

Uluslararası Adalet Divanı Kararları Işığında Bireysel Hakların Diplomatik ve Konsüler Haklar Bağlamında Korunması

International Court of Justice Judgments on the Protection of Individual Rights in the Context of Diplomatic and Consular Rights

Cüneyt YÜKSEL¹ , Deniz BARAN² 

¹Prof. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

²Araş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

ORCID: C.Y. 0000-0001-8580-6967; D.B. 0000-0002-9761-1910

ÖZ

Birleşmiş Milletler'in başlıca yargı organı olan Uluslararası Adalet Divanı (UAD veya Divan), küresel çapta hukukun üstünlüğünün tesis edilmesi gayretleriyle, kurulduğundan bu yana insan haklarının korunması konusunda çok önemli katkılarda bulunmuştur. Divan'ın kuruluşundan bu yana çözüme kavuşturduğu birçok davada doğrudan bireylerin hakları ve menfaatleri ile ilgili meseleleri ele aldığı ve 21. yüzyılda bireysel hakların uluslararası hukuk çerçevesinde korunması konusunda daha etkin bir tutuma sahip olma eğilimi göstermeye başladığı söylenebilir. Bu eğilim, 2000'li yılların başından itibaren görülen ve bireylerin adil yargılanma hakkının uluslararası hukuk çerçevesinde korunması açısından çok önemli bir yere sahip olan bazı konsüler hakların güvence altına alınmasına ilişkin bir dizi davada verilen gözlemlenmektedir. Bu kararlar kronolojik sırasıyla LaGrand, Avena ve Diğerleri ve UAD'nin en güncel kararlarından biri olan 2019 tarihli Jadhav Kararı'dır. Bu makalede söz konusu eğilime işaret edebilmek için söz konusu davalar sırasıyla detaylı bir şekilde incelenmektedir. Özellikle, son bölümde yer alan Jadhav Kararı'nın önceki emsal davalarda verilen kararların ötesine geçen yönlerine ışık tutulmaktadır. Böylece, bu makale ile Divan'ın bireysel hakları aktif bir şekilde koruma hususunda sergilediği gelişimin ilgili davalara mukayeseli bir şekilde ele alınması yöntemiyle ortaya konması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: LaGrand Kararı, Avena Kararı, Jadhav Kararı, 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi, Uluslararası Adalet Divanı ve İnsan Hakları, Diplomatik ve Konsüler Haklar, Bireysel Haklar

ABSTRACT

The International Court of Justice (ICJ), the main judicial body of the United Nations, has contributed significantly to the protection of human rights in its efforts to build up the rule of law on a global scale. The ICJ has dealt with issues directly related to the rights and interests of individuals in cases brought before it, and in the 21st century, began to endorse a more active approach in the protection of individual rights. This is apparent in several judgments since the early 2000s on the protection of certain consular rights. The relevant cases are LaGrand, Avena and Others, and Jadhav, the latter being one of the most recent judgments of the ICJ. In this article, these cases are examined in detail, to illustrate the abovementioned tendency of the ICJ. In particular, the different and more progressive aspects of the Jadhav Judgment compared to the LaGrand and Avena Judgments are highlighted. The main aim of this article is to prove the evolving approach of the ICJ in terms of actively protecting individual rights, through a comparison of three similar cases where it dealt with the violation of the same individual rights.

Keywords: LaGrand Case, Avena Case, Jadhav Case, the Vienna Convention on Consular Relations, International Court of Justice and Human Rights, diplomatic and consular Rights, individual rights

Submitted: 11.02.2022 • Accepted: 26.03.2022 • Published Online: 05.05.2022

Corresponding author: Deniz Baran, E-mail: denizbaran@istanbul.edu.tr

Citation: Yuksel, C., & Baran, D. 'Uluslararası Adalet Divanı Kararları Işığında Bireysel Hakların Diplomatik ve Konsüler Haklar Bağlamında Korunması' (2022) 10(1) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 1. <https://doi.org/10.26650/JPLC2022-1072147>

EXTENDED ABSTRACT

The International Court of Justice (ICJ), the main judicial body of the United Nations (UN), has contributed significantly to the protection of human rights in its efforts to build up the rule of law on a global scale. Although the ICJ is founded upon a state-centric approach, it has also directly dealt with issues on the rights and interests of individuals in many cases brought before it.

It could be claimed that in the 21st century, the ICJ has begun to endorse a more active approach in the protection of individual rights within the framework of international law. This tendency is apparent in the judgments made in a series of cases since the early 2000s on the protection of certain consular rights stipulated in Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations (VCCR). These rights are greatly important in the protection of the individual's right to a fair trial within the framework of international law. These judgments are, in chronological order, *LaGrand, Avena and Others*, and *Jadhav*, the latest one of which was published in 2019 and is one of the most recent judgments of the ICJ. In these cases, the ICJ has adopted an increasingly evolving approach in the active protection of individual rights.

The *LaGrand* case, published in 2001, was filed by Germany against the United States, claiming that the two German nationals involved were not allowed to avail of the rights they were entitled to under Article 36 of the VCCR. They were sentenced to death by a U.S. court in 1984 after being found guilty of participation in a robbery. The German authorities were not notified about the case until 1992; thus, could only intervene in the case eight years after the sentence had been delivered. It was also only revealed at this late stage that both German nationals were not duly notified of their rights under Article 36 of the VCCR. Nevertheless, the renewed objections raised in the U.S. courts were rejected, and the death sentences were not overturned. Thus, Germany brought the United States' supposed violation of Article 36 of VCCR before the ICJ. The ICJ found that the United States violated Article 36 of VCCR. In fact, the United States admitted to the violation but disputed Germany's assertions on the breadth of the scope of the relevant remedies. The ICJ decided that the United States should take all the necessary measures to ensure that the death sentence imposed would be considered and reviewed effectively. In this case, the ICJ also made a crucial interpretation by recognizing that international treaties generate exclusive individual rights distinct from those of their states of nationality, while not finding it necessary to assess Germany's claims that the individual rights stipulated in the VCCR should also be considered as human rights.

In the *Avena and Others* Judgment, dated 2004, the United States was again the defendant, while the plaintiff this time was Mexico. The case involved 54 Mexican nationals who were arrested, tried, and sentenced to death by U.S. courts. Mexico claimed that its nationals were deprived of their consular rights arising from Article 36 of the VCCR. Once again, the ICJ found that the United States violated the VCCR.

The *Jadhav* Judgment is the third judgment regarding violations of Article 36 of the VCCR. The case concerned an Indian national who was arrested by Pakistani security officials and tried and sentenced to death by a Pakistani military court. Thereupon, India applied for institution of proceedings with the ICJ for violations by Pakistan of various international law rules, primarily Article 36 of the VCCR. In this case, the arguments submitted by the parties and the chain of events leading to the dispute differed greatly to the two previous cases. However, the judgment was similar, with the ICJ once again finding the defendant responsible for violations of the consular rights granted by the VCCR. The main innovation in the *Jadhav* Judgment was relative to the remedies. Going beyond the remedies provided in the previous cases, the ICJ decided that the responsible state should not only take all the necessary measures to ensure that its death penalty decision will be considered and reviewed but also make changes in its national laws, if necessary. It was also noteworthy that in the *Jadhav* Judgment, the ICJ made some connections between Article 14 of the UN Convention on Civil and Political Rights—stipulating the individual’s right to fair trial—and Article 36 of VCCR.

Giriş

Birleşmiş Milletler'in (BM) başlıca yargı organı olan Uluslararası Adalet Divanı (UAD veya Divan), küresel çapta hukukun üstünlüğünün tesis edilmesi gayretleriyle kurulduğundan bu yana insan haklarının korunması konusunda çok önemli katkılarda bulunmuştur. BM organlarının ve uzmanlık kuruluşlarının danışma görüşü talep edebilme istisnası bir kenara bırakıldığında UAD'nin sadece devletlerin taraf olduğu uyuşmazlıklara bakma yetkisini haiz olması her ne kadar Divan'ı devlet merkezci bir mekanizma haline getirse de Divan'ın, kuruluşundan bu yana çözüme kavuşturduğu birçok davada doğrudan bireylerin hakları ve menfaatleri ile ilgili meseleleri ele aldığı da vakıadır. Hatta Divan'ın daha ilk kararlarında sadece devletler değil, aynı zamanda insan odaklı bir yaklaşım sergilediği görülmektedir.¹

Öte yandan, Divan, bireylerin hakları söz konusu olduğunda kişi bakımından yetkisinin sınırlı olması sebebiyle, bu hakları ancak o bireylerin uyruk devletlerinin hakları ile bağdaştırabildiği, yani esasında yine devleti doğrudan söz konusu hakların sahibi olarak gördüğü durumlarda kendisini bu haklara ilişkin karar vermeye yetkili görmüştür.² Ancak Divan'ın 21. yüzyılda bireysel hakların uluslararası hukuk çerçevesinde korunması konusunda daha etkin bir tutuma sahip olma eğilimi göstermeye başladığı söylenebilir.³ Bu eğilim, 2000'li yılların başından itibaren görülen ve bireylerin adil yargılanma hakkının uluslararası hukuk çerçevesinde korunması açısından çok önemli bir yere sahip olan, bireylerin yabancı bir devlette gözaltına alındıkları ve tutuklandıkları zaman uyruk devletlerinin yetkililerinin bu durumdan haberdar edilmesi ve bu bireylere

1 Korfu Kanalı Kararı (Birleşik Krallık v Arnavutluk) (Esas) [1949] ICJ Rep 4, 22: "Arnavutluk makamlarının yükümlülükleri, genel olarak denizcilik faaliyetlerinin yararına olmak üzere, Arnavutluk karasularında bulunan mayınlı bölgelerin varlığına ilişkin bilgilendirme yapmaktan ve yaklaşan İngiliz savaş gemilerini mayınlı bölgelerin açığa çıkardığı yakın tehlikeye ilişkin uyardıktan oluşmaktadır. Bu tür yükümlülükler, savaş zamanı geçerliliği olan 1907 tarihli ve VII numaralı Lahey Sözleşmesi'nde yer almamakla birlikte bazı genel ve tanınmış ilkelere dayanmaktadır: İnsancılık ilkesinin temel mülhazaları ve barış zamanı savaş zamanından daha çok titiz olma ilkeleri".

2 Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962); 1970, para. 35-36; Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın aynı yöndeki tutumu için ayrıca bkz. Panevezys-Saldutiskis Railway, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 76, p. 16.

3 Bu konuya ilişkin önemli çalışmalar için bkz Mark Janis, 'Individuals and the International Court' in AS Muller and others (eds), *The International Court of Justice Its Future Role after Fifty Years*, (Kluwer Law International, 1997); Fransisco Orrego Vicuna, 'Individuals and Non-State Entities before International Courts and Tribunals' (2001) 5 Max Planck Yearbook of United Nations Law 53; John R Crook, 'The International Court of Justice and Human Rights' (2004) 1 Nw J Int'l Hum Rts 2; Sandy Ghandhi, 'Human Rights and the International Court of Justice The Ahmadou Sadio Diallo Case' (2011) 11(3) Human Rights Law Review 527; Vera Gowlland-Debbas, 'The ICJ and the challenges of human rights law' in M Andenas and E Borge (eds), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law (Studies on International Courts and Tribunals)* (Cambridge University Press 2005).

doğrudan erişip hukuki yardım sağlayabilmesi gibi bazı konsüler hakların korunmasına ilişkin bir dizi davada verilen tutarlı ve Divan açısından gitgide daha aktif bir tutum ortaya koyan kararlarda gözlemlenmektedir. Bu kararlar kronolojik sırasıyla LaGrand, Avena ve Diğerleri⁴ ve UAD'nin en güncel kararlarından biri olan 2019 tarihli Jadhav Kararı'dır.

Bu makalede söz konusu eğilime işaret edebilmek için ilk bölümde, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin bireylerin adil yargılanma hakkının etkili bir şekilde korunmasını ve uygulanmasını sağlayan 36. maddesinin üzerinde durulduktan sonra, ikinci bölümde bireysel hakların diplomatik ve konsüler haklar bağlamında korunması konusundaki ilk UAD davası olan LaGrand Kararı detaylı bir şekilde incelenmektedir. Bunu takiben, LaGrand'a çok benzer niteliklere sahip olan Avena Kararı değerlendirilmekte ve LaGrand Kararı'ndan sonra sağlanan devamlılığa işaret edilmektedir. Son bölümde yer alan Jadhav Kararı'nın önceki emsal kararlarda verilen hükümlerin ötesine geçen yönlerine özellikle ışık tutulmaktadır. Zira Jadhav Kararı ile birlikte UAD, bireysel hakların diplomatik ve konsüler haklar bağlamında korunması hususunda önceki emsal kararlara göre dikkat çekici bazı nüanslara sahiptir. Böylece, bu makale ile Divan'ın bireysel hakları aktif bir şekilde koruma hususunda sergilediği gelişimin ilgili davaların mukayeseli bir şekilde ele alınması yöntemiyle ortaya konması hedeflenmektedir.

1. Bireylerin Adil Yargılanma Hakkını Destekleyen Bir Uluslararası Andlaşma Olarak Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi

Bir bireyin yabancı bir devletin ülkesinde cezai soruşturma veya kovuşturma süreçlerine maruz kalması durumunda o bireyin uyruk devletinin diplomatik veya konsüler yetkililerinin bu durumdan haberdar edilmesi, ilgili bireyin adil koşullar altında yargılanabilmesi için temel bir gereklilik olarak görülmektedir.⁵ Zira gerekli görmeleri durumunda, cezai soruşturma veya kovuşturmaya uğrayan bir bireyin uyruk devletinden yetkililerin soruşturma ve kovuşturma süreçlerine dahil olarak ilgili bireye adli yardımda bulunmaları, o bireyin yabancı bir hukuk sisteminde adil yargılanma hakkını etkili bir şekilde kullanabilmesi için büyük öneme sahiptir. Özellikle bireylerin yabancı ülkelerde ölüm cezası gibi büyük müeyyidelerle karşı karşıya kaldığı durumlarda bu iletişim ve

4 Bundan sonra kısaca "Avena Kararı" olarak anılacaktır.

5 Mark J Kadish, 'Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: A Search for the Right to Consul' (1977) 18 MICH J INT'L L 565, s. 570.

yardım rejiminin önemi daha da hissedilmektedir. Bu ihtiyaçtan dolayı, 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'ni (bundan sonra "Viyana Sözleşmesi" olarak anılacaktır) imzalayan devletler Sözleşme'nin 36. maddesinde, doğrudan bireylerin adil yargılanma hakkıyla ilgili olan böyle bir rejimi düzenlemişlerdir.⁶

Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(a)'da bir devletin konsolosluk görevlilerinin, konsolosluğa ev sahipliği yapan devletin ülkesinde bulunan kendi uyruğundaki kişilere erişme ve onlarla iletişim kurma konusunda serbest olması gerektiğine dair genel bir hüküm düzenlenmektedir.⁷ Bu çerçevede, yabancıların kendi uyruk devletlerinin konsoloslukları ile serbestçe iletişim kurma hakları da mevcuttur. Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(b) ise özel olarak gözaltına alınan veya tutuklanan yabancıların kendi uyruk devletlerinin otoriteleri, esas olarak konsoloslukları ile iletişime geçme hakkını düzenlemektedir.⁸ Buna göre, yabancı kişiyi gözaltına alan veya tutuklayan devletin ilgili mercileri hem o kişiyi Viyana Sözleşmesi'nden doğan hakları hususunda bilgilendirmek hem de o kişinin uyruk devletinin konsolosluğuna gözaltı veya tutuklama işlemi konusunda gecikme olmaksızın haber vermek zorundadır. Bu zorunluluk gözaltı veya tutuklama altında olan kişinin talebi olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(c) ise kendi uyruğundan bir kişinin gözaltında olduğunu yahut tutuklandığını öğrenen konsolosluk görevlilerinin o kişiyi ziyaret etme, onunla serbestçe iletişim

6 Doktrinde bu konuda yapılan bazı önemli çalışmalar için bkz. Mark J Kadish, 'Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: A Search for the Right to Consul' (1977) 18 MICH J INT'L L 565; Klaus Ferdinand Garditz, 'Article 36, Vienna Convention on Consular Relations - treaty interpretation and enforcement - International Court of Justice - fair trial - suppression of evidence' (2007) 101(3) American Journal of International Law 499; Cindy Galway Buys, 'Reflections On The 50th Anniversary Of The Vienna Convention On Consular Relations', (2013) 38 Southern Illinois University Law Journal 57; Anne Peters, *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law* (Cambridge Studies in International and Comparative Law) (Cambridge University Press 2016) 388-407.

7 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi, 19 Mart 1963, m. 36(1)(a): "Gönderen Devletin uyruklarına ilişkin konsolosluk görevlerinin yerine getirilmesinin kolaylaştırılması amacıyla: a) Konsolosluk memurları gönderen Devletin uyrukları ile görüşmek ve onları ziyaret etmek serbestisine sahip olacaklardır. Gönderen Devletin uyrukları da keza konsolosluk memurları ile görüşmek ve onları ziyaret etmek serbestisine sahip olacaklardır."

8 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (n 5) m 36(1)(b): "İlgili talep ettiği takdirde, kabul eden Devletin yetkili makamları gönderen Devletin bir uyruğunun gönderen Devlet konsolosluğu görev çevresinde tutuklanmasından, hapsedilmesinden veya önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde göz altına alınmasından vakit geçirmeksizin söz konusu konsolosluğu haberdar edeceklerdir. Tutuklanmış, hapsedilmiş veya önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde göz altına alınmış olan kişiden konsolosluğa hitaben sadsr olmuş her türlü haber, keza, anılan makamlarca derhal konsolosluğa intikal ettirilecek ve yine bu makamlar, bu bentle tanınmış olan haklar hakkında ilgili kişiye gecikmek sizin bilgi vereceklerdir."

kurma ve ona müdafii avukat tutma haklarına sahip olduğunu düzenlemektedir.⁹ 36. maddenin 2. fıkrası, m. 36(1)(c)'de belirtilen hakların ev sahibi devletin ulusal hukuk düzenlemeleriyle uygun bir şekilde kullanılması gerektiğini belirterek bu hakların kullanımına dair birtakım sınırlamalar getiriyor gibi gözükmetedir.¹⁰ Ancak hemen devamında ulusal hukuk düzenlemelerinin Viyana Sözleşmesi m. 36'daki hakların etkili bir şekilde kullanımını engelleyici nitelikte olamayacağı da belirtildiği için böyle bir kısıtlamanın olmadığı söylenebilecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki devletlerin yabancı bireylere yukarıda belirtilen güvenceler sağlamak hususunda uzlaşması kolay olmamıştır.¹¹ Bu sebeple, Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesi bu Sözleşme'nin en tartışmalı ve hakkında en çok yorum uyuşmazlığı olan maddelerinden biridir.¹² Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları (*travaux preparatoires*) sırasında taraf devlet temsilcileri arasında yapılan müzakereler bunu belirgin bir şekilde göstermektedir.¹³ Bu sebeple, zaman içerisinde 36. maddeye ilişkin birden fazla uyuşmazlık Divan'ın önünde dava konusu olmuştur. Hatta bu davalarda 36. maddenin yorumuna ilişkin uyuşmazlıkların ötesinde, UAD'nin bu madde çerçevesindeki yetkisinin ve hükmedebileceği kararların sınırı dahi uzun süredir tartışılmaktadır.¹⁴ Nitekim bu davalarda hükmedilen kararlar detaylı bir şekilde incelendiği zaman, Divan'ın taraf devletlerin ulusal mevzuatlarına ve yargı süreçlerine 36. maddenin ihlali gerekçesiyle müdahale etmek hususunda son derece temkinli bir tutum sergilediği açıkça görülebilecektir.¹⁵

9 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (n 5) m 36(1)(c): “Konsolosluk memurları, hapsedilmiş, önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde göz altına alınmış olan gönderen Devletin uyruğunu ziyaret etmek, onunla görüşmek ve muhaberetatta bulunmak ve onun mahkemeler önünde temsilini sağlamak hakkına sahiptirler. Konsolosluk memurları, keza, kendi konsolosluk görev çevresinde, bu hükmün yerine getirilmesi amacıyla hapsedilmiş veya göz altına alınmış olan gönderen Devletin uyruğunu ziyaret etmek hakkına sahiptirler. Bununla beraber, konsolosluk memurları, hapsedilmiş veya önleyici mahiyette veya herhangi bir şekilde göz altına alınmış bulunan bir vatandaşın açıkça muhalefet etmesi halinde, bu vatandaş lehine müdahalede bulunmaktan kaçınacaklardır.”

10 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (n 5) m 36(2): “Bu maddenin 1 nci fıkrasında istihdaf olunan haklar, kabul eden Devletin kanun ve düzenlemeleri çerçevesinde kullanılacaktır. Bununla beraber, bu kanun ve düzenlemeler bu maddeyle tanınmış olan hakların tam olarak kullanılmasına imkân vereceklerdir.”

11 Sagnik Das and Aarushi Nargas, ‘Mapping the Jadhav Dispute at the World Court: Evaluating India and Pakistan’s Arguments’ (2017) 48(1) California Western International Law Journal 35, 56.

12 Ibid.

13 Birleşmiş Milletler, ‘United Nations Conference on Consular Relations’ (1963) <https://legal.un.org/diplomaticconferences/1963_cons_relations/docs/english/vol_1.pdf> Erişim Tarihi 10 Nisan 2021, 331-334.

14 Bu tartışmaların yer aldığı bazı eserler için bkz Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice, *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press 1996) 563; Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication* (OUP 2007) 209.

15 Das and Nargas (n 9) 82.

2. LaGrand Kararı

a. Vaka

Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesindeki güvenceler çerçevesinde bireylerin yabancı ülkelerde şüpheli veya sanık oldukları cezai yargı süreçlerinde adil yargılanmaları meselesine dair ilk önemli UAD kararı 2001 tarihli LaGrand Kararı'dır.¹⁶ Söz konusu Karar'a kaynaklık eden davanın konusu Amerika Birleşik Devletleri (ABD) doğumlu Alman vatandaşları olan Karl ve Walter LaGrand kardeşlerdir. LaGrand kardeşler henüz çocuk yaştaiken anneleri ile birlikte ABD'ye göç ederek sürekli oturum izni almışlardır. Ömürlerinin çoğunu ABD'de geçirmiş olmalarına rağmen Alman vatandaşlığını muhafaza etmiş ve asla ABD vatandaşlığına sahip olmamışlardır.¹⁷

LaGrand kardeşler, 1982 yılında Marana, Arizona'da ölüm ve yaralanma vakalarının yaşandığı bir banka soygununa karıştıkları şüphesiyle ABD kolluk kuvvetlerince tutuklanmıştır. 1984 yılında nihayetlenen yargılama sürecinin sonucunda Arizona mahkemesi, LaGrand kardeşleri birinci dereceden cinayet, silâhlı soygun ve insan kaçırma suçlarını işledikleri sebebiyle ölüm cezasına mahkum etmiştir.¹⁸ Mahkumiyet kararının ardından LaGrand kardeşler karara itiraz etmek amacıyla üç farklı yargı yoluna başvurmuştur.¹⁹ Ancak üst mahkemeler, ABD ulusal hukukunun bir parçası olan bir usul kuralını²⁰ gerekçe göstererek LaGrand kardeşlere Viyana Sözleşmesi'nden doğan haklarının ihlaline dayanarak yeni bir itiraz imkanı verilmesini kabul etmemiştir.²¹

Tüm soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde LaGrand kardeşlerin ve onların uyruk devleti olan Almanya, Viyana Sözleşmesi m. 36'dan doğan hakları ihlal edilerek LaGrand kardeşler konsüler hakları hususunda bilgilendirilmemiştir.²² ABD'deki ilgili Almanya Konsolosluğu, Viyana Sözleşmesi'nden doğan haklarını sonradan öğrenen

16 Genel bir inceleme için bkz Robert Jennings, 'The LaGrand Case' (2002) 1 The Law and Practice of International Courts and Tribunals 13; ayrıca, Paraguay'ın ABD'ye karşı açtığı 1998 tarihli Bread Davası sayılırsa LaGrand Davası esasında Viyana Sözleşmesi m. 36'ya dayanan ikinci UAD davasıdır. Ancak Breard Davası, Paraguay'ın şikayetini geri çekmesi sebebiyle tamamlanmamış ve bir karara bağlanmamıştır, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/99/099-19981111-PRE-01-00-EN.pdf>.

17 *LaGrand Kararı* 2001 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 11 Nisan 2021, para 13.

18 Ibid, para 14.

19 Ibid, para 18-20.

20 "*Procedural default*" olarak adlandırılan ve en iyi şekilde "usuli hata" şeklinde Türkçeye çevirebileceğimiz söz konusu kurala göre belli istisnai durumlar haricinde, eyalet mahkemeleri üzerinde öne sürülmeyen bir savunmanın federal mahkemelerde öne sürülemeyecektir.

21 LaGrand Kararı (n 15) para 23.

22 Ibid, para 24.

LaGrand kardeşlerin kanalıyla gelen bir bilgi ile ancak 1992 yılında böyle bir yargılamanın ve cezanın varlığını öğrenebilmiştir. Bunun üzerine, ABD yetkilileri ile söz konusu davaya ilişkin temaslara başlayan Almanyalı yetkililer LaGrand kardeşleri hapisanede ziyaret de etmiş ve müdafii avukatlarına hukuki destekte bulunmaya başlamıştır.²³ Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki yargılamanın ilk aşamasında Viyana Sözleşmesi'nden kaynaklanan haklarını kullanamayan LaGrand kardeşler Almanya Konsoloslugu'nun verebileceği hukuki destekten mahrum kalmış, maddi durumları elvermediği için mahkemenin atadığı müdafii avukatla savunma yapmak zorunda kalmış ve bu avukat da Viyana Sözleşmesi'nin ihlal edildiği argümanını yargılama sırasında öne sürmemiştir.²⁴ LaGrand kardeşlerin savunmalarında Viyana Sözleşmesi'nin ihlalini öne sürmeleri ancak Almanya yetkililerin davaya müdahil olmasından sonra gerçekleşecektir.²⁵

Karl LaGrand 24 Şubat 1999'da idam edilmiştir. Walter LaGrand için ise idam tarihi olarak 3 Mart 1999 belirlenmiştir.²⁶ İnfaz kararlarını 1999 yılının Ocak ayında öğrenen Almanya infazların önüne geçmek için birtakım siyasi ve diplomatik girişimlerde bulunmuş olsa da ilk infazın gerçekleşmesini engelleyememiştir.²⁷ Bunun üzerine Almanya, Walter LaGrand'ın idam tarihinin tam bir gün öncesinde, 2 Mart 1999'da, Viyana Sözleşmesi m.36'nin ihlal edildiği gerekçesiyle UAD'ye başvurmuştur.²⁸ Divan ise 3 Mart 1992'de ivedi bir ihtiyati tedbir kararı alarak²⁹ Walter LaGrand'ın cezasının infazının durdurulmasına hükmetse de ABD infaz takvimine uymuş ve ihtiyati tedbir kararını dikkate almayarak Walter LaGrand'ı da idam etmiştir.³⁰ Zira ABD Başsavcılığı, UAD'nin ihtiyati tedbir kararlarının ABD mahkemeleri için doğrudan bağlayıcı olmadığı görüşünü savunmuş ve ABD Yüksek Mahkemesi de bu görüşü benimseyerek idamın durdurulması yönünde bir zorunluluk olmadığını belirtmiştir.³¹

23 Ibid, para 22.

24 Ibid, para 17.

25 Ibid, para 22.

26 Ibid, para 25.

27 Ibid, para 25-26.

28 Ibid, para 30.

29 *LaGrand Kararı İhtiyati Tedbir Kararı* (1999) < <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-19990303-ORD-01-00-EN.pdf> > Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.

30 Ibid, para 31-32.

31 para. 33.

b. Tarafların Görüşleri

Almanya, UAD'ye yaptığı başvuruda kendi uyuğundaki LaGrand kardeşlerin Viyana Sözleşmesi 36. maddeden doğan hakları konusunda bilgilendirilmediğini, bu sebeple kendi konsolosluklarıyla serbestçe iletişim haklarını kullanamadıklarını, Almanya Konsolosluğu'nun LaGrand kardeşlerin tutuklanmasından sonra gecikme olmaksızın bilgilendirilmesi yükümlülüğünün yerine getirilmediğini, ayrıca Almanya Konsolosluk yetkililerinin LaGrand kardeşleri zamanında tutukevinde ziyaret edemediğini ve onlar için etkili savunma yapabilecek bir müdafii avukat görevlendirme imkanına sahip olamadığını iddia etmiştir. Dahası, söz konusu ihlallerin Almanya'nın uluslararası teamül hukuktan doğan diplomatik koruma hakkını kullanmasına da engel teşkil ettiğini öne sürmüştür.³² Almanya, eğer ABD'li yetkililer tarafından zamanında bilgilendirilselerdi kendi yetkililerinin davaya dahil olması ile LaGrand kardeşlerin hayatlarının dahi kurtarılabilceğinin altını çizmiştir.³³ Dahası, Almanya, sadece Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(b)'nin değil, m. 36(1)(a) ve (c)'nin de buna bağlı olarak ihlal edildiğine ayrıca hükmedilmesini talep etmiştir.³⁴

Her ne kadar Almanya ve ABD arasında, LaGrand kardeşlerin Almanya uyuğunda olduğunun ABD'deki ilgili yetkililerce ne zaman fark edildiğinde dair bir anlaşmazlık olsa³⁵ da ABD'nin bu konudaki iddiasının kabul edilmesi durumunda dahi hukuken farklılık arz edecek bir durum olmamasından ötürü, ABD resmi olarak ancak 1998 gibi çok geç bir tarihte LaGrand kardeşleri konsüler hakları konusunda bilgilendirmiş olması olgusunu³⁶ göz önünde bulundurarak, yaptığı ihlali açıkça kabul etmiştir.³⁷ LaGrand kardeşlerin yargılanması ve infazı süreciyle ortaya çıkan durumun Viyana Sözleşmesi m. 36'dan doğan yükümlülüklerin bir kısmını ihlal ettiğini kabul ederek özür dilemiş, bir daha böyle bir olayın yaşanmaması için esaslı tedbirler alacağını taahhüt etmiştir.³⁸

Öte yandan, ABD, Almanya'nın öne sürdüğü tüm iddiaları kabul etmemiştir. Öncelikle, kendisinin Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(b)'yi ihlal ettiğine dair kabulüne rağmen, bu ihlale bağlı olarak m. 36(1)(a) ve (c)'nin de ihlal edildiğine ayrıca hükmedilmesi

32 Ibid, para 38.

33 para. 71.

34 para. 41.

35 para. 16.

36 Ibid, para 24.

37 Ibid, para 39.

38 Ibid, para 15.

talebini yerinde bulmamıştır. Ayrıca, diplomatik korumaya yönelik iddiaların da diplomatik koruma hususunun söz konusu davaya bakma konusunda UAD'yi yetkili kılan Viyana Sözleşmesi'ne Ek Protokol'ün kapsamında olmayıp uluslararası teamül hukuku ile ilgili olduğu, dolayısıyla Divan'ın diplomatik korumaya ilişkin iddiaları bakmaya yetkili olamayacağı gerekçesiyle itiraz etmiştir.³⁹

Almanya, özür ile tatmin olmamış ve basit bir özrün ötesinde, ABD'nin hem hukuki düzenlemeleri hem de uygulamaları bağlamında gelecekte LaGrand kardeşler vakasında yaşanana benzer bir durumun ortaya çıkmayacağını, yani Viyana Sözleşmesi m. 36'daki hakların etkili bir şekilde kullanılabileceğinin güvencesini sağlayacak adımlar atması gerektiğini ileri sürmüştür. Öyle ki ABD'nin yabancı uyruklu kişilere ölüm cezasına hükmettiği yargılama süreçlerini, bilhassa da LaGrand kardeşlerin ABD Yüksek Mahkemesi önünde Viyana Sözleşmesi'nin ihlalden doğan hak kayıplarını öne sürmesini engelleyen usul kuralının uygulanma şeklini etkili bir şekilde yeniden gözden geçirmesi yönünde bir hüküm verilmesini talep etmiştir. ABD ise böyle bir talebin, UAD'nin kararlaştırabileceği hükümlerin sınırını aştığı gerekçesiyle bu talebi Divan'ın ele alamayacağı, ele alması durumunda adeta bir "ulusal ceza temyiz mahkemesi" gibi işlev göreceği itirazında bulunmuştur.⁴⁰ ABD'ye göre Divan'ın sadece uluslararası hukukun ilgili kurallarını uygulamakla sınırlı bir yetkiye sahip olması söz konusudur.⁴¹

Son olarak, Almanya, Walter LaGrand'ın cezasının infazının durdurulması yönünde UAD'nin aldığı ihtiyati tedbir kararına ABD'nin uymamış olmasının uluslararası hukukun ihlali olduğuna hükmedilmesini talep etmiştir.⁴² ABD ise UAD'nin ihtiyati tedbir kararı alma yetkisini düzenleyen UAD Statüsü m. 41'in hem lafzı hem de hazırlık çalışmaları itibarıyla, bu tür kararların bağlayıcı olmadığını savunmuştur.⁴³ Ayrıca, Almanya'nın Walter LaGrand'ın idamına sadece 27 saat kala böyle bir ihtiyati tedbir talebinde bulunmuş olmasının da ABD'deki infaz sürecinin durdurulması açısından çok geç bir adım olduğunun altı çizilmiştir.⁴⁴

39 Ibid, para 40.

40 Ibid, para 50.

41 Ibid, para 50.

42 para. 92.

43 para. 96.

44 para. 53.

c. Uluslararası Adalet Divanı'nın Kararı ve Gerekçeleri

UAD, kendisinin vermeye yetkili olduğu hükümlerin sınırına ilişkin uyuşmazlığın Viyana Sözleşmesi hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin bir uyuşmazlık olması ve genel olarak yetkinin mevcut olduğu bir uyuşmazlıkta o uyuşmazlığın çözümü için verilecek hükümlerin değerlendirilmesi için ayrıca bir yetkilendirmenin gerekli olmaması sebebiyle, ABD'nin tüm yetkisizlik itirazlarını reddetmiştir.⁴⁵ Viyana Sözleşmesi'nde bireylere verilen hakların ihlal edilmesi durumunda o bireylerin uyruk devletinin, söz konusu bireylere yönelik ihlalleri UAD'ye taşınmasının Viyana Sözleşmesi'nin verdiği yetki kapsamına girdiği ve diplomatik korumanın uluslararası teamül hukukunun bir parçası olup olmadığı tartışmasının bu bakımdan neticeyi değiştirmedeği özellikle vurgulanmıştır.⁴⁶

Nihayetinde, Divan, ABD'nin Viyana Sözleşmesi m. 36 (1)(b)'yi ihlal ettiğine karar vermiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere, ABD zaten buna herhangi bir itirazda bulunmamıştır.⁴⁷ Ancak ABD'nin itirazda bulunduğu m. 36 (1)(a) ve (c)'ye ilişkin ihlal iddialarını da bu itirazlara rağmen kabul etmiştir.⁴⁸ 36 (1)(b)'nin ihlal edilmesinin her zaman 36 (1) (a) ve (c)'nin ihlalini beraberinde getirmeyeceğini vurgulayan Divan, buna karşın mevcut vakada buradaki hükümlerin de ihlal edildiği sonucuna vardığını belirtmiştir.⁴⁹

LaGrand kardeşlerin ABD Yüksek Mahkemesi önünde Viyana Sözleşmesi'nin ihlalinin doğan hak kayıplarını öne sürmesini engelleyen usul kuralı çerçevesinde tartışma konusu olan m. 36(2)'nin ihlali konusunda ise Divan yine ABD aleyhinde bir karara varmıştır.⁵⁰ İhlal kararlarının sonucu olarak verilecek hükümler hususunda, UAD de Almanya'nın ortaya koyduğu üzere özrü tek başına yeterli bulmamakla birlikte, Almanya'nın ABD'nin hem hukuki düzenlemeleri hem de uygulamaları bağlamında LaGrand kardeşler vakasında yaşanan benzer bir durumun gelecekte ortaya çıkmaması için güvence sağlaması talebine yönelik olarak, ABD'nin zaten Viyana Sözleşmesi m. 36'yı ihlal ettiğini ikrar ettiğini ve "benzer bir vakanın tekrar yaşanmaması için esaslı önlemler" alacağı yönünde verdiği taahhüdün yeterli olacağını belirtmiştir.⁵¹

45 Ibid, para 46-48.

46 para. 42.

47 Ibid, para 66-69.

48 Ibid, para 69.

49 Ibid, para 73-74.

50 Ibid, para 91.

51 Ibid, para 121-124; Christian J. Tams, 'Consular Assistance: Rights, Remedies and Responsibility: Comments on the ICJ's Judgment in the LaGrand Case' (2002) 13(5) EJIL 1257, 1259; Christian J. Tams, "Recognizing Guarantees and Assurances of Non-Repetition: LaGrand and the Law of State Responsibility" (2002) 27 YALE J INT'L L 441, 443.

Ayrıca, LaGrand kardeşlerin yargılmasında yaşanan ihlalin sebeplerinden biri olarak gündeme gelen ve “usuli hata (*procedural default*)” olarak nitelenen usul hukuku kuralının bizzat varlığının bir ihlal teşkil etmediği ve asıl sorunun bunun uygulanma biçimi olduğu tespiti sebebiyle doğrudan bu kurala dair hukuki düzenlemelerin değiştirilmesi gibi bir hüküm gündeme gelmemiştir.⁵² Ancak Divan, ABD mahkemelerinin LaGrand kardeşler vakasında olduğu gibi söz konusu usul kuralına dayanarak Viyana Sözleşmesi m. 36’deki hakları kullanmaktan mahrum ettiği kişilerin yargılamalarının yeniden incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yeniden incelemenin hangi yollarla yapılacağı ise, etkili bir şekilde yapılması şartıyla, ABD’nin tercihine bırakılmıştır.⁵³

Divan’ın ihtiyati tedbir kararlarının bağlayıcı olup olmadığı tartışması ise Divan tarafından, daha önce ne kendisi ne de Uluslararası Sürekli Adalet Divanı nezdinde böyle bir hukuki uyumsuzluk olmaması sebebiyle, tarihte ilk kez incelenmiştir. UAD Statüsü m. 41’in konu ve amacından, ayrıca Statü içerisinde oturduğu bağlamdan yola çıkılarak ihtiyati tedbir kararlarının taraf devletler için bağlayıcı olduğuna dair bir içtihat geliştirilmiştir. Zira dava taraflarının haklarına kalıcı bir şekilde hanel gelmemesi için bu tip kararların bağlayıcı addedilmesi çok önemlidir.⁵⁴ Bu sebeple, ihtiyati tedbir kararlarının tavsiye niteliğinde görülmesi uygun olmayacaktır.⁵⁵ Divan, ABD’nin Almanya’nın ihtiyati tedbir kararı talebini Walter LaGrand’ın idamına çok yakın bir tarihte yaptığı yönündeki itirazını haklı bir sitem olarak görmekle birlikte ihtiyati tedbir kararına uyulmamasına sebep teşkil edecek bir husus olarak görmemiştir.⁵⁶

Bu hükümleriyle birlikte Divan, LaGrand Kararı’nda Viyana Sözleşmesi m. 36’nın konsüler koruma sisteminin uygulanmasına zemin hazırlayan önemli bir madde olduğunu ortaya koymuş⁵⁷ ve bu maddedeki hükümlerin hem Sözleşme’ye taraf devletler hem de onların uyruğundaki bireyler için ayrı ayrı haklar doğurduğunu açıkça kabul etmiştir.⁵⁸ Divan, Almanya’nın Viyana Sözleşmesi m. 36’da düzenlenen bireysel hakların aynı zamanda temel bir insan hakkı olduğu ve ABD’nin LaGrand kardeşlerin insan haklarını ihlal ettiği için de sorumlu olması gerektiğine dair iddiasını ise değerlendirmeye alma ihtiyacı duymamıştır.⁵⁹

52 LaGrand Kararı (n 15) para 125.

53 Ibid, para 125.

54 para. 102.

55 para. 110.

56 para. 57.

57 Ibid, para 74.

58 Ibid, para 77.

59 Ibid, para 78.

d. Karşı Oy Görüşleri

LaGrand Kararı'nda UAD'nin hükümlerine yönelik en yaygın itiraz, Viyana Sözleşmesi'nin hem devletlere hem de bireylere ayrı ayrı haklar ihdas ettiğine yönelik hükmüne olmuştur. Yargıç Shi, genel olarak ihlal kararına katılmakla birlikte gerekçelendirme sırasında Divan'ın Viyana Sözleşmesi m. 36'nın devletlerin yanında bireyler için de haklar yarattığı şeklindeki bulgusunu, Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları ve arka plânı itibariyle böyle bir sonuca varılamayacağı gerekçesiyle kabul etmemiştir.⁶⁰ Yargıç Oda da Divan'ı bireylerin hakları hususunda bir kavram kargaşası yaşamakla itham etmiş ve Viyana Sözleşmesi'nin bireylere getirdiği korumaların bizzat kendilerinin maddi hakları olmayıp sadece devletlerin haklarından ileri gelen haklar olduğunu ortaya koymuştur.⁶¹

Yargıç Buergenthal'in karşı öy görüşü ise yukarıda tartışılan hususlarla alakalı olmayıp, Almanya'nın davayı açış biçimine ve ihtiyati tedbir kararının alınışında olduğu varsayılan bazı usuli eksikliklere ilişkindir. Bu sebeple, burada ayrıca incelenmesi, makalenin odaklandığı noktalar itibariyle, gerekli değildir.⁶²

e. Kararın Önemi

Her ne kadar UAD, Almanya'nın Viyana Sözleşmesi m. 36'da düzenlenen bireysel hakların aynı zamanda temel bir insan hakkı olduğu ve ABD'nin LaGrand kardeşlerin insan haklarını ihlal ettiği için de sorumlu olması gerektiğine dair iddiasını değerlendirmeye alma ihtiyacı duymamış olsa⁶³ da LaGrand Kararı, bireylere uluslararası anlaşmalar veya başka bir kaynaktan olması fark etmeksizin doğrudan uluslararası hukuk kaynaklı hakların doğabileceğinin UAD tarafından kabul edilmesi açısından oldukça önemlidir.⁶⁴ Nitekim bir önceki bölümde görüleceği üzere, Divan yargıçları arasındaki en tartışmalı husus da bu olmuştur.

Öte yandan, UAD'nin m. 36'daki hakların aynı zamanda insan hakları hukuku rejimi çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmasından kaçınması üzerine bazı hususları belirtmek faydalı olacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki Amerikalılar

60 *LaGrand Kararı* 2001 (Yargıç Shi Ayrık Görüşü) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-02-EN.pdf>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021, para 2, 15, 16.

61 *LaGrand Kararı* 2001 (Yargıç Oda Karşı Oy Görüşü) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-03-EN.pdf>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021 para. 19, 25, 27.

62 DİPNOT GELMELİ GörüşE ATIF YAPAN

63 Ibid, para 78.

64 Martin Mennecke and Christian J. Tams, 'Lagrand Case (Germany v United States of America)' (2002) 51(2) The International and Comparative Law Quarterly 449, 454.

Arası İnsan Hakları Mahkemesi (AAİHM), LaGrand Kararı'ndan henüz iki yıl önce verdiği bir Danışma Görüşü'nde tam olarak LaGrand Davası'na benzer bir konuyu ele almış ve bir devletin yabancı bireylere Viyana Sözleşmesi m. 36'ndan doğan haklarının kullanılmasını engellemesi hâlinde sadece Viyana Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüklerini değil, ayrıca yabancı kişilerin adil yargılanma hakkının ihlali sebebiyle BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüğünü de ihlal etmiş olacağını belirterek oldukça geniş ve bireylerin haklarını önleyici bir içtihat geliştirmiştir.⁶⁵ AAİHM, belki de bir insan hakları mahkemesi olmasının etkisiyle, UAD'nin tartışmaktan kaçındığı bir konuyu değerlendirmekten imtina etmemiştir.

AAİHM'e göre, Viyana Sözleşmesi'nin bireysel haklar yaratmaması için hiçbir sebep olmadığını ve Sözleşme'nin tarihi arka plânının da böyle bir yorumu desteklediğini belirtmiştir.⁶⁶ Mahkeme'nin görüşünü gerekçelendirmesi sırasında uluslararası insan hakları hukukunun genel uluslararası hukuk sistemi üzerindeki dönüştürücü ve olumlu etkisine, özellikle de insan hakları hukuku alanının gelişmesiyle birlikte uluslararası hukukun artık devletler ile onların yetki alanlarındaki bireylerin hakları arasındaki ilişkileri düzenler hâle geldiğine yaptığı vurgu dikkat çekicidir.⁶⁷ Ayrıca, Mahkeme insan hakları hukuku rejimi normlarının genel uluslararası hukuk rejimindeki yerine dair bazı öncü tespitlerde bulunmuştur. "Bir uluslararası anlaşma hükmünün amacı ne olursa olsun, o hüküm aynı zamanda insan haklarının korunmasıyla ilgili olabilir"⁶⁸ tespiti bunlardan biridir. Mahkeme, Viyana Sözleşmesi m. 36'nın bireylerin adil yargılanma hakkını güvence altına alan bir hüküm ve bu sebeple, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin kişilerin adil yargılanma hakkına ilişkin 14. maddesinin⁶⁹ getirdiği güvence ile doğrudan ilgili olduğunu, böylece Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ndeki ilgili haklara dair korumanın Viyana Sözleşmesi ve benzeri uluslararası anlaşmaların 36. madde benzeri hükümleri ışığında da gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁰

65 Inter-American Court of Human Rights, '16 Numaralı Danışma Görüşü' (1999) <http://www.corteidh.or.cr/docs/opinionos/seriea_16_ing.pdf> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021; ayrıca bkz Monica Feria Tinta, 'Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case' (2001) 12(2) EJIL 363, 365.

66 Inter-American Court of Human Rights, '16 Numaralı Danışma Görüşü' (n 50) para 83-87.

67 Ibid, para 114-115.

68 Ibid, para 76.

69 BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (16 Aralık 1966) 999 UNTS 171, m 4(1): "Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyumsuzluğun karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir..."

70 Inter-American Court of Human Rights, '16 Numaralı Danışma Görüşü' (n 50) para 121-123.

16 numaralı Danışma Görüşü'nü veren AAİHM yargıçları arasında yer alan -ayrıca, daha sonra en son bölümde inceleyeceğimiz Jadhav Kararı verilirken UAD yargıçları arasında yer alacak olan- Yargıç Trindade verdiği mutabık görüşünde (*concurring opinion*),⁷¹ uluslararası insan hakları hukukunun eşitler arasındaki ilişkileri düzenlemeyi değil, daha zayıf ve korumasız durumda olanları korumayı amaçladığını ve böyle bir koruma anlayışının sadece insanlara değil, ayrıca sermayeye ve hizmetlere de sınırların açık olduğu “küreselleşmiş” bir dünyada vatandaşlar ile yabancılar arasındaki ayrımların olumsuz etkilerinin giderilmesi için çok önemli olduğunu belirtmiştir.⁷² Trindade'ye göre, 20. yüzyılın sonunda uluslararası hukukun insanileşmesi sürecine tanık olunmuştur ve aynı sürecin Viyana Sözleşmesi'ndeki konsüler haklar için de geçerli olduğu göz önünde tutularak Sözleşme hükümleri ile insan hakları hukuku kuralları arasındaki ilişkiye ilişkin değerlendirme yapılmalıdır.⁷³

AAİHM'in geliştirdiği yaklaşımdan yola çıkılırsa, UAD'nin bireylere uluslararası anlaşmalar veya başka bir kaynaktan olması fark etmeksizin doğrudan uluslararası hukuk kaynaklı hakların doğabileceğini kabul etmesinin ötesine geçip Almanya'nın Viyana Sözleşmesi m. 36'da düzenlenen bireysel hakların aynı zamanda temel bir insan hakkı olduğu yönündeki iddasını kabul etmesi beklenebilirdi. Şüphesiz ki böyle bir içtihat daha çarpıcı ve insan hakları hukukunun uygulama alanını genişleten bir içtihat olurdu. Günümüz uluslararası hukukunun gitgide bireylere daha çok odaklanma ve onların hak ile yükümlülüklerini düzenleme eğiliminde olması olgusu ile de daha çok uyum gösterirdi.

Ancak bu beklentiyi büyük bir eleştiri olarak ortaya koymaktan imtina etmekteyiz. Zira Yargıç Shi ve Oda'nın sırasıyla ayrık ve karşı oy görüşlerinde ortaya koydukları üzere, henüz uluslararası hukuk kaynaklarının bireylere doğrudan haklar ihdas edebildiğini kabullenmekte güçlük çeken geleneksel bir görüş de hem devlet uygulamasında hem uluslararası içtihat hukukunda hem de doktrinde etkisini sürdürmektedir. Bu bakımdan, LaGrand Kararı'nda varılan hükmün iki görüş arasında makul bir orta yol olduğu söylenebilir. Zira bireylerin uluslararası andlaşmalardan doğan haklarının nitelenmesi hususunda AAİHM'in aldığı gibi daha ileri giden bir karar alınması durumunda hem Divan yargıçları arasında görüş birliği sağlamanın çok zorlaşması hem de Karar'a yönelik yoğun ve şiddetli eleştirilere kapı açılması söz konusu olabilirdi.

71 Mutabık görüş, bir yargıcın mahkemece verilen hükümlere katılmakla birlikte bunların gerekçelendirilmesi veya izahı hususunda çoğunluktan farklı düşüncelere sahip olduğu durumlarda verilen görüşür.

72 Inter-American Court of Human Rights, '16 Numaralı Danışma Görüşü' (1999), Trindade'nin Tamamlayıcı Görüşü, para 23.

73 Ibid, para. 35.

Son olarak belirtmek gerekir ki LaGrand Kararı, UAD'nin ihtiyati tedbir kararlarının bağlayıcı niteliğini tasdik eden ilk karar olması itibariyle ayrı bir öneme sahiptir.⁷⁴ Ancak bireysel hakların korunması ile doğrudan ilgili olmadığı için, söz konusu hükme dair bu bölümde detaylı bir değerlendirme yapılması gerekli değildir.

3. Avena ve Diğerleri Kararı

a. Vaka

UAD'nin 31 Mart 2004 tarihli ve Meksika'nın davacı, ABD'nin ise bir kez daha davalı tarafta yer aldığı Avena ve Diğerleri Kararı⁷⁵ büyük ölçüde LaGrand Kararı'ndan etkilenmiş, hatta neredeyse onun aynısını niteliğinde bir karardır. Meksika, Avena Davası'nda Almanya'nın LaGrand Davası'nda ileri sürdüğü ihlalleri aynen ileri sürerek 9 Ocak 2003'te Divan'a başvurmuştur.⁷⁶ Davaya kaynaklık eden olay, Meksika'ya göre; ABD'nin tutukladığı, yargıladığı ve ölüm cezasına çarptırdığı 54 Meksika vatandaşını Viyana Sözleşmesi m. 36'tan doğan konsüler haklarından mahrum bırakmasıdır. İddiaya göre, söz konusu Meksika vatandaşları Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(b)'den doğan hakları konusunda bilgilendirilmemiş, bunun devamında Meksika devletinin kendi vatandaşlarını korumaya yönelik, Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(a) ve (c)'den belirtilen konsüler hakları kullanması da imkansız kılınmıştır.⁷⁷ İfade etmek gerekir ki bu sayı daha sonra Meksika'nın da sözlü duruşmalardaki kabulüyle 52'ye inmiştir.⁷⁸ Meksika, ayrıca, ihtiyati tedbir isteminde de bulunmuş, bunun üzerine Divan 5 Şubat 2003'te, söz konusu 52 kişi arasında yer alan César Roberto Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos ve Osvaldo Torres Aguilera isimli kişilerin ABD'deki ölüm cezası infazının askıya alınmasına hükmeden bir ihtiyati tedbir kararı almıştır.⁷⁹

74 Jörg Kammerhofer, "The Binding Nature of Provisional Measures of the International Court of Justice: The 'Settlement' of the Issue in the LaGrand Case" (May 2, 2003). *Leiden Journal of International Law*, Vol. 16, pp. 67-83, 2003, s. 83; ayrıca bkz. Jochen Abr. Frowein, "Provisional Measures by the International Court of Justice - The LaGrand Case", https://www.zaoerv.de/62_2002/62_2002_1_a_55_60.pdf

75 Bundan sonra kısaca "Avena Kararı" olarak anılacaktır.

76 *Avena Kararı* 2004 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/128/128-20040331-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021, para 12; genel bir inceleme için bkz William Aceves, 'Avena and Other Mexican Nationals' (2003) 97(4) *The American Journal of International Law* 923; Carsten Hoppe, 'Implementation of LaGrand and Avena in Germany and the United States: Exploring a Transatlantic Divide in Search of a Uniform Interpretation of Consular Rights' (2007) 18(2) *EJIL* 317.

77 *Avena Kararı* (n 59) para 12-13.

78 *Ibid*, para 14.

79 *Avena Kararı İhtiyati Tedbir Kararı* (2003) < <https://www.icj-cij.org/en/case/128/provisional-measures>> Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.

Avena Davası'na konu edilen yargılamalar 1979'dan dava tarihine kadar ABD'nin 9 farklı eyaletinde⁸⁰ gerçekleşen birbirinden farklı vakalardır.⁸¹ Bu bakımdan, olay örgüsü tek bir vakanın söz konusu olduğu LaGrand Kararı'dan farklıdır. Meksika'nın birbirinden ayrı tüm bu vakaların her birinde Viyana Sözleşmesi m. 36'nın ihlalinin gerçekleştiği, zira 29 vakada ABD otoritelerinin Meksika'nın konsolosluk yetkililerine ancak kovuşturma süreci bitip hüküm verildikten sonra haber verdiği, 23 vakada ise hiç haber dahi vermediği belirtilmiştir.⁸² Meksika'nın Divan'a başvuru tarihinde 52 kişiden 49'u farklı yargı aşamalarında bulunmaktayken sadece 3 dosya için tüm iç hukuk yolları tüketilmiş olup ceza kesinleşmiştir (bu 3 dosya Divan'ın haklarında ihtiyati tedbir aldığı 3 kişiye aittir).⁸³

b. Tarafların Görüşleri

Her ne kadar Avena Davası'nda davacı devletin başvurusu LaGrand Kararı'nda Almanya'nın sunduğu iddialarla büyük ölçüde benzerlik taşısa da iki davada da davalı taraf olan ABD'nin savunmaları bu Dava'da bazı yönlerden farklılık arz etmektedir. Tekrara düşülmemesi adına, ABD'nin benzer savunmalarını yeniden belirtmek yerine sadece savunmalardaki farklılık gösteren yönlere odaklanmak faydalı olacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, ABD, LaGrand Davası'nda Almanya'ya karşı Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(b)'den doğan yükümlülüklerini ihlal ettiğini hiçbir itiraz yöneltmeden kabul etmiştir. Bu davada ise söz konusu tutuklamaların ardından bu tutuklamalara dair şüphelilerin uyruk devletine, yani Meksika'ya “gecikmeksizin” haber verme yükümlülüğünü yerine getirmedeği iddiasına itiraz etmiştir. Buna ek olarak, söz konusu yükümlülüğün hem Meksika hem ABD çifte vatandaşlığını taşıyan kişiler için değil, sadece Meksika vatandaşı olan kişiler hakkında geçerli olacağını belirtmiştir.⁸⁴

İlk hususa ilişkin, ABD, 36. maddede yer alan “gecikmeksizin” ifadesinin nasıl yorumlanması gerektiğini tartışmıştır. ABD'ye göre, Viyana Sözleşmesi'ndeki “gecikmeksizin” ifadesi işbu Sözleşme'nin lafzı, konu ve amacı, ayrıca hazırlık çalışmaları (*travaux preparatoires*) ışığında ele alındığında “derhâl ve herhangi bir soruşturmadan önce” anlamını taşımamakta olup ve “mevcut koşullar altında makul olan ilk anda” şeklinde anlaşılmalıdır. Bu ifadeyle herhangi bir gecikmenin değil,

80 Kaliforniya'da 28, Teksas'ta 15, Illinois'te 3, Arizona'da 1, Arkansas'ta 1, Nevada,'da 1, Ohio'da 1, Oklahoma'da 1, Oregon'da 1 (toplam 52).

81 Avena Kararı (n 59) para 15.

82 Ibid, para 19.

83 Ibid, para 20.

84 Ibid, para 51-52.

“keyfi gecikmelerin” önüne geçilmesi amaçlanmıştır.⁸⁵ Dolayısıyla, mevcut Dava’ya konu olan tutuklama ve yargılama süreçlerinde Meksika’nın konsolosluk yetkililerine derhâl haber verilmemiş olsa da mevcut şartlara bakınca yaşanan gecikmeler makul kabul edilebilecektir. Meksika ise ABD’nin bu yorum şeklini yine Sözleşme’nin lafzına, konu ve amacına, ayrıca hazırlık çalışmalarına dayanarak reddetmiş ve m. 36’da düzenlenen konsüler yardımların “anlamlı” bir şekilde sağlanabilmesi için bildirim yükümlülüklerinin “derhâl” yerine getirilmesi gerektiğini öne sürmüştür.⁸⁶

İkinci hususa ilişkin ise ABD, tutuklama zamanında söz konusu kişilerin bazılarının Meksika vatandaşı olduğuna dair ellerinde bir kanıt olmadığını, böyle bir kanıt teşkil edecek kayıtların ancak Meksika yetkililerinin elinde olabileceğini, dolayısıyla bu kişilerin yabancılara vatandaşlık verme konusunda cömert bir devlet olan ABD’nin uyuğunda olduklarını düşündürecek şartlar olduğunu öne sürmüştür. Meksika ise söz konusu 52 kişinin kendi uyuğunda olduğuna dair ispat yükümlülüğünü bu kişilerin doğum belgelerini, ayrıca bu kişilerin birçoğunun beyanlarını sunmak suretiyle zaten yerine getirdiğini, eğer ki bu kişilerin ABD vatandaşı olduğuna dair herhangi bir somut kanıtı varsa ABD’nin bunu sunmak zorunda olduğunu belirtmiştir.⁸⁷

c. Uluslararası Adalet Divanı’nın Kararı ve Gerekçeleri

UAD, Viyana Sözleşmesi m. 36’da yer alan “gecikmeksizin” ifadesine dair ABD ile Meksika arasındaki yorum farkını ele alırken bu ifadenin bizzat Viyana Sözleşmesi’nde tanımlanmadığını ifade ederek değerlendirmesine başlamıştır. Bu sebeple, söz konusu ifade uluslararası teamül hukukunun ve 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31.⁸⁸ ve 32.⁸⁹ maddelerindeki ilgili hükümlere göre yorumlanmalıdır.⁹⁰

85 Ibid, para 60.

86 Ibid, para 78-80.

87 para 55.

88 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (23 Mayıs 1969) 1155 UNTS 33, m 31: “1. Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır. 2. Bir andlaşmanın yorumu bakımından, (andlaşmanın) bütünü, girişini ve eklerini içine alan metne ilaveten, aşağıdakileri kapsar: a - andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütüm taraflar arasında yapılmış olan andlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma; b - andlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bir veya daha fazla tarafta yapılan ve diğer taraflarca andlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge. 3. Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır: a - Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma, b - Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması. c- Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.”

89 Ibid, m 32: “31. maddenin uygulanmasından hasil olan manayı teyid etmek veya 31. maddeye göre yapılan yorum, a - manayı muğlak veya anlaşılmaz bırakıyorsa, b - çok açık bir şekilde saçma olan veya makül olmayan bir sonuca götürüyorsa, manayı tespit etmek için andlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapıma şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.”

90 Avena Kararı (n 59) para 83.

Nitekim belirttiği yorum yöntemini izleyen UAD, “gecikmeksizin” ifadesinin her zaman “tutuklamanın hemen akabinde, ifade dahi alınmadan” anlamına gelmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.⁹¹ Divan’ın bulguları itibariyle, Viyana Sözleşmesi’nin hazırlık çalışmaları incelendiğinde Sözleşme’ye taraf bazı devletlerin ulusal güvenlikle alakalı bazı hassas durumlarda m. 36 çerçevesinde yabancı konsolosluklara yapılacak bildirimleri gecikmeli olarak yapılabileceği yönünde bir kanaat ortaya koydukları dahi görülmektedir.⁹² Buna karşın, Divan, tutuklanan yabancı kişiye Viyana Sözleşmesi m. 36’dan doğan hakların bildirilmesi yükümlülüğünün, ev sahibi devlet yetkililerince o kişinin muhtemelen yabancı olduğu anlaşılır anlaşılmaz yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğunu vurgulamıştır.⁹³ Ancak Divan’a göre, bir vaka hariç diğer hiçbir vakada tutuklanan kişilere yapılması gereken bu bildirim gecikmeksizin yapılmadığı ve hatta bazen hiç yapılmadığı için ABD, m. 36(1) (b)’yi her halükârda ihlal etmiştir.⁹⁴

ABD’nin itiraz ettiği diğerhususla ilişkin ise Divan, ABD’nin tutuklama zamanında söz konusu kişilerin bazılarının Meksika vatandaşı olduğuna dair ellerinde bir kanıt olmadığı, böyle bir kanıt teşkil edecek kayıtların ancak Meksika yetkililerinin elinde olabileceği, dolayısıyla bu kişilerin yabancılara vatandaşlık verme konusunda cömert bir devlet olan ABD’nin uyuğunda olduklarını düşündürecek şartlar olduğu gerekçelerini yeterli görmemiştir. Divan’a göre, tutuklanan kişilerin uyruklarına ilişkin kesin kayıtları elde etmek için elden gelenin yapılması, yani ABD’nin Meksika yetkilileri ile iletişime geçip ancak reddedilmesi durumunda bu gerekçeleri ortaya koyabilmesi mümkün olacaktır. Ancak ABD’nin böyle bir girişimde bulunduğunu düşündürecek yahut söz konusu kişilerin ABD vatandaşı olduğunu gösteren hiçbir kanıt ortaya konmamıştır. Bu sebeple, ABD’nin çifte vatandaşlık esaslı itirazları da kabul görmemiştir.⁹⁵

Dahası, Divan, LaGrand Kararı’ndaki ilgili paragraflara atıfta bulunarak m. 36(1) (b) ile (a) ve (c) fıkralarının birbirine bağlı bir rejim olduğunun altını çizmiş ve mevcut Dava’da da ilkinin ihlalinin diğer fıkralardaki hakların ihlaline yol açtığına karar vermiştir (söz konusu 52 kişiden Meksika Konsolosluğu yetkililerine haber verilmemesini kendisi talep eden bir kişi hariç).⁹⁶ Sonuç olarak, ABD’nin Viyana Sözleşmesi m. 36(1)

91 Ibid, para 85, 87.

92 U.N. Conference on Consular Relations, Summary Records of Plenary Meetings and of the Meetings of the First and Second Committees (15 Mart 1963) 338 U.N. Doc. A/CONF.25/6.

93 Avena Kararı (n 59) para 88.

94 Ibid, para 89-90.

95 Ibid, para 57.

96 Ibid, para 101-103.

(a), (b) ve (c)'den doğan kimi yükümlülüklerini Dava'ya konu olan 52 Meksika vatandaşının 51'i, diğer bazı yükümlülüklerini ise 49'u açısından ihlal ettiğine karar verilmiştir.⁹⁷

Ayrıca, ABD yetkili mercilerinin Divan'ın daha önce Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos ve Osvaldo Torres Aguilera için verdiği ihtiyati tedbir kararının akabinde onlara verilen cezaları anlamlı ve etkili bir şekilde yeniden inceleme sürecine tabi tutmayı reddetmesi sebebiyle Viyana Sözleşmesi m. 36(2)'yi de ihlal ettiğine karar verilmiştir. Bu fıkradaki hakkın ihlalinin söz konusu 52 vakadan sadece 3'ü için verilmesinin sebebi ise diğer 49 vakanın hâlâ farklı yargı süreçleri içerisinde olması, dolayısıyla kesin hükmün bulunmaması ve teknik olarak etkili bir yeniden inceleme imkânının hâlâ açık olmasıdır. Divan, bu vakalara ilişkin erken bir yargıda bulunmaktan kaçınmıştır.⁹⁸ İhlal kararının verildiği vakalarda ise LaGrand Davası'nda da ele alınan "usuli hata (*procedural default*)" kuralının üzerinde durulmuştur. Meksika bu kuralın, LaGrand Kararı'na rağmen hâlâ Viyana Sözleşmesi m. 36(2)'nin ihlaline yol açacak şekilde ABD hukuk sisteminde uygulandığını iddia etmiştir.⁹⁹ Divan ise kuralın bizatihi varlığı bir ihlal teşkil etmese de uygulanma biçiminin, aynı LaGrand Davası'nda olduğu gibi, ihlale yol açabileceğinin altını çizerek mevcut davada Reyna, Ramos ve Aguilera'nın, sahip oldukları hakları etkili bir şekilde kullanamamasına, yani ihlale yol açtığını kararlaştırmıştır.¹⁰⁰

İhlallerin neticesinde verilecek hüküm konusunda, UAD'nin Chorzow Factory Kararı'nda ortaya konan mümkün olduğunca ihlallerden doğan olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması ve eski hâle dönülmesi ilkesi vurgulanmıştır.¹⁰¹ Buradan yola çıkan Divan, Viyana Sözleşmesi m. 36'nın ihlaline sebep olan ulusal yargı kararlarının etkili bir biçimde yeniden incelenmesi gerektiğine ve Sözleşme'de korunan haklara yönelik ihlallerin giderilmesi şartıyla bu yeniden incelemenin ABD'nin kendi seçeceği şekilde yapılacağına hükmetmiştir. Böylece, LaGrand Kararı'ndaki mülahazalar aynen

97 Ibid, para 106.

98 Ibid, para 153

99 Ibid, para 109.

100 Ibid, para 112.

101 Bir devletin yabancılara ait mülklerin kamulaştırması sonucunda ortaya çıkan zararın tazmin yükümlülüğünün ele alındığı henüz 1927 tarihli bir karar olan Chorzow Factory Kararı (1927) PCIJ Rep Series A No 17, s 21; ayrıca bkz Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devletlerin Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeleri (2001) < https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021, m 1.

tekrarlanmıştır.¹⁰² Ayrıca, af usulü ile cezanın ortadan kaldırılmasının yahut değiştirilmesinin bu yükümlülüğün yerine getirilmesi anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir.¹⁰³

Dikkat çekici bir şekilde, Meksika'nın ABD'nin LaGrand Kararı'ndan sonra Viyana Sözleşmesi m. 36'nın yeniden ihlal edilmemesi için ortaya koymaya taahhüt ettiği çabaların Avena Davası'na konu vakalar itibariyle etkisiz olduğunun kanıtlandığı ve ABD'nin bir kez daha söz konusu ihlallerin tekrarlanmaması için gerekli taahhütleri vermesi gerektiği yönündeki talebi ise Divan tarafından kabul görmemiştir.¹⁰⁴ Yeniden incelemenin etkili bir şekilde yapıldığı müddetçe hangi yollarla yapılacağını ABD yetkililerinin tercihine bırakılması yönündeki karar da buna dahildir.¹⁰⁵ Divan'a göre, Avena Kararı'nda tespit edilen ihlallere rağmen ABD genel olarak LaGrand Kararı sonrasında verdiği taahhütleri iyi niyetle yerine getirmiş ve kayda değer iyileştirici adımlar atmıştır. Bu sebeple, LaGrand Kararı'nın ilgili hükümleri hâlâ geçerli olup ayrıca bir kez daha benzer bir hüküm vermeye gerek olmayacaktır.¹⁰⁶

Avena Davası'nda Meksika'nın taleplerinden biri, aynı LaGrand Davası'nda Almanya'nın yaptığı gibi, ABD'nin gerçekleştirdiği hak ihlallerinin aynı zamanda uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan bireylerin adil yargılanma hakkını da ihlal ettiğine karar verilmesi olmuştur.¹⁰⁷ UAD de LaGrand Kararı'ndaki tutumunu sürdürerek Viyana Sözleşmesi'nde bireylere verilen hakların insan hakları kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine yönelik karar verilmesine gerek görülmediğini belirtmiş ancak Viyana Sözleşmesi'nin ne lafzının ne konu ve amacının ne de hazırlık çalışmalarının Meksika'nın bu çıkarımını destekleyecek nitelikte olduğunu söyleyerek bu konuda LaGrand Kararı'na kıyasla daha olumsuz bir tutum takınmıştır.¹⁰⁸

102 Avena Kararı (n 59) para 131.

103 Ibid, para 135, 143.

104 Ibid, para 145.

105 Ibid, para 115,150, 153.

106 Ibid, para 149-150; bu hükümlerin uygulanmasına dair bir inceleme için bkz Bruno Simma and Carsten Hoppe, 'From LaGrand and Avena to Medellin - A Rocky Road toward Implementation' (2005) 14(1) TUL J INT'L & COMP L 7; Cara H Drinan, 'Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: Private Enforcement in American Courts after LaGran' (2002) 54 STAN L REV 1303; Philip Tisne, 'The ICJ and Municipal Law: The Precedential Effect of the Avena and Lagrand Decisions in U.S. Courts' (2005) 29(4) Fordham International Law Journal 865 .

107 Avena Kararı (n 59) para 35.

108 Avena Kararı (n 59) para 124.

d. Kararın Önemi¹⁰⁹

Avena Kararı, çok büyük ölçüde LaGrand Kararı'ndaki hükümleri tekrar ettiği için, bu Karar'ın önemine ilişkin ek olarak söylenecek fazla bir husus yoktur. Ancak ABD'nin LaGrand Kararı'ndaki itirazlarına ek olarak itiraz ettiği iki konuda, yani Viyana Sözleşmesi m. 36'daki "gecikmeksizin haber verme" kavramının detaylı bir şekilde tanımlanması ve çifte vatandaşlık ihtimalinin olduğu durumlarda Viyana Sözleşmesi m. 36'nın nasıl uygulanacağına aydınlatılması bakımından Avena Kararı'nın geliştirdiği içtihatlar önemlidir.

UAD'nin LaGrand Kararı'ndaki tutumunu sürdürerek Viyana Sözleşmesi'nde bireylere verilen hakların insan hakları kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine yönelik karar verilmesine gerek görülmediğini belirtmekle kalmayıp Viyana Sözleşmesi'nin ne lafzının ne konu ve amacının ne de hazırlık çalışmalarının Meksika'nın bu yöndeki talebini destekleyecek nitelikte olmadığını not düşmesi, ayrıca önemlidir. Zira Divan'ın bu konuda LaGrand Kararı'na kıyasla daha olumsuz bir tutum takındığı gözlemlenmektedir.¹¹⁰ Bu da LaGrand Kararı'nın önemini değerlendirdiğimiz bölümde ortaya koyduğumu beklentinin aksine, UAD'nin geleneksel yaklaşımı savunan daha muhafazakâr bir çizgiye bir nebze de olsa kayabilmiş olduğunu göstermesi açısından önemlidir. Zira bu durum, yine LaGrand Kararı'nın önemini değerlendirdiğimiz bölümde not düştüğümüz üzere, uluslararası hukuk kaynaklarının bireylere doğrudan haklar ihdas edebildiğini kabullenmekte güçlük çeken geleneksel bir görüşün etkisini sürdürdüğünü göstermektedir.

4. Bir Adım İleri: Jadhav Kararı

a. Vaka

2017 tarihli Jadhav Davası, UAD'nin önüne Viyana Sözleşmesi m. 36'ya ilişkin gelen üçüncü uyuşmazlık olmuştur. Daha önce Hindistan Deniz Kuvvetleri'nin bir mensubu olan Hindistan vatandaşı Kulbhushan Sudhir Jadhav, Pakistan yetkilileri tarafından 3 Mart 2016'da tutuklanmış¹¹¹ ve yargılanarak 10 Nisan 2017'de ölüm cezasına çarptırılmıştır.¹¹² Hindistan'ın iddialarına göre, Jadhav hakkındaki casusluk suçlamaları

109 Avena Kararı'nda, işbu Karar'ın farklı yönlerine serh düşen dört ayrı görüş dışında herhangi bir karşı oy görüşü olmaması sebebiyle, karşı oy görüşlerini değerlendiren müstakil bir bölüm olmaksızın "kararın önemi" bölümüne geçilmiştir.

110 Avena Kararı (n 59) para 124.

111 *Jadhav Kararı* 2019 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 21 Nisan 202, para 21.

112 Ibid, para 29.

sebebiyle İran'dan kaçırılmış ancak Pakistan tarafından Pakistan'ın Belucistan Eyaleti'nde tutuklanmış gibi gösterilmektedir. Pakistan ise yakalandığı zaman Jadhav'ın "Hussein Mubarak Patel" ismine düzenlenmiş sahte bir Hindistan pasaportunu taşıdığını iddia etmektedir.¹¹³ Pakistan, Jadhav'ın tutuklanmasından 22 gün sonra (25 Mart 2016'da) Hindistan'ın İslamabad'daki diplomatik temsilcileri ile irtibata geçmiş ve Jadhav'ın Hindistan'ın "Research and Analysis Wing (RAW)" isimli istihbarat örgütü adına casusluk ve terörizm faaliyetleri için Pakistan'da bulunduğunu itiraf ettiği sorgu kayıtlarını paylaşmıştır. Pakistan yetkilileri söz konusu paylaşımı aynı gün BM Güvenlik Konseyi'nin daimi üyeleri ile de yapmıştır.¹¹⁴ Dolayısıyla, Jadhav'ın tutuklanmasına ve akabinde yargılanmasına esas teşkil eden suçlama casusluk ve terörizm faaliyetlerine katılımdır.

Pakistan'dan kendisine gelen bildirim üzerine Hindistan'ın diplomatik temsilciliği hemen Pakistan'a sözlü nota yollarak Jadhav'a Viyana Sözleşmesi m. 36 çerçevesinde konsüler erişim talebinde bulunmuş ancak bu talebi reddedilmiştir. Öyle ki 9 Ekim 2017'ye kadar on adet sözlü nota ile aynı talep tekrarlanmıştır.¹¹⁵ Bu sırada, Pakistan'da yargı süreci başlamış ve ilk mahkeme duruşması 21 Eylül 2016'da, askeri mahkeme nezdinde yapılmıştır.¹¹⁶ Ancak yargılamaya ilişkin kamuya açık ilk bildirimler Nisan 2017'de paylaşılmış ve Jadhav'a tam olarak hangi suçlamaların yöneltildiği bu bildirimlerde belirtilmiştir. Ayrıca, Jadhav'a savunma yapabilmesi için gerekli imkân ve sürenin sağlandığına dair olgular da paylaşılmıştır.¹¹⁷

Yargılama sürecinde dikkat çeken bir husus ise Ocak 2017'de Pakistan yetkililerinin Hindistan'ın diplomatik temsilciliği ile irtibata geçerek Jadhav'ın kovuşturma sürecinde yardımcı olabilecek kanıt, materyal ve kayıtların temini için destek istemesidir. Bu talebin, terörizme karşı faaliyetlerde karşılıklı işbirliğine ilişkin daha önceki mutabakatlar ve ilgili BM Güvenlik Konseyi kararlarına dayanılarak yapıldığı belirtilmiştir. Ancak Hindistan bu taleplere hiçbir hukuki dayanağı olmaması sebebiyle olumlu karşılık vermemiştir.¹¹⁸ Pakistan da bu olumsuz karşılığı, Hindistan'ın talep ettiği konsüler erişim hakkını engelleyen bir gerekçe olarak göstermiştir.¹¹⁹

113 Ibid, para 21.

114 Ibid, para 22.

115 Ibid, para 23.

116 Ibid, para 25.

117 Ibid, para 25.

118 Ibid, para 27.

119 Ibid, para 28.

Nihayetinde, 10 Nisan 2017’de Jadhav’ın ölüm cezasına çarptırıldığını açıklayan Pakistan, 14 Nisan 2017’deki ek bir açıklamayla karara karşı açık olan itiraz yollarını kamuoyuna bildirmiştir.¹²⁰ Nitekim sonraki süreçte bu yollara başvurulmuştur. Ancak bu başvurulardan belirgin bir sonuç alınmamıştır.¹²¹ Bunun üzerine, Hindistan, Pakistan’ın iki devletin taraf olduğu Viyana Sözleşmesi’nin konsüler haklara dair hükümleri başta olmak üzere uluslararası hukuku ihlal ettiği gerekçesiyle 8 Mayıs 2017’de UAD’ye başvurmuştur.¹²² İfade etmek gerekir ki dava başvurusundan birkaç ay sonra, 10 Kasım 2017’de Pakistan, Hindistan yetkililerine ilk kez Jadhav’ı ziyaret hakkı vermiş ve söz konusu ziyaret 25 Aralık 2017’de gerçekleşmiştir.¹²³

Divan, Hindistan’ın başvurusunun ardından, 18 Mayıs 2017’de Jadhav’ın cezasının infazının durdurulması yönünde bir ihtiyari tedbir kararı almıştır.¹²⁴ Ayrıca, hem Hindistan’ın hem de Pakistan’ın sırasıyla 1977 ve 1969 yıllarından bu yana Viyana Sözleşmesi’nin tarafları olmasından ötürü, Viyana Sözleşmesi kaynaklı uyumsuzlukları kendisine taşıyabileceklerini belirtmiş ve davaya bakmaya yetkili olduğuna karar vermiştir.¹²⁵

b. Tarafların Görüşleri

Hindistan, Pakistan Askeri Mahkemesi’nin kararının Viyana Sözleşmesi m. 36 ile BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14’ü ihlal ettiğine, ayrıca söz konusu ceza kararının hükümsüz ve hukuk dışı sayılmasına, son olarak da Jadhav’ın serbest bırakılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Jadhav’ın serbest bırakılması yönünde bir hüküm verilmemesi durumunda ise seçenek olarak Pakistan’ın Jadhav’ı Viyana Sözleşmesi m. 36’dan doğan tüm hakları kullandırılacağı bir yargı süreciyle sivil mahkemelerde en baştan yargılmasına yönelik bir hüküm verilmesini istemiştir.¹²⁶ Pakistan ise öncelikli olarak davanın bazı kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığı yönünde itirazlarda bulunmuştur. Hindistan’ın Jadhav’ın sahte bir pasaportla tutuklanmasına ve casusluk ile terörizm faaliyetleri için Pakistan topraklarında bulunmasına rağmen Hindistan’ın Pakistan yetkililerine yardımcı olmadığına, bu

120 Ibid, para 29.

121 Ibid, para 30-31.

122 Ibid, para 1-2.

123 Ibid, para 32.

124 Jadhav Kararı İhtiyati Tedbir Kararı (2017) <<https://www.icj-cij.org/en/case/168/provisional-measures>> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021; söz konusu ihtiyati tedbir kararının detaylı bir incelemesi için bkz Das and Nargas (n 9) 38-44.

125 Jadhav Kararı (n 91) para 36-38.

126 Ibid, para 17-19.

tutumun hem hakkın suiistimali ve aynı zamanda BM Güvenlik Konseyi'nin terörlere mücadeleyle ilişkin 1373 sayılı ve 2001 tarihli Kararı'na aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir.¹²⁷ Ayrıca, Hindistan'ın daha önceki hukuka aykırı eyleminin sonucu olarak doğan bir olayda hak iddia edemeyeceğini belirtmiştir.¹²⁸ Hindistan ise bu yorumu reddederek, Viyana Sözleşmesi m. 36'da korunan hakların kullanımının hiçbir şekilde bu tarz şartlara bağlanamayacağını belirtmiştir.¹²⁹ Nihayetinde, Divan da Hindistan'ı haklı bulup bu itirazların hiçbirinin başvurunun kabul edilebilirliğini etkilemediğine karar vererek davayı esastan incelemiştir.¹³⁰

Esas olarak, Pakistan, Jadhav'ı Viyana Sözleşmesi m. 36(1) (b)'den doğan hakları konusunda bilgilendirmediği olgusunu reddetmemektedir. Ancak Pakistan'ın Hindistan'a Viyana Sözleşmesi m. 36'daki hakları kullandırmamaya gerekçe olarak sunduğu bazı hususlar mevcuttur. Bunlar, söz konusu hakların casusluk suçlamalarının varlığı durumunda geçerli olmadığı, uluslararası teamül hukukunda bu hakların uygulanmamasını sağlayacak istisnaların yer aldığı ve iki taraf arasında Viyana Sözleşmesi'nde öngörülenin aksine özel (*lex specialis*) bir konsüler rejim yaratan 2008 tarihli bir ikili anlaşmanın varlığıdır.¹³¹

Hindistan, Pakistan'ın yaptığı ihlallerin tespitine ek olarak, Pakistan Askeri Mahkemesi'nin verdiği ceza kararının uluslararası hukuka aykırı olduğunun ilan edilmesine, bu kararın yok sayılarak yargılama öncesi hâle dönülmesine, Pakistan'a Jadhav'ın Hindistan'a güvenli geçişini sağlama veya bu olmuyorsa Pakistan'daki sivil mahkemelerde daha önceki itirafları göz önüne alınmadan yeniden yargılanması emri verilmesine hükmedilmesini talep etmiştir.¹³² Ayrıca, Viyana Sözleşmesi m. 36'ya ilişkin ihlal ile BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14 arasındaki "sinerjinin" kabul edilmesi suretiyle BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin de ihlal edildiğine hükmedilmesi de talep edilmiştir.¹³³

127 Ibid, para 52.

128 Ibid, para 59. Bu yorum biçimi "temiz eller doktrini" olarak adlandırılmaktadır.

129 Ibid, para 53.

130 Ibid, para 58, 60-61, 63; nitekim Divan, esastan inceleme yaparken de Pakistan'ın hakkın suiistimali ve temiz eller doktrinine dayanan iddialarını haklı bulmamıştır, bkz para 123-124.

131 Jadhav Kararı (n 91) para 68; söz konusu Anlaşma için bkz 'Agreement on Consular Access Between the Government of the Islamic Republic of Pakistan and the Government of the Republic of India' (2008) <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/54471/Part1-54471-08000002804b7dde.pdf>> Erişim Tarihi 22 Nisan 2021; ayrıca uluslararası teamül hukukuna ilişkin iddiaya dair detaylı bir inceleme için bkz Russell Buchan and İñaki Navarrete, 'The Jadhav Judgment: Espionage, Carve-Outs and Customary Exceptions' (EjilTalk, 8 Ağustos 2019) <ejiltalk.org/the-jadhav-judgment-espionage-carve-outs-and-customary-exceptions/> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

132 Jadhav Kararı (n 91) para 125.

133 Ibid, para 126.

Dikkat çekici bir diğer talep ise mevcut davanın LaGrand ve Avena davalarından ayrı görülmesi ve Divan'ın sadece Jadhav'a verilen ceza kararının yeniden incelenmesi hükmünü vermekle yetinip bunun nasıl yapılacağına kararını Pakistan'a bırakılmaması talebidir. Hindistan bu talebine gerekçe olarak, önceki iki davada davalı taraf olan ABD'nin yargı sisteminin adil yargılanma zeminini sağlayacak bir nitelikte olmasını fakat Pakistan'daki askeri yargı rejiminin sivilleri yargılarken "asgari adil yargılama" ölçütlerini taşımamasını göstermiştir. Bu gerekçesine örnek teşkil edecek dava emsallerine¹³⁴ ve sivil toplum örgütü raporlarına da işaret etmiştir.¹³⁵ Pakistan ise bu taleplerin kabul edilmesi durumunda UAD'nin bir ceza temyiz mahkemesi gibi davranarak yetkisini aşmış olacağını ve en fazla etkili bir yeniden inceleme hükmü verilerek bunun nasıl yapılacağına Pakistan'ın uhdesine bırakılması gerektiğini belirtmiştir.¹³⁶

c. Uluslararası Adalet Divanı'nın Kararı ve Gerekçeleri

UAD öncelikli olarak, Pakistan'ın Hindistan'ın Viyana Sözleşmesi m. 36'dan doğan haklara dayanmasının hakkın kötüye kullanımı olduğu ve Hindistan'ın önceki olası uluslararası hukuk ihlallerinden ötürü söz konusu haklara dayanamayacağı yönündeki genel itirazı reddetmiştir.¹³⁷ Böylece, Divan'ın tam da Pakistan'ın öne sürdüğü gibi durumları niteleyen "temiz eller doktrinini (*clean hands doctrine*)" kendi önüne gelen bir uyumsuzlukta dikkate almaması kayda değerdir.

Esasa ilişkin değerlendirmelerinde ise Divan, ilk olarak casusluk durumunda Viyana Sözleşmesi'nde ve uluslararası teamül hukukunda 36. maddenin uygulanmasını engelleyecek bazı genel istisnaların olduğu iddialarını ele almıştır.¹³⁸ Yaptığı inceleme sonucunda bu iki iddiayı da kabul etmeyen¹³⁹ Divan, tam tersine, böylesi bir yaklaşımın konsüler haklar rejiminin temel amacına karşı olacağını belirtmiştir.¹⁴⁰ Gerçekten de Viyana Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarının yapıldığı koşulların incelenmesi

134 Pakistan Yüksek Mahkemesi, Said Zaman Khan et al v Federation of Pakistan (29 Ağustos 2016) Civil Petition No 842 of 2016.

135 Jadhav Kararı (n 91) para 127.

136 Ibid, para 129-130.

137 para. 61, 66.

138 Jadhav Kararı (n 91) para 69-90; ayrıca bkz Das and Nargas (n 9) 56; Bu konuda genel bir eser olarak bkz Mark Warren, 'Rendered Meaningless? Security Detentions and the Erosion of Consular Access Rights' (2014) 38 S ILL U L J 27.

139 Jadhav Kararı (n 91) para 73, 89; bu konuda bir değerlendirme için bkz Victor Kattan, 'Jadhav Case (India v. Pakistan)' (2014) 114(2) American Journal of International Law 281.

140 Jadhav Kararı (n 91) para 74.

durumunda Pakistan'ın öne sürdüğü tarzda daraltıcı bir yorumun kabul edilmesinin güç olacağı ortaya çıkmaktadır. Viyana Sözleşmesi, 1963 yılında imzalanmış olup bu yıllar Soğuk Savaş'ın zirvede ve uluslararası casusluk faaliyetlerinin had safhada olduğu bir dönemdir. Ancak bu koşullar altında dahi devletler Viyana Sözleşmesi m. 36.'daki geniş kapsamlı koruyucu hakları verme konusunda uzlaşmışlardır.¹⁴¹ Ayrıca, devlet uygulamalarında casusluk faaliyetleri sebebiyle tutuklanan yabancıların kendi uyruk devletlerinin konsolosluk yetkilileri ile görüşürdüğü ve Viyana Sözleşmesi'nden kaynaklanan haklarının kullandırıldığı örnekler mevcuttur. 2009 yılında üç ABD vatandaşını bu şekilde tutuklayan İran, Viyana Sözleşmesi m. 36'ya riayet etmiştir.¹⁴² Bu bakımdan, uluslararası teamül hukukuna yaslanan iddia da pek sağlam durmamaktadır.

Öte taraftan, Pakistan'ın iki taraf arasında Viyana Sözleşmesi'nde öngörülenin aksine *lex specialis* bir konsüler rejim yaratan 2008 tarihli bir İkili Andlaşma'nın varlığı yönündeki tezi ise öncelikli olarak Viyana Sözleşmesi'ne taraf devletlerin, kendi aralarında yapacakları andlaşmalarla bu Sözleşme'nin hükümlerini ancak teyit edebilecekleri yahut genişletebilecekleri ancak kısıtlayamayacakları gerekçesiyle kabul görmemiştir.¹⁴³ Kaldı ki söz konusu İkili Andlaşma'nın kendisi 2.¹⁴⁴ ve 4.¹⁴⁵ maddelerinde Viyana Sözleşmesi'nde verilen güvence ve hakları yinelemekte, sadece 6. maddesinde güvenlik veya siyasi sebeplerle diğer tarafın uyruğundaki kişilerin gözaltına alınabileceği ve tutuklanabileceği yönünde bir hüküm getirmektedir.¹⁴⁶ Yani, İkili Andlaşma'ya Viyana Sözleşmesi karşısında öncelik verilebileceği kabul edilseydi bile 6. maddedeki bu hükmün lafzına bakıldığında Viyana Sözleşmesi m. 36'ya bir istisna getirip getirmediği açık değildir.

141 Luke T Lee and John Quigley, *Consular Law and Practice* (3rd ed, OUP 2008) 49; John Quigley, 'Vienna Convention on Consular Relations: In Retrospect and Into the Future' (2014) 38 S ILL U L J 2.

142 Cindy Buys, 'Reflections on the 50th Anniversary of the Vienna Convention on Consular Relations', (2014) 38 S ILL U L J 57, 63.

143 Jadhav Kararı (n 91) para 96; Viyana Sözleşmesi'nin ilgili hükme ilişkin hazırlık çalışmaları için bkz. U.N. Conference on Consular Relations, Summary Records of Plenary Meetings and of the Meetings of the First and Second Committees 338, U.N. Doc. A/CONF.25/6 (Vol. I) (Mar. 15, 1963), s. 240.

144 Agreement on Consular Access Between the Government of the Islamic Republic of Pakistan and the Government of the Republic of India (n 111) m 2: "Immediate notification of any arrest, detention or imprisonment of any person of the other country shall be provided to the respective High Commission. (Diğer ülkedeki herhangi bir kişinin tutuklanması, gözaltına alınması veya hapsedilmesi halinde derhal ilgili Yüksek Komisyona bildirilecektir.)"

145 Ibid, m 4: "Each government shall provide consular Access within three months to nationals of one country under arrest, detention or imprisonment in the other country. (Her hükümet, bir ülkenin vatandaşlarına diğer ülkede tutuklu, gözaltında veya hapsedilmiş üç ay içinde konsolosluk erişimi sağlayacaktır.)"

146 Ibid, m 6: "In case of arrest, detention or sentence made on political or security grounds, each side may examine the case on its merits. Siyasi veya güvenlik gerekçesiyle tutuklama, gözaltına alma veya ceza verilmesi durumunda, taraflar davayı esasları açısından inceleyebilir."

UAD, Pakistan'ın Viyana Sözleşmesi m.36(1)(b)'yi ihlal ettiğine karar vermekte zorlanmamıştır. Zira bizzat Pakistan, tutuklanmasından sonra Jadhav'ı hakları konusunda bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğini iddia etmemiş, yukarıda belirtilen ve Divan'ın kabul etmediği gerekçeler sunmuştur.¹⁴⁷ Ayrıca, Jadhav'ın tutuklanması ile Hindistan yetkililerine haber verilmesi arasında geçen 3 haftalık sürenin de "gecikmeksizin haber verme" yükümlülüğü ile uyumlu olmadığı ve m. 36(1)(b)'nin ayrıca ihlalini teşkil ettiğine karar verilmiştir. Daha önce Avena Kararı'nda belirtildiği gibi, "gecikmeksizin" ifadesinin olayın şartlarına göre yorumlanabileceğini kabul eden Divan, mevcut olaydaki gecikmeyi meşrulaştırıcı bir durumun olmadığını ortaya koymuştur.¹⁴⁸ Divan, ayrıca, Hindistan yetkililerine yargılamanın devam ettiği sürecin çoğunda Jadhav'a erişim ve ona bir müdafii avukat atama hakkının verilmemesi sebebiyle, m. 36(1) (a) ve (c)'nin de ihlaline karar vermiştir.¹⁴⁹

Divan, öncelikli olarak, Pakistan'ın ihlal ettiği Viyana Sözleşmesi m. 36'daki hakların kullanılmasını ivedi bir şekilde sağlamasına karar vermiştir.¹⁵⁰ Ancak Divan, bu ilkeden hareketle Hindistan'ın tüm taleplerinin karşılanması yönünde bir karar vermemiştir. Pakistan Askeri Mahkemesi'nin Jadhav hakkındaki mahkeme kararının kendisinin Viyana Sözleşmesi ve Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne, dolayısıyla uluslararası hukuka aykırı olduğuna dair bir hüküm vermeyi yetkisini aştığı gerekçesiyle reddetmiştir.¹⁵¹ Pakistan'a söz konusu ceza kararının yok sayılması, Jadhav'ın serbest bırakılması ve Jadhav'ın yargılama sürecinin sivil mahkemeler nezdinde yeniden yapılması yönünde emir vermeyi kabul etmemiştir.¹⁵² Divan, LaGrand ve Avena kararlarında olduğu gibi, sadece Pakistan Askeri Mahkemesi'nin Jadhav'a ilişkin kararının etkili bir şekilde yeniden incelenmesine hükmetmiştir.¹⁵³ Ayrıca, Divan bu hükümler uygulanana kadar Jadhav'ın cezasının infazının durdurulması gerektiğini kararlaştırmıştır.¹⁵⁴

Divan, yeniden incelemenin bu incelemeyi etkili bir şekilde mümkün kılacak usullerle yapılması gerektiğini özellikle vurgulamıştır. Bundan yola çıkarak, Pakistan'da Jadhav

147 Jadhav Kararı (n 91) para 102.

148 Ibid, para 113.

149 Ibid, para 118-119.

150 Ibid, para 134.

151 Ibid, para 135-136.

152 Ibid, para 137.

153 Ibid, para 138.

154 Ibid, para 148

gibi askeri mevzuatta yer alan suçlardan yargılanan kişilere ilişkin kararları yeniden gözden geçirme imkanlarının çok kısıtlı ve istisnai durumlar haricinde imkansız olduğunu tespit eden Divan, LaGrand ve Avena kararlarında çizilen çerçevenin bir adım ötesine geçip söz konusu kararın “yeniden düşünülmesi ve gözden geçirilmesini güvence altına almak için gerekli tüm önlemlerin alınması”, hatta gerekiyorsa “ulusal mevzuatta değişikliklerin yapılması” gerektiğine hükmetmiştir.¹⁵⁵ Dolayısıyla, Jadhav Kararı’nın yeniden inceleme hükmü hususunda LaGrand ve Avena kararları ile bire bir aynı olduğunu da söylemek isabetli olmayacaktır. Divan, Hindistan’ın Pakistan’ın ceza yargı sistemine ilişkin kaygılarını haksız bulmayarak hükme çok kısa bir ibare eklemek suretiyle de olsa bir adım ileri gitmiş ve hükmü genişletici bir mülahazada bulunmuştur.¹⁵⁶ Olası gerekli değişikliklerin ne olduğu bir kez daha davalı devletin tercihine bırakılsa da gerekirse ulusal hukuk düzenlemelerinde etkili değişikliklerin yapılması gibi önemli bir ek ve özel yükümlülük getirilmiştir. Böylece, Divan’ın dolaylı da olsa bir devletin ulusal mevzuatına müdahale edebileceğinin emsali ortaya konmuştur. Elbette, Divan’ın müdahalesi hâlâ daha ziyade usul hukuku boyutuyla sınırlıdır.¹⁵⁷

Jadhav Kararı’nın dikkat çeken bir başka yanı ise Hindistan’ın uluslararası insan hakları hukuku ile ilgili ihlal iddialarını doğrudan kendi yetkisi içerisinde görmese bile Viyana Sözleşmesi m. 36 çerçevesinde incelemesi olmuştur.¹⁵⁸ Şöyle ki Hindistan’ın Jadhav’a yönelik muamelenin BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlali olduğu iddiası yetkisizlik sebebiyle değerlendirilmemiş ancak söz konusu hakkın, Viyana Sözleşmesi m. 36’nın yorumlanmasında kullanılabilmesi şeklinde ilgi çekici ve yenilikçi denebilecek bir ifade kullanılmıştır.¹⁵⁹ Ayrıca, bireylerin adil yargılanma hakkının, ulusal mahkeme kararının yeniden incelenmesi sürecinde temel öneme sahip olduğu özellikle vurgulanmıştır.¹⁶⁰

155 Jadhav Kararı, para. 139-146; bu konuda detaylı bir inceleme için bkz Reema Omer, ‘Beyond “Winners” and “Losers”’: Understanding the International Court of Justice’s Judgment in the Jadhav Case’ (*Opiniojuris*, 31 Temmuz 2019) <opiniojuris.org/2019/07/31/beyond-winners-and-losers-understanding-the-international-court-of-justices-judgment-in-the-jadhav-case/> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.

156 Raphael Schäfer and Kanad Bagchi ‘Reflections on the International Court of Justice Decision in the Jadhav Case (India v. Pakistan): Part II’ (*Opiniojuris*, 25 Temmuz 2019) <opiniojuris.org/2019/07/25/reflections-on-the-international-court-of-justice-decision-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan-part-ii/> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.

157 Freya Baetens, ‘The International Court of Justice renders its judgment in the Jadhav case (India v. Pakistan)’ (*EjilTalk*, 18 Temmuz 2019) <ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-renders-its-judgment-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan/> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.

158 Raphael Schäfer and Kanad Bagchi (n 139).

159 Jadhav Kararı (n 91) para 135.

160 Jadhav Kararı (n 91) para 145.

d. Karşı Oy Görüşleri

Jadhav Kararı'nda tek karşı oy görüşünün sahibi olan Yargıç Jillani'nin Divan'ın bu yöndeki gerekçelendirmesine karşı ortaya sunduğu izahlar kayda değerdir. Yargıç Jillani, öncelikli olarak Jadhav Davası'nın LaGrand ve Avena davalarının sahip olduğu şartlardab çok daha farklı şartlar taşıdığı için altını çizmiştir. Zira hakları ihlal edildiği iddia edilen birey herhangi bir olmayıp casusluk ve terörizm faaliyetleri gibi doğrudan ulusal güvenliği tehdit eden suçlarla itham edilen biridir. Bu noktada, Viyana Sözleşmesi'nin temel amaçlarından birinin “uluslar arasında dostane ilişkilerin geliştirilmesi” ve “uluslararası barış ve güvenliğin muhafazası” olduğu unutulmamalıdır.¹⁶¹ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 26 uyarınca, her uluslararası andlaşmadan taraflara doğan hakların iyi niyet çerçevesinde kullanılması gerektiği ilkesi de hakeza akılda tutulmalıdır. Ancak, Yargıç Jillani'nin değerlendirmesine göre, Hindistan'ın Jadhav üzerinden gerçekleştirdiği faaliyetler Viyana Sözleşmesi'nin konusu ve amacına da iyi niyet ilkesine de hiçbir şekilde uymamaktadır. Bu sebeple, Viyana Sözleşmesi m. 36'dan doğan haklara dayanması, hakkını kötü niyetle kullanması anlamına gelmektedir. Divan'ın bu durumu dikkate almaması isabetli olmamıştır.¹⁶²

Yargıç Jillani, Divan'ın 2008 tarihli bir İkili Andlaşma'nın hükümlerini davada dikkate almamış olmasını da eleştirmiştir. Zira taraflar, Viyana Sözleşmesi m. 36'nın varlığını bildikleri hâlde bu öze andlaşmayı akdetmiştir. Yani, bilinçli bir tercih söz konusudur. Divan'ın bu tercihi dikkate almadan 2008 tarihli İkili Andlaşma'yı dikkate almaması isabetli olmamıştır.¹⁶³ Jillani'ye göre, söz konusu İkili Andlaşma'nın Viyana Sözleşmesi'nin konu ve amacına genel olarak aykırı bir niteliği de yoktur. Tersine, taraflar kendi durumlarına özgü koşullardan doğan ulusal güvenlik kaygılarıyla Viyana Sözleşmesi'nde öngörülen çerçeveyi kendi ikili ilişkilerinde bazı açılardan değiştirerek uygulayacakları *lex specialis* bir konsüler rejim yaratmayı hedeflemiştir.¹⁶⁴

Yargıç Jillani'ye göre, olgulardan açıkça anlaşıldığı üzere, Hindistan'ın Beluc Özgürlük Hareketi'nin terörist faaliyetlerine dahil olması için bir Hint vatandaşına sahte Müslüman kimlik çıkarmış olması kötü niyetli bir harekettir ve bu tip bir durumda Viyana Sözleşmesi'nden doğan haklarına dayanması bu hakların suiistimali olacaktır.¹⁶⁵ Ayrıca,

161 Jillani Karşı Oy Görüşü para. 2.

162 Jillani, para. 3-5.

163 Jillani, para. 20-21

164 Jillani, para. 28.

165 Jadhav Kararı, Yargıç Jillani'nin Karşı Oy Görüşü (2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-05-EN.pdf>> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021, para. 16.

Pakistan yetkililerinin Hindistan yetkililerine Jadhav'ın tutuklanmasını geç bildirmesi, Jadhav'ın dahil olduğu casusluk ve terörizm ile ilintili faaliyetlere yönelik ciddi şüpheler göz önüne alındığında makuldür ve ulusal güvenliği korumayı hedeflemektedir. Bu sebeple, Pakistan'ın eylemleri Viyana Sözleşmesi m. 36'nın ihlali sayılmamalıdır.¹⁶⁶

Yargıç Jillani bu hususta da Divan'ın çoğunluğu ile ters düşmüştür. Yargıç Jillani, 2008 tarihli İkili Andlaşma'nın açıkça Pakistan ve Hindistan arasındaki özel koşulların dikkate alınması suretiyle Viyana Sözleşmesi'nin bazı hükümlerine şerh düşer nitelikte olmasının hedeflendiğini düşünmektedir. Bu nedenle de LaGrand ve Avena davalarında söz konusu olmayan böyle bir ek uluslararası andlaşmanın varlığı sebebiyle Jadhav Davası'ndaki durumun farklı olduğunu ve bu Andlaşma'nın dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.¹⁶⁷

Öte yandan, Jadhav Kararı'nın karşı görüş bildiren yargıç Jillani'nin bu hükme dair önemli itirazları vardır. Yargıç Jillani'ye göre, Divan'ın LaGrand ve Avena kararlarının ötesine geçerek gerekiyorsa ulusal hukuk düzenlemelerinde değişiklik yapılması yönünde verdiği hükmü, her şeyden önce Pakistan'ın mevcut ulusal hukuk çerçevesinde Askeri Mahkemelerin kararlarının yargısal denetimden geçmediğine dair yanlış bir ön kabule dayandığı için isabetsizdir. Tam tersine, böyle bir mekanizma zaten mevcuttur. Ayrıca, böyle bir mekanizma olmasaydı dahi Divan bir devletin etkili yeniden inceleme yükümlülüğünü hangi yollarla yerine getirmesi gerektiğine karar verme yetkisini kendinde görmemelidir.¹⁶⁸ Nihayetinde, Yargıç Jillani'nin LaGrand ve Avena kararlarındaki çerçevenin dışına çıkılmasına karşı çıktığı ve Divan'ın attığı ileri adımı eleştirdiği açıktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Divan'ın doğrudan BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14'e ilişkin değerlendirme yapmak hususunda kendisini yetkili görmeme kararına Yargıç Cañado Trindade itiraz etmiş ve UAD'nin aynı Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi gibi bir yaklaşım¹⁶⁹ sergileyerek Viyana Sözleşmesi m. 36'da bireylere verilen hakları aynı zamanda BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ndeki temel insan haklarıyla bağlantılı olarak değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁰ Yargıç Trindade'ye göre, AAİHM'in 1999'da verdiği Danışma

166 Ibid, para 37

167 Yargıç Jillani'nin Karşı Oy Görüşü (n 117) para 31.

168 Yargıç Jillani'nin Karşı Oy Görüşü (n 117) para 48.

169 Bkz dipnot 41.

170 Jadhav Kararı, Yargıç Cañado Trindade'nin Ayrık Görüşü (2019) < <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-01-EN.pdf> > Erişim Tarihi 18 Mayıs 2021, para 96-97.

Görüşü’nden beri geçen 20 yıl boyunca Viyana Sözleşmesi m. 36’nın doğrudan uluslararası insan hakları hukuku ile bağlantılı değerlendirilmesini gerektiren bir gelişim yaşanmıştır. Viyana Sözleşmesi m. 36(1)(b)’de düzenlenen bireysel haklar BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin sırasıyla 6.¹⁷¹ ve 14.¹⁷² maddelerinde düzenlenen yaşam ve adil yargılanma haklarıyla bağlantılıdır.¹⁷³ Ancak LaGrand, Avena ve Jadhav davalarında davacı devletler bu gerçeği UAD’nin önüne getirmiş olmasına rağmen, Divan bu bağlantıyı değerlendirmelerinde dikkate almamıştır.¹⁷⁴ Hem de Viyana Sözleşmesi m.36’daki hakları bireysel haklar olarak nitelemiş olmasına rağmen bunları birer insan hakkı olarak ele almaktan kaçınmıştır.¹⁷⁵ Ancak özelde konsüller hukukun, genel olarak da uluslararası hukukun kendisinin “insanileştiği” tarihi süreci ıskalamak doğru bir tutum değildir.¹⁷⁶ Yargıç Robinson da Trindade ile benzer bir görüşü savunarak kendisine destek vermiştir.¹⁷⁷ Söz konusu görüşler, Divan içerisinde insan hakları hukuku alanına giren konularda Divan’ın kendisini yetkili görmesi hususunda daha aktif bir tutum sergilemesini isteyen bir eğilimin yer aldığını göstermektedir. Ayrıca, bu görüşlerin Yargıç Jilani’nin karşı oy görüşünde aynı hususa dair yer alan eleştirilerle tam zıt yönde olduğunun, yani Viyana Sözleşmesi m. 36’nın devletler haricinde bireylere doğrudan hak verip vermediği tartışmasındaki iki zıt kutbun birden Jadhav Davası’nda kendini gösterdiğinin altı çizilmelidir.

171 BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (n 54) m 6: “1. Her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz. 2. Ölüm cezası kaldırmamış olan ülkelerde, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan hukuka uygun olarak ve bu Sözleşme ile Soykırım Suçunun İşlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin hükümlerine aykırı olmayacak biçimde, sadece çok ağır suçlar için idam cezası verilebilir. Bu ceza sadece yetkili mahkeme tarafından verilen nihai karardan sonra infaz edilebilir. 3. Yaşamdan yoksun bırakmanın bir soykırım suçunu oluşturması halinde bu maddedeki hiçbir hüküm bu Sözleşmeye Taraf bir Devlete Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin hükümlerine göre üstlendiği yükümlülüklerini azaltma yetkisi verdiği şeklinde anlaşılabilir. 4. Ölüm cezasına mahkum olan bir kimse bağışlanması veya cezasının hafifletilmesini isteme hakkına sahiptir. Her olayda ölüm cezasının affı, bağışlama veya hafifletme verilebilir. 5. Yaşı on sekizden küçük olan kimselere işledikleri suçlar nedeniyle ölüm cezası verilemez, hamile kadınların ölüm cezaları infaz edilemez. 6. Bu maddedeki hiçbir hüküm ölüm cezasının bu Sözleşmeye Taraf bir Devlet tarafından kaldırılmasını engellemek veya ertelemek için ileri sürülemez.”

172 Ibid, m 14(1): “Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyumsuzluğun karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir...”

173 Cançado Trindade’nin Ayrık Görüşü (153) para 95.

174 Ibid, para 96.

175 Ibid, para 97.

176 Ibid, para 99.

177 Jadhav Kararı, Yargıç Robinson’un Ayrık Görüşü (2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-03-EN.pdf>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2021, para 2.

e. Kararın Önemi

Görülebildiği üzere, Viyana Sözleşmesi m. 36'ya ilişkin üçüncü UAD davası da ihlal kararıyla sonuçlanmıştır. Zira Jadhav'a yabancı uyruklu bir kişi olduğu anlaşıldığı hâlde Viyana Sözleşmesi'nden doğan tüm haklarının kullanılmasında söz konusu olmamış, Jadhav'ın tutukluluk hâli Hindistan yetkililerine ciddi bir gecikmeyle bildirilmiş ve bildirimden hemen akabinde Hindistanlı yetkililer Jadhav ile görüşme talebinde bulunmuş olmasına rağmen Jadhav'ın ziyaret edilmesine müsaade edilmemiştir. Karar'da Pakistan'ın iddiaları reddedilirken dikkat çeken açıklamalardan biri, Viyana Sözleşmesi'nin birbirine bağlı olarak hem devletlere hem de bireylere haklar verdiğinin ve bu hakların kullanılmasının tarafların başka uluslararası yükümlülüklerini getirmesine bağlanamayacağına ortaya konmuş olmasıdır.¹⁷⁸ Böylece, bir taraftan, LaGrand Kararı'ndan itibaren istikrarlı bir şekilde belirtilen, Viyana Sözleşmesi'nin bireylere doğrudan uluslararası hukuktan doğan haklar verdiği yorumu sürdürülmüştür.

Jadhav Kararı'nın dikkat çeken bir başka yanı ise Divan'ın, Hindistan'ın uluslararası insan hakları hukuku ile ilgili ihlal iddialarını doğrudan kendi yetkisi içerisinde görmese bile Viyana Sözleşmesi m. 36 çerçevesinde incelemesi olmuştur.¹⁷⁹ Şöyle ki Hindistan'ın Jadhav'a yönelik muamelenin BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlali olduğu iddiası yetkisizlik sebebiyle değerlendirilmemiş ancak söz konusu hakkın, Viyana Sözleşmesi m. 36'nın yorumlanmasında kullanılabilirliği şeklinde ilgi çekici ve yenilikçi denebilecek bir ifade kullanılmıştır.¹⁸⁰ Ayrıca, bireylerin adil yargılanma hakkının, ulusal mahkeme kararının yeniden incelenmesi sürecinde temel öneme sahip olduğu özellikle vurgulanmıştır.¹⁸¹

Gerçekten de BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14, Jadhav'ın yargılama süreciyle LaGrand ve Avena kararlarındaki durumlara kıyasla daha ilgili gözükmektedir.¹⁸² BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14(1) yetkin, bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından yargılanma hakkını düzenlemektedir. BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14(3) ise yargılama sırasında kişinin adil yargılanmasını

178 Raphael Schäfer and Kanad Bagchi 'Reflections on the International Court of Justice Decision in the Jadhav Case (India v. Pakistan): Part I' (*Opiniojuris*, 25 Temmuz 2019) <opiniojuris.org/2019/07/25/reflections-on-the-international-court-of-justice-decision-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan-part-i/> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.

179 Raphael Schäfer and Kanad Bagchi (n 139).

180 Jadhav Kararı (n 91) para 135.

181 Jadhav Kararı (n 91) para 145.

182 Abhishek TRIVEDI, "The ICJ's Jadhav Judgment and Its Implications for Pakistan and India under International Law", *Asian Journal of International Law*, 11(1), 2021, s. 22-23.

sağlayacak usuli birçok ilkeyi ortaya koymaktadır. Bunlar arasında yargılamanın gecikmeksizin gerçekleştirilmesi, yargılanan kişinin kendisinin seçeceği bir müdafii avukatla savunma yapması, tanıkların mahkemede çapraz sorguya çekilebilmesi ve zorla yaptırılan itirafların mahkemede kullanılmaması gibi güvenceler yer almaktadır. Örneğin, Jadhav Davası'nda Hindistan, Pakistan yetkililerinin Jadhav'a zorla ve baskı altında yaptırdığı itirafların yargılama sürecinde dikkate alındığını iddia etmektedir.¹⁸³ Bir başka husus ise Askeri Mahkeme'de siviller için yapılan bir yargılamanın BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14(1)'de aranan mahkeme niteliklerini sağlayıp sağlamayacağıdır. Bu husus sadece Jadhav Davası çerçevesinde gündeme gelmiş bir mesele olmayıp geçmiş birçok vakada karşılaşılmış bir meseledir. Bu sebeple, BM İnsan Hakları Komisyonu bu meseleyi ele almak zorunda hissetmiş ve 32 numaralı Genel Yorumu'nda Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14(1)'in açıkça sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmasını yasaklamadığını ancak bu tip yargılamaların istisnai durumlarda yapılması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁸⁴ Öte yandan, bu konudaki bölgesel uygulamalar birbirinden farklılık arz etmektedir. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi¹⁸⁵ ve Afrika İnsan ve Halklar Hakları Komisyonu¹⁸⁶ sivillerin askeri mahkemelerde yargılanmasını kati bir şekilde yasaklamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise BM İnsan Hakları Komisyonu ile paralel bir yaklaşım sergilemiş ve adil yargılanmanın diğer koşullarına riayet edildiği sürece sivillerin istisnai bazı durumlarda askeri mahkemelerde yargılanabileceğini belirtmiştir.¹⁸⁷ BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14(5)'te bir kişinin kendisine verilen cezanın daha yüksek bir yargı organınca yeniden gözden geçirilmesini talep etme hakkı düzenlenmektedir. Her ne kadar Pakistan Askeri Kanunu'na göre hiçbir sivil mahkemenin askeri mahkemelerin kararlarını yeniden inceleme yetkisi yoksa¹⁸⁸ da askeri yargı içerisinde bir temyiz sistemi vardır ve Jadhav'a verilen cezanın bu sistem çerçevesinde üst yargı merciileri tarafından gözden geçirildiği, dolayısıyla m. 14(5)'e aykırı bir durum olmadığı Pakistan tarafından öne sürülmüştür.¹⁸⁹

183 Jadhav Kararı, Oral Submissions-India (2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 14 Mayıs 2021, para 71.

184 U.N. Human Rights Committee, General Comment No 32 (23 Ağustos 2007) U.N. Doc. CCPR/C/GC/32, para 22.

185 Castillo Petruzzi et al. v. Peru, (30 Mayıs 1999) Inter-Am Ct H R (ser C) No 52, para 127-128.

186 'Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan' (29 Mayıs 2003) <http://www.achpr.org/files/sessions/33rd/communications/228.99/achpr33_228_99_eng.pdf> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021, para 64.

187 *Findlay v. UK* App No 22107/93 (ECHR, 1997).

188 Pakistan Army Act (1952) m 133B.

189 Jadhav Kararı, Yazılı Bildirim-Pakistan (2017) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20171213-WRI-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021, para 460.

Son olarak hatırlatmak gerekir ki bir önceki bölümde belirtildiği üzere, Divan'ın doğrudan BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14'e ilişkin değerlendirme yapmak hususunda kendisini yetkili görmeme kararına Yargıç Cançado Trindade itiraz etmiş ve UAD'nin Viyana Sözleşmesi m. 36'da bireylere verilen hakları BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ndeki temel insan haklarıyla doğrudan bağlantılı olmaları sebebiyle, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ihlal edilip edilmediği çerçevesinde de değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁹⁰

Sonuç

BM'nin başlıca yargı organı olan UAD kurulduğundan bu yana insan haklarının uluslararası düzeyde korunması konusunda çok önemli katkılarda bulunmuştur. Divan'ın, bugüne kadar çözüme kavuşturduğu birçok davada doğrudan bireylerin hakları ve menfaatleri ile ilgili meseleleri ele aldığı görülmektedir. Divan, her ne kadar genelde bireylerin hakları söz konusu olduğunda bu hakları ancak o bireylerin uyruk devletlerinin hakları ile bağdaştırabildiği, yani esasında yine devleti doğrudan söz konusu hakların sahibi olarak gördüğü durumlarda kendisini bu haklara ilişkin karar vermeye yetkili görse de 21. yüzyılda doğrudan bireysel hakların korunması konusunda daha etkin bir tutum sergilediği görülmektedir. Bu tutum, bireylerin adil yargılanma hakkının uluslararası hukuk çerçevesinde korunması açısından çok önemli bir yere sahip olan Viyana Sözleşmesi m. 36'da düzenlenen bireysel hakların korunmasına ilişkin görülen LaGrand, Avena ve son olarak Jadhav davalarında verilen tutarlı ve Divan açısından gitgide daha geniş hükümlerin ortaya konduğu kararlarda gözlemlenmektedir.

Özellikle Jadhav Kararı'nda terörizm yahut casusluk gibi gerekçelerle olsa dahi Viyana Sözleşmesi m. 36'nın bireylere sağladığı hakların kullanılmasının engellenemeyeceğinin açıkça ortaya konması önemli bir emsal yaratmıştır. Divan'ın bu yaklaşımıyla bir kez daha altını çizdiği üzere, devletlerin güvenliği ve egemenlik alanları son derece önemli olmakla birlikte bireylerin özgürlükleri ve hakları da eşit öneme sahiptir.¹⁹¹ Bireylerin adil yargılanma hakkını etkili bir şekilde kullanmasını sağlayan uluslararası güvencelerin, ulusal güvenlik gibi gerekçelerle hiçe sayılması kabul edilmemelidir. Dolayısıyla, UAD sadece devletlerin uyuşmazlıkların tarafı olabildiği bir uluslararası mahkeme olmasına rağmen bireysel hakların korunmasına da önem gösterdiğini ortaya koymuştur. Divan'ın

190 Jadhav Kararı, Yargıç Cançado Trindade'nin Ayrık Görüşü (2019) < <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-01-EN.pdf> > Erişim Tarihi 18 Mayıs 2021, para 96-97.

191 Kashif Javed, 'Right of Consular Access under the Vienna Convention Has No Exception: A Critique of Jadhav Case (India v. Pakistan)' (2019) 50(74) Journal of Law and Society 64.

LaGrand Kararı'ndan başlayarak Avena ve Jadhav Kararı'nda tutarlı bir şekilde, uluslararası andlaşmaların ayrı ayrı hem devletlere hem de bireylere haklar doğurabileceğinin altını çizmesi bu bakımdan kayda değerdir. Öyle ki Divan'ın bireylerin adil yargılanma hakkına verdiği önemin seviyesi Jadhav Kararı ile bir adım daha öteye geçmiştir. Zira Divan, Viyana Sözleşmesi m. 36'nın bireylerin adil yargılanması için sağladığı güvencelerin kullanılabilmesi için LaGrand ve Avena kararlarında yapmadığı şekilde, uyuşmazlığa taraf devletlerden birinin ulusal hukuk düzenlemelerine müdahale anlamına gelebilecek bir hüküm vermiştir. Ayrıca, yaşanan ihlalin sadece Viyana Sözleşmesi çerçevesinde değil, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 14. maddesinin ihlal edildiği yönünden de değerlendirilmesi talebi önceki iki karardaki gibi reddedilmiş olsa da adil yargılanma hakkının ulusal mahkeme kararlarının yeniden incelenmesi sürecinde temel öneme sahip olduğuna dair vurgu ve 14. maddenin en azından Viyana Sözleşmesi m. 36'nın yorumunda kullanılabilmesinin kabulü önceki kararlara kıyasla önemli bir nüanstır. Ayrıca, Jadhav Davası'nda yer alan iki yargıcın Divan'ın kendisini BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ihlali konusunda yetkili görmeme kararına açıkça karşı çıkmaları Divan içerisinde insan hakları hukuku alanına giren konularda Divan'ın kendisini yetkili görmesi hususunda daha aktif bir tutum sergilemesini isteyen bir eğilimin varlığını göstermesi bakımından dikkate değerdir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Yazar Katkıları: Çalışma Konsepti/Tasarım- C.Y.; Veri Toplama- D.B.; Veri Analizi/Yorumlama- C.Y., D.B.; Yazı Taslağı- D.B.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi- C.Y.; Son Onay ve Sorumluluk- C.Y.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Author Contributions: Conception/Design of Study- C.Y.; Data Acquisition- D.B.; Data Analysis/Interpretation- C.Y., D.B.; Drafting Manuscript- D.B.; Critical Revision of Manuscript- C.Y.; Final Approval and Accountability- C.Y.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Kaynakça/References

Aceves, William 'Avena and Other Mexican Nationals' (2003) 97(4) The American Journal of International Law 923.

Baetens, Freya 'The International Court of Justice renders its judgment in the Jadhav case (India v. Pakistan)' (*EjilTalk*, 18 Temmuz 2019) <ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-renders-its-judgment-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan/> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.

Buchan, Russell and Navarrete, İñaki 'The Jadhav Judgment: Espionage, Carve-Outs and Customary Exceptions' (*EjilTalk*, 8 Ağustos 2019) <ejiltalk.org/the-jadhav-judgment-espionage-carve-outs-and-customary-exceptions/> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

- Buys Galway, Cindy 'REFLECTIONS ON THE 50TH ANNIVERSARY OF THE VIENNA CONVENTION ON CONSULAR RELATIONS', (2013) 38 Southern Illinois University Law Journal 57.
- Buys, Cindy 'Reflections on the 50th Anniversary of the Vienna Convention on Consular Relations', (2014) 38 S ILL U L J 57.
- Crook John R, 'The International Court of Justice and Human Rights' (2004) 1 Nw J Int'l Hum Rts 2.
- Das, Sagnik and Nargas, Aarushi, 'Mapping the Jadhav Dispute at the World Court: Evaluating India and Pakistan's Arguments' (2017) 48(1) California Western International Law Journal 35.
- Drinan, Cara H 'Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: Private Enforcement in American Courts after LaGran' (2002) 54 STAN L REV 1303.
- Garditz, Klaus Ferdinand, 'Article 36, Vienna Convention on Consular Relations - treaty interpretation and enforcement - International Court of Justice - fair trial - suppression of evidence' (2007) 101(3) American Journal of International Law 499.
- Ghandhi, Sandy 'Human Rights and the International Court of Justice The Ahmadou Sadio Diallo Case' (2011) 11(3) Human Rights Law Review 527.
- Gowlland-Debbas, Vera 'The ICJ and the challenges of human rights law' in M Andenas and E Bjorge (eds), *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law (Studies on International Courts and Tribunals)* (Cambridge University Press 2005).
- Hoppe, Carsten 'Implementation of LaGrand and Avena in Germany and the United States: Exploring a Transatlantic Divide in Search of a Uniform Interpretation of Consular Rights' (2007) 18(2) EJIL 317.
- Janis, Mark 'Individuals and the International Court' in AS Muller and others (eds), *The International Court of Justice Its Future Role after Fifty Years*, (Kluwer Law International, 1997).
- Javed, Kashif 'Right of Consular Access under the Vienna Convention Has No Exception: A Critique of Jadhav Case (India v. Pakistan)' (2019) 50(74) Journal of Law and Society 64.
- Jennings, Robert 'The LaGrand Case' (2002) 1 The Law and Practice of International Courts and Tribunals 13.
- Kadish, Mark J 'Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: A Search for the Right to Consul' (1977) 18 MICH J INT'L L 565.
- Kattan, Victor 'Jadhav Case (India v. Pakistan)' (2014) 114(2) American Journal of International Law 281.
- Lee, Luke T and Quigley, John *Consular Law and Practice* (3rd ed, OUP 2008) 49.
- Lowe, Vaughan and Fitzmaurice, Malgosia *Fifty Years of the International Court of Justice* (Cambridge University Press 1996).
- Brown, Chester *A Common Law of International Adjudication* (OUP 2007) 209.
- Mennecke, Martin and Tams, Christian J 'Lagrand Case (Germany v United States of America)' (2002) 51(2) The International and Comparative Law Quarterly 449.
- Omer, Reema 'Beyond "Winners" and "Losers": Understanding the International Court of Justice's Judgment in the Jadhav Case' (*Opiniojuris*, 31 Temmuz 2019) <opiniojuris.org/2019/07/31/beyond-winners-and-losers-understanding-the-international-court-of-justices-judgment-in-the-jadhav-case/> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.
- Peters, Anne *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law (Cambridge Studies in International and Comparative Law)* (Cambridge University Press 2016).
- Quigley, John 'Vienna Convention on Consular Relations: In Retrospect and Into the Future' (2014) 38 S ILL U L J 2.
- Schäfer, Raphael and Bagchi, Kanad 'Reflections on the International Court of Justice Decision in the Jadhav Case (India v. Pakistan): Part I' (*Opiniojuris*, 25 Temmuz 2019) <opiniojuris.org/2019/07/25/reflections-on-the-international-court-of-justice-decision-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan-part-i/> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.
- Schäfer, Raphael and Bagchi, Kanad 'Reflections on the International Court of Justice Decision in the Jadhav Case (India v. Pakistan): Part II' (*Opiniojuris*, 25 Temmuz 2019) <opiniojuris.org/2019/07/25/reflections-on-the-international-court-of-justice-decision-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan-part-ii/> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.

- on-the-international-court-of-justice-decision-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan-part-ii/> Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021.
- Simma, Bruno and Hoppe, Carsten, 'From LaGrand and Avena to Medellín - A Rocky Road toward Implementation' (2005) 14(1) TUL J INT'L & COMP L 7.
- Tams, Christian J 'Consular Assistance: Rights, Remedies and Responsibility: Comments on the ICJ's Judgment in the LaGrand Case' (2002) 13(5) EJIL 1257.
- Tams, Christian J "Recognizing Guarantees and Assurances of Non-Repetition: LaGrand and the Law of State Responsibility" (2002) 27 YALE J INT'L L 441.
- Tinta, Monica Feria 'Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case' (2001) 12(2) EJIL 363.
- Tisne, Philip 'The ICJ and Municipal Law: The Precedential Effect of the Avena and Lagrand Decisions in U.S. Courts' (2005) 29(4) Fordham International Law Journal 865.
- Vicuna, Francisco Orrego 'Individuals and Non-State Entities before International Courts and Tribunals' (2001) 5 Max Planck Yearbook of United Nations Law 53.
- Warren, Mark 'Rendered Meaningless? Security Detentions and the Erosion of Consular Access Rights' (2014) 38 S ILL U L J 27.

Mevzuat

- 'Agreement on Consular Access Between the Government of the Islamic Republic of Pakistan and the Government of the Republic of India' (2008) <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/54471/Part/I-54471-08000002804b7dde.pdf>> Erişim Tarihi 22 Nisan 2021.
- Birleşmiş Milletler, 'United Nations Conference on Consular Relations' (1963) <https://legal.un.org/diplomaticconferences/1963_cons_relations/docs/english/vol_1.pdf> Erişim Tarihi 10 Nisan 2021.
- BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (16 Aralık 1966) 999 UNTS 171.
- Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi, 19 Mart 1963.
- Pakistan Army Act (1952) m 133B.
- U.N. Conference on Consular Relations, Summary Records of Plenary Meetings and of the Meetings of the First and Second Committees (15 Mart 1963) 338 U.N. Doc. A/CONF.25/6.
- U.N. Conference on Consular Relations, Summary Records of Plenary Meetings and of the Meetings of the First and Second Committees 338, U.N. Doc. A/CONF.25/6 (Vol. I) (Mar. 15, 1963).
- U.N. Human Rights Committee, General Comment No 32 (23 Ağustos 2007) U.N. Doc. CCPR/C/GC/32.
- Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Devletlerin Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeleri (2001) <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.
- Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (23 Mayıs 1969) 1155 UNTS 33.

Ulusal ve Uluslararası Mahkeme Kararları

- Avena Kararı* 2004 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/128/128-20040331-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 18 Nisan 2021.
- Avena Kararı İhtiyati Tedbir Kararı* (2003) <<https://www.icj-cij.org/en/case/128/provisional-measures>> Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.
- Castillo Petruzzi et al. v. Peru, (30 Mayıs 1999) Inter-Am Ct H R (ser C) No 52.

- Chorzow Factory Kararı (1927) PCIJ Rep Series A No 17.
- Findlay v. UK* App No 22107/93 (ECHR, 1997).
- Inter-American Court of Human Rights, '16 Numaralı Danışma Görüşü' (1999) <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_ing.pdf> Erişim Tarihi 16 Nisan 2021.
- Inter-American Court of Human Rights, '16 Numaralı Danışma Görüşü' (1999), Trindade'nin Tamamlayıcı Görüşü.
- Jadhav Kararı* 2019 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 21 Nisan 2021.
- Jadhav Kararı İhtiyati Tedbir Kararı* (2017) <<https://www.icj-cij.org/en/case/168/provisional-measures>> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021.
- Jadhav Kararı, Oral Submissions-India* (2019) < <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf> > Erişim Tarihi 14 Mayıs 2021.
- Jadhav Kararı, Written Submissions-Pakistan* (2017) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20171213-WRI-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021.
- Jadhav Kararı, Yargıç Cançado Trindade'nin Ayrık Görüşü* (2019) < <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-01-EN.pdf>> Erişim Tarihi 18 Mayıs 2021.
- Jadhav Kararı, Yargıç Jillani'nin Karşı Oy Görüşü* (2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-05-EN.pdf>> Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021.
- Jadhav Kararı, Yargıç Robinson'un Ayrık Görüşü* (2019) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-03-EN.pdf>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2021.
- Korfu Kanalı Kararı (Birleşik Krallık v Arnavutluk) (Esas) [1949] ICJ Rep 4.
- LaGrand Kararı* 2001 (Yargıç Oda Karşı Oy Görüş) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-03-EN.pdf>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021 para. 19.
- LaGrand Kararı* 2001 (Yargıç Shi Karşı Oy Görüş) <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-02-EN.pdf>> Erişim Tarihi 15 Nisan 2021.
- LaGrand Kararı* 2001 < <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim Tarihi 11 Nisan 2021.
- Pakistan Yüksek Mahkemesi, Said Zaman Khan et al v Federation of Pakistan (29 Ağustos 2016) Civil Petition No 842 of 2016.
- Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan (29 Mayıs 2003) <http://www.achpr.org/files/sessions/33rd/comunications/228.99/achpr33_228_99_eng.pdf. > Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021.