

## NÜKLEER SİLAHLAR VE ULUSLARARASI ADALET DİVANI

Yrd. Doç. Dr. Gökçen ALPKAYA\*

Uluslararası Adalet Divanı, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun nükleer silahlara ilişkin danışma görüşü isteğini 8 Temmuz 1996'da sonuçlandırdı. Genel Kurul, Divan'dan şu soruya yanıt vermesini istemişti:

"Uluslararası hukuk nükleer silah tehdidine ya da nükleer silah kullanımına her koşulda izin vermekte midir?"

Divan, **Nükleer Silah Tehdidi ya da Kullanımının Hukuka Uygunluğu** başlığını taşıyan danışma görüşünde<sup>1</sup> bu yalın soruya şu yanıtı verdi:

A. Ne yapılageliş, ne de sözleşme kökenli uluslararası hukukta nükleer silah tehdidine ya da kullanımına ilişkin herhangi bir özgül yetkilendirme vardır (oybirliği);

B. Ne yapılageliş, ne de sözleşme kökenli uluslararası hukukta nükleer silah tehdidine ya da kullanımına ilişkin herhangi bir kapsamlı ve evrensel yasak vardır (üç karşı on bir oy);

C. Nükleer silahlar aracılığıyla, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2. madde, 4. paragrafına aykırı olan ve 51. maddenin bütün gereklerini yerine getiremeyen bir kuvvet kullanma tehdidi ya da kuvvet kullanımı hukuka aykırıdır (oybirliği);

D. Nükleer silah tehdidi ya da kullanımının, silahlı çatışmalarda uygulanabilir uluslararası hukukun, özellikle uluslararası insani hukukun ilke ve kurallarının gerekleriyle, bunun gibi açıkça nükleer silahlarla ilgili olan antlaşma ve diğer

---

\* A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup>Bu yazıda Divan'ın Danışma Görüşü ve yargıçların kişisel görüşleri Internet: <http://www.law.cornell.edu/icj/icj1/unan5afin> adresinden alınmıştır.

üstlenimlerden kaynaklanan özgül yükümlülüklerle bağdaşır olması gerekir (oybirliği);

E. Yukarıda değinilen gereklerden, nükleer silah tehdidi ya da kullanımının silahlı çatışmalara uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarına ve özellikle insani hukukun ilke ve kurallarına genel olarak aykırı olduğu sonucu çıkmaktadır;

Bununla birlikte, Divan, uluslararası hukukun bugünkü durumunu ve elindeki olgusal verileri göz önüne aldığı anda, doğrudan doğruya bir devletin varlığını sürdürmesinin tehlikede olduğu meşru savunmanın olağanüstü koşullarında, nükleer silah tehdidi ya da kullanımının hukuka uygun ya da hukuka aykırı olup olmadığı konusunda kesin bir sonuca varamamaktadır (yediye karşı yedi ve Başkan'ın ağırlıklı oyuyla);

F. Nükleer silahsızlanmayı bütün boyutlarıyla sıkı ve etkili bir uluslararası denetim altına almaya yönelik görüşmeleri iyi niyetle sürdürme ve bir sonuca ulaşurma yükümlülüğü vardır (oybirliği)."

Uluslararası Adalet Divanı'nın yanıtının, birçok özelliğiyle, Divan'ın en ilginç ve en tartışmalı kararlarından birini oluşturduğu söylenebilir.

Herşeyden önce, Divan'dan bu konuda bir danışma görüşü isteme düşüncesinin ortaya atılması ve bunun gerçekleştirilmesi süreci, uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuk bakımından bir "ilk"e işaret etmektedir. Üç devletdışı örgütün "Dünya Mahkemesi Projesi" adıyla 1992'de başlattıkları kampanya<sup>2</sup> hem Dünya Sağlık Örgütü'nün, hem de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Divan'dan nükleer silah kullanımının hukuka uygunluğuna ilişkin birer danışma görüşü istemeleriyle önemli bir başarı sağlamıştır.<sup>3</sup> Üstelik, kampanya burada noktalanmamış, Divan'ın çalışması sırasında da gerek 3.5 milyon imza toplanması, gerekse bunların, tarihinde ilk kez Divan tarafından resmen kabul edilmesi, geleneksel olarak sadece devletleri ve hükümetlerarası uluslararası örgütleri muhatap alan Divan'ın, uluslararası topluluğun bunlar dışındaki aktörleriyle de karşılaşmasını sağlamıştır.<sup>4</sup>

<sup>2</sup>Bu örgütler Uluslararası Barış Bürosu, Nükleer Savaşın Önlenmesi İçin Uluslararası Hekimler Birliği ve Nükleer Silahlara Karşı Uluslararası Hukukçular Birliği'dir. Daha sonra bu örgütlere ondan fazla devletdışı örgüt de katılmıştır. Dünya Mahkemesi Projesi'nin tarihsel gelişimi ve kapsamı için bak. Internet, <http://www.pgs.ca/pages>.

<sup>3</sup>Divan, Dünya Sağlık Örgütü'nün danışma görüşü başvurusunu, bu uzmanlık kuruluşunun nükleer silahların kullanılmasıyla ilgili bir danışma görüşü isteme yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Divan'a göre, bu konu, Dünya Sağlık Örgütü'nün uzmanlık alanına girmemektedir. Yine 8 Temmuz 1996 tarihli bu danışma görüşü için bak. Internet: <http://www.law.cornell.edu/icj/allcases.htm>.

<sup>4</sup>Yargıç Oda, karşı görüşünde bu süreci ayrıntılarıyla anlatmaktadır: <http://www.law.cornell.edu/icj/icj1/oda.htm>.

Divan'a yazılı ve sözlü görüş sunan devletlerin sayısının yüksekliği de danışma görüşünün daha önce karşılaşılmayan bir başka ilginç yanını oluşturmaktadır. Otuz beş devlet yazılı, yirmi dört devlet de sözlü görüş bildirmiştir.<sup>5</sup>

Danışma görüşünün önemli bir başka özelliği, kendinden önceki danışma görüşlerinden farklı olarak, belli bir antlaşmanın yorumuna ya da somut, teknik bir hukuksal sorunun çözümüne değil, yakıcı ama "soyut" bir siyasal sorunun hukuksal izdüşümünün araştırılmasına ilişkin olmasıdır. Nükleer silah taraftarları Divan'ın bu "soyut ve belirsiz" soruya yanıt vermemesi gerektiğini ileri sürmüş,<sup>6</sup> Divan'ın başvuruyu kabul etmesinin, hükümetleri, gelecekte de Divan'ın zamanını ve kaynaklarını yararsız biçimde kullanacak, yargısal çözüme elverişli olmayıp sadece siyasi yollarla çözülebilecek sorunları Divan'a götürme girişimlerine karşı alarma geçirmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir.<sup>7</sup> Öte yandan, nükleer silah karşıtları arasında da, nükleer silahların hukuka uygunluğunun saptanabileceği kaygısıyla, Divan'ın bu konuda görüş bildirmemesi gerektiğini savunanlar olmuştur.

Görüşün ilginç bir yanı, ileride tartışılacak nedenlerle, kendisini bu soruna taraf hissedene hiç kimsenin beklentisine yanıt vermemesinin ötesinde, yargıçların kendilerini de tatmin etmemiş olmasıdır. Danışma görüşünün ekinde, oy veren on dört yargıçtan her birinin kişisel görüşü yer almaktadır. Öte yandan, Divan'ın karar verme yönteminin, böylesine canalıcı bir konuda oyların dağılımı üzerindeki etkisi de dikkat çekicidir: Oyların yediye yedi dağıldığı ve Başkan'ın ağırlıklı oyuyla kabul edilen E fıkrasına, nükleer silah tehdidi ya da kullanımının hukuka uygun olabileceğini savunan üç yargıçın<sup>8</sup> yanısıra, her koşulda hukuka aykırı olduğunu savunan üç yargıçın da<sup>9</sup> olumsuz oy vermiş olması, Divan'ın görüşünün ne denli ince bir dengeyi gözettiğini dışavurmaktadır.

Hükme olduğu gibi gerekçeye de egemen görünen bu denge arayışının, görüşe yöneltilecek eleştirilerin de nihai hedefi olduğu söylenebilir. Gerçekten de, Divan'ın hukuksal verileri tamamını ve yeterince değerlendirmedeği, bazı önemli sorunları dışladığı, uluslararası hukukta yer almayan kavramlar yarattığı ve nihayet *non-liquet* yoluyla hukuku uygulamaktan kaçındığı yolundaki eleştiriler, Divan'ın uluslararası hukuk ile uluslararası siyasal ilişkiler arasındaki varsayımsal bir dengeyi korumayı amaçladığını ortaya koymaktadır.<sup>10</sup> Bu açıdan, Divan'ın, yetki incelemesi sırasında, siyasal bir sorunun hukuksal olarak incelenebileceğine ilişkin yerleşik içtihadına ilişkin

<sup>5</sup> Bak. Yargıç Weeramantry'nin karşı görüşü: <http://www.law.cornell.edu/icj/icj1/weeramantry.htm>.

<sup>6</sup>Bak. Danışma Görüşü, par. 15.

<sup>7</sup>Michael J. Matheson, "The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons", *AJIL*, 1997, 91/3, s. 421.

<sup>8</sup>Yargıç Schwebel, Yargıç Guillaume, Yargıç Higgins. Bu yargıçların başlıca nükleer güçleri (sırasıyla ABD, Fransa ve İngiltere) temsil ediyor olması şartıtcı olmasa gerektir.

<sup>9</sup>Yargıç Shahabuddeen (Guyana), Yargıç Koroma (Sierra Leone), Yargıç Weeramantry (Sri Lanka).

<sup>10</sup>Divan'ın, bu kaygıyla olsa gerek, "caydırma politikası"nın hukuksal açıdan değerlendirilmeyi reddetmesi de ilginçtir (par. 67).

kararı<sup>11</sup> ne denli yerinde ise, yargısal yetkisini kullanırken hukuksal olanı siyasal olan lehine sınırlamada gösterdiği gayret de o denli yersiz görünmektedir.

Ancak, bu yazının amacı, Divan'ın yanıtının kapsamlı bir eleştirisine girişmek değildir. Danışma görüşü ana çizgileriyle aktarıldıktan sonra yalnızca uluslararası hukuk açısından tartışmalı noktalardan bazıları irdelenmeye çalışılacaktır.

## I. DANIŞMA GÖRÜŞÜ

Divan'ın ele aldığı ilk sorun, Genel Kurul'un nükleer silah tehdidi ya da kullanımının hukuka uygunluğu konusunda danışma görüşü isteme yetkisinin bulunup bulunmadığıdır. Divan bu konudaki olumlu yanıtını, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Genel Kurul'a tanıdığı yetkiye ve Genel Kurul'un silahsızlanma ve nükleer silahlara ilişkin süregelen faaliyetlerine dayandırmıştır. Sorulan sorunun hukuksal bir soruna ilişkin olması gerekliliği konusunda, başvurunun ardındaki siyasal gerekçeler ve danışma görüşünün yaratabileceği siyasal etkiler ne olursa olsun, sorunun hukuksal bir sorun olduğu saptamasını yapmıştır. Divan, soruyu yanıtlamaya yetkili olduğu halde, takdir yetkisini kullanarak başvuruyu reddetmesi yolundaki istemleri de, kendisini yanıt vermeye yöneltecek hiçbir zorlayıcı gerekçe bulunmadığı için, kabul etmemiştir.

Bu değerlendirmelerle Genel Kurul'un sorusunu yanıtlamaya karar veren Divan, bu amaçla nükleer silah tehdidi ya da kullanımına uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarını araştırmaya girişmiştir. Bu bağlamda önce sırasıyla yaşam hakkını, soykırım yasağını ve çevre hukukuna ilişkin kuralları incelemiş ve farklı gerekçelerle bunlardan hiçbirini uygulanabilir bulmamıştır.

İncelemeleri sonucunda uygulanabilir hukukun BM Antlaşması'nın kuvvet kullanmaya ilişkin hükümleri, silahlı çatışmalara uygulanabilir hukuk ve ilgili olduğu ölçüde, nükleer silahlara ilişkin özgül antlaşmalar olduğu sonucuna varan Divan, bunları uygulamaya geçmeden önce nükleer silahların kendine özgü özelliklerini belirlemiştir.

Divan, daha sonra, nükleer silahlara, kuvvet kullanma tehdidi ya da kuvvet kullanma aracı olarak başvurulmasını BM Antlaşması'nın hükümleri ışığında incelerken, madde 2/4'ün ve madde 51'in, kullanılan silahlara bakılmaksızın her türlü kuvvet kullanımına uygulanacağını belirlemiştir. BM Antlaşması, belirli bir silahın kullanılmasını ne açıkça yasakladığı, ne de buna izin verdiği için, bir antlaşma ya da yapılageliş uyarınca kendi başına hukuka aykırı olan bir silah, BM Antlaşması'na uygun meşru bir amaçla kullanıldığı için hukuka uygun sayılmayacaktır.

Divan daha sonra meşru savunma hakkını değerlendirerek, bu hakkın kullanılmasının, uluslararası yapılageliş hukuku uyarınca, ikili bir koşula, orantılılık ve gereklilik koşullarına tabi olduğunu belirlemiştir. Divan'a göre, meşru savunma, silahlı saldırıyla orantılı ve ona yanıt vermek için gerekli önlemleri haklı kılar. Bu kural uyarınca, meşru savunma durumunda nükleer silah kullanımı her koşulda dışlanmış olmamaktadır. Ancak, Divan'a göre, meşru savunma hukuku uyarınca orantılı olan bir kuvvet kullanımının hukuka uygun olması için aynı zamanda silahlı çatışmalara

<sup>11</sup>Danışma Görüşü, par. 13.

uygulanabilir hukukun, özellikle de insani hukukun gereklerine uygun olması zorunludur.

Bu saptamadan sonra, "tehdit" sorununu ele alan Divan, tasarlanan kuvvet kullanımının kendisinin hukuka aykırı olması durumunda, kuvvet kullanma niyetinin ve buna hazır olunduğunun açığa vurulması anlamına gelen tehdidin de hukuka aykırı olacağı ve madde 2/4 tarafından yasaklandığı sonucuna varmıştır. Nükleer silahlar bakımından ise, bunlara sahip olunması kullanmaya hazır olma anlamına gelse de, bunun madde 2/4'e aykırı olup olmaması, tasarlanan kuvvet kullanımının madde 2/4'e aykırı olup olmamasına ve orantılılık-gereklilik ilkelerine uygun olup olmamasına bağlıdır.

Divan, kuvvet kullanma hukukuna ilişkin saptamalarının ardından, silahlı çatışma durumlarına uygulanabilir hukuka geçerek, doğrudan doğruya nükleer silahlara başvurmanın hukuka uygunluğunu ya da aykırılığını düzenleyen özgül kuralların bulunup bulunmadığını araştırmıştır. Bu bağlamda, önce, devletlerin pratiğinin, belirli bir silahın kullanılmasına ilişkin olarak, yetkilendirme değil, yasaklama içerdiğini saptayarak, nükleer silahlara başvurmaya ilişkin özgül bir yasak olup olmadığını araştırmıştır. Divan, bu amaçla başvurduğu sözleşmelerden hiçbirisinin kapsamlı ve evrensel bir yasaklama getirmediğini bulgulamıştır. Divan'a göre yapılageliş hukukunda da bu tür bir yasak bulunmamaktadır: Ne "caydırma politikası", ne de Genel Kurul kararları, bu tür bir yapılageliş kuralına ilişkin *opinio juris*'in varlığını kanıtlamaya yeterlidir.

Divan, gerek sözleşme, gerekse yapılageliş kökenli uluslararası hukukta nükleer silah tehdidini ya da kullanımını yasaklayan özgül bir kural bulunmadığından, sorunu, silahlı çatışmalara uygulanabilir uluslararası insani hukukun ve tarafsızlık hukukunun ilke ve kuralları ışığında incelemeye geçmiştir. Divan'a göre, uluslararası insani hukukun temel ilkeleri şunlardır: 1) Sivil halkın korunması ve sivil hedeflerle askeri hedefler arasında ayırım yapamayan silahların kullanılmaması; 2) Savaşanlara gereksiz acı verilmesinin ve bu tür acılar verecek silahların kullanılmasının yasaklanması. Divan, uluslararası insani hukukun temel ilke ve kurallarının, uluslararası yapılageliş hukukunun ihlal edilemez ilkelerini oluşturduğunu ve bütün devletler tarafından uygulanmak zorunda olduğunu saptamıştır. Bununla birlikte, bu ilkelerin, nükleer silah tehdidi ya da kullanımına uygulanmasının çelişkili sonuçlara yol açtığı kanısına varmıştır. Divan'a göre, nükleer silahların kendilerine özgü nitelikleri, bu tür silahların kullanımının saptadığı ilkelerle güçlüklerle uzlaşılabilir olduğunu göstermekle birlikte, Divan, nükleer silah kullanımının, silahlı çatışmada uygulanabilir hukukun ilke ve kurallarına mutlaka her koşulda aykırı olacağına kesin olarak karar vermeye yetecek verilere sahip olmadığı kanısına varmıştır. Üstelik, Divan, her devletin varlığını sürdürme temel hakkını ve buna dayanarak, BM Antlaşması'nın 51. maddesine göre meşru savunmaya başvurma hakkını göz ardı edemez. Dolayısıyla, Divan, bir bütün olarak ele alındığında, doğrudan doğruya bir devletin varlığını sürdürme hakkının tehlikede olduğu olağanüstü bir meşru savunma durumunda nükleer silah kullanılmasının hukuka uygunluğu ya da aykırılığı konusunda kesin bir sonuca varamamaktadır. Bununla birlikte, nükleer silahsızlanmayı tam olarak gerçekleştirmek üzere görüşmeleri iyi niyetle yürütmek, uluslararası topluluğun tamamı bakımından yaşamsal önemde bir hedef oluşturmaktadır.

## II. DANIŞMA GÖRÜŞÜNÜN BAZI TARTIŞMALI NOKTALARI

### 1. Non-liquet sorunu

Divan'ın, danışma görüşünün 105(E) fıkrasının 2. paragrafında, "doğrudan doğruya bir devletin varlığını sürdürmesinin tehlikede olduğu meşru savunmanın olağanüstü koşullarında, nükleer silah tehdidi ya da kullanımının hukuka uygun ya da hukuka aykırı olup olmadığı konusunda kesin bir sonuca varamamakta" olması, genellikle non-liquet olarak değerlendirilmektedir.<sup>12</sup>

Bu kavram, uluslararası hukukta boşluk olabileceğini kabul edenler bakımından, kaçınılması gereken bir durumu ifade eder. Hukuku uygulamakla görevli yargıcın, uygulayacak hukuk bulamaması, hukuk düzeninin istikrarı açısından kabul edilebilir bir durum değildir. Uluslararası Sürekli Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nde, uluslararası yargıca, olası boşluğu doldurması için "hukuk genel ilkeleri" olarak anılan bir kaynağın sunulmuş olması da bu durumdan kaçınma amacını yansıtır.<sup>13</sup>

Oysa bu kaygı, belirtildiği gibi, uluslararası hukukun boşluk içerebileceğine ilişkin yanlış bir yaklaşımdan hareket ettiği için, gerçekte yersizdir. Çünkü:

"Ne sözleşme, ne de yapılageliş kökenli hukukun somut bir olaya uygulanabilir olmaması mantıksal olarak mümkün değildir. Mevcut uluslararası hukuk, her zaman somut bir olaya, yani bir devletin (ya da bir başka uluslararası hukuk kişisinin) belirli bir yönde davranmak zorunda olup olmadığı sorusuna uygulanabilir. Eğer bir devlete (ya da bir başka uluslararası hukuk kişisine) belli bir yönde davranma yükümlülüğü getiren sözleşme ya da yapılageliş kökenli bir uluslararası hukuk normu yoksa, bu kişi, uluslararası hukuka göre, nasıl istiyorsa öyle davranmakta serbesttir ve mevcut uluslararası hukuk, bu etkiyi doğuran bir kararla, olaya uygulanmış olur. Ancak, bu karar, mantıksal olarak mümkün olmakla birlikte, ahlaki ya da siyasi olarak tatmin edici olmayabilir. Uluslararası hukukta da, diğer herhangi bir hukuk düzeninde olduğu gibi, sadece bu anlamda "boşluklar" vardır."<sup>14</sup>

Bu yaklaşımın benimsenmesi, herşeyden önce, Genel Kurul'un yönelttiği sorunun farklı bir biçimde kaleme alınmasını gerektirir. Gerçekten de, Divan'ın bu olayda araştırması gereken, yetkilendirici bir kuralın varlığı değil, yasaklayıcı bir kural bulunup bulunmadığıdır. Nitekim, Divan, bu itirazın öne sürülmesi üzerine, bu sorunun özel bir

<sup>12</sup>Richard A. Falk, "Nuclear Weapons, International Law and The World Court: A Historic Encounter", *AJIL*, 1997, 91/1, s. 68; Eric David, "The Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons", *ICRC*, 1 January 1997, no. 316, s. 21-34 (<http://www.icrc.org/unicc/icrcnews.nsf>) ; Timothy L.H. McCormack, "A Non-liquet on Nuclear Weapons- The ICJ Avoids the Application of General Principles of International Humanitarian Law", *ICRC*, 1 January 1997, no. 316, s. 76-91(<http://www.icrc.org/unicc/icrcnews.nsf>).

<sup>13</sup>Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, Birinci Kitap*, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 226; Hans Kelsen, *Principles of International Law*, New York, Rinehart & Company. Inc, s. 306-307.

<sup>14</sup>Hans Kelsen, *agy*, s. 305.

önem taşımadığını belirtmekle birlikte,<sup>15</sup> devletlerin pratiğini göz önüne alarak, yasaklayıcı bir kural olup olmadığını araştırmaya girişmiştir.

Bu araştırmanın sonucunda varılabilecek sonuçlar sınırlıdır: 1) Özgül bir yasaklayıcı kurala ya da ilgili diğer kuralların gereklerine dayanarak, nükleer silah tehdidi ya da kullanımının hukuka aykırılığına karar verilebilir; 2) Yasaklayıcı hiçbir kuralın bulunmadığı saptamasından hareketle, nükleer silah tehdidi ya da kullanımının hukuka uygunluğuna karar verilebilir; 3) Özgül bir yasaklayıcı kural bulunmamakla birlikte, ilgili diğer kuralların uygulanması sonucunda, nükleer silah tehdidi ya da kullanımının belirli koşullara bağlı olarak hukuka uygunluğuna ya da aykırılığına karar verilebilir. Bunlar dışında uluslararası hukuka uygun bir seçeneğin varlığı tartışmalıdır.

Oysa Divan, yargıçların bir kısmının, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın Lotus Davası'nda benimsediği görüşe atfla "demode" olduğunu ima ettiği<sup>16</sup> bu yaklaşımı benimsememiştir. Divan'ın, "uluslararası hukukun bugünkü durumunu" ve "elindeki olgusal verileri" göz önüne alarak vardığı sonuç ise, kesin bir sonuca varamadığıdır. Bunun çeşitli açılardan irdelenmesi gerekir.

Öncelikle, Divan'ın, uluslararası hukukun bu konuda uygulanabilir bir normunun bulunmadığını değil, kendisinin bu normu uygulayamadığını bildirdiği vurgulanmalıdır. Bu, sınavda sorulan sorunun yanıtını bilmediğini söyleyen bir hukuk öğrencisinin durumunu çağrıştırmaktadır: Böyle bir öğrencinin yaptığı, hukuku zikretmek değil, kendi bilgisizliğini itiraf etmektir.<sup>17</sup> Bu örnekten yola çıkarak, Divan'ın da aynı durumda olduğu savunulmaktadır.

Ancak, Divan'ın konumu itibarıyla, kesin bir sonuca varamamış olmasının herhangi bir etkisinin bulunmadığı kuşkusuz düşünülemez. Üstelik,

"Divan'ın sorulan soruya yanıt vermediğini düşünenler görünüşe aldanırlar. Gerçekten de, "Divan, ... nükleer silah tehdidi ya da kullanımının hukuka uygun ya da hukuka aykırı olup olmadığı konusunda kesin bir sonuca varamamaktadır" sözleri soruyu yanıtızsız bırakmaktadır, ama yalnızca hukuka uygunluk (ya da Genel Kurul'un sözleriyle, izin verme") terimleriyle ifade edildiğinde. Diğer yandan, bu sözler, şöyle ifade edilen bir soruyu kuşkusuz -olumsuz biçimde- yanıtlamaktadır: Divan, nükleer silah tehdidi ya da kullanımının bütün koşullarda yasaklandığını doğrulayabilir mi? ... Bu koşullarda, görünenin ardına bakarak, dürüstçe *non-liquet*'ten söz etmek mümkün mü?"<sup>18</sup>

Yukarıda belirtilen nedenlerle, *non-liquet*'ten söz etmenin hiçbir koşulda mümkün olmadığı bir yana bırakılırsa, bu haklı itirazın önemli bir soruna dikkat çektiği

<sup>15</sup>Danışma Görüşü, par. 22.

<sup>16</sup>Örneğin bak. Yargıç Bedjaoui'nin açıklaması: <http://www.law.cornell.edu/icj/icj1/bedjaoui.htm>.

<sup>17</sup>David, agm.par. 16.

<sup>18</sup>Luigi Condorelli, "Nuclear Weapons: A Weighty Matter for the International Court of Justice", I C R C ,1 January 1997, no. 316, s. 9-20 (<http://www.icrc.org/unicc/icrcnews.nsf>).

söylenbilir. Gerçekten de, Divan, görüşünün gerekçesinde temellendirdiği ve hükmün bir bölümünde de ifade ettiği gibi, aslında uluslararası hukukun uygulanabilir normlarını büyük ölçüde saptamış ve uygulamış, ancak, büyük bir olasılıkla hukukçunun fiili siyasal durum karşısındaki çaresizliği nedeniyle, tuhaf bir zihin sıçraması yaparak, *non-liquet* bildirme yoluna gitmiştir. Bu sıçramada iki kavram özellikle önem taşımaktadır: "Genel olarak aykırılık" ve "varlığını sürdürme hakkı".

## 2. "Genel olarak aykırılık" üzerine

Divan, nükleer silah tehdidi ya da kullanımına uygulanabilir insani hukuk kurallarını belirleyip bunların uluslararası yapılageliş hukukunun "ihlal edilemez" ilkelerini oluşturduğunu<sup>19</sup> belirttikten sonra, bu ilkelerin uygulanmasının çelişkili sonuçlara yol açtığı kanısına varmaktadır. Divan'a göre, nükleer silahların kendilerine özgü nitelikleri nedeniyle, bu silahların kullanılmasını ihlal edilemez bu ilkelerle bağdaştırmak güçtür, bununla birlikte her koşulda aykırılıktan söz etmek de mümkün değildir. Bu çelişkili durum karşısında Divan, nükleer silah tehdidi ya da kullanımının, silahlı çatışmalara uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarına ve özellikle insani hukukun ilke ve kurallarına "genel olarak aykırı" olduğu sonucuna varmıştır.

"Genel olarak aykırı" ifadesi, içeriğinin belirsizliği nedeniyle, eleştiriye açıktır. Gerçekten de, bunun sayısal bir belirleme mi olduğu, yoksa nükleer silahların farklı tiplerini mi hedeflediği;<sup>20</sup> "umumiyetle" anlamını mı taşıdığı yoksa "hemen hemen her zaman" anlamına mı geldiği<sup>21</sup> bilinmemektedir.

Bu belirsizlik nedeniyle, Divan'ın, 105 (e) fıkrasının 1. paragrafında, nükleer silah tehdidi ya da kullanımının bazı özel durumlarda hukuka uygun olduğunu kabul etmiş olduğu savunulmaktadır. Bu görüşe göre, Divan'ın, meşru savunmanın olağanüstü koşullarında nükleer silah tehdidi ya da kullanımının hukuka aykırılığı konusunda sonuca varamaması önem taşımamaktadır, çünkü zaten "genel olarak aykırı" ifadesi, bazı özel durumlarda hukuka uygunluğun kabul edildiğini göstermektedir. Diğer bir deyişle, 105 (E) fıkrasının iki paragrafının birlikte okunma zorunluluğu yoktur, hatta 2. paragraftaki *non-liquet*'in de önemi yoktur, çünkü Divan ilk paragrafta nükleer silah tehdidi ya da kullanımının her koşulda hukuka aykırı olmadığını bildirmiştir.<sup>22</sup>

Böylesine zorlama bir yorumu bile makul kılan, Divan'ın yargısal işlevinin vazgeçilmez bir koşulunu yerine getirmemiş olmasıdır. Divan, gerek devletler arasındaki uyuşmazlıkları karara bağlarken, gerekse danışma görüşü verme görevini yerine

<sup>19</sup>Bu terim de eleştiri konusu olmuştur; Divan, insani hukuk ilkelerinin *jus cogens* niteliğinde olup olmadığı sorununun bir normun hukuksal karakterine ilişkin olduğu ve Genel Kurul'un sorusunun nükleer silahlara uygulanabilir hukukun hukuksal karakteri sorununu içermediği gerekçesiyle, bu konuda görüş bildirmekten kaçınırken (par. 83), *jus cogens*'i ima ettiği izlenimi veren "ihlal edilemez" gibi bir alışılmadık terim kullanmış olması tuhaftır, bak. Condorelli, *agm*.

<sup>20</sup>Bak. Yargıç Higgins'in görüşü: <http://www.law.cornell.edu/icj/icj1/Higgins.htm>.

<sup>21</sup>Bak. Yargıç Weeramantry'nin görüşü.

<sup>22</sup>Christopher Greenwood, "The Advisory Opinion on Nuclear Weapons and the Contribution of the International Court to International Humanitarian Law", ICRC, 1 January 1997, no. 316, s. 65-75 (<http://www.icrc.org/unicc/icrcnews.nsf>)



getirirken, uygulanabilir normları saptamakla yetinemez, bunları somut duruma uygulamakla görevlidir. Oysa, nükleer silahlar konusunda, Divan "genel olarak" aykırılık sonucuna varırken, bu görevini yerine getirmemiş, diğer bir deyişle, nükleer silah kullanımının hangi özel koşullarda ve hangi nedenlerle bu ilkelere aykırılıktan kurtulabileceğine ilişkin hiçbir açıklama sunmamıştır. Bu belirsizlik, nükleer silah kullanılmasını meşrulaştırabilecek nitelikte olan "varlığını sürdürme hakkı" bakımından da geçerlidir.

### 3. "Varlığını sürdürme hakkı üzerine

Divan, "genel olarak aykırı" saptamasının hemen ardından, nükleer silah tehdidi ya da kullanılmasının hukuka aykırı olup olmadığı konusunda kesin bir sonuca varamadığı "doğrudan doğruya bir devletin varlığını sürdürme hakkının tehlikede olduğu meşru savunmanın olağanüstü koşulları"na göndermede bulunmaktadır.

Divan'ın terimleriyle "her devletin varlığını sürdürme temel hakkı" daha önce duyulmuş değildir.<sup>23</sup> Divan bu hakkın sözleşme kökenli uluslararası hukuktan mı, yoksa uluslararası yapılageliş hukukundan mı kaynaklandığı konusuna hiçbir açıklama getirmemektedir. Bu sözde hakkın kapsamı da belirsizdir: Bağımsız bir varlık olarak devletin varlığını sürdürmesi mi, yoksa örneğin hükümetin siyasi varlığını ya da halkın fiziksel varlığını sürdürmesi mi kastedilmektedir?<sup>24</sup> Dolayısıyla, Divan, hukuk yaratmadığını, ama hukuku bildirdiğini ve uyguladığını titizlikle vurgulasa da, uluslararası insani hukukun ilkelerinden sapma sonucu doğurabilecek bir normu satır arasında yaratmış durumdadır.

Üstelik, Divan bu hakkı "her devletin temel hakkı" olarak nitelemekle birlikte, nükleer silah tehdidini ya da kullanımını meşrulaştırabilecek bu sözde hak, sadece nükleer güç sahibi beş devlet (ABD, İngiltere, Fransa, Rusya ve Çin) ile nükleer silah programına sahip olan ve Nükleer Silahların Yayılmasını Önleme Antlaşması (NPT)'na taraf olmamayı seçen üç devlet (İsrail, Hindistan ve Pakistan) bakımından geçerlilik taşımaktadır. Bu antlaşmaya taraf olan 183 devletten 178'i, nükleer silahlara ilişkin kapsamlı bir üretme, edinme, stoklama, deneme ve kullanma yasağına bağlıdır. Diğer bir deyişle, Divan'ın nükleer silah tehdidi ya da kullanımıyla güvence altına alınmasını bir olasılık olarak meşrulaştırdığı "varlığını sürdürme hakkı", bu devletler bakımından bir antlaşma ile yasaklanmış durumdadır.

Dolayısıyla, Divan'ın her devletin ancak nükleer silah tehdidi ya da kullanımıyla güvence altına alınabileceğini ima ettiği "varlığını sürdürme temel hakkı" bir hak değil, uluslararası hukukun bugünkü durumunda Divan tarafından sadece sekiz devlete bahşedilen bir ayrıcalık durumundadır.<sup>25</sup> Bu yalnızca beş nükleer gücün fiili konumunu değil, ama aynı zamanda üç potansiyel nükleer gücün de projelerini meşrulaştırmak

<sup>23</sup> Yargıç Ranjeva'nın ayırık görüşü için bak. <http://www.law.cornell.edu/icj/icjl/ranjeva.htm>.

<sup>24</sup> Matheson, agm, s. 430.

<sup>25</sup> Bu ayrıcalıktan, meşru savunma hakkının bireysel olduğu gibi, ortak olarak da kullanılabileceğinden hareketle, "nükleer şemsiye"den yararlanan devletlerin de yararlanabileceği kabul edilmektedir, bak. Yargıç Schwebel'in karşı görüşü: <http://www.law.cornell.edu/icj/icjl/schwebel.htm>; ayrıca bak. Matheson, agm, s. 431.

anlamına gelir. Nitekim, Mayıs 1998'de önce Hindistan'ın, ardından da Pakistan'ın gerçekleştirdiği nükleer denemeler, bu bakış açısıyla, kınamaya bile konu olamaz.

Öte yandan, Divan'ın, 105 (F) paragrafında tam nükleer silahsızlanma hedefini göstermesi, "varlığını sürdürme hakkı" ile çelişki içindedir, çünkü bu hedef gerçekleştiğinde, Divan'ın başka türlü güvence altına alınamayacağını kabul eder görüldüğü bu hak, kullanılabilir olmaktan çıkacaktır.<sup>26</sup>

#### 4. *Jus ad bellum v. jus in bello*

Divan'ın, nükleer silah tehdidi ya da kullanımını insani hukuka genel olarak aykırı bulmakla birlikte, bir devletin varlığını sürdürme hakkına bağlı olarak meşru savunmanın olağanüstü koşulları bakımından görüş bildirememesi, meşru olarak kuvvete başvurmayı düzenleyen hukuk (*jus ad bellum*) ile fiili olarak kuvvet kullanılmasını düzenleyen silahlı çatışmalar hukuku (*jus in bello*) arasındaki ilişkiyi tartışmalı kılmıştır.<sup>27</sup>

Bu bağlamda öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken, Divan'ın, 105 (E) fıkrasının ikinci paragrafında, nükleer silah kullanımını, uluslararası insani hukukun, meşru savunma hakkı tarafından meşrulaştırılan bir ihlali olarak mı gördüğü, yoksa, Divan'a göre, insani hukukun meşru savunmanın olağanüstü koşullarında nükleer silah kullanımına izin mi verdiğidir.<sup>28</sup> Divan'ın nükleer silah kullanımını insani hukuka "genel olarak" aykırı bulduğu ve insani hukukun nükleer silah kullanımına hangi koşullarda izin verdiğine ilişkin hiçbir açıklama getirmediği göz önüne alınırsa, 105 (E) fıkrasının ikinci paragrafında olağanüstü meşru savunma koşullarında uluslararası insani hukuk kurallarının uygulanmayabileceğini kastettiği ortaya çıkmaktadır.

Oysa bu, meşru savunma hukuku ile insani hukuku karıştırmanın ötesinde, meşru savunma hukukunun silahlı çatışmalar hukukuna ve özellikle insani hukuka önceliğini ve üstünlüğünü kabul etmek anlamına gelir. İnsani hukuku, isabetli bir adlandırmayla "New York hukuku"na<sup>29</sup> tabi kılan bu yaklaşım, savaşılanların eşitliği ilkesini de geçersiz hale getirir. İnsani hukukun temelini oluşturan bu ilke, bu hukukun, kimin haklı kimin haksız, kimin saldırıda kimin meşru savunma durumunda bulunduğuna bakılmaksızın, çatışmanın bütün taraflarına uygulanmasını gerektirir.<sup>30</sup> Bugüne kadar tartışmasız kabul edilen bu ilkedен sapmaya izin verecek bir yaklaşım, insani hukuka açıkça ve kökten aykırıdır ve sonuçları itibarıyla da bu hukuku hükümsüz kılacak bir etkiye sahiptir. Çünkü, eğer olağanüstü meşru savunma koşullarında bir devletin varlığını sürdürme temel hakkı, varolan en korkunç ve en insanlıkdışı silahın bile kullanılmasını

<sup>26</sup>Hisakazu Fujita, "The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of Nuclear Weapons", ICRC, 1 January 1997, no. 316, s. 56-64 (<http://www.icrc.org/unicc/icrcnews.nsf>).

<sup>27</sup>David, agm, McCormack, agm.

<sup>28</sup>Louise Doswald-Beck, "International Humanitarian Law and the Advusory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons", ICRC, 1 January 1997, no. 316, s. 35-55 (<http://www.icrc.org/unicc/icrcnews.nsf>).

<sup>29</sup>Condorelli, agm.

<sup>30</sup>Doswald-Beck, agm.;

meşrulaştırabiliyorsa, bir devletin aynı hakka dayanarak insani hukukun daha az vahim görüldüğü ihlallerini meşrulaştırmasına herhangi bir engel kalmamaktadır.<sup>31</sup>

Divan'ın böyle bir sonuca varmış olması o denli olanaksız görünmektedir ki, nükleer silah kullanımının belirli koşullarda hukuka uygun olduğunu savunanlar bile, bu yoruma katılmamak için, Divan'ın 105(E) fıkrasının ilk paragrafında özel koşulların varlığını kabul ettiğini ve ikinci paragrafının hiçbir etki doğurmaması gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>32</sup>

## SONUÇ

Divan'ın Genel Kurul'un sorusuna verdiği yanıt, nükleer silahların taraftarları bakımından bir zafer, nükleer silahların her koşulda hukuka aykırı olduğunu savunanlar bakımından da yenilgi olarak nitelenebilir. Uluslararası hukuk bakımından ise, bir şaşkınlığa yol açtığını tam söylemek abartma sayılmamalıdır.

Divan'a bu soru yöneltildiğinde, kuşkusuz nükleer silah tehdidi ya da kullanımını her koşulda hukuka uygun bulması beklenmiyordu. Beklenen, pek gerçekçi bir sayılmasa bile, nükleer silah tehdidi ya da kullanımının her koşulda hukuka aykırılığını saptamasıydı. Ancak, uluslararası hukukun bugünkü durumunda ve elindeki olgusal verileri kullanarak, nükleer silah tehdidi ya da kullanımının her koşulda hukuka aykırı olmasının zorunlu olmadığı, diğer bir anlatımla, meşru savunma hukukuna ve uluslararası insani hukukun ilgili kurallarına aykırı bir nükleer silah tehdidi ya da kullanımının hukuka aykırı, ve eğer bu olasılık var ise, bu kurallara uygun bir nükleer silah tehdidi ya da kullanımının hukuka uygun olacağı sonucuna varsaydı, kuşkusuz yalnızca siyasal olarak değil, ama hukuksal olarak da bu denli ağır eleştirileri haketmezdi.

Divan'ın neden soruyu yanıtlamama yolunu seçmeyip böylesine tartışmalı bir görüş verdiğini merak etmemek güçtür. Divan, *non-liquet* yoluyla sorumluluktan kurtulmuş değildir. Aksine, nükleer silah taraftarlarının en iyimser beklentilerinin bile ötesine geçerek, nükleer silahların hukuka aykırı kullanımına meşruluk kazandırma yolunu açmıştır.<sup>33</sup> Kişisel görüşlerinden, herbirinin kendisini hümanist, insanlığa karşı sorumlu hissettikleri anlaşılan yargıçların, böylesine can alıcı bir konuda hukukun üstünlüğünü tesis etmeyi arzuladıkları sonucu çıkmaktadır. Ancak, insanlık bir uluslararası hukuk kişisi sayılmadığından olsa gerek, Divan, "varlığını sürdürme hakkı"nı, nükleer silahlar karşısında gerçekten de ölüm kalım mücadelesinde olan insanlığa değil, bu silahları doğrudan insanlığa yöneltmeye hazırlanan devletlere bahşedebilmiştir.<sup>34</sup> Böylece, "Devletin bekası" bir kez daha hukuka üstün sayılmıştır.

<sup>31</sup>Condorelli, agm.

<sup>32</sup>Greenwood, agm.

<sup>33</sup>McCormack, agm.

<sup>34</sup>Divan'ın, nükleer silahların, bir devletin kendi sınırları içinde kullanılması sorununu, Genel Kurul'un sorusuna içkin bulmakla birlikte, görüş bildiren devletlerin hiçbiri tarafından değinilmediği gerekçesiyle ele almamış olması da ilginçtir. Oysa, örneğin ABD'li yargıç, sadece kimi devletlerin değil, ama suçlu ve fanatiklerin terörist tehdit ya da eylemlerinin de nükleer caydırma ya da yanıtı hakedebileceğini açıkça ileri sürmektedir, bak. Yargıç Schwebel'in görüşü.