumlu hale getirmektedir.

Bu sözleşmeler, imzalayan devletlerin egemen yetki alanları içerisinde etkilerini doğurmaktadırlar. İnsan haklarına ilişkin sözleşmelerle oluşturulan sistemler uygulamaya yönelik birbirlerinden farklı özellikler taşımaktadırlar. Bununla beraber söz konusu sözleşmeler bireyin korunması bakımından ortak bir özellik taşımaktadırlar. Buna göre bu sözleşmelere taraf devletlerin meydana gelen bir olay veya durumla doğrudan ilgileri olmasa bile harekete geçmekle yükümlü oldukları kabul edilmektedir. Zira söz konusu sözleşmelerin asli amacı uluslararası toplumun çıkarı için bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerinin ve insan onurunun korunması bakımından devletlerin ortak bir uygulama içinde bulunmasını sağlamaktır.

³⁹¹ Bkz. **Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey**, European Court of Human Rights, Applications nos. 46827/99 and 46951/99, Judgement of 4 February 2005, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 100.

2.2.3. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Yorumu

Bir uluslararası antlaşma, belirli kurallar getirmekle beraber, ortaya çıkabilecek her somut durumda uygulanabilecek kurallar getiremez. Bu somut durumlar o anki sosyal ve ekonomik koşullara bağlı olarak meydana gelebileceği gibi, gelişen ve değişen şartlar neticesinde yeni durumların oluşması şeklinde de ortaya çıkabilir. Her durum veya olay için yeni bir antlaşma yapılamayacağına göre, varolan antlaşma hükümleri yorumlanarak antlaşmanın amacına ve konusuna uygun bir çözüm bulunmasının sağlanması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Uluslararası Hukukta, antlaşmaların yorumuyla ilgili birtakım kuralların bulunmasına rağmen, bu hususta en önemli konulardan birisi, söz konusu kuralların her antlaşmanın yorumunda aynı şekilde kullanılamayacak olmasıdır. Dolayısıyla varolan uluslararası antlaşmaların amaçları ve konuları dahilinde ele alınması, yorum yöntemlerinin buna göre belirlenmesi gerekir. İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların da bu çerçevede değerlendirilmesi, hatta Uluslararası Hukukun diğer alanlarıyla ilgili düzenlemeler getiren uluslararası antlaşmaların, insan haklarına ilişkin bir düzenleme getirmesi durumunda, insan hakları hukukunun amacına göre yorumlanması yerinde olur.

2.2.3.1. Uluslararası Antlaşmaların Yorumunda Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Sistemi

1969 VAHS'nin 31/1. maddesi uyarınca uluslararası antlaşmalar, lafza bağlı kalınarak sözleşmenin konusu ve amaçları çerçevesinde iyi niyetle yorumlanır. Bu maddenin diğer paragrafları da dikkate alındığında, Sözleşme, uluslararası antlaşmaların metne sadık bir şekilde ele alınmasını istemektedir. Söz konusu madde, yorum yapılırken antlaşmanın başlangıç bölümü, uygulanmasına yönelik antlaşmaya taraf devletlerin yaptıkları diğer antlaşma metinleri gibi dikkate alınabilecek hususlar üzerinde de durmuştur.

Sözleşme'nin 32. maddesinde de tamamlayıcı kurallardan bahsetmektedir.³⁹²

Yapılan yorum söz konusu antlaşmanın gerçek anlamını yansıtmalıdır. Bunun için de metin göz önünde bulundurularak antlaşmanın konusuna uygun bir şekilde amaçlarının gerçekleştirilmesi sağlanmaya çalışılır.³⁹³ Uluslararası antlaşmalar, devletlerin egemenliklerini sınırlayıcı nitelikler taşıyıp devletlere hak ve yükümlülükler getirdikleri için antlaşma metnine sıkı sıkıya bağlı bir şekilde yorumlanırlar. Aksi takdirde bazı devletler antlaşmayı dilediği gibi yorumlayıp uygulayarak, haksız sonuçların meydana gelmesine neden olurlar. Zaten 1969 VAHS de bu hususu göz önünde bulundurarak, antlaşmaya ilişkin yorumların iyi niyetli olması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Uluslararası antlaşmalar, devletlerin çıkarları arasındaki ilişkiyi dengelemesi itibariyle genellikle detaylı bir şekilde ele alınır ve hedeflenen amaçlar madde metninin lafzından anlaşılır. Bununla beraber, hangi yorum yönteminin daha doğru olduğu konusunda kesin bir sonuca varılamaz. Bu bir tercih meselesidir; fakat sorun insan hakları hukuku söz konusu olduğunda büyük önem arz etmektedir. Zira özel nitelikleri itibariyle insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların yorumlanmasında tercih edilecek yöntemin devletlerin takdirine bırakılması, insan haklarının korunması açısından büyük risk ve tehlike yaratacaktır.

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin bir uluslararası antlaşma haline gelmesi durumunda da ne tür bir yorumun tercih edildiği önem taşıyacaktır. Zira taslak metin şu anki haliyle, bir antlaşma halini alır ve VAHS'nin getirdiği sistem çerçevesinde yorumlanırsa, insan hakları hukuku bakımından olumsuz bazı sonuçların ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır.

³⁹² Detaylı bilgi için bkz. AUST, **a.g.e. (2000)**, s. 187 – 202.

³⁹³ UIF LINDERFALK, **On the Interpretation of Treaties – The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**, Law and Philosophy Library Volume 83, Dordrecht, Springer, 2007, s. 192 – 195.

2.2.3.2. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Özel Nitelikleri Göz Önünde Bulundurularak Yorumlanması

İnsan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması için ortak bir uygulama öngören insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların, uygulanması sırasında kendi niteliklerine uygun bir şekilde özel yorum kurallarıyla ele alınması gerektiği de savunulmaktadır. Yargı kararları da bu görüşü destekleyici ifadelerle yer vermektedirler; ancak VAHS insan haklarına ilişkin sözleşmelere yönelik özel yorum kurallarını düzenleyici hükümlere yer vermemiştir.³⁹⁴ Bununla beraber, insan hakları hukuku, Uluslararası Hukukun genel yapısından farklı olarak devletlerarası ilişkilerdeki dengeyi değil, toplumun ortak çıkarlarının korunması³⁹⁵ ile bireyin temel hak ve özgürlüklerinin garanti altına alınması arasındaki dengeyi kurmaya çalışmaktadır.³⁹⁶ Dolayısıyla insan haklarına ilişkin sözleşmeler yorumlanırken, madde metninin dışında toplumun ortak çıkarlarının da dikkate alınması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kendi özel niteliklerine aykırı olmayacak bir şekilde yorumlanarak uygulanması gerektiğini açıkça belirterek, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların yorumlanmasında özel kurallara işaret etmiştir. Buna göre herhangi bir hak ve özgürlüğün yorumlanmasında demokratik toplum değerlerini korumak ve yüceltmek isteyen söz konusu antlaşmaların ruhuna uygun yorumlar yapılması yerinde olur. Bu antlaşmaların yorumlanması, bireyin hak ve özgürlüklerinin korunmasına

³⁹⁴ KAMMINGA, a.g.m. (2009), s. 9.

³⁹⁵ “Uluslararası Hukukta giderek yerleşmeye başlayan anlayışa göre, uluslararası toplumun önem verdiği değerler ve menfaatler söz konusu olduğunda devletlerin egemenlik vasıflarının arkalarına sığınarak diledikleri gibi hareket etmelerine sınırlamalar getirilebilmektedir. Ancak bu henüz tamamlanmamış bir süreçtir ve Uluslararası Hukuk halihazırda uluslararası toplumun ortak değerlerini bütün devletlere karşı koruyacak mekanizmalara sahip değildir.” (Mehmet Emin ÇAĞIRAN, *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Ankara, Platin Yayınları, 2006, s. 47, 48)

³⁹⁶ SPIERMANN, a.g.m., s. 802.

yönelik araçların uygulanabilir ve etkin olmasını sağlayacak şekilde gerçekleştirilmesi gerekir.³⁹⁷

2.2.3.3. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Uluslararası Toplumun Ortak Çıkarları Çerçevesinde Bireyin Lehine Yorumlanması

Uluslararası Hukukun oluşum aşamasından bu yana devletlerin egemen eşitliği ilkesi kabul edilmiştir. Bu nedenle uluslararası yükümlülükler altına girmeleri egemen yetkilerinin sınırlanmasına bağlı olan devletler, söz konusu durumun gerçekleşebilmesi için büyük bir motivasyona ihtiyaç duymuşlardır. İşte bu motivasyonun adı “mütekabiliyet” olmuştur. Devletler, bir takım yükümlülüklerin neticesinde diğer devletlerden büyük faydalar sağlayabileceklerini anlayınca, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin doğması sonucu egemenliğinin sınırlanmasına itiraz etmemişlerdir. İnsan hakları hukuku alanında yaşanan gelişmelere ise, karşılığında bir fayda elde edemeyeceğini düşünen devlet soğuk yaklaşmış, bu nedenle de onu motive etmesi için “uluslararası toplumun çıkarı” adıyla yeni bir kavram ortaya atılmıştır.³⁹⁸

Uluslararası Hukukun genel alanlarına ilişkin uluslararası antlaşmalar yorumlanırken, devletlere karşılıklı yükümlülükler getiren hususlar yine bu devletlerin çıkarları göz önünde tutularak ele alınıp yorumlanmaktadır. İnsan haklarının korunmasını hedefleyen ve objektif nitelik taşıyan insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar, bu tarz mütekabiliyet esasına dayalı bir sistem getirmekten uzak olduğu için, söz konusu antlaşmaların yorumu ve uygulanması uluslararası toplumun ortak çıkarları ilk planda düşünülerek gerçekleştirilmektedir.

³⁹⁷ **Case of Soering v. The United Kingdom**, European Court of Human Rights, Judgement of 7 July 1989, son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 87.

³⁹⁸ Bruno SIMMA, “Reciprocity”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi April 2008, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 5,6.

Avrupa ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemeleri de, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar norm antlaşma niteliği taşıdığı için, bireyin haklarına yönelik uygulamaların ve bireyin haklarını izin verilen ölçülerde sınırlayan düzenlemelerin uluslararası toplumun ortak çıkarları çerçevesinde bağımsız bir şekilde yorumlanması gerektiği üzerinde durmaktadırlar. Bahsedilen uluslararası antlaşmaların amacı ve konusu, zaten insan haklarının korunmasıyla ilgili diğer uluslararası yükümlülüklerin de konusu ve amacı olduğu için, bu antlaşmalar devletin sorumluluğu daraltılacak şekilde yorumlanamaz. Örneğin birden fazla insan hakları hukuku sözleşmesine taraf olan veya konusu insan haklarına ilişkin olmamakla birlikte, bazı hükümleri insan haklarıyla ilgili hükümler içeren bir başka uluslararası antlaşmaya taraf olan devlet, her bir antlaşmada insan haklarının korunmasıyla ilgili farklı devletlere karşı farklı yükümlülükler üstlenmişse, bu yükümlülüklerden birey açısından sahip olduğu hakları ve özgürlükleri en çok koruyan yükümlülükler dikkate alınarak antlaşma yorumlanır.³⁹⁹ Bir başka ifadeyle, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar yorumlanırken, bireyin lehine yorum yapılır.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 29. maddesinde, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların ne şekilde ele alınıp yorumlanacağına ilişkin bir hüküm içermektedir. Aslında bu hüküm adı geçen Sözleşme'nin ne şekilde yorumlanamayacağını belirtmektedir. Söz konusu hüküm Sözleşme'nin izin verdiği sınırların dışında Sözleşme'de düzenlenen veya bireye sıkı sıkıya bağlı hakların sınırlandırılmayacağı üzerinde durmaktadır. Bu hüküm daha da ileri giderek, Sözleşme'ye taraf devletlerin iç hukuklarında veya taraf oldukları diğer uluslararası antlaşmalarda yer alan

³⁹⁹ Bkz. Antonio Augusto Cançado TRINDADE, “**International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium***”, in **Recueil des Cours**, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2005, Vol. 317, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 60 – 63.

hükümlerin bireylerin haklarını sınırlayacak şekilde yorumlanamayacağını ifade etmektedir.⁴⁰⁰

İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından herkes için geçerli objektif bir nitelik taşır. Söz konusu antlaşmaların bu objektif niteliği de o antlaşmaların konusu ve uygulanacak yer bakımından yorumlanmasında birtakım farklılıkların meydana gelmesine neden olmaktadır. Bu antlaşmaların objektif niteliği, antlaşmaların uygulanacağı alanın antlaşmalara taraf devletlerin egemen oldukları ülkeleri dışındaki eylemlerinin de dikkate alınmasını sağlamaktadır.⁴⁰¹

İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların bu şekilde yorumlanması, söz konusu antlaşmalara taraf devletlerin insan haklarına ilişkin olmayan diğer uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerine de etki edecektir. Diplomatik koruma açısından, diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin de bu çerçevede ele alınması gerekir. Zira söz konusu taslak metnin herhangi bir maddesi uyarınca çıkarlarını koruduğunu iddia eden devlet, aynı zamanda bireyin hak ve çıkarlarına aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden oluyorsa, söz konusu hüküm bireyin haklarını sınırlayıcı şekilde yorumlanıyor demektir. Oysa devlet, taraf olduğu insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası antlaşmalar ile bireyin haklarını sınırlandırmaktan kaçınacağını ve buna göre hareket edeceğini taahhüt etmektedir.

2.2.3.4. Dinamik Yorum

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin doktrinde “dinamik yorum” şeklinde kabul edilen yorum

⁴⁰⁰Lucas LIXINSKI, “Treaty Interpretation by the Inter – American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, European Journal of International Law, Vol. 21 (3), 2010, s. 587.

⁴⁰¹ Alexander ORAKHELSHVILI, “Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, European Journal of International Law, Vol. 14(3), 2003, s. 533.

yöntemiyle ele alınması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, daha önce Sözleşme'nin aynı maddesinin farklı devletlere, sahip oldukları koşullar nedeniyle, farklı bir şekilde uygulanabileceği fikri üzerinde durmuştur. Aslında bu hususun tam olarak ifadesi, her devletin iç hukukundaki organların, aynı konulara ilişkin farklı uygulamalarının bulunmasıdır.⁴⁰² Mahkeme Sözleşme'nin uygulanması ancak devletler tarafından gerçekleştirilebileceği için iyi niyetle sınırlı olmak üzere bu durumu kabul etmiş ve kendisinin de bu yönde karar verebileceğini ifade etmiştir.⁴⁰³ Farklılık devletlerin demokratik gelişmişlik düzeyine göre ortaya çıkmaktadır ve bu yaklaşım yaşama hakkı, işkencenin yasaklanması, köleliğin yasaklanması ve ceza hukukunda geriye yürümenin yasaklanması yönündeki dört mutlak hak dışındaki bütün haklara uygulanabilecektir.⁴⁰⁴

Daha sonra Mahkeme, farklı devletlerin aynı maddenin uygulamasına farklı şekillerde yaklaşılması görüşünü ifade etmiş, devletlerin uygulamalarının somut olaya ve gelişen ve değişen koşullara göre de farklılaşabileceğini belirtmiştir. Buna göre Mahkeme, asıl amaç olan insan haklarının korunması hususunda tam anlamıyla ihtiyaçların karşılanabilmesi için söz konusu koşulların göz önünde tutulması gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁰⁵ Yani Mahkeme, önüne gelen somut olayları o anki durum ve koşullara göre dinamik bir şekilde yorumlayarak Sözleşme'nin amacına uygun sonuçların meydana gelmesini sağlamaya çalışmaktadır.

⁴⁰² Jochen A. FROWEIN, “**European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950)**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi November 2009, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 10.

⁴⁰³ Bkz. **Case of Handyside v. The United Kingdom**, European Court of Human Rights, Application no. 5493/72, Judgement of 7 December 1976, paragraf 48.

⁴⁰⁴ Jean-Pierre COT, “**Margin of Appreciation**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin Son güncellenme tarihi June 2007, son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 18.

⁴⁰⁵ **Case of Zarb Adami v. Malta**, European Court of Human Rights, Application no. 17209/02, Judgement of 20 June 2006, paragraf 74.

Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi de bireyin sahip olduğu hakların, hakları koruyan antlaşmaların dinamik bir yorumla değerlendirilmesinin, insan haklarına ilişkin gelişmelerin Uluslararası Hukukun diğer alanlarıyla daha uyumlu olmasını sağlayacağını belirtmiştir. Buna göre Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin hükümlerinin yeni meydana gelen olaylara uygulanmasının daha kolay olacağı ifade edilmiştir.⁴⁰⁶

Uluslararası insan hakları hukuku, daha önce de belirtildiği üzere devletin bireyle olan ilişkisine yönelik olarak uygulanmaktadır. Devlet, bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerini, egemen yetkilerini kullandığı sınırlar içerisinde koruma yükümlülüğü altındadır. Bireyin bu haklarını kullanması için gerekli şartları oluşturmak gerekmektedir; ancak bu şartların neler olacağı da belli değildir. Her devlet kendi yönetim biçimi ve kurumsallığı çerçevesinde, bireyin haklarının korunmasına yönelik farklı davranış biçimleri içinde bulunabilecektir. Bir devletin bu husustaki davranışlarının daha önceden insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalarla öngörülen amaca aykırı olup olmadığı ancak somut olayda ortaya çıkabilir. Dolayısıyla Avrupa ve Amerikan İnsan Hakları Mahkemelerinin uygulamaya yönelik bu tarz bir yorum yöntemini belirlemiş olması yerindedir. Bu tarz bir yolun benimsenmemesi, antlaşma metinlerinde her bir kural için uygulanacak yöntemlerin tek tek belirlenmesini gerektirir. Ancak bu durum, artan ve değişen sosyal, hukuki, ekonomik ilişkiler bakımından her bir antlaşma maddesinin yeniden ele alınıp düzenlenmesini gerektirdiği için, söz konusu durumun uygulanması mümkün değildir.

Her devletin iç hukuk düzenlerinin ayrı ayrı alınarak her biri için farklı sonuçlara ulaşılması, uluslararası insan hakları hukuku alanında bir öngörülmezlik ve hukuki belirsizliğin ortaya çıkmasına neden olacağı kaygısıyla eleştirilmektedir. İnsan hakları hukukuna ilişkin yorumların

⁴⁰⁶**The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law**, Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion, OC – 16/99, Series A., No. 16, 1 October 1999, s. 43, paragraf 58.; **Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants**, Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion, OC – 18/03, Series A, No. 18, 17 September 2003, s. 112, paragraf 156.

geleneksel yorum sistemlerinden ayrılması doğal olarak genel sistemden farklı sonuçların da meydana gelmesinin nedenini oluşturacaktır; fakat insan hakları hukuku normlarının devletlerin iç hukukunda uygulanması ve meşruluğunun sağlanması da ancak bu farklılıklarla mümkün olabilecektir. Zira iç hukuk düzeninde etkilerini gösteren insan hakları hukukunun, devletin iç dinamiklerine dikkat edilmeden ve uluslararası antlaşmaya taraf devletler arasında bir uzlaşmaya ulaşıp ulaşılmadığına bakılmaksızın ele alınması beklenemez.⁴⁰⁷

İnsan haklarına ilişkin düzenlemeler ancak devletlerin iç hukuk düzenlerinde uygulanabileceği için bu antlaşmaların, güncel şartlar ve devletlerin iç hukukları dikkate alınarak uygulanması en doğru tercih olacaktır. İnsan hakları hukuku yaşayan bir hukuk dalıdır ve bu antlaşmalara taraf olan devletlerin iç hukuklarında meydana gelen gelişmeler ve ortak kabul ettikleri koşullar mutlaka söz konusu uluslararası antlaşmaların uygulanmasında dikkate alınması yerinde olur.⁴⁰⁸

Avrupa ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemeleri'nin bu yaklaşımı, yani insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların dinamik yöntemle yorumlanması insan hakları hukukunun Uluslararası Hukukun özel bir çalışma alanı olmasından kaynaklanmaz. Uluslararası Hukukun herhangi bir alanında da bu yorum yöntemi benimsenebilir; ama bireyin haklarının korunmasını amaçlayan bir sistem olması itibarıyla, insan hakları hukukuna ilişkin böylesi ulusal ve Uluslararası Hukukların karşılaştırılması suretiyle yapılan yoruma ve buna dayalı uygulamaya duyulan gereksinim diğer Uluslararası Hukuk alanlarına nazaran daha fazladır. Hatta bu tarz bir yorum insan hakları hukukunun diğer Uluslararası Hukuk alanlarıyla yaşayabileceği

⁴⁰⁷ Ida Elisabeth KOCH and Jens VEDSTED-HANSEN, “**International Human Rights and National Legislatures – Conflict or Balance?**”, Nordic Journal of International Law, Vol. 75, 2006, s. 11, 12.

⁴⁰⁸ Bkz. Bruno SIMMA, “**International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis**”, in **The Protection of Human Rights in Europe**, Collected Courses of the Academy of European Law, 1993, Vol. 4, Book 2, The Hague-London-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, s. 185.

olası uyuşmazlıkların önlenmesi ve giderilmesi açısından da son derece önemlidir.⁴⁰⁹

2.2.3.5. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Antlaşmaların Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Sistemiyle Beraber Yorumlanması

İnsan hakları mahkemelerinin uygulamalarıyla ilgili en dikkat çeken husus, bu mahkemelerin somut olaylarda uygulayacakları yorum yöntemini belirlemedeki serbestileridir. Mahkeme isterse VAHS'nin 31. maddesi uyarınca, antlaşma metnine ve diğer ilgili kaynaklara bağlı kalarak bir yorum yapabileceği gibi, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların özel düzenlemeler olmasını göz önünde bulundurarak, onları bahsedilen farklı özelliklerine göre de ele alabilir. Üzerinde durulan yorum yöntemlerinin hangisinin öncelikle uygulanacağına yönelik ne özel – genel ne de alt – üst ilişkisine göre bir hiyerarşi bulunmaktadır.⁴¹⁰ Mahkemeler bu konuda serbesttir ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, birkaç istisnai durum dışında⁴¹¹, insan haklarının korunmasını daha da arttıracak ve uygulama alanını genişletecek şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kendine has ve özel yapısının dikkate alınarak etki etmesini sağlayacak bir yaklaşımı benimsemiştir. Devletler de ilgili uluslararası antlaşmaları uygularken VAHS'nin getirdiği sistemi tamamen göz ardı etmeksizin insan hakları hukukunun kendine özgü özelliklerini de dikkate alarak ve iyi niyetle bireyin haklarını güvence altına alacak şekilde, onun lehine yorumda bulunması yerinde olur.

⁴⁰⁹ Jonas CHRISTOFFERSEN, “Impact on General Principles of Treaty Interpretation”, in *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, editörler Menno T. KAMMINGA ve Martin SCHEININ, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, s. 50.

⁴¹⁰ Bkz., ORAKHELASVILI, a.g.m., s. 567.

⁴¹¹ Bkz. Vlastimir and Borka BANKOVIĆ, Živana STOJANOVIĆ, Mirjana STOIMENOVSKI, Dragana JOKSIMOVIĆ and Dragan SUKOVIĆ v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom, European Court of Human Rights, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=bankovic&sessionid=63510355&skin=hudoc-en>, Grand Chamber Decision as to Admissibility of Application no. 52207/99, 12.12.2001, paragraf 62.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi de bu görüşe sahip olup, önüne gelen somut olaylarda Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yorumlanmasında hep birey açısından en uygun yöntemi benimsediğini ve bu nedenle Sözleşme'den kaynaklanan alternatifler arasında bireyin korunmasına yönelik en uygun olanının seçilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yani mahkeme bir duruma uygulanabilecek iki farklı kural olduğunda, bunlardan bireye en çok fayda sağlayanı tercih edeceğini ifade etmiştir.⁴¹² Böylece Mahkeme, VAHS'nin getirdiği sistemle bağlı kalmamış, insan hakları hukukunun kendine has niteliklerini de göz önünde bulundurmuştur. Mahkemenin verdiği karardan çıkan sonuç sadece insan hakları hukukunun uygulanmasına ilişkin olarak değerlendirilemez. Söz konusu karar aynı zamanda insan haklarına ilişkin olmayan uluslararası antlaşmaların, insan haklarına ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesinde de kullanılması önem arz eder. Yani mahkemenin kararı, meydana gelen bir somut olaya, insan haklarına ilişkin olmayan bir uluslararası antlaşmanın ilgili hükmünün bireye yönelik daha avantajlı bir kural getirmesi durumunda, bu kurala öncelik verilerek Sözleşme'nin bu olaya uygulanabilecek kuralının göz ardı edilmesi sonucunun doğurması da mümkündür.

Bireyin haklarının güvence altına alınması ve uluslararası toplumun çıkarlarının korunması, insan hakları hukukunun asıl amacı olduğu için, devlet, insan haklarına ilişkin bir uluslararası antlaşmanın hükümlerinin yalnızca lafzi olarak ele alınıp, antlaşma hükümleri çerçevesinde yorum yapılmasını bekleyemez. Eğer bir devlet konusu ne olursa olsun bir uluslararası antlaşmayla, bireyin korunması açısından daha avantajlı hukuki durumlar yaratan bir yükümlülük altına girmişse artık diğer uluslararası antlaşma bu tarz bir düzenleme getirmese bile o antlaşma açısından bu yükümlülüklerin yerine getirmesi gerekir. Aynı şekilde devlet, başka devletlerle yapmış olduğu uluslararası antlaşmalarla bireyin haklarının korunması açısından kendisini daha az yükümlülük altına sokarak

⁴¹² **Case of Ricardo Canese v. Paraguay**, Inter-American Court of Human Rights, Merits, reparations and costs, Series C, No. 111, Judgement of 31 August 2004, paragraf 181.

sorumluluk alanını azaltamaz. Bu husus da, insan hakları hukukunun genel Uluslararası Hukukun uygulanması konusunda bir başka etkiyi daha göz önüne serer. Zira herhangi bir uluslararası antlaşma, insan haklarına ilişkin hüküm içerdiği takdirde, bu hüküm açısından insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar gibi yorumlanarak uygulanacaktır.

Tam tersi bir yorum egemen yetkilerinin sınırlandırılmasından rahatsız olan devletin mümkün olduğu kadar bu sınırlandırmadan kaçmak için kendisine yollar yaratmasına neden olup, devletin bireye karşı sorumluluğunun etkisiz hale gelmesi sonucunu doğurabilir. Böylesi bir sonuç modern Uluslararası Hukukun yapısıyla çelişki oluşturup, Uluslararası Hukukun mütekabiliyet esasına dayalı klasik yapısının kabul edilip, insan hakları alanında yaşanan gelişmelerin göz ardı edilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar bireyin haklarını genişletecek şekilde yorumlanarak, klasik Uluslararası Hukuk kurumlarının da, insan hakları hukukuna göre yeniden ele alınması sağlanmalıdır.

Devlet, birey için vardır ve Uluslararası Hukukun insancillaşması, bu görüşün en önemli etkilerinden birisidir. Bu nedenle de Avrupa ve Amerikan İnsan Hakları Mahkemeleri önlerine gelen somut olaylarda, Uluslararası Hukukun insancillaşan yapısını göz önünde tutmakta ve bu sürecin etkin bir şekilde devamını sağlayacak şekilde yorumlarda bulunmaktadır. Adı geçen mahkemeler, bireyi Uluslararası Hukukun merkezine koyan bir yaklaşım benimsemişlerdir.⁴¹³

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metin mevcut haliyle bir uluslararası antlaşma niteliğini kazanması durumunda, pek çok devlet insan hakları hukukuna ilişkin yükümlülüklerini ve sorumluluklarını azaltacak şekilde bu antlaşmaya taraf olacaklardır. Bununla beraber böylesi bir durum, bu devletlerin insan haklarına ilişkin yükümlüklerine ters düşecektir. Dolayısıyla diplomatik korumaya ilişkin taslak metin antlaşma halini

⁴¹³ TRINDADE, a.g.m. (30 November 2004), s. 160.

aldığında doğrudan bireyin haklarını etkileyeceğinden, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar gibi yorumlanarak uygulanmalıdır.

V. ULUSLARARASI SORUMLULUĞUN İNSANCILLAŞMASI

Uluslararası sorumluluk hukuku genel anlamıyla, devletlerin Uluslararası Hukuktaki yükümlülüklerinin ve birbirlerini bu yükümlülüklerle uygun davranmaya ne şekilde zorlayacaklarının belirlendiği ve yine devletler tarafından oluşturulan bir Uluslararası Hukuk kurumudur. Bu nedenle uluslararası sorumluluk kurumunun meydana getirdiği temel prensipler devletlerarası nitelik taşır ve söz konusu nitelik bireyin korunmasına odaklanan uluslararası insan hakları hukukuyla uyumlu değildir.⁴¹⁴

Devletin var olmasını sağlayan en önemli unsuru, egemen yetkilerini kullandığı alanda yaşayan insan topluluğudur. Esasında devletler arasındaki uyuşmazlıklar neticesinde ortaya çıkan sonuçlar, doğrudan bireyi etkilemektedir.⁴¹⁵ Bununla beraber, uygulama, devletlerin çıkarlarını ön planda tutup bireyi ikinci plana atınca bireyin özel olarak korunmasına ihtiyaç duyulmuş; fakat bu sistem de yeterli olmayınca uluslararası sorumluluk kurumunun, bireyin haklarının korunması bakımından yeniden ele alınarak, modern Uluslararası Hukuka uygun hale getirilmesi zorunluluğu kendini göstermiştir.

Bir devletin uluslararası sorumluluğundan bahsedebilmek için, o devletin uluslararası sorumluluğuna neden olan bir davranışının bulunması gerekmektedir. İnsan hakları hukuku alanında da devletin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, devletin insan haklarının korunmasına yönelik bir yükümlülüğe aykırı davranarak, zararın meydana gelmesine neden olması gerekmektedir. Bu zarar aktif bir davranışla varolan yükümlülüğün ihlal

⁴¹⁴ Robert MCCORQUODALE, “Impact on State Responsibility”, in **The Impact of Human Rights Law on General International Law**, Editörler Menno T. KAMMINGA ve Martin SCHEININ, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, s. 236.

⁴¹⁵ Liam MURPHY, “International Responsibility”, in **The Philosophy of International Law**, Editörler Samantha BESSON ve John TASIOLAS, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010, s. 301.

edilmesi şeklinde ve devletin ihmali sonucu, Uluslararası Hukuka aykırılığın meydana gelmesi şeklinde olabileceği gibi devletin objektif sorumluluğunun doğması şeklinde de olabilir. Bu açılardan uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan devletin sorumluluğu özel bir nitelik taşımamaktadır. İnsan haklarının korunması bakımından fark, sorumluluğun uluslararası toplumun ortak çıkarlarına veya doğrudan bireye karşı olması gibi durumlar açısından ortaya çıkmaktadır.

1. İnsan Hakları Hukukunun Genel Etkileri

Uluslararası Hukuk ile uluslararası insan hakları hukuku arasındaki ilişki sonucunda Uluslararası Hukukun müttekabiliyet anlayışına dayalı klasik yapısının gelişen insan hakları hukukunun ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde değişime uğraması uluslararası sorumluluk kurumu açısından da güçlü bir etki doğurmuştur. Devletin uluslararası sorumluluğu, genellikle onun kendi kusuruyla, Uluslararası Hukuka aykırı eylemi veya ihmali ile bir zararın ortaya çıkmasına neden olduğu durumlarda söz konusu olur.

Bununla beraber insan hakları hukukunun uluslararası toplumun ortak çıkarlarının ortak bir uygulamayla güvence altına alınması hedefi, Uluslararası Hukukun diğer alanlarında da yeri olan objektif sorumluluk kurumunun insan hakları hukuku bakımından daha önemli bir yer edinmesini sağlamıştır. Ayrıca devletin, bireyin sahip olduğu haklarına saygı duyulması ve onların korunması bakımından uluslararası sorumluluğunun doğması, sadece kendi vatandaşı açısından değil, vatandaşlık bağından bağımsız olarak bütün bireylere yönelik olarak genişlemiştir.⁴¹⁶

Düzenlediği alan bakımından büyük değişime uğrayan Uluslararası Hukuk, bireyin Uluslararası Hukukun bir parçası olarak görülmesinden sonra onun sahip olduğu hakları koruyacak Uluslararası Hukuk yollarını oluşturma

⁴¹⁶ ADDO, a.g.e., s. 203,204

ihtiyacıyla karşı karşıya kalmıştır. Süreç, bireyin, uğradığı zararlar neticesinde tatmin edilmesi gerekliliğini de beraberinde getirmiştir.⁴¹⁷

Uluslararası sorumluluk, artık olağan anlamının sınırlarını aşmış, kapsamı genişletilmiş bir Uluslararası Hukuk kurumu olarak yerini almıştır. Klasik uluslararası sorumluluk devletlerin mütekabiliyet esasına dayalı ilişkileri neticesinde ortaya çıkan sorunları giderip Uluslararası Hukuka uygun davranılmasını sağlamaya çalışırken; kapsamı genişletilmiş uluslararası sorumluluk, Uluslararası Hukuk düzenini aynı zamanda bir bütün olarak ele almakta, uluslararası toplumun ortak çıkarlarını korumayı da hedeflemektedir, hatta bunları ön planda tutmaktadır. Dolayısıyla devletler artık kendi bireysel çıkarlarını bir kenara bırakarak, diğer devletlerle olan ortak uygulamalarının bir sonucu olarak, davranışlarında tüm Uluslararası Hukuk düzenini göz önünde bulundurarak hareket etmek zorunda kalmakta, objektif olarak bütün devletler için öngörülmüş değerleri korumakla yükümlü olmaktadır.⁴¹⁸

Devlet, daha önce değinildiği üzere bireyle ilişkisini organları ve kurumları aracılığıyla kurar. Bu ilişki varolan hukuk kurallarına uygun bir şekilde yürütülmelidir. Uluslararası Hukuk kuralları, devlete bireyin sahip olduğu haklarını kullanmasını sağlama yükümlülüğünü getirir. Adı geçen yükümlülük, bireye devlet karşısında sonsuz bir serbesti tanımaz. Bireye tanınan haklar onun korunmasını amaçlar ve ondan, varolan kurallara uygun davranması beklenir. İşte devlet, bireyin hukuka uygun davranışlarıyla kullandığı haklarını korumayı ve bu hakları Uluslararası Hukukun öngördüğü şartlar dışında sınırlandırmayacağını garanti eder.

Devletin insan hakları hukukundan kaynaklanan bu yükümlülüklerine aykırı davranması, onun Uluslararası Hukuka aykırı bir eylemde bulunarak

⁴¹⁷ James CRAWFORD and Jeremy WATKINS, “**International Responsibility**”, in **The Philosophy of International Law**, Editörler Samantha BESSON ve John TASIOULAS, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010, s. 284.

⁴¹⁸ Antonio CASSESE, **International Law**, Oxford-New York, Oxford University Press, 2001, s. 185, 186.

sorumluluğunun doğmasına neden olur. Devletin bahsedilen sorumluluğu, eskiden sadece yabancılar açısından onun vatandaşı olduğu devlete karşı söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte artık bireysel olarak devletlerin hem kendi vatandaşları hem de yabancılar bu devletlerin uluslararası sorumluluklarını ileri sürerek zararlarının giderilmesini talep edebilmektedirler.

Birey, devlet tarafından bir zarara uğratıldığında, o devletle ilişkisinin hangi bağa dayandığına bakılmaksızın, doğrudan uluslararası sorumluluğunu doğuran eylemi nedeniyle meydana gelen bu zararın muhatabıdır. Birey, devletten bu zararının giderilmesini talep edebilir; ancak bireyin talebine rağmen zarar giderilmiyorsa veya bireyin bu talepte bulunabileceği iç hukuk yolları sağlanmıyorsa, bu durumda devletin bireye karşı olan sorumluluğu son bulmaz. Zira Uluslararası Hukukun bugünkü anlamında devlet, doğrudan bireye karşı sorumludur ve birey zararının giderilmesi için hiçbir aracıya gerek olmaksızın, uluslararası antlaşmalarda öngörülen durumlarda, Uluslararası Hukuk yollarını işletebilmektedir.⁴¹⁹ Öte yandan uluslararası insan hakları hukukunun genel Uluslararası Hukuk kuralları üzerindeki etkisi artsa da ve uluslararası çeşitli düzenlemeler hayata geçirilse de, bireysel başvuru hakkına sahip birey sayısı çok azdır. Dolayısıyla bireyin haklarının korunması bir açıdan hala devletlere bağlıdır.

2. Uluslararası Hukuk Komisyonu ve Uluslararası Sorumluluğa İlişkin Taslak Metinde İnsan Hakları Hukukunun Etkileri

Bireyin devlete karşı korunması anlayışı sadece bir fikir olarak kalmamıştır. Zira yukarıda da detaylıca ele alındığı üzere insan haklarını korumak amacıyla evrensel ve bölgesel düzenlemelerin yanı sıra, çeşitli yargı yolları da öngörülmektedir. Bununla beraber uluslararası insan hakları

⁴¹⁹ Francesco FRANCIONI, “The Rights of Access to Justice under Customary International Law”, in *Access to Justice as a Human Right*, Editör Francesco FRANCIONI, The Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. XVI, Book 2, Oxford-New York, Oxford University Press, 2007, s. 8, 9.

hukukunun bağımsız bir disiplin olmaması, Uluslararası Hukukun bir parçası olması itibariyle çok çeşitli sorunlar yaşanabilir. Uluslararası sorumluluk kurumu bu açıdan kritik bir konumda bulunmaktadır. Zira devletlerin uluslararası sorumluluğunu, insan hakları hukuku açısından ele almamak, onların olası uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranışlarının engellenememesi anlamına gelebilecektir. Bu noktada Uluslararası Hukuk Komisyonu da, uluslararası sorumluluğa dair çalışmalarını yaparken, insan hakları hukukunun özelliklerini görmezden gelmemiş, iki disiplin arasında bir uyum sağlama çabasında olmuştur. İlgili maddeler hakkındaki yorumlarında, insan hakları hukukunun gereklerine vurgu yapıldığı göze çarpmaktadır.

Uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metnin 33. maddesi, ihlalin yapıldığı şartlar ve ihlal edilen yükümlülüğün özelliği dikkate alınarak, bir devletin, başka bir veya birden fazla devlete karşı sorumlu olabileceği gibi uluslararası toplumun tamamına karşı da sorumlu tutulabileceği hükmünü içermektedir. Aynı maddenin 2. paragrafında da bireye veya devlet dışı birime zarar veren devletin uluslararası sorumluluğuna bağlı olarak ortaya çıkan haklara hâlel gelmeyeceğini ifade etmektedir.

Uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metnin 33. maddesinin 2. paragrafı uyarınca uluslararası sorumluluğa neden olan bireye yönelik bir zararın ortaya çıkması durumunda, zarar veren devlete karşı zararın giderilmesini sağlayan devletin, söz konusu zarar giderimini kendi çıkarlarına yönelik değil bireyin hak ve çıkarlarını korumaya yönelik olarak gerçekleştirmesi gerekmektedir. 33. maddenin 1. paragrafı uyarınca varolan uluslararası bir antlaşmaya taraf olan veya uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının kurduğu düzenin parçası olan devletin, bu antlaşma veya örf ve adet hukuku tarafından meydana getirilen kurallar uyarınca herhangi bir devlete, birden fazla devlete veya genel olarak bütün uluslararası topluma karşı yükümlülükleri olabilir.⁴²⁰

⁴²⁰ ROSENNE, a.g.e.(2004), s. 388.

İnsan haklarının korunmasına yönelik bir uluslararası kurala aykırı davranılması neticesinde ortaya çıkan zararın giderilmesini, somut olayın şartlarına göre bir başka devlet talep edebilir. Yalnız dikkat edilmesi gereken husus talep edilen zarar gideriminin, talep eden devletin zararı olarak görülmemesi gerekliliğidir. Bu tarz hakların asli sahibi olduğu için, zararın giderilmesinin bireyin haklarının korunması adına, onun çıkarlarının ön planda tutularak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁴²¹ Devletin uluslararası sorumluluğunun kapsamını açıklayan taslak metnin ikinci kısmının, genel hükümler başlıklı birinci bölümünde yer alan kuralların devletin Uluslararası Hukuka aykırı eylemi nedeniyle meydana gelen zararın doğrudan bireyin hakkını etkilemesi durumunda, devletin sorumluluğunun bireyin zararının giderilmesine yönelik ele alınması gerektiği sonucuyla karşılaşılmaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu, bireyin ve devletin uğradığı zararlara yönelik bir ayrım getirmiş ve bireyin uğradığı zararın artık sadece onun zararı olarak görülmesini sağlamıştır.

Bu husus çok önemlidir. Zira birey Uluslararası Hukukun bir parçasıdır ve onun haklarının korunması açısından Uluslararası Hukukta çok önemli gelişmeler yaşanmaktadır. Ancak bireyin gördüğü zararların giderilmesini sağlayacak, onun haklarını etkin bir şekilde koruyacak bütün devletler açısından caydırıcı bir yol bulunmamaktadır. Ayrıca her birey, zararının giderilmesi için uluslararası mahkemelere veya diğer birimlere doğrudan bireysel başvuru yapma hakkına da sahip değildir. Bu nedenle uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metnin resmi halini alıp uygulamaya girmesi özellikle 33. maddenin 2. paragrafı dikkate alındığında Uluslararası Hukuk bakımından çeşitli etkileri de beraberinde getirecektir. Bu antlaşmayı imzalayıp usulüne göre yürürlüğe sokan devletler, artık bireyin haklarının korunmasının kendi çıkarlarının korunmasından daha önemli olduğunu teyit etmelerinin yanı sıra, birey bir zarara uğradığı zaman bu zararın giderilmesinin bireyin hak ve çıkarlarının korunması adına yerine getirilmesi

⁴²¹ ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries*, s. 95.

gerektiğini de kabul etmiş olacaklardır. Yani devlet öncelikle bireyi korumayı garanti edecektir. Böylece uluslararası toplumun ortak çıkarları da korunmuş olacaktır.

Uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metnin 48. maddesi de uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunmasından bahsetmektedir. Bu durumda zarar gören devlet dışındaki devletlerin de, Uluslararası Hukuka aykırı eylem neticesinde meydana gelen sonuçların ortadan kaldırılması için hareket edebilecekleri yer almaktadır. Bu madde *erga omnes* yükümlülüklerle uyulmasını daha etkin bir şekilde sağlamayı hedeflemektedir. Dolayısıyla insan haklarının korunmasına yönelik uluslararası yükümlülüklerin *erga omnes* niteliği de dikkate alındığında, Uluslararası Hukuk komisyonunun bireyin uğradığı zararlardan dolayı, sadece bireyin veya vatandaşlığında olduğu devletin değil, aynı zamanda bütün uluslararası toplumun zarar gördüğünü ve ortak çıkarın korunması adına diğer devletlerin de hareket edebileceği sonucuna ulaşılmasını sağlamaktadır.⁴²² Taslak 48. maddenin yorum kısmındaysa bu tarz bir iddianın ileri sürülmesinde bölgesel insan hakları koruma sistemlerine atıfta bulunmaktadır. Zira çoğu Avrupa sisteminde rastlanmak üzere Amerikan ve Afrika insan haklarını koruma sistemlerinde de, insan hakları ihlallerinden dolayı, devletlerin birbirlerine yönelik iddialarda bulunduklarına; ancak evrensel uluslararası sözleşmelere dayanarak böylesi bir yolun işletilmediğine şahit olunmaktadır. Taslak madde bu somut durumdan hareketle olsa gerek, söz konusu uyuşmazlıklarla ilgili yalnızca bölgesel insan hakları sistemleri ekseninde yorumlanmıştır. Ancak evrensel insan hakları sözleşmeleri tarafından oluşturulan evrensel sistem nedeniyle de bu yolun işletilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.⁴²³ Bu

⁴²² Bkz. Matthew CRAVEN, “For the ‘Common Good’: Rights and Interests in the Law of State Responsibility”, in *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Editörler Malgosia FITZMAURICE ve Dan SAROOSHI, The Clifford Chance Lectures Volume 7, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, s. 126.

⁴²³ Geir ULFSTEIN, “Human Rights, State Complaints”, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law,

hususla da ayrıca yer verilmesi, insan haklarının korunması yükümlülüğünün *erga omnes* niteliğine daha uygun düşecektir. Aksi takdirde hem uluslararası toplumun tamamının ortak çıkarlarının korunmasından bahsedilecek, hem de bu çıkarlar insan haklarının korunması açısından standartları birbirlerinden oldukça farklı bölgesel sistemlerle gerçekleştirilmeye çalışılacaktır. Söz konusu şartlar, bireyin korunmasının dünyadaki bütün devletler için mi yoksa belirli bir grup devlet için mi ortak çıkar sağladığı çelişisini de beraberinde getirecektir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun uluslararası sorumluluğa ilişkin maddeleri, tüm sorunlara tam anlamıyla bir çözüm bulabilmiş değildir. Özellikle insan hakları alanındaki gelişmeler kendine has niteliklere sahiptir ve devletin bireye karşı sorumluluğu bu alan çerçevesinde düzenlenmeye çalışılmaktadır. Bununla beraber, taslak metinde bireye yönelik Uluslararası Hukuka aykırı eylemler neticesinde devletin uluslararası sorumluluğunun doğacağını ifade edilmesi ve bu hususu düzenleyen 33. maddenin yorumunda açıkça insan hakları antlaşmalarından bahsedilerek, bu antlaşmalara dayanarak bireylerin uluslararası mahkemelere, bireysel başvuru haklarını kullanarak, varolan aykırılıkları götürebilecekleri hususu üzerinde durulması yerinde olmuştur.⁴²⁴ Böylece bölgesel ve evrensel hukuk yolları çerçevesinde bireyin devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürebilmesi imkanının yaygınlaştırılması söz konusu olabilecektir. Bununla beraber, bu prensip kabul edildikten sonra bütün bireylerin kullanabileceği hukuk yollarının neler olacağına dair söz konusu taslak metinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Olası bir sorun şimdilik, varolan insan haklarının korunması sistemleri ve diplomatik koruma yoluyla çözüme kavuşturulabilecektir.

Devletler, meydana gelen zararı sadece bireyin korunması adına giderme ve onun fayda sağlaması için hareket etme yükümlülüklerini

Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi March 2008, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 10.

⁴²⁴ TRINDADE, **a.g.m.** (2006), s. 104.

üstlenmektedirler. Zira klasik anlamıyla diplomatik koruma, bireyin vatandaşlığında olduğu devletin kendi zararını gidermesi için başvurduğu bir Uluslararası Hukuk yoluken, artık bu yolun da bireyin zararının giderilmesi için işletilmesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Vatandaşına yönelik Uluslararası Hukuka aykırı davranışıyla onun zarar görmesine neden olan devletin uluslararası sorumluluğunu ileri süren devlet, vatandaşı adına onun çıkarlarını korumak zorunluluğu içinde olmaktadır. Hem insan hakları hukukunun hem de uluslararası sorumluluk hukukunun gelişimi bu sonucun kaçınılmaz olduğunu göstermektedir.

3. Bireyin Haklarının Korunması Yükümlülüğünün Özel Niteliği ve Etkileri

Uluslararası sorumluluk kurumunun nihai amacı ve hedefi uluslararası sorumluluğa neden olan davranış neticesinde meydana gelen zararın giderilmesidir.⁴²⁵ Yani devletin, davranışlarının bir sonucunun olacağına, haksız bir kazanımın olamayacağına bilincinde olması sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu durum insan hakları hukuku açısından da geçerlidir. Devletin davranışlarıyla bireye vermiş olduğu zararı gidermesi gerekmektedir. Bireye verilen bu zararın giderilmesi de Uluslararası Hukukun özel bir alanı olarak insan hakları hukukunun öngördüğü şekilde gerçekleştirilebilir. Bununla beraber adı geçen alanın uluslararası sorumluluk kurumuna başvurulması durumunda da özel bazı sonuçlar doğuracağı göz ardı edilemez.

Uluslararası sorumluluğa neden olan davranışlarda bulunan devlet, bireyin uğradığı zararı gidermek zorundadır. Devletin bu zararın giderilmemesine yönelik göstereceği nedenler dikkate alınmamalıdır. İnsan haklarının korunmasına yönelik kurallar *lex specialis* nitelik taşırlar ve bu kuralların düzenlediği hakların ihlal edilmesi nedeniyle meydana gelen

⁴²⁵ F. V. GARCIA-AMADOR, Louis B. SOHN ve R. R. BAXTER, **Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens**, Dobbs Ferry-New York, Oceana Publications, 1974, s. 9.

zararların giderilmesi de *lex specialistir*. Bu hakların ihlali nedeniyle birey zarara uğradığında, zarar veren devletin sorumluluğu bireye karşıdır.⁴²⁶

İnsan haklarının korunmasına yönelik yükümlülüklerin *erga omnes* nitelik taşıması itibariyle de uluslararası sorumluluk kurumu, bu hakların korunması bakımından kritik bir rol oynamaktadır. Zira insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların objektif nitelik taşıdığıının ifade edilmesi veya insan haklarının korunmasına yönelik uluslararası yükümlülüklerin *erga omnes* olduğunun belirtilmesi, bireyin haklarının ve uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunması açısından yeterli değildir.

Bu durum, üçüncü devletler açısından da birtakım hak ve yükümlülükler doğurmakta, bütün devletlere insan haklarının etkin korunmasının sağlanması için üzerine düşenleri yerine getirme ödevini yüklemektedir.⁴²⁷ Ancak *erga omnes* yükümlülükler bulunduğu dair bir düşünce ortaya konmakla beraber, adı geçen yükümlülüklerin kapsamına ve uygulanmasına yönelik bir içerik getirilmemektedir.⁴²⁸ Uluslararası sorumluluk kurumu bu noktada, insan haklarının korunmasına yönelik evrensel ve bölgesel düzenlemelerin, amaçlarına uygun bir şekilde etkilerini doğurabilmeleri için, zorlayıcı bir yöntem olacaktır. Devletler, insan haklarının korunması hususunda üzerlerine düşenleri yapmadıkları zaman, bu davranışlarının bir sonucu olacağının bilinciyle, insan hakları hukukunun objektif niteliğine uygun bir şekilde hareket etmeye çalışacaklardır. Devletin sorumluluğunun ileri sürülemediği bir Uluslararası Hukuk sisteminin, uluslararası toplumun ortak çıkarlarını korumaktan çok uzak kalacağı aşikardır.

Bu noktada insan hakları hukuku açısından devletin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, devletin sorumluluğunu doğuran davranışı uluslararası

⁴²⁶ VANNESTE, a.g.e., s. 508.

⁴²⁷ MERON, a.g.e., s. 265.

⁴²⁸ SIMMA, a.g.m. (1995), s. 232.

toplumun ortak çıkarları adına ileri sürülebilen bir durumu ortaya çıkarmış olmalıdır.⁴²⁹

Devletin insan haklarının korunmasına dair bir uluslararası hususta uluslararası sorumluluğunun doğması için aranan koşullar ile klasik anlamda uluslararası sorumluluğun doğması için aranan koşullar genel olarak aynıdır; fakat insan hakları bakımından uluslararası sorumluluğun doğmasında özel bazı nitelikler daha aranmaktadır. Bunun dışında sorumluluğun ileri sürülebilmesi ve zararın giderilmesi talepleri bakımından da bazı istisnai kurallara yer verilmektedir.

Bireyin korunması bakımından, devletin sorumluluğuyla ilgili oluşturulan bu özel sistem, uluslararası sorumlulukla ilgili genel kurallardan bağımsız değildir. İnsan haklarına ilişkin yükümlülükler, Uluslararası Hukuk kuralları çerçevesinde hayat bulmakta; insan haklarına ilişkin bölgesel veya evrensel uluslararası antlaşmalar uluslararası antlaşmaların yapılmasına ilişkin genel kurallar çerçevesinde oluşturulmakta ve uygulamadan kaynaklanabilecek sorunlar insan haklarının korunmasına yönelik özel mekanizmalar dışında klasik Uluslararası Hukuk kurumları tarafından giderilmektedir.

İnsan hakları hukuku, belki objektif, mütekabiliyet esasına dayanmayan bir nitelik taşımaktadır; fakat insan haklarının korunmasına yönelik Uluslararası Hukuk yollarıyla çözüme ulaşılamadığı takdirde, zarar verdiği iddia edilen devletin uluslararası sorumluluğu ancak geleneksel Uluslararası Hukuk yollarıyla ileri sürülebilmektedir. Bunların en önemlilerinden birisi de diplomatik koruma kurumudur. Diplomatik korumaya ilişkin taslak metin bu açıdan yeterli hale getirilmemiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun amacı diplomatik korumanın insan hakları açısından uygulanma alanını genişletmeye yöneliktir; çünkü diplomatik koruma bireyin haklarının korunabilmesi için devletin uluslararası sorumluluğunun ileri

⁴²⁹ CASSESE, a.g.e. (2001), s. 200, 201.

sürülebilmesi bakımından göz ardı edilmemesi gereken bir yöntemdir.⁴³⁰ Uluslararası sorumluluk ve insan haklarının korunmasına yönelik yollar tek başlarına yabancının gördüğü zararların giderilmesini sağlamak için yeterli değildir, bu nedenle modern Uluslararası Hukukun insan hakları alanında tanıdığı haklar ve yollar dikkate alınarak diplomatik koruma yolunun daha etkin bir şekilde kullanılması gerekmektedir.⁴³¹

Uluslararası sorumluluğa ve diplomatik korumaya ilişkin taslak metinlerde, insan hakları hukukunun amaçları üzerinde sıkça durulmuştur. Ancak atılan olumlu adımlara rağmen, diplomatik koruma ve insan hakları hukuku tam anlamıyla bir arada uygulanabilir bir hale getirilememiştir. Devletin insan hakları hukukundan kaynaklanmayan uluslararası yükümlülüklerine aykırı davranışları neticesinde ortaya çıkan uluslararası sorumluluğu, bireye ve dolayısıyla uluslararası toplumun çıkarlarına karşı olan sorumluluğundan farklı yönler içermektedir. Zira uluslararası insan hakları hukuku bireyin haklarını korumayı amaçlayan niteliğinden de anlaşıldığı üzere, klasik uluslararası sorumluluğun bir parçası olarak oluşmamış, sadece uluslararası sorumluluk kurumunun kapsamını genişletmiş ve bu iki kurumun uyumlaştırılması ihtiyacını doğurmuştur.⁴³² Bu nedenle olumlu gelişmelerle ve düzenlemelerle karşılaşmakla beraber, bireyin haklarının korunmasına yönelik yükümlülüklerin *erga omnes* niteliğini ortaya çıkaran ve bu yükümlülüğün amaçlarına uygun bir içerik oluşturan uluslararası sorumluluk daha işlevsel olacaktır.

⁴³⁰ Alain PELLET, “ ‘Human Rightism’ and International Law”, The Italian Yearbook of International Law, Vol. 10, Editörler Benedetto CONFORTI ve Riccardo PAVONI, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, s. 10.

⁴³¹ ROSENNE, a.g.e. (2004), s. 394.

⁴³² Bkz. Malcolm D. EVANS, “State Responsibility and the European Convention on Human Rights”, in *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Editörler Malgosia FITZMAURICE ve Dan SAROOSHI, The Clifford Chance Lectures Volume 7, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, s. 148.

4. Devletin Bireye Karşı Olan Sorumluluğunun Yer Bakımından Uygulanması ve Sorumluluğun İleri Sürülmesinde Ulusal ve Uluslararası Hukuk Yolları Sorunu

Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu'nun (ICISS) 2001 tarihli raporu devletin bireyin korunmasına yönelik uluslararası sorumluluğuna farklı bir boyut getirmektedir. Adı geçen rapor⁴³³, devletin uluslararası sorumluluğunu, devlet egemenliğinin ve insan hakları hukukunun değişen anlamları ve bu alanlarda yaşanan yeni gelişmeler ışığında ele almaktadır. Bu durum da insan hakları hukukuna öncelik verilmesi gerekliliğini bir kez daha göz önüne sermektedir.

Söz konusu rapor uyarınca devletin egemenliği aynı zamanda onun sorumluluğu olarak görülmekte, artık devletin, egemenliğini yalnızca kendi çıkarı için değil, öncelikle bireyin haklarının korunması açısından kullanması gerektiği, bunu gerçekleştiremediği takdirde uluslararası sorumluluğundan bahsedilebileceği sonucuna varılmaktadır.⁴³⁴ Buna göre devlet, öncelikle bireyin haklarına saygı duyma yükümlülüğünü dikkatle ele almalı, bu yükümlülüğün olası insan hakları ihlallerini önlemekle eş anlamlı olduğunun bilincinde olmalıdır. Bu yükümlülüğe aykırı bir sonuç meydana gelmesi durumunda da, devlet, eğer ihlal kendi egemen yetki alanında gerçekleşmişse, zararı gidermeli; bir başka devletin egemenliği altında

⁴³³ Bu rapor “koruma yükümlülüğü doktrini oluşturmuş” ve adı geçen doktrin daha sonra 2005 yılında devlet ve hükümet başkanları seviyesinde toplanan Dünya Zirvesi’nin sonuç belgesinde de ifade edilmiş yalnız uygulama alanı belirli konularla sınırlandırılmıştır. Bu belge koruma yükümlülüğünü, soykırımdan, etnik temizlikten, savaş suçlarından ve insanlığa karşı suçlardan koruma şeklinde tahdidi bir belirlemede bulunmuş ve gereken durumlarda uluslararası toplumun parçası olan devletlerin askeri müdahalede bulunma hakkı ve hatta zorunluluğu olduğunu ifade etmiştir. (Detaylı bilgi için bkz. Ingo WINKELMANN, “**Responsibility to Protect**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi July 2006, son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 13.) Burada yalnızca 2001 tarihli raporun devletin sorumluluğunu ve uluslararası toplumun her bir üyesi devletin ortak çıkarları koruma adına sahip olduğu haklarını, insan haklarının korunması çerçevesinde, ne şekilde ele aldığı üzerinde durulmuştur.

⁴³⁴ Detaylı bilgi için bkz. ICISS, **The Responsibility to Protect**, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, Ottawa, International Development Research Centre, December 2001, s. 11 – 44.

meydana gelen benzer ihlallere karşı da tepkisini ortaya koymalıdır.⁴³⁵ Böylece devlet uluslararası toplumun ortak çıkarlarına uygun bir davranışta bulunmuş ve üzerine düşeni yapmış olacaktır. Aksi takdirde egemen yetkilerini uluslararası toplumun ortak çıkarlarına uygun olmayan bir şekilde kullandığı için de devletin sorumluluğundan bahsedilecektir.

Bu noktada devletlerin birbirlerinin iç işlerine müdahale etmeme yükümlülüğünün de sınırlanmasıyla karşılaşılmaktadır. Zira uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranan devletler, bu aykırılığı çoğu zaman iç hukuklarında gerçekleştirirler. Bireye zarar veren Uluslararası Hukuka aykırı eylemlerin, uluslararası toplumun ortak çıkarlarına zarar verdiği iddiasıyla hareket eden diğer devletler, aynı zamanda zarar veren devletin iç işleyişine dair bir hususta söz hakkına sahip olurlar. Yalnız bu husus çok hassas bir aşamayı da oluşturmaktadır, zira insan hakları hukukuna dair aykırılıklar bahane edilerek, zarar veren devletin iç işlerine Uluslararası Hukuka aykırı bir şekilde müdahale de edilmemelidir.⁴³⁶ Tam olarak hangi hususların bu tarz bir yetkiyi tanıdığı veya hangi konuların uluslararası insan hakları hukukuna ilişkin olduğuna dair bir kesinlik yoktur. Söz konusu saptamalar yapılırken çok dikkatli olunmalı ve amacını aşan uygulamaların ortaya çıkması da engellenmelidir.

Bu bakımdan birey, devletin davranışları nedeniyle meydana gelen zararların giderilmesi için ulusal ve uluslararası alanda devletin sorumluluğunu ileri sürebilmelidir. Yani devletin bireye karşı yalnızca iç hukuk düzeninden kaynaklanan sorumluluğu değil, aynı zamanda uluslararası sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Bu bakımdan devletin iç hukukunda bireye verdiği zararları giderme yükümlülüğü, aynı zamanda

⁴³⁵ Bkz. Emma MCCLEAN, “The Responsibility to Protect: The Role of International Human Rights Law”, Journal of Conflict and Security Law, Vol.13(1), 2008, s. 143 – 150.

⁴³⁶ Dominic MCGOLDRICK, “The Principle of Non-Intervention: Human Rights”, in *The United Nations and the Principles of International Law – Essays in Memory of Michael Akehurst*, Editörler Colin WARBRICK ve Vaughan LOWE, London – New York, Routledge, 1994, s. 94.

onun uluslararası sorumluluğunu ortaya koymaktadır.⁴³⁷ Genel kabul, devletin egemenliğinin iki boyutunun olduğu yönündedir. Buna göre devletin kendi ülkesi içerisinde münhasıran kullandığı yetkileri iç egemenliktir ve bu yetkiler ancak kendisi tarafından sınırlandırılabilir. Devletin bireye tanıyacağı haklar ve kendisini onun karşısında sınırlandırması ve ona karşı sorumlu olması tamamen bir iç hukuk sorunudur. Devletin dış egemenliği ise diğer devletlere karşı bağımsızlığının bir sembolüdür ve bu egemenliği de ancak kendisinin kabul ettiği uluslararası normlarla sınırlandırılabilir. İnsan hakları hukuku söz konusu olduğunda ise, bu şekilde yapılan bir egemenlik ayrımı çok da anlamlı olmamaktadır. Zira egemenliğin kabul edilen bu klasik ayrımı bireyin Uluslararası Hukukta hak ve yükümlülüklerle sahip olamadığı dönemlerde yapılmıştır. Uluslararası Hukuk sadece devletin ilişkilerini düzenlemekteydi. Bununla beraber artık devlet, tarafı olduğu uluslararası antlaşmalarla veya Uluslararası Hukukun diğer kaynaklarıyla, bireyin Uluslararası Hukukta korunması yükümlülüğünü üstlenmiştir. Birey sahip olduğu haklarını devletin belirlediği bir statüden, bu hakların Uluslararası Hukuk tarafından belirlendiği bir statüye geçiş yapmıştır. Bu aşamada iç egemenlik – dış egemenlik ayrımı anlamını yitirmiş, devletin bireye karşı olan sorumluluğu onun bir iç sorunu olmaktan çıkmıştır. Artık devlet bireyin haklarına yönelik davranışlarından dolayı uluslararası sorumluluk taşımaktadır. Kendi iç hukuk yolları çerçevesinde zararın giderilmesini sağlaması da, uluslararası sorumluluğunun bir sonucudur. Aksi yönde davranışı, zarar veren devletin uluslararası topluma karşı sorumluluğunu doğuracaktır.

Uluslararası sorumluluk kurumu büyük bir aşama kaydetmekle beraber, uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metin halen bütün beklentileri karşılayacak bir nitelik kazanamamıştır. Özellikle insan hakları hukuku, Uluslararası Hukuk içerisinde özel bir yere sahip olduğu için, daha farklı bir şekilde ele alınmakta, yorumlanmakta ve uygulanmaktadır. Adı geçen

⁴³⁷ Bkz. Riccardo Pisillo MAZZESCHI, “Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview”, Journal of International Criminal Justice, Vol. 1, 2003, s. 342 – 346.

Uluslararası Hukuk disiplininin kendine has kuralları ve ilkeleri vardır. Henüz Uluslararası Hukukun bütün kurumları ve kuralları insan hakları hukukuyla uyumlu hale getirilememiştir.⁴³⁸ Bu nedenle varolan Uluslararası Hukuk kuralları açısından devletin bireye karşı uluslararası sorumluluğunun genel kurallara göre çözümlenmesi pek de mümkün görünmemektedir.

Birey, kendisine davranışlarıyla zarar veren devlete karşı onun uluslararası sorumluluğunu ancak uluslararası insan hakları hukukunun öngördüğü çerçevede ileri sürebilecektir. Bunun dışında böylesi bir hakka sahip olamayan yabancı bireyin gördüğü zararların giderilmesi için işletilebilecek Uluslararası Hukuk yolu, diplomatik koruma olacaktır.

Sorun, gelişen insan hakları hukukunun etkilerinin tam olarak bütün Uluslararası Hukuk kurumlarına yansıtılmasının henüz sağlanamamış olmasıdır. Özellikle uluslararası sorumluluğun ileri sürülmesi bakımından, bireyin yabancı bir devlet tarafından zarara uğratıldığında ne şekilde korunacağı halen netlik kazanmamıştır.⁴³⁹ Zaten uluslararası sorumluluk kurumuyla yakın ilişkisi göz önünde tutularak, diplomatik korumaya özel bir önem verilmesi ve diplomatik korumanın modern Uluslararası Hukukun gereklerine uygun hale getirilmeye çalışılması da bu eksikliğin giderilmesi çabasını göz önüne sermektedir.

Uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metnin 44. maddesinin yorumunda, vatandaşlık bağına dayanılarak uluslararası sorumluluğun ileri sürülmesinde diplomatik korumaya ilişkin kuralların ön planda tutulacağı ifade edilmiştir. Buna dayanarak da, taslak metnin 48. maddesine dayanarak bir devletin zarar gören bireyin bu zararını gidermesi hususunun, diplomatik korumayla sınırlandırıldığı görülmektedir. Yani taslak metin, uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunması adına da olsa, vatandaşlık bağına dayanarak zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunun ileri sürülmesini, bireyin zararının vatandaşlığında olmadığı bir devlet tarafından

⁴³⁸ MCCORQUODALE, *a.g.m.*, s. 254.

⁴³⁹ AMERASINGHE, *a.g.e.* (1967), s. 4.

giderilmesi durumuna göre mantık olarak öncelikle uygulanır görmüştür.⁴⁴⁰ Yalnız diplomatik koruma kurumuna insan haklarının korunması bakımından yer verilmemiş olması burada bir çelişki yaratmaktadır. Zira yabancı bir devlet uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunması için bireyin uğradığı zararın birey adına giderilmesine yardımcı olurken, diplomatik koruma yolunun insan hakları hukukunun amaçları göz ardı edilerek klasik anlamda uygulanması devletin uğradığı zararın giderilmesi amacını taşıyacak, bireyin haklarının dolayısıyla, uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunması hedefi bir kenara bırakılarak, bireyin korunmasına yönelik yükümlülüklerle aykırı bir şekilde hareket edilmiş olacaktır.

Diplomatik koruma yolunun bir insan haklarını koruma mekanizması olarak işletilememesi durumunda, uluslararası toplumun ortak çıkarlarına aykırı sonuçlar meydana gelebilir. Dolayısıyla öncelikle bireyin korunması yönündeki yükümlülüğe uygun olarak, uluslararası sorumluluğa ilişkin kurallar, insan hakları hukukunun amaçlarına uygun hale getirilmeli ve aynı paralelde diplomatik koruma bireyin görmüş olduğu zararlar nedeniyle, zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunun ileri sürülmesinde bir insan haklarını koruma mekanizması olarak uygulanmalıdır.

⁴⁴⁰Iain SCOOBIE, “The Invocation of Responsibility for the Breach of ‘Obligations under Peremptory Norms of General International Law’”, *European Journal of International Law*, Vol. 13(5), 2002, s. 1215.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DİPLOMATİK KORUMANIN İNSANCILLAŞMASI

Uluslararası insan hakları hukuku, Uluslararası Hukukun klasik yapısında büyük değişiklikler doğurmaktadır. Varolan Uluslararası Hukuk kurumlarının insan hakları hukukuyla uyumlu bir şekilde uygulanmasına çaba gösterilmektedir. Bu kurumlardan birisi de diplomatik korumadır.

Klasik anlamıyla diplomatik koruma, birinci bölümde detaylı bir biçimde ele alındığı üzere devletin bir hakkı olarak görülmektedir. Buna göre bireyin görmüş olduğu zarar, onun vatandaşlığında olduğu devletin zararı olarak kabul edilmektedir. Söz konusu devlet de, davranışlarıyla vatandaşına zarar verdiğini iddia ettiği diğer bir devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürme hakkına sahip olmaktadır. Devlet, bu hakkını dilerse kullanmakta, dilerse o devletle olan uluslararası ilişkilerinin bozulması riskini almak istemeyerek bireyin gördüğü zararı görmezden gelebilmektedir.

Diplomatik korumanın bu klasik yapısının yanında insan hakları hukukunun gelişimi, bireyi uluslararasılaştırmaktadır. İnsan hakları hukuku, bireyin Uluslararası Hukukta özel bir yer edinmesini sağlamaktadır. İnsan hakları hukukunun amacı ikinci bölümde açıklandığı üzere bireyin varolan haklarının uluslararası toplumun ortak çıkarlarının sağlanması adına korunmasıdır. Devlet, bireyin varolan haklarına saygı duymak ve bir zarar meydana geldiği zaman, bu zararın giderilmesi için gerekenleri yapmakla yükümlüdür. Bu aşamada uluslararası sorumluluğunun doğmasına neden olan davranışıyla bireye zarar veren devlet bu zararı gidermek zorundadır. Aynı devlet, birey başka bir devlet tarafından zarara uğratıldığında, o devleti bireyin çıkarlarının korunması adına Uluslararası Hukukun gereklerine uygun davranmaya zorlamalıdır. Hatta insan hakları hukuku bu yükümlülüğü zaman zaman uluslararası toplumun tamamına yüklemektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu da uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metninin daha önce bahsedilen ilgili maddelerinde, bireye yönelik Uluslararası Hukuka

aykırı bir davranış neticesinde, bu aykırılığı ve onun sonuçlarını gidermenin bütün devletler açısından bir yükümlülük olduğunu ifade etmiştir.

İşte bu noktada diplomatik koruma, klasik yapısıyla insan hakları hukukunun amaçlarına uygun olmayan bir görünüme sahiptir. Söz konusu Uluslararası Hukuk kurumu, modern Uluslararası Hukukun gerekleriyle örtüşmemektedir. Uluslararası Hukuk, artık her bir devlete, vatandaşı olsun ya da olmasın bireyin sahip olduğu hakları koruma yükümlülüğünü getirmektedir. Uluslararası Hukukun öngördüğü bu yükümlülüğe rağmen diplomatik koruma kavramı bireyin uğradığı zarardan dolayı devletin çıkarlarını ön planda tutan bir görüntüye ve içeriğe sahiptir.

Diplomatik korumanın geleneksel yapısı da bu açılardan gözden geçirilmektedir. Özellikle Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun anılan kavramla ilgili taslak metni insan hakları hukukunun amaçları ve gereklerine ilişkin pek çok izler taşımaktadır. Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin mültecilerin ve vatansızların korunmasını amaçlayan 8. maddesi, şirket hissedarlarının daha etkin bir şekilde korunmasına yönelik 11. ve 12. maddeleri ile devletin diplomatik koruma yolunu işlettikten sonra elde ettiği sonuçları zarar gören vatandaşına yansıtması gerektiğini belirten 19. maddesi bu açıdan dikkat çeken maddelerdir.

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metin ve insan hakları hukukunun amaçları, diplomatik koruma kavramının pek çok açıdan sorgulanması zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Her şeyden önce diplomatik koruma yolunu işletmenin devlet açısından halen bir hak mı olduğu sorgulanmalıdır. Zira insan hakları hukukunun gelişimi uluslararası toplumun parçası olan devletlere vatandaşı olmasa dahi bireyin uğradığı zararların giderilmesi yükümlülüğünü getirmektedir. Bu durumda, diplomatik koruma yolunu işleten devletin halen bir hakkını mı kullandığı ve söz konusu Uluslararası Hukuk kurumunun bireyin korunması yükümlülüğüne bir istisna mı getirdiği sorusuyla karşılaşılmaktadır. Devletlere uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunması adına getirilen bireyi koruma yükümlülüğü

çerçevesinde, diplomatik koruma kurumunun da devletlere evleviyetle kendi vatandaşını koruma yükümlülüğünü mü getirdiği sorusu ise diplomatik koruma kavramının insan hakları hukuku bakımından değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Bireyin hakları ile devletin hak ve yükümlülükleri arasındaki dengenin ortaya konması diplomatik korumanın uygulanması bakımından önem taşımaktadır.

Uluslararası Hukuk, devletin çıkarlarının yanı sıra diğer Uluslararası Hukuk kişileri ve bireylerin de çıkarlarını korumaktadır.⁴⁴¹ Dolayısıyla diplomatik koruma bakımından yalnızca zarar veren ve zarar gören devletlerin çıkarları değil, bireyin çıkarlarının da korunması gerekir. Hatta öncelikli amacın, bireyin çıkarlarının korunması olduğu modern Uluslararası Hukuk bakımından açıktır. Böylece hem zarar gören bireyin zararının giderilmesiyle bireyin hakları korunmuş olacak, hem vatandaşın gördüğü zarar nedeniyle zarara uğradığı kabul edilen devletin, vatandaşının zararının giderilmesi neticesinde zararı giderilecek, hem de uluslararası toplumun ortak çıkarları korunmuş olacaktır.

Uluslararası Hukukta devletin çıkarları bireyin çıkarlarının üzerinde değildir. Aynı şekilde bireyin çıkarları da devletin çıkarlarının üzerinde değildir. Bireyin modern Uluslararası Hukuk bakımından sahip olduğu haklarını elde etmesi yakın geçmişte gerçekleşmiştir. Dolayısıyla bireyin korunması düşüncesi, onu devletin üzerinde bir konuma getirmez. Bununla beraber insan hakları, devletin varolan bazı haklarının sınırlandırılmasına neden olur. Bu durum bir çıkarın diğerine üstünlüğünü sağlama yönündeki bir çatışma değil, bireyin sahip olduğu hakların Uluslararası Hukuk bakımından güvence altına alınıp korunarak, her iki çıkar arasında bir denge sağlanması çabasıdır.

Uluslararası insan hakları hukukunun gelişimi, Uluslararası Hukuk kurumlarının, bireyin korunması bakımından yeniden yorumlanması

⁴⁴¹ AMERASINGHE, a.g.e. (2008), s. 66.

zorunluluğunu getirmektedir. Diplomatik koruma kurumunun da bu nedenle insan hakları hukukunun amaçlarına uygun biçimde ele alınmasının gerekliliği ortadadır. Zira diplomatik koruma, Uluslararası Hukukun en eski ve en temel kurumlarından birisidir ve içeriğine ilişkin yapılacak birkaç değişiklikle, bireyin haklarının korunması bakımından kullanılabilecek etkin bir araç haline getirilebilecektir. Bu sebeple söz konusu kavram modern Uluslararası Hukukun, uluslararası toplumun ortak çıkarlarını koruma hedefi doğrultusunda ele alınması ve insan hakları hukukunun amaçlarına uygun bir niteliğe kavuşturulması gerekmektedir.

I. ZARAR GÖREN BİREY VE ONUN VATANDAŞLIĞINDA OLDUĞU DEVLET AÇISINDAN DİPLOMATİK KORUMA

Geleneksel anlamıyla Uluslararası Hukuk devletin çıkarlarını ön planda tutar. Uluslararası Hukuk kaynakları, devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerinin belirli bir düzen içerisinde yürümesinin, uluslararası toplumun huzuru açısından yeterli olacağını düşünmüşlerdir. İkinci dünya savaşından sonra bireyin Uluslararası Hukuktaki öneminin artmasıyla devletler kendi aralarındaki çıkar ilişkileri çerçevesinde oluşturulan Uluslararası Hukuk düzeninin yeterli olmadığını anlamışlardır. Böylece devletler, ancak bireyin korunmasıyla uluslararası toplumun çıkarlarının korunmasının mümkün olabileceğini kabul etmeye başlamışlardır.

Devletin kendi vatandaşını koruma yükümlülüğü, insan hakları hukukunun, bir Uluslararası Hukuk dalı olarak ortaya çıkmasından önce de kabul edilmekteydi. Milletlerarası Daimi Adalet Divanı, bireyin, bir devletin gerçekleştirmiş olduğu davranışları sonucu uğradığı zararlarını zarar veren devletin iç hukuk yollarıyla giderilmesini sağlayamadığı durumlarda, bireyin vatandaşlığında olduğu devletin, söz konusu bireyi korumakla yükümlü olduğunu ifade etmiştir. Divan aynı zamanda devletin, bu zararın giderilmesi için hareket ederken aslında kendi hakkını ileri sürdüğünü belirtmiştir.⁴⁴²

⁴⁴² The Mavrommatis Palestine Concessions, s. 12.

Divan daha sonra başka bir kararında diplomatik korumanın devlete tanınan bir hak olduğunu ifade etmiştir. Buna göre devlet, Uluslararası Hukuka uygun davranılmasını sağlamak amacıyla zarara neden olduğunu iddia ettiği devlete karşı uluslararası bir takım iddiaları ileri sürebilecektir.⁴⁴³ Klasik Uluslararası Hukuk, diplomatik korumanın, birey nedeniyle zarar gören devlete kendi zararını gidermesi amacıyla tanınan bir hak olduğunu kabul etmiştir. Hatta modern Uluslararası Hukuk açısından da bu görüşün tersini savunmak ancak insan hakları hukukunun amaçları açısından yapılan değerlendirmelerle mümkün olmaktadır.

Bireyin haklarının korunması düşüncesi klasik Uluslararası Hukukta yer bulamamış ve diplomatik koruma açısından Mavrommatis davasında sözü edilen devletin vatandaşı olan bireyi koruma yükümlülüğüne diplomatik koruma açısından rastlanmamıştır. Bu anlayış yerini devletin çıkarlarının korunması yaklaşımına bırakmıştır. Bireyin uluslararasılaşmaya başlaması ve insan hakları hukukunun Uluslararası Hukukun özel bir dalı olarak kendini göstermesi anılan yaklaşımın eleştirilmesine ve diplomatik korumanın devlete mi yoksa bireye mi tanınan bir hak olduğunun sorgulanmasına neden olmaktadır.⁴⁴⁴ Diplomatik korumanın yalnızca devletlere yönelik bir Uluslararası Hukuk kurumu olarak kabulü de söz konusu kurumun devletin bir hakkı mı yoksa yükümlülüğü mü olduğunun tespitini gerektirmektedir.

İnsan hakları hukuku çerçevesinde birey, devlet tarafından haklarına saygı gösterilmesi ve korunması gereken bir varlıktır. Bu nedenle devlet, uluslararası alanda bireyin haklarını korumak zorundadır. Diplomatik koruma bakımından bu zorunluluğun ne şekilde dikkate alınması gerektiği ise belirsizdir. Zira ne doktrin ne de uluslararası yargı kararları bu soruna bir çözüm getirebilmiştir.

⁴⁴³ Bkz. *The Panevezys – Saldutiskis Railway Case*, s. 16.

⁴⁴⁴ Gerhard ERASMUS and Lyle DAVIDSON, “**Do South Africans have a Right to Diplomatic Protection**”, South African Yearbook of International Law, Vol. 25, 2000, s. 120.

1. Geleneksel Anlamıyla Diplomatik Koruma

Diplomatik korumanın içeriğine ilişkin açıklamalar yapılırken geleneksel anlamda diplomatik koruma kavramı bütün boyutları ile ele alındığı için aynı hususlar bu başlık altında incelenmeyecektir. Konunun bütünlüğü açısından, burada yalnızca diplomatik korumanın klasik Uluslararası Hukuk bakımından devlete tanınan bir hak olması ele alınacaktır. Buna göre devlet diplomatik koruma yolunu, vatandaşına verilen zararın kendisine verildiği iddiasıyla, Uluslararası Hukuk tarafından kabul edilen bir zararın giderilmesini sağlamak amacıyla işletmektedir. Bu açıdan bakıldığında adı geçen Uluslararası Hukuk kurumu devletin bir hakkı olarak görülmektedir. Devlet örneğin bir tazminat elde ettiği zaman, bunu vatandaşının zararlarını gidermek için kullanmak zorunda değildir. Bahsi geçen tazminatı bireye yansıtmak istediğinde de elde ettiği tazminatın tamamını vermek yükümlülüğü altında değildir. Bir başka ifadeyle devlet, diplomatik koruma yolunu işletme ve elde ettiği sonuçları ne şekilde değerlendireceği konusunda tamamen serbesttir.

Bununla beraber diplomatik korumanın klasik anlamıyla uygulanması modern Uluslararası Hukuk açısından pek çok sorunu beraberinde getirecektir. Her şeyden önce Uluslararası Hukuk tarafından koruma altına alınan birey, bu korumadan yoksun kalacaktır. Hatta devlet, diplomatik koruma aracılığıyla vatandaşına zarar veren devletin yarattığı onun uluslararası sorumluluğunu doğuran durumun sonuçlarını ortadan kaldırırken, kendisi, vatandaşının haklarını koruma hususunda insan hakları hukukunun getirdiği yükümlülükler bakımından kendisinin sorumluluğunun doğmasına yol açan bir başka durumun ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu ve buna benzer nedenlerle diplomatik korumanın geleneksel anlamıyla uygulanmasının Uluslararası Hukuka uygun olup olmadığının sorgulanması gerekmektedir.

2. Modern Uluslararası Hukuk ve Birey Açısından Diplomatik Koruma

Birey, uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunmasının sağlanması bakımından Uluslararası Hukuk kuralları çerçevesinde önemli bir yere sahiptir. Bu açıdan diplomatik koruma yolunun işletilmesine olanak tanıyan koşullar bir araya geldiği takdirde bireyin haklarının korunması gerekliliği bazı hususların çözüme kavuşturulmasını gerektirmektedir. Öncelikle diplomatik korumanın bireye tanınan bir hak olup olmadığı yanıtını bulmalıdır. Bu hususta belirlenecek yaklaşım hem diplomatik korumanın hem de onunla yakın ilişkili kavramların uygulanmasıyla ilgili konuların yeniden ele alınmasına neden olabilecektir. Bu nedenlerle diplomatik korumanın bir insan haklarını koruma mekanizması olup olmadığı, aynı şekilde insan haklarını korumaya yönelik oluşturulan yolların diplomatik korumanın kapsamına alınıp alınamayacağı konusu açıklığa kavuşturulması gereken noktalardır. Böylece insan hakları hukuk ile diplomatik koruma arasındaki ilişkinin boyutları belirlenmiş olacaktır.

2.1. Devletin Hakkı Olarak Diplomatik Koruma

Milletlerarası Daimi Adalet Divanı Mavrommatis davasında vardığı sonuçla hem bireyin korunması gerektiğini ifade etmiş, hem de diplomatik korumayı niteliği bakımından devlet merkezli bir Uluslararası Hukuk kurumu olarak görmüştür. Söz konusu yaklaşım uluslararası toplumda diplomatik korumanın devletin sahip olduğu bir hakkı olduğunun kabul edilmesi sonucunu da beraberinde getirmiştir.

Diplomatik koruma yolunu işletmenin devletin hakkı olması iki durumu ortaya koyar. Birincisi diplomatik koruma yolunu işletme hakkının zarar gören bireyin vatandaşlığında olduğu devlete tanınmış olmasıdır. İkincisi ise devletin diplomatik koruma yolunu işletirken tamamen kendine ait hakları koruma düşüncesine dayanarak hareket etmesidir. Birinci durum tek başına bir sorun yaratmaz. Hatta çok iyi oluşturulmuş bir teorisi olduğu için uygulamada olumlu yönleri bile görülebilir. Ancak sorun ikinci durum

açısından ortaya çıkmaktadır. Zira devlet bu durumda bireyin hak ve çıkarlarını görmezden gelerek tamamen kendine ait olan hakları korumaktadır. Bireyin hakları önemli değildir.⁴⁴⁵ Diplomatik korumanın modern Uluslararası Hukukun gereklerine uygun hale getirilmesi ihtiyacı da bahsedilen ikinci durumdan kaynaklanmaktadır.

Diplomatik koruma yolunu işletmenin devletin bir hakkı olarak görülmesi bazı tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Sonuçta birey, Uluslararası Hukukun kendisine sonuçlar bağladığı bir davranışa maruz kalarak zarara uğramaktadır ve bu zararın giderilmesi için zarar veren devlete karşı çaresiz kalabilmektedir. İşte bu çaresizliğin sonucu olarak birey, uğradığı zararın giderilmesini özellikle insan haklarının korunmasına yönelik yaklaşımların ortaya çıkmasından önce ancak kendi devletinden beklemekteydi. Bu durum yani bireyin, zararlarının giderilmesi için vatandaşlığında olduğu devlete bağımlı olması günümüzde de tamamen ortadan kalkmamıştır. Bununla beraber, devletin sahip olduğu diplomatik koruma hakkının, sadece işletmek bakımından değil her açıdan onun hakkı olarak görülmesi, devletin vatandaşını koruma yükümlülüğünün ikinci planda olduğu sonucunu doğurmaktadır. Bu bakımdan diplomatik korumanın yalnızca devletin çıkarlarının korunması adına uygulanmasının modern Uluslararası Hukuk düzenine aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden olması mümkündür.

Diplomatik koruma, devletlerin mütekabiliyet esasına dayalı ilişkilerinin neticesi olarak ortaya çıkmış bir Uluslararası Hukuk kurumudur. İnsan hakları hukuku ise devletlerin bir karşılık beklemeksizin, uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunması adına yükümlülükler üstlendikleri bir hukuk dalıdır. Bu sebeple diplomatik koruma, geleneksel anlamıyla mütekabiliyet ilkesi uyarınca bir devletin kendi çıkarlarını korumak için diğer bir devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürmesi şeklinde

⁴⁴⁵ Alain PELLET, “The Second Death of Euripide Mavrommatis? Notes on the International Law Commission’s Draft Articles on Diplomatic Protection”, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 7 (1), 2008, s. 35, 36.

uygulanmaktadır.⁴⁴⁶ Öte yandan insan hakları hukuku devletlere bireyin zararlarını ortadan kaldırıp onun hakkını koruma yükümlülüğünü getirmektedir. İşte modern Uluslararası Hukuk açısından diplomatik korumanın günümüzde dahi her bakımdan devletin bir hakkı olarak görülmesi, uygulamada çelişkilerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Devlet, diplomatik koruma yolunu kendisinin değil vatandaşı olan bireyin ihlal edilen bir hakkına dayanarak işletmektedir.⁴⁴⁷ Bu durumu ortaya koyan bazı hususlar bulunmaktadır. Bunlar esasında diplomatik koruma yolunu işletebilmek için aranan koşulların bir kısmıdır. Diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için aranan bu koşullar, diplomatik korumanın, devletin çıkarlarını korumayı amaçlayan geleneksel yapısıyla da uyumlu bir görüntü sergilememektedir.

Öncelikle devlet diplomatik koruma yolunu işletebilmek için vatandaşının, zarar veren devletin iç hukuk yollarını tüketmesini beklemek zorundadır.⁴⁴⁸ Birey, iç hukuk yollarını tüketmeyerek, vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletmesini engelleyebilir. Bu noktada hem bireyin gördüğü zararın diplomatik koruma yolunun işletilmesinin nedeni olması, hem de bu yolun işletilebilmesinin bireyin davranışlarıyla engellenebilme ihtimalinin bulunması, diplomatik korumanın devletin çıkarlarını korumak adına işletilen bir Uluslararası Hukuk kurumu olması anlayışına tezat sonuçlar doğurmaktadır.

Diplomatik koruma, devlet egemenliğinin sınırlandırılması konusuna çok temkinli yaklaşan klasik Uluslararası Hukukun oluşturduğu bir kavram olduğu için bu çelişkiyi barındırmaktadır.⁴⁴⁹ Zira geleneksel anlamıyla Uluslararası Hukuk bireye, onun uluslararası alanda devlete karşı sahip

⁴⁴⁶ Riccardo Pisillo MAZZESCHI, “Impact on the Law of Diplomatic Protection”, in **The Impact of Human Rights Law on General International Law**, Editörler Menno T. KAMMINGA ve Martin SCHEININ, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, s. 211.

⁴⁴⁷ Annemarieke VERMEER-KÜNZLİ, “As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection”, *European Journal of International Law*, Vol. 18(1), 2007/a, s. 38.

⁴⁴⁸ PELLET, **a.g.m. (2008)**, s. 37.

⁴⁴⁹ Bkz. ERASMUS, **a.g.m.**, s. 117.

olacağı haklar tanımaktan imtina etmiştir. Bununla beraber zarar veren devlet, bireyin iç hukuk yollarına başvurması durumunda onun zararını giderirse, bireyin vatandaşlığında olduğu devlet diplomatik koruma yolunu işletememektedir. Bu açıdan diplomatik korumanın bireyin hakkını değil de, devletin hakkını koruyor olmasını klasik Uluslararası Hukuk açısından bile temellendirebilmek çok zordur.

Diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için öncelikle bir devletin kendisinin uluslararası sorumluluğuna neden olan bir davranışla yabancı kişiye zarar vermesi gerekmektedir. Bu koşul insan haklarının korunması mekanizmalarının işletilebilmesi için de gerekli olan bir şarttır. Yani her iki Uluslararası Hukuk yolunun kullanılabilmesinin ön koşulu, bireyin, devletin uluslararası sorumluluğuna neden olan bir davranışıyla zarara uğramasıdır.⁴⁵⁰ Bununla birlikte her iki Uluslararası Hukuk kurumu birey açısından aynı hukuki sonuçları doğurmamaktadır. Birey bu Uluslararası Hukuk kurumlarından birisiyle korunurken, bir diğeriyle güvencesiz bırakılmaktadır. Aynı nedenler, farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bu çelişkinin diplomatik korumanın devletin çıkarlarını korumayı ön planda tutan geleneksel yapısı çerçevesinde giderilebilmesi olası görünmemektedir.

Diplomatik korumanın devletin hakkını koruyan bir Uluslararası Hukuk yolu olarak görülmesiyle ilgili tartışmalı konulardan birisi de vatandaşlığın sürekliliği ilkesidir. Devletin diplomatik koruma yolunu işletebilmesi için, istisnaları saklı olmakla birlikte, kural bireyin zararın meydana geldiği tarihle resmi iddianın ileri sürdüğü tarihler arasında kesintisiz bir şekilde o devletin vatandaşı olmasıdır.⁴⁵¹ Buradan çıkan sonuç da zararın meydana gelmesi anında veya zarar meydana geldikten sonra, bireyin vatandaşlığının sona ermesi durumunda artık söz konusu bireyin bu dönemlerde vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletemeyecek olmasıdır. Devlet,

⁴⁵⁰ Enrico MILANO, “Diplomatic Protection and Human Rights Before the International Court of Justice: Re-Fashioning Tradition?”, Netherlands Yearbook of International Law, Vol 19, 2004, s. 89.

⁴⁵¹ Bkz. PELLET, a.g.m.(2008), s. 37.

birey kendi vatandaşiyken meydana gelmiş olan ve kendisinin uğramış olduğu kabul edilen bir zararın giderilmesi hakkını kaybedecektir. Bu durumda devlet, kendisine ait olan bir çıkarı korumak adına sahip olduğu hakkı, bireyin tercihleri neticesinde kullanamamaktadır. İşletilmesi, bireye bu kadar bağlı olan bir Uluslararası Hukuk yolunun, devletin çıkarlarını korumak adına kullanılması sorgulanması gereken bir husustur.

Bireyin gördüğü zarar dolayısıyla devletin zarara uğradığı ve bu nedenle devletin diplomatik koruma yolunu işleterek kendi çıkarlarını koruduğu yönündeki karine, insan hakları hukuku karşısında anlamsız ve uygulanamaz hale gelmiştir.⁴⁵² Bu nedenle devletin diplomatik koruma yolunu işletirken kendi çıkarlarını korumak adına hareket etmesine rağmen, aslında insan hakları hukuku bakımından söz konusu zararın doğrudan bireyin çıkarlarının korunmasını gerektirdiği konusuyla yarattığı çelişkinin bütün yönleriyle ortaya konması gerekir.

Bu tutarsızlıklar, Uluslararası Hukuku salt devletlerin süjesi olduğu bir hukuk dalından ibaret tutma düşüncesinden kaynaklanmaktadır.⁴⁵³ Diplomatik koruma kurumunun devlete ait bir hak olarak görülmesinin nedeni, bireyin yabancı devletin iç hukukunda ortaya çıkan bir uyuşmazlığı uluslararasılaştıramamasıdır. Birey klasik Uluslararası Hukuk açısından kendisine zarar veren devlete karşı uluslararası bir iddiada bulunma ehliyetine sahip değildir.⁴⁵⁴ Bireyin haklarının olduğunun kabul edilmesi ve diplomatik koruma yolunun bireyin haklarının korunması adına işletilmesi, devletin bireye karşı da sorumlu olmasını, yani egemen yetkilerinin sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır. Zaten modern Uluslararası Hukuk da devlet egemenliğinin birey karşısında sınırlandırıldığını ortaya koymaktadır. Devlet artık bireye karşı uluslararası alanda da sorumludur.

⁴⁵² VERMEER-KÜNZLI, **a.g.m. (2007/a)**, s. 41.

⁴⁵³ PELLET, **a.g.m. (2008)**, s. 38.

⁴⁵⁴ Pieter Hendrik KOOLJMAN, "Is The Right to Diplomatic Protection a Human Right?", in **Studi Di Diritto Internazionale In Onore Di Gaetano Arangio-Ruiz**, Vol. 3, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, s. 1976.

Uluslararası Hukukun yalnızca devletlerarası ilişkileri düzenleyen yapısının terk edilmesinde, insan hakları hukukunun kesin bir katkısı olmuştur. Zira insan hakları hukuku bireyi, devletin bir parçasından ibaret gören Uluslararası Hukuka son vermiştir.⁴⁵⁵ Uluslararası Hukukun geldiği bu aşamada yabancıların kişisel güvenliğinin sağlanmasının yalnızca onların can güvenliğinin güvence altına alınması hususuyla sınırlı tutulmadığı görülmektedir. Modern Uluslararası Hukuk bireyi mülkiyet hakları ve ekonomik çıkarlar gibi konular bakımından da dikkate almaktadır.⁴⁵⁶

İnsan hakları hukukunun etkisiyle zararın bireye ait olduğu ve bu nedenle diplomatik koruma hakkının da bireye ait olduğu düşüncesi kolaylıkla kabul edilebilir bir düşüncedir; fakat son derece mantıklı olan bu görüşün karşısında diplomatik korumanın geleneksel yapısı durmaktadır. Zira mantık yoluyla ulaşılabilecek sonuçlar hukuki açıdan temellendirilmedikçe etkisiz olurlar. Diplomatik koruma uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ve uluslararası mahkeme kararlarıyla devlete ait bir hak olarak görülmektedir. Bu bakış açısı devletlerin tercihleriyle şekillenmiş olup, diplomatik koruma, hukuki alt yapısı itibarıyla insan hakları hukukuna yer vermemektedir.⁴⁵⁷

Devletler, diplomatik korumanın kendi haklarını korumak açısından tanınmış bir yol olduğunu iddia ederken tamamen siyasi bir seçimde bulunmaktadır. Bunun en büyük kanıtı diplomatik koruma yolunun işletilmesini sağlayan koşulların tersinin gerçekleşmesi üzerine Uluslararası Hukukta öngörülen bir yol olmamasıdır. Yani eğer birey, kendi davranışlarıyla yabancı bir devlete zarar verirse, zarar gören devlet bireyin vatandaşlığında olduğu devletten zararının giderilmesini talep edememektedir.⁴⁵⁸ Bir başka ifadeyle, devletler kendilerine fayda sağlayabilecek koşulları devletin doğal hakkı gibi görmekte, oysa bireyin

⁴⁵⁵ International Law Association (ILA), **Diplomatic Protection of Persons and Property – Toronto Conference**, Final Report, 2006, s. 3, paragraf 15.

⁴⁵⁶ MAZZESCHI, a.g.m. (2009), s. 223.

⁴⁵⁷ Colin WARBRICK, “**Diplomatic Representations and Diplomatic Protection – Current Developments: Public International Law**”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 51(3), 2002, s. 731.

⁴⁵⁸ PELLET, a.g.m.(2008), s. 39.

sebepe olduğu zararın getirebileceği yükümlülükleri görmezden gelmektedirler. Diplomatik koruma kurumunu devletin hakkının korunması olarak değerlendiren görüşün bu durumda yetersiz kaldığı görülmektedir. Zira bu görüşün en temel varsayımı devletin ayrılmaz bir parçası olan bireyin gördüğü zararın devletin zararı olarak görülmesidir. Bununla birlikte söz konusu görüş kabul edildiğinde bireyin davranışlarından dolayı doğan zararlardan onun vatandaşlığında olduğu devletin de uluslararası sorumluluğunun doğması beklenir. Bir başka ifadeyle bireyin yabancı devlete verdiği zararının o bireyin vatandaşlığında olduğu devlet tarafından karşılanması gerekir. Oysa böyle bir yaklaşım benimsenmemiştir.

Teorik alt yapısı bakımından Uluslararası Hukukun geleneksel anlamında bile pek çok tartışmalı noktayı beraberinde taşıyan diplomatik koruma kavramının uygulanması modern Uluslararası Hukuk açısından yetersiz hale gelmiştir. Diplomatik koruma yolunu işletmenin zarara uğrayan bireyin vatandaşlığında olduğu devletin hakkı olması hususu insan hakları hukukunun gerekleri de göz önünde tutularak yorumlanmak zorundadır. Devletin, diplomatik koruma açısından sahip olduğu hakların ikili ayrımı bu noktada dikkate alınabilir. Zira devletin hakkı olarak diplomatik korumanın bireyi korumayı amaçlaması insan hakları hukuku bakımından yerinde olur. Diplomatik koruma yolunu işleten devletin, yabancı bir devlet tarafından zarara uğratılan vatandaşının çıkarlarını koruma hakkını kullandığının kabul edilmesi modern Uluslararası Hukuk açısından daha tutarlı olur. Bununla beraber diplomatik korumanın tamamen devletin çıkarlarının korunması adına sahip olduğu bir hakkı olarak değerlendirilmesi varolan Uluslararası Hukuk kuralları bakımından birtakım çelişkileri de beraberinde getirir.

2.2. Bireyin Hakları Bakımından Diplomatik Koruma

Diplomatik koruma yolunu işletmek, bireye tanınan bir hak değildir. Bu hak, münhasıran devlete tanınmıştır. Bununla birlikte diplomatik korumayla devletin hangi hakları ve çıkarları korumayı amaçladığı konusu tartışmalıdır.

Klasik Uluslararası Hukuk, devletin kendi çıkarlarını koruduğunu kesin bir karineyle kabul etmiştir. Modern Uluslararası Hukuk, bu karinenin aslında çürütülebilir olduğu sonucuna varılmasını sağlamaktadır.⁴⁵⁹ Söz konusu karine, sadece insan hakları hukukunun genel Uluslararası Hukuka etkileri bakımından eleştirilmemektedir. Aynı zamanda klasik Uluslararası Hukuk bakımından oluşturulan ve kesin olarak kabul edilen bu karinenin oluşmasını sağlayan verilerin mantıksızlığı ve kendi içerisindeki tutarsızlığı da, diplomatik koruma kurumunun bireyin haklarını koruma bakımından yeniden ele alınması ihtiyacını doğurmaktadır.

İlk kez 18. yüzyılda Vattel'in bireyin gördüğü zararlar üzerinde durduğu diplomatik koruma kavramına önem verdiği görülmektedir. Ona göre zarar gören vatandaşın egemeni mutlaka bu eylemin öcünü almalı, hatta eğer mümkünse mütecaviz devletten tam bir tazminat sağlamalı veya o devleti cezalandırmalıdır ki vatandaş korunmuş olsun. Aksi takdirde vatandaş kendisine sunulmuş olan medeni dünyanın temel amaçlarından birinden yararlanamamış olacaktır.⁴⁶⁰ Bireyin vatandaşı olduğu devlet tarafından korunması ve uğradığı zararların onun adına söz konusu devlet tarafından giderilmesi görüşü klasik Uluslararası Hukukta savunulmayan bir görüş değildir. Uluslararası Hukuk düzeni ortaya çıktığından beri bu görüş paylaşılmıştır.⁴⁶¹ Bununla beraber sorun vatandaşın korunmasının gerekliliği yönündeki görüşlerin, devletin yüksek çıkarları karşısında göz ardı edilmesi olmuştur. Modern Uluslararası Hukuk artık Vattel'in de belirttiği gibi bireyin korunması gerekliliği üzerinde durmaktadır. Hatta daha ileri giderek bireyin korunması sadece vatandaşı olduğu devlet açısından değil, uluslararası toplumun tamamı bakımından bir yükümlülük olarak algılanmaktadır.

⁴⁵⁹ Bkz. Stephen PETE and Max Du PLESSIS, “South African Nationals Abroad and Their Right to Diplomatic Protection – Lessons from the Mercenaries Case”, South African Journal on Human Rights, Vol. 22(3), 2006, s. 443.

⁴⁶⁰ Emer de Vattel, *The Law of Nations or Law of Nature – Applied to Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, Fourth edition, London, Clarke and Sons, 1811, s. 162.

⁴⁶¹ Bu görüş zaman zaman bir devletin, diğer bir devletin iç işlerine karışması açısından eleştirilmiştir. (Bkz. Benoit Otis BROOKENS, “Diplomatic Protection of Foreign Economic Interests – The Changing Structure of International Law in the New International Economic Order”, Journal of Interamerican Studies and World Affairs, Vol. 20(1), February 1978, s. 42.)

2.2.1. Bireyin Uluslararasılaşmasının Diplomatik Korumaya Etkisi

Birey, Uluslararası Hukuk bakımından devlete karşı bir takım hak ve yükümlülüklerin sahibidir. Bu haklar zaman zaman bir Uluslararası Hukuk süjesinin sahip olduğu haklara yaklaşmaktadır. Söz konusu hakların nitelikleri bakımından birtakım farklılıklar göze çarpmakla birlikte, modern Uluslararası Hukuk bireyle devlet arasındaki ilişkileri doğrudan düzenlemektedir.⁴⁶²

Bireyin uluslararasılaştığı yadsınamaz bir gerçektir ve Uluslararası Hukuk düzenlemeleri bireye devlete karşı kullanabileceği bazı hukuk yolları tanımaktadır. Birey bu yollara başvurarak uğradığı zararın giderilmesini sağlayabilme imkanına sahiptir.⁴⁶³ Bu sebeple diplomatik koruma yolunun ancak bireyin zararının giderilmesinin sağlanabildiği Uluslararası Hukuk yollarının bulunmaması durumunda kullanılması yerinde olur.⁴⁶⁴ Zaten diplomatik korumanın devletin hakkı olduğunu savunan karinenin en zayıf yönü de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Zira birey kendi zararını giderebilecek bir Uluslararası Hukuk yoluna sahipse devlet kendisine ait olduğu kabul edilen bir hakkını kullanmaktan yoksun kalabilmektedir. Bunun nedeni modern Uluslararası Hukuk açısından bireyin gördüğü zararın giderilmesinin amaçlanmasıdır.

Birey henüz Uluslararası Hukukun süjesi olmasa da klasik Uluslararası Hukukun öngördüğü şekliyle sadece konusu da değildir. Birey artık Uluslararası Hukukun ayrılmaz bir parçası olarak önemli bir yer edinmiştir⁴⁶⁵ ve onun korunması uluslararası toplumun ortak çıkarı haline gelmiştir. Pek çok uluslararası antlaşmada veya diğer Uluslararası Hukuk kurallarında bireyin haklarını korumak yalnızca vatandaşlığında olduğu devletin değil diğer devletlerin de yükümlülüğü olarak kabul edilmiştir.

⁴⁶² MAZZESCHI, a.g.m. (2009), s. 215.

⁴⁶³ KOIJMANS, a.g.m., s. 1976.

⁴⁶⁴ AMERASINGHE, a.g.e. (2008), s. 74.

⁴⁶⁵ John DUGARD, "Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission", Australian Yearbook of International Law, A Collection of Essays to Honour Professor I. A. Shearer, Vol. 24, 2005, s. 77.

Bireyin hakları yalnızca vatandaşlığında olduğu devletle ilişkileri açısından değil, uluslararası toplumun tamamı açısından dikkate alınmaktadır.

2.2.2. Uluslararası Toplumun Ortak Çıkarları ve Diplomatik Koruma

Bireyin zarar görmesi sonucu diplomatik koruma yoluna başvurulduğunda devletin çıkarları ile bireyin çıkarları yarışmaktadır. Modern Uluslararası Hukuk açısından yabancının haklarının ihlal edildiği ve onun zarara uğradığı gerçeği göz ardı edilmemektedir; fakat yine de diplomatik korumanın devlete tanınan bir hak olduğu kabul edilmektedir.⁴⁶⁶ Yarışan bu iki çıkar arasında bir denge oluşturulmalıdır. Meydana gelen zarar yabancıya ait bir zarardır. Yabancının vatandaşlığında olduğu devletin de bu zarar nedeniyle zarara uğradığı düşünülebilir. Ancak meydana gelen zararın sonuçları bireyin vatandaşlığında olduğu devlet tarafından ortadan kaldırıldığı zaman yalnızca devletin zararları giderilecektir. Birey açısından zarar giderilmemiş olacaktır. Bu durumda uluslararası toplumun ortak çıkarlarına aykırı bir durum ortaya çıkacaktır. Diplomatik koruma açısından, insan hakları hukukunun getirdiği yenilikler çerçevesinde yalnızca devletin çıkarları ile bireyin çıkarları yarışmamaktadır. Artık uluslararası toplumun çıkarları da devletin çıkarlarıyla yarışmaktadır.⁴⁶⁷ Bu nedenle diplomatik koruma yolu işletildiğinde bireyin çıkarlarının korunmasına öncelik verilmesi gerekir.

2.2.3. Uluslararası Hukukta İnsan Haklarını Koruma Mekanizmaları ve Diplomatik Koruma

İnsan hakları hukuku bakımından gelinen nokta olumlu olmakla birlikte yeterli değildir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kendisine taraf devletlerin vatandaşları bakımından etkin bir uygulama alanı sağlamakta birlikte, Afrika ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmeleri böylesi etkin bir

⁴⁶⁶ AMERASINGHE, a.g.e.(2008), s. 70.

⁴⁶⁷ Bkz. James CRAWFORD, “Responsibility to the International Community as a Whole”, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 8(2), 2000 – 2001, s. 316.

uygulama şansı bulamamıştır. Dünya nüfusunun büyük bölümünün yer aldığı Asya kıtasıyla ilgili henüz böyle bir sözleşme bulunmamaktadır. Varolan evrensel uluslararası sözleşmeler de etkin koruma yolları getirmekten uzaktır.⁴⁶⁸ Devletin Uluslararası Hukuktaki pek çok eylem ve davranışları insan hakları hukukuyla ilişkili olmasa bile doğrudan bireyi etkilemektedir.⁴⁶⁹ Dolayısıyla bireyin haklarının korunması, uluslararası insan hakları alanında yaşanan gelişmelerin ve getirilen yükümlülüklerin devletler tarafından dikkate alınması ve uygulanması ile mümkündür. Bunu sağlayabilmek için de varolan insan haklarını koruma mekanizmalarının yanı sıra, Uluslararası Hukukun diğer kurumlarının da bireyin korunması açısından etkin hale getirilmesi gerekmektedir.

İnsan haklarını koruma mekanizmalarının, diplomatik koruma kurumunu tamamen ortadan kaldırdığı söylenemez.⁴⁷⁰ Bireyin her zaman kendisine zarar veren devlete karşı doğrudan kullanabileceği bir Uluslararası Hukuk yolunun bulunması en iyi çözümdür. Bununla birlikte bugün için böyle bir aşamaya gelinmediğinden, devletin bireyi korumasında insan hakları hukukuna uygun olarak diplomatik koruma kurumunun düzenlenmesi gerekmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı bu açıdan LaGrand Davasında önemli bir adım atmıştır. Buna göre Divan, bir devletin, vatandaşının insan hakları hukuku çerçevesinde sahip olduğu haklarının ihlal edilmesi durumunda da diplomatik koruma yolunun işletilebileceğini kabul etmiştir. Buna göre devlet, vatandaşının yerine geçerek onun adına, onun haklarını koruyabilecektir.⁴⁷¹

Yabancı devletle ilişki halinde bulunan bireyin hakları, uluslararası yatırımlar bakımından sahip olduğu birtakım haklar dışında, Uluslararası Hukuk tarafından tam anlamıyla korunamamaktadır. İnsan hakları

⁴⁶⁸ DUGARD, a.g.m.(2005), s. 77.

⁴⁶⁹ MAZZESCHI, a.g.m. (2003), s. 343.

⁴⁷⁰ Peter Thomas OREBECH, “From Diplomatic – to Human Rights Protection: The Possessions under the 1950 European Human Rights Convention, First Additional Protocol Article 1”, Journal of World Trade, Vol. 43 (1), February 2009, s. 60.

⁴⁷¹ LaGrand Case, paragraf 42.

antlaşmaları, yabancı – vatandaş ayrımı yapmaksızın bütün bireylerin korunmasını amaçlamaktadır; fakat yabancının haklarının korunmasına yönelik herhangi bir bölgesel veya uluslararası antlaşma bulunmamaktadır. Bu konuda yalnızca İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde yer alan haklar ve onların uygulama alanını genişletmeyi amaçlayan, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1985 yılında kabul edilen “Yaşadıkları Ülkenin Vatandaşı Olmayan Bireylerin İnsan Hakları” adlı bir deklarasyon bulunmaktadır. Bu deklarasyon, yabancı kişinin korunması amacıyla, onun vatandaşı olduğu devletin konsolosu veya diplomatik misyonu ile iletişime geçebilme hakkını tekrarlamakta; ama bu kişilerin korunabilmesini sağlayacak etkin bir mekanizma öngörmemektedir. Dolayısıyla bu kişilerin uluslararası insan hakları antlaşmalarıyla genel olarak bireyler adına öngörülen haklardan başka haklarının bulunmadığı ve vatandaşlığında olduğu devletlerin koruması dışında haklarını garanti edecek başka bir Uluslararası Hukuk yoluna sahip olmadıkları görülmektedir.⁴⁷²

Bununla beraber yabancıların haklarının korunmasına yönelik ayrı bir uluslararası düzenleme beklentisinde olmak da, insan hakları hukukunun henüz istenilen seviyede olmadığını göstermektedir. Zira bireyin, ilişki halinde olduğu devlete karşı, statüsünün ne olduğu fark etmeksizin korunması gerekmektedir. Bu açıdan yabancılara yönelik bir uluslararası düzenleme beklentisinde olmak yerine insan haklarına ilişkin uluslararası düzenlemelerin yabancılar için de aynı etkileri doğurmasını sağlayacak çözümler bulunması daha etkin bir uygulamayı beraberinde getirir. Yabancılara ilişkin uluslararası düzenlemeler, bu durumda sadece onların korunmasına dair detayları ortaya koyarak, insan hakları hukukunun kendi içinde tutarlı bir bütün olarak uygulanmasının önünü açacaktır.

⁴⁷² DUGARD, a.g.m.(2005), s. 78.

2.2.4. Diplomatik Koruma Yolunu İşletmenin Bir İnsan Hakkı Olup Olmadığı Tartışması

İnsan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası antlaşmalarda diplomatik koruma yolunu işletmenin bir insan hakkı olduğuna dair ifadelere rastlanmamaktadır. Bu durum olağan karşılanmalıdır; çünkü diplomatik koruma devletlerin haklarını korumak için klasik Uluslararası Hukuk tarafından oluşturulmuş bir Uluslararası Hukuk kurumuyken, insan haklarına ilişkin bölgesel ve evrensel uluslararası antlaşmaların getirdiği insan haklarını koruma mekanizmaları doğrudan bireyi korumayı amaçlayan yollardır. Zaten tartışmalı olan konu da diplomatik koruma kurumunun insan hakları hukukunun bir parçası olup olamayacağıdır. Söz konusu Uluslararası Hukuk kurumunun insan hakkı olduğuna dair bir ifade uluslararası antlaşma metinlerinde yer almasa bile insan hakları mahkemelerinin uygulamalarıyla ve içtihatlarıyla diplomatik koruma kurumunu insan haklarının korunması aracı olarak yorumlamalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan haklar bakımından, devletin kendisine başvuran bireylerin güvenliğini sağlamak zorunda olduğunu belirtmiştir. Devlet kendisinin yetkili olduğu konularda Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde gerekli olan diplomatik, ekonomik ve hukuki yolları kullanmalıdır. Bu şekilde davranmak uluslararası toplumun ve bireyin çıkarlarını sağlamak adına devlete getirilmiş pozitif bir yükümlülüktür.⁴⁷³ Mahkemenin burada doğrudan diplomatik koruma yolu üzerinde durmamasına rağmen, bireyin korunması açısından devletin diplomatik girişimlerde bulunması yükümlülüğünden bahsetmesi önemli bir husustur.

Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi de benzer bir şekilde devletin zarar gören bireyin haklarını korumasının onun *erga omnes* yükümlülüğü olduğunu, bu sebeple gerekirse diğer devletlerle diplomatik bir işbirliği içine

⁴⁷³ **Case of Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia**, European Court of Human Rights, Application no. 48787/99, Judgement of 8 July 2004, paragraf 331, 332 .

girerek, zararın meydana gelmesine neden olan kişilerin cezalandırması için gerekenleri yapma zorunluluğu bulunduğunu ifade etmiştir.⁴⁷⁴ Görüldüğü üzere her iki mahkeme de diplomatik koruma kavramı üzerinde durmamıştır.

Söz konusu mahkemeler devletlerin insan hakları ihlallerini gidermek için diplomatik ve yargısal yolların işletilmesinden bahsetmektedir; ama bu yollar diğer bir devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürer şekilde diplomatik koruma yolunun işletilmesi anlamına gelmemektedir. Bununla beraber insan hakları ihlallerinin önlenmesi bakımından insan hakları mahkemelerinin devletlerin diplomatik yollara başvurmasını uyuşmalıkların giderilmesi için bir araç olarak kabul etmesi de önemli bir adımdır. Ancak buradan çıkarılacak en önemli sonuç insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaların ve insan hakları mahkemelerinin, diplomatik koruma kurumunu henüz bir insan haklarının korunması aracı olarak görmedikleridir. Diplomatik koruma kurumunun devletin bir hakkı olarak uygulanması neticesinde insan hakları hukukuna aykırı sonuçların ortaya çıkması muhtemeldir. Bununla beraber, bu hak devlete aittir.

2.2.5. Diplomatik Korumanın İnsan Hakları Hukukuna Uygun Bir Nitelik Kazanması Yönündeki Çabalar

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik koruma konusundaki çalışmalarını yürüten ilk özel raportör Mohamed Bennouna, diplomatik korumanın niteliği ile ilgili klasik Uluslararası Hukuk tarafından kabul edilen karinenin yerine modern Uluslararası Hukukun gereklerine daha uygun bir karine oluşturulması gerektiğini belirtmiştir. Bennouna, öncelikle modern Uluslararası Hukukun bireyin haklarını ön planda tutan yapısı üzerinde durmuş ve ulusal hukuk düzenleri çerçevesinde bireyin haklarının yeterli derecede korunamadığını, bu sebeple varolan Uluslararası Hukuk kurallarının istenilen sonuçların elde edilmesini gerçekleştirmekten uzak

⁴⁷⁴ **Case of Goiburú et al. v. Paraguay**, Inter-American Court of Human Rights, Merits, reparations and costs, Series C, No. 153, Judgement of September 22, 2006, paragraf 129 – 131.

olduğunu belirtmiştir. Bennouna daha sonra yabancı devletin Uluslararası Hukuka aykırı davranışları sebebiyle birey açısından ortaya çıkan zararların giderilmesinde, o bireyin vatandaşlığında olduğu devletin, diplomatik koruma yolunu işleterek usule ilişkin bir hakkını kullandığını ifade etmiştir.⁴⁷⁵ O'na göre diplomatik koruma kurumunun münhasıran devletin hakkı olduğunu ifade eden hukuki karine, tamamen amacından sapmış bir karinedir. Bennouna'nın devletin diplomatik koruma yolunu işletirken kendine ait bir hakkı mı kullandığını yoksa bireyin temsilcisi gibi mi hareket ettiğini, insan hakları hukukunun bireye tanıdığı haklar bakımından sorgulaması gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁷⁶

Garcia-Amador da Uluslararası Hukukun süjeleri bakımından yaşanan değişimin de dikkate alınması gerektiğini, buna bağlı olarak Uluslararası Hukukta hak ve yükümlülük sahibi yeni aktörlerin ortaya çıktığını ifade etmiştir. O'na göre söz konusu gelişmeler Uluslararası Hukuka aykırı bir davranışta bulunan devlete karşı uluslararası sorumluluğun ileri sürülmesi açısından, Uluslararası Hukuktaki yeni aktörlerin dikkate alınması zorunluluğunu beraberinde getirmektedir. Uluslararası sorumluluk ile birlikte, Uluslararası Hukukun geleneksel kurumları da yeniden ele alınmalıdır. Bunlardan birisi de diplomatik korumadır. Buna göre diplomatik koruma yolu işletildiğinde devletin değil bireyin sahip olduğu hakların korunmasına yönelik iddialarda bulunulmalıdır.⁴⁷⁷

Hem Garcia-Amador'un hem de Bennouna'nın görüşlerinin uygulamaya konması Uluslararası Hukukun klasik yapısında devrim niteliğinde bir değişiklik yaratacaktır. Devletler bu fikirlere çok sıcak bakmamaktadırlar. Uluslararası sorumlulukla ilgili yapılan çalışmalar, insan hakları hukukuna atıfta bulunmakla birlikte devletin insan hakları

⁴⁷⁵ ILC, **Preliminary Report on Diplomatic Protection** by Mohamed Bennouna, **Special Rapporteur**, A/CN.4/484, 50th session, 1998, s. 10, paragraf 33.

⁴⁷⁶ ILC, A/CN.4/484, s. 14, paragraf 49, 50.

⁴⁷⁷ ILC, **Report on International Responsibility** by F. V. Garcia-Amador, **Special Rapporteur**, A/CN.4/96, 8th session, Yearbook of International Law Commission, Vol. 2, 1956, s. 176, paragraf 9.

hukukundan kaynaklanan sorumluluğunun yalnızca evrensel ve özellikle bölgesel insan hakları düzenlemeleriyle ele alınması gerektiğini ortaya koymaktadır. Diplomatik koruma kurumu henüz klasik Uluslararası Hukukun devlet merkezli yapısından kurtulmayı başaramamıştır. Diplomatik koruma bu bakımdan Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik korumayla ilgili çalışmalarını yürüten özel raportör John Dugard tarafından eleştirilmekte ve aynı zamanda söz konusu uluslararası hukuk kurumunun insan haklarının korunması aracı olarak ele alınması hususuna olumsuz yaklaşmamaktadır. Buna rağmen Uluslararası Hukuk Komisyonu, diplomatik koruma ile insan hakları hukukunun çalışma alanlarını mümkün olduğunca birbirinden ayrı tutmaya çalışmaktadır.

John Dugard, diplomatik koruma konusuna ilişkin ilk raporunda insan haklarının korunmasına yönelik uluslararası antlaşmaların yabancıların haklarının korunması bakımından sınırlı haklar tanıdığını söylemektedir. O'na göre devletler, uluslararası ilişkilerin baskın aktörleridir. Dugard, bahsedilen durum bu şekilde devam ettikçe, bireylerin yabancı devletlerin davranışları sonucu uğradıkları zararların giderilmesinde, en etkin Uluslararası Hukuk yolunun diplomatik koruma olacağı hususu üzerinde durmaktadır. O'na göre insan hakları hukukunun yalnızca insan hakları antlaşmalarının oluşturduğu bir alan değildir. Bu nedenle bütün uluslararası antlaşmalar ve uluslararası örf ve adet hukuku kuralları, ilgili oldukları ölçüde, insan hakları hukuku bakımından dikkate alınırlar. Dugard, bunlara dayanarak diplomatik korumanın insan hakları hukukunun amaçları bakımından kullanılamaz ve işe yaramaz bir yol olduğunu ileri sürmektense, adı geçen Uluslararası Hukuk kurumunun bireyin sahip olduğu hakların korunması bakımından güçlendirilmesi ve etkin hale getirilmesi için her türlü çabanın gösterilmesi gerektiğini dile getirmektedir.⁴⁷⁸

Dugard, bu görüşüyle diplomatik korumanın insan hakları hukukunun ihlal edilmemesini sağlamak için büyük öneme sahip olduğunu kabul

⁴⁷⁸ ILC, **First Report on Diplomatic Protection by John R. Dugard, Special Rapporteur**, A/CN.4/506, Fifty-second session, 2000, s. 10, paragraf 31, 32.

etmekte⁴⁷⁹ ve onun insan hakları hukuku nedeniyle tamamen uygulanamaz bir durumda olduğu görüşüne karşı çıkmaktadır.⁴⁸⁰

Diplomatik koruma, bu bakımdan etkin bir insan haklarını koruma mekanizması haline getirilmeye en elverişli Uluslararası Hukuk kurumudur.⁴⁸¹ Klasik Uluslararası Hukuk düzeninin diplomatik korumaya ilişkin tutarsız prensiplerinin ortadan kaldırılması bile bireyin korunması açısından güvence getiren yeni bir sistemin oluşmasını sağlayabilecektir. Diplomatik koruma, insan haklarının korunmasına ilişkin kuralların etkin şekilde uygulanmasını gerçekleştirebilecek özelliklere sahiptir.

3. Asgari Düzey ve İnsan Hakları İlişkisi

Asgari düzey yabancıların haklarının korunması açısından Uluslararası Hukukta oluşturulmuş bir karinedir. Buna göre devlet, ilişki içinde olduğu yabancı devlet vatandaşı bireye asgari düzeyde garantiler sağlamak zorundadır. Bir başka ifadeyle birey yabancının devlete karşı asgari düzeyde korunması gerekmektedir. Asgari düzey, klasik bir Uluslararası Hukuk kurumudur. Bu kurum bireyin korunmasının tamamen devletin elinde olduğu klasik Uluslararası Hukuk tarafından ortaya konmuştur. Devletlerin egemen yetkileri bugünkü anlamıyla sınırlandırılmadığı ve her devlet kendi iç hukukunda özel kişilerle olan ilişkilerini kendisi belirlediği için devletler kendi vatandaşlarını koruma adına, diğer devletlerin, o devletlerde yabancı statüsünde olan vatandaşlarına asgari düzeyde garantiler tanımları gerektiği düşüncesinde olmuşlardır.

⁴⁷⁹ Bkz. KOOIJMANS, a.g.m., s. 1977.

⁴⁸⁰ R. J. Blaise MACLEAN, “Fresh Hay from Old Fields: The Continuing Usefulness of Diplomatic Protection”, in *Derecho Internacional Contemporaneo – Lo Publico, Lo Privado, Los Derechos Humanos – Liber Amicorum en Homenaje a German Cavalier*, Editör Ricardo Abello Galvis, Coleccion Institucional, Bogota, Editorial Universidad del Rosario, 2006, s. 231.

⁴⁸¹ Bkz. VERMEER-KÜNZLİ, a.g.m. (2007/a), s. 57.

3.1. Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesinde Asgari Düzey

Diplomatik koruma yolunun işletilmesi için bir devletin davranışlarıyla uluslararası sorumluluğunu doğurması gerekir. Bu sorumluluğu hangi düzeyde davranışların doğuracağı tartışmalıdır. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır. Devlet, yabancıya vatandaşıyla eşit haklar tanır ve yabancıya bu haklar çerçevesinde yaklaştıkça uluslararası sorumluluğu söz konusu olmaz. İkinci görüş ise devlet yabancıya asgari düzeyde birtakım haklar tanır ve bu haklara dikkat edilmemesi o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. Yani devletin hangi davranışlarının onun uluslararası sorumluluğunu doğuracağına yönelik uluslararası bir düzey belirlenir.⁴⁸²

Devletin kendi vatandaşına olan yaklaşımı onun korunaksız ve son derece sınırlandırılmış haklara sahip olmasına neden olabilir. Bireyler kendilerini hukuki sonuçları öngörülemeyen ekonomik, sosyal ve ticari ilişkiler içerisinde bulabilirler. Bu tarz durumların önüne geçmek için diğer devletler, kendi vatandaşına karşı öngörülebilir bir hukuki durumun yani asgari bir düzeyin ortaya konmasını isterler.

Yabancı birey ya Uluslararası Hukuk açısından asgari bir düzeyde korunacaktır ya da yabancı devletin anayasa ve kanunları kendisine ne kadar hak tanıyorsa, o kadarına razı olmak zorunda kalacaktır.⁴⁸³ Asgari düzey devletlerin keyfi uygulamaları sonucu diğer devlet vatandaşlarının mağdur edilmesinin önüne geçmek için öngörülmüş bir Uluslararası Hukuk kurumudur.

Birey, bir başka devlet ile olan ilişkilerinde vatandaş olduğu devletin parçasıdır. Birey yabancı devletin hukuk düzenine uygun davranmakla yükümlü olmakla birlikte yabancı devletin bireyin kişiliği ve hukuki statüsü hakkında herhangi bir yetkisi yoktur. Bireyin hakları, vatandaşlığında olduğu

⁴⁸² MACLEAN, a.g.m., s. 235.

⁴⁸³ BORCHARD, a.g.m. (1939 – 1940), s. 449.

devletin haklarından farklı değildir.⁴⁸⁴ Bu nedenle yabancı devlet ilişkisi halinde olduğu bir başka devletin vatandaşına asgari düzeyde haklar tanıyarak, o devletin haklarına saygı göstermektedir.

3.2. Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesinde İnsan Hakları Düzeyi

Asgari düzey, klasik Uluslararası Hukuk açısından yabancının korunmasına yönelik en önemli Uluslararası Hukuk kurumu olmuştur. Devletler, kendi vatandaşlarına asgari bir düzeyin sağlanmasını bekledikleri için bunun tersi tutum içerisinde olan devletlere karşı diplomatik koruma yolunu işletmişlerdir. Bununla beraber insan hakları hukukunun gelişimi ile birlikte bireyin uluslararasılaşması, söz konusu doktrinin uygulama alanını yitirmeye başlamasına neden olmuştur. Buna paralel olarak da diplomatik koruma kurumuna verilen önem de azalmaya başlamıştır.⁴⁸⁵ Bir klasik Uluslararası Hukuk kurumu olarak diplomatik koruma, artık bireyin edindiği konum bakımından yetersiz kalmış, bu sebeple de uygulama alanı azalmıştır; fakat yabancının korunması açısından eşitlik ilkesine dayalı uluslararası sistemin de yetersiz kalması diplomatik koruma kurumunun yeniden ele alınması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.

Günümüzde yabancının haklarının korunması açısından asgari düzey görüşü değil, eşitlik anlayışı ön planda tutulmaktadır. Buna göre bütün devletler yabancılarla olan ilişkilerinde ortak bir düzeyi belirlemelidirler. Ancak kamulaştırma ve uluslararası yatırımlar alanında görüldüğü gibi yabancılara birtakım ayrıcalıklar tanındığı görülmektedir.⁴⁸⁶ Uluslararası insan hakları hukuku bireyi Uluslararası Hukukun ayrılmaz ve her zaman dikkate alınması gereken bir unsuru haline getirmiştir; ama henüz her devletin yeknesak bir uygulama içerisinde bulunmasını sağlayamamıştır. Dolayısıyla özellikle yabancının maruz kalabileceği olumsuz durumları

⁴⁸⁴ VATTTEL, **a.g.e.**, s. 172.

⁴⁸⁵ MILANO, **a.g.m.**, s. 86.

⁴⁸⁶ Bkz. DICKERSON, **a.g.m.**, paragraf 14 – 20.

gidermek açısından, pek çok ikili antlaşma veya özel hukuk sözleşmeleriyle onlara belirli alanlarda uluslararası güvenceler sağlanmaktadır.

Yabancıların korunması açısından uluslararası asgari bir düzeyin belirlenmesi, bu kavramın ortaya çıktığı dönemde büyük zorluklarla uygulanmıştır. Günümüzde Uluslararası Hukukun geldiği noktada yabancı ve vatandaş ayrımı yapılmaksızın bütün bireyler açısından uluslararası koruma sağlanmaktadır. Devlet, bireyin sahip olduğu bu haklara uygun davranmak zorundadır. Aksi takdirde devletin uluslararası sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu sebeple modern Uluslararası Hukuk açısından sadece yabancıların korunması için asgari bir düzeyin belirlenmesi düşüncesi değerini kaybetmektedir. Asgari düzey görüşü belirsiz ve her devletin uygulamalarına esneklik getirebilen özelliklere sahiptir. Dolayısıyla da insan hakları hukukunun amaçlarına uygun olmayan bir görüntü çizmektedir.⁴⁸⁷ Bu kavram yerini bütün bireyleri korumayı hedefleyen insan hakları hukukunun amaçlarına bırakmaktadır. Zira bu amaçlara uygun hareket edilmesi yabancı – vatandaş ayrımı yapılmaksızın bütün bireylerin belirlenen uluslararası düzeyde korunmasını sağlayacaktır.⁴⁸⁸

Asgari düzey uygulaması olumlu yanları olmakla birlikte olumsuz yönleri de içerisinde barındırmaktadır. Her şeyden önemlisi devletlere vatandaşları da dahil olmak üzere bütün bireylerin haklarını korumayı bir yükümlülük olarak getiren insan hakları hukukunun yaratmaya çalıştığı uluslararası düzende ayrımcılığa dayalı bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle zarar gören bireyin, ilişki halinde olduğu devletin iç hukuk yollarını kullanarak, insan hakları hukukunun gereklerini yerine getiren devletlerin vatandaşları gibi hakkını aramasının sağlanması yerinde olacaktır.⁴⁸⁹ Bunun için de devletlerin kendi iç hukuk düzenlerini insan hakları hukukunun amaçlarını gerçekleştirebilecek seviyeye getirmeleri gerekmektedir.⁴⁹⁰ Bu

⁴⁸⁷ WARBRICK, **a.g.m.** (2002), s. 726.

⁴⁸⁸ TIBURCIO, **a.g.e.**, s. 50.

⁴⁸⁹ Bkz. HAILBRONNER ve GOGOLIN, **a.g.m.**, paragraf 27.

⁴⁹⁰ ERASMUS, **a.g.m.**, s. 123.

durumda devletin de asgari düzeyde gerekenler yapılmadığı için değil, yabancı devlet, insan hakları hukukunun öngördüğü düzeyde düzenlemeleri hayata geçirip, kendi vatandaşına Uluslararası Hukukun öngörmediği bir şekilde davrandığı gerekçesiyle diplomatik koruma yolunu işletmesi gerekir.

İnsan hakları hukuku, uluslararası toplumun üyesi devletler için, bireyin sahip olması gereken haklar bakımından bir düzen oluşturmaktadır. Bu düzen çerçevesinde bireyin, yabancı statüsünde olduğu devlete karşı haklarını ileri sürerken onun vatandaşı olan bireyler gibi davranabilmesi Uluslararası Hukuk açısından önemlidir. Bir başka ifadeyle insan hakları hukuku yalnızca yabancı kişinin daha etkin korunmasını amaçlamaz. Bütün bireylerin aynı şekilde korunmasını amaçlar. Bu nedenle Uluslararası Hukukta, yabancıların hakları bakımından asgari bir düzeyin aranmasını gerektiren şartların ortadan kaldırılması daha yerinde olacaktır.

Yabancıların haklarının korunması için yalnızca onlar adına asgari bir düzey belirlenmesi düşüncesi terk edilerek bireyler arasındaki farklar ortadan kaldırılmalı ve insan hakları konusunda bir standart oluşturulmalıdır.⁴⁹¹ Devlet, diğer bir devletin insan hakları hukukunun gerektirdiği şartları yerine getirememesi sebebiyle vatandaşının uğradığı zararların giderilmesi talebiyle diplomatik koruma yolunu işletmelidir. Zira asgari düzey anlayışı uyarınca insan haklarının korunması bakımından yeterli bir düzey oluşturulamaz.⁴⁹² Asgari düzey karinesi kabul edildiği takdirde diplomatik koruma yolunu işleten devlet, zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunu, vatandaşı olan bireye kendi vatandaşıyla eşit davrandığı gerekçesiyle ileri sürecektir. Bu durumda iddiada bulunan devlet, zarar veren devletin vatandaşlarını insan hakları bakımından korunaksız bırakacaktır. Bu şekilde devletin yalnızca kendi vatandaşını koruması, bütün devletlere vatandaşı olsun ya da olmasın zarara uğrayan her bireyi koruma

⁴⁹¹ Vasileios PERGANTIS, “Towards a ‘Humanization’ of Diplomatic Protection”, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 66, 2006, s. 357.

⁴⁹² Robert MCCORQUODALE, “The Individual and the International Legal System”, in **International Law**, Editör Malcolm D. EVANS, Second edition, Oxford-New York, Oxford University Press, 2006, s. 310.

yükümlülüğü getiren insan hakları hukukuyla çelişki yaratacaktır.⁴⁹³ Zira insan hakları hukuku devletlere sadece kendi vatandaşlarını ve kendi çıkarlarını koruma hakkını vermemekte, aynı zamanda onlara uluslararası toplumun ortak çıkarlarını koruma yükümlülüğünü getirmektedir.

II. BİREYİN, UĞRADIĞI ZARARIN GİDERİLMESİNİ TALEP ETME HAKKI

Uluslararası Hukukun uygulama alanı yaşanan gelişmelere göre değişmektedir. Birey bakımından da bu durum önem arz etmektedir. Zira insan hakları hukukunun gelişimi Uluslararası Hukukun devlet merkezli yapısını sorgulanır hale getirmiştir.⁴⁹⁴ Modern Uluslararası Hukuk açısından bireyin haklarının korunması devlete getirilmiş bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğe uygun olarak çeşitli Uluslararası Hukuk yolları öngörülmüştür. Söz konusu Uluslararası Hukuk yolları bireye zararının giderilmesini isteme hakkı tanımaktadır. Birey, kendisini zarara uğrattığını ileri sürdüğü devletten, zararının giderilmesini doğrudan talep edebilecektir. Ancak her birey bu zararın giderilmesini Uluslararası Hukuk yolları çerçevesinde talep edememektedir. Kendisine doğrudan başvuruda bulunabileceği bir Uluslararası Hukuk yolu tanınmayan bireyler de bulunmaktadır. Birey, Uluslararası Hukukun süjesi olmadığı için, onun korunmasında, vatandaşlık bağı büyük önem arz etmektedir.⁴⁹⁵ Bu durumda diplomatik koruma kurumuna duyulan ihtiyaç biraz daha özel bir nitelik kazanmaktadır. Birey, doğrudan kullanabileceği Uluslararası Hukuk yolları bulunmadığında korunmaya ihtiyaç duyacaktır. Vatandaşlığında olduğu devlet diplomatik koruma yolunu işlettiği takdirde bireyin bu ihtiyacının karşılanacağı kolaylıkla söylenemez. Zira bireyin uğradığı zararın giderilmesini sağlamak bir uluslararası yükümlülüktür; fakat bu yükümlülüğün diplomatik koruma

⁴⁹³ ERASMUS, **a.g.m.**, s. 123.

⁴⁹⁴ Bkz. Martti KOSKENNIEMI, “What is International Law for?”, in **International Law**, Editör Malcolm D. EVANS, Second edition, Oxford-New York, Oxford University Press, 2006, s. 62,63.

⁴⁹⁵ Ian BROWNLIE, “International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations – General Course on Public International Law”, in **Recueil des Cours**, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1995, Vol. 255, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publisher, 1996, s. 62.

aracılığıyla etkin bir şekilde uygulanabilmesinde pek çok problemle karşılaşmaktadır.

Birey, yabancı statüsünde bulunduğu bir devlette uğradığı zararların giderilmesi için, o devletin iç hukuk yollarını tüketmesine rağmen sonuç alamayabilir. Hatta bireyin zarar veren devletin iç hukuk yollarını tüketmesi de engellenmiş olabilir. Böyle bir durumda bireyin mağdur edilmeden, Uluslararası Hukukun öngördüğü şekilde korunması ve zararının giderilmesi gerekmektedir. Diplomatik korumanın, bu hususun gerçekleştirilmesinde yerinin ne olduğu veya ne olması gerektiği çeşitli olasılıklara göre irdelenmelidir.⁴⁹⁶

1. Devletin Diplomatik Koruma Yolunu İşletme Hakkı ve Uluslararası Sorumluluk

Uğradığı zararının giderilmesini talep etmek için doğrudan kullanabileceği bir Uluslararası Hukuk yolu olmayan birey, varolan zararının giderilememesi tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Aslında bu tehlike geleneksel yapısıyla diplomatik koruma kurumunun işletilmesi durumunda da söz konusu olmaktadır. Zira bireyin gördüğü zararlar nedeniyle insan hakları hukuku çerçevesinde oluşturulan uyuşmazlıkların çözüm yolları ile klasik Uluslararası Hukukun uyuşmazlık çözüm yolları arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Klasik yollar devletin çıkarlarını korumak amacıyla oluşturulmuştur.⁴⁹⁷ Oysa insan hakları hukukunun temel amaçlarından birisi, bireyin, devletin kendisinin zarara uğramasına neden olan eylem ve işlemleri karşısında güvencesiz kalmamasıdır. Bununla birlikte, bireyin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletme hakkını kullanmak istememesi bireyin zararının giderilememesi sonucunu doğuracaktır. Aynı şekilde bu devletin zararın giderilmesini kendisine ait bir hakkı korumak adına gerçekleştirmesi ve bireyin sahip olduğu hakları

⁴⁹⁶ Joseph L. KUNZ, “The *Nottebohm* Judgement (Second Phase)”, American Journal of International Law, Vol. 54 (3), 1960, s. 560.

⁴⁹⁷ TRINDADE, a.g.e. (1988), s. 384.

görmezden gelmesi de, bireyin zararının giderilmesi yükümlülüğüyle uyumlu olmayacaktır.

Bu çelişkinin ortaya çıkması doğaldır; çünkü Uluslararası Hukukta farklı normların birbirleriyle ilişkisinin ne olacağına dair kesin bir çözüm yolu bulunmamaktadır. Genellikle özel nitelikli düzenlemelerin, genel nitelikli olanlara nazaran öncelikle uygulanacağı kabul edilmektedir. Bununla beraber, bu farklı alanlar birbirleriyle uyumlu hale getirilmedikçe varolan karışıklık devam etmektedir.⁴⁹⁸ Diplomatik korumanın bireyin çıkarlarını koruyan bir Uluslararası Hukuk yolu olduğu yönünde bir saptama uygulamada yapılamamaktadır. Bunun nedeni insan hakları hukukunun amaçlarının bir uluslararası düzenlemeyle diplomatik koruma açısından da ele alınmasına duyulan ihtiyaçtır.

Devletin, vatandaşının uğradığı zararlara dayanarak diplomatik koruma yolunu işletmemeyi tercih etmesi durumunda iki sorun ortaya çıkmaktadır. Birincisi bireyin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletmemesi neticesinde bireyin uğradığı zararların giderilmemesinin o devletin kendi vatandaşına karşı sorumluluğunu doğurup doğurmayacağıdır. İkinci sorun bireyin zararının giderilememesi neticesinde uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunması bakımından doğmaktadır. Buna göre bireyin vatandaşlığında olmadığı bir devletin onun haklarının korunması için harekete geçip geçemeyeceği ve bu durumda hem zarar veren devlete hem de diplomatik koruma yolunu işletmeyen devlete karşı onların uluslararası sorumluluklarının ileri sürülüp sürülemeyeceği de irdelenmelidir.

Diplomatik koruma, hem klasik hem de modern Uluslararası Hukuk tarafından devlete tanınan bir hak olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla devletin tamamen kendisine ait olan bir hakkı kullanmamasından dolayı,

⁴⁹⁸ Dinah SHELTON, “International Law and Relative Normativity”, in *International Law*, Editör Malcolm D. EVANS, Second edition, Oxford-New York, Oxford University Press, 2006s. 161 – 163.

onun uluslararası sorumluluğunu ileri sürmek kolayca kabul edilecek bir düşünce değildir.⁴⁹⁹ Zira herhangi bir hukuk düzeni içerisinde o hukuk düzeninin parçası olan süjelere tanınan haklar onların kendi iradeleriyle hareket edebilecekleri alanları belirler. Bu açıdan bakıldığında diplomatik korumanın devlete tanınan bir hak olduğunu söylemek, ona, diplomatik koruma yolunu işletip işletememe konusunda seçim yapma hakkının tanındığı anlamına gelmektedir. Bir başka ifadeyle devletin diplomatik koruma yolunu işletme hakkı olduğu gibi işletmeme hakkı da bulunmaktadır.⁵⁰⁰ Ancak her hukuk düzeni kendi süjelerine verdiği hakları, kötüye kullanılmamak üzere tanır. Dolayısıyla devlet de kendisine ait olan diplomatik koruma yolunu işletme ya da işletmeme hakkını Uluslararası Hukukun amaçlarına uygun bir şekilde kullanmalıdır. Bu hakkını kullanıp kullanmaması, Uluslararası Hukukun parçası olan bireyin haklarının Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde korunmasını engellememelidir.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, diplomatik koruma yolunu işletmenin devletin bir hakkı olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte bu hakkı kullanacak olan devletin, vatandaşının bu hakkın kullanılması yönündeki talebine bir cevap vermesi gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁰¹ Buna göre devlet diplomatik koruma yolunu işletmemeye karar verdiği zaman, bireye uygun bir gerekçe göstermek zorundadır. Mahkeme gösterilen gerekçenin mantıksız olması veya devletin, zararın giderilmesi konusunda iyi niyetli davranmadığının ortaya konması durumunda⁵⁰², yargının olaya müdahil olabileceğini kabul etmiştir.⁵⁰³ Yani birey, vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletmeyerek kötü niyetli bir şekilde kendisini

⁴⁹⁹ Bkz. MAZZESCHI, a.g.m. (2009), s.222.

⁵⁰⁰ Klasik Uluslararası Hukuk açısından, devlet bireyin uğradığı zararlar nedeniyle diplomatik koruma yolunu işletmediği takdirde Uluslararası Hukukta yer alan hiçbir yükümlülüğe aykırı davranmamış olacaktır. (Bkz. FORCESE, a.g.m.(2007), s. 111.)

⁵⁰¹ **Samuel Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa, The Minister of Justice and Constitutional Development and Others**, Constitutional Court of South Africa, Case CCT 23/04, 4 August 2004, International Legal Materials, Vol. 44 (1), January 2005, paragraf 63.

⁵⁰² **Samuel Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa, The Minister of Justice and Constitutional Development and Others**, paragraf 79, 80.

⁵⁰³ **Samuel Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa, The Minister of Justice and Constitutional Development and Others**, paragraf 69.

korumaktan imtina ettiğini ileri sürerek onun uluslararası sorumluluğunu ileri sürebilecektir.

Devlet diplomatik koruma yolunu işlettiği takdirde, uluslararası sorumluluğunu ileri sürdüğü devlet ile ilişkilerinin bozulması riskini göze almaktadır. Diplomatik koruma yolunu işletmek, onun çıkarlarına aykırı bir durum oluşturabilecektir. Dolayısıyla devletlerarası ilişkilerde bir devletin tamamen kendi vatandaşı olan bireyin isteğiyle hiçbir sorgulama yapmaksızın diplomatik koruma yolunu işletmesi beklenemez. Devlet önce bireyin zarara uğramasına neden olan koşulları araştırmalıdır. Bunun neticesinde eğer vatandaşının diğer devletin uluslararası sorumluluğunun ileri sürülmesine neden olacak davranışıyla zarara uğramadığı kanısına varırsa, diplomatik koruma yolunu işletmemesi gerekir. Zaten bu durum Uluslararası Hukukun amaçlarına da uygun olacaktır. Zira devletlerin arasında meydana gelecek uyuşmazlıklar uluslararası toplumun çıkarlarına aykırı durumların ortaya çıkmasına neden olabilir.

Bununla birlikte, devlet, vatandaşının bir başka devlet tarafından Uluslararası Hukuka aykırı bir davranışla zarara uğratıldığı kanısına varırsa bu durumda, insan hakları hukukunun getirdiği bireyin korunması yükümlülüğüyle karşı karşıya kalacaktır.⁵⁰⁴ Zira Uluslararası Hukuk belirli şartlar altında sadece bireyin vatandaşlığında olduğu devlete değil, uluslararası toplumun üyesi bütün devletlere bireyin uğradığı zararları giderme yükümlülüğünü tanıyabilmektedir. Ancak söz konusu yükümlülük diplomatik koruma yolunun işletilmesi bakımından açıkça tanınmamıştır. Bununla beraber insan haklarının geldiği bu aşamada, devletin en azından diplomatik koruma yolunu işletmemesinin nedenlerini vatandaşına bildirmesi beklenir.⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ Bkz. MAZZESCHI, a.g.m.(2009), s.224.

⁵⁰⁵ MAZZESCHI, a.g.m. (2009), s.221.

1.1. Bireyin Uğradığı Zararın Yalnızca Diplomatik Koruma Yoluyla Giderilebilmesi Durumunda Uluslararası Sorumluluk

Birey, açıkça yabancı bir devlet tarafından kendisinin uluslararası sorumluluğuna neden olacak bir şekilde zarara uğratılmışsa ve başvurma hakkına sahip olduğu hukuk yolları çerçevesinde zararının giderilmesini sağlayamamışsa, bu zarar diplomatik koruma yoluyla giderilebilecektir. Ancak bireyin vatandaşlığında olduğu devlet de bu zararın giderilmesi için diplomatik koruma yolunu işletmeme hakkına sahiptir.⁵⁰⁶ Zira bu yolu ondan başkası kullanamaz ve onu bu yolu işletmeye zorlayacak hiçbir Uluslararası Hukuk kuralı bulunmamaktadır.⁵⁰⁷ Bununla beraber devletin diplomatik koruma yolunu işletmemesinin birtakım hukuki sonuçlarının da olması gerekir. Zira Uluslararası Hukuk açısından sonuçları olan bir davranışla ortaya çıkan zarar giderilmemiş ve bireyin haklarının korunmaması nedeniyle uluslararası toplumun ortak çıkarlarına aykırı bir durum meydana gelmiş olacaktır.

Devlet vatandaşını korumakla yükümlü olduğu için vatandaşının yabancı bir devlet tarafından uğratıldığı zararlarının giderilmesini sağlamayarak insan hakları hukukunun amaçlarına uygun olmayan bir davranış sergilemiş olacaktır. Zira bireyin başvuracağı herhangi bir Uluslararası Hukuk yolu bulunmamaktadır ve Uluslararası Hukuk her ne kadar bütün devletlere bireyin koruma yükümlülüğünü getirmişse de, bu yükümlülüğün içeriği tam olarak oluşturulmamıştır. Bu nedenle söz konusu zararın varolan Uluslararası Hukuk kuralları çerçevesinde giderilmesinin tek yolu diplomatik korumadır.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ J. Mervyn JONES, “The Nottebohm Case”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 5(2), 1956, s. 230.

⁵⁰⁷ ERASMUS, a.g.m., s. 114.

⁵⁰⁸ MAZZESCHI, a.g.m. (2009), s.225.

1.2. Diplomatik Koruma Yolunu İşletmeyen Devletin Uluslararası Sorumluluğunun İleri Sürülmesi

Devlet, diplomatik koruma yolunu işletmeyerek zararın giderilmesini sağlamıyorsa, zarara uğrayan bireyin, vatandaşlığında olduğu devletin sorumluluğunu ileri sürmesinin sağlanması gerekir.⁵⁰⁹ Bu talebini hem vatandaşlığında olduğu devletin iç hukuk yolları hem de Uluslararası Hukuk yolları çerçevesinde ileri sürebilmesi en uygun yaklaşımdır.⁵¹⁰ Tabii bunun için bireyin vatandaşlığında olduğu devlete karşı tek başına kullanabileceği uluslararası bir hukuk yolunun bulunması gerekmektedir. Bu şekilde doğrudan kullanabileceği uluslararası bir başvuru hakkı olan bireyin, vatandaşlığında olduğu devletin, kendisinin yabancı bir devlet tarafından uğratıldığı zararlara karşı duyarsız kalarak, kendisini koruma yükümlülüğüne aykırı davrandığını ileri sürme hakkına sahip olması gerekir.⁵¹¹ Bireyin bu sayede vatandaşlığında olduğu devletten, hareketsiz kalması sebebiyle devam eden zararının giderilmesini talep edecektir.

İspanyol Yüksek Mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlıkta yabancı ülkede zarar gören İspanyol vatandaşları için Bakanlar Kurulu'nun diplomatik koruma yolunu işletmemesiyle ilgili bir durum tespitinde bulunmuştur. Mahkeme, somut olayda diplomatik koruma yolunu işletmenin koşullarının oluşmadığı kanısına varmıştır. Bununla beraber Mahkeme, Bakanlar Kurulu'nun, diplomatik koruma yolunu işletmenin tamamen devlete ait bir hak olduğu ve devletin istemediği takdirde onu bu yolu işletmeye zorlayacak herhangi bir kural olmadığı, bu sebeple diplomatik koruma yolunu işletmemesi nedeniyle sorumlu tutulamayacağı yönündeki iddiasıyla hemfikir olmadığını ifade etmiştir.⁵¹² Bu karardan sorumluluğun ne şekilde doğduğu, devletin diplomatik koruma yolunu işletmesiyle ilgili ne tür yükümlülüklerinin

⁵⁰⁹ Bkz. MILANO, **a.g.m.**, s. 108.

⁵¹⁰ Bkz. MCCORQUODALE, **a.g.m.** (2006), s. 316.

⁵¹¹ Bkz. Craig FORCESE, "Shelter from the Storm: Rethinking Diplomatic Protection of Dual Nationals in Modern International Law", George Washington International Law Review, Vol. 37(2), 2005, s. 500.

⁵¹² **FSA v. Council of Ministers Case**, Spain, Supreme Court (Third Chamber), Case no. 516, 6 February 1987, International Law Reports, Vol. 88, 1992, s. 696.

olduğu anlaşılamamaktadır. Ancak bu karardan çıkan önemli sonuç devletin diplomatik koruma yolunu işletmeme hakkını hiçbir sorumluluk üstlenmeden kullanamama özgürlüğüne sahip olmamasıdır.

Konuyla ilgili İngiliz Temyiz Mahkemesi'nin de radikal bir kararı bulunmaktadır. İngiliz Temyiz Mahkemesi, önüne gelen somut olayda, Birleşik Krallık yetkililerinin diplomatik davranışlarının yeterli olup olmamasıyla ilgili bir karara varmıştır. Buna göre İngiliz vatandaşı bireylerin, kendi devletlerinin yardımını beklemesinin normal olduğunu bununla beraber, devlet yetkililerinin bireyi korumaya yönelik davranışlarında bir yetersizlik bulunmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, bireyin, vatandaşlığında olduğu devleti diplomatik koruma yolunu işletmeye zorlama yetkisinin olmadığını da belirtmiştir.⁵¹³ Bu kararla İngiliz hukukunda diplomatik koruma yolunu işletmenin devlete tanınan bir hak olduğu üzerinde bir kez daha durulmakta, bununla beraber, bireyin, vatandaşlığında olduğu devletin korumasından faydalanma hakkı olduğu teyit edilmektedir. Daha da ileri gidilerek, ilgili mercilerin diplomatik koruma yolunu işlettiklerinde bireyin zararlarını giderme veya çıkarlarını korumada yetersiz kalmasının nedenlerinin sorgulanabileceği ortaya konmaktadır. Böylece diplomatik koruma yolunu işletmenin devlet açısından bireye karşı birtakım sonuçlarının olabileceği de kabul edilmektedir.⁵¹⁴ Bu karar, devletin diplomatik koruma yolunu işletme ya da işletmeme hakkının insan hakları hukukunun amaç ve gerekleri çerçevesinde kullanılması gerektiğini ortaya koymaktadır.⁵¹⁵

Devlet, bir başka devletle olan ilişkilerinin bozulmaması riskini almak istemiyorsa, bunun sonuçlarına kendisinin katlanması beklenir. Devletin, başka bir devletle ilişkilerinin bozulması gibi bir neden olmaksızın sadece

⁵¹³ **Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs**, United Kingdom Supreme Court of Judicature – Court of Appeal (Civil Division), Case no: C/2002/0617A;0617B, 2002 EWCA Civ. 1598, 6 November 2002, paragraf 68 – 72, in *International Legal Materials*, Vol. 42(2), 2003, s. 377 – 380.

⁵¹⁴ Colin WARBRICK, “**Introductory Note to the United Kingdom Supreme Court of Judicature – Court of Appeal (Civil Division): Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs**”, *International Legal Materials*, Vol. 42(2), 2003, s. 357.

⁵¹⁵ VERMEER-KÜNZLİ, **a.g.m. (2006)**, s. 295.

vatandaşının uğradığı zararın giderilmesini umursamadığı için bu yolu işletmediği takdirde de sorumlu tutulması gerekir. Alman Anayasa Mahkemesi, Alman hükümetinin dış politikası çerçevesinde çeşitli siyasi kararlar verdiğini ve bu nedenle söz konusu kararların verilmesi esnasında hükümetin tamamen kendi istekleri çerçevesinde kullanabileceği bir takdir hakkına sahip olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, daha sonra devletin vatandaşına ne şekilde bir koruma sağlayacağını bu şartlar altında belirleyeceğini belirtmiştir.⁵¹⁶ Devlet, kendi çıkarları için vatandaşının korunmasını göz ardı edebilecektir. Bireye bu durumda vatandaşlığında olduğu devletin sorumluluğunu ileri sürme hakkı tanınması en uygun yoldur. Bu şekilde devletin diplomatik koruma yolunu işleterek vatandaşının haklarını koruması sağlanabilir.

1.3. Diplomatik Koruma Yolu İşletilmesine Rağmen Bireyin Zararının Giderilmemesi

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik korumaya ilişkin taslak metninin 19. maddesinde uluslararası sorumluluğa neden olan bir eylem nedeniyle bireyin uğradığı zarardan dolayı, bireyin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunun işletilmesi hususunda gereken ihtimamı göstermesi gerektiği belirtilmektedir. Bununla beraber bu hüküm bağlayıcı değil tavsiye niteliğindedir. Maddenin yorumunda bireyin haklarının korunmasının günümüzde Uluslararası Hukukun en önemli amaçlarından birisi haline geldiği ve bu hakların korunmasını sağlayabilecek yollardan birisinin de diplomatik koruma olduğu ifade edilmektedir.⁵¹⁷ Bu koşulun yalnızca Uluslararası Hukukun emredici normları açısından uygulanabilir olduğu da savunulan görüşlerden birisidir.⁵¹⁸ Ancak her ne kadar emredici normlarla ilgili gelişmelerden hareketle madde yorumlansa da, söz konusu

⁵¹⁶ **Rudolph Hess Case**, Bundesverfassungsgericht, Case no. 2 BvR 419/80, International Law Reports, Vol. 90, 1992, s. 396.

⁵¹⁷ ILC, A/61/10, s. 95.

⁵¹⁸ Annemarieke VERMEER-KÜNZLİ, "A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility *Erga Omnes*", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 56(3), 2007/b, s. 563.

yorumda hiçbir ayırım yapılmadan insan haklarının korunmasından bahsedilmektedir.

Devletin diplomatik koruma yolunu işletmesini sağlamak da tek başına Uluslararası Hukukun modern amaçlarıyla örtüşmemektedir. Zira diplomatik koruma yolunu işleten devlet, zararın giderilmesine yönelik elde ettiği sonucu vatandaşına yansıtmadığı takdirde, bireyin zararının giderilmesi sağlanamamış olacaktır. Birey korumasız kalacaktır. Oysa devlet bireyi korumakla yükümlüdür. Diplomatik koruma yolunun tamamen bireyin vatandaşlığında olduğu devletin çıkarlarının korunması adına kullanıldığı bu durumun da birtakım sonuçları olacaktır.

Klasik Uluslararası Hukuk açısından sonuç, zarar veren devletin, diplomatik koruma yolunu işleten devlete ödediği tazminatla uyuşmazlığın sona ermesidir. Diplomatik koruma yolunu işleten devletin zararı giderilmekte, böylece diplomatik koruma yolunun işletilmesini gerektiren uluslararası uyuşmazlık da ortadan kaldırılmaktadır. Söz konusu durum devletlerin arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesini sağlamaktadır. Uyuşmazlığın olmadığı bir uluslararası toplum da devletlerarası ilişkilerde istikrar, güven ve barış ortamının garanti edilmesi anlamına gelmektedir. Bu durum tamamen klasik Uluslararası Hukukun amaçlarına uygundur.

Bununla beraber, insan hakları hukukunun amacı bireyin korunması olarak belirlenmiştir. İşte bu sebeple devletin elde ettiği zarar giderimini vatandaşına yansıtmaması gerekmektedir.⁵¹⁹ Devlet, aksine bir davranış sergilediği takdirde, vatandaşı olan birey onun uluslararası sorumluluğunu ileri sürebilmelidir. Devlet, zararın giderilmesi adına elde ettiği sonuçları vatandaşına yansıtmayarak, bireyi koruma yükümlülüğüne aykırı davranmış olacaktır. Yani insan hakları bakımından Uluslararası Hukuka aykırı bir davranışta bulunacaktır. Bu aykırı davranışı neticesinde yeni bir zarar

⁵¹⁹ Bkz. Annemarieke VERMEER-KÜNZLİ, “Unfinished Business: Concurrence of Claims Presented before a Human Rights Court or Treaty Body and through Diplomatic Protection”, Human Rights Law Review, Vol. 10(2), 2010, s. 276.

olmasa da niteliği değişmiş bir zarar söz konusu olacaktır. Yabancı devletin verdiği zararın, uluslararası sorumluluğa ilişkin sonuçları ortadan kalkmış olacaktır. Ancak bu durum bireyin zararının ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Bununla beraber bu zararın giderilmesi için artık zarar veren devlete karşı, bireyin zararının giderilmesi yönünde yapılabilecek bir talep kalmamaktadır.

1.4. Zarar Veren Devletin, Aynı Zarardan Birden Fazla Kez Sorumlu Tutulamaması

Zarar veren devletin Uluslararası Hukukun kendisine birtakım sonuçlar bağladığı davranışları karşılıksız kalmamalıdır. Bununla birlikte zarar veren devlet söz konusu davranışıyla tek bir zararın ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu nedenle o zarara karşı hem bireye hem de bireyin vatandaşlığında olduğu devlete ayrı ayrı tazminat ödemek veya bu zararı her iki süje açısından da ayrı ayrı gidermek zorunda bırakılmamalıdır. (*Ne bis in dem*)⁵²⁰ Böyle bir durum hakkaniyete aykırı bir sonuca neden olur ve zarar veren devlet bu kez kendisi zarara uğrayabilir.

Bu durumda dikkate alınması gereken bir başka hususta *res judicata*dır. Adı geçen ilke verilen mahkeme kararlarının kesin olduğu ve bu kararların iyi niyet çerçevesinde uygulanacağını ifade eder. Bu ilke bir başka

⁵²⁰ Devletlerin iç hukuklarında ve uluslararası ceza mahkemelerinde bu durum *ne bis in dem* ilkesiyle açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu ilke “bir şeyden dolayı iki kere olmaz” anlamına gelmektedir. Buna göre eylemiyle zarara neden olan kişi bir devletin iç hukukunda veya uluslararası ceza mahkemeleri önünde aynı zarardan ötürü iki kere sorumlu tutulamamalıdır. Bununla beraber bu ilkenin uygulanması genel olarak gerçek kişiler açısından görülmüştür. Hatta uluslararası ceza mahkemelerinde bu prensip yeni yeni dikkate alınmaktadır. (Bkz. Robin GEIB, “*Ne bis in dem*”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi February 2010, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 1 – 12.) Ancak bu ilkenin devletler bakımından da dikkate alınıp alınamayacağı açık değildir. Buna rağmen bu ilkenin devletin Uluslararası Hukuka aykırı eylemleri nedeniyle verdikleri zararlardan ötürü sorumluluklarına ilişkin durumlarda da uygulanması yerinde olur. Aksi takdirde bu kez zarar veren devlet zarara uğramış ve bireyin vatandaşlığında olduğu devlet, bireyin zararı giderilmiş olduğu halde haksız bir şekilde tazminat elde etmiş olur.

açından da *ne bis in dem* ilkesiyle yakından ilgilidir.⁵²¹ Buna göre bir insan hakları mahkemesi bireyin uğradığı zararların giderilmesi için kesin kararını verdiğinde, söz konusu kararın uygulanması, bu karardan önce o zararın giderilmesiyle ilgili bir sonuca varılamamasına bağlıdır. Diplomatik koruma yoluyla zarara uğrayan bireyin vatandaşlığında olduğu devlet bu zararın giderilmesini sağlamışsa, birey artık uluslararası bir mahkeme kararına rağmen kendisi açısından zararın giderilmesini sağlayamayacaktır.⁵²² Bu durum açıkça insan hakları hukukunun amaçlarına aykırı bir durumun ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Böyle bir durumda bireyin, vatandaşlığında olduğu devletten, kendisini zarara uğrattığı iddiasıyla zararının giderilmesini talep edebilmesi gerekir. Kendisinin talep etmesini sağlayacak Uluslararası Hukuk yollarının bulunmaması halinde ise şartlara göre diğer devletlerin o bireyin zararlarının giderilmesi için harekete geçmeleri uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunması bakımından önemli bir rol oynar.

1.4.1. Bireyin Doğrudan Başvurabildiği Uluslararası Hukuk Yollarına Öncelik Verilmesi

Birey, yabancı devlet tarafından zarara uğratıldıktan sonra, o devletin hukuk yolları çerçevesinde sonuç alamadığında, tek başına başvuruda bulunabileceği Uluslararası Hukuk yollarını kullanıp kullanmamaya karar verecektir. Birey bu kararını vereceği süre dolmadan, vatandaşlığında olduğu devlet de vatandaşını zarara uğratan devlete karşı diplomatik koruma yolunu işletebilir. Zira devletin diplomatik koruma yolunu işletmesi için bireyin sahip olduğu Uluslararası Hukuk yollarını tüketmesi kuralı bulunmamaktadır; fakat birey de daha sonra Uluslararası Hukuk yollarına başvurmaya karar verebilir. Bu durumda hem birey hem de onun vatandaşlığında olduğu devlet aynı zararın kendileri açısından giderilmesini ayrı ayrı talep edebilirler.

⁵²¹ William S. DODGE, “*Res Judicata*”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi January 2006, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 1, 2.

⁵²² Annemarieke VERMEER-KÜNZLİ, **a.g.m.(2010)**, s. 274.

Böylesi şartlar altında zarar veren devletin ne şekilde davranması gerektiği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle yukarıda bahsedilen şekilde bireyin, zararlarını giderememe veya geç giderme tehlikesiyle karşı karşıya kalmasının önlenebilmesi için, zarar veren devletin bu yollardan birine öncelik tanıma hak veya yükümlülüğünün olup olmadığı ortaya konması gereken bir husustur.

Uluslararası Hukuk, devletlere bireyin uğradığı zararlarının giderilmesi yükümlülüğünü getirmektedir. Dolayısıyla bütün devletler bu yükümlülüğe uygun şekilde hareket etmek zorundadırlar.⁵²³ Aynı anda hem bireyin zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürmesi hem de onun vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletmesi durumunda, zarar veren devletin diplomatik koruma yolunu işleten devletin taleplerini yerine getirmemesi hakkaniyete en uygun çözümdür.⁵²⁴

Zarar veren devlet, bireyin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yoluyla ileri sürdüğü taleplerine öncelik verdiği takdirde birey açısından olumsuz sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu durumda zarar veren devlet bireyin başvurduğu Uluslararası Hukuk yolları çerçevesinde kendini savunurken diplomatik koruma yoluna başvuran devlete tazminat ödeyerek veya diğer zarar giderim yollarıyla zararı giderdiği iddiasında bulunabilir. Bu durum sadece bir iddia değildir. Aynı zamanda klasik uluslararası hukuk bakımından diplomatik koruma yolu işletilerek zararın sonuçlarının ortadan kaldırılmasıdır. Bununla beraber bu şartlar altında birey, Uluslararası Hukuk tarafından kendisine tanınan bir hukuk yolunu fiilen kullanamaz hale gelir.

Bu açıdan bakıldığında zarar veren devletin bireyin vatandaşlığında olduğu devlete karşı zararı giderdiği iddiasıyla bireye karşı olan sorumluluğundan kurtulamaması gerekir. Zira hem zarar veren hem de

⁵²³ Craig FORCESE, “The Capacity to Protect: Diplomatic Protection of Dual Nationals in the War on Terror”, *European Journal of International Law*, Vol. 17(2), 2006, s. 391, 392.

⁵²⁴ D. TUNIC, “The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) and Diplomatic Protection”, *Thesaurus Acroasium – United Nations Decade of International Law*, Vol. 23, 1998, s. 454.

bireyin vatandaşlığında olduğu devlet, bireyin zararını gidermemek için kötü niyetli hareket edebilir. Diplomatik koruma yolunu işleten devlet, bireyin uğradığı gerçek zararının altında bir tazminatla konunun kapanmasına neden olabilir. Söz konusu devlet, vatandaşına elde ettiği tazminatı yansıtmadığı zaman veya eksik elde ettiği tazminatı yansıttığı zaman bireyin kalan zararı için zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürebilmesi gerekir. Birey böyle bir uyuşmazlıkta bir insan hakları mahkemesi önünde kendisine zarar veren devlete karşı dava açmışsa, uyuşmazlığa bakan mahkemenin zarar veren devletin, bireyin vatandaşlığında olduğu devlete karşı zararı gidermiş olmasını dikkate almaması en makul çözümdür. Mahkemenin, dava konusu olayı irdeledikten sonra, eğer ortaya çıkan zararın zarar verdiği iddia edilen devletin davranışlarıyla gerçekleştiği ve onun uluslararası sorumluluğunun doğduğu kanısına varırsa, zarar veren devletin bu zararı gidermesini sağlayacak şekilde karar vermesi gerekir.

Bu durumda zarar veren devlet hem bireye hem de onun vatandaşlığında olduğu devlete tazminat ödemiş olacaktır. Yani aynı zarar için iki kez tazminat ödemiş olacaktır. Bu husus da hakkaniyete aykırı bir durum teşkil eder. Dolayısıyla bireye zarar veren devlet, diplomatik koruma yolunu işleten devletten ödediği tazminatın geri ödenmesini isterse, haklı bir talepte bulunmuş olacaktır.

1.4.2. Bireyin Doğrudan Başvurabildiği Uluslararası Hukuk Yollarına Başvurmaması Durumunda Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi

Devlet, diplomatik koruma yolunu, birey iç hukuk yollarını tükettikten ve bireyin Uluslararası Hukuk yollarına başvurmayacağının kesinleştiği durumlarda da işletebilir.⁵²⁵ Bireyin bu yolu kullanmamasının çok çeşitli

⁵²⁵ Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35. maddesine göre bireyin, Avrupa İnsan hakları Mahkemesi' ne iç hukuk yollarını tükettikten en geç 6 ay sonra başvurması gerekmektedir.

sebepleri olabilir. Bireyin sosyo ekonomik konumu itibariyle bu yola başvurmanın ne şekilde olacağını bilmemesi ve ekonomik durumunun yargılama masraflarını karşılamaya yetmemesi gibi durumlarla karşılaşılabilir. Bundan başka birey, gördüğü zararı çok önemsemeyerek, Uluslararası Hukuk yollarına başvurmamayı tercih edebilir. Bu şartlar altında bireyin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletme hakkının olup olmadığı, eğer bu hakka sahipse ne şekilde bir sürecin yaşanacağını da ortaya konması gerekmektedir. Bireyin bu tarz davranışları hem zarar veren devlet hem de bireyin vatandaşlığında olduğu devlet açısından bazı hakların doğmasına neden olabilir.

1.4.2.1. Bireyin, Doğrudan Başvurabildiği Uluslararası Hukuk Yollarına Başvurmaması Durumunda, Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi Gerekliliği

Birey, içinde bulunduğu şartlar uyarınca, Uluslararası Hukuk yollarına başvurmak istediği halde bu yollara başvuramıyorsa, bu durum, meydana gelen zararlarını talep etmekten vazgeçtiği anlamına gelmez. Devlet, vatandaşının zararlarını gidermek için harekete geçmek durumundadır.⁵²⁶ Zarar veren devlet, bireyin başvurabileceği Uluslararası Hukuk yolları olduğu halde onlara başvurmayarak zararının giderilmesi talebinden vazgeçtiğini dolayısıyla onun vatandaşlığında olan devletin diplomatik koruma yoluyla bu zararların giderilmesini talep edemeyeceğini ileri süremez. Aynı şekilde bireyin vatandaşlığında olduğu devletin de, vatandaşının Uluslararası Hukuk yollarını kullanmaması sebebiyle zararının giderilmesi talebinden vazgeçtiğini belirterek, diplomatik koruma yolunu işletmekten imtina etmesi de birey açısından zararının giderilememesi ihtimalini doğurur.

Bu durumlarda devlet, vatandaşının uğradığı zararları gidermek için diplomatik koruma yolunu işletebilecektir. Zarar veren devletin söz konusu

⁵²⁶ Bkz. *ELSI Case*, paragraf 60.

zararı gidermesi ve bireyin vatandaşlığında olduğu devletin elde ettiği sonuçları vatandaşına yansıtması gerekir.

1.4.2.2. Bireyin, Doğrudan Başvurabildiği Uluslararası Hukuk Yollarına Başvurmaması Durumunda, Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmemesi Gerekliliği

Bireyin açıkça varolan zararlarını gidermek için Uluslararası Hukuk yollarına başvurmayacağını ifade etmesi veya hal ve tavırlarından bu sonuca ulaşılması durumunda onun vatandaşlığında olduğu devletin ne tarz bir davranış sergilemesi gerektiği de açık değildir. Öncelikle birey, zarar veren devletin iç hukuk yollarını tüketmiş ancak buradan bir sonuç alamamıştır. Birey bu uyuşmazlığı, daha sonra elde edebileceği olası çıkarlardan mahrum kalmamak adına, başvurma hakkı olduğu Uluslararası Hukuk yollarına taşımayabilir. Ancak aynı zamanda onun vatandaşlığında olduğu devlet açısından diplomatik koruma yolunu işletmenin koşulları da oluşmuş olacaktır. Bu durumda devlet, diplomatik koruma hakkını bireyin iradesine rağmen kullanmak isteyebilir. Devlet bu şartlar altında diplomatik koruma yolunu işlettiğinde çeşitli olasılıklar ortaya çıkar.

Devlet, öncelikle bireyin sahip olduğu Uluslararası Hukuk yollarına başvurmaktan vazgeçmesinin nedenlerini değerlendirir. Eğer, yabancı devlet, bireyin bu yolları kullanmaması için Uluslararası Hukuka aykırı başka davranışlarda bulunuyorsa, bireyin vatandaşlığında olduğu devlet, meydana gelen zararlardan ötürü diplomatik koruma yolunu işletebilir. Böylece devlet hem diplomatik koruma yoluyla vatandaşının o ana kadar uğradığı zararlarını giderir, hem de ileride meydana gelebilecek olası zararlarının önüne geçme şansı yakalar.

Birey, Uluslararası Hukuk yollarına başvurmaktan kendi iradesiyle de vazgeçebilir. Örneğin bireyin yabancı devlet ülkesinde büyük bir ticari faaliyete girme imkanı veya ihtimali varsa ve bu devlet yabancı kişilere bu hakkı tanıma konusunda tamamen serbestse, birey, uğradığı zararı

umursamayarak devletle ilişkisini bozmadan ticari hayatına devam etmek isteyebilir. Bununla beraber, bireyin vatandaşlığında olduğu devlet, vatandaşı dolayısıyla kendisinin zarar uğradığını, bireyin bu zararın giderilmesi talebinden vazgeçmesinin tamamen kendi kararı olduğunu, bu nedenle münhasıran kendisine ait olan diplomatik koruma hakkını kullanma konusunda herhangi bir engelinin bulunmadığını ileri sürebilir.

Calvo kaydıyla ilgili açıklamalarda bulunurken, bireyin, devlete ait olan diplomatik koruma hakkından vazgeçmesinin yerinde olmadığı üzerinde durulmuştu. Yukarıda belirtilen durum da üstü kapalı bir şekilde devletin diplomatik koruma yolunu işletmesinin engellenmesi sonucunu doğurmaya elverişlidir. Ancak burada farklı bir durum bulunmaktadır. Calvo kaydında birey açıkça devlete ait bir hakkın kullanımını engelleme taahhüdünde bulunmaktadır. Daha sonra birey, vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletmesini istese bile, bu talepte bulunmayacağını belirtmektedir ki zaten bu tarz bir kayıt diplomatik koruma kurumunun yapısıyla çelişki oluşturmaktadır. Halbuki birey, zararının giderilmesinden açıkça vazgeçmesi durumunda ya gerçekten zararın yabancı devletin Uluslararası Hukuka aykırı davranışından ileri gelmediğine ikna olmaktadır ya da bu yolun işletilmesinin olumsuz sonuçlarından etkilenmek istememektedir. İlkinde zarar veren devletin çıkarları açısından bir sonuç ortaya çıkarken, ikincisinde bireyin çıkarları açısından bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle bu şart altında diplomatik koruma yolunun işletilmemesi daha yerindedir.

Bununla birlikte, bireyin vatandaşlığında olduğu devletin, söz konusu durumda diplomatik koruma yolunun işletilmesini engelleyen bir Uluslararası Hukuk kuralı da yoktur. Devlet, birey dolayısıyla uğradığı zararının giderilmesi için diplomatik koruma yolunu kullanabilir. Zarar verdiği iddia edilen devlet de bunun üzerine, gerçekleştirdiği bir davranışla zararın ortaya çıkmasına neden olduğunu kabul ederek, bireyin vatandaşlığında olduğu devlete bir tazminat ödeyebilir.

Bu durumda devletler açısından bir sorun yoktur. Sorun bireyle onun vatandaşlığında olduğu devlet arasında çıkabilir. Ancak burada birey, zararının giderilmesinden feragat ettiği için, devlet elde ettiği zarar giderimini vatandaşına yansıtmak zorunda olmaz. Bu şartlar altında diplomatik koruma kurumu klasik Uluslararası Hukuk açısından sahip olduğu özelliklere uygun sonuçlar doğurabilir. Bununla beraber eğer, diplomatik koruma yolunun işletilmesi nedeniyle birey zarar veren devletle ilişkilerinden elde edebileceği olası çıkarlarından mahrum kalıyorsa, bu durumda onun vatandaşlığında olduğu devletin hem elde ettiği zarar giderimini kendisine yansıtmaması hem de bireyin elde edebileceği olası çıkarlarından mahrum kalması nedeniyle meydana gelen zararları gidermesi gerekir.

Zarar verdiği iddia edilen devlet, diplomatik koruma yolunu işleten devlete, bireyin bir zararının bulunmadığını kabul ettiğini, bu nedenle kendisinin diplomatik koruma yolunu işletme hakkının olmadığını iddia edebilir. Bu durumda ne şekilde davranılacağı tartışmaya açıktır. Zira bireyin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletme hakkının bulunduğu hareketle, zarar veren devletin bu zararı gidermek zorunda olduğu savunulabileceği gibi, bireyin başvurma hakkının olduğu bir Uluslararası Hukuk yoluna başvurmamasının onun zarara uğramadığına karine teşkil ettiği de savunulabilir. Uluslararası Hukuk yollarına başvurulması da aynı iç hukuk yollarının tüketilmesi gibi değerlendirilebilir. Birey ortaya çıkan zararın yabancı devletin davranışından ileri gelmediğini düşünerek, iç hukuk yollarına başvurmayabilir. Bu durumda onun vatandaşlığında olduğu devlet diplomatik koruma yolunu işletemez. Bireyin bu kanaate iç hukuk yolları tüketildikten sonra da varması mümkündür. Dolayısıyla birey açıkça vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işleterek, zararını gidermesini talep etmedikçe ve Uluslararası Hukuk yollarına başvurmadıkça, bir zararın meydana gelmediğini kabul etmiş demektir. Bu yaklaşımlardan hangisine öncelik verileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır; fakat bireyin, zararını bir Uluslararası Hukuk yolu ile giderme hakkından vazgeçmesi durumunda onun vatandaşlığında olduğu

devletin diplomatik koruma yolunu işletmemesi daha yerinde gözükmetedir.

Uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunması adına bireyin, vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletmesi nedeniyle uğradığı zararlarının giderilmesi gerekmektedir. Zira birey Uluslararası Hukuk yollarına başvurmadiğı için bu hakkın artık tamamen kendi çıkarlarını korumaya yönelik olduğunu iddia eden devlet, bunu yaparken vatandaşının sahip olduğu haklarına aykırı bir sonucun ortaya çıkmamasını da sağlamalıdır. Aksi takdirde, o devlet, vatandaşını koruma yükümlülüğüne aykırı davranmış olacaktır. Bununla beraber diplomatik koruma yolunun işletilmesi durumunda bu şekilde bireyin zararının giderilebileceğine dair bir Uluslararası Hukuk kuralı bulunmamaktadır.

1.4.2.3. Bireyin, Zararının Giderilmesini İstememesine Rağmen Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi ve Bu Sebeple Ortaya Çıkan Yeni Zararların Giderilmesi Sorunu

Birey, vatandaşlığında olduğu devlete karşı doğrudan başvurabileceği bir Uluslararası Hukuk yoluna sahipse, bu yolu kullanabilir. Bu bakımdan birey, vatandaşlığında olduğu devletin kendisinin gördüğü bir zarara dayanarak diplomatik koruma yolunu işletmesi neticesinde daha büyük zararlara maruz kaldığını iddia edebilir. Eğer böyle bir Uluslararası Hukuk yoluna başvurma hakkı yoksa yetkisi olan herhangi bir devlet de bireyin uğradığı zararların giderilmesini talep edebilir.⁵²⁷ Burada devletin Uluslararası Hukuka aykırı bir eyleminin bulunmamasına rağmen, diplomatik koruma yoluna başvurarak vatandaşının zarara uğramasına neden olmasından dolayı objektif sorumluluğu ortaya çıkar.

Devlet, vatandaş zararının giderilmesini istemese bile diplomatik koruma yolunu işleterek tamamen kendisine ait olan bir hakkını

⁵²⁷ Bkz. Menno T. KAMMINGA, *Inter-State Accountability for Violations of Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, s. 182; Bkz. MILANO, *a.g.m.*, s. 116, 117.

kullanmaktadır. Uluslararası Hukuk bugün için devlete, kendine ait bir hak olarak diplomatik koruma yolunu kullanmaya izin vermektedir. Dolayısıyla bireyin zararının giderilmesi açısından hem bireyin uluslararası bir hukuk yoluna başvurması, hem de onun zararının giderilmesini isteyen diğer devletin talebi, bireyin vatandaşlığında olduğu devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürmeye engel olabilir. Bu noktada büyük bir çelişki ortaya çıkmaktadır.

Devlet, varolan diplomatik koruma yolunu işletme hakkını bireyin çıkarlarını gözeterek şekilde kullanmadığı için, bireyin zararının giderilememesi sonucunu doğuracaktır. Bu durum da bireyi korumakla yükümlü olan devlet, bu yükümlülüğüne aykırı bir sonucun ortaya çıkmasına neden olacaktır. Devlet, koşulları bakımından diplomatik koruma yolunu Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde işletmekte; fakat bu yolu işlettikten sonra bireyin daha büyük bir zarar görmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla devletin bu davranışından dolayı vatandaşına karşı sorumlu olması gerekir. Hem birey hem de onun haklarını korumak adına hareket eden diğer bir devlet, zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürecektir. Bunun dışında varılacak bir sonuç bireyin korunaksız kalması anlamına gelecektir. Zira devletin diplomatik koruma yolunu modern Uluslararası Hukukun amaçlarına uygun olarak bireyin uğradığı zararları gidermek adına işletmesi beklenmektedir.

Bireyin tamamen zararının giderilmesi talebinden vazgeçtiği durumlarda, onun vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yoluyla bu zararın kendi çıkarı için giderilmesini sağlaması bireyin daha sonra uğrayacağı bir zararını ortaya çıkarmazsa sorun yoktur. Ancak bu davranış bireyin ilk zararıyla beraber başka zararlara da uğraması sonucunu beraberinde getiriyorsa, vatandaşlığında olduğu devlet onun zarar görmesine neden olur. Bu sebeple diplomatik koruma yolunu işleten devletin vatandaşının zarar – çıkar dengesini göz önünde tutması büyük önem arz eder.

1.5. Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi Sonucunda Elde Edilen Zarar Gideriminin, Zararın Tamamını Karşılamaması

Diplomatik koruma yolunu işleten devlet, Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde hareket etmekle ve elde ettiği zarar giderimini vatandaşına yansıtmakla beraber, vatandaşının zararını tam olarak gideremeyebilir. Devlet, vatandaşına zarar veren yabancı devletle yaptığı görüşmeler ve pazarlıklarla bireyin çıkarları açısından belirli sonuçların ortaya çıkmasını sağlar. Bu sonuçlar bireyin tatmin olmasını sağlayabileceği gibi onun mağduriyetinin giderilememesine de neden olabilir.⁵²⁸ Birey, vatandaşlığında olduğu devletin eksik bir şekilde elde ettiği zarar giderimini kabul ederek, zararını talep etmekten vazgeçmek zorunda değildir.

Bireyin, vatandaşı olduğu devlete karşı kullanabileceği Uluslararası Hukuk yolları varsa, bu yollar aracılığıyla ondan zararının kalan kısmının da tazmin edilmesini talep edebilmesi gerekir. Zira bu durumda devlet bireyin zararının giderilmesi konusunda yetersiz kalmaktadır. Söz konusu şartlar altında bireyin, kendisini koruma yükümlülüğüne aykırı davranan vatandaşlığında olduğu devlete karşı Uluslararası Hukuk yollarına başvurarak zararının giderilmesini talep edebilmesi yerinde olur. Bu süreç sonunda vatandaşının kalan zararını gideren devlet artık zarar veren devletten bu zarar giderimini isteyemez; çünkü zarar veren devlet, zarara uğrayan bireyin vatandaşlığında olduğu devletle vardıkları anlaşmaya uygun bir şekilde hareket etmiştir.

1.6. Diplomatik Koruma Yolunu İşleten Devletin, Birey Açısından En Uygun Sonucu Elde Etmesi Gerekliliği

Zararın diplomatik koruma yoluyla ne şekilde giderildiği de önem taşıyabilir. Örneğin bireyin sahip olduğu bir taşınmazın mülkiyeti zorla

⁵²⁸ Bkz. Mariana SALAZAR ALBORNOZ, “Legal Nature and Legal Consequences of Diplomatic Protection. Contemporary Challenges”, Anuario Mexicano De Derecho Internacional, Vol. 6, 2001, s. 412,413.

elinden alınmış olabilir veya hissedarı olduğu şirketin faaliyetlerine son verilerek, şirketin malvarlığına el konulmuş olunabilir. Birey, bu tarz zararlara uğradığında, durumunun eski haline getirilerek zararının giderilmesi beklentisinde olabilir. Diplomatik koruma yolunu işleten devlet de bu imkanı olduğu halde tazminat alarak zararın kapandığını kabul edebilir. Ancak elde edilen tazminat bireyin mülkiyetine el konulan taşınmazı gibi bir taşınmaza sahip olmasına yetmeyebilir. Aynı şekilde söz konusu tazminat, bireyin yabancı ülkede faaliyet gösterdiği tarzda bir şirketi kurmasına yeterli olmayabilir.

Bireyin vatandaşlığında olduğu devlet, eğer başka bir imkan olmadığı için tazminat elde edilmesini sağlıyorsa bu durumda bir sorun yoktur. Ancak devlet, bireyin taşınmazına veya şirketine yeniden kavuşmasını sağlayabilecekken bunların yerine tazminatı tercih ediyorsa iki ihtimal bulunmaktadır. Eğer elde edilen tazminat, üzerinde durulan örnekten hareketle, aynı koşullarda aynı veya daha iyi bir taşınmaza sahip olunmasını veya daha büyük kar getiren bir şirket kurulmasını sağlayacak seviyedeysen, bireyin zararı tam anlamıyla giderilmiş olacaktır. Bununla beraber birey elde edilen tazminatla, eski hale iadedenden daha olumsuz koşullara sahip oluyorsa, onun vatandaşlığında olduğu devletin kendisini koruma yükümlülüğüne aykırı sonuçların doğmasına neden olduğu gerekçesine dayanarak söz konusu devletin sorumluluğunu ileri sürebilmesi gerekir. Ancak zarar veren devlet burada tam bir zarar giderimi ödemediği için daha sonra onun tekrar uluslararası sorumluluğunun ileri sürülmesi yerinde olmaz. Yani üçüncü bir devletin bireyin zararlarını gidermesine yardımcı olmak istediği takdirde bunu ancak, diplomatik koruma yolunu işleten, bireyin vatandaşlığında olduğu devletten talep edebilmesi en makul çözümdür.

2. Üçüncü Devletin, Bireyin Uğradığı Zararların Giderilmesi Sürecine Müdahil Olması

Birey, yabancı bir devlet tarafından zarara uğratıldığı takdirde, o yabancı devlete karşı tek başına kullanabileceği bir Uluslararası Hukuk yoluna sahip olmayabilir. Bu durumda bireyin vatandaşlığında olduğu devletten diplomatik koruma yolunu kullanmamasından ötürü giderilemeyen zararını gidermesini talep etme hakkına sahip olup olmadığı açık değildir. Bununla beraber bireyin vatandaşlığında olduğu devlet de söz konusu zararı gidermiyorsa ve bireyin o devlete karşı doğrudan kullanabileceği bir Uluslararası Hukuk yolu bulunuyorsa, modern Uluslararası Hukuk bakımından kendisinin doğrudan vatandaşlığında olduğu devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürerek varolan zararının onun tarafından giderilmesini talep edebilmesi gerekir.

Bireyin, vatandaşlığında olduğu devlete karşı doğrudan kullanabileceği bir Uluslararası Hukuk yolu bulunmayabilir. Bu durumda bireyin tamamen korumasız kalması söz konusu olabilir. Oysa böylesi bir olasılık modern Uluslararası Hukukla uyumsuz bir görüntü oluşturur. Zira insan hakları hukuku çerçevesinde şekillenen modern Uluslararası Hukuk, uluslararası toplumun bütün üyelerine bireyin haklarının korunması yükümlülüğünü getirir.⁵²⁹

Bu durumda herhangi bir devletin bireyin zararlarının giderilmesi için harekete geçmesi ihtimali ortaya çıkacaktır.⁵³⁰ Zarar veren devletin uluslararası toplumun çıkarlarını zedeleyen *erga omnes* bir yükümlülüğü ihlal etmesi veya insan hakları antlaşmaları çerçevesinde diğer devletlere karşı yüklendiği *erga omnes* yükümlülüğe aykırı davranması bu sonucun

⁵²⁹ Natalie KLEIN and Lise BARRY, “A Human Rights Perspective on Diplomatic Protection: David Hicks and his Dual Nationality”, Australian Journal of Human Rights, Vol. 13(1), 2007, s. 23, 24.

⁵³⁰ Bkz. MAZZESCHI, a.g.m. (2009), s. 232.

ortaya çıkmasına neden olabilecektir.⁵³¹ Yalnız burada ortaya çıkan sorun herhangi bir devletin bu yola başvurmadiğı zaman ne olacağı veya başvurduğu takdirde zararın giderilmesini zarar veren devletten mi yoksa diplomatik koruma yolunu işletmeyen devletten mi talep edebileceğidir. İkinci bölümde açıklandığı üzere ne insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalarda ne de Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metninde vatandaş olmayan bir bireyin zararını gidermeyen devlet açısından ne gibi sonuçların doğacağı açıktır. Sadece devletin, zarara uğrayan vatandaşının zararını gidermekle ve onun haklarını korumakla yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu diplomatik korumaya ilişkin çalışmalarında insan haklarının korunmasına ilişkin *erga omnes* yükümlülükleri dikkate almamıştır. Bununla beraber uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metninde bu durumda zararın giderilmesinin sağlanması için harekete geçme hakkının öncelikle onun vatandaşlığında olduğu devlette olduğu kabul edilmiştir. Buna göre eğer bu devlet vatandaşının zararlarını gidermek için gerekenleri yapmıyorsa, diğer bir devlet, uygun şartların bir araya gelmesi durumunda o bireyin haklarının korunması için hareket edebilir.⁵³²

2.1. Üçüncü Devletin, Bireyin Zararının Giderilmesini Talep Edeceğı Devlet

Vatandaş olmayan bir bireyin zararını gidermek isteyen devletin, hangi devletten bunu talep edebileceğı konusu da açık değildir. Zira diplomatik koruma yolunu işletmeyen devlet de zararın giderilmesini sağlamayarak Uluslararası Hukuka aykırı sonucun ortadan kaldırılmasını engellemekte ve vatandaşını korumayarak onun zarara uğramasına neden olacak bir davranışta bulunmaktadır.⁵³³ Ancak diplomatik koruma halen

⁵³¹ Institute of International Law (IIL), “The Protection of Human Rights and the Principle of Non-Intervention in Internal Affairs of States”, Session of Santiago de Compostela, 1989, http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_03_en.PDF, Article 1.

⁵³² Bkz. MILANO, a.g.m., s. 106, 107.

⁵³³ Bkz. SALAZAR ALBORNOZ, a.g.m., s. 415

devlete tanınan bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, vatandaşı olmayan bir kişinin zararını gidermek isteyen kişi varolan Uluslararası Hukuk kuralları çerçevesinde, bireyin vatandaşlığında olduğu devletten bu zararın giderilmesini talep edemez. Bununla birlikte, aynı devleti diplomatik koruma yolunu kullanmaya davet etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Devlet, vatandaşı olmayan bir bireyi korurken, ona zarar veren devletten bu zararın giderilmesini talep edebilir. Zarar veren devlet söz konusu zararın giderilmesini kabul etmediği takdirde ne şekilde hareket edileceği de açık değildir. Zira halen Uluslararası Hukuk kuralları bu boşluğu doldurmamıştır.

Bu sebeplerle insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar ve Uluslararası Hukuk Komisyonu bu hususu detaylı bir şekilde ele almalıdır. Zira Uluslararası Hukuk kuralları ve mahkeme kararları devletlerin kendi vatandaşı olsun ya da olmasın bütün bireylerin haklarını korumakla yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Bununla beraber söz konusu yükümlülüğün ne şekilde yerine getirileceği ve sonuçlarının neler olacağı üzerinde durulmamaktadır. Oysa bu sorunun çözüme kavuşturulması çok zor değildir. Zarar veren ve diplomatik koruma yolunu işletmeyerek vatandaşını korumakta yetersiz kalan devletlerin her ikisinden de bu zararın birey adına giderilmesini talep edilebilmesi yönündeki bir Uluslararası Hukuk kuralı, devletlerin bireyin haklarını gözetmesi konusunda itici güç olacaktır. Her iki devlet de müteselsilen sorumlu tutularak bireyin hakları daha etkin bir şekilde korunabilecektir. Bireyin vatandaşlığında olduğu devlet de vatandaşına ödediği tazminat nedeniyle zarara uğradığını ileri sürerek, yabancı devlete rücu edebilecektir. Bununla birlikte Uluslararası Hukukun korumadığı bir davranışta bulunulmadığını düşündüğü için diplomatik koruma yolunu işletmeyen devletin uluslararası sorumluluğu diğer devletlerce ileri sürülebilmesi gerekir.

Önerilen bu düzenleme de pek çok sorunu beraberinde getirecektir; fakat olası sorunların da düzenlenerek, birey açısından etkin bir uluslararası

koruma mekanizmasının oluşturulması fırsatı yakalanacaktır. Zarar veren ve diplomatik koruma yolunu işletme hakkını haksız bir şekilde kullanmayan devletlerin, uluslararası toplumun tamamına karşı sorumlu olmamak için bireyin haklarına saygı göstermesi sağlanacaktır. Aksi takdirde hem bireyin haklarının korunmasının uluslararası toplumun tamamı bakımından *erga omnes* bir yükümlülük olduğu söylenmiş, hem de Uluslararası Hukuk kurumlarının bu konudaki yetersizliği kabul edilmiş olur. Bu tarz bir çelişki bireyin korunması için getirilen Uluslararası Hukuk kurallarının etik kurallardan öteye geçememesi ve bağlayıcı olamaması sonucunu doğurur. Bununla beraber devleti, diplomatik koruma yolunu bireyin haklarının korunması için etkin bir şekilde işletmeye zorlamak, insan hakları hukukunun amaçlarına uygun olur.

2.2. Diplomatik Koruma Yolunun İşletilmesi Sonucu Bireyin Zararının Tam Olarak Giderilememesi Sebebiyle Üçüncü Devletin Müdahil Olması

Birey, vatandaşlığında olduğu devletin eksik bir şekilde elde ettiği zarar giderimiyle tatmin olmadığı halde, ona karşı kullanabileceği Uluslararası Hukuk yollarından mahrum olabilir. İşte bu durumda uygun olduğu takdirde bir başka devletin bireyin zararının giderilmesi için harekete geçebilme hakkına sahip olması gerekir. Bu devlet, hem zarar veren hem de bireyin vatandaşlığında olduğu devletin her ikisinden de bireyin kalan zararlarının giderilmesini talep eder. Bu durumda zarar veren devlet, üçüncü devlete karşı zararı giderme yükümlülüğünden kurtulduğunu ileri süremeyecektir. Bununla beraber, eğer üçüncü devlet, bireyin vatandaşlığında olan devletten söz konusu zararın giderilmesini talep eder ve bu talebi neticesinde de zarar giderilirse, artık zarar veren devletin uluslararası sorumluluğundan bahsedilemez. Zira diplomatik koruma yolunu işleten devlet, zarar veren devletin ödeyeceği tazminata razı olmuştur. Eksik kalan zarar giderimini ödeyen diplomatik koruma yolunu işleten devlet, zarar

veren devletle vardığı anlaşmanın sonuçlarına uygun bir şekilde hareket etmek zorundadır.

3. İnsan Haklarının Korunmasında Devletlerin Birbirlerine Karşı İşlettikleri Uluslararası Hukuk Yolları ve Diplomatik Koruma

Diplomatik korumanın, insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası antlaşmaların getirdiği sistem içerisindeki konumu da dikkatle ele alınmalıdır. Bireyin uğradığı bir zararın giderilmesini talep eden devlet ve zarar veren devlet aynı insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmanın tarafı olabilirler. Bu durumda devletler genellikle bireyin haklarını koruyabilmek için devletlerarası uyuşmazlık çözüm yollarını belirlemektedirler. Söz konusu durum, sözleşmeye taraf devletin diğer bir taraf devletten yalnızca bireyin haklarının korunması adına talepte bulunma hakkı tanımaktadır. Devlet, insan haklarının korunmasına ilişkin bir uluslararası antlaşmaya taraf olarak böylesi bir devletlerarası uyuşmazlık yolunu benimsediği zaman, diplomatik koruma yolunu klasik anlamıyla işletmekten vazgeçmiş olmaktadır. Bununla birlikte devletler devletlerarası uyuşmazlık çözüm yolunu işletmeye pek sıcak bakmamaktadırlar. Aynı diplomatik koruma yolunun işletilmesi aşamasında olduğu gibi devlet, bir başka devlete karşı insan hakları ihlallerinin giderilmesi talebinde bulunurken siyasi ve ekonomik parametreleri de göz önünde bulundurmaktadır.⁵³⁴ Devlet, vatandaşının uğradığı zarar nedeniyle kendisinin de zarara uğradığı iddiasından vazgeçebilmekte ve meydana gelen zararın tamamen bireye ait olduğunu kabul etmektedir. Devlet, yalnızca bireyin zararının giderilmesine aracılık etmektedir.

İnsan haklarına ilişkin bir uluslararası antlaşmaya taraf olmayıp, bu tarz bir yükümlülüğün doğmadığı devletler açısından diplomatik koruma yolunu işletme hakkı varlığını korumaktadır. Dolayısıyla diplomatik korumanın uygulama alanının insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalara taraf devletler arasındaki uyuşmazlık çözüm sitemlerinde

⁵³⁴ KOIJMANS, a.g.m., s. 1978.

olduğu gibi birey merkezli hale getirilmesi en uygun yoldur. İnsan hakları antlaşmalarında devletler için öngörülen hukuk yolları, diplomatik korumanın devletlerarası bir iddiaya neden olan ama bireyin haklarını koruyan bir Uluslararası Hukuk yolu olabileceğinin en büyük kanıtlarından birisidir.

4. İnsan Haklarının Doğrudan Diplomatik Koruma Yoluyla Korunması

Devletlerin kendi aralarındaki hukuki ilişkiler veya uyuşmazlıklar da insan haklarının korunması açısından bir takım sonuçlar doğurabilmektedir. Buna göre devletlerin, birbirlerine karşı yükümlülüklerine aykırı davranmaları bireyin haklarını etkilemektedir. LaGrand Davasında Divan, devletlere ait olan bir hakkın aynı zamanda korunan bir insan hakkı olarak değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. Buna göre bir devlet diğer bir devlete karşı Uluslararası Hukuka aykırı şekilde davranıyorsa ve bu hak hem onun doğrudan zarar görmesine neden oluyor hem de vatandaşı zarar görüyorsa, zarar gören devlet, vatandaşı için diplomatik koruma yolunu işletebilir.⁵³⁵ Zira bireyin hakları, yalnızca insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası antlaşmalardan kaynaklanmak zorunda değildir.⁵³⁶ Diplomatik korumaya ilişkin uluslararası örf ve adet hukuku kuralları ile taslak metin insan hakları hukuku bakımından yarattıkları etkilerle ele alınmak zorundadır. Zira diplomatik korumaya ilişkin uluslararası kurallar doğrudan bireyi etkilemektedir. Devletin, vatandaşının uğradığı zarardan dolayı diplomatik koruma yolunu işletmemesi veya elde ettiği zarar giderimini vatandaşına yansıtmaması, vatandaşının haklarının yerine getirilememesine neden olacaktır. Bu sebeple diplomatik korumaya ilişkin getirilen kuralların, birey bakımından birtakım haklar yarattığının ve devletlerin buna uygun bir şekilde hareket etmesinin gerektiğinin kabul edilmesi gerekir.

⁵³⁵ **LaGrand Case**, paragraf 77, 78.

⁵³⁶ Piere-Merie DUPUY, “**LaGrand Case (Germany v. United States of America)**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi December 2009, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 1.

LaGrand davasında devletin, vatandaşının ekonomik olarak uğradığı zararlarının yanı sıra onun doğrudan ihlal edilen bir insan hakkına dayanarak da zarar veren devlete karşı iddiada bulunabileceği kabul edilmiş olmaktadır.⁵³⁷ Bir başka ifadeyle LaGrand davası, diplomatik korumanın bir insan hakları hukukunu koruma mekanizması olarak kullanılabilme ihtimalini ortaya çıkarmıştır.

Uluslararası Adalet Divanı, Avena davasında ise konuya daha farklı bir yorum getirmiştir. Adı geçen davada Divan, bireyin haklarının devlet adına birtakım haklar yaratabileceğini, aynı şekilde devletin sahip olduğu hakların bireyin de sahip olduğu haklar olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir. Bu noktaya kadar LaGrand Davasıyla uyumlu bir görüntü çizen Divan, devletin ve bireyin birbirlerine bağlı olan bu haklarından ötürü, bireyin vatandaşlığında olduğu devletin yalnızca kendi ihlal edilen hakkından dolayı uluslararası yollara başvurabileceğini belirtmiştir. Bununla beraber bireyin ihlal edilen haklarının Uluslararası Hukukun bir başka alanında çözüme kavuşturulması gerektiği ve bunlardan ötürü devletin diplomatik koruma yolunu işletme hakkı üzerinde durmanın gerekli olmadığı ifade edilmiştir.⁵³⁸ Divan, devlete ait olan bir hakkın aynı zamanda doğrudan bir insan hakkı olarak nitelendirilmesinden kaçınmıştır.⁵³⁹

Divan, diplomatik koruma açısından insan hakları hukuku ile ilgili bir tartışmanın içine girmemeyi tercih etmiştir.⁵⁴⁰ Avena davasında varılan bu sonuç, bir gerçeği çok açık şekilde ortaya koymaktadır. O da LaGrand davasında Divan'ın insan hakları hukukunun uygulanmasıyla ilgili varolan sınırları aştığı; fakat Avena davasında bu durumun yaratacağı olası bütün hukuki sonuçların alt yapısının hazır olmaması nedeniyle daha radikal

⁵³⁷ Robert JENNINGS, "The LaGrand Case", Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 1 (1), 2002, s. 27; Zsuzsanna DEEN-RACSMANY, "Diplomatic Protection and the LaGrand Case", Leiden Journal of International Law, Vol. 15(1), 2002, s. 102.

⁵³⁸ Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals, paragraf 40.

⁵³⁹ Alexander ORAKHELASHVILI, "Judicial Competence and Judicial Remedies in the Avena Case", Leiden Journal of International Law, Vol. 18(1), 2005, s. 40.

⁵⁴⁰ Bkz. Bruno SIMMA ve Carsten HOPPE, "From LaGrand and Avena to Medellin – A Rocky Road Toward Implementatiton", Tulane Journal of International and Comparative Law, Vol. 14(1), Winter 2005, s. 13.

sayılabilecek bir karar vermekten kaçınmış olduğudur.⁵⁴¹ Ancak bu tutum, diplomatik korumanın uygulanmasında insan hakları hukukuna kapıların kapatılması anlamına gelmektedir.⁵⁴² Oysa Divan, bireyin haklarının korunması adına onun vatandaşlığında olduğu devletin insan hakları hukukuna uygun bir şekilde kullanacağı Uluslararası Hukuk yollarını diplomatik koruma yolunun işletilmesi olarak da nitelendirebilirdi.⁵⁴³ Avena davasında devletin, vatandaşının uğradığı zarardan dolayı uğradığı bir zarar söz konusudur. Birey zarara uğramamış olsaydı onun vatandaşlığında olduğu devlet kendisine ait bir hakkın ihlal edildiğini ve meydana gelen zararın giderilmesini talep edemeyecekti. Divan bu hususu göz önünde bulundurmuş olsaydı, diplomatik koruma yolu işletilerek doğrudan zarar gören bireyin hak ve çıkarları korunmuş olacaktı.

Divan LaGrand ve Avena davalarında, diplomatik korumayı insan hakları hukuku ile bir arada ele almaktan kaçınmıştır. Divan'ın yaptığı yorumlar, insan hakları hukukunun diplomatik korumanın uygulanmasında etkin bir yer edinmesi gerekliliğini göz önüne sermektedir. Bununla birlikte Divan kendi ortaya koyduğu gerekçeleri görmezden gelmekte ve çelişkili bir tutum sergilemektedir. Divan, LaGrand Davasında diplomatik korumayı, bir insan haklarını koruma mekanizması olarak değerlendirmeye çok yaklaşmıştır. Ne yazık ki Avena davasında yeniden insan hakları hukukunun amaçlarını görmezden gelmeyi tercih etmiştir. Oysa LaGrand Davasında açtığı yoldan devam etmeyi tercih etseydi, bireyin haklarının korunması açısından Uluslararası Hukukta gerçekleştirilmesi gereken değişimlere büyük katkı sağlayacaktı. Siyasi endişeler, Avena davası kararında önemli bir fırsatın kaçırılmasına neden olmuştur.

Avena davasından sonra Uluslararası Adalet Divanı, Diallo davasında insan hakları hukukunun diplomatik korumaya etkisi bakımından devrim

⁵⁴¹ Bkz. MILANO, **a.g.m.**, s. 129.

⁵⁴² MILANO, **a.g.m.**, s. 130.

⁵⁴³ Bkz. Annemarieke KÜNZLİ, “Case Concerning Mexican Nationals”, Leiden Journal of International Law, Vol. 18 (1), 2005, s. 53.

niteliğinde bir karara imza atmıştır. Buna göre Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin Diallo'ya yönelik davranışlarının Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 9. ve 13. maddeleri ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartının 6. ve 12. maddelerinin ve Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi'nin (VKİS) 36. maddesinin 1(b) paragrafının öngördüğü uluslararası yükümlülükleri ihlal ettiğini belirtmiştir.⁵⁴⁴ Buna dayanarak da Divan Diallo'nun uğradığı zararlardan ötürü, Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin, Gine ile anlaşarak uygun bir tazminat ödemesine hükmetmiştir.⁵⁴⁵

Diallo kararıyla Uluslararası Adalet Divanı, bireyin ihlal edilen insan haklarının, onun vatandaşlığında olduğu devlet tarafından korunmasının somut örneğini ortaya koymuştur. Devletin, vatandaşının uğradığı zararların onun adına giderilmesini sağlama yetkisi Avena davasında verilen karardan farklı olarak Diallo davasında tartışılmış ve sonuca bağlanmıştır. Devlet, vatandaşı ve onun çıkarlarını koruma adına hareket etmiştir. Söz konusu devletler insan hakları hukukunun öngördüğü yükümlülüğe uygun olarak vatandaşı adına zarar giderimi sağlayacaktır. Bir başka ifadeyle insan hakları hukuku ile diplomatik korumanın uygulama alanları kesişmiştir. Devletin başvurduğu yol, diplomatik korumadır. Giderilmesi öngörülen zarar insan hakları hukukunun ihlalinin kaynaklanmaktadır. Diplomatik koruma yolunu işleten devlet bu nedenle, zararın giderilmesini sağlarken kendi çıkarlarını bir kenara bırakarak doğrudan bireyin çıkarlarının korunması adına hareket etmek zorundadır.

Divan, Diallo davasında yalnızca insan hakları hukukunun Uluslararası Hukukun genel kuralları üzerindeki etkisini göstermemiş, aynı zamanda diplomatik korumanın, bir insan hakları hukukunu koruma mekanizması olabileceğini de kabullenmiştir. Her ne kadar Divan aynı kararında, Diallo'nun şirket hissedarı olarak uğradığı zararlara ilişkin çelişkili

⁵⁴⁴ **Case Concerning Ahmadou Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)**, Judgement, International Court of Justice, 30 November 2010, paragraf 160.

⁵⁴⁵ **Case Concerning Ahmadou Diallo**, Judgement of 30 November 2010, paragraf 161 – 164.

bir tutum sergilemişse de, adı geçen kişinin doğrudan insan olmasından kaynaklanan haklarının korunarak diplomatik koruma yolunun işletilmesinin mümkün olabileceğini ortaya koymuştur.

Birey, devletlerin çeşitli davranışlarına maruz kalarak zarar uğradığında, hak ve çıkarları zedelenmektedir. Bireyin ekonomik, siyasi vb. uğradığı hemen her zarar onun sahip olduğu bir insan hakkının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu karar, diplomatik korumanın devletin değil de bireyin çıkarlarını koruyan bir Uluslararası Hukuk yolu olarak görülmesinin ortaya konması açısından çok önemlidir.

III. ULUSLARARASI HUKUK KOMİSYONU'NUN DİPLOMATİK KORUMAYA İLİŞKİN ÇALIŞMALARI VE İNSAN HAKLARI HUKUKU

Diplomatik korumanın devlete tanınan bir hak mı yoksa bireyin haklarını koruyan bir Uluslararası Hukuk kurumu mu olduğu tartışmaları, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik korumaya ilişkin çalışmalarına da yansımıştır. 2004 yılında oluşturulan diplomatik korumaya ilişkin ilk taslak metnin 1. maddesinde diplomatik koruma, "bir devletin diğer bir devletin Uluslararası Hukuka aykırı davranışlarıyla vatandaşına verdiği zarara dayanarak, kendisine ait olduğu kabul edilen bir hakkı kullanarak diplomatik yollara ve uyuşmazlıkların barışçı çözüm yollarına başvurmasını içerir."⁵⁴⁶ şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu taslak metnin diplomatik koruma konusunda ortaya koyduğu genel özellikler, Uluslararası Hukukun diplomatik korumaya olan genel yaklaşımıyla örtüşmektedir.⁵⁴⁷ Aynı taslak metnin 2. maddesi de diplomatik koruma yolunu işletmenin devlete tanınan bir hak olduğunu ifade etmiştir.⁵⁴⁸ Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2006 yılında oluşturduğu diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 1. maddesinde

⁵⁴⁶ ILC, **Report of the Fifty Sixth Session**, A/59/10, 2004, <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2004/2004report.htm>, s. 17.

⁵⁴⁷ MILANO, **a.g.m.**, s. 92.

⁵⁴⁸ ILC, **A/59/10**, s. 18.

ise diplomatik koruma, bir devletin kendi vatandaşının gördüğü zarar nedeniyle, zarar veren devlete karşı diplomatik yollara ve diğer uyuşmazlığın barışçı çözüm yollarına başvurması olarak ifade edilmiştir. 2006 tarihli taslak metnin 2. maddesi ise 2004 tarihli taslak metnin 2. maddesinin aynısıdır.

2004 tarihli taslak metnin 1. maddesine ilişkin yorumda adı geçen maddenin açıkça devletin, diplomatik koruma yolunu işleterek vatandaşının gördüğü zarardan dolayı ihlal edilen kendi haklarını koruduğu ifade edilmiştir.⁵⁴⁹ 2006 tarihli diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 1. maddesinin yorumunda ise, bireyin gördüğü zararın devletin zararı olarak görülmesinin son derece abartılı bir karine olduğu ve diplomatik korumaya ilişkin pek çok kuralın bu karinenin doğruluğu açısından çelişki yarattığı belirtildikten sonra bireyin hiçbir hakkının olmadığı klasik Uluslararası Hukukun değiştiği ve bireyin Uluslararası Hukukta doğrudan hakların sahibi olabildiği üzerinde durulmuştur. Aynı yorumda bu nedenle diplomatik korumanın devletin mi yoksa bireyin mi ya da her ikisinin birden mi hakkı olduğu sorusunun cevapsız bırakıldığı ifade edilmiştir.⁵⁵⁰

2004 ve 2006 tarihli taslak metinlerin 2. maddeleri aynı düzenlemeyi içermekte olup, söz konusu maddeler diplomatik koruma yolunu işletmenin devlete tanınmış bir hak olduğu üzerinde durmuşlardır. Her iki maddenin yorumunda da devletin diplomatik koruma yolunu işletme yükümlülüğünün olmadığı belirtilmiştir.⁵⁵¹ Bununla birlikte 2006 tarihli taslak metnin yorumunda devletin iç hukukunda gerçekleştirilecek bir düzenleme ile diplomatik koruma yolunu işletmenin devlet için bir yükümlülük haline getirilebilmesinde bir sakınca olmadığı; ama herhangi bir Uluslararası Hukuk kuralının böyle bir yükümlülük öngörmediği ifade edilmiştir.⁵⁵² Bununla beraber bazı devletler, kendi iç hukuklarında vatandaşını koruma

⁵⁴⁹ ILC, A/59/10, s. 25.

⁵⁵⁰ ILC, A/61/10, s. 25, 26.

⁵⁵¹ ILC, A/59/10, s. 29; ILC, A/61/10, s. 29.

⁵⁵² ILC, A/61/10, s. 29.

yükümlülükleri çerçevesinde diplomatik korumayı da bir yükümlülük olarak düzenlemektedirler.⁵⁵³

Taslak metinde yer alan diplomatik korumanın tanımı 2004 yılındaki ilk şekliyle diplomatik korumanın münhasıran devlete ait bir hak olduğu karinesinden hareketle oluşturulmuş; fakat 2006 yılında bu karinenin abartılı olduğu ifade edilerek insan hakları hukukunun amaçları biraz daha göz önünde tutulmuştur. Buna göre diplomatik koruma yolu işletilerek korunan hakların veya çıkarların tamamen devlete ait olduğunun söylenemeyeceği 2006 yılındaki taslak metinde kabul edilmiş; fakat bu hak ve çıkarların kime ait olduğu sorusunun net bir cevabı da verilememiştir.⁵⁵⁴

Taslak metinlerin 2. maddelerinde de ifade edildiği üzere diplomatik koruma yolunu işletme hakkı devlete tanınan bir haktır. Birey kendisi doğrudan diplomatik koruma yolunu işletemez. Bununla beraber 2006 yılındaki taslak metinden artık devletin yalnızca kendi hakkını koruduğunun rahatlıkla söylenemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu noktada tamamen devlete ait olduğu kabul edilen tek hakkın diplomatik koruma yolunun prosedürlerinin yerine getirilmesi olduğu görülmektedir.⁵⁵⁵ Bireye doğrudan haklar tanıyan insan hakları hukukunun gelişimi bu sonuca varılmasını kolaylaştırmaktadır. Zira bireyin gördüğü zarardan dolayı, söz konusu zararların bireyi koruyacak şekilde giderilmesini sağlamak yerine halen devletin haklarını ön planda tutan bir bakış açısı, diplomatik koruma kurumunun modern Uluslararası Hukuk açısından yetersizliğini açıkça ortaya koyacaktır.⁵⁵⁶ Bu nedenlerle Uluslararası Hukuk Komisyonu diplomatik korumaya ilişkin çalışmalarında sıklıkla, insan hakları hukukunun amaçlarına atıfta bulunmuştur.

⁵⁵³ PETE, **a.g.m.**, s. 44; Bkz. FORCESE, **a.g.m. (2007)**, s. 112.; Alman Anayasa Mahkemesi, Alman hükümetinin zarar gören vatandaşı için diplomatik koruma yolunu işletmesinin anayasal bir ödev olduğunu ifade etmiştir. (**Rudolph Hess Case**, s. 387.)

⁵⁵⁴ PELLET, **a.g.m. (2008)**, s. 52.

⁵⁵⁵ VERMEER-KÜNZLİ, **a.g.m.(2007/a)**, s. 60.

⁵⁵⁶ PERGANTIS, **a.g.m.**, s. 352.

2006 yılındaki taslak metinde diplomatik korumanın devletin çıkarlarını mı yoksa bireyin çıkarlarını mı koruduğu sorusuna cevap bulunamaması doğaldır; çünkü diplomatik koruma kurumu ortaya çıktığı zamandan bu yana devletin gördüğü zarar karinesine dayanmıştır. Modern Uluslararası Hukuk açısından da bu karineye dayanarak devletin bireyin haklarını korumasının önünde bir engel yoktur. Her ne kadar modern Uluslararası Hukuk bireyin uğradığı zararların giderilmesini ve onun sahip olduğu haklarının korunmasını amaçlasa da, bireyin gördüğü zarar onun vatandaşlığında olduğu devletin de zararı olarak görülerek diplomatik koruma yolu işletilebilir. Sonuçta diplomatik korumanın bir Uluslararası Hukuk kurumu olarak varlığı vatandaşlık bağının bireyle devlet arasında yarattığı sıkı ilişkiden ileri gelmektedir. Bir başka ifadeyle devletin diplomatik koruma yolunu işletebilmesi için zarar gören bireyin kendi vatandaşı olması taslak metinde öngörülen istisnalar dışında *sine qua non* bir koşuldur.⁵⁵⁷ Bu sebeple modern Uluslararası Hukuk açısından da diplomatik koruma yolu işletilirken, devletin de zarar gördüğü karinesini dikkate alarak hareket etmek yerinde olacaktır.

Önemli olan devletin bu karineye dayanırken de bireyin haklarını korumayı amaçlamasıdır. Şöyle ki; birey zarara uğradıktan sonra ona zarar veren devlet bu zararı giderirse devletin de olası zararı ortadan kalkmaktadır. Yani devletin zarar görmesini veya görmemesini sağlayan, yabancı bir devletin onun vatandaşına yönelik yaklaşımıdır. Bu durumda devlet vatandaşının gördüğü zararın onun adına giderilmesini sağladığında kendisinin uğradığı zarar da ortadan kalkacaktır. Bu nedenle devletin, vatandaşı nedeniyle kendisinin zarara uğradığını ileri sürerek diplomatik koruma yolunu işletmesi ve elde edilen zarar gideriminin bireye yansıtılmasının kabul edilmesi bir çelişki yaratmaz. Böylece devlet aynı anda hem kendisinin hem de vatandaşının çıkarlarını ve haklarını korumuş olacak ve bireyin gördüğü zararlar ortadan kaldırılarak insan hakları hukukuna uygun bir sonuç alınacaktır. Bu açıdan tamamen devletin çıkarlarını ön

⁵⁵⁷ FORCESE, a.g.m. (2005), s. 480.

planda tutan 2004 tarihli taslak metnin 1. maddesinden vazgeçilerek, 2006 tarihli taslak metnin 1. maddesinin bireyin haklarını da dikkate alacak şekilde yorumlanması daha yerinde olmuştur.

Her iki taslak metnin 2. maddesinin diplomatik koruma yolunun işletilmesini devletin bir hakkı olarak ifade etmesi de diplomatik koruma kurumunun yapısı gereğidir. Zira bireyin korunması için öngörülen, doğrudan bireyin kullanabildiği Uluslararası Hukuk yolları da bulunmaktadır; fakat diplomatik koruma, bireyin, vatandaşlığında olduğu devlet tarafından korunmasıdır. Diplomatik koruma yolunu işletmenin devletin bir yükümlülüğü haline getirilmemesi de yerindedir; çünkü devletin bir başka devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürerken bireyin zarara uğramasını sağlayan koşulları iyice araştırması gerekmektedir. Devlet bu araştırması neticesinde yabancı devletin zararın ortaya çıkmasına neden olan bir davranışının bulunmadığını bu sebeple diplomatik koruma yolunu işletmenin bir sonuç getirmeyeceğini görebilir. Oysa diplomatik koruma yolunu işletmek devletin bir yükümlülüğü olarak kabul edilirse devlet, bireyin, zarara uğradığını iddia ettiği her durumda bu yolu işletmek zorunda kalacaktır. Böyle bir durum devletlerarası ilişkileri ve uluslararası toplumun düzenini bozabilir. Bununla birlikte birey gerçekten yabancı devletin gerçekleştirdiği bir davranışla zarara uğradığında bireyin vatandaşlığında olduğu devlet bilerek diplomatik koruma yolunu işletmiyorsa, bireyin devletin bu davranışı nedeniyle ne tür zararlara uğrayabileceğinin ve bu zararları ne şekilde giderebileceğinin düzenlenmesi yerinde olacaktır.

1. Diplomatik Korumanın, Devletin Bir Yükümlülüğü Olmasını Sağlamaya Yönelik Çabalar

2004 yılında diplomatik korumaya ilişkin oluşturulan ilk taslak metin, konuyla ilgili belirli bir yaklaşımı ortaya koymaktadır. Buna göre diplomatik koruma hakkı devletin haklarını koruyan bir Uluslararası Hukuk kurumudur. Ancak söz konusu metnin oluşturulması aşamasında insan hakları

hukukunun etkilerini arttırmaya yönelik tartışmalara da rastlanmaktadır. Özellikle John Dugard, özel raportör olarak bu yönde çeşitli adımlar atmaya çalışmıştır. Bunlardan en önemlisi kendisinin hazırladığı ve UHK'ye sunduğu taslak metnin 4. maddesi önerisi olmuştur. Dugard, teklif ettiği bu madde ile diplomatik koruma yolunu işletmenin devletin takdirinde bir hak olmasına ilişkin ana kurala birtakım istisnalar getirmek istemiştir. Buna göre eğer yabancı bir devlet tarafından *jus cogens* bir norma aykırı davranışla bireye zarar verilmişse ve zarar gören birey kendisinin başvurabileceği yetkili bir Uluslararası Hukuk yoluna sahip değilse, bu durumda söz konusu bireyin talebiyle onun vatandaşlığında olduğu devlet diplomatik koruma yolunu işletmekle yükümlü olmalıdır. Devlet, diplomatik koruma yolunu işletmesi kendisinin ve halkının haklarını ciddi şekilde tehlikeye atmadıkça, o birey için bir başka devlet diplomatik koruma yolunu işletmedikçe ve bireyle kendisi arasındaki bağ etkin oldukça, adı geçen yolu işletmekle yükümlüdür. Devlet, bahsedilen koşullarda diplomatik koruma yolunun işletilmesinin sağlanabilmesi için ulusal mahkemelerini veya ulusal bağımsız mercilerini bireyin söz konusu talebinin zorlayıcılığını sağlaması adına yetkilendirmelidir.⁵⁵⁸

Dugard'ın bu teklifinin olumlu ve olumsuz birtakım yönleri bulunmaktadır. Öncelikle eğer bu madde taslak metinde yer almış olsaydı, bireyin işletebileceği Uluslararası Hukuk yolları bulunması durumunda, bireyin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletemeyeceği kesin olarak kabul edilmiş olacaktı.⁵⁵⁹ Aynı zarar için hem bireyin Uluslararası Hukuk yollarına başvurması hem de onun vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletmesinin uygulama açısından daha önce de irdelendiği üzere bazı sorunlar doğurması mümkündür.

Diplomatik koruma yolunun bireyin haklarının korunması adına ve devletin takdiri dahilinde işletilmesinin, söz konusu Uluslararası Hukuk

⁵⁵⁸ ILC, A/CN.4/506, s. 27.

⁵⁵⁹ Bkz. MILANO, a.g.m., s. 94.

kurumunun yapısına daha uygun düşeceği ifade edilmişti. Zira diplomatik koruma kurumunun temelini teşkil eden karine devletin kendisinin de uğradığını düşündüğü zararın giderilmesidir. Bununla beraber devletin, zarara uğramadığı kanısına varma hakkı da bulunmaktadır. *Jus cogens* normlara aykırılıkla ilgili böyle bir istisna ilk başta olumlu görünebilir. Ancak diplomatik koruma açısından böyle bir düzenlemenin ne kadar gerekli olduğu da tartışmaya açıktır.⁵⁶⁰ Zira meydana gelen ağır ihlallerin giderilmesi açısından önemli bir yükümlülük getirilmiş olacaktır. Bununla beraber teklif edilen bu istisnaya getirilen bir istisna ise konuyu daha ilginç bir boyuta taşımaktadır. Buna göre eğer diplomatik koruma yolunu işletmek devletin önceliği olan çıkarlarını ciddi şekilde tehlikeye atıyorsa, devlet artık diplomatik koruma yolunu işletmekle yükümlü olmayacaktır.⁵⁶¹

Dugard, bu düzenlemenin taslak metinde yer alması durumunda çok önemli bir adım atılmış olacağına inanmaktaydı. O'na göre bir insan hakları sözleşmesine taraf olan devlet, o sözleşmede yer alan haklar bakımından kendi egemen yetkilerini kullanabildiği sınırlar içerisinde vatandaşı olsun ya da olmasın herkese etkin bir koruma sağlamakla ve meydana gelen zararları gidermekle yükümlüdür. Bu nedenle bireyin temel hakları ihlal edildiği zaman, bireyin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işleterek onun haklarını korumakla yükümlü olmaması için hiçbir neden bulunmamaktadır.⁵⁶² Dugard, bu yaklaşımında temelde varolan çok önemli bir eksikliğe temas etmektedir. Bir devletin insan hakları sözleşmeleri uyarınca, bireyin haklarını koruma yükümlülüğü olduğunu; ama diplomatik koruma kurumu için bu yükümlülüğün görmezden gelindiğini ortaya koymaktadır.

Dugard, diplomatik korumayı hem devletin kullanabileceği bir hakki olarak görüp, bu durumu istisnalarla yumuşatmaya çalışmış, hem de önerdiği istisnanın devletin çıkarları için dikkate alınmamasının mümkün

⁵⁶⁰ KOOIJMANS, **a.g.m.**, s. 1981.

⁵⁶¹ Bkz. PERGANTIS, **a.g.m.**, s. 378.

⁵⁶² DUGARD, **a.g.m.**, s. 81.

olabileceğini ifade etmiştir. Devlet, zaten diplomatik koruma yolunu işletme ihtimalinin olduğu her durumda kendi çıkarları açısından bir değerlendirmede bulunmaktadır. Diplomatik korumanın devlet için bir yükümlülük olmasını sağlayan istisnanın istisnası aslında sorunu hiç çözülmeden olduğu gibi bırakmaktadır; çünkü bu durumda bireyin çıkarları ve devletin çıkarları arasında bir denge oluşturulmamakta, yine devletin çıkarları ön planda tutularak çözüm bulunmaya çalışılmaktadır.

Diplomatik koruma, bir insan hakkı değildir. Bu nedenle, diplomatik koruma yolunu işletmeyi devlete yönelik bir yükümlülük olarak görmek ve bu yönde çözümler aramak, sorunu daha da karmaşık hale getirmekten başka bir işe yaramayacaktır. Önemli olan diplomatik koruma yolunu işletmeyi devletin bir yükümlülüğü haline getirmek değil, diplomatik koruma yoluyla bireyin haklarının ve çıkarlarının korunmasını sağlamaktır. Diplomatik koruma, nitelikleri itibarıyla devletin bir hakkı olarak görülmeli; ancak bu hakkını zarar gören vatandaşını korumak amacıyla kullanılmalıdır. Oysa Dugard'ın önerdiği şekilde diplomatik koruma hem devlete yönelik bir yükümlülük olarak kabul edilmiş hem de bu yükümlülüğe aykırı davranabilmek için devletin öncelikli çıkarları gibi yoruma çok açık bir kavram ortaya atılmıştır. Devlet, kendi çıkarları için bu yolu işletmediğini ileri sürdüğünde Uluslararası Hukuka uygun davranmış olacaktır. Bir başka ifadeyle devletin vatandaşını koruma yükümlülüğüne yönelik Uluslararası Hukuka aykırı davranışı neticesinde ortaya çıkan zararların giderilmesine karşı ileri sürülebilecek yeni bir hukuka uygunluk nedeni oluşturulmuş olacaktır.

Bu sebeplerle, devletin haklarının ve yükümlülüklerinin sınırları iyi çizilmelidir. Diplomatik koruma söz konusu olduğu zaman bu yolu işletmenin devlet için bir yükümlülük olması gerektiği iddiasıyla yeni bir Uluslararası Hukuk kurumu yaratmaya çalışılması yalnızca varolan sorunların çözümsüz kalmasına neden olacaktır. Dolayısıyla diplomatik korumanın devletin bir hakkı olduğu kabul edilerek, bu hakkın insan haklarının korunmasında nasıl

daha etkin bir Uluslararası Hukuk mekanizması haline getirilebileceği üzerinde durulması daha uygun olur. Devletin bu hakkını bireyin haklarını korumak için kullanmaması neticesinde meydana gelen zararlardan ne şekilde sorumlu tutulabileceğinin de ortaya konması gerekir. İşte esas önemli olan devletin diplomatik koruma yolunu işleterek vatandaşın zararını giderebilecekken bunu yapmamasının sonuçlarının giderilmesidir.

Devletin bu durumda ihmali davranışlarıyla Uluslararası Hukuka aykırı davrandığı kabul edilerek vatandaşına karşı sorumluluğu söz konusu olacaktır. Devlete ait bir hakkı devletin yükümlülüğü haline getirmek ve bireyin her istediği durumda bu yolun işletileceğini kabul etmek, uygulanması mümkün olmayan bir teori yaratmaktan öteye geçemeyecektir. Bununla birlikte bir klasik Uluslararası Hukuk kurumu olan diplomatik korumayı, sonuçları itibariyle modern Uluslararası Hukukun gereklerine uygun hale getirmek, bireyin haklarının daha etkin bir şekilde korunmasını sağlayacaktır.

2. Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi Ekseninde Vatandaşlık

Diplomatik koruma yolunun işletilebilmesinin özünü teşkil eden vatandaşlık bağı konusu da insan hakları hukuku bakımından ele alınmıştır. Zira bir devlet diplomatik koruma yolunu işleterek ister klasik Uluslararası Hukukta öngörüldüğü gibi kendi çıkarlarını koruyor olsun ister modern Uluslararası Hukukun gerekleri çerçevesinde doğrudan vatandaşın zararlarını gidermek amacını taşıyor olsun vatandaşlık bağına dayanarak hareket etmek zorundadır.⁵⁶³ Bununla birlikte modern Uluslararası Hukuk açısından diplomatik korumanın bireyin çıkarlarını koruyan bir Uluslararası Hukuk kurumu olmasının gerekliliği, vatandaşlık bağı hususunun yeniden ele alınması ihtiyacını doğurmuştur.⁵⁶⁴

⁵⁶³ Bkz. BROWNLEE, a.g.e. (2003), s. 237.

⁵⁶⁴ Bkz. Francisco ORREGO VICUNA, “International Claims”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi February 2007, Son erişim tarihi 14.04.2011, paragraf 18.

Diplomatik koruma, devletin, vatandaşının gördüğü zarar nedeniyle kullanma hakkına sahip olduğu, ancak bu hakkını yalnızca söz konusu vatandaşının uğradığı zararları gidermek adına kullanabildiği bir Uluslararası Hukuk yolu olarak daha etkin bir uygulama alanına ihtiyaç duymaktadır. Klasik Uluslararası Hukuk bakımından bu yol sadece devletin çıkarlarını korumayı hedefleyen bir Uluslararası Hukuk yolu olduğundan ve sorun sadece devletler arası bir uyuşmazlık olarak ele alındığından vatandaşlık bağının ispatında son derece katı kurallar ve ispat yükleri uygulanmaktaydı. Ancak modern Uluslararası Hukuk açısından bireyin haklarının korunması hedeflendiğinden, vatandaşlık bağı ile ilgili aranan koşulların daha esnek bir şekilde uygulanması ihtiyacı kendisini göstermektedir.

2.1. Vatandaşlık Bağının Uluslararası Hukuka Uygunluğu

Diplomatik korumayla ilgili genel açıklamalar yapılırken Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik korumaya ilişkin 2006 tarihli taslak metninin vatandaşlıkla ilgili maddeleri üzerinde durulmuştu. Söz konusu maddelerin oluşturulmasında insan hakları hukukunun etkilerinin de olduğu belirtilmişti.

En önemli gelişme bireyle onun vatandaşlığında olduğu devlet arasındaki bağın niteliği konusundadır. Zira Nottebohm Davasında verilen kararla başlayan süreç, tek bir devletin vatandaşlığını taşıyan birey açısından dahi vatandaşlık bağının niteliğinin tartışılmasına neden olmaktaydı. Klasik yaklaşım, bir devletin, diplomatik koruma yolunu işletebilmesi için bireyle arasındaki vatandaşlık bağının etkin ve gerçek olduğunu ispat etmesi gerektiğini kabul etmekteydi.⁵⁶⁵ Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik korumaya ilişkin taslak metninin 4. maddesinde ise bu koşulun aranmadığı görülmektedir. 4. madde yalnızca bireyin, sahip olduğu vatandaşlığı Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde kazanması

⁵⁶⁵ MACLEAN, a.g.m., s. 240.

gerektiğini ifade etmektedir ve diplomatik koruma yolunu işleten devletin bu durumu ispat etmesine gerek yoktur.⁵⁶⁶

Etkin ve gerçek vatandaşlık bağının diplomatik koruma yolunu işleten devletçe ispatının beklenmesi önceleri sadece zarar veren devletin bu zararını gidermekten kaçınması açısından ele alınırken, insan hakları hukuku alanında yaşanan gelişmelerin ardından bireyin haklarının korunması ve zararlarının giderilmesi yükümlülüğü bakımından da göz önünde bulundurulmaya başlanmıştır. Böylece bireyin korunaksız kalmaması amacıyla etkin ve gerçek vatandaşlık bakımından bu görüş benimsenmiştir.⁵⁶⁷

Vatandaşlığın kazanılmasının Uluslararası Hukuka uygun olmadığına yönelik ispat yükünün zarar veren devlete yüklenmesi olumlu bir gelişme olmakla beraber, böyle bir hükmün uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metnin 33. maddesinin 2. paragrafı ile 44. ve 48. maddeleri varken gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. 33. madde bireyin bir zarara uğraması durumunda devletin sorumluluğundan bahsetmektedir. İkinci bölümde de incelendiği üzere böyle bir aykırılık nedeniyle zarar veren devlet uluslararası toplumun tamamına karşı da sorumlu tutulabilir. Dolayısıyla diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için etkin ve gerçek bir vatandaşlık bağına ilişkin olumlu ya da olumsuz bir hüküm diplomatik korumaya ilişkin taslak metinde yer almamasına rağmen vatandaşlığın kazanılmasının Uluslararası Hukuka uygun olup olmasının aranması, etkin vatandaşlık bağının aranmasından çok farklı bir sonuç doğurmamaktadır. Sonuçta Uluslararası Hukuka uygun olarak kazanılmayan vatandaşlık aynı zamanda etkin ve gerçek bir vatandaşlık bağının kurulmaması sonucunu doğurur.⁵⁶⁸ Söz

⁵⁶⁶ Bkz. James CRAWFORD, “The ILC’s Articles on Diplomatic Protection”, South African Yearbook of International Law, Vol 31, 2006, s. 28.

⁵⁶⁷ DUGARD, **a.g.m. (2005)**, s. 85.

⁵⁶⁸ Devletler, diplomatik koruma kurumunu halen bir insan hakları hukukunu koruma mekanizması haline getirme konusuna temkinli yaklaşmaktadırlar. Etkin ve gerçek bir vatandaşlık bağının aranması bu konuda çok önemli bir rol oynamaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu da Uluslararası Hukukta meydana gelebilecek pek çok sorun nedeniyle, etkin ve gerçek vatandaşlık bağının ispat yükünü tersine çevirmiştir. Bununla beraber etkin ve gerçek vatandaşlığın aranmasından

konusu husus, klasik Uluslararası Hukukun etkilerinin hala çok güçlü olduğunu göstermektedir. Bu durum uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metin göz önünde bulundurulduğunda daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metnin 33. maddesinin 2. paragrafının yorumunda açıkça bireyin uğradığı zararı gideren devletin, kendi çıkarları için değil bireyin haklarını korumak adına hareket edeceği belirtilmektedir. Aynı madde bu yükümlülüğü getirirken de bireyin haklarını koruyan devletin, o bireyin vatandaşlığında olduğu devlet olması koşulunu aramamaktadır. Bununla beraber yine ikinci bölümde değinildiği üzere uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metin bu yola başvurulmasında diplomatik koruma hakkına sahip devlete öncelik verileceğini belirtmiştir. Yani adı geçen taslak metin bireyin uğradığı zararların giderilmesini sağlayacak devlet bakımından diplomatik korumaya öncelik vermiş; ancak bu yolu tamamen bireyin haklarının korunması aracı olarak görmüştür. Eğer o devlet diplomatik koruma yolunu işletmezse bir başka devlet bireyin zararının giderilmesini sağlayabilecektir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu, 58. oturumunun raporunda diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin, uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metinle çok yakın bir ilişki içinde olduğunu bizzat kendisi ifade etmektedir.⁵⁶⁹ İşte bu şartlar altında diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 4. maddesi açık bir çelişki oluşturmaktadır. Zira zarar veren devlet, kendisinin uluslararası sorumluluğunu ileri süren devletle zarar gören birey arasında Uluslararası Hukuka uygun olmayan bir şekilde vatandaşlık bağının kurulduğunu ispat ettiği zaman, diplomatik koruma hakkına dayanarak bir uluslararası iddiada bulunulması mümkün olamayacaktır. Bununla beraber, diplomatik koruma yolunu işletemeyen devlet uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metin

vazgeçilmediği de görülmektedir. Bu durum da göstermektedir ki etkin ve gerçek vatandaşlık bağına dayalı sistemden vazgeçilmesi devletler açısından kolaylıkla gerçekleştirilebilecek bir husus olmayacaktır. (Bkz. Craig FORCESE, **a.g.m.(2006)**, s. 381, 382.)

⁵⁶⁹ Bkz. ILC, **A/61/10**, s. 22, 23.

uyarınca bireyin haklarını yine de koruyabilecektir. Bu durumda etkin ve gerçek vatandaşlık bağının aranmasını gerektirecek bir düzenlemenin getirilmesi ve bu koşuldan tamamen vazgeçilmemesi insan hakları hukuku açısından yerinde değildir. Zira bu koşula bu kadar önem verilmesi halen diplomatik koruma yolunu işleten devletin çıkarlarının korunması düşüncesinden vazgeçilmediğini göstermektedir.

Uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metin, insan hakları hukukunun *lex specialis* yapısına uygun bir çözüm getirmiştir. Buna göre, her bir devlet, zarar gören bireyin çıkarlarını onun adına korumakla yükümlüdür; çünkü bireyin haklarının korunması yükümlülüğü, uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunması açısından önemlidir. Bununla beraber diplomatik koruma, uluslararası sorumluluğun ileri sürülmesine ilişkin özel bir durumdur. Dolayısıyla diplomatik korumaya ilişkin taslak metin de uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metne göre *lex specialis* nitelik taşımaktadır. Bu durumda sorun, vatandaşlık bağının Uluslararası Hukuka uygunluğu koşulunun diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 4. maddesi uyarınca ne şekilde uygulanması gerektiği noktasında ortaya çıkmaktadır. Eğer bu husus diplomatik korumaya ilişkin taslak metne uygun olarak uygulanırsa zarar gören bireyin söz konusu zararının giderilmesi sürüncemede kalabilecektir. Sorun bir düzenlemenin diğerine nazaran daha özel nitelik taşıdığını söylemekle çözüme kavuşturulamamaktadır.⁵⁷⁰

Bir devletin diplomatik koruma yolunu işleterek bireyi koruyamaması durumunun sonuçlarının ne olacağı açık değildir. Açık olan tek husus bireyin bu hüküm nedeniyle zararının geç giderilmesi veya hiç giderilmemesi tehlikesiyle karşı karşıya olduğudur. Zira diplomatik koruma hakkını kullanamayan devlet, bireyin zararının giderilmesi için başka yolları da kullanabilecektir. Ancak bu yollar da diplomatik korumaya başvurulduğunda kullanılan yollarla örtülecektir. Bireyin bir başka vatandaşlığı olmadığı için de bireyin kendi devleti tarafından korunması hakkı elinden alınmış olacaktır.

⁵⁷⁰ MILANO, a.g.m., s. 103.

Özellikle tek bir vatandaşlığa sahip kişiler açısından etkin ve gerçek vatandaşlık bağının arandığı yorumuna neden olabilecek olumlu ya da olumsuz herhangi bir düzenleme konuyu daha da karmaşık hale getirmekten başka bir işe yaramayacaktır. Bu nedenle diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 4. maddesinde yer aldığı şekilde zarar veren devletin, bireyle diplomatik koruma yolunu işleten devlet arasındaki vatandaşlık bağının Uluslararası Hukuka uygun olmayan bir şekilde tahsis edildiğini ispatlaması durumunda bireyin durumu belirsiz bir hale gelecektir ve bu durumun bireyin korunması açısından olumlu bir yanı olmayacaktır.

Bununla beraber bu hüküm, devletin çıkarının korunmasını amaçlayan klasik Uluslararası Hukuka son derece uygundur. Zira klasik Uluslararası Hukuk bakımından öncelikli amaç devletin çıkarının korunması olarak görülmektedir. Çıkarını korumak isteyen devlet açısından, onun diplomatik koruma yolunu işletmesini sağlayan dinamiklerin Uluslararası Hukuka uygun olması gerekir.⁵⁷¹ Vatandaşının gördüğü zarar nedeniyle, kendisinin de zarara uğradığını iddia eden devlet, vatandaşıyla arasındaki vatandaşlık bağını Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde kurmalıdır. Taslak metin, insan hakları hukukunu sınırlı bir şekilde gözettiği için sadece ispat yükünü terse çevrilmiş ve zarar veren devletin bu iddiasını kanıtlaması gerektiği sonucu ortaya çıkmıştır. Halbuki insan hakları hukukunun amaçlarını tamamen ön planda tutan bir taslak metin, bireyin zararının giderilmesinin sağlanması durumunda bu koşulun dikkate alınmaması gerektiğini ifade etmelidir.

Bireyin haklarının korunması bakımından devletin müdahalesinin bulunmadığı bir sistem yoktur. İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar bile devletlerin kendi aralarında bir çözüm bulabilmesi imkanını tanımaktadır. Bu nedenle insan haklarının korunmasını sağlayacak asıl yöntemin bireye tanınan doğrudan başvuru hakkı olduğu gerçeğine rağmen,

⁵⁷¹ Bkz. MACLEAN, a.g.m., s. 239.

bu husus tam olarak gerçekleştirilememiştir.⁵⁷² İnsan hakları hukuku, uluslararası toplumun ortak çıkarlarının korunması adına Uluslararası Hukuk karşısında daha özel bir konuma sahiptir. Dolayısıyla Uluslararası Hukukun bütün kurumlarının insan hakları hukukunun amaçlarına uygun bir hale getirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan bireyin yabancı bir devlet tarafından zarara uğratılması durumunda, onu koruyan devletle ilişkisinin ön planda tutulması gibi hususlardan vazgeçilmesi yerinde olur.⁵⁷³ Eğer devlet, diplomatik koruma yolunu Uluslararası Hukuka uygun şekilde tahsis edilmiş vatandaşlık bağı bulunmadığı halde işletirse ve elde ettiği zarar giderimini bireye yansıtırsa zaten insan hakları hukukuna uygun bir sonuç elde edilmiş olacaktır. Ancak eğer zarar giderimi elde eden devlet bunu tamamen kendi çıkarı için kullanırsa, bu durumda etkin ve gerçek bir bağ olmadığı halde bu yolu işleterek bireyin zarara uğramasına neden olduğu için o devletin de uluslararası sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Vatandaşlığın Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde tahsis edilmiş olmasının aranması, bireyin, diplomatik koruma yolunu işletmediği için kendi devletine karşı yöneltebileceği uluslararası sorumluluk iddiaları bakımından da önemlidir. Diplomatik koruma yolunu işletmeyen devlet, bunun nedeni olarak zarar gören bireyle arasında Uluslararası Hukuka uygun olarak kurulmuş vatandaşlık bağı bulunmadığını ileri sürebilir. Bu sebepten ötürü zararı giderilemeyen bireyin de vatandaşlığında olduğu bu devlete karşı bir iddiada bulunamaması durumu da söz konusu olabilir. Örneğin birey, vatandaşlığını taşıdığı devlete karşı doğrudan kendisinin kullanabileceği Uluslararası Hukuk yolları çerçevesinde zararının giderilebilmesini talep ettiği zaman, söz konusu devletin bireyin bu iddiada bulunamayacağı çünkü diplomatik koruma yolunun işletilmesi için açıkça Uluslararası Hukuka uygun bir vatandaşlık bağının bulunması koşulunun arandığını, kendisinin de bireyle arasında böyle bir vatandaşlık bağının bulunmaması nedeniyle söz konusu yolu işletmediği savunmasıyla karşılaşabilecektir. Bu durumda

⁵⁷² Bkz. KOOLJMAN, a.g.m., s. 1979.

⁵⁷³ Bkz. MAZZESCHI, a.g.m. (2009), s. 231.

devlet, vatandaşının uğradığı zararların giderilmesini sağlamak bakımından kötü niyetli hareket etmiş olacaktır. Bu tarz durumlar bireyin uğradığı zararların giderilememesi, geç giderilmesi veya artması gibi sonuçları beraberinde getirebilecektir.

Bu nedenlerle modern Uluslararası Hukukun amacının bireyi korumak olduğu gerçeği çerçevesinde, vatandaşlık bağının niteliğiyle ilgili Uluslararası Hukuka uygunluk koşuluna temkinli yaklaşılması önemlidir. İnsan hakları hukuku bireyin korunmasını vatandaşlık bağına bağlı olmaksızın gerçekleştirmeyi hedeflemektedir.⁵⁷⁴ Bu husus diplomatik koruma açısından, bireyin çıkarlarının daha etkin bir şekilde korunmasının sağlanması için yumuşatılmak zorundadır. Zira birey eğer Uluslararası Hukuka aykırı bir şekilde kazandığı bu vatandaşlık nedeniyle etkin bir şekilde korunamayacağına inanıyorsa, diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 4. maddesi insan hakları hukukunun amaçlarına uygun sonuçlar doğurabilir. Ancak birey zaten etkin bir şekilde korunuyorsa bu koşulun bu kadar sıkı uygulanmasına gerek yoktur. Uygulama, diplomatik koruma yolu işletildiğinde bireyin ve devletin çıkarlarından hangisine öncelik verildiğine göre şekillenmesi yerinde olur. Diplomatik koruma, bireyin haklarını ön planda tutan bir Uluslararası Hukuk kurumu olarak ele alındığında, devletin, Uluslararası Hukuka aykırı bir şekilde de olsa bireye vatandaşlık tanıyarak, vatandaşlık bağına ilişkin olarak ortaya çıkan bütün hukuki sonuçların muhatabı olması gerekir. Bu açıdan Uluslararası Hukuka aykırı bir vatandaşlık bağının kurulmasında dahi, bu Uluslararası Hukuka aykırı durum görmezden gelinerek, devlet vatandaşı statüsündeki bireyi korumuş olur. Böylece vatandaşlık bağının Uluslararası Hukuka uygunluğuna ilişkin tartışmalarla, bireyin belirsiz bir durumda bırakılmasının önüne geçilir.

⁵⁷⁴ MCCORQUODALE, a.g.m. (2006), s. 318.

2.2. Birden Fazla Devletin Vatandaşlığını Taşıyan Bireyler

Bireyin birden fazla vatandaşlığa sahip olması durumunda, onun gördüğü zararlardan ötürü diplomatik koruma yolunun işletilmesinde iki olasılık bulunmaktadır. Bunlardan ilki bireyin yabancı statüsünde olduğu bir devlet tarafından zarara uğratılması ve vatandaşlığında olduğu devletlerden herhangi birinin veya ikisinin birlikte o devlete karşı diplomatik koruma yolunu işletmesidir. İkincisi ise bireyin, vatandaşlığında olduğu devletlerden biri tarafından zarara uğratılması ve vatandaşlığında olduğu diğer devletlerin zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunu diplomatik koruma yolunu işleterek ileri sürmesidir.

Bireyin haklarının korunması bakımından taslak metnin 6. maddesi olumlu bir hüküm getirmiştir. Zira anılan madde bireyin iki veya daha fazla vatandaşlığının olması durumunda her iki devletin de diplomatik koruma yolunu ayrı ayrı veya bir arada işletebileceğini belirtmiştir.⁵⁷⁵ Bu yolu yalnızca iki devletten birinin işletebileceği ve bunun için diplomatik koruma yolunu işletecek devletin taşıması gereken koşulların neler olacağına dair bir ifadeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte bireyin vatandaşlığında olduğu devletlerin birbirlerinden habersiz bir şekilde aynı anda diplomatik koruma yolunu işletmelerinin ne gibi hukuki sonuçlarının olabileceği de düzenlenmemiştir.

Bireyin, etkin ve gerçek bir vatandaşlık bağına sahip olması koşulu 6. maddede yer almamaktadır. Bu yaklaşım yerinde olmuştur. Zira bu durum bireyin gördüğü zararlardan ötürü, hangi devletin diplomatik koruma yolunu işleteceğinin belirlenmesinin gerekmediği sonucunu doğurmuştur. Ancak 6. madde taslak metnin bütününden tamamen bağımsız bir madde olmadığı için, 4. madde uyarınca kazanılan vatandaşlığın Uluslararası Hukuka uygun olması koşulu burada da tartışma yaratabilecektir. Her ne kadar 6. madde uyarınca vatandaşlığın Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde

⁵⁷⁵ Bkz. ZENG, a.g.m., s. 10.

kazanılmasından bahsedilmemişse de, 4. madde uyarınca diplomatik koruma yolunu ancak vatandaşlık bağının Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde kurulduğu devletler işletebilecektir. Bu sebeple bireyin vatandaşlığında olduğu devletlerden hiçbiri diplomatik koruma yolunu işleterek bireyin zararını gidermeye yanaşmadığı halde, vatandaşlık bağı Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde kurulmamış olsa da bireyin haklarını korumak için hareket eden devletin önüne bir engel konulmuş olacaktır. Bu şartlar altında zarar veren devlet, diplomatik koruma yolunu işleten devletin bireye Uluslararası Hukuka aykırı bir şekilde vatandaşlık tanıdığını ispat ederse bireyin zararlarının giderilmesi gecikmeli olarak gerçekleştirilebilecektir.⁵⁷⁶ Oysa bu koşulun aranmaması, insan hakları hukukunun öngördüğü sonuçlara daha hızlı ulaşılmasını sağlar.

Birey, birden fazla vatandaşlığa sahip olması durumunda, sahip olduğu vatandaşlıkların her biri Uluslararası Hukuka aykırı bir şekilde tahsis edilmedikçe, devletin korumasından faydalanmak ve ona karşı iddialarını ileri sürebilmek açısından tek bir vatandaşlığa sahip olan bireye nazaran daha güvenceli bir durumdadır. Zira birey, tek bir devletin vatandaşı olduğunda ve bu vatandaşlık bağı Uluslararası Hukuka aykırı bir şekilde tahsis edildiğinde, zararının tamamen giderilememesi ihtimaliyle karşı karşıya kalacaktır. Bununla beraber, birden fazla devletin vatandaşlığına sahip olan bireyin, söz konusu vatandaşlık bağlarından sadece bir tanesi bile Uluslararası Hukuka uygun olarak kurulmuşsa, o birey devletin korumasından faydalanabilecektir.

Zarar veren devlet, bireyle diplomatik koruma yolunu işleten devlet arasındaki vatandaşlık bağının Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde kurulmadığını ispat ettiği zaman burada iki ihtimal ortaya çıkmaktadır. Birincisi vatandaşlık bağının Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde

⁵⁷⁶ Klasik anlamıyla diplomatik koruma yolunun işletilmesi, Uluslararası Hukukta meydana gelen gelişmelerle uyumsuz bir görüntü çizecektir. Diplomatik korumanın insan hakları hukukunun amaçlarına uygun hale getirilmesi için birey (özellikle birden fazla vatandaşlığa sahip birey) bakımından insan hakları hukukunun etkilerinin işlevsel bir şekilde yansıtılması gerekmektedir. (Bkz. KLEIN, **a.g.m.** s. 19.)

kurulduğu diğer devletlerden birisinin bireyin uğradığı zararlar nedeniyle diplomatik koruma yolunu işletmesidir. İkincisi ise hiçbir devletin diplomatik koruma yolunu işletmemesidir ki bu durumda bireyin, her bir devleti ayrı ayrı veya birlikte diplomatik koruma yolunu işleterek zararlarını gidermedikleri gerekçesiyle sorumlu tutabilmesi gerekir; çünkü bu devletler, vatandaşlarını koruma yükümlülüklerine aykırı davranmışlardır.

Bu aşamada diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 6. maddesi uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metinle de uyumlu bir görüntüye sahip olmaktadır. Söz konusu taslak metin, bireyin korunmasını ve onun zararlarının giderilmesini vatandaşlığında olmadığı bir devletin de sağlayabileceğini belirtmekle beraber, bu hususun gerçekleştirilmesinde diplomatik koruma yolunu işletme hakkı olan devlete öncelik tanımıştır. Buna göre bireyin, vatandaşlığında olduğu devletlerden biriyle arasındaki vatandaşlık bağı Uluslararası Hukuka uygun olmayan bir şekilde kurulmuş olabilir. Bu durumda onun uğradığı zararlar için vatandaşlık bağının Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde kurulmuş olduğu devletlerden birisine öncelik verilmesi uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metne daha uygundur.

Bireyin tek bir vatandaşlığa veya birden fazla vatandaşlığa sahip olması durumlarıyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir husus daha vardır. Diplomatik koruma yolunun işletilebilmesinin ön koşulu vatandaşlık bağıdır. Bu bağın Uluslararası Hukuka uygun olarak kurulmuş olması hatta etkin ve gerçek bir bağ olması önemlidir; çünkü devlet, kendi çıkarları açısından bir başka devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürmektedir.⁵⁷⁷ Bununla beraber devletin diplomatik koruma yolunu işlettiği zaman, insan hakları hukuku bakımından diğer devletin uluslararası sorumluluğunu kendi çıkarı için değil bireyin haklarını korumak adına ileri sürmesi beklenir. İnsan hakları hukuku bakımından bireyin haklarının korunmasında vatandaşlık

⁵⁷⁷ Bkz. FORCESE, a.g.m. (2005), s. 493.

bağı önemini yitirmektedir.⁵⁷⁸ Dolayısıyla 6. madde hükmünün Uluslararası Hukuka uygun olmayan bir şekilde tahsis edilmiş vatandaşlıkla ilgili olarak da daha esnek uygulanması insan hakları hukuku açısından daha uygun olacaktır.

Hem uluslararası sorumluluğa hem de diplomatik korumaya ilişkin taslak metinler çerçevesinde, bireyin korunmasını öncelikle Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde vatandaşlığı tanımış devletin gerçekleştirecek olması zararın giderilmesi sürecini uzatacaktır. Bireye Uluslararası Hukuka uygun olmayan bir şekilde vatandaşlık tanıyan devlet, bir an önce Uluslararası Hukuka aykırı duruma son verip zararı giderebilecekken, bu devletin bireyin korunması adına başlattığı süreç hiçbir etki doğurmayacak ve vatandaşlığında olduğu diğer devlet yeni bir süreç başlatacaktır. Bu sürecin uzaması bireyin söz konusu zararıyla bağlantılı olarak başka zararlarının da ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Dolayısıyla bireyin korunması açısından insan hakları hukukunun amaçlarına daha uygun bir sonuç alınması imkanı varken, bu fırsat kaçırılmış olacaktır.

Diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi bakımından vatandaşlık bağı, üzerinde durulması gereken en önemli unsurdur. Bununla beraber, diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 4. ve 6. maddelerinin uygulanması açısından zaten varolan bir vatandaşlık bağı bulunmaktadır. Bu bağın niteliğinin tartışılacağı aşamanın bireyin haklarının korunması süreci olması birey açısından olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Eğer diplomatik koruma klasik anlamıyla uygulanmaya devam edecekse, taslak metin yerinde düzenlemelere yer vermektedir. Ancak diplomatik korumanın artık bireyin haklarının korunması için kullanılması gereken bir Uluslararası Hukuk yolu olması gerekmektedir. Dolayısıyla vatandaşlık bağının Uluslararası Hukuka uygunluğu tartışmalarının, bireyin zararlarının bir an önce giderilmesi fırsatını ortadan kaldıracak şekilde ortaya konmaması yerinde olur.⁵⁷⁹

⁵⁷⁸ ILA, **Final Report (2006)**, s. 14, paragraf 80.

⁵⁷⁹ Bkz. KLEIN, **a.g.m.**, s. 25.

6. maddenin birey açısından 4. madde kadar olumsuz bir sonuç doğurmamasının nedenlerinden birisi de bireyin vatandaşlığında olduğu devletlerin diplomatik koruma yolunu işletmemesi nedeniyle onlara karşı uluslararası sorumluluk iddiasında bulunma imkanından kaynaklanmaktadır. Tek bir vatandaşlığa sahip birey açısından belirtildiği üzere birey zarar veren devlete karşı ileri sürebileceği bir Uluslararası Hukuk yolundan mahrum olduğu için devletin korumasına muhtaçsa ve vatandaşlığında olduğu devleti bu korumayı gerçekleştirmiyorsa, birey o devletin vatandaşını koruma yükümlülüğüne aykırı davrandığını ileri sürerek zararının giderilmesi talebinde bulunabilir. Buna karşın birey, o devletin, Uluslararası Hukuka aykırı tahsis edilmiş vatandaşlık bağı nedeniyle bu yolu işletmediğini söylemesi karşısında çaresiz kalabilir. Oysa birey, birden fazla devletin vatandaşlığına sahip olduğunda, taslak metnin 4. maddesi bugünkü haliyle bile bir uluslararası antlaşma hükmü halini alsa, vatandaşlık bağının Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde kurulduğu devletlere karşı, diplomatik koruma yolunu işletmemelerinden ötürü sorumlu oldukları iddiasında bulunulabilmesi mümkün olur.

Bireyin sahip olduğu diğer vatandaşlıkların da Uluslararası Hukuka aykırı bir şekilde tahsis edilmesi gibi bir durumda doğal olarak onun yine korumasız kalma ihtimali ortaya çıkacaktır. Bu sebeple taslak metin eğer diplomatik korumayı insan hakları hukukunun amaçlarına uygun bir şekilde bireyin haklarının korunmasını sağlayacak bir Uluslararası Hukuk kurumu haline getirmeyi amaçlıyorsa, devletle birey arasındaki ilişkinin diplomatik koruma yolunun işletilmesi aşamasında irdelenmesi yerinde olmaz. Ancak taslak metin insan hakları hukukunun amaçlarını dikkate almaksızın, tamamen devlet merkezli bir Uluslararası Hukuk kurumunun devamını sağlamaya çalışıyorsa, diplomatik koruma yolunun işletilmesinde veya işletilmesinden sonra vatandaşlık bağının niteliklerinin ortaya konması kaçınılmazdır. Bir başka ifadeyle diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin vatandaşlığa ilişkin maddelerinin oluşturulması ve uygulanmasındaki

sorunlar, birey ile devletin yarışan çıkarlarının dengelenmesi çabasıdan kaynaklanmaktadır.

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 7. maddesi uyarınca getirilen düzenleme de ilginçtir. Zira belirtildiği üzere klasik Uluslararası Hukukta bir devletin, bireyin vatandaşlığında olduğu diğer bir devlete karşı diplomatik koruma yolunu işletemeyeceği kabul edilmiştir. Bununla beraber taslak metnin adı geçen maddesi, daha somut temellere dayanan bir vatandaşlık bağının bulunması durumunda bu şekilde diplomatik koruma yolunun işletilmesinin mümkün olabileceğini ifade etmiştir.⁵⁸⁰ Böylece bireyin haklarının korunması bakımından olumlu bir adım atmanın yanı sıra, etkin ve gerçek vatandaşlık bağı koşuluna⁵⁸¹ ve vatandaşlığın sürekliliği ilkesine uygun bir durum yaratılmaya çalışılmıştır⁵⁸². Yalnız bu durumu devletin daha etkin ve gerçek bir bağla vatandaşına bağlı olması gibi bir koşulu aramaktansa, her iki devlete de bireyin çıkarlarını korumak adına bu hakkı vermek daha yerinde olacaktır. Amaç bireyin çıkarını korumak olacaksa, bunu sağlayacak devletlerden birisinin daha az veya diğerinin daha çok etkin ve gerçek bir bağa sahip olmasını beklemek yerinde değildir.

2.3. Vatandaşlığın Sürekliliği

Bireyin zararlarının giderilmesi için diplomatik koruma yolunu işleten devlet, bir koşula daha dikkat etmek zorundadır. Buna göre birey zararın meydana geldiği ve bu zarar nedeniyle zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunun ileri sürüldüğü tarihler arasında, diplomatik koruma yolunu işleten devletin vatandaşlığına kesintisiz bir şekilde sahip olmalıdır. Taslak

⁵⁸⁰ Bu husus, bireyin vatandaşlığını taşıdığı devletlerden biriyle arasındaki vatandaşlık bağının daha etkin ve gerçek olması anlamına gelmektedir. Etkin ve gerçek bir vatandaşlık bağının aranmasını koşulunu kabul etmek ve diplomatik koruma yolunu işleten devlet tarafından adı geçen bağın ispatını beklemek yerinde değildir. Zira bu durum bireyin yaşayışına dair pek çok hususun irdelenmesini gerektirir. Bu şartlar altında da diplomatik koruma yoluyla bireyin hak ve çıkarlarını korumak çoğu zaman gerçekleştirilemeyen bir hedef olarak kalabilir. (Bkz. Jonathan SHIRLEY, “**The Role of International Human Rights and the Law of Diplomatic Protection in Resolving Zimbabwe’s Land Crisis**”, Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 27(1), 2004, s. 171.)

⁵⁸¹ Bkz. KLEIN, **a.g.m.**, s. 14.

⁵⁸² Bkz. CRAWFORD, **a.g.m.(2006)**, s. 33, 34.

metin, bu kuralı kabul ettikten sonra, bireyin hem zararın meydana geldiği hem de uluslararası sorumluluğun ileri sürüldüğü tarihlerde o devletin vatandaşı olmasının, vatandaşlığın bu tarihler arasında da devam ettiğine dair bir karine oluşturduğunu belirtmektedir.

Bu karinenin oluşturulması, diplomatik koruma yolunun işletilmesi açısından kolaylık sağlamaktadır. Devlet, bireyin kesintisiz bir şekilde kendi vatandaşı olduğunu ispat etmek zorunda kalmamaktadır. Bu şekilde bir vakit kaybı yaşanmaması da bireyin haklarının korunmasının daha etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesini sağlayacaktır. Söz konusu hüküm oluşturduğu karine ve devamlılığın aranmasına dair getirdiği istisnalarla önemli bir yol kat etmiştir; fakat mevcut taslak metnin bu hususa yaklaşımı halen insan hakları hukukunun amaçlarına tam olarak uygun değildir.

Vatandaşlığın sürekliliği ilkesinin diplomatik koruma yolunun işletilmesinde önemli bir yere sahip olması klasik Uluslararası Hukuk açısından önemlidir.⁵⁸³ Zira bireyin, diplomatik koruma yolunu işleten devletle arasında devamlılığı olmayan bir vatandaşlık ilişkisinin olması, uluslararası sorumluluğun ileri sürüldüğü tarihte varolan vatandaşlık bağının etkin ve gerçek olmadığı sonucuna ulaşılmasını sağlamaktadır. Diplomatik koruma da klasik Uluslararası Hukuk açısından devletin çıkarlarını koruyan bir Uluslararası Hukuk kurumu olarak kabul edildiğinden devletin, gerçek anlamda ilişkisinin veya bağının olmadığı bir bireyin zarar görmesinden dolayı zarara uğramasının kabul edilemeyeceği düşünülmektedir.⁵⁸⁴ Vatandaşlık bağının sürekliliğinin aranması diplomatik koruma yolu işletildiğinde devletin çıkarlarının korunmasının amaçlandığını ortaya koyan en önemli verilerden birisidir.⁵⁸⁵

⁵⁸³ MILANO, a.g.m., s. 98.

⁵⁸⁴ Matthew S. DUCHESNE, “The Continuous Nationality of Claims Principle: Its Historical Development and Current Relevance to Investor-State Investment Disputes”, George Washington International Law Review, Vol. 36(4), 2004, s. 792.

⁵⁸⁵ Bkz. VERMEER-KÜNZLİ, a.g.m. (2007/a), s. 65.

Taslak metnin 5. maddesinin 2. paragrafı diplomatik koruma yolunun işletilmesinde aradığı vatandaşlığın sürekliliği koşulunun bir istisnasını görmüştür. Buna göre birey, diplomatik koruma yolunun işletilmesine neden olmayan bir sebepten ötürü Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde vatandaşlığını kaybetmiş ve başka bir devletin vatandaşlığını kazanmışsa, bireyin sadece uluslararası sorumluluğun ileri sürüldüğü tarihte diplomatik koruma yolunu işleten devletin vatandaşı olması yeterli görülmüştür.⁵⁸⁶ Yani bazı özel durumlarda bu koşuldan vazgeçilmiştir. Bu durumların neler olabileceği üzerinde 1. bölümde durulmuştur.

Diplomatik koruma, bireyin ihlal edilen haklarını koruyan bir Uluslararası Hukuk kurumu olarak kabul edildiği takdirde, vatandaşlık bağının sürekliliğini aramanın bir nedeni bulunmamaktadır. Zira bireyin hangi şart altında olursa olsun diplomatik koruma yolunu işleterek uluslararası sorumluluğa ilişkin iddiada bulunan devletin bu iddiada bulunduğu tarihte vatandaşı olması yeterli olacaktır. Sonuç olarak devletin uluslararası topluma karşı bir yükümlülüğü vardır. O da bireyin gördüğü zararları ortadan kaldırarak onun ve uluslararası toplumun ortak çıkarlarını korumaktır. Bireyin devletle ilişkisinin yoğunluğunu araştırmanın bir anlamı yoktur; çünkü modern Uluslararası Hukukun amacı çok açıktır. Bu amaç bireyin korunmasıdır. Devletler, bu amaç doğrultusunda hareket etmek zorundadırlar. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için de vatandaşlık bağının sürekliliği koşulunu öngörmek gerekli değildir.⁵⁸⁷ Dolayısıyla diplomatik korumanın insan hakları hukuku ve modern Uluslararası Hukukun amaçlarına uygun hale getirilmesi için vatandaşlığın sürekliliği ilkesinden vazgeçilmesi yerinde olur.

Özel raportör Dugard da diplomatik korumaya ilişkin çalışmalarına başladıktan sonra, vatandaşlığın sürekliliği ilkesinden vazgeçilmesinin gerekliliği üzerinde durmuş ve vatandaşlığını değiştiren bireyin zararlarının giderilmesi için vatandaşlığına geçtiği yeni devletin diplomatik koruma

⁵⁸⁶ DUGARD, a.g.m. (2005), s. 85.

⁵⁸⁷ ILA, Final Report(2006), s. 13, paragraf 71 – 73.

hakkına sahip olması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁸⁸ Bu düşünce kabul görmemiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu uluslararası örf ve adet hukukunda böyle bir hüküm olmadığı, bu yönde bir düzenlemenin insan hakları ile diplomatik korumanın uygulama alanlarının çakışmasına neden olacağı gerekçesiyle Dugard'ın teklifini reddetmiştir.⁵⁸⁹ Görüldüğü üzere Uluslararası Hukuk Komisyonu daha en başından diplomatik koruma kurumunun devletin çıkarlarını koruyan niteliğinin korunmasına yönelik adımlar atmıştır.

2.4. Taslak Metnin Vatandaşlık Unsuruna Yaklaşımı

Taslak metin, diplomatik koruma kurumunu insan hakları hukukunun amaçlarına uygun bir hale getirme çabası içerisindedir. Bireyin vatandaşlığına ilişkin maddelerin incelenmesinden de bu sonuca ulaşılabilmektedir. Bununla beraber ulaşılan bir başka sonuç da gösterilen çabaların yetersiz kaldığı gerçeğidir. Zira diplomatik koruma yolunun işletilmesinin bir unsuru olarak vatandaşlık bağına halen klasik Uluslararası Hukukta olduğu gibi devletin çıkarlarının korunması düşüncesi çerçevesinde yaklaşılmaktadır.

Taslak metin diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için, söz konusu yolu işletecek devlet ile birey arasında Uluslararası Hukuka uygun bir bağ kurulmasının gerekliliğini aramaktadır. Aynı taslak metin diplomatik koruma yolunu işletecek devletle zarar gören birey arasında sürekliliği olan bir vatandaşlık bağı aramaktadır. Aslında taslak metin halen bireyle devlet arasındaki vatandaşlık bağının etkin ve gerçek olmasını aramaktadır. Bir başka ifadeyle taslak metnin ilgili maddelerinden çıkan sonuç diplomatik korumanın halen devletin çıkarlarını koruyan bir Uluslararası Hukuk yolu olarak görüldüğü⁵⁹⁰ ve taslak metnin bu klasik düşüncenin dışına çıkarak

⁵⁸⁸ ILC, A/CN.4/506, s. 24, paragraf 65.

⁵⁸⁹ Bkz. ILC, **Report of Fifty Third Session**, A/56/10, 2001, <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>, s. 511 – 513.

⁵⁹⁰ VERMEER-KÜNZLI, **a.g.m. (2007/a)**, s. 66.

vatandaşlık bağı açısından modern Uluslararası Hukukun gereklerine uygun bir düzenleme getiremediğidir. Halbuki Uluslararası Adalet Divanı LaGrand Davasında diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için etkin bir vatandaşlık bağının bulunmasının gerekliliği üzerinde durmamıştır.⁵⁹¹ Divan'ın LaGrand Davasındaki tutumuyla diplomatik korumanın insan hakları hukukundan tamamen bağımsız görülemeyeceği; çünkü mütekabiliyet esasına dayalı Uluslararası Hukukun, insan hakları hukukunun amaçlarını daha fazla göz ardı edemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.⁵⁹²

Amaç, bireyin haklarının korunması olduğu takdirde, vatandaşlık bağı açısından diplomatik koruma yolunu işletecek devletin bu hakkını kullanması bu kadar sıkı koşullara bağlanmamalıdır. Oysa taslak metin vatandaşlık bağı açısından pek çok şart getirmiştir. Bunlardan birinin gerçekleşmediğinin ispat edilmesi durumunda bireyin haklarının korunması sekteye uğrayabilecektir. Uluslararası Hukuk Komisyonu, taslak metinle insan hakları hukukuna uygun bir düzenleme getirmeye çalıştığını ispat etmek için göstermelik bir düzenlemeyle sadece etkin ve gerçek vatandaşlık bağına ilişkin ispat yükünü tersine çevirmiştir. Etkin ve gerçek vatandaşlık bağı koşulunu ilgili maddelerin lafzında kullanmamakta, söz konusu maddelerin yorumunda bu koşula yer verilmediğini ifade etmekte; ama meydana getirdiği düzenlemeler, özünde, halen bu koşulun aranması gerektiğini ortaya koymaktadır. Taslak metnin vatandaşlıkla ilgili düzenlemeleri kesinlikle insan hakları hukukunun amaçlarına uygun değildir.

İnsan hakları hukukunun öngördüğü amaçlara uygun şekilde düzenlenecek bir taslak metin, bireyin vatandaşlığının Uluslararası Hukuka uygunluğunu veya sürekliliğini ne olursa olsun diplomatik korumanın kullanılması aşamasında aramaz. Taslak metnin tersine çevirdiği ispat yükü, vatandaşlık bağı tartışmaya açar. Halbuki önemli olan bireyin uğradığı

⁵⁹¹ **LaGrand Case**, paragraf 42.

⁵⁹² Monica Faria TINTA, “**Due Process and Right to Life in the Context of the Vienna Convention Consular Relations: Arguing the LaGrand Case**”, *European Journal of International Law*, Vol. 12(2), 2001, s. 364, 365.

zararın ortadan kaldırılmasıdır ve bunu gerçekleştiren devletin kim olduğu önemli değildir. Bir başka devletin de her durumda bireyin gördüğü zararların giderilmesi için harekete geçeceği kesin değildir. Birey, uğradığı zararlara razı olmak zorunda kalabilir. Diplomatik korumaya ilişkin taslak metin vatandaşlık bağının aranmasıyla ilgili getirdiği hükümlerle bireyi, sahip olduğu haklarının korunması bakımından öngörülemez bir süreçle baş başa bırakmaktadır.

Bu nedenle diplomatik koruma, özel raportörün de ilk raporunda belirttiği gibi etkin bir insan haklarını koruma mekanizması olarak kullanılmak isteniyorsa, vatandaşlığa ilişkin hükümler yeniden gözden geçirilmek zorundadır. Meydana gelen ve giderilmesi gereken bireyin zararlarıdır. Korunması gereken bireyin hakları ve çıkarlarıdır. İnsan haklarının etkisiyle şekillenen modern Uluslararası Hukuk bu zararların birey açısından ortadan kaldırılmasını hedeflemektedir. Devlet merkezli düşünülerek meydana getirilen düzenlemelerle modern Uluslararası Hukukun bu amacına ulaşabilmek mümkün değildir.

2.5. İnsan Hakları Hukuku Bakımından Önemli Bir Adım: Vatandaşlık Bağı Bulunmasa Dahi Diplomatik Koruma Yolunun İşletilebildiği Durumlar

Uluslararası Hukuk Komisyonu, diplomatik korumaya ilişkin çalışmaları sırasında insan hakları hukukuna uygun bir sonuç elde etme arzusunda da olmuştur. Bireyin vatandaşlığı ile ilgili hususlarda istenilen düzeyde bir gelişme gerçekleştirilememiştir. Bununla birlikte vatansızlar ve mültecilerin gördüğü zararlardan dolayı, onlara Uluslararası Hukuka uygun bir şekilde söz konusu statüleri tanıyan devletin taslak metinde öngörülen şartlar altında diplomatik koruma yolunu işletebileceği ifade edilerek çok önemli bir ilerleme sağlanmıştır. Böylece devletin vatandaşı olmayan bir takım bireyleri de koruyabileceği kabul edilmiştir. Bu durum diplomatik

koruma açısından devrim niteliği taşımaktadır.⁵⁹³ Devlet, aralarında vatandaşlık bağı kadar yoğun bir ilişki olmasa da vatansız ve mülteci konumundaki kişilerin gördüğü zararlara dayanarak diplomatik koruma yolunu işletebilecektir.

Bu düzenleme diplomatik korumanın uygulama alanı ile insan hakları hukukunun uygulama alanını birbirine yaklaştıran bir nitelik taşımaktadır. Diplomatik korumaya ilişkin taslak metinde bu yönde atılan en önemli adımdır.⁵⁹⁴ Zira insan hakları hukuku, kim olduğuna önem verilmeksizin bütün insanların korunmasını amaçlamaktayken, diplomatik koruma yalnızca bir devletin vatandaşının uğradığı zararların giderilmesini hedeflemekteydi.⁵⁹⁵ Görüldüğü üzere artık diplomatik korumanın uygulanması bakımından vatandaşlık bağı gibi çok önemli bir unsurun içeriğine de istisnalar getirilebilmektedir.⁵⁹⁶

Taslak metnin tamamı göz önünde bulundurulduğunda getirilen bu yaklaşıma yine de son derece temkinli yaklaşmak gerekmektedir. Zira taslak metin vatandaşlık bağı açısından devletin çıkarlarının korunmasını ön planda tutan bir yaklaşım benimsemektedir. Bununla beraber aynı metinde vatansızlar ve mültecilerin korunmasının düşünülmesi gibi önemli hususlara yer verilmektedir. Her ne olursa olsun Uluslararası Hukukun gelişim süreci bakımından bu kişilerin de korunması düşüncesi çok önemli bir adımdır.⁵⁹⁷ Bununla beraber yapılan bu düzenlemenin gerçekten insan hakları hukukunun amaçlarına uygun bir şekilde sonuç doğurması ancak uygulamayla mümkün olacaktır. Bu açıdan diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin vatansızlar ve mülteciler açısından getirdiği hükümler, söz konusu taslak metnin bütünü bakımından da ele alınmalıdır.

⁵⁹³ Alberta FABBRICOTTI, “**The Diplomatic Protection of Refugees by Their State of Asylum – A Few Remarks on the Exclusion of the State of Nationality of the Refugee from the Addressees of the Claim**”, Association for the Study of the World Refugee Problem: AWR Bulletin, Vol. 43/52(1), 2005, s. 266.

⁵⁹⁴ MILANO, **a.g.m.**, s. 100.

⁵⁹⁵ KOOIJMANS, **a.g.m.**, s. 1978.

⁵⁹⁶ Bkz. DUGARD, **a.g.m. (2005)**, s. 89.

⁵⁹⁷ Bkz. PELLET, **a.g.m. (2008)**, s. 54.

Taslak metnin 8. maddesinin 1. ve 2. paragrafları uyarınca bir devlet, yasal ve mutlak şekilde ülkesinde ikamet eden vatansızların ve mültecilerin gördüğü zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunu işletebilecektir. Bunun gerçekleşebilmesi için bu kişilerin hem zararın meydana geldiği tarihte hem de diplomatik koruma yolunu işleten devletin zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürdüğü tarihte o ülkede ikamet etmeleri gerekmektedir.⁵⁹⁸ Bu yaklaşım yerindedir; çünkü bir devletin diplomatik koruma yolunu işletmesi, esasında vatandaşının gördüğü zararlardan dolayı gerçekleşmektedir. Diplomatik koruma bir insan haklarını koruma aracı olarak görülecekse de vatandaşlarını korumaya yönelik bir Uluslararası Hukuk kurumu olmalıdır. Bu sebeple eğer diplomatik koruma yoluna, bir insan haklarını koruma yolu olarak başvurulacaksa, devletin bu yolu belirli nitelikte ilişkisinin olduğu vatansız ve mülteciler için işletmesi daha uygun olur.

Zarar gören vatansız veya mülteci bakımından belirli nitelikte bir bağ aramak yerinde olmakla birlikte onların yalnızca uluslararası sorumluluğun ileri sürüldüğü tarihte diplomatik koruma yolunu işleten devletin ülkesinde ikamet ediyor olmasının aranması insan hakları hukuku açısından daha faydalı olurdu. Zira burada artık diplomatik koruma yolunun işletilmesinin devletin çıkarlarını korumaya yönelik olduğu hiçbir şekilde iddia edilemez. Mültecilerin ve vatansızların korunması ve onlara bu statülerin tanınması tamamen Uluslararası Hukuk standartlarına göre gerçekleşmekte ve onların belirli ölçüde korunması için getirilmiş Uluslararası Hukuk kuralları bulunmaktadır. Bu kişilerin gördüğü zararların giderilmesi ile ilgili bir de diplomatik koruma yolunun öngörülmesi yalnızca onların korunmasını daha etkin bir hale getirmek için tanınabilir. Aksi takdirde devletin aslında kendisiyle ilgisi olmayan bir durumdan haksız yere fayda sağlaması söz konusu olur.

⁵⁹⁸ James L. KATEKA, “John Dugard’s Contribution to the Topic of Diplomatic Protection”, Leiden Journal of International Law, Vol. 20 (4), 2007, s. 926.

Bu sebeple zararın meydana geldiği tarihte de vatansız veya mülteci için ikamet etme şartı aranması, bu kişilerin ülkesinde ikamet ettikleri devletin de çıkarlarının korunması için diplomatik koruma yolunun işletilmesi iddialarına yol açabilir. Zira diplomatik koruma en temel anlamıyla birey yabancı devlet tarafından zarara uğratılması durumunda bu zararın devletin zararı olarak görülmesi karinesine dayanır. Dolayısıyla vatansızın veya mültecinin gördüğü zarardan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilmesi söz konusu olduğunda da bu karineye dayanılması beklenebilir. Bu durumda da devlet, söz konusu kişilere kendi ülkesinde ikamet etme hakkı tanıdığı için onların gördüğü zararların kendi zararı olduğunu, bu nedenle kendi çıkarlarını korumak adına diplomatik koruma yolunu işletebileceğini iddia edebilir. Bu şartlarda diplomatik koruma, bu kişilerin daha etkin bir şekilde korunmasını sağlamaz, onların gördükleri zararlardan bir başka devletin haksız bir şekilde fayda sağlaması sonucuna yol açar. Bu açıdan bireyin, sadece zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunun ileri sürüldüğü tarihte diplomatik koruma yolunu işleten devletin ülkesinde ikamet etmesinin aranması bahsedilen tartışmaların da önünü kesecektir.

Vatansızlar ve mültecilerin uğradıkları zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilmesinde bir başka sorun daha ortaya çıkmaktadır. Buna göre bir devletin diplomatik koruma yolunu işletmemesi durumunda, zarar gören bireyin, vatandaşlığında olduğu devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürebilmesi gerektiği belirtilmişti. Vatansız veya mültecinin uğradığı zararın giderilmesi için de diplomatik koruma yolunu işletmeyen devlet, bu kişilerin zararlarının devam etmesine neden olmaktadır. Bunun yanı sıra bir insan haklarının korunması antlaşmasına taraf olup bu antlaşma uyarınca mültecilerin haklarını koruyan devletler açısından ne gibi sonuçların ortaya çıkabileceği de belirsizdir.⁵⁹⁹ Zira devlet, bu gibi uluslararası antlaşmalarla vatandaş olmayan kişilere yönelik bir

⁵⁹⁹ FABBRICOTTI, a.g.m., s. 269.

takım yükümlölükleri üstlenebilir.⁶⁰⁰ Diplomatik koruma ile insan hakları antlaşmalarının devlete tanıdığı yükümlölükler arasındaki ilişki de konuyu daha karmaşık bir hale getirmeye neden olabilecek niteliktedir. Bu aşamada, vatansız veya mültecinin de söz konusu devlete karşı onun uluslararası sorumluluğuna ilişkin bir takım iddialarda bulunmasının mümkün olup olamayacağı sorusuyla karşılaşılabilir.

Devlet, kendi ülkesinde ikamet eden vatansız veya mülteciye birtakım haklar tanımaktadır. Bu haklarının sonucu olarak da söz konusu kişiler, ikamet ettikleri devletten bazı taleplerde bulunabilmektedirler. Bununla beraber, söz konusu kişiler o devletin vatandaşlarıyla her zaman aynı haklara sahip olamamaktadırlar. Diplomatik koruma açısından konuya ne şekilde bakılması gerektiği ise açık değildir; çünkü taslak metin bu kişileri ancak vatandaşlık bağına bağlı olarak kullanılabilecek bir Uluslararası Hukuk yolunun muhatabı yapmaktadır.

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metin, vatansız ve mülteciler bakımından diplomatik koruma yolunun işletilebilmesini, bir istisna olarak kabul etmiştir. Asıl kural devletin vatandaşının gördüğü zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunu işletmesidir. Bu sebeple her ne kadar vatandaş açısından devletin diplomatik koruma hakkını kullanmamasının sonuçları olması gerektiği üzerinde durulmuşsa da vatansız ve mültecilerin bu sebeple kendi zararlarının giderilmesi için diplomatik koruma yolunu işletmeyen devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürememesi gerekir. Söz konusu kişiler açısından böyle bir hak ancak diplomatik korumaya ilişkin taslak metinde veya diğer Uluslararası Hukuk kaynaklarında açıkça tanınmalıdır. Diplomatik koruma, uygulanan Uluslararası Hukuk ve taslak metin açısından vatandaşlık bağına dayanarak kullanılan bir Uluslararası Hukuk yoludur ve modern Uluslararası Hukuk açısından vatandaşın haklarının korunması sağlanmaya çalışılmaktadır. Diplomatik korumaya ilişkin taslak metin vatansız ve mülteciler açısından olumlu bir durum yaratmıştır; fakat devletin

⁶⁰⁰ Bogdan AURESCU, “The 2006 Venice Commission Report on Non-citizens and Minority Rights – Presentation and Assessment”, Helsinki Monitor, Vol. 18(2), 2007, s. 160.

bu kişiler için diplomatik koruma yolunu işletmemesinden dolayı ortaya çıkan sonuçlardan sorumlu tutulmaması gerekir.

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metin uluslararası topluma, vatansızların ve mültecilerin korunmasına yönelik fırsat sunmaktadır. Bununla beraber, hiçbir Uluslararası Hukuk belgesi, bir devletin, kendi ülkesinde ikamet eden vatansıza veya mülteciye yabancı devlet tarafından verilen zararları gidermekle yükümlü olduğunu belirtmemektedir. Taslak metin de devletin bu hakkını dilerse kullanabileceğini ifade etmektedir. Ancak devlet bu hakkını kullandığı zaman, kendi çıkarı adına değil, söz konusu kişilerin çıkarları adına hareket edecektir. Bununla birlikte devlet bu hakkını kullanmadığı zaman da onun bu kişilerin korunması bakımından Uluslararası Hukuka aykırı bir davranışta bulunmadığının kabul edilmesi gerekir.

Taslak metnin 8. maddesinin son paragrafında zararı veren devletin, mültecinin vatandaşlığında olduğu devlet olması durumunda diplomatik koruma yolunun işletilemeyeceği hükmü yer almaktadır. Bununla beraber, çoğu mültecinin pek çok zararı zaten onun vatandaşlığında olduğu devletten doğmaktadır.⁶⁰¹ Bu durum diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin mülteciler açısından iyi niyetli yaklaşımının onların insan hakları hukuku bakımından korunmasında yetersiz kaldığını göstermektedir.⁶⁰² Dolayısıyla diplomatik koruma yolunun işletilmesi hususunda mültecilerle ilgili bu istisnanın onun vatandaşlığında olduğu devlete karşı diplomatik koruma yolunun işletilebileceği şeklinde genişletilmesi olacaktır.⁶⁰³

3. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Kuralı

Bireyin uğradığı zararlardan dolayı, Uluslararası Hukuk yollarına başvurulabilmesi için her şeyden önce iç hukuk yollarının tüketilmesi

⁶⁰¹ Bkz. KATEKA, **a.g.m.**, s. 927.

⁶⁰² CRAWFORD, **a.g.m. (2006)**, s. 36.

⁶⁰³ Bkz. FABBRICOTTI, **a.g.m.**, s. 267 – 269.

gerekmektedir. Buna göre birey öncelikle zarar veren devletin idari ve yargısal hukuk yolları çerçevesinde çözüm arar, eğer bir sonuç alamazsa Uluslararası Hukuk yolları işletebilir. Bu şekilde bir yol izlenmesinin nedeni son derece açıktır. Uluslararası Hukuk, iç hukuk düzenlerinden kaynaklanan her uyuşmazlığın uluslararasılaşmasını istememektedir. Bu kural çeşitli davranışlarıyla bireye zarar veren devlete uluslararası sorumluluğunun ileri sürülmesine neden olan şartları ortadan kaldırması için bir fırsat sunmaktadır.⁶⁰⁴ İç hukukta meydana gelen zararın giderilmesi en son çare olarak Uluslararası Hukuk yolları çerçevesinde çözümlenmelidir. Ayrıca iç hukuk yollarının tüketilmesi ve buna rağmen varolan zararın giderilmemesi, zarar veren devletin bireye verdiği zararı gidermeme yönündeki iradesini bütün kurumları açısından tartışmaya yer bırakmaksızın ortaya koymaktadır.

Bireyin iç hukuk yollarını tüketmesi neticesinde uyuşmazlığın iki şekilde uluslararasılaşma ihtimali bulunmaktadır. İlki diplomatik koruma yoluyla meydana gelen zararın devletlerarası bir şekilde çözümlenmesidir. İkincisi bireyin doğrudan kendisinin başvurabileceği Uluslararası Hukuk yolları çerçevesinde zararının giderilmesini talep etmesidir.⁶⁰⁵ İç hukuk yollarını tüketmeyen bireyin zararlarından ötürü, birinci bölümde ele alınan istisnalar gerçekleşmedikçe söz konusu Uluslararası Hukuk yollarından hiçbirisine başvurulamaz.

İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı özellikle yabancıların gördüğü zararların giderilebilmesi için, zarar veren devlete bir şans daha tanımaktadır. Böylece onun egemen yetki alanında meydana gelen bir sorunun yine onun egemen alanında çözüme kavuşturulması imkanı ortaya çıkmaktadır.⁶⁰⁶ Bir başka ifadeyle iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı devlet egemenliğine büyük bir önem vererek soruna çözüm bulmaya

⁶⁰⁴ Emeka DURUIGBO, “Exhaustion of Local Remedies in Alien Tort Litigation: Implications for International Human Rights Protection”, Fordham International Law Journal, Vol. 29, June 2006, s. 1253.

⁶⁰⁵ TRINDADE, a.g.e. (1988), s. 397.

⁶⁰⁶ CRAWFORD, a.g.m. (2006), s. 41.

çalışmaktadır.⁶⁰⁷ İnsan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası antlaşmalar da öncelikle devletin, bireyin zararını kendi iç hukukunda gidermesini istemektedir.⁶⁰⁸ Bununla birlikte söz konusu kurala getirilen istisnalarla da devletin egemenliğine duyulan saygının sınırları çizilmektedir.

Bireyin sahip olduğu haklar ve bu hakların korunması uluslararası bir nitelik taşımaktadır. Bununla beraber insan hakları hukuku devletlerin iç hukuklarında etkilerini doğurmakta ve uygulanmaktadır. Bu sebeple iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, bireyin gördüğü zararların giderilerek uluslararası toplumun ortak çıkarlarına uygun bir sonuç elde edilebilmesi bakımından ileri ve uzlaştırmacı bir rol oynayabilecektir.⁶⁰⁹ Bu açıdan diplomatik korumanın, devletin değil de bireyin haklarını koruyan bir Uluslararası Hukuk yolu olmasının gerekliliğinin iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralında herhangi bir değişiklik gerektirip gerektirmediği sorusu da akla gelebilir. Bu soru bireyin Uluslararası Hukukun bir süjesi olup olmadığı tartışmaları çerçevesinde de daha farklı bir boyut kazanabilir.

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metin, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralını genel olarak uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının getirdiği sisteme uygun olarak düzenlemiştir. Taslak metnin üzerinde durduğu istisnalar da insan hakları hukukunun amaçlarına uygun görüntüler yansıtmaktadır. Bununla beraber diplomatik koruma yolunun insan hakları hukukunun amaçlarına uygun bir şekilde işletilebilmesini sağlamaya yönelik değişikliklere, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı bakımından çok fazla ihtiyaç duyulmamaktadır.

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 15. maddesi bireyin, zararının giderilmesini sağlayacak iç hukuk yollarının bulunmadığı ya da varolan yollara başvurulduğunda zararın giderilmesi olasılığının

⁶⁰⁷ JOSEPH, a.g.e., s. 4.

⁶⁰⁸ MAZZESCHI, a.g.m. (2003), s. 340.

⁶⁰⁹ Paula Rivka SCHOCHET, "A New Role for an Old Rule: Local Remedies and Expanding Human Rights Jurisdiction Under the Torture Victim Protection Act", Columbia Human Rights Law Review, Vol. 19 (1), Fall 1987, s. 223.

bulunmadığının açık olduğu durumlarda iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmadığını belirtmektedir. Ayrıca zararın meydana geldiği tarihte zarar gören bireyle zarar veren devlet arasında bir ilişkinin bulunmaması da mümkündür. 15. madde bu durumda da iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmadığını belirtmiştir.

Bu bakımdan meydana gelen zararın, zarar veren devletin iç hukuk yolları çerçevesinde giderilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, bireyi, o devletin iç hukuk yolları çerçevesinde çözüm bulmaya zorlamak insan hakları hukukunun amaçlarına aykırı olurdu. Bu sebeple taslak metnin 14. maddesinde düzenlenen ana kural ve 15. maddesinde yer alan istisnalar son derece yerinde olmuştur.

Diplomatik koruma yolunun işletilmesi için, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralından tamamen vazgeçilemez. İnsan haklarının korunması bakımından da bu kuraldan vazgeçilmesi uygun olur. Birey, kendisini zarara uğratan devletin iç hukuk yollarını tüketmek durumundadır. Aksi takdirde bireyin uğradığı zararlarla ilgili bütün uyuşmazlıkların uluslararası bir nitelik kazanması söz konusu olacaktır. Devlet bireyin zararını kendi iç hukukunda gideremeyecek, bütün davranışlarında her an uluslararası bir mahkeme önünde yargılanma tehdidiyle karşı karşıya kalacaktır.

İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı yukarıda belirtilen nedenlerle diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi açısından getirilmiş bir koşuldur. Bununla beraber diplomatik korumanın klasik anlamında devletin çıkarlarını koruması için yerine getirilmesi gereken bir koşul olması, devletin kendi hakkını kullanmasını felç eden sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir.⁶¹⁰ Oysa diplomatik korumayı bireyin haklarını koruyan bir yol olarak değerlendirmek bu çelişkiyi gidermektedir. İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının, insan hakları hukuku çerçevesinde oluşturulmuş Uluslararası Hukuk yollarına başvurulabilmesi için de yerine getirilmesi gereken bir koşul olarak uygulama

⁶¹⁰ PELLET, a.g.m. (2008), s. 54.

alanını genişletmesi önemlidir. Bu kural devlet egemenliği ve devletin çıkarları ile bireyin haklarının korunması arasındaki dengeyi oluşturması bakımından gerekli bir koşuldur.⁶¹¹

Bu bakımdan bireyin Uluslararası Hukukun bir süjesi olduğunu iddia eden görüşlerin eleştirilebileceği bir husus ortaya çıkmaktadır. Birey, Uluslararası Hukukta süje olarak kabul edildiği takdirde, meydana gelen bütün uyuşmazlıklar iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına gerek kalmaksızın, Uluslararası Hukuk yolları çerçevesinde çözümlenmelidir. Zira bu durumda bireyin devletle her bakımdan eşit olduğu ve devletin bireyin üzerinde bir otoritesinin bulunmadığı da kabul edilmelidir. Örneğin devlet, bireyi kendisi karar vererek tutuklayamayacak, onu tutuklayabilmesi için her ikisinin de üstünde olan bir otoriteden yetki alması gerekecektir.

Bu örneklerin daha da ilerisine gidildiğinde, insan haklarının korunması bakımından devletin herhangi bir yükümlülüğü olmayacaktır; çünkü devletle birey aynı Uluslararası Hukuk düzeninin eşit birer süjesi olacaklardır. Dolayısıyla devletin egemen yetkileri dikkate alınarak varolan sorunların çözüme kavuşturulması gerekecektir. Dolayısıyla meydana gelen zararların önce, zarar veren devletin iç hukuk yolları çerçevesinde giderilmeye çalışılması gerekir. Bu durum gerçekleştirilemezse söz konusu uyuşmazlık bir uluslararası sorun veya iddia haline getirilmesinde sakınca yoktur. Bu bakımdan iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı hem ulusal hem de uluslararası amaçlara sahiptir. Anılan kural devlet egemenliğine ve ulusal idari ve yargısal yollara öncelik tanır. Ancak bu öncelik o devletin sahip olduğu uluslararası yükümlülüklerle kendi isteğiyle uygun davranmasını sağlamaya çalışır.⁶¹² Dolayısıyla iç hukuk yollarının tüketilemeyeceği veya tüketildiği halde sonuç alınamayacağı aşıkarsa devlet, vatandaşının zararını gidermek için doğrudan diplomatik koruma yolunu işletebilir. Bu bakımdan

⁶¹¹ Bkz. Riccardo Pisillo MAZZESCHI, “Exhaustion of Domestic Remedies and State Responsibility for Violation of Human Rights”, The Italian Yearbook of International Law, Vol. 10, Editörler Benedetto CONFORTI ve Riccardo PAVONI, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, s. 22, 23.

⁶¹² SCHOCHET, a.g.m., s. 228.

taslak metnin iç hukuk yollarının tüketilmesi açısından getirdiği düzenleme, modern Uluslararası Hukukun amaçları çerçevesinde yerindedir.

Taslak metnin bu konuda eksik kaldığı tek nokta, bireyin iç hukuk yollarını tükettikten sonra kendisinin kullanabileceği Uluslararası Hukuk yollarının bulunması durumunda, onun vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletip işletemeyeceğidir. Bu hususun bireyin başvurabileceği Uluslararası Hukuk yollarına öncelik verilerek çözüme kavuşturulmasının daha yerinde olacağı ifade edilmişti.

Bireyle yabancı devlet, aralarındaki uyuşmazlığın uluslararası bir tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmasını da öngörebilirler. Bu durumda iç hukuk yolları tüketilmeden uluslararası bir yolla aralarındaki uyuşmazlık giderilmeye çalışılmaktadır. Böyle bir anlaşma birey yabancı devletle olan ilişkisine başlamadan önce yapılırsa diplomatik koruma açısından ne gibi sonuçların ortaya çıkabileceği açık değildir. Taslak metin bu konuda bir hüküm içermemektedir.⁶¹³

Bireyle yabancı devlet arasında önceden yapılan bu anlaşma, bireyin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunun işletilmesini engelleyecek niteliktedir. Zira insan hakları hukukunun amaçları çerçevesinde bireyin doğrudan çözüm alabileceği bir Uluslararası Hukuk yolu bulunduğu takdirde bu yola öncelik verilmesi gerekir. Bu nedenle mevcut uyuşmazlığın tahkimin bireyin lehine veya aleyhine vereceği kararlar son bulması en makul çözümdür. Bununla birlikte öngörülen tahkim yolu işletilemediği takdirde diplomatik koruma yolunun işletilmesi açısından ne gibi bir sorunun ortaya çıkacağı açık değildir.

Her şeyden önce birey hem iç hukuk yollarını tüketmeyip hem de tahkim yoluna başvurmadığı zaman, devletin uğradığı zarar giderilmemiş olacaktır. Devletin varolan zararı ancak bireyin zararı giderildiğinde ortadan kalkacaktır. Bu nedenle söz konusu tahkim koşulunun “Calvo kaydı” benzeri

⁶¹³ Bkz. CRAWFORD, a.g.m.(2006), s. 42, 43.

bir sonuç doğurmayacak şekilde ele alınması gerekmektedir. Taslak metnin 14. maddesinin yorumunda da iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek durumların “Calvo kaydı” anlamına gelmemesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶¹⁴ Diplomatik koruma yolunu işletmek devlete tanınan bir hak olduğu için, birey tahkim yolunu işletmediğinde, onun vatandaşlığında olduğu devletin iç hukuk yollarının tüketilmesi bakımından istisnai bir durum olduğunu ileri sürerek, doğrudan diplomatik koruma yolunu işletebilme hakkına sahip olması gerekir.

İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının uygulanmasının en uygun biçimi söz konusu kuralın amaçları ile insan hakları hukukunun gereklerinin aynı paydada buluşturulmasıyla gerçekleşebilir.⁶¹⁵ Diplomatik korumaya ilişkin taslak metin iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı bakımından, başarılı bir düzenleme getirmiştir; fakat iç hukukta yer alan uyuşmazlıkların doğrudan devlet – birey uzlaşması sonucu uluslararasılaştırılmasında söz konusu kural bakımından ne gibi bir tutum sergilenmesi gerektiği hususuna değinilmemiştir. Bu eksiklik bazı tartışmalı noktaların çözümsüz kalmasına neden olabilecek türdendir. Dolayısıyla diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için gerekli olan iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının ortadan kalkmasına veya daha farklı bir şekilde uygulanmasına neden olan Uluslararası Hukuk yollarının da taslak metinde ele alınması yerinde olacaktır.

İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, diplomatik korumanın devletin mi yoksa bireyin mi bir hakkı olması gerektiği tartışmasında da ele alınması gereken hususlardan birisidir. Zira devlet, varolan bir hakkını kullanabilmek için vatandaşı olan bireyin, zarar veren devletin iç hukuk yollarını tüketmesini beklemek zorundadır.⁶¹⁶

⁶¹⁴ ILC, A/61/10, s. 73.

⁶¹⁵ DURUIGBO, a.g.m., s. 1290.

⁶¹⁶ Bkz. VERMEER-KÜNZLİ, a.g.m. (2007), s. 55.

Diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için gerekli koşullardan birisi olan iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının niteliği üzerine de tartışmalar bulunmaktadır. Buna göre söz konusu koşulun sadece şekli bir işlem şartı olduğu ileri sürülebileceği gibi; maddi bir koşul olduğu da ileri sürülebilecektir. Eğer şekli bir koşul olarak görülüyorsa zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunun zararın meydana geldiği anda doğduğu kabul edilecektir. Maddi bir koşul olarak görülmesi durumunda ise zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunun iç hukuk yolları tüketildikten sonra doğacağı kabul edilmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu bu konuda bir çözüm getirememiş ve diplomatik korumaya ilişkin taslak metinde de bu hususla ilgili sessiz kalmıştır.⁶¹⁷ Diplomatik korumanın maddi bir koşul olarak değerlendirilmesi daha yerindedir. Zira devletin uluslararası sorumluluğunun ileri sürülebilmesi için de bir takım koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir. Devletin iç hukuk yolları tüketilene veya tüketilmesine gerek olmadığına kanaat getirilene kadar mevcut uyuşmazlık bir iç hukuk sorunu olarak kalmaktadır. Ne zaman ki iç hukuk yolları tüketilmektedir, söz konusu uyuşmazlık da uluslararasılaşmaktadır. Bu kadar etkin bir rol oynayan söz konusu koşulun sadece bir şekil şartı olarak görülmesi yerinde olmaz.

Diplomatik koruma yolunu işleten devlet kendisinin zarara uğradığı ve bu nedenle kendisine ait bir hakkı kullandığı iddiasındadır. Bu sebeple, devletin tamamen kendisine ait bir hakkı kullanabilmesi için bireyin yabancı devletin iç hukuk yollarını tüketmesini beklemesi bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Her şeyden önce devlet zararının giderilmesi talebinde bulunabilmek için vatandaşının kararlarına bağımlı kalmaktadır. Şöyle ki birey uğradığı zararın yabancı devletin bir davranışı neticesi olduğu düşüncesinde olsa bile, bu zararın giderilmesi için hareketsiz kalabilir. Bu durumda devletin uğradığı zararları devam edecek; ancak bunun giderilmesi için başvurabileceği herhangi bir Uluslararası Hukuk yol olmayacaktır; çünkü sahip olduğu tek Uluslararası Hukuk yolu diplomatik korumadır. Devlet,

⁶¹⁷MACLEAN, a.g.m., s. 236, 237.

vatandaşı olan birey iç hukuk yollarını tüketmediği için hakkını arayamayacaktır.

Bu sonucun ortaya çıkması olağandır. Sonuçta birey iç hukuk yollarını da kullanabilir. Bunun neticesinde yabancı devlet, bireyin zararlarını giderebilir. Bu durumda da devletin zararı, bireyin zararlarının giderilmesiyle ortadan kalkmaktadır. Bir başka ifadeyle birey, iç hukuk yollarına başvurup, olumsuz bir netice alana kadar, devletin kendi çıkarlarını koruması ve sahip olduğu hakkını kullanması söz konusu olamayacaktır.

Görüldüğü üzere aslında bütün sorun bireyin zarara uğraması ve bu zararın giderilmesidir. Bireye bu denli bağlı olarak ortaya çıkan bir zararın, tamamen devlete ait bir zarar olarak görülmesi, devletlerin bireyi yok saymalarından başka bir anlama gelmemektedir. Bu sebeple modern Uluslararası Hukukun bireyin korunmasını Uluslararası Hukukun merkezine koyan yaklaşımı çerçevesinde, artık bu zorlayıcı yorumun da hiçbir dayanağı kalmamaktadır. Zira devletler bireylere karşı Uluslararası Hukukun öngördüğü şekilde davranmak ve onları korumak zorundadırlar. Artık devlet, vatandaşını korumakla yükümlüdür. Dolayısıyla birey iç hukuk yollarını tükettiği zaman, vatandaşlığında olduğu devlet diplomatik koruma yolunu işleterek doğrudan onun zararlarını gidermelidir. Bu sayede bireyin tamamen kendisine yönelik bir davranışa karşı iç hukuk yollarına başvurmasına rağmen aslında vatandaşlığında olduğu devletin çıkarlarını korumaya çalıştığı gibi bir sonucun ortaya çıkmasının da önüne geçilmiş olacaktır.

Modern Uluslararası Hukuk açısından varılması gereken sonuç basittir. Birey, yabancı bir devlet tarafından bir davranışla zarara uğratıldığı takdirde, bu zararın giderilmesi için iç hukuk yollarını tüketecektir. Eğer bu koşul gerçekleştirildikten sonra bireyin bireysel olarak başvurabileceği bir Uluslararası Hukuk yolu bulunmuyorsa, vatandaşlığında olduğu devlet onun uğradığı zararlarını gidermek adına diplomatik koruma yolunu işletecektir. Böylece iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı aynı amacın gerçekleştirilmesi için kullanılmış olacaktır. Bir başka ifadeyle diplomatik koruma, iç hukuk

yollarının tüketilmesi kuralına insan haklarının korunması sistemleriyle aynı pencereden bakacaktır. Bu husus diplomatik korumanın bir insan haklarını koruma mekanizması haline getirilmesi açısından önemlidir.

4. Şirket Hissedarlarının Zararlarının Giderilmesi

İnsan hakları hukukunun diplomatik korumaya olan etkilerinin değerlendirilmesinde dikkat edilmesi gereken hususlardan birisi de şirket hissedarlarının durumlarıdır. Bir şirket, yabancı bir devletle olan ilişkileri veya o ülkede olan faaliyetleri sırasında zarara uğrayabilir. Bu zararının giderilmesi için yabancı devletin iç hukuk yollarını tüketebilir. Buna rağmen sonuç alamayabilir ve ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu için, şirketin uyruğunda olduğu devlet diplomatik koruma yolunu işletebilir.

Bununla beraber birinci bölümde de değinildiği üzere şirket hissedarlarının durumu biraz daha farklıdır. Zira şirket, ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu için onun gördüğü zararların, hissedarların zararı olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmiştir.⁶¹⁸ Şirket hissedarlarının uğradığı zararların giderilmesi için diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi ise ancak söz konusu kişilerin doğrudan zarara uğraması durumunda gerçekleştirilebilmektedir.⁶¹⁹

Şirketi ve şirket hissedarlarını birbirlerinden tamamen bağımsız görmenin ve şirketin uğradığı zararlardan dolayı, hissedarların uğradığı zararları görmezden gelmenin ne kadar doğru olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Zira bireyin çıkarları bu bakımdan tamamen görmezden gelinemez ancak onun şirketin hissedarı olarak şirketle ilişkisinin de değerlendirilmesi ihtiyacı ortaya çıkar. Yani her somut olaya, her devletin şirketlerle ilgili düzenlemelerine göre farklı sonuçlara ulaşılabilmesi mümkün

⁶¹⁸ David HARRIS, “The Protection of Companies in International Law in the Light of the *Nottebohm Case*”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 18, April 1969, s. 312.

⁶¹⁹ Yoram DINSTEIN, “Diplomatic Protection of Companies under International Law”, in *International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy*, Editör Karel WELLENS, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, s. 508.

olabilir⁶²⁰. Zaten insan hakları mahkemeleri de dinamik yorum yöntemi çerçevesinde, bireyin ilişki halinde olduğu devletin iç hukuk düzenlemelerine göre farklı sonuçların ortaya çıkabileceğini belirtmektedir. Yani insan hakları hukukunun amaçlarına uygun sonuçların alınması ille de benzer her uyuşmazlık için aynı davranış biçimlerinin benimsenmesine bağlı değildir. Dolayısıyla doğrudan şirkete yönelik bir davranış ile şirketin zarar gördüğü durumlarda, şirket hissedarlarının da korunması gereken haklarının olup olmadığının, bu zararların diplomatik koruma yolunun işletilmesi açısından ele alınıp alınamayacağını da irdelenmesi gerekir.

Diplomatik koruma yolunu işletmenin devletin bir hakkı olduğu ve bireyin mi yoksa devletin mi haklarını ve çıkarlarını gözetmeye çalıştığı sorusuna insan hakları hukukunun amaçları doğrultusunda cevap bulan bir Uluslararası Hukuk metni yoktur. Uluslararası Hukuk Komisyonu her ne kadar insan haklarının korunmasını sağlayacak şekilde diplomatik koruma kurumunu şekillendirmeye çalıştığını iddia etse ve bu yönde bazı olumlu yaklaşımlarda bulunsa da diplomatik korumaya ilişkin olarak oluşturulan taslak metin henüz bu hedefi gerçekleştirememiştir.

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 11. maddesindeki ana kural, şirketin gördüğü zararlardan dolayı şirket hissedarlarının vatandaşlığında oldukları devletlerin diplomatik koruma yolunu işletemeyecekleri şeklindedir. Bu şekilde bir ana kuralın getirilmesi olağandır; çünkü şirketin ayrı bir tüzel kişiliği vardır ve onun uğradığı zararın giderilmesi ancak onun adına gerçekleştirilmek zorundadır. Dolayısıyla önemli olan böyle bir kurala yer verilmesi değil, bu kuralın şirket hissedarları açısından getirilen istisnalarıdır.⁶²¹ Zira diplomatik koruma yolunun insan hakları hukukunun

⁶²⁰ Bkz. Christian J. TAMS ve Antonios TZANAKOPOULOS, “**Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development**”, Leiden Journal of International Law, Vol23(4), 2010, s. 787.

⁶²¹ Abi-Saab şirket hissedarlarının korunmasına yönelik Uluslararası Hukukta getirilecek düzenlemelere bir başka açıdan karşı çıkmaktadır. O’na göre bu yönde yapılacak gelişmeler, insan haklarının korunması amacıyla değil, gelişmiş devletlerin gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkelerdeki çıkarlarını korumayı amaçlar. Bu nedenle, şirketin zarar görmesi durumunda o şirketin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletmesi düşüncesini savunmaktadır.

amaçları doğrultusunda şekillendirilmesinde şirket hissedarlarının çıkarlarını korumaya yönelik bazı hususların da dikkate alınması gerekmektedir.

Barcelona Traction davasında Uluslararası Adalet Divanı şirketin, vatandaşlığında olmadığı bir devletin davranışları nedeniyle gördüğü zararlarına dayanarak diplomatik koruma yolunu işletme hakkına yalnızca şirketin vatandaşlığında olduğu devletin sahip olduğunu ifade etmişti. Ana kuralı bu şekilde oluşturmakla birlikte Divan, şirket hissedarlarının uğradıkları zararları da görmezden gelmemiştir. Birtakım istisnai durumların olabileceğini belirtmiş, bunlardan bazıları üzerinde durmuş; ancak bu istisnaların, önündeki somut olaya uygulanamayacağını ifade etmiştir.

Divan, zarara uğrayan şirketin zarar veren devletin vatandaşlığında olması durumuna ilişkin bir istisnaya yer vermiştir. Buna göre şirket hissedarları zarar veren devletin vatandaşlığını taşımıyorsa, söz konusu kişilerin vatandaşlığında olduğu devletler, belirli şartların gerçekleşmesi durumunda, onların gördüğü zararlardan ötürü diplomatik koruma yolunu işletebilirler.⁶²² Divan aynı kararında şirketin vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletememesi durumunda hakkaniyet gereği şirket hissedarlarının vatandaşlığında olduğu devlet ya da devletlerin diplomatik koruma yolunu işletebileceğini ifade etmiştir.⁶²³ Bu koşulların neler olabileceği üzerinde durulmamıştır; ancak şirketten bağımsız olarak şirket hissedarlarının uğradığı zararların da dikkate alınabilmesi ihtimali olduğu ifade edilmiştir.

Divan bu istisnaya yer verirken henüz diplomatik korumanın bireyin çıkarlarını korumayı sağlayan bir Uluslararası Hukuk yolu olabileceği kabul

Uluslararası yatırımları gerçekleştiren şirketlerin hissedarları genellikle gelişmiş devletlerin vatandaşlarıdır. Bu sebeple onların haklarını korumak adı altında yapılacak düzenlemeler, gelişmekte olan devletleri gelişmiş devletler karşısında daha da korunaksız hale getirmekten başka bir işleve sahip olamayacaktır. (Bkz. Georges ABI-SAAB, “**The International Law of Multinational Corporations: A Critique of American Legal Doctrines**”, in **Third World Attitudes Toward International Law: An Introduction**, Editörler Frederick E. SNYDER ve Surakiart SATHIRATHAI, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, s. 549, 550.)

⁶²² **Barcelona Traction Light and Power Company Case**, paragraf 92.

⁶²³ **Barcelona Traction Light and Power Company Case**, paragraf 93.

edilmemekteydi. İnsan hakları hukuku ile diplomatik koruma birbiriyle hiçbir bağlantısı olmayan iki çalışma alanı olarak görülmekteydi.⁶²⁴ Divan Barcelona Traction davasında verdiği kararda insan hakları hukuku ile diplomatik korumanın uygulama alanlarının tamamen birbirlerinden farklı olduğunu ifade etmiştir.⁶²⁵

Uluslararası Adalet Divanı daha sonra ELSI davasındaki kararında da şirket hissedarlarının, şirketin zarara uğraması durumunda, kendi vatandaşlığında oldukları devletler tarafından korunabileceği kanısına varmıştır.⁶²⁶ Zararı esas olarak şirket görse bile, o zarardan dolayı hissedarlar da zarara uğramaktadır. Bu durumda zararının giderilmesine ihtiyaç duyan taraf hissedarlar olmaktadır. Divan da bu nedenle hissedarların vatandaşlığında oldukları devletlerin bu zararın giderilmesi için diplomatik koruma yolunu işletebileceğini kabul etmiştir.⁶²⁷ Böylece şirketin gördüğü zararların da şirket hissedarlarının zararı olarak görülerek, bu kişilerin yaptıkları yatırımların korunması açısından çok önemli bir yaklaşım benimsenmiştir.⁶²⁸ ELSI davasında Divan'ın verdiği kararın muhatabı olan hissedarlar her ne kadar şirket olsalar da bu karar insan hakları hukukunun etkilerinin diplomatik koruma kurumuna yansıtılabilmesi için önemli rol oynamaktadır; çünkü hissedarın birey olması durumunda bireyin gördüğü zarardan ötürü onun vatandaşlığında olduğu devlet diplomatik koruma yolunu işletme hakkına sahip olacaktır. Aksi takdirde şirketin uğradığı zarar nedeniyle her ne kadar hissedarlar zarara uğrasa da onların hak ve çıkarlarının korunması engellenmiş olur.

⁶²⁴ Martti KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument (Reissue with a New Epilogue)*, Cambridge-New York-Merlbourne, Cambridge University Press, 2005, s. 526, 527.

⁶²⁵ Bkz. *Barcelona Traction Light and Power Company Case*, paragraf 35.

⁶²⁶ *ELSI Case*, paragraf 49; ODA karşı görüşünde başka bir devletin vatandaşlığında olan şirketin gördüğü zararlardan ötürü, o şirketin hissedarlarının vatandaşlığında olduğu devletin doğrudan bir zarar söz konusu olmadıkça diplomatik koruma yolunu işletemeyeceğini ifade etmiştir. (Dissenting Opinion of Judge Oda, *ELSI Case*, s. 87,88.); Schwebel de zararın hissedarların değil şirketin zararı olduğunu ifade etmiştir. (Dissenting Opinion of Judge SCHWEBEL, *ELSI Case*, s. 94.)

⁶²⁷ Sean D. MURPHY, “The ELSI Case: An Investment Dispute at the International Court of Justice”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 16(2), 1991, s. 412, 413.

⁶²⁸ PALENZUELA, *a.g.m.*, s. 307.

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 11. maddesinin b paragrafı bu istisnaya son derece sınırlı bir şekilde yer vermiştir. Buna göre şirkete zarar veren devlet, zarar gören şirketin vatandaşlığında olduğu devletse, şirket hissedarlarının vatandaşlığında olduğu devletler, bir başka şartın yerine gelmesi durumunda diplomatik koruma yolunu işletebilirler. O şart, bir şirketin zarar veren devlet ülkesinde faaliyet gösterebilmesi için, söz konusu devlet kanunlarına göre ve onun vatandaşlığını taşıyarak kurulmak zorunda olmasıdır. Yani böyle bir zorunluluk yoksa ve şirket hissedarları kendileri bu şekilde bir tercihte bulunmuşlarsa, vatandaşlığında oldukları devletin korumasından faydalanamayacaklardır.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun bu hükme Barcelona Traction davasında ifade edilen şekliyle taslak metinde yer vermemesi, bu durumda diplomatik korumanın gelişmiş bir insan hakları hukukunu koruma mekanizması haline geleceği kaygısından kaynaklanmıştır.⁶²⁹ Değinildiği gibi Barcelona Traction davasında karar verildiği tarihlerde insan hakları hukukunun uygulama alanı bu kadar etkin olmadığı; fakat Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmaları sırasında insan hakları hukuku önemli bir yer teşkil ettiği için, aynı konuda farklı bakış açıları ortaya çıkmıştır. Divan, insan hakları hukukunun uygulanma alanı farklı olduğu için böyle bir karar vermiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu ise diplomatik koruma ile insan hakları hukukunun çalışma alanlarını bu denli kesin bir şekilde ayıramadığı için bireyin hak ve çıkarları ile devletinkiler arasında bir denge oluşturmaya çalışmıştır. Bununla beraber, Uluslararası Adalet Divanı'nın Barcelona Traction davasındaki kararı, kararın verildiği tarih itibarıyla insan hakları hukuku bakımından eleştirilmese de varolan Uluslararası Hukuk bakımından mantıksız ve tutarsız olduğu yönünde çeşitli eleştirilere uğramıştır.⁶³⁰ Çalışmanın birinci bölümünde değinilen bu tutarsızlıkların yanı sıra artık

⁶²⁹ DUGARD, a.g.m. (2005), s. 88.

⁶³⁰ Marius EMBERLAND, "The International Court of Justice and Companies: Is it Possible to Discern A 'Structural Bias' at the Court Regarding Private Economic Enterprise", International Community Law Review, Vol. 9(2), 2007, s. 190.

günümüzde varolan insan hakları hukuku bakımından da Divan'ın bakış açısı yetersiz kalmaktadır.

Taslak metnin 11. maddesinin b paragrafında öngörülen bu istisnanın şirket hissedarlarının kendi iradeleriyle faaliyet gösterdikleri devletin vatandaşlığını taşıyan bir şirket kurdukları durumlarda uygulanamaması da ilginç bir durumdur. Zira o devlette şirket kurma zorunluluğu olmamakla birlikte kar gütmeye amacı olan kişiler, şirketi koşulların daha cazip olması nedeniyle o devlet ülkesinde kurmayı tercih edebilirler.⁶³¹ Bu madde, taslak metnin diğer pek çok maddesinde olduğu gibi, klasik yaklaşımdan kurtulamamanın bir örneğini yansıtmaktadır. İnsan hakları hukukunu dikkate alarak bir düzenleme yapılmış gibi gösterilmektedir. Halbuki şirket hissedarları genellikle kendi iradeleriyle bir başka devlet vatandaşlığı altında şirket kurarak faaliyet göstermektedir. Bu düzenleme çok istisnai durumlarda şirket hissedarlarının zararlarının dikkate alınması anlamına gelecektir. Gerçek anlamıyla insan hakları hukukuna uygun bir düzenleme yapılması düşünülseydi böyle bir sınırlandırmaya gidilmezdi.

Taslak metnin 11. maddesinde görülen istisnalardan diğeri ise a paragrafında yer almaktadır. Eğer şirketin varlığı kurulduğu devlet kanunlarına göre sona eriyorsa, şirket hissedarlarının vatandaşlığında olduğu devlet ya da devletler diplomatik koruma yolunu işletebileceklerdir. Yalnız şirketin sona erme nedeninin, diplomatik koruma yolunun işletilmesine neden olan zarar olmaması şartı bulunmaktadır. Bunun nedeni eğer o zarar nedeniyle şirketin varlığı sona ererse, diplomatik koruma yolunu işletmenin yalnızca şirketin vatandaşlığında olduğu devlete ait bir hak olduğunun kabul edilmiş olmasıdır.⁶³² Bununla birlikte şirketin varlığı, diplomatik koruma yolunun işletilmesine neden olan zarardan ötürü sona ermekle beraber, eğer şirket, zarar veren devletin vatandaşlığındaysa ve diğer koşullar da oluşmuşsa 11. maddenin b paragrafına göre şirket

⁶³¹ CRAWFORD, a.g.m. (2006), s. 40.

⁶³² ILC, A/61/10, s. 61.

hissedarlarının vatandaşlığında olduğu devletler diplomatik koruma yolunu işletebileceklerdir.

Taslak metnin 11. maddesinde öngörülen istisnalar, şirket hissedarlarının en çok zarara uğrama olasılığının bulunduğu durumlarda koruma getirmekten uzaktır. Şirket hissedarları bakımından gerçek anlamda koruma ancak 12. madde uyarınca doğrudan zararlarda söz konusu olabilmektedir.⁶³³

Taslak metin, yalnızca şirket hissedarlarının hak ve çıkarlarının korunması açısından değil, genel olarak bir çelişkiyi içinde barındırmaktadır. Bu çelişki, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun insan haklarının gereklerini dikkate alarak hareket etmek istemesiyle birlikte diplomatik korumanın geleneksel yapısından sıyrılmasından kaynaklanmaktadır. Zira taslak metin, diplomatik korumanın tamamen klasik anlamıyla uygulanması yönünde bir zorunluluk getirmemektedir. Hatta çalışmaları sırasında da insan haklarıyla uyumlu bir düzenlemenin oluşturulması için görüşler paylaşılmaktadır. Bununla beraber, diplomatik koruma ile insan hakları hukukunun uygulama alanlarını da birbirine çok fazla karıştırmama çabasında olmaktadır.⁶³⁴ Diplomatik korumaya ilişkin taslak metin şirket hissedarlarıyla ilgili de önemli hükümler getirmiştir. Ancak yine de diplomatik korumanın klasik yaklaşımından tamamen kurtulmak mümkün olamamıştır.

Diallo davası, diplomatik korumanın modern Uluslararası Hukukun gereklerine uygun bir şekilde ele alınması açısından çok önemli bir karardır. Uluslararası Adalet Divanı, adı geçen kararında şirketin gördüğü zararlardan dolayı şirket hissedarlarının da zararlarının meydana gelip gelmediği sorusuna cevap aramıştır. Bunun dışında genel olarak diplomatik koruma kavramını ve diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin ilgili maddelerini insan haklarının korunması bakımından da dikkate almıştır. Yeterli olup

⁶³³ CRAWFORD, a.g.m. (2006), s. 41.

⁶³⁴ LEE, a.g.m., s. 260.

olmaması tartışılabilir olmakla birlikte, diplomatik koruma konusunda tabu olmuş bu hususların bir arada ele alınması büyük bir gelişimin yansımasıdır.

Divan, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik korumaya ilişkin taslak metninin birinci maddesinde yer alan tanımdan bahsederken, artık diplomatik koruma kurumunun uygulama alanını uluslararası insan haklarını da içerecek şekilde genişlettiğinden bahsetmektedir.⁶³⁵

Divan, şirket hissedarlarının gördüğü her zarardan dolayı, onun vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma yolunu işletemeyeceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte önündeki somut olayda, hissedarın aynı zamanda zarar gören şirketlerin tamamen sahibi olması ve DKC devleti kanunları uyarınca bireyin şirketin elde ettiği kar ve zarardan her zaman doğrudan etkilenmesi sebebiyle Gine'nin diplomatik koruma yolunu işletme hakkının bulunduğunu belirtmiştir.⁶³⁶ Divan'ın buradaki yaklaşımı tutarlıdır. Bununla beraber Uluslararası Hukuka aykırı eylem neticesinde zarar doğrudan şirkete ait olsa da, bu zararın bireye yönelik etkilerinin de giderilmesi gerekebileceği üzerinde durmamıştır.

Diallo davasında dikkat edilmesi gereken husus, Divan'ın doğrudan zarar koşulundan vazgeçmemesidir. Zararın sadece şirketin uğradığı zarar olması yeterli değildir. Bu zararın aynı zamanda bireyin hissedarlığına ilişkin haklarını da doğrudan etkilemesi gerekmektedir.⁶³⁷ Bu değerlendirmeyi yaparken iki husus üzerinde durmuştur. Öncelikle DKC'nin Diallo'nun şirket toplantılarına katılmasının engellenip engellenmediği üzerinde durmuştur. Bu yönde bir aykırılık olmadığına kanaat getirmiştir.⁶³⁸ Daha sonra Diallo'nun sınır dışı edilmesinin ardından şirketinin başına bir yönetici atayıp atayamadığı üzerinde durulmuş ve bu yönde de bir aykırılığın olmadığına kanaat getirilmiştir.⁶³⁹ Divan atanan yönetici üzerinde Diallo'nun denetleme

⁶³⁵ **Ahmadou Sadio Diallo Case**, Preliminary objections, paragraf 39.

⁶³⁶ Bkz. **Ahmadou Sadio Diallo Case**, Preliminary objections, paragraf 60 – 67.

⁶³⁷ **Case Concerning Ahmadou Diallo**, Judgement of 30 November 2010, paragraf 114.

⁶³⁸ **Case Concerning Ahmadou Diallo**, Judgement of 30 November 2010, paragraf 126.

⁶³⁹ **Case Concerning Ahmadou Diallo**, Judgement of 30 November 2010, paragraf 140.

ve gözetleme hakkına da aykırı bir durumun oluşmadığını ifade etmiştir.⁶⁴⁰ Son olarak da Divan, Diallo'nun sahip olduğu şirketlerin malvarlıkları üzerinde şirketten bağımsız herhangi bir hakkının tahsis edilmediği bu sebeple Gine'nin talebinin yerinde olmadığına karar vermiştir.⁶⁴¹

Söz konusu yaklaşım, diplomatik korumanın insan hakları hukukunun amaçlarına uygun olarak kullanımını sağlayamamıştır. Bu karar, şirket hissedarlarının uğradıkları zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi açısından olumlu olmamıştır. Yukarıda bahsedilen şekilde Divan'ın dikkate aldığı veriler, hissedarın doğrudan uğradığı zararların, şirketin uğradığı zararlardan çok da bağımsız olmadığını ortaya koymuş; fakat hissedarların haklarının şirketin hakları karşısında korunamaması sonucuna ulaşılmasına neden olmuştur.

Bireyin hakları bakımından Diallo Davası'nın çeşitli noktalarının irdelenmesi gerekmektedir. Divan, Barcelona Traction davasında hissedarların korunması bakımından öngörülen istisnaya uygun hareket etmemiştir. Diallo davasında şirket, zarar veren devletin vatandaşlığında olmasına rağmen, hissedarın vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma hakkını kullanması hissedara yönelik doğrudan bir zarar söz konusu olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Halbuki Divan, Barcelona Traction davasında bu şartlar altında hissedarların uğradıkları zararlar nedeniyle diplomatik koruma yolunun işletilebileceğini kabul etmiştir.

Taslak metnin 11. maddesinin b paragrafında öngörülen istisna son derece sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Bu şartların bir araya gelmesi çok düşük bir ihtimaldir. Bu nedenle Divan'ın Diallo davasında taslak metnin ilgili maddesinin uygulama alanını genişletecek bir yorumda bulunması beklenirken, Barcelona Traction davasında varılan sonuçtan daha da olumsuz bir sonuca varması şaşırtıcıdır. Bu karar diplomatik korumanın

⁶⁴⁰ **Case Concerning Ahmadou Diallo**, Judgement of 30 November 2010, paragraf 148.

⁶⁴¹ **Case Concerning Ahmadou Diallo**, Judgement of 30 November 2010, paragraf 159.

bireyin haklarını koruyan bir yapıya ulaştırılma çabalarının önünde bir engel teşkil edecektir.⁶⁴²

Bir başka önemli nokta da Divan'ın şirket hissedarlarının uğradıkları zararların doğrudan onların zararı olup olmadığını belirlerken göz önünde tuttuğu verilerin yetersizliği olmuştur. Divan'ın Diallo'nun uğradığı zararların niteliğine yönelik değerlendirmesi yetersiz kalmıştır. Divan, bu kişinin tutuklanması, gözaltına alınması ve sınır dışı edilmesine dair davranışlardan ötürü DKC'nin Uluslararası Hukuka aykırı davrandığını kabul etmiş, hatta bu nedenle tazminat ödenmesine de karar vermiştir.⁶⁴³ Ancak uğradığı bu zararlar ile şirketin zararlarını tamamen birbirinden ayırmıştır. Daha doğru bir ifadeyle bireyin günlük hayatında doğrudan uğradığı zararların onun iş hayatına etkisinin olabileceğini kabul etmemiştir. Bireyin şirket hissedarı olarak uğrayabileceği doğrudan zararları ile günlük yaşamında uğrayabileceği doğrudan zararların farklı olduğunu düşünmüştür. Oysa günlük yaşamında gördüğü zararların da şirket hissedarlığı görevini yerine getirmesine doğrudan etkisi olmuştur. Divan, şirket hissedarlarının vatandaşlığında oldukları devletlerin diplomatik koruma yolunu işletebilmesi için şirketin uğradığı zararların aynı zamanda bireyin doğrudan uğradığı zararlarla ilişkili olabilmesini, bireyin bu zararlarının onun günlük hayatından kaynaklanmaması koşuluna bağlamıştır.

Divan, Diallo davasında, Barcelona Traction ve ELSI davalarıyla başlayan sürece uygun olmayan bir karara varmıştır. Bu karara kadar şirket hissedarlarının uğradığı zararlardan dolayı diplomatik koruma yolunun işletilebilmesi için doğrudan zarar kavramı daha esnek bir şekilde uygulanmaya çalışılmıştır. Oysa Diallo davasında verdiği kararla Divan, şirket hissedarlarının uğrayacağı doğrudan zararları kesin olarak ayırmıştır. Bu açıdan Divan, diplomatik korumaya ilişkin taslak metinle daha uyumlu;

⁶⁴² **Case Concerning Ahmadou Diallo**, Judgement of 30 November 2010, Joint Dissenting Opinion of Judges Al-Khasawneh and Yusuf, s. 5,6.

⁶⁴³ **Case Concerning Ahmadou Diallo**, Judgement of 30 November 2010, Dissenting Opinion of Bennouna, s. 1.

ama insan hakları hukukunun amaçlarıyla uyumsuz bir görüntünün ortaya çıkmasına neden olmuştur.

5. Gemi Mürettebatının Uğradığı Zararlardan Dolayı Diplomatik Koruma

İhmal edilen ve korunaksız bırakılan gruplardan birisi de gemi mürettebatıdır. Gemi mürettebatları genellikle ekonomik olarak zayıf olan devletlerin vatandaşlığını taşımaktadırlar. Bu kişilerin vatandaşlığında olduğu devletler, onları vazifeleri esnasında uğradıkları zararlardan ötürü koruyacak yeterliğe sahip değildirler ve bundan elde edebilecekleri bir çıkarları da bulunmamaktadır. Bir başka açıdan da özellikle büyük gemiler çok fazla ulustan insanı mürettebat olarak bünyesinde çalıştırmaktadır. Bu nedenle gemi mürettebatının, vazifesi nedeniyle uğradığı zararlardan dolayı koruma hakkının bayrak devletine verilmesi daha akıllıcadır.⁶⁴⁴

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik korumaya ilişkin taslak metninin 18. maddesi gemi mürettebatının korunması konusunu düzenler. Buna göre Uluslararası Hukuka aykırı eylem neticesinde geminin uğradığı zararlarla bağlantılı olarak gemi mürettebatı birey bir zarara uğrarsa, bireyin hangi vatandaşlığı taşıdığına bakılmaksızın geminin vatandaşlığında olduğu devlet, onun yerine zararın giderilmesini talep edebilir. Bu hak, mürettebatın vatandaşlığında olduğu devletlerin diplomatik koruma haklarına halel getirmez.

18. madde geminin vatandaşlığında olduğu devlete diplomatik koruma hakkı tanımamaktadır. Mürettebatın vatandaşlığında olduğu devletlere diplomatik koruma hakkını tanıırken, geminin vatandaşlığında olduğu devlete de ayrıca mürettebatının zararını giderme hakkını tanımaktadır.⁶⁴⁵

⁶⁴⁴ DUGARD, a.g.m. (2005), s. 90.

⁶⁴⁵ ILC, A/61/10, s. 91.

Geminin vatandaşlığında olduğu devletin, söz konusu geminin mürettebatının uğradığı zararların giderilmesini sağlaması ilk kez Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Mahkeme, her bir mürettebatın gördüğü zarar için, onların vatandaşlığında oldukları devletlerin korumasını beklemenin aşırı sorunların ortaya çıkmasına neden olabileceğini ifade etmiştir.⁶⁴⁶

Gemi mürettebatının korunması bakımından böyle bir düzenlemenin getirilmesi insan hakları bakımından değerlendirilmesi gereken bir gelişmedir. Bununla beraber, açıkça diplomatik koruma olmadığı taslak metni hazırlayan Uluslararası Hukuk Komisyonunca kabul edilen bir Uluslararası Hukuk kurumunun diplomatik korumaya ilişkin taslak metinde yer alması ilginçtir. Zaten gemi mürettebatının korunması, Uluslararası Hukukta sınırları belli, meydana gelebilecek sorunlarla ilgili kesin çözümler bulunmuş bir konu değildir.⁶⁴⁷ Eğer bu husus vatansız ve mülteciler gibi kişi gruplarında görüldüğü şekliyle diplomatik korumanın uygulama alanını genişletme çabası taşısaydı olumlu bir gelişme olurdu. Bununla beraber, 18. maddenin bu şekliyle taslak metinde yer alması diplomatik korumanın insan haklarını koruma yolu olarak kullanımını engellemektedir. Adı geçen maddede geminin vatandaşlığında olduğu devletin mürettebatın vatandaşlığında olduğu devletin diplomatik koruma hakkına bir etkisinin olmayacağı ifade edilmektedir. Geminin bayrağında olan devletin mürettebatını koruması diplomatik koruma olarak adlandırılmadığından, insan hakları hukukunun gerekleri uyarınca, bayrak devleti doğrudan bireyin zararını gidermek amacıyla hareket etmek zorundadır. Ancak mürettebatın vatandaşlığında olduğu devlet, aynı somut olay için başka bir yol olan diplomatik koruma yolunu işletecektir. Yani bu iki yolun ayrılması demek, bayrak devletinin mürettebatın haklarını koruması, diplomatik koruma yolunu işleten mürettebatın vatandaşlığında olduğu devletin kendi çıkarlarını koruması anlamına gelecektir. Taslak metin, bir kez daha insan hakları

⁶⁴⁶ *The M/V “Saiga” (No.2) Case (Saint Vincent and Grenadines v. Guinea)*, International Tribunal for the Law of the Sea, Judgement, 1 July, 1999, paragraf 107.

⁶⁴⁷ KATEKA, a.g.m., s. 928.

hukukunun amaçlarına uygun hareket eder görünmekle beraber, insan hakları hukuku ile diplomatik korumanın uygulama alanını birbirinden ayrı tutmuştur.

6. Diplomatik Koruma Yolunu İşleten Devletin Elde Ettiği Zarar Giderimini Bireye Yansıtması Sorunu

Devlet, diplomatik koruma yolunu işlettikten sonra, zarar veren devletin verdiği zararı gidermesini sağlayabilir. Bu aşamadan sonra insan hakları hukuku ile yakından ilgili bir başka husus daha ortaya çıkmaktadır. Bu da devletin bireye, elde ettiği zarar giderimini yansıtmak zorunda olup olmadığıdır. Zira klasik anlamıyla diplomatik koruma yolu işletildikten sonra devletin böyle bir zorunluluğu yoktur. Bununla beraber modern Uluslararası Hukuk açısından devletin elde ettiği sonucu bireye yansıtmasının onun takdirine bağlı olduğunu söylemek çok kolay değildir.

Diplomatik korumaya ilişkin taslak metnin 19. maddesinin c paragrafında bu hususla ilgili bir hüküm yer almaktadır. Buna göre devlet sorumlu olan devletten elde ettiği tazminatı makul bir kesintiyle zarar gören bireye yansıtmalıdır. Bu hüküm insan hakları hukukunun amaçlarına uygun olmakla birlikte, madde başlığı bu çok olumlu yaklaşımı dahi sorgulanır hale getirmektedir. Zira 19. maddenin başlığı “tavsiye edilen uygulama” şeklindedir. Bu başlığın hedefi devletin, elde ettiği sonucu bireye yansıtmak konusunda münhasıran yetkili olduğu şeklindeki algılamayı değiştirmektir.⁶⁴⁸ Bir başka ifadeyle taslak metin devletlere zarar giderimini yansıtmayı bir zorunluluk olarak getirmemekle beraber, bu yönde hareket etmenin daha uygun olacağını ortaya koymaktadır. İnsan hakları hukukunun amaçlarına uygun bir düzenleme getirme hedefinde olan diplomatik koruma kurumu, bireyin uğradığı zarar sonucu elde edilen tazminatın dahi ona verilmesi gerektiğini kesin bir dille düzenlemekten uzak kalmaktadır. Bu madde Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun düzenlemelerini yaparken yaşadığı

⁶⁴⁸ ILC, A/61/10, s. 97.

çelişkiyi ve tutarsızlığı ortaya koymaktadır. Buna göre insan hakları bakımından en önemli hususu oluşturan, zararın bireye geri verilmesi yükümlülüğünü sadece tavsiye etmektedir.⁶⁴⁹ Bu hüküm devletleri diplomatik koruma yolunu insan haklarına uygun bir şekilde uygulamaya zorlamak yerine, onların içinde böyle bir vicdani duyguyu yaratmak hedefini ortaya koymaktadır.⁶⁵⁰

Devletin bir başka devletten elde ettiği tazminatı kendi vatandaşına yansıtmaması onun sebepsiz ve haksız zenginleşmesi anlamına gelecektir. Bununla beraber zarar gören bireyin zararı devam edecektir. Yapılan tek doğru, zarar veren devletin bu zararı gidermesinin sağlanması olacaktır. Eğer devlet bu tavsiyeye uygun hareket etmezse, taslak metnin lafzı uyarınca Uluslararası Hukuka uygun hareket etmiş olacaktır. Bununla beraber, bireye ait olan tazminatı ona yansıtmayarak, ona zarar vermiş olacaktır. Yani insan hakları bakımından Uluslararası Hukuka aykırı bir davranış sergilemiş olacaktır. Uluslararası Hukuk Komisyonu, getirdiği bu hükümle hem diplomatik korumanın insan hakları hukukuyla olan uyumsuz yapısına son verememiş hem de, diplomatik korumayı uygulama bakımından daha da karışık bir hale getirmiştir.⁶⁵¹

⁶⁴⁹ PELLET, **a.g.m. (2008)**, s. 56.

⁶⁵⁰ KATEKA, **a.g.m.**, s. 929.

⁶⁵¹ Bkz. VERMEER-KÜNZLI, **a.g.m.(2007/a)**, s. 62.

SONUÇ

İnsan hakları hukuku alanında yaşanan gelişmeler diplomatik koruma açısından da etkiler doğurmaktadır. Bireyin Uluslararası Hukukta önemli bir aktör olarak yerini alması, diplomatik korumanın yeniden ele alınması gerektiğini ortaya koymaktadır. Aksi yöndeki bir davranış insan hakları hukuku ile diplomatik koruma arasındaki çelişkinin devam etmesine neden olacaktır. Bu durumda da diplomatik koruma yolu işletildiği takdirde insan hakları hukukuna aykırı sonuçların ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Diplomatik koruma yolunu işletmek devletin bir hakkıdır. Ancak bu hak devletin diplomatik koruma yolunu işletme ya da işletmeme yönündeki iradesi bakımından sınırlandırılmak zorundadır. Devlet, vatandaşının bir başka devletin davranışıyla zarara uğratıldığına elindeki veriler doğrultusunda kanaat getirebilir. Bu durumda diplomatik koruma yolunu işletmesi gerekir. Devlet, vatandaşının bu şekilde zarara uğratılmadığına kanaat getiriyorsa ondan diplomatik koruma yolunu işletmesi beklenemez. Bununla beraber devlet diplomatik koruma yolunu işlettiği zaman, bireyin hak ve çıkarlarını korumayı amaçlamak durumundadır. Söz konusu yolun işletilmesi neticesinde de devletin elde edilen sonuçları mutlaka bireye yansıtılması gerekir. Aksi takdirde, diplomatik koruma yolunu işleten devlet, bireyi koruma yükümlülüğüne aykırı davranmış olur.

Devlet, diplomatik koruma yolunu bireyi koruma yükümlülüğüne uygun bir şekilde işletmediği takdirde, bu davranışının onun açısından birtakım sonuçlarının olacağına ortaya konması önemlidir. Bunun için de söz konusu devletin uluslararası sorumluluğunun ileri sürülmesinin sağlanması gerekmektedir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun uluslararası sorumluluğa ilişkin taslak metninin bireyin uğradığı zararlardan dolayı, zarar veren devletin uluslararası sorumluluğunun ileri sürülmesine ilişkin yaklaşımı bu noktada önemlidir. Bahsedilen bu hususun etkin bir hale getirilmesi ve uygulanması diplomatik koruma yolunun da insan hakları hukukuna uygun bir şekilde kullanılmasında itici güç olacaktır.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik korumaya ilişkin taslak metni dikkate değer gelişmelere yer vermektedir. Bununla birlikte söz konusu taslak metnin oluşturulmasına yönelik çalışmalar esnasında, insan haklarının korunması bakımından ileri sürülen fikirlerin pek çoğu taslak metinde etkilerini gösterememiştir. Anılan taslak metin, her ne kadar diplomatik korumanın insan hakları hukuku ile uyumlu hale getirilmesi çabasının bir ürünü olsa da, bu amacın gerçekleşmediği rahatlıkla söylenebilir. Zaten, insan hakları hukukunun etkilerini yansıtabilecek pek çok teklif, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından, insan hakları hukuku ile diplomatik korumanın uygulama alanlarının birbirlerinden ayrı tutulması gerektiği yönündeki gerekçeyle reddedilmiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu hem insan hakları hukukunun gereklerini dikkate alan bir düzenleme yapılması gerektiğini söylemiş hem de insan hakları hukukunun etkilerinin diplomatik korumaya yansıtılmaması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Komisyon'un konuya ilişkin olarak yaşadığı ve yarattığı çelişkiler, uzun çalışmalar sonucunda ortaya çıkan taslak metnin eksiklerinin olmasına neden olmuştur

Pek çok uluslararası mahkeme kararında diplomatik korumaya ilişkin yaklaşımla karşılaşmaktadır. Bunların bazıları diplomatik koruma yolunu insan hakları hukukuna uygun bir şekilde değerlendirirken, bazıları da bireyi görmezden gelerek devletin hak ve çıkarlarını ön planda tutmaktadır. Bununla beraber son olarak Uluslararası Adalet Divanı'nın Diallo Davasında verdiği karar, diplomatik korumanın insan hakları hukukuyla ilişkisi bakımından büyük önem taşımaktadır.

Bu çalışmada görüldüğü üzere, insan hakları hukuku bireye pek çok hak tanımaktadır ve her geçen gün de bu hakları nitelik ve nicelik olarak birey lehine genişletmektedir. Birey, Uluslararası Hukukta daha da güçlü bir konuma gelmektedir. İnsan hakları hukukunun etkileri sadece bireyin ilişki halinde olduğu devlet açısından sınırlı kalmamakta, diğer devletlere de

bireyin haklarını korumak adına harekete geçme yükümlülüğünü getirmektedir.

İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar objektif nitelik taşımakta ve *erga omnes* yükümlülükler getirmektedir. Bunlar dışında, bir antlaşmayla oluşturulmasa dahi devletlerin tamamı açısından etkiler doğuran insan haklarına ilişkin *erga omnes* yükümlülükler bulunduğu ve insan haklarının korunmasıyla aynı zamanda uluslararası toplumun ortak çıkarlarının da korunacağı kabul edilmektedir. Devlet, bireye yönelik davranışlarıyla verdiği zararlardan dolayı sadece bireye karşı değil uluslararası toplumun tamamına karşı sorumlu hale gelmektedir.

Bu bakımdan devlet, yabancı bir devletin vatandaşına vermiş olduğu zararların giderilmesi amacıyla diplomatik koruma yolunu işletip, o devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürerken, vatandaşı olan bireyin hak ve çıkarlarını koruma gayesiyle hareket etmek durumundadır. Devlet, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalara taraf olarak, bireyin haklarını koruyacağını yükümlenmektedir. Bu nedenle diplomatik koruma yolunu işletmeye ya da işletmemeye karar verirken bireyin hak ve çıkarlarını da kendi çıkarlarıyla beraber dikkate almak zorundadır. Zarara uğrayan bireyin vatandaşlığında olduğu devletin zarar veren devletle ilişkilerinin bozulmasını istememesi nedeniyle diplomatik koruma yolunu işletmemesi halinde bu yöndeki iradesinin sonuçlarına katlanması gerekir.

Bu yönde ulusal mahkeme kararlarının bulunduğu da görülmektedir. Artık devletlerin kendi iç hukuklarında da, yargı organları, diplomatik koruma yolunu işletmesi gereken yetkili mercilerin bu yolu işletmemelerinin nedenlerini bireye açıklaması gerektiğini kabul etmektedirler. İlgili mercilerin aksi yöndeki davranışları veya bireyin haklarını korumak için diplomatik koruma yolunu işletmemelerinin, devletin kendi iç hukukunda da bireye karşı sorumluluğunu doğurabileceği göze çarpmaktadır.

Devletler, insan haklarına ilişkin yükümlölükleri üstlenirken, bunları aynı zamanda iç hukuklarında da yerine getirmeyi yükümlölüğü altına girerler. Bu sonuç doğaldır. Zira insan hakları hukuku ancak devletlerin iç hukuklarında uygulanabilir. Dolayısıyla devletin, diplomatik koruma yolunu, bireyi korumaya yönelik uluslararası yükümlölüğüne aykırı bir şekilde işletmemesi veya bu yolu işlettiği halde elde ettiği sonuçları insan hakları hukukunun amaçlarına uygun bir şekilde vatandaşına yansıtmaması durumunda bireye karşı sorumlu tutulması gerekir. Devletin sorumluluğunun hem söz konusu devletin iç hukukunda hem de Uluslararası Hukuk yolları çerçevesinde ileri sürülebilmesi bu açıdan önemlidir. Sorumluluğun ileri sürülmesinin hem zarar gören birey hem de üçüncü devletler tarafından gerçekleştirilebilmesi, insan hakları hukukun amaçlarına uygun sonuçların elde edilmesi bakımından yerinde olur.

Diplomatik koruma, bir insan haklarını koruma mekanizması haline getirilmeye son derece elverişlidir. Bu nedenle çalışma boyunca yapılan değerlendirmeler dikkate alınarak diplomatik koruma kurumuna kazandırılacak yeni bir anlam, bahsedilen Uluslararası Hukuk kurumunun insan hakları hukukuyla uyumsuz görüntüsüne son verecektir. Bu yöndeki bir gelişme aynı zamanda, diplomatik korumanın, bireyin haklarının devlet tarafından korunmasını sağlayan bir Uluslararası Hukuk kurumu haline getirilmesi sonucunu doğuracaktır. Modern Uluslararası Hukukun geldiği aşamada bu sonucun ortaya çıkması, insan hakları hukukunun gelişimi ekseninde kaçınılmazdır.

KAYNAKLAR

KİTAPLAR

ADDO, Michael, **The Legal Nature of International Human Rights**, International Studies in Human Rights, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

AGARWAL, H. O., **International Law & Human Rights**, 15th edition, Allahabad, Central Law Publications, 2008.

AKIN, İlhan F., **Temel Hak ve Özgürlükler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Üçüncü baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1971.

AKİPEK, Ömer İlhan, **Devletler Hukuku İkinci Kitap (Devletler Hukukunun Şahıslarından Devlet)**, İkinci bası, Ankara, Başnur Matbaası, 1965.

ALSAN, Zeki Mesud, **Devletler Hukuku Dersleri**, Ankara, T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Siyasal Bilgiler Okulu Yayınlarından, 1947.

AMERASINGHE, Chittharanjan F., **Diplomatic Protection**, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008.

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix, **Local Remedies in International Law**, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2004.

AMERASINGHE, Chittharanjan F., **Jurisdiction of International Tribunals**, The Hague-London-New York, Kluwer Law International, 2003.

AMERASINGHE, C. F., **State Responsibility for Injuries to Aliens**, Oxford, Clarendon Press, 1967.

AUST, Anthony, **Handbook of International Law**, Cambridge-New York-Merlbourne, Cambridge University Press, 2005.

AUST, Anthony, **Modern Treaty Law and Practice**, Cambridge-Melbourne, Cambridge University Press, 2000.

BAR-YAACOV, N., **Dual Nationality**, The Library of World Affairs Number 54, editörler George W. KEETON ve Georg SCHWARZENBERGER, London, Stevens & Sons Limited, 1961.

BENEDEK, Wolfgang, **Understanding Human Rights**, second edition, Mortsels-Berlin-Wien, Intersentia, 2006.

BİLGE, Suat A., **Tebaanın Yabancı Memleketlerde Diplomatik Himayesi**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 33 – 15, Ankara, Türkiye Matbaacılık ve Gazetecilik A.O. – Yeni Matbaa, 1953.

BİLSEL, Cemil, **Devletler Hukuku – Giriş**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 137, Hukuk Fakültesi No: 29, İkinci bası, İstanbul, Kenan Basımevi ve Kışe Fabrikası, 1940.

BİLSEL, Cemil, **Devletler Hukuku Üçüncü Kitap – Devletler Arasında Andlaşmalar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 21, İstanbul, 1936.

BORCHARD, Edwin M. BORCHARD, **The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims**, New York, The Banks Law Publishing Co., 1916.

BOZKURT, Enver, **Devletler Hukuku Bakımından Türkiye'nin Sınır İlişkileri**, İstanbul, Kazancı Kitap, 1992.

BROWNLIE, Ian, **Principles of Public International Law**, Sixth edition, Oxford-New York-İstanbul, Oxford University Press, 2003.

BROWNLIE, Ian, **The Rule of Law in International Affairs (International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations)**, The Hague-Cambridge, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

BROWNLIE, Ian, **System of the Law of the Nations – State Responsibility – Part I**, New York, Oxford University Press, 1983.

CASSESE, Antonio, **The Human Dimension of International Law**, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008.

CASSESE, Antonio, **International Law**, Oxford-New York, Oxford University Press, 2001.

CROZAT, Charles, **Devletler Umumi Hukuku Cilt I – Umumi Prensipler ve Tarihçe**, Türkçeye çeviren Edip F. Çelik, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 461, Hukuk Fakültesi No: 102, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1950.

ÇAĞIRAN, Mehmet Emin, **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, Ankara, Platin Yayınları, 2006.

DEGAN, V. D., **Sources of International Law**, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

DONNER, **The Regulation of Nationality in International Law**, Commentationes Scientiarum Socialium 21, Helsinki, Societas Scientiarum Fennica (The Finnish Society of Sciences and Letters), 1983.

DOUGAN, Michael, **National Remedies before the Court of Justice – Issues of Harmonization and Differentiation**, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2004.

DÖNER, Ayhan, **İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

DUNN, Frederick Sherwood, **The Diplomatic Protection of Americans in Mexico**, New York, Columbia University Press, 1933.

DUNN, Frederick Sherwood, **The Protection of Nationals – A Study in The Application of International Law**, The Walter Hines Page School of International Relations, The Johns Hopkins University, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1932.

FOSTER, Michelle, **International Refugee Law and Socio-Economic Rights – Refugee from Deprivation**, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2007.

GARCIA-AMADOR, F. V., SOHN, Louis B. ve BAXTER, R. R., **Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens**, Dobbs Ferry-New York, Oceana Publications, 1974.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Hukuk Kitapları Serisi: 56, 5. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005.

GÖÇER, Mahmut, **Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması (Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulanmasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme)**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.

GÜLMEZ, Mesut, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Mayıs 2004.

GÜNDÜZ, Aslan, **Milletlerarası Hukuk – Temel Belgeler, Örnek Kararlar**, Beşinci Bası, İstanbul, Beta Yayınları, Kasım 2003.

HARRIS, David, **Cases and Materials on International Law**, seventh edition, London, Sweet & Maxwell, 2010.

HARRIS, D. J., BOYLE, M. ve WARBICK, C., **Law of European Convention on Human Rights**, London, Butterworth, 1995.

HATHAWAY, James C., **The Rights of Refugees under International Law**, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2005.

HENDERSON, Conway W., **Understanding International Law**, Malden-Oxford, Wiley – Blackwell, 2010.

JENNINGS, Robert ve WATTS, Arthur (editörler), **Oppenheim's International Law**, 9. basım, Avon, Longman Group UK Limited, 1992.

JOSEPH, Cuthbert, **Diplomatic Protection and Nationality – The Commonwealth of Nations**, Université de Genève, Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Thèse no. 187, Gateshead, Northumberland Press, 1968.

KAPANI, Münci, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, 3. Basım, Ankara, Bilgi Yayınevi, Aralık 1996.

KELSEN, Hans, **General Theory of Law and State**, 20th Century Legal Philosophy Series Vol. I, Translated by Anders WEDBERG, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1949.

KLABBERS, Jan, **An Introduction to International Institutional Law**, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2002.

KOSKENNIEMI, Martti, **From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument (Reissue with a New Epilogue)**, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2005.

LINDERFALK, Ulf, **On the Interpretation of Treaties – The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**, Law and Philosophy Library Volume 83, Dordrecht, Springer, 2007.

LOWE, Vaughan, **International Law**, Clarendon Law Series, Oxford-New York, Oxford University Press, 2007.

MALANCZUK, Peter, **Akehurst's Modern Introduction to International Law**, seventh revised edition, London-New York, Routledge Publication, 1997.

MENGİLER, Özgür, **Birleşmiş Milletler Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Barışçı Çözümü**, Ankara, Platin Yayınları, 2005.

MERAY, Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş – Birinci Cilt**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 237, Üçüncü basım, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1968.

MERAY, Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş – İkinci Kitap**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 206, Yeniden gözden geçirilmiş dördüncü bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1975.

MERON, Theodor, **The Humanization of International Law**, The Hague Academy of International Law Monographs, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

MOLL, Alfred, **Multiple Nationality and International Law**, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

NATHWANI, Niraj, **Rethinking Refugee Law**, Refugees and Human Rights Vol. 7, The Hague-London-New York, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

OPPENHEIM, L., **International Law Vol. I – Peace**, editör LAUTERPACHT,., London-New York-Toronto, Eight edition, H., Longmans, Green an Co 1955.

ÖZERSAY, Kudret, **Kıbrıs Sorunu: Hukuksal Bir İnceleme**, Ankara, ASAM Yayınları, 2002.

PAULSSON, Jan, **Denial of Justice in International Law**, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2005.

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap**, Gözden geçirilmiş 10. baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

PAZARCI, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap**, Gözden geçirilmiş 8. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.

RAGAZZI, Maurizio, **The Concept of International Obligations *Erga Omnes***, Oxford Monographs in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1997.

ROSENNE, Shabtai, **The Perplexities of Modern International Law**, The Hague Academy of International Law, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

SCHWARZENBERGER, Georg, **International Law as Applied by International Courts and Tribunals**, Vol. I, third edition, London, Stevens & Sons Limited, 1957.

SHAW, Malcolm N., **International Law**, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2008.

SHAW, M. N., **International Law**, second edition, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1986.

SHEA, Donald R., **The Calvo Clause – A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy**, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955.

SLOMANSON, William R., **Fundamental Perspectives on International Law**, Fifth edition, Australia – Canada – United States, Thomson Wadsworth Publication, 2007.

TAMS, Christian J., **Enforcing Obligations *Erga Omnes* in International Law**, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2005.

TIBURCIO, Carmen, **The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law**, International Studies in Human Rights Vol. 65, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

TOLUNER, Sevin, **Milletlerarası Hukuk Dersleri – Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)**, Gözden geçirilmiş 4. basıdan tıpkı 5. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, Eylül 1996.

TOTH, A. G., **Legal Protection of Individuals in the European Communities Vol. II – Remedies and Procedures**, Amsterdam-New York-Oxford, North Holland Publishing Company, 1978.

TRINDADE, A. A. Cançado, **International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium***, Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2005, Vol. 316, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

TRINDADE, A. A. Cançado, **Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)**, Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1987(II), Vol. 202, Dordrecht-Boston-Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

TRINDADE, A. A. Cançado, **The Application of the Rule of the Exhaustion of Local Remedies in International Law**, Cambridge-London-New York, Cambridge University Press, 1983.

VAN AAKEN, Anne, **Making International Human Rights Protection More Effective: A Rational – Choice Approach to the Effectiveness of *Ius Standi* Provisions**, Reprints of Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Vol. 16, Bonn, Max Planck Society, September 2005.

VAN PANHUYS, H. F., **The Role of Nationality in International Law**, Leyden, A. W. SYTHOFF, 1959.

VANNESTE, Frédéric, **General International Law Before Human Rights Courts – Assessing the Speciality Claims of International Law**, Antwerp-Oxford-Portland, Intersantia, 2010.

VATTEL, Emer de, **The Law of Nations or Law of Nature – Applied to Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns**, Fourth edition, Clarke and Sons, London, 1811.

WEIS P., **Nationality and Statelessness in International Law**, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff International Publishers B. V., 1979.

WEISSBRODT, David, NI AOLAIN, Fionnuala, FITZPATRICK, Joan ve NEWMAN, Frank, **International Human Rights: Law, Policy and Process**, Fourth edition, New Providence-San Francisco, Lexis Nexis, 2009.

WHITEMAN, Marjorie, **Damages in International Law Vol. I**, Washington, United States Government Printing Office, 1937.

YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, genişletilmiş beşinci baskı, Ankara, Yetkin Hukuk Yayınları, 1996.

MAKALELER

ABI-SAAB, Georges, “**The International Law of Multinational Corporations: A Critique of American Legal Doctrines**”, in **Third World Attitudes Toward International Law: An Introduction**, Editörler Frederick E. SNYDER ve Surakiart SATHIRATHAI, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, s. 549 – 576.

ADEDE, A. O., “**A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law**”, Canadian Yearbook of International Law, Vol. 14, 1976, s. 73 – 95.

AKSAR, Yusuf, “**The European Court of Human Rights and the Cyprus Problem**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, sayı 3, 2001, s. 141 – 174.

ALAM, M. Shah, “**Enforcement of International Human Rights Law by Domestic Courts: A Theoretical and Practical Study**”, Netherlands International Law Review, Vol. 53(3), 2006, s. 399 – 438.

ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto, “**Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice’s Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case**”, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation”, Vol. 33(3), 2007 – 2008, s. 437 – 454.

AMBE, Nicoline, **“A Legal Analysis of the Domestic Enforceability of International Human Rights Law: The Rule of Law Imperative”**, University of New Brunswick Law Journal, Vol. 47, 1998, s. 109 – 132.

AMERASINGHE, C. F., **“Arbitration and the Rule of Local Remedies”**, in **Recht zwischen Umbruch und Bewahrung – Festschrift für Rudolf Bernhardt**, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 120, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1995, s. 665 – 669.

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix, **“State Breaches of Contracts with Aliens and International Law”**, American Journal of International Law, Vol. 58(4), 1964, s. 881 – 913.

AMERASINGHE, C. F., **“The Exhaustion of Procedural Remedies in the Same Court”**, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 12(4), 1963, s. 1285 – 1325.

AURESCU, **“The 2006 Venice Commission Report on Non-citizens and Minority Rights – Presentation and Assessment”**, Helsinki Monitor, Vol. 18(2), 2007, s. 150 – 163.

BAGGE, Algot, **“Intervention on the Ground of Damage Caused to Nationals, with Particular Reference to Exhaustion of Local Remedies and the Rights of Shareholders”**, British Yearbook of International Law, Vol. 34, 1958, s. 162 – 175.

BATCHELOR, Carol A., **“Transforming International Legal Principles into National Law: The Right to a Nationality and the Avoidance of Statelessness”**, Refugee Survey Quarterly, Vol. 25 (3), 2006, s. 8 – 25.

BATCHELOR, Carol A., **“Stateless Persons: Some Gaps in International Protection”**, International Journal of Refugee Law, Vol. 7(2), 1995, s. 232 – 259.

BEDJAOUI, Mohammed, **“Responsibility of States: Fault and Strict Liability”**, in **Encyclopedia of Public International Law**, Editörler Rudolf DOLZER ve diğerleri, Vol. 10, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland, 1987, s. 358 – 362.

BORCHARD, Edwin, **“The ‘Minimum Standard’ of the Treatment of Aliens”**, Michigan Law Review, Vol. 38(4), 1939 – 1940, s. 445 – 461.

BORCHARD, Edwin, **“Basic Elements of Diplomatic Protection of Citizens Abroad”**, American Journal of International Law, Vol. 7(3), 1913, s. 497 – 520.

BOYLE, D. A. V., **“International Law and Human Rights”**, Modern Law Review, Vol. 23(2), 1960, s. 167 – 172.

BRIGGS, Herbert W., **“Barcelona Traction : The Jus Standi of Belgium”**, American Journal of International Law, Vol. 65 (2) , 1970, s. 327 – 345.

BROOKENS, Benoit Otis, **“Diplomatic Protection of Foreign Economic Interests – The Changing Structure of International Law in the New International Economic Order”**, Journal of Interamerican Studies and World Affairs, Vol. 20(1), February 1978, s. 37 – 67.

BROWNLIE, **“International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations – General Course on Public International Law”**, in **Recueil des Cours**, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1995, Vol. 255, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publisher, 1996, s. 9 – 227.

BUERGENTHAL, Thomas, **“The Contemporary Significance of International Human Rights Law”**, Leiden Journal of International Law, Vol. 22 (2), 2009, s. 217 – 223.

BUERGENTHAL, Thomas, **“Human Rights”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi March 2007, Son erişim tarihi 14.04.2011.

BURCHILL, Richard, **“The ICJ Decision in the Case Concerning East Timor: The Illegal Use of Force Validated?”**, Journal of Armed Conflict Law, Vol. 2 (1), 1997, s. 1 – 22.

CHINKIN, Christine, **“Women, Rights of, International Protection”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi December 2006, Son erişim tarihi 14.04.2011.

CHRISTOFFERSEN, Jonas, **“Impact on General Principles of Treaty Interpretation”**, in **The Impact of Human Rights Law on General International Law**, editörler Menno T. KAMMINGA ve Martin SCHEININ, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, s. 37 – 61.

CLAPHAM, Andrew, **“The Role of the Individual in International Law”**, European Journal of International Law, Vol. 21 (1), 2010, s. 25 – 30.

COT, Jean-Pierre, **“Margin of Appreciation”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi June 2007, Son erişim tarihi 14.04.2011.

CRAVEN, Matthew, **“Legal Differentiation and Concept of the Human Rights Treaty in International Law”**, European Journal of International Law, Vol. 11 (3), 2000, s. 489 – 519.

CRAVEN, Matthew, **“For the ‘Common Good’: Rights and Interests in the Law of State Responsibility”**, in **Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions**, editörler Malgosia FITZMAURICE ve Dan SAROOSHI, The Clifford Chance Lectures Volume 7, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, s. 105 – 127.

CRAWFORD, James and WATKINS, Jeremy, **“International Responsibility”**, in **The Philosophy of International Law**, editörler Samantha BESSON ve John TASIOLAS, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010, s. 283 – 298.

CRAWFORD, James, **“Multilateral Rights and Obligations in International Law”**, Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2006, Vol. 319, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, s. 325 – 482.

CRAWFORD, James, **“The ILC’s Articles on Diplomatic Protection”**, South African Yearbook of International Law, Vol 31, 2006, s. 19 – 51.

CRAWFORD, James, **“Responsibility to the International Community as a Whole”**, Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 8(2), 2000 – 2001, s. 303 – 322.

CRONIN-FURMAN, Kathleen Renée, **“60 Years of the Universal Declaration of Human Rights: Towards an Individual Responsibility to Protect”**, American University International Law Review, Vol. 25(1), 2009 – 2010, s. 175 – 198.

ÇAĞIRAN, Mehmet Emin, **“Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukukunda Sorumluluk Anlayışı ve Klasik Sorumluluk Rejimi”**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, Sayı, 1, 2006, s. 3 – 20.

ÇALI, Başak, **“Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions”**, Human Rights Quarterly, Vol. 29 (1), 2007, s. 251 – 270.

D'ARGENT, Pierre, **"Reparation for the Injuries Suffered in the Service of the United Nations (Advisory Opinion)"**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi December 2006, Son erişim tarihi 14.04.2011.

DE ARECHAGA, Eduardo Jimenez, **"Diplomatic Protection of Shareholders in International Law"**, Philippine Journal of International Law, Vol. 4 (1,2), January – June 1965, s. 71 – 98.

DEEN-RACSMANY, Zsuzsanna, **"Diplomatic Protection and the LaGrand Case"**, Leiden Journal of International Law, Vol. 15(1), 2002, s. 87 – 103.

DICKERSON, Hollin, **"Minumum Standards"**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi October 2006, Son erişim tarihi 14.04.2011.

DINSTEIN, Yoram, **"Diplomatic Protection of Companies under International Law"**, in **International Law: Theory and Practice – Essays in Honour of Eric Suy**, Editör Karel WELLENS, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, s. 505 – 517.

DINSTEIN, Yoram, **"Human Rights: Implementation through the UN System"**, American Society of International Law Proceedings, Vol. 89, 1995, s. 242 – 247.

DINSTEIN, Yoram, **"The Implementation of International Human Rights"**, in **Recht zwischen Umbruch und Bewahrung – Festschrift für Rudolf Bernhardt**, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 120, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1995/a, s. 331 – 353.

DODGE, William S., **"Res Judicata"**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi January 2006, Son erişim tarihi 14.04.2011.

DOMINGO, Rafael, **"The Crisis of International Law"**, Vanderbilt Journal Transnational Law, Vol. 42(5), 2009, s. 1543 – 1593.

DUCHESNE, Matthew S., **“The Continuous Nationality of Claims Principle: Its Historical Development and Current Relevance to Investor-State Investment Disputes”**, George Washington International Law Review, Vol. 36(4), 2004, s. 783 – 815.

DUGARD, John, **“Diplomatic Protection”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi May 2009, Son erişim tarihi 14.04.2011.

DUGARD, John, **“Continuous Nationality”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi June 2008, Son erişim tarihi 14.04.2011.

DUGARD, John, **“Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission”**, Australian Yearbook of International Law, A Collection of Essays to Honour Professor I. A. Shearer, Vol. 24, 2005, s. 75 – 91.

DUPUY, Piere-Merie, **“LaGrand Case (Germany v. United States of America)”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi December 2009, Son erişim tarihi 14.04.2011.

DURUIGBO, Emeka, **“Exhaustion of Local Remedies in Alien Tort Litigation: Implications for International Human Rights Protection”**, Fordham International Law Journal, Vol. 29, June 2006, s. 1245 – 1311.

ERASMUS, Gerhard and DAVIDSON, Lyle, **“Do South Africans have a Right to Diplomatic Protection”**, South African Yearbook of International Law, Vol. 25, 2000, s. 113 – 124.

EVANS, Malcolm D., **“State Responsibility and the European Convention on Human Rights”**, in **Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions**, Editörler Malgosia FITZMAURICE ve Dan SAROOSHI, The Clifford Chance Lectures Volume 7, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, s. 139 – 160.

FABBRICOTTI, “**The Diplomatic Protection of Refugees by Their State of Asylum – A Few Remarks on the Exclusion of the State of Nationality of the Refugee from the Addressees of the Claim**”, Association for the Study of the World Refugee Problem: AWR Bulletin, Vol. 43/52(1), 2005, s. 266 – 272.

FATOUROS, A. A., “**Multinational Legal Persons in International Law**”, in **Encyclopedia of Public International Law**, Vol. 10, Editörler Rudolf DOLZER ve diğerleri, Amsterdam-New York-Oxford-Tokyo, North – Holland, 1987, s. 299 – 306.

FEICHTNER, Isabel, “**Community Interest**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi February 2007, son erişim tarihi 14.04.2011.

FIEDLER, Wilfried, “**Continuity**”, in **Encyclopedia of Public International Law**, Editörler Rudolf DOLZER ve diğerleri, Vol. 10, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland, 1987, s. 65 – 68.

FORCESE, Craig, “**The Obligation to Protect: The Legal Context for Diplomatic Protection of Canadians Abroad**”, University of New Brunswick Law Journal, Vol. 57, 2007, s. 102 – 133.

FORCESE, Craig, “**The Capacity to Protect: Diplomatic Protection of Dual Nationals in the War on Terror**”, European Journal of International Law, Vol. 17(2), 2006, s. 369 – 394.

FORCESE, Craig, “**Shelter from the Storm: Rethinking Diplomatic Protection of Dual Nationals in Modern International Law**”, George Washington International Law Review, Vol. 37(2), 2005, s. 469 – 500.

FORTIN, Antonio FORTIN, “**The Meaning of ‘Protection’ in the Refugee Definition**”, International Journal of Refugee Law, Vol. 12 (4), 2001, s. 548 – 576.

FRANCIONI, Francesco, “**The Rights of Access to Justice under Customary International Law**”, in **Access to Justice as a Human Right**, Editör Francesco FRANCIONI, The Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. XVI, Book 4, Oxford-New York, Oxford University Press, 2007, s. 1 – 55.

FROWEIN, Jochen Abr., **“The Interaction between National Protection of Human Rights and the ECtHR”**, in **The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions**, Editörler Rüdiger Wolfrum and Ulrike Deutsch, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Berlin – Heidelberg – New York, Springer, 2009, s. 51 – 54.

FROWEIN, Jochen A., **“European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950)”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi November 2009, Son erişim tarihi 14.04.2011.

FROWEIN, Jochen A., **“Obligations Erga Omnes”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi December 2008, Son erişim tarihi 14.04.2011.

FRY, James D., **“International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law’s Unity”**, Duke Journal of Comparative and International Law, Vol. 18(1), 2007 – 2008, s. 77 – 149.

GALICKI, Zdzislaw, **“Hierarchy in International Law within the Context of Its Fragmentation”**, in **International Law between Universalism and Fragmentation – Festschrift in Honour of Gerhard Hafner**, Editörler James CRAWFORD, Alain PELLET ve diğerleri, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 41 – 59.

GARCIA – AMADOR, F. W., **“Calvo Doctrine, Calvo Clause”**, in **Encyclopedia of Public International Law**, Vol. 8, Editörler Rudolf DOLZER ve diğerleri, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland, 1985, s. 62 – 64.

GECK, Wilhelm Karl, **“Diplomatic Protection”**, in **Encyclopedia of Public International Law**, Editör R. Bernhardt, Vol. I, Amsterdam-London-New York-Tokyo, North Holland, 1992, s. 1045 – 1067.

GEIB, Robin, **“Ne bis in dem”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi February 2010, Son erişim tarihi 14.04.2011.

GEIBEL, Elisabeth T., **“International Protection of Individual Human Rights: Implications of Individual Status**, Houston Journal of International Law, Vol. 1(1), 1978 – 1979, s. 55 – 70.

GRAHAM, David E., **“The Calvo Clause: Its Current Status as a Contractual Renunciation of Diplomatic Protection”**, Texas International Law Forum, Vol. 6(2), 1970 – 1971, s. 289.

GREENWOOD, Christopher, **“State Responsibility for the Decisions of National Courts”**, in **Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions**, Editörler Malgosia FITZMAURICE ve Dan SAROOSHI, The Clifford Chance Lectures Volume 7, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2004, s. 55 – 73.

GREIPER, Ellen H., **“Stateless Persons and Their Lack of Access to Judicial Forums”**, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 11 (2), 1985, s. 439 – 457.

GÜNDÜZ, Aslan, **“Creeping Jurisdiction of the European Court of Human Rights: The Bankovic Case vs The Louzidou Case”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, Yıl 24, sayı 1 – 2, 2004, s.451 – 480.

HAILBRONNER, Kay ve GOGOLIN, Jana, **“Aliens”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi May 2009, Son erişim tarihi 14.04.2011.

HAILBRONNER, Kay, **“Nationality in Public International Law and European Law”**, in **Acquisition and Loss of Nationality**, Volume I: Comparative Analyses in 15 European Countries, Editörler Rainer BAUBÖCK, Eva ERSBOLL, Kess GROENENDIJK ve Harald WALDRAUCH, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, s. 35 – 104.

HAKAPAA, Kari, **“Negotiation”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi April 2006, Son erişim tarihi 14.04.2011.

HAMROCK, Kurt J., **“The ELSI Case: Toward an International Definition of Arbitrary Conduct”**, Texas International Law Journal, Vol. 27 (3), 1992, s. 837 – 864.

HANNUM, Hurst, **“The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law”**, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 25(1&2), 1995 – 1996, s. 287 – 397.

HARRIS, David, **“The Protection of Companies in International Law in the Light of the Nottebohm Case”**, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 18, April 1969, s. 275 – 317.

HENKIN, Louis, **“ ‘Nationality’ at the Turn of the Century”**, in **Recht zwischen Umbruch und Bewahrung – Festschrift für Rudolf Bernhardt**, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 120, Berlin – Heidelberg – New York, Springer, 1995, s. 89 – 102.

ILUYOMADE, B. O., **“Dual Claim and the Exhaustion of Local Remedies Rule in International Law”**, Vanderbilt Journal of International Law, Vol. 10, 1977, s. 83 – 95.

JAHN Eberhard, **“Refugees”**, in **Encyclopedia of Public International Law**, Vol. 8, Editörler Rudolf DOLZER ve diğerleri, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland, 1985, s. 452 – 456.

JENNINGS, Robert, **“The LaGrand Case”**, Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 1 (1), 2002, s. 13 – 54.

JIELONG, Duan, **“Statement on Diplomatic Protection, International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law”**, Chinese Journal of International Law, Vol. 6(1), s. 189 – 194.

JONES, J. Mervyn, **“The Nottebohm Case”**, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 5(2), 1956, s. 230 – 244.

JUILLARD, Patrick, **“Calvo Doctrine/Calvo Clause”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi January 2010, Son erişim tarihi 14.04.2011.

KAMMINGA, Menno T., **“Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law”**, in **The Impact of Human Rights Law on General International Law**, Editörler Menno T. KAMMINGA ve Martin SCHEININ, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, s. 1 – 22.

KATEKA, James L., **“John Dugard’s Contribution to the Topic of Diplomatic Protection”**, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20 (4), 2007, s. 921 – 930.

KINLEY, David and CHAMBERS, Rachel, **“The UN Human Rights Norms for Corporations: The Private Implications of Public International Law”**, *Human Rights Law Review*, Vol. 6(3), 2006, s. 447 – 497.

KISS, Alexandre, **“International Human Rights Treaties: A Special Category of International Treaty?”**, in **The Status of International Treaties on Human Rights**, Collection Science and Technique of Democracy, Venice Commission, Strausbourg, Council of Europe Publishing, September 2006, s. 11 – 29.

KLAFTER, **“International Commercial Arbitration as Appellate Review: NAFTA’s Chapter 11, Exhaustion of Local Remedies and Res Judicata”**, *University of California Davis International Law and Policy*, Vol. 12(2), 2005 – 2006, s. 409 – 437.

KLEIN, Natalie and BARRY, Lise, **“A Human Rights Perspective on Diplomatic Protection: David Hicks and his Dual Nationality”**, *Australian Journal of Human Rights*, Vol. 13(1), 2007, s. 1 – 32.

KNIGHT, Stephen J. ve O’BREIN, Angus J., **“Case Note – Ahmadou Sadio Diallo – Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo – Clarifying the Scope of Diplomatic Protection of Corporate and Shareholder Right”**, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 9, 2008, s. 151 – 170.

KOCH, Ida Elisabeth and VEDSTED-HANSEN, Jens, **“International Human Rights and National Legislatures – Conflict or Balance?”**, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 75, 2006, s. 3 – 28.

KOOIJMANS, Pieter Hendrik, **“Is The Right to Diplomatic Protection a Human Right?”**, in **Studi Di Diritto Internazionale In Onore Di Gaetano Arangio-Ruiz**, Vol. 3, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, s. 1975 – 1984.

KOSKENNIEMI, **“What is International Law for?”**, in **International Law**, Editör Malcolm D. EVANS, Second edition, Oxford-New York, Oxford University Press, 2006, s. 58 – 81.

KUBIATOWSKI, Stephen A., **“The Case of Elettronica S. p. A.: Toward Greater Protection of Shareholders’ Rights in Foreign Investments”**, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 29(1), 1991, s. 215 – 244.

KUNZ, Joseph L. KUNZ, **"The Nottebohm Judgement (Second Phase)"**, American Journal of International Law, Vol. 54 (3), 1960, s. 536 – 571.

KÜNZLI, Annemarieke, **"Case Concerning Mexican Nationals"**, Leiden Journal of International Law, Vol. 18 (1), 2005, s. 49 – 64.

LAPLANTE, Lisa J., **"The Law of Remedies and the Clean Hands Doctrine: Exclusionary Reparation Policies in Peru's Political Transition"**, American University International Law Review, Vol. 23(1), 2008, s. 51 – 90.

LEBEN, Charles, **"The Changing Structure of International Law Revisited By Way of Introduction"**, European Journal of International Law, Vol. 8(3), 1997, s. 399 – 408.

LEE, Lawrence J., **"Barcelona Traction in the 21st Century: Revisiting its Customary and Policy Underpinnings 35 Years Later"**, Stanford Journal of International Law, Vol. 42 (2), 2006, s. 237 – 289.

LILLICH, Richard B., **"The Effectiveness of the Local Remedies Rule Today"**, American Society of International Law Proceedings, Vol. 58, 1964, s. 101 – 106.

LISSITZYN, Oliver J., **"The Meaning of the Term Denial of Justice in International Law"**, American Journal of International Law, Vol. 30(4), 1936, s. 632 – 646.

LIXINSKI, Lucas, **"Treaty Interpretation by the Inter – American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law"**, European Journal of International Law, Vol. 21 (3), 2010, s. 585 – 604.

LUTZ, Preston G., **"Diplomatic Protection of Corporations and Shareholders – Capacity of Government to Espouse Claims of Shareholders of a Foreign Corporation"**, California Western International Law Journal, Vol. 1, 1970, s. 141 – 150.

MACLEAN, R. J. Blaise, **"Fresh Hay from Old Fields: The Continuing Usefulness of Diplomatic Protection"**, in *Derecho Internacional Contemporaneo – Lo Publico, Lo Privado, Los Derechos Humanos – Liber Amicorum en Homenaje a German Cavalier*, Editör Ricardo Abello Galvis, Coleccion Institucional, Bogota, Editorial Universidad del Rosario, 2006, s. 230 – 246.

MAGNUSON, William, **"The Responsibility to Protect and the Decline of Sovereignty: Free Speech Protection Under International Law"**, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 43(2), 2010, s. 255 – 312.

MANN, F. A., **“The Protection of Shareholders’ Interests in the Light of the Barcelona Traction Case”**, American Journal of International Law, Vol. 67(2), 1973, s. 259 – 274.

MARTIN, David A. MARTIN, **“New Rules for Dual Nationality”**, in **Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the U.S. and Europe – The Reinvention of Citizenship**, Editörler Randall Hansen ve Patrick Weil, New York-Oxford, Berghahn Books, 2002, s. 34 – 60.

MAZZESCHI, Riccardo Pisillo, **“Impact on the Law of Diplomatic Protection”**, in **The Impact of Human Rights Law on General International Law**, Editörler Menno T. KAMMINGA ve Martin SCHEININ, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, s. 211 – 233.

MAZZESCHI, Riccardo Pisillo, **“Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview”**, Journal of International Criminal Justice, Vol. 1, 2003, s. 339 – 347.

MAZZESCHI, Riccardo Pisillo, **“Exhaustion of Domestic Remedies and State Responsibility for Violation of Human Rights”**, The Italian Yearbook of International Law, Vol. 10, Editörler Benedetto CONFORTI ve Riccardo PAVONI, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, s. 17 – 43.

MCCLEAN, Emma, **“The Responsibility to Protect: The Role of International Human Rights Law”**, Journal of Conflict and Security Law, Vol.13(1), 2008, s. 123 – 152.

MCCORQUODALE, Robert, **“Impact on State Responsibility”**, in **The Impact of Human Rights Law on General International Law**, Editörler Menno T. KAMMINGA ve Martin SCHEININ, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, s. 235 – 254.

MCCORQUODALE, Robert, **“The Individual and the International Legal System”**, in **International Law**, Editör Malcolm D. EVANS, Second edition, Oxford-New York, Oxford University Press, 2006, s. 307 – 332.

MCDUGAL, Myres S., LASWELL, Harold D. ve CHEN, Lung-chu, **“Nationality and Human Rights: The Protection of the Individual in External Areas”**, Yale Law Journal, Vol. 83, 1973-1974, s. 900 – 998.

MCGOLDRICK, Dominic, **“The Principle of Non-Intervention: Human Rights”**, in **The United Nations and the Principles of International Law – Essays in Memory of Michael Akehurst**, Editörler Colin WARBRICK ve Vaughan LOWE, London – New York, Routledge, 1994, s. 85 – 119.

MCGUINNESS, Margaret E., “**Exploring the Limits of International Human Rights Law**”, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 34(2), 2005 – 2006, s. 393 – 421.

MILANO, Enrico, “**Diplomatic Protection and Human Rights Before the International Court of Justice: Re-Fashioning Tradition?**”, Netherlands Yearbook of International Law, Vol 19, 2004, s. 85 – 142.

MOURA RAMOS, Rui Manuel, “**Human Rights Treaties – Are They or Should They be Given A Special Status in International Law**”, in **The Status of International Treaties on Human Rights**, Collection Science and Technique of Democracy, Venice Commission, Strausbourg, Council of Europe Publishing, September 2006, s. 73 – 76.

MUCHLINSKI, Peter, “**Corporations in International Law**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi September 2009, Son erişim tarihi 14.04.2011.

MUCHLUNSKI, Peter, “**The Diplomatic Protection of Foreign Investors: A Tale of Judicial Caution**”, in **International Investment Law for the 21st Century – Essays in Honour of Christoph Schreuer**, Editörler Christina BINDER ve diğerleri, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, s. 341 – 362.

MUMMERY, David R., “**The Content of Duty to Exhaust Local Judicial Remedies**”, American Journal of International Law, Vol. 58(2), 1964, s. 389 – 414.

MURPHY, Liam, “**International Responsibility**”, in **The Philosophy of International Law**, Editörler Samantha BESSON ve John TATIOULAS, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010, s. 299 – 315.

MURPHY, Sean D., “**The ELSI Case: An Investment Dispute at the International Court of Justice**”, Yale Journal of International Law, Vol. 16(2), 1991, s. 391 – 452.

NAFZIGER, James A. R., “**The General Admission of Aliens under International Law**”, American Journal of International Law, Vol. 77(4), 1983, s. 804 – 847.

NOLKAEMPER, André, “**Rethinking the Supremacy of International Law**”, Zeitschrift für Öffentliches Recht, Vol. 65 (1), 2010, s. 65 – 85.

OBOOKATA, Tom, **“Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law”**, International Journal of Refugee Law, Vol. 17(2), 2005, s. 394 – 415.

ORAKHELASHVILI, Alexander, **“Judicial Competence and Judicial Remedies in the Avena Case”**, Leiden Journal of International Law, Vol. 18(1), 2005, s. 31 – 48.

ORAKHELASHVILI, Alexander, **“Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”**, European Journal of International Law, Vol. 14(3), 2003, s. 529 – 568.

ORAKHELASHVILI, Alexander, **“The Position of the Individual in International Law”**, California Western International Law Journal, Vol. 31, 2000 – 2001, s. 241 – 276.

OREBECH, Peter Thomas, **“From Diplomatic – to Human Rights Protection: The Possessions under the 1950 European Human Rights Convention, First Additional Protocol Article 1”**, Journal of World Trade, Vol. 43 (1), February 2009, s. 59 – 96.

ORREGO VICUNA, Fransisco, **“International Claims”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi February 2007, Son erişim tarihi 14.04.2011.

ORREGO VICUNA, Fransisco, **“The Protection of Shareholders under International Law: Making State Responsibility More Accessible”**, in **International Responsibility Today – Essays in Memory of Oscar Schacter**, editör Maurizio RAGAZZI, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, s. 161 – 170.

ÖZERSAY, Kudret, **“Avrupa Birliği Normları ve AİHM Kararları Çerçevesinde Kuzey Kıbrıs”**, http://www.dispolitikaforumu.org/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,33/, s. 1 – 18 (son erişim tarihi 14.04.2011).

ÖZMAN, Aydoğan, **“Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, sayı 1 – 4, s. 53 – 121.

PALENZUELA, Alexander L., **“The International Court of Justice and the Standing of Corporate Shareholders under International Law: Elettronica Sicula v. Raytheon (U.S. v. Italy)”**, Miami Yearbook of International Law, Vol. 1, 1991, s. 292 – 308.

PALMISANO, Guiseppe, **“Fault”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi September 2007, Son erişim tarihi 14.04.2011.

PELLET, Alain, **“The Second Death of Euripide Mavrommatis? Notes on the International Law Commission’s Draft Articles on Diplomatic Protection”**, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 7 (1), 2008, s. 33 – 58.

PELLET, Alain, **“‘Human Rightism’ and International Law”**, The Italian Yearbook of International Law, Vol. 10, Editörler Benedetto CONFORTI ve Riccardo PAVONI, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, s. 3 – 16.

PERGANTIS, Vasileios, **“Towards a ‘Humanization’ of Diplomatic Protection”**, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 66, 2006, s. 351 – 397.

PETE, Stephen PETE and Max Du PLESSIS, **“South African Nationals Abroad and Their Right to Diplomatic Protection – Lessons from the Mercenaries Case”**, South African Journal on Human Rights, Vol. 22(3), 2006, s. 439 – 472.

PETERS, Anne, **“Humanity as the A and Ω of Sovereignty**, European Journal of International Law, Vol. 20 (3), 2009, s. 513 – 544.

POSTEMA, Gerald J., **“Custom in International Law: A Normative Practice Account”**, in **The Nature of Customary Law – Legal, Historical and Philosophical Perspectives**, Editörler Amanda Perreau – Saussine and James Bernard Murphy, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2007, s. 279 – 306.

PRONTO, Arnold N., **“ ‘Human Rightism’ and the Development of General International Law”**, Leiden Journal of International Law, Vol. 20 (4), 2007, s. 753 – 765.

RADI, Yannick, **“The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the ‘Trojan Horse’”**, European Journal of International Law, Vol. 17(4), 2006, s. 757 – 774.

RANDELZHOFFER, “**Nationality**”, in **Encyclopedia of Public International Law**, Vol. 8, Editörler Rudolf DOLZER ve diğerleri, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland, 1985, s. 416 – 424.

RE, Edward D., “**Human Rights, International Law and Domestic Courts**”, St. John’s Law Review, Vol. 70(1), 1996, s. 51 – 75.

RENSMANN, Thilo, “**International Organisations or Institutions, External Relations and Co-operation**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi March 2009, Son erişim tarihi 14.04.2011.

SALAZAR ALBORNOS, Mariana, “**Legal Nature and Legal Consequences of Diplomatic Protection. Contemporary Challenges**”, Anuario Mexicano De Derecho Internacional, Vol. 6, 2001, s. 377 – 417.

SALCEDO, Juan Antonio Carillo, “**Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law**”, European Journal of International Law, Vol. 8(4), 1997, s. 583 – 595.

SALMON, Jean, “**Diplomatic Démarche**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi September 2007, Son erişim tarihi 14.04.2011.

SCHEFFER, David J., “**Non-Judicial State Remedies and the Jurisdiction of the International Court of Justice**”, Stanford Journal of International Law, Vol. 27(1), 1990 – 1991, s. 83 – 154.

SCHEININ, Martin, “**Impact on the Law of Treaties**”, in **The Impact of Human Rights Law on General International Law**, Editörler Menno T. KAMMINGA ve Martin SCHEININ, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, s. 23 – 36.

SCHERMERS, Henry G., “**Exhaustion of Domestic Remedies**”, in **Liber Amicorum Judge Shigeru Oda**, Vol II., Editörler Nisuke Ando – Edward McWhinney and Rüdiger Wolfrum, The Hague-London-New York, Kluwer Law International, 2002, s. 947 – 975.

SCHERMERS, H. G., “**The Bond between Man and State**”, in **Recht zwischen Umbruch und Bewahrung – Festschrift für Rudolf Bernhardt**, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 120, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1995, s.187 – 198.

SCHOCHET, Paula Rivka, **“A New Role for an Old Rule: Local Remedies and Expanding Human Rights Jurisdiction Under the Torture Victim Protection Act”**, Columbia Human Rights Law Review, Vol. 19 (1), Fall 1987, s. 223 – 257.

SCHREUER, Christoph, **“Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration”**, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 4(1), 2005, s. 1 – 17.

SCHREUER, Christoph, **“The Waning of Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?”**, European Journal of International Law, Vol. 4(4), 1993, s. 447 – 471.

SCHWAGER, Elke, **“The Right to Compensation for Victims of an Armed Conflict”**, Chinese Journal of International Law, Vol. 4(2), 2005, s. 417 – 439.

SCHWEBEL, Stephen M., **“Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies Revisited”**, International Lawyer, Vol. 23(4), 1989, s. 951 – 955.

SCHWEBEL, Stephen M. ve WETTER, J. Gillis, **“Arbitration and the Exhaustion of Local Remedies”**, American Journal of International Law, Vol. 60(3), 1966, s. 484 – 501.

SCOOBIE, Iain, **“The Invocation of Responsibility for the Breach of ‘Obligations under Peremptory Norms of General International Law’”**, European Journal of International Law, Vol. 13(5), 2002, s. 1201 – 1220.

SHAPOVALOV, Aleksandr, **“Should a Requirement of ‘Clean Hands’ Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection? Human Rights Implications of the International Law Commission’s Debate”**, American University International Law Review, Vol. 20(4), 2005, s. 829 – 866.

SHELTON, Dinah, **“Reperations”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi August 2009, Son erişim tarihi 14.04.2011.

SHELTON, Dinah, **“Are There Differentiations Among Human Rights? *Jus Cogens*, Core Human Rights, Obligations *Erga Omnes* and Non-Derogability”**, in **The Status of International Treaties on Human Rights**, Collection Science and Technique of Democracy, Venice Commission, Strausbourg, Council of Europe Publishing, September 2006, s. 159 – 186.

SHEN, Jianming, **“National Sovereignty and Human Rights in a Positive Law Context”**, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 26(2), 2000 – 2001, s. 417 – 446.

SIMMA, Bruno, **“Reciprocity”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi April 2008, Son erişim tarihi 14.04.2011.

SIMMA, Bruno ve HOPPE, Carsten, **“From LaGrand and Avena to Medellín – A Rocky Road Toward Implementatiton”**, Tulane Journal of International and Comparative Law, Vol. 14(1), Winter 2005, s. 7 – 59.

SIMMA, Bruno, **“From Bilateralism to Community Interest in International Law”**, in **Recueil des Cours**, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1994, Vol. 250, Cambridge-The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, s. 217 – 384.

SIMMA, Bruno, **“International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis”**, in **The Protection of Human Rights in Europe**, Collected Courses of the Academy of European Law, 1993, Vol. 4, Book 2, The Hague-London-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, s. 153 – 236.

SJOBERG, **“Corporations and Human Rights”**, in **Interpreting Human Rights – Social Science Perspectives**, Editörler Rhiannon MORGAN ve Bryan S. TURNER, London-New York, Routledge, 2009, s. 157 – 176.

SPIERMANN, Ole, **“Twentieth Century Internationalism in Law**, European Journal of International Law, Vol. 18 (5), 2008, s. 785 – 814.

SPIRO, Peter J., **“Multiple Nationality”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi April 2008, Son erişim tarihi 14.04.2011.

STILES, Kendall and SANDHOLTZ, Wayne, **“Cycles of International Norm Change”**, in **International Norms and Cycles of Change**, Editörler Wayne SANDHOLTZ AND Kendall STILES, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009, s. 323 – 338.

STOLL, Peter Tobias, **“Human Rights, Treaty Bodies”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi May 200, Son erişim tarihi 14.04.2011.

TAMS, Christian J. ve TZANAKOPOULOS, Antonios, **“Barcelona Traction at 40: The ICJ as an Agent of Legal Development”**, *Leiden Journal of International Law*, Vol23(4), 2010, s. 781 – 800.

TERAYA, Koji, **“Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights”**, *European Journal of International Law*, Vol. 12 (5), 2001, s. 917 – 941.

THALLINGER, Gerhard, **“The Rule of Exhaustion of Local Remedies in the Context of the Responsibility of International Organisations”**, *Nordic Journal of International Law*, Vol 77, 2007, s. 401 – 428.

TINTA, Monica Faria TINTA, **“Due Process and Right to Life in the Context of the Vienna Convention Consular Relations: Arguing the LaGrand Case”**, *European Journal of International Law*, Vol. 12(2), 2001, s. 363 – 366.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, **“The Human Person and International Justice”**, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, 2008 – 2009, s. 16 – 30.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, **“International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*”**, in *Recueil des Cours*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2005, Vol. 317, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 19 – 312.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, **“The Development of International Human Rights Law by the Operation and the Case-Law of the European and the Inter-American Courts of Human Rights”**, *Human Rights Law Journal*, Vol. 25 (5 – 8), 30 November 2004, s. 157 – 160.

TUNIC, D., **“The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID) and Diplomatic Protection”**, *Thesaurus Acroasium – United Nations Decade of International Law*, Vol. 23, 1998, s. 447 – 461.

TÜRK, Volker ve NICHOLSON, Frances, **“Refugee Protection in International Law: An Overall Perspective”**, in **Refugee Protection in International Law – UNHCR’s Global Consultations on International Protection**, Editörler Erika FELLER, Volker TÜRK ve Frances NICHOLSON, Cambridge-New York-Melbourne, Cambridge University Press, 2003, s. 3 – 45.

ULFSTEIN, Geir, **“Human Rights, State Complaints”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi March 2008, Son erişim tarihi 14.04.2011.

VAN DIJK, Pieter, **“The Status of International Treaties on Human Rights – The Hierarchy of Rules of International Law”**, in **The Status of International Treaties on Human Rights**, Collection Science and Technique of Democracy, Venice Commission, Strausbourg, Council of Europe Publishing, September 2006, s. 221 – 225.

VAN DIJK, Pieter, **“International Law and The Promotion and Protection of Human Rights”**, Wayne Law Review, Vol. 24 (4), 1977 – 1978, s. 1529 – 1553.

VERMEER-KÜNZLİ, Annemarieke, **“Unfinished Business: Concurrence of Claims Presented before a Human Rights Court or Treaty Body and through Diplomatic Protection”**, Human Rights Law Review, Vol. 10(2), 2010, s. 269 – 288.

VERMEER-KÜNZLİ, Annemarieke, **“Diallo and the Draft Articles: The Application of the Draft Articles on Diplomatic Protection in the Ahmadou Sadio Diallo Case”**, Leiden Journal of International Law, Vol. 20 (4), 2007, s. 941 – 954.

VERMEER-KÜNZLİ, Annemarieke, **“As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection”**, European Journal of International Law, Vol. 18(1), 2007/a, s. 37 – 68.

VERMEER-KÜNZLİ, Annemarieke, **“A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility *Erga Omnes*”**, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 56(3), 2007/b, s. 553 – 581.

VERMEER-KÜNZLİ, Annemarieke, **“Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection”**, Nordic Journal of International Law, Vol. 75(2), 2006, s. 279 – 307.

VON GLAHN, Gerhard ve TAULBEE, James Larry, **“Law Among Nations – An Introduction to Public International Law”**, ninth edition, New York-San Fransisco-Boston, Longman, 2010.

WALTER, Christian, **“Subjects of International Law”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi May 2007, Son erişim tarihi 14.04.2011.

WARBRICK, Colin **“Introductory Note to the United Kingdom Supreme Court of Judicature – Court of Appeal (Civil Division): Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs**, International Legal Materials, Vol. 42(2), 2003, s. 355 – 357.

WARBRICK, Colin, **“Diplomatic Representations and Diplomatic Protection – Current Developments: Public International Law”**, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 51(3), 2002, s. 723 – 733.

WEISSBRODT, David, **“The Protection of Non-Citizens in International Human Rights Law”**, in **International Migration Law – Developing Paradigms and Key Challenges**, editörler Ryszard CHOLEWINSKI, Richard PERRUCHOUD ve Euan MacDONALD, International Organisation for Migration, The Hague, T. M. C. Asser Press, 2007, s. 221 – 235.

WEISSBRODT, David ve COLLINS, Clay, **“The Human Rights of Stateless Persons”**, Human Rights Quarterly, Vol. 28 (1), 2006, s. 245 – 276.

WINKELMANN, Ingo, **“Responsibility to Protect”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi July 2006, Son erişim tarihi 14.04.2011.

WITTICH, Stephan, **“Compensation”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi May 2008, Son erişim tarihi 14.04.2011.

WITTICH, Stephan, **“Barcelona Traction Case”**, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, Makalenin son güncellenme tarihi May 2007, Son erişim tarihi 26.10.2010.

WOLFRUM, Rüdiger, “**Internationally Wrongful Acts**”, in **Encyclopedia of Public International Law**, Editörler Rudolf DOLZER ve diğerleri, Vol. 10, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland, 1987, s. 271 – 277.

ZENG, Lingliang, “**Humanizing Tendency of Contemporary International Law**”, *Frontiers of Law in China*, Vol. 4(1), 2009, s. 1 – 30.

ZIMMERMANN, Andreas, “**State Succession in Other Matters than Treaties**”, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Heidelberg and Oxford University Press, www.mpepil.com, makalenin son güncellenme tarihi April 2007, son erişim tarihi 14.04.2011.

ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARI

Administrative Decision No. V (Mixed Claims Commissions) (United States of America v. Germany), Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, 31 October 1924, United Nations, 2006.

Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, International Court of Justice, 24 May 2007, No: 103.

Barcelona Traction Light and Power Company Case (Belgium v. Spain), International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of 5 February 1970.

Baron Frederic de Born Case, Yugoslav – Hungarian Mixed Arbitral Tribunal, Annual Digest of Public International Law Cases, Vol. 3, case no. 205, 12 July 1926, 1925 – 1926.

Case Concerning Ahmadou Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo), Judgement, International Court of Justice, 30 November 2010.

Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of 31 March 2004.

Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia), International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of 30 June 1995.

Case of Cyprus v. Turkey, Judgement (Merits), European Court of Human Rights, Grand Chamber, Application no. 25781/94, Judgement of 10 May 2001.

Case of Garaudy v. France, European Court of Human Rights, Inadmissibility Decision, Application no. 65831/01, Judgement of 24 June 2003.

Case of Goiburú et al. v. Paraguay, Inter-American Court of Human Rights, Merits, reparations and costs, Series C, No. 153, Judgement of September 22, 2006.

Case of Handyside v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, Application no. 5493/72, Judgement of 7 December 1976.

Case of Ilășcu and Others v. Moldova and Russia, European Court of Human Rights, Application no. 48787/99, Judgement of 8 July 2004.

Case of Loizidou v. Turkey, Preliminary objections, European Court of Human Rights (Grand Chamber), Application no. 15318/89, Judgement of 18.12.1996.

Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey, European Court of Human Rights, Applications nos. 46827/99 and 46951/99, Judgement of 4 February 2005.

Case of Ricardo Canese v. Paraguay, Inter-American Court of Human Rights, Merits, reparations and costs, Series C, No. 111, Judgement of 31 August 2004.

Case of Soering v. The United Kingdom, European Court of Human Rights, Application no. 14038/88, Judgement of 7 July 1989, son erişim tarihi 14.04.2011.

Case of Zarb Adami v. Malta, European Court of Human Rights, Application no. 17209/02, Judgement of 20 June 2006.

Decision of the Commission on the Admissibility of Application No. 788/60 Lodged by the Government of the Federal Republic of Austria against the Government of the Republic of Italy., European Commission on Human Rights, Yearbook of the European Convention on Human Rights, Vol. 4, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1961, s. 116 – 183.

Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) v. United Mexican States, United States – Mexican Claims Commission, July 1931, Reports of International Arbitral Awards, Vol. IV, United Nations, 2006.

Elettronica Sicala S.p.A. (ELSI) Case (United States of America v. Italy), International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of 20 July 1989.

General Ukraine Inc. v. Ukraine, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Case No: ARB/00/9, Award, 16 September 2003, <http://www.asil.org/ilm/Ukraine.pdf> (son erişim tarihi 14.04.2011).

Interhandel Case (Switzerland and United States of America), Preliminary Objections, International Court of Justice – Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of 21 March 1959.

Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion, OC – 18/03, Series A, No. 18, 17 September 2003.

Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary Claims of Danzig Railway Officials who have Passed into the Polish Service, against the Polish Railways Administration), Collection of Advisory Opinions, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series B, No. 15, March 3rd 1928.

LaGrand Case (Germany v. United States of America), International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of 27 June 2001.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Advisory Opinion of 9 July 2004.

Lusitania Case (Mixed Claims Commission United States v. Germany), Reports of International Arbitral Awards, 1 November 1923 – 30 October 1939, Vol VII, United Nations 2006.

Merge Case (Italy v. USA), Reports of International Arbitral Awards, Decision No. 55, 10 June 1955, Vol. XIV, United Nations, 2006.

Nationality Decrees in Tunis and Morocco Case (France v. Great Britain), Permanent Court of International Justice, second (extraordinary session), series B, Advisory Opinion no. 4, 7 February 1923.

North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States, Reports of International Arbitral Awards, 31 March 1926, Vol. IV, United Nations, 2006.

Nottebohm Case (second phase) (Liechtenstein v. Guatemala), International Court of Justice, 6 April 1955, I.C.J. Reports 1955.

Orinoco Steamship Company Case (United States v. Venezuela), Mixed Claims Commission, Reports of International Arbitral Awards, Vol. IX, 1903 – 1905, United Nations, 2006.

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, International Court of Justice, – Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Advisory Opinion of April 11th 1949.

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime and Genocide, International Court of Justice, – Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Advisory Opinion of May 28th 1951.

Right of Passage over Indian Territory (Preliminary Objections) (Portugal v. India), International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of November 26th 1957.

Salem Case (Egypt v. USA), Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, 8 June 1932, United Nations, 2006.

The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75), Requested by the Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-2/82 of 24 September 1982, Series A., No. 2, 1982.

The Factory at Chorzow Case (Merits), Permanent Court of International Justice, Series A, No. 17, 13 September 1928, Leyden A. W. Sijthoff's Publishing Company, 1928.

The Gabčíkovo-Nagymaros Project Case (Hungary v. Slovakia), International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Judgement of 25 September 1997.

The M/V “Saiga” (No.2) Case (Saint Vincent and Grenadines v. Guinea), International Tribunal for the Law of the Sea, Judgement, 1 July 1999.

The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.), Collection of Judgements, Publication of the Permanent Court of International Justice, Series A, No. 2, 30 August 1924.

The Panevezys – Saldutiskis Railway Case (preliminary objections) (Estonia v. Lithuania), Permanent Court of International Justice, Series A/B, No. 76, 28 February 1939.

The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion, OC – 16/99, Series A., No. 16, 1 October 1999.

Vlastimir and Borka BANKOVIĆ, Živana STOJANOVIĆ, Mirjana STOIMENOVSKI, Dragana JOKSIMOVIĆ and Dragan SUKOVIĆ v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom, European Court of Human Rights, Grand Chamber Decision as to Admissibility of Application no. 52207/99, 12.12.2001.

ULUSAL MAHKEME KARARLARI

Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, United Kingdom Supreme Court of Judicature – Court of Appeal (Civil Division), Case no: C/2002/0617A;0617B, 2002 EWCA Civ. 1598, 6 November 2002, International Legal Materials, Vol. 42(2), 2003, s. 358 – 383.

FSA v. Council of Ministers Case, Spain, Supreme Court (Third Chamber), Case no. 516, 6 February 1987, International Law Reports, Vol. 88, 1992, s. 691 – 697.

Rudolph Hess Case, Bundesverfassungsgericht, Case no. 2 BvR 419/80, International Law Reports, Vol. 90, 1992, s. 387 – 400.

Samuel Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa, The Minister of Justice and Constitutional Development and Others, Constitutional Court of South Africa, Case CCT 23/04, 4 August 2004, International Legal Materials, Vol. 44 (1), January 2005, s. 173 – 233.

DİĞER KAYNAKLAR

ICISS, **The Responsibility to Protect**, Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty, Ottawa, International Development Research Centre, December 2001.

Institute of International Law (IIL), **“The Protection of Human Rights and the Principle of Non-Intervention in Internal Affairs of States”**, Session of Santiago de Compostela, 1989, http://www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_03_en.PDF, (son erişim tarihi 14.04.2011).

ILC, **Draft Articles on Diplomatic Protection**
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf.

ILC, **Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries**,
http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

ILC, **Report of the Fifty Eight Session**, A/61/10, 2006,
<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/2006report.htm>.

ILC, **Report of the Fifty Seventh Session**, A/60/10, 2005,
<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2005/2005report.htm>.

ILC, **Report of the Fifty Sixth Session**, A/59/10, 2004,
<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2004/2004report.htm>.

ILC, **Report of Fifty Third Session**, A/56/10, 2001,
<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

ILC, **First Report on Diplomatic Protection by John R. Dugard, Special Rapporteur**, A/CN.4/506, fifty-second session, 2000.

ILC, **Preliminary Report on Diplomatic Protection (Mohamed Bennouna, Special Rapporteur)**, A/CN.4/484, 50th session, 1998.

ILC, **Report on International Responsibility by F. V. Garcia-Amador, Special Rapporteur**, A/CN.4/96, 8th session, Yearbook of International Law Commission, Vol. 2, 1956.

International Law Association (ILA), **Diplomatic Protection of Persons and Property – Toronto Conference**, Final Report, 2006.

United Nations General Assembly, **Diplomatic Protection – Comments and Observations Received from Governments**, International Law Commission Fifty Eight Session, Geneva 1 May – 9 June and 3 July – 11 August 2006, A/CN.4/561, s. 1 – 51.

ÖZET

AKKUTAY, Ali İbrahim, Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi, Doktora Tezi, Ankara, 2011.

Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi başlıklı bu tezde, diplomatik koruma ve insan hakları kavramları ele alınmış olup, bu iki kavramın birbiriyle ilişkisi üzerinde durulmuştur.

Tezin birinci bölümünde diplomatik koruma kavramı ile ilgili genel bilgilere yer verilmiştir.

Tezin ikinci bölümünde insan hakları hukukunun amaçları ve bireyin uluslararası hukuktaki yeri açıklanmıştır.

Tezin üçüncü ve son bölümünde ise diplomatik korumanın, insan hakları hukukunun amaçları çerçevesinde ne şekilde uygulanması gerektiği irdelenmiştir.

Anahtar Sözcükler

1. Diplomatik Koruma
2. İnsan Hakları
3. Bireyin Uluslararasılaşması
4. Devletin Sorumluluğu
5. Bireyin Korunması

ABSTRACT

AKKUTAY, Ali İbrahim, The Relationship between Diplomatic Protection and Human Rights, PhD Thesis, Ankara, 2011.

In this thesis, titled as “The Relationship between Diplomatic Protection and Human Rights”, both the concepts of diplomatic protection and human rights and the relationship between them are emphasized.

In the first part of the thesis, general information about the concept of diplomatic protection is analysed.

In the second part of the thesis, the aims of the human rights law and the position of the individual in international law are explained.

In the third part of the thesis, how diplomatic protection has to be applied in accordance with the aims of human rights law is considered.

Anahtar Sözcükler

1. Diplomatic Protection
2. Human Rights
3. The Internationalisation of the Individual
4. Responsibility of the State
5. Protection of the Individual