

ULUSLARARASI HAKSIZ EYLEMLERDEN DOLAYI DEVLETİN SORUMLULUĞU: BİRLEŞMİŞ MİLLETLER TASLAK BELGESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Mehmet DALAR
BAĞ-KUR İl M¼d¼rl¼ė¼, Bursa

Bu alıŐma, devletin uluslararası hukuk açısından haksız eyleminden dolayı sorumlu tutulmasıyla ilgili Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından y¼r¼t¼len tartıŐmal¼ ve uzun s¼ren çalışmalar sonucunda oluşturulan taslak belgenin uluslararası hukuk d¼zeninin oluşmasında ne kadar katkı sağladığını analiz ederek değerlendirmektedir. Sorumluluk kavram¼ çerçevesinde devlet egemenliğine getirilecek hukuksal sınırlamalar haksız eylem yapma oranını ve riskleri azaltacaktır. Bu alıŐmada Uluslararası hukuk sujesi olan devletlerin y¼k¼ml¼l¼klerini yerine getirmemeleri durumunda uygulanacak hukuksal mekanizmalara nasıl iŐlerlik kazandırılacağına d¼zenleyen taslak belgenin bu konuda yeterli olup olmadığını ve gelecek için referans kaynağı olup olmadığını primer ve sekonder uluslararası hukuk normlarına g¼re y¼neltilen eleŐtirilerle birlikte değerlendirilmektedir.

ANAHTAR KELİMELEK

Sorumluluk, y¼k¼ml¼l¼k, devlet, uluslararası haksız eylem.

RESPONSIBILITY OF STATE FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS: EVALUATING THE DOCUMENT OF DRAFT ARTICLES OF UNITED NATIONS

Mehmet DALAR
BAĞ-KUR Province Directorate, Bursa

This study analyzes the document of “Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts” completed in the result of long running and controversial studies of the International Law Commission in respect of how much it contributes to the international law order, and tries to clarify the functions of the Draft on the effect of statutory limitations to sovereignty of State under framework of responsibility. The statutory arrangements delimiting sovereignty of State alleviates crisis and proportion of wrongful acts of States. In order to be reference source for future, the sufficiency and inadequateness of statutory regulations arranged by Draft articles are evaluated and criticized in this study according to primary and secondary international norms in the event of failure by states to take sufficient steps to comply with their obligations and to perform their responsibilities.

KEYWORDS

Responsibility, obligation, state, international wrongful act.

1. GİRİŞ

Uluslararası hukukun ihlali veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sonucunda oluşan devletin sorumluluğu konusu, egemen devletlerin birbirleriyle yaptıkları antlaşma veya tanıdıkları teamül kurallarının ihlaliyle gündeme gelen klasik egemenlik anlayışını yansıtmaktadır. Başlangıçta daha çok diplomatik temsilcilerin korunması ve yabancı mallarına zarar verilmemesi konusundaki sorumluluk kavramı, gelişen uluslararası hukukla beraber devletin egemenlik yetkilerini kullanırken sınır aşan zararlara yol açabilmesi gibi konuları da kapsamına alarak gelişmektedir. Ne var ki egemenlik yetkilerine getirilen sınırlamalara rağmen bir devletin sorumluluğunu ileri sürme noktasında devletler dışındaki uluslararası örgütlere, şahıslara, hükümet dışı kuruluşlara ve tüzel kişilere henüz böyle bir yetki verilmemiştir.

Uluslararası örgütlerin kurulmasıyla devletin egemenlik yetkilerine sınırlı da olsa bir kısıtlama getirildiği halde barışı koruma dışında bu örgütlerin sorumluluğun denetlenmesiyle ilgili fazla işlevsellikleri bulunmamaktadır. Sözgelimi devletler arasında yapılan iki taraflı veya çok taraflı ticaret antlaşmalarında, yükümlülüklerini yerine getirmeyen bir devlete karşı hangi merciler sorumluluk ileri sürebilecektir. Gerçek kişilerin ve tüzel kuruluşların giderek önem kazandığı günümüzde sorumluluk ihlalinden olumsuz etkilenen şahıs veya özel şirketlerin sorumluluğu ileri sürme yetkileri tanınmış mıdır? Yoksa mensubu oldukları devletin bu konuda yetkili olduğu kabul edilirse hangi koşullar doğrultusunda yükümlülük ihlali tespit edilerek sorumluluk ileri sürülecektir? Sorumluluğu ortadan kaldıran eylemler sonucunda ortaya çıkan zarar nasıl telafi edilecektir. Bu sorunlarla birlikte, ileri sürülen sorumluluğu kabule yanaşmayan devletle ortaya çıkan uyuşmazlık çözüme yöntemleri ile verilen zarara zararlar karşılık vermenin hukuksallığı sorunsalını ele alan Taslak belgenin uluslararası hukukun gelişimine ne derece bir katkı sağladığını analiz eden bu çalışma, devletlerin egemen yetkileri çerçevesinde sorumluluk konusunda ortaya çıkan sorunlara getirilen çözümlerin, uygulanan uluslararası hukukta yeterli olup olmadığını değerlendirmektedir.

Uluslararası hukukta devletlerin eylem ve davranışlarını bağımsız olarak denetleyen bir uluslararası örgütün henüz bulunmaması nedeniyle, devletin egemenlik yetkisi çerçevesinde bir devletin sorumluluğu saptanabilmekte ve öngörülen zarar giderim uygulamaları da sorumlu devletin yükümlülük ihlalini kabul etmesine bağlı olarak mümkün olabilmektedir. İç hukuktaki gibi bir yaptırım uygulanma söz konusu değildir. Uluslararası hukuku geliştirmek ve kodifikasyon çalışmalarını yürütmek amacıyla 1947 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulunca kurulan Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) nun elli yıla yakın bir çalışma süreci sonucunda oluşturduğu Taslak metnin bu konuda getirdiği düzenlemelerin yeterliliği ile uluslararası hukukta yeni bir vizyon kazandırıp kazandırmadığı tartışma konusudur. Bu çalışma, sorumluluk sorunlarının çözümüne

ilişkin uluslararası hukuk ilkelerinin etkilerini ve beraberinde getirdiği sonuçlarıyla ilgili tartışmaları değerlendirerek Taslak belgenin ne kadar referans kaynağı olabileceğini analiz etmektedir.

2. DEVLETİN SORUMLULUĞUYLA İLGİLİ YAPILAN ÇALIŞMALAR VE TASLAK BELGE

Geleneksel olarak “devletin Sorumluluğu” kavramı UHK’nın getirdiğinden hem daha dar ve hem daha geniş kapsamdadır. Daha dardır, çünkü sadece sınırlı bir objeye yöneliktir, yani devletin yabancılara ve mallarına olan zararını kapsamaktadır. Daha geniştir, çünkü bu konuyla ilgili tüm sorunları, yani çareler ve atfetmeler gibi sadece sekonder sorunları değil, uluslararası davranış standartları ve diplomatik korunma hakları da içeren devletlerin temel hak ve ödevlerini de kapsamaktadır. Her ne kadar Alabama Davası gibi uluslararası davalarda, uluslararası haksız eylem yapan devletin sorumluluğunun daha geniş yorumlandığı 19.yy.da ortaya çıktığını ifade etmişse de çoğu hukuk otoriterleri ayrı bir konu olarak bunu daha geniş anlamda almamışlardır. Günümüzde bile “Devletin Sorumluluğu” kavramı yabancılarla ilgili konularda uluslararası özel hukuk alanlarında dar boyutta ele alınmaktadır (Bodansky and Crook, 2002, 776).

Milletler Cemiyeti (MC) ve özel kuruluşlar tarafından “Devletin Sorumluluğu”yla ilgili girişilen kodifikasyon çalışmaları yabancılara verilen zararlarda kaynaklanan sorumluluk üzerinde odaklanmıştır. UHK’nın çalışmalarına ışık olacak nitelikte MC’nin Lahey’deki 1930 tarihli kodifikasyon Konferansı, yabancılar ve mallarıyla ilgili işlemlere dair esas kurallar üzerinde değil de suçlama gibi sadece sekonder konularda anlaşma sağlamıştır. Esas konularda Avrupa ve Kuzey Amerikan temsilcileri ile Latin Amerika arasındaki görüş ayrılıkları nedeniyle bir sonuca ulaşamamıştır (Bodansky and Crook, 2002, 777). İkinci Dünya Savaşı sonrası dünya koşulları bu konuyla ilgili kodifikasyon çalışmalarını yürütmek ve geliştirmek için elverişli değildi. Bu dönemde uluslararası toplum, devletin doğal kaynaklar üzerinde sürekli egemenliği, toprak bütünlüğü, egemen eşitlik ve içişlerine karışmama gibi konular üzerinde tartışırken devlet ülkesinde yaşayan yabancılardan konularıyla ilgili düzenlemeler ilgili devletin sorumluluğunda değerlendirilmekteydi (Rosenstock, 2002, 792). Uluslararası hukukun gelişmesini sağlamak ve bu hukukun kodifikasyonunu gerçekleştirmek üzere 1947 yılında BM Genel Kurulunca kurulan UHK, devletin uluslararası sorumluluğu konusunda her önemli konu için uluslararası yükümlülüğü tanımlayan temel kurallar üzerinde yoğunlaşmaktan çok tüm sekonder kurallar üzerinde çalışmalarını yürütmeyi (Lauterpacht Research, 2003) tercih ederek 1949 yılında konuyla ilgili kodifikasyon çalışmaları için gündemine almayı düşünmüştür. Bu konuda BM Genel Kurulunun çalışmanın başlatılmasını öngören 7 Kasım 1953 tarih ve 799 (VIII) sayılı kararı üzerine UHK, 1955

yılındaki 7. oturumunda devletin Sorumluluğu üzerinde çalışmaya başlama kararı alarak konuyla ilgili raporlar hazırlamak üzere özel raportörler atamaya başlamıştır. UHK'nın 2000 yılındaki 52. oturumda özel raportör J. Crawford tarafından hazırlanan raporların havale edildiği Taslak Komite tarafından geçici olarak kabul edilen tüm Taslak maddelerle ilgili yapılan ikinci okumada devletlerin uygulamaları ve yetkileri temelinde ve hükümetlerin de görüşü alınarak daha önce kabul edilen düzenlemelerin etraflı bir şekilde incelenerek değerlendirilmesi yapılarak *Taslak Komitenin raporu ele alınmıştır. 2001 yılındaki 53. oturumda ise UHK, BM'nin A/CN.4/L.600 sayılı belgesinde geçen devletlerden gelen görüşleri de dikkate alarak Taslak maddelerle ilgili ikinci okumayı sonuçlandırma kararı alarak* "Devletin Haksız Eyleminden Dolayı Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler" olarak 2001 yılının Kasım ayında kabul etmiştir (Annual Report, 2001, 32).¹ Henüz sözleşme niteliğini kazanmamış Taslak metin BM Genel Kurulunun gündem maddeleri arasındadır.

Konuyla ilgili çalışmaların geç tamamlanmasının nedeni de UHK'nın çeşitli konulardaki büyük sorunları çözüme kavuşturma çalışmalarından ve çeşitli kesimlerden gelen sorunlarla ilgilenmek zorunda kalmasından kaynaklanmaktadır. Kendine özgü karmaşık özelliği olan devletin sorumluluğu konusunu düzenleyen çalışmaların zamanında sonuçlanmasının zorluğuna işaret eden Rosalyn Higgins şu tespitte bulunmaktadır (Rosenstoc, 2002, 793): "*Bir yazlık dönemde sonuçlanacak bir çalışmanın kırk yıl gibi uzun dönemde sonuçlanması konunun karmaşıklığı hakkında fikir verebilir. Bu, sadece bir devlete atfedilebilecek sorunları değil yükümlülükle ilgili tüm temel kurallar ile tazmin etmeyle ilgili uluslararası hukukun tüm kurallarını kapsamak durumunda olmasıyla açıklanabilir.*"

3. HAKSIZ EYLEM, ULUSLARARASI HUKUKTA SORUMLULUK VE ZARAR VERME

a) Haksız Eylem ve Uluslararası Hukukta Sorumluluk Sorunu

Genel anlamda insan yaşamına ve bedenine yönelik bir tehlike oluşturan, kişiyi maddi veya manevi olarak inciten hukuka aykırı olan davranış şeklinde tanımlanan haksız eylem, bir sözleşmenin öngördüğü yükümlülüğün yerine getirilmemesinden, hakkaniyetin gerektirdiği bir sorumlulukta kusur edilmesinden ya da cürümden bağımsız dava konusu olabilen yanlış davranışları (AnaBritannica, 1994, 319) ifade etmede kullanılmaktadır. Bu anlamda haksız eylem sorumluluğunun belirlenmesinde 22.04.1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 41. maddesi; bilerek, ihmal

¹ 59 madde ve dört kısımdan oluşan taslak belge "Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts" başlığında pdf boyutunda <http://www.un.org/law/ilc/htm> sitesinde bulunmaktadır.

veya tedbirsizlik sonucunda haksız bir şekilde başkasına zarar veren kişi verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğu, ayrıca ahlaka aykırı bir eylemle başkasının zarara uğramasına bilerek neden olanlar da zararı gidermekle yükümlü olduğu hükmünü getirmektedir.

Bir kimsenin hukuka aykırı bir eylemle başkasına vermiş olduğu zararları giderme borcunu da ifade eden ve kusura dayanan haksız eylem sorumluluğunun (Gözübüyük, 1986, 163; Akıntürk, 1991, 248-250) oluşabilmesi için zarar doğurucu davranışın hukuka aykırı eylem olması, bu eylemin kişi tarafından kusurlu olarak yapılması, mağdurun zararına yol açması ve yapılan eylem ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı denilen neden-sonuç ilişkisinin olması gerekmektedir.

Hukuka aykırı olarak yapılan bir eylemin sonucuna katlanma durumunu ifade eden sorumluluk kavramı uluslararası hukukta hem içerik hem de sonuç itibarıyla iç hukuktakinden farklılık arz etmektedir. İç hukukta gerçek ve tüzel kişiler arasındaki ilişkilerden doğan sorumluluk iç hukuk belgelerinde tanımlanmış ve belirli yaptırıma bağlanmıştır.

Medeni hukuk alanında özel veya tüzel kişilerin hukuksal ilişkiden doğan sorumluluk ile hukuksal eylemden doğan sorumluluk olmak üzere iki çeşit sorumluluk belirlenmiştir. Hukuksal ilişkiden kaynaklanan sorumluluk, yapılan sözleşmeye tarafların aykırı davranışta bulunması ve taraflardan birinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucunda oluşmaktadır. Kişiler arasında hukuksal bir bağlantı ve ilişki bulunmadan hukukun herkese yüklediği görevlere aykırı davranışta bulunulması durumu da hukuksal eylemden kaynaklanan sorumluluğu oluşturmaktadır. (Gözübüyük,1986,162-163).

Uluslararası hukukta ise daha çok devletler arasındaki ilişkilerden doğan sorumluluk kavramıyla ilgili kesin, tanımlanmış ve yaptırıma bağlanmış genel mekanizmalar oluşmuş değildir. Uluslararası sorumluluk kavramı başlı başına bir kurum olarak düşünülürse; uluslararası sorumluluk kurumu bir uluslararası hukuk kişininin neden olduğu uluslararası hukuka aykırı eylemlerin veya uluslararası hukuka uygun olan faaliyetlerden kaynaklanan belirli bir takım zararların etkilerini zarar gören uluslararası kişisine karşı ortadan kaldırma amacına yönelik bir uluslararası hukuk kurumu olarak tanımlanmıştır (Pazarcı,1999, 151). Buna göre uluslararası sorumluluk kurumu çerçevesinde sorumlu tutulabilecek hukuk kişileri yalnızca devletler ve uluslararası örgütlerdir.

Devletin taraf olduğu karşılıklı veya çok taraflı antlaşmalarla ülkede yaşayan yabancıların ve mallarının güvence altına alınması sağlanmakla beraber; devletin uygulamada uluslararası sorumluluğuna en çok dikkati çeken bir durumu da iç savaş sırasında yabancıların uğradığı zararlardan sorumlu tutulmasıdır. Bu konuda terminoloji de kesinliğe kavuşmuş değildir. Siyaset bilimcileri hükümete karşı kışkırtma, isyan ve iç savaş kavramlarını

ayrılmakla birlikte konumuz açısından dikkate alındığında hukuksal olarak kurulmuş olan bir otoriteye karşı niteliği ne olursa olsun toplumun bir kısmı tarafından yapılan siyasal ayaklanma sonucunda içte karışıklıkların ortaya çıkmasıdır. İç savaş durumunda yabancıların uğradığı zararlardan devletin sorumlu tutulmasıyla ilgili çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Doktrin, yabancıların uğradığı zararlardan dolayı devletin şu koşullar dahilinde sorumlu tutulacağını bazı teoriler çerçevesinde kabul etmektedir (Borchard, 1913, 117):

- Bir ayaklanmanın ortaya çıkmasında devletin izin vermesindeki kusuru,
- Kamulaştırma teorisine göre bir devletin gerçek kişilerin malının zararına satışından kaynaklanan ayaklanmanın bastırılmasında kamusal bir fayda sağlaması,
- Risk teorisine göre devletin düzeni sürdürme görevini üstlenmesi yani kamu güvenliği konusunda garantör olması,
- Devletin üstlendiği sosyal güvenlik görevini yerine getirmemesi.

Doktrin, bu koşullar dışında devlete karşı yöneltilen isyan veya ayaklanma sonucunda yabancıların zarara uğraması durumunda devletin sorumlu tutulamayacağını ön görmektedir. Uluslararası sorumluluğun hangi koşullarda söz konusu olduğu konusuna gelince; Pazarcı (1999, 152), uluslararası bir sorumluluğun doğması için Uluslararası hukuka aykırı bir eylemin veya sonuçlarına uluslararası sorumluluk atfedilen özde uluslararası hukuka uygun bir faaliyetin varlığı, bu eylem veya faaliyetin bir zarara yol açması, bu eylem veya faaliyetin bir uluslararası hukuk kişisine bağlanması, onun eylemi veya faaliyeti olarak değerlendirilmesi ve bu eylem veya faaliyete ilişkin olarak uluslararası sorumluluğu ortadan kaldıracı yada etkilerini silici herhangi bir nedenin bulunmaması gibi dört temel koşulun gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

UHK'nın taslağında ise daha genel bir tanımlama yapılmıştır. Taslağın 1. maddesi "devletin her haksız eylemi uluslararası sorumluluk gerektirdiği" kuralını getirmektedir. Bir devletin diğer devlete karşı giriştiği herhangi bir haksız eylemin uluslararası sorumluluk alanına girdiğini belirleyen Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın 1938 tarihli Fas Fosfat Davasıyla ilgili verdiği karar bu tanımlamaya uygun düşmektedir. UAD'nın uyuşmazlıkları çözen kararlarında da benzerlik yönünden bu kural dikkate alınmıştır (Commentaries, 2001, 64). Aslında uluslararası haksız eylemden kaynaklanan sorumlulukla ilgili yasal düzenlemelerin tanımlanmasıyla ilgili öğretilerde bir kaç farklı yaklaşım vardır:

Bunlardan biri, İtalyan hukukçu Anzilotti'nin iradeci görüşüyle uyumlu olarak haksız eylem yapan devlet ile zarara uğrayan devlet arasındaki

ikili ilişkileri münhasır olarak bağlayan uluslararası haksız eylemden kaynaklanan legal sonuçları üzerinde sorumluluk ilkesinin oluştuğunu ileri süren öğretilerdir. Buna göre yükümlülüğünü ihlal eden devlet diğer devlete karşı zarar giderim ile yükümlüdür.

Hukukçu Kelsen'in normatif görüşleriyle uyumlu ikinci yaklaşım ise, legal düzenin zorlayıcı bir düzen olduğunu ve sorumlu devlete karşı yaptırım uygulamak için zarara uğrayan devlet açısından yetkinin kullanılması gerektiğini öngören düşünceden hareket etmektedir. Bu görüşe göre genel uluslararası hukuk haksız eyleme karşı zarar gören devleti güçlendirmektedir. Sorumlu devlete karşı yaptırım uygulandığından zarar giderim yükümü ikincil planda kalmaktadır. Yaygın olarak benimsenen üçüncü yaklaşım ise uluslararası haksız eylemlerin sonuçlarının yaptırım veya zarar giderim yükümü ile ve ikili ilişkilerle sınırlandırılmayacağı noktasından hareket etmektedir. Gerçekten de uluslararası hukukta haksız eylem, koşullara bağlı olarak çeşitli tipteki ilişkilere konu olmaktadır. Taslak maddelerdeki düzenlemelere hakim olan görüş bu yönde gelişmiştir (Commentaries, 2001, 65-66).

Her ne kadar yabancılara ve mallarına verilen zararların kapsamı halen önemli olmakla birlikte, Garcia-Amador'ın çalışmalarındaki tartışmalardan da anlaşılacağı gibi, o zamanda bu konu üzerinde konsensüs sağlanamadığından belirli bir düzenleme yapılmasından vazgeçilmiştir. 1963 yılında atanan *Özel Raportör R. Ago*'nun getirdiği primer/sekonder ayırım, UHK yorumunun işaret ettiği bağımsız sorumluluk ilkesiyle ilgili teze işaret eder. Uluslararası bir yasama organı olmadığı gibi antlaşmaların da genel olarak taraf olan devletler açısından yasa hükmünde olduğundan, genel olarak uluslararası hukukun esas bağımsız yükümlülüklerini kodifiye etmek, beklenen sonucu doğurmayabilir. Nitekim BM'nin 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesinde olduğu gibi uluslararası yükümlülükler konusunda devletlerin konsensüsleri sağlanamamıştır. Diplomatik korunma alanlarında devletin uluslararası sorumluluğuyla ilgili hukuk kuralları üzerinde odaklanırsa bu alana öncelik verilmiş olur. Bundan anlaşılacaktır ki uluslararası hukuk, sorumluluğun uygulanacağı alanlarla ilgili bazı alt dalları da içermektedir. Bu itibarla düşünülürse uluslararası hukukun tüm alanları, sorumluluğun ileri sürülmesiyle değil, karşılıklı olarak yerine getirilen direktif kurallar bütününe kapsayan hukuk olarak ortaya çıkmaktadır. Şüphe yoktur ki sorumlulukla bağdaşmayan veya sorumluluğu içermeyen hiç bir direktif kuralın uygulanması imkanı bulunmamaktadır (Crawford, 2002, 877).

UHK'nın kabul ettiği bu Taslak maddelerde devletin sorumluluğunun kapsadığı alanlara gelince; dört konu devletin sorumluluğu kapsamı dışında tutulduğu Taslak belgede belirlenmiştir (Commentaries, 2001, 61-62):

Birincisi; primer kurallar tarafından açıklanan yükümlülüklerin içeriğiyle ve hangi primer yükümlülüklerin ne kadar sürede bir devlet için yürürlükte

bulunacağıyla ilgili herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Taslak maddelerde uluslararası hukukun primer kurallarının varlığının ve içeriğinin zamanla izafi olacağı hissi hakimdir. **İkincisi**; Taslak maddelerde ele alınan sonuçlar girişilen uluslararası haksız eylemlerle ilgilidir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Antlaşmasının 60. maddesinde de yansıtıldığı gibi zarar gören devletin maddi ihlal sebebiyle antlaşmayı askıya alma veya antlaşmaya son verme gibi primer kuralın devamlı olarak ihlal edilmesiyle ilgili sonuçlar doğuran davranışlarla ilgili bir düzenleme getirilmemiştir. Uluslararası örgütlerin, haksız eyleme tepkilerinden kaynaklanan dolaylı veya ek sonuçları da ele alınmamıştır. Uluslararası örgütlerin hasız eylemi belirleyip bir devletin sorumluluğunu ileri sürme mekanizmasına değinilmemiştir. **Üçüncüsü**; Taslak maddeler, devleti sadece uluslararası anlamda haksız davranışlardan sorumlu tutmaktadır. Uluslararası hukukça yasaklanmayan veya açıkça izin verilen eylemlerden kaynaklanan zararın tazmini için devlete yükümlülük getiren durumlar olabilmektedir. Telif etme ve önceki duruma dönüştürme gereksinimleri primer yükümlülükleri kapsamaktadır. **Dördüncüsü**; Taslak maddeler devletin uluslararası haksız eylemlerden sorumlu tutulması dışında uluslararası örgütlerin ve hükümet dışı kuruluşların sorumluluğuyla ilgili düzenlemeler getirmemiştir.

Diğer taraftan, Taslak maddeler devletin tüm sorumluluk alanlarıyla ilgilenmektedir. Sadece ikili antlaşmaların ihlalinde kaynaklanan yükümlülükleri değil, bir, birden fazla devlete karşı veya bir bütün olarak uluslararası topluma karşı devletin yükümlülüklerini de içermektedir.

b) Haksız Olmayan Eylemden Kaynaklanan Sorumluluk

UHK'nın Taslak metninde geçen haksız olmayan eylemlerden dolayı sorumluluğun durumuna gelince;² Bu konuda UHK'nin geliştirdiği yaklaşımlardan biri de diğer bir devlete fiziksel zarara neden olan uluslararası hukuka aykırı olmayan eylemleri sınıflandırma girişimidir. Bununla ilgili sorun iki boyutludur:

Biri belirli antlaşma rejimine tabi olan ve sadece bazı devletlerce tanınan daha az evrensel ve yaygın olmayan eylemlerden dolayı sorumluluk kabulü, diğeri de zarara uğrayan devletlerin sahip olduğu hukuksal rejimleri ve yükümlülükleri karakter yönünden zarara neden olan devletlerinkinden oldukça farklı olduğudur. Bu da uluslararası hukuka aykırı olmayıp da sorumluluğa neden olan eylemlerin niteliğinde izafiliğe neden olmaktadır. UHK'nın buradaki sıkıntısı Ago modelinden sonra sekonder kuralları genel anlamda izole etmede ortaya çıkmamış, buna karşılık esas amaç söz konusu durumla ilgili olarak belirli şartlara uygulanabilen primer

2 İç hukuktaki kusursuz sorumluluk olayından farklıdır. Bina sahibinin bina yapımındaki bozukluktan ve bakımdaki eksiklikten dolayı sorumlu tutulması gibi (BK 58). Uluslararası hukukta ise ikili veya çok taraflı yapılan antlaşma hükümlerinin gereğini yerine getirmeleri durumunda diğer tarafın zarar görmesi sonucunda ortaya çıkan sorumluluk türü bundan ayrılmaktadır.

kuralları tanımlamada olmuştur. UHK'nın 1997 yılındaki 49. oturumunda biri "önleme" diğeri de "uluslararası sorumluluk" olmak üzere konunun iki sorun dizisiyle ilgili olduğunu belirlemiştir. "Önleme" konusu üzerinde odaklanan UHK, 2001 yılında "tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan sınır aşan zarar önleme"ye dair çalışmasını tamamlamıştır. (58. oturumunda BM Genel Kurulu, UHK'nın konuyla çalışmalarını destekleyerek uluslararası sorumlulukla ilgili çalışmalarını da teşvik etmiştir.) Sınır aşan zararların önlenmesiyle ilgili UHK'nın çalışması, uluslararası hukukun esas kuralları oluşturmaktaydı. Sorumluluk konusunda da UHK'nın primer kurallar üzerinde çalışmasının sonuçlandırılması beklenmekteydi (Rosenstock, 2002, 795).

Sonuç itibarıyla zarar doğuran bir eylemin niteliği hukuka aykırılık teşkil etmese de bu eylemi yapan devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Buna en güzel örnek, Macaristan ve Slokvaya arasındaki Gabcikovo-Nagymaros Projesi davasıyla ilgili UAD'nın verdiği karardır (Second Report, 1999, 12):

"Bir devlet uluslararası haksız bir eylem yaptığında, yükümlülüğün niteliği ne olursa olsun bu devleti uluslararası alanda sorumlu kılmaktadır. Macaristan davranışını haklı göstermek için başlangıçta devletin sorumluluğuyla ilgili hukuk dahilinde davranışının mecburiyetten kaynaklandığını ileri sürmüştür ki bu hukuk dışıdır. Macaristan tarafından iddia edilen mecburiyet durumu, 1977 yılında yapılan antlaşma ile getirilen yükümlülüklerini yerine getirmekten ve bu faaliyet sonucunda zarara uğrayan diğer devlete zarar onarım bedelini ödemesinden kaçınması için gerekçe gösterilemez." şeklindeki sonuç itibarıyla zarara neden olan eylemlerle ilgili olan bu karar hükmü hem UHK için hem de benzer sorunların çözümü için önemli referans kaynağıdır.

Sorumluluk doğuran eylemlerin ne gibi sonuçlar doğurduğu konusunda uluslararası hukukta süregelen teamül kurallarının uygulanabilmesi için öncelikle haksız eylem yapan devletin sorumluluğunu kabul etmesine bağlanması, objektif olarak sorumluluk tespitinin yapılmasını ve sonuçlarının yerine getirilmesini güçlendirmektedir. Bir devletin zarar verici eyleminden dolayı sorumlu tutulmasının, bu devletin yerine getirmesi gereken yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. Zarar verici eylemin tazmin edilmesi veya zarar verilmeden önceki durumun yeniden oluşturulması gibi yükümlülükler, bir devletin iç egemenliğinin yanında esas olarak dış egemenliğini sınırlandıran uluslararası hukukun getirdiği esas ilkelere dendir.

Devletin haksız eylemini telafi etmesi konusunda Uluslararası Daimi Adalet Divanının *Chorzów Factory Davasında, uluslararası yükümlülüğün çiğnenmesi durumunda uygulanacak tazminatı düzenleyen temel ilkelere açıklık getirilmiştir. Divana göre:*

"Kanunsuz eylemin gerçek niteliğindeki temel ilke, uygulanacak tazminatın mümkün olduğu ölçüde, yasadışı eylemin sonuçlarını kaldırması ve yasa dışı eylem yapmadan önceki durumun tekrar kazandırılmasıdır. Önceki durumun yeniden oluşturulması mümkün değilse bu önceki durumun ağırlığında telafi edebilecek bir ücrete hükmedilebilir."

Aynı davanın yargılama aşamasında Divan:

"Bir yükümlülüğün ihlal edilmesi sonucunda ortaya çıkan zararın misliyle ortadan kaldırılması yükümlülüğü uluslararası hukukun temel ilkesidir. Bu nedenle tazminat bir sözleşme hükmünün yerine getirilmemesi sonucunda getirilen kaçınılmaz bir yüklenim olup, sözleşmede buna ayrıca değinilmesine gerek yoktur." şeklinde görüş açıklamıştır.

1927 yılında verilen bu karar sonucunda Chorzów Fabrikasının Polonya tarafından kamulaştırılması işlemi Divan tarafından Yukarı Silezya ile ilgili 15 Mayıs 1922 tarihinde yapılan Alman-Polonya Sözleşmesine aykırı olduğu bildirilmiştir. Divan, yasal kamulaştırmayı yasal olmayan kamulaştırmadan ayırarak, bu işlemin yapıldığı tarihten başlayarak tazminat ödenmesine ve arada geçen zaman için gecikme faizinin de eklenmesine hükmederek haksız eylemin onarılmasını sağlamıştır (Shelton, 2002, 835). UAD'nın Korfu Davası (1949) ile Gabcikovo-Nagyvaros Projesi Davasında (1997) verdiği kararlar da zararın giderilmesi anlamında benzer hükümler içermektedir (Third Report, 2000, 155-157).

Süregeleyen teamüllerden ve mahkeme kararlarından hareketle, Taslak belgenin 2. kısım 1. bölümü, uluslararası haksız eylemden dolayı sorumlu olan devletin yerine getirmesi gereken yükümlülükleri 30 ve 31. maddelerde belirlemiştir. İlgili devlet, haksız eylemi durdurma ve bu eylemi tekrarlamama güvence ve teminatını verecek (30. md) ve bu eylemden kaynaklanan maddi veya manevi zararı gidermesi için tam bir yükümlülük altında olacaktır (31.md). Aynı kısmın 2. bölümü ise verilen zararın nasıl tazmin edileceğini düzenlemektedir. Önceki duruma dönüştürülmesi, telafi etme, tatmin edici teminat verme, faiz ödemesi, zarar gören devletin zarara katkısının olup olmadığı da dikkate alınarak çeşitli zarar giderim yöntemi benimsenmiştir (34-39 md.).

Haksız eylemi ortadan kaldıran veya meşrulaştıran durumlara gelince:³ sorumluluğu ortadan kaldırıcı niteliğindeki bu durumla ilgili olarak UHK ilk başta iki ana sorunla karşı karşıya kalmıştır: Biri yerine getirilmeyen bir yükümlülük için mazeret durumu, diğeri de zarara yol açmakla beraber hukuk dışı olmayan faaliyetlerdir. Çalışmalar ilerledikçe anlaşmazlıkların çözümü gibi üçüncü sorun da ortaya çıktı. UHK ilk sorunu nihai taslağında

³ İç hukukumuzda sorumluluğu kaldıran bazı nedenler kabul edilmiştir. Bunlar zarar görenin onayı, kamu ve özel hukukundan kaynaklanan bir yetkinin kullanılması ile meşru savunma, hakkın korunması için güç kullanımı ve zorda kalma hali (BK 52) (Ardıç-Ersol, 2003, 77-78.)

düzenlemekle beraber diğer iki sorunu ele almamıştır. Bir eylemin haksızlığını ortadan kaldıran durumlarla ilgili olarak taslak maddeler, devletler arasındaki derin görüş ayrılıklarını bulma ve tanımlama gayretindeki UHK'nın çalışma sürecini etkilemiştir. *Rosenstoc'a göre eylemin haksızlığını ortadan kaldıran (izin, kendini savunma, force majeure, sıkıntılı durum, amir normlara uyma, alıkonulma ve zorunluluk halleri gibi)⁴ durumlar aslında uluslararası hukukun yürürlükteki zaafiyetini yansıtmaktadır.* Bu durumun kendilerini savunabilecek düzeyde olan daha büyük ve güçlü devletler lehinde olduğu kanaati ortaya çıkma ihtimali düşünülerek denge getirmek amacıyla karşı önlemlerle ilgili kriterler getiren ikinci bölüm ile taslağa yeni bölüm eklenmiştir. “haksız eylemi ortan kaldıran durumlar” tabiri UHK'nın uluslararası yükümlülüklerini yerine getirememenin genel kabul edilebilir anlamında bir değerlendirmesi sonucunda metne konulmuştur. Bu düzenleme yükümlülüğü sonlandırıcı veya ortadan kaldırıcı olmayıp daha çok sorun yaratan durumlar sürdükçe yükümlülüğü yerine getirememenin mazeretine yöneliktir. UHK başlangıçtan itibaren bu düzenlemeyi primer kuralların bir unsuru olarak değil kendini savunma ihtiyacından kaynaklanan bir kural olarak değerlendirmektedir. Bu da genel olarak uluslararası hukuktaki primer olan jus cogens kurallarını etkilemektedir (Rosenstoc, 2002, 794).

e) Zarar ve Hasar Kavramları

İç hukukta bir kimsenin malvarlığında kendi rızası dışında ortaya çıkan bir eksilme veya manevi şahsiyet hakkına karşı yapılan (Akıntürk, 1991, 249) bir davranış olarak tanımlanan zarar kavramı uluslararası belgelerde “zarar”, “hasar”, “ziyan” “kayıp” gibi anlam itibarıyla birbirine yakın olan kavramlar şeklinde kullanılmakta ve özellikle uluslararası sorumluluk doğuran eylemlerin tespitinde önem kazanmaktadır. Bu kavramlar, geçtikleri uluslararası belgelerin niteliklerine göre anlam kazanırlar. Örneğin çevre kirliliğiyle ilgili belgelerde “zarar” kirlilikten etkilenme anlamında kullanılmaktadır (Crawford, Peel and Olleson, 2001, 971). Zarar kavramının, uluslararası hukukta korunan bir hakkın ihlali, doğrudan ve dolaylı, maddi ve manevi zarar gibi unsurlardan oluştuğu uluslararası hukukta süregelen bir teamüldür (Pazarıcı, 1999, 157-158). Taslak Komite, 2000 yılında genel zarar giderim yükümlülüğüyle ilgili maddelerdeki “zarar” kavramını şu anlamda değerlendirmiştir: “*zarar*, bir devletin uluslararası haksız eyleminden kaynaklanan maddi veya manevi herhangi bir olumsuz etkilenmeyi içermektedir.” Ne var ki yapılan yorumlar göz önünde bulundurulursa bu tanımlamanın üç yönden sorunlu olduğunu göstermektedir (Crawford, Peel ve Olleson, 2001, 972):

Birincisi, “zarar”ı bir yükümlülüğün ihlali sonucunda bir tarafa atfedilen hukuksal anlamda haksız eylem olarak tanımlanmıştır. Bazı durumlarda hukukun ihlali olmasa da yapılan eylemin sonucunda bir zarar

4 Bkz. Taslak belgenin 20-27. maddeleri. Aynı konu için bkz. (Pazarıcı, 1999, 171-173).

doğabilmektedir. İkincisi, farklı hukuksal teamüllerde “manevi zarar” kavramı farklı bir şekilde algılanmaktadır. Bazı sistemlerde bireyler tarafından uğranılan duygusal ve maddi olmayan kayıpları da kapsamaktadır. Tartışmalı olsa da uluslararası hukukta aynı derecede gelişmeyen ulusal hukuktan alınan kavramın kullanılması bazı zorlukları beraberinde getirmektedir. Diğer taraftan hukuk biliminde kullanılan “manevi zarar” ilk okumada kabul edilen taslağın 31.maddedeki hükümlerde referans alınabilir. Üçüncüsü, ilk okumada kabul edilen taslağın 31/1’in 2.paragrafındaki “(ihlal) sonucunda ortaya çıkan” ibare ile 1.paragraftaki “(ihlal)den kaynaklanan” ibaresi birbirine zıttır. Önceki ibare her zaman zarar onarımında kapsanan ihlal sonucundaki kayıpları ifade ettiği hususunda yanıltmaya yol açabilir.

Bu nedenlere dayanılarak zararın tanımlanmasıyla ilgili olarak 2001 tarihli Taslak belgenin “Zarar Giderim” başlığındaki 31. maddesi şöyle düzenlenmiştir:

1. Sorumlu devlet uluslararası haksız eyleminden kaynaklanan zararı tam olarak tazmin etme yükümlülüğü altındadır.

2. Devletin uluslararası haksız eyleminden kaynaklanan zarar maddi olsun manevi olsun herhangi bir kaybı kapsamaktadır.

Uluslararası ticaret hukukunda ise bu kavramla ilgili farklı standartlar kullanılmıştır. Gerçekten 1994 tarihli Marrakesh Antlaşmasına ekli uyuşmazlığın çözümü anlaşmasının 3. maddesinde;

“Bir antlaşma kapsamında değerlendirilen yükümlülüklerin çiğnenmesi durumunda iptal veya bozulma durumunu oluşturması için bu eylemin açık olarak hukuk kurallarının ihlaliyle sonuçlanması gerekmektedir. Bu, kuralların ihlali sonucunda antlaşma kapsamı ölçüsünce diğer üyeler üzerinde olumsuz etkiler oluşturduğu anlamına gelmektedir. Bu durum, kusurunun tespit edildiği ve sorumluluğun kendisine yöneltildiği üyenin sorumluluğunu oluşturmaktadır.” denilmektedir (Fourth Report, 2000, 25). Bu nedenle, UHK’nın bu konuda vardığı sonuç “zarar” ve “hasar” kavramlarının çeşitli yasal teamüllerde farklı bazen de zıt kullanımları “zarar” kavramının daha kapsayıcı olmasını ve taslağın 2.kısımında geçen çeşitli zarar giderim şekillerini dikkate alınabilecek şekilde geniş yorumlanmasını gerektirmiştir. (Crawford, Peel and Olleson, 2001, 972-3). *Bu nedenlere dayanılarak zararın tanımlanmasıyla ilgili olarak 2001 tarihli Taslak belgenin “Zarar Giderim” başlığındaki 31. maddesi, sorumlu devlet uluslararası haksız eyleminden kaynaklanan zararı tam olarak tazmin etme yükümlülüğü altında olduğu ve devletin uluslararası haksız eyleminden kaynaklanan zararın maddi olsun manevi olsun herhangi bir kaybı kapsamadığı şeklinde düzenlenmiştir.*

Zarar kavramıyla ilgili olarak hükümetler tarafından Taslağın geçici

metnine yapılan yorumlar, taslağın temel yapısı ile diğer düzenlemelerin çoğunlukla kabul edilebilir yönünde olmuştur. Sorumlu devletin sekonder yükümlülükleri ile bu sorumluluğu ileri süren devletin hakları arasındaki ayırım yaygın bir şekilde kabul edilerek onaylanmıştır. Buna benzer “zarara uğrayan devlet” ile çığnen yükümlülükte legal çıkarı olan diğer devletler arasında yapılan ayırım da genel olarak destek almıştır. Bununla birlikte; sorumluluğu ileri sürmeye yetkili devleti belirleyen maddelerle bağlantılı olarak, “zarar” ve “hasar” ın tanımlanması ve Taslak maddelerdeki etkinliği, belirli yükümlülüklerin ciddi olarak çığnenmesi ve muhtemel değişikliklerin sonuçlarıyla ilgili Kısım 2 Bölüm III düzenlemelerinin metinde bulundurulması, karşı tedbirlerle ilgili ayrı bir bölümün mü gerekli olduğu veya kısım 1’in bölüm V’teki haksızlığı ortadan kaldıran durumlar olarak karşı tedbirlerle ilgili çarelerin genişletilmesinin yeterli olup olmadığı ve karşı tedbirlerin ayrı bir bölümde düzenlenmesi durumunda, karşı tedbirlere konu olmayan yükümlülükler, karşı tedbirlere başvurmaya ilgili prosedür koşulları ve zarara uğrayan devletten başka devletlerin karşı tedbirlere başvurmaları konularını düzenleyen tartışmalı Taslak maddelere ne gibi değişiklikler yapılması gerekeceği gibi sorunlar çözülmemiş görülmektedir (Crawford, Peel and Olleson, 2001, 965).

UHK’nın 53. oturumundaki çalışmaları süresince; 27 Haziran 2001 tarihli Almanya ve ABD arasındaki LaGrand Davasıyla ilgili UAD tarafından verilen karar, merkezi bir sorun olarak teminat ve tekrarlamama güvencesi sorununu gündeme getirmiş ve haksız eylemi durdurmayla ilgili kısım 2’deki düzenlemelerin gözden geçirilmesini gerektirmiştir. UHK’nın ilk okumada kabul ettiği kısım 3’e konu olan uyuşmalıkların çözümü ile maddelerin nihai şekli, taslağın sözleşme niteliğini kazanmasına hizmet etmesi açısından zarar kavramıyla aralarındaki bağıntıların doğru ilişkilendirilmesi gerekmektedir (Crawford, Peel and Olleson, 2001, 966).

4. UHK’NIN TASLAK MADDELERİNİN HUKUKSAL ÖZELLİĞİ VE ANALİZİ

a) Genel Olarak

Devletin sorumluluğuyla ilgili rapor hazırlayan beş raportörden dördünün medeni hukuk üzerinde uzman kişilerden olması, sorumluluğu düzenleyen Taslak maddelerde hukukun bu dalının etkinliğini ister istemez hissettirmiştir. Antlaşma, teamül, yükümlülük ve ihlal gibi uluslararası hukukun genel kategorileri zamanın uluslararası sistemin durumuna adapte edilmeye çalışılmıştır. Şüphesiz ki 1900 lerden önceki sorumluluğun genel ilkelerine ilişkin bu düşünce Roma ve kıta Avrupa hukuk yaklaşımlarından etkilenmiştir. Sorumlu devletin yükümlülüklerinin ne olduğu ve kime karşı hangi durumda ve nasıl yükümlülüklerini ihlal etmiş olacağı sorunu, egemen eşitlik ilkesinin kabul edilmesi sonucunda değişik sorumluluk sorununun

olduğu bir sistem yaratmıştır. Bu konuda antlaşmalar genel uygulamalara yön vermekten uzaktır. Ayrıca gerçek kişilere ve yabancıların mallarına verilen zarar konularında devletin sorumluluğuna ilişkin hukukun içeriği kodifiye edilmiş yaklaşıma dayanmamaktadır. Bunlar daha çok belirli durumlarda diplomatik uygulamalara ve hakem komisyonlarının kararlarına dayanmaktadır (Crawford, 2002, 885; Weiss, 2002, 809).

Diğer kodifikasyon çalışmalarında olduğu gibi UHK'nın Taslak maddelerinin oluşturulmasında daha çok uluslararası mahkemeler ile hakem mahkemelerinin kararları referans olarak gösterilmiştir. Bederman'ın belirttiği gibi UHK ile UAD arasında çok yakın bir etkileşim ve işbirliğinin olması, bu iki kurum arasında geri bildirim (feedback) ilişkisinin kurulmasına yol açmıştır. UAD'nın kararlarında UHK raporları referans gösterildiği gibi, UHK da UAD'nın kararlarını raporlarında dikkate almıştır. Bu etkileşimde, BM'nin uzman kuruluşu olan UHK üyelerinin BM'nin bir organı olan UAD üyeliklerine genellikle seçilmesinin de etkisi vardır (Bederman, 2002, 819).

Taslak maddeler, sorumluluk doğuran uluslararası yükümlülüklerin içeriğini tanımlamaya çalışmamaktadır. Daha çok kodifikasyonu uluslararası hukuk ilkelerini, teamülleri ve normları içeren primer kuralların işlevlerini ele almaktadır. Konuyla ilgili projeyi yönlendirme ve yapılandırma görevini üstlenmiş olan Ago, Taslak maddelerin devletin uluslararası haksız eylemlerinden dolayı sorumlu tutan ilkeler, devlete sorumluluk yükleyen kuralların getirdiği görev ile bu görev arasında sıkı ayırım, devletin yükümlülüğünün içeriğini tanımlamak, hangi yükümlülüğün çiğnendiğini ve bunun sonuçlarını belirlemek amacına yönelik olduğunu ileri sürmektedir. Devletin uluslararası hukuk açısından yükümlülüklerini düzenleyen primer kuralların varlığı ile devletin bu kurallara ne ölçüde uyum sağlaması sorunu dikkate alınrsa devletin sorumluluğuyla ilgili sekonder kuralları da düzenleyen aşağıda sıralanan bir takım genel nitelikli sorunlar önem kazanmaktadır (Commentaries, 2001, 60):

- Bir davranışın hukuksal olup olmadığını karakterize eden ilgili devletin iç hukukundan ayrılan uluslararası hukukun rolü,
- Uluslararası hukuka konu olan bir davranışın hangi durumlarda devlete atfedilebileceği,
- Devlet tarafından yapılan uluslararası yükümlülük ihlalinin hangi zaman süresinde olduğunun belirlenmesi,
- Bir devletin başka bir devletin uluslararası yükümlülüğe aykırı olan bir eyleminden dolayı hangi koşullarda sorumlu tutulacağına belirlenmesi,
- Uluslararası hukuk yönünden haksız eylemi sorumlu

- kapsamı dışında tutan durumların tanımlanması,
- Eylemin durdurulması ve uğranılan zararın onarılması bağlamında devlet tarafından yapılan uluslararası haksız eylemden kaynaklanan yeni legal ilişkilerin ve sorumluluğun içeriğinin belirlenmesi,
- Devletin başka bir devletin sorumluluğunu ileri sürebilecek usul ve esasların oluşturulması ile sorumluluğu ileri sürme hakkının kaybolacağı şartların tanımlanması,
- Uluslararası hukukun ihlalden dolayı zarara uğrayan devletin hangi koşullarda karşı tedbirlere başvuracağı.

Bu sorunlara çözüm araştırmak üzere çalışan UHK'nın kabul ettiği nihai taslak belgenin devletin sorumluluk ve yükümlülüklerine ilişkin getirdiği düzenlemeler yetersiz olsa bile geleceğe ilişkin tartışmalarda odak noktası olacağı şüphesizdir.

b) Taslak Belgenin Dayandığı İlkeler ve Yöneltilen Eleştiriler

Raportör Ago'nun bu konu üzerinde çalışmalarını yürütmesinden itibaren Taslak maddeler iki esas ilkeyi yansıtmaktadır. Biri, uluslararası yükümlülüğün ihlal edilmesi kendine özgü ayırıcı legal hak ve ödevlerle birlikte yeni hukuksal rejime yol açmasıdır. Taslak maddelerin amacı devletin normal uluslararası hukuk rejiminden yeni rejime dönen sorumluluğunu düzenleyen kurallarla birlikte bu kuralları oluşturmaktır. Bu yöntemle Ago, belirli davranış standartlarını oluşturan primer kurallardan (kendini savunma dışında Güvenlik konseyinin izni olmadan güç kullanmama, sınırı aşan önemli zarara yol açmama gibi) ayrılan bu kuralları sekonder olarak karakterize etmek istemiştir. Belirli yükümlülükleri oluşturmaktan çok genel anlamda devletin sorumluluğunu düzenleyen bu kurallar bir yükümlülüğün çiğnenmesi durumunda belirleyici olmaktadır. Diğerleri de devletin sorumluluğunun sekonder kuralları, kaynağı, sorunlu konu niteliği ve uluslararası toplum için önemli nitelikte olması dikkate almaksızın tüm uluslararası yükümlülük türlerini kapsamına almasıdır. Bu kurallar, hem yapma hem yapmama yükümlülüklerinin çiğnenmesi durumlarına uygulanmaktadır (Bodansky and Crook, 2002, 779).

Ago'dan sonra UHK da Taslak maddeleri sekonder ve primer kurallar olarak ayırmaya devam etmiştir. Fakat zamanla bu ayırımın şekli ve gereksiz olduğu anlaşıldı. Uluslararası hukukta bu şekilde bir ayırımın yapılmaya çalışılması ulusal hukukun karakterinden kaynaklanmaktadır. Maddelerin kapsamını belirleyen şey onların sekonder statüsü değil genel karakteridir (Bodansky and Crook, 2002, 781). Gerçekten de Crawford'ın belirttiği gibi primer ve sekonder yükümlülükler arasındaki ayırım, Taslak maddeleri organize eden araç olarak kullanılmıştır. Ago tarafından

geliştirilen bu yaklaşım, “kuralların ve getirdiği yükümlülüğün içeriğinin tanımlanması ve bu yükümlülüğün çiğnenmesi sonucunda ortaya çıkan” hukuksal durumun belirlenmesine dayanmaktadır. Direkt olarak devletin sorumluluğuna yol açan Primer yükümlülüklerin ihlalini tazmin etme, sona erdirmeye gibi kurallar sekonder yükümlülükleri beraberinde getirmektedir. Taslak maddeler genel olarak hukuk dışılık ortaya çıktığı zaman sekonder yükümlülüklerin içeriğini tanımladığı varsayılan kuralları belirlemeye çalışmaktadır (Crawford, 2002, 876).

Ago, konuyu sekonder kurallarla sınırlandırırken bunları sınırlı ve tartışmalı olan yabancılarla ilgili olan alandan, uluslararası hukukun tümüne yaymıştır. Bu değişim Ago'nun primer kurallar ve bunların ihlal edilmesiyle ilgili çalışmalarında hissedilmektedir. Taslak maddeler revize edildiğinde bu kuralların çiğnenmesi sonuçlarına işaret etmek için UHK millileştirme ve diğer hassas konularla ilgili primer kuralları yeniden düzenlemiştir (Rosenstoc, 2002, 793). Ayrıca sekonder veya primer doğasının belirlendiği bağlamda normun fonksiyonu dikkate alınır, kurallar arasında yapılan primer ve sekonder ayırımın sorun olmayacağı kanaati yaygınlaşmıştır. Buna karşılık primer ve sekonder nitelik arasında ayırımın yapılması entelektüel yönden çekici olmakla beraber böyle bir ayırım oldukça suni, pratikte sürdürülmesi ve uygulanması zor olup bazen geçersiz kabul edilmektedir. Bir çok sekonder kuralının uygulanması primer kurallardan etkilenmekle beraber, Özel Raportör (Crawford) bu iki kural arasındaki ayırımın terk edilmemesini kabul etmektedir (Annual Report, 2000, 13).

Bu ayırımı eleştirenlere göre, medeni usul kanunundaki genel kurallar gibi, sekonder kuralların kategorisi hukukun çeşitli alanlarında tüzel kişilere uygulanan ayırıcı kuralları kapsamına almaktadır. Ne var ki bu şekilde sınıflandırmaya gitmek hatalı sonuçlara yol açabilir. Esas yükümlülük içeriği ile bu yükümlülüğün çiğnenmesi sonucu arasında ortaya çıkan ayırım, soruna konu olan legal sistemin genel olarak esas aşan sorumluluk kurallarını gerektirmemektedir. Ortak hukukun medeni usul hukuku yaklaşımıyla karşılaştırılırsa iç hukukta bir yükümlülüğün çiğnenmesiyle ortaya çıkan sorumluluk, davacılar tarafından mahkemeye başvurularak medeni yargı sunucunda çözüme kavuşabilmektedir. Uluslararası hukukta ise zorunlu yargı yetkisi bulunmaması nedeniyle bir devletin yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucundaki sorumluluğuyla ilgili sorunları çözüme kavuşturma yöntemleri karmaşıktır. Ne tabii hukuk ne de antlaşma uygulamaları sorumluluğu spesifik olarak tasnif etmemiştir. Daha çok, genel bir yaklaşımın sonucu olarak, devletlerin hakları ve ödevleriyle ve ödevlerini yerine getirmemenin sonucunda ortaya çıkan haksız eylemlerle ilgili olarak bu kurallar ortaya çıkmıştır. Şüphe yoktur ki bu hak ve ödevler belirli şekillerde ve belirli devletler için antlaşma veya teamül yollarıyla geliştirildiği gibi, bunlara uyulmaması sonucunda uygulanacak uygun tedbirlerin neler olduğu da bu yöntemlerle belirlenmektedir (Crawford, 2002, 876). Belirli davranış şekilleri, kendine

özgü kurallar içerdiğine göre kurallar arasında sınıflandırma yapılmasının pratikte önemli sonuçlar doğurmamakla beraber sekonder/primer ayırım izafi olsa da Taslak maddelerin içeriğini tanımlamada kullanılmıştır.

Teoride ve pratikte uluslararası sorumluluk hukuku uluslararası yükümlülükler alanında uygulanmaktadır. İç hukukta olduğu gibi gerçek kişiler arasında akdedilen sözleşme kurallarının getirdiği yükümlülüklerin uygulanmaması o kişinin sorumluluğunu beraberinde getirmektedir. Bu anlamda Ago'nun çiğnenen sekonder yükümlülüklerle ilgili Taslak maddeleri, faydalanılabilir bir genelleme yönünde bir aşama düzeyinde değerlendirilmektedir. Bodonsky ve Crook (2002, 781), UHK'nın devlete özgü eylemlerle ilgili kuralları sekonder olarak değerlendirirken sorumluluğu gerektiren zarar veya hasarla ilgili olanları primer olarak değerlendirilmesinin bir çelişki olduğunu ileri sürmüşlerdir. Tabiatıyla Taslak maddeler tüm sekonder kuralların kaynağı olmayıp, uluslararası yükümlülüklerle aykırı bir davranışa rağmen sorumluluk ortaya çıkmadan önce aktif bir zararın olması gerekir şeklinde bir uluslararası hukuk kuralı varsa bunun sekonder kural olarak sınıflandırma yapılabileceği yönünde eğilim göstermektedir. Uluslararası hukukta devletlere ve toplumlara aktif zarar veren eylemleri önleme amacı olmakla birlikte, aktif zarardan bağımsız olup sonuç itibarıyla zarara yol açabilen davranış kuralları da bulunmaktadır. Uluslararası hukuk legal sistemleri geliştiren tüm farklı işlevlerin yerine getirilmesiyle ilgili düzenleme yapmak durumundadır. Çünkü devletin sorumluluğunu düzenleyen hukukun devletlerin yükümlülüklerinin tümünün neler olduğunu belirtmesi gibi bir işlevi bulunmamaktadır (Crawford, 2002, 878).

Primer ve sekonder normların Lex specialis (özel kural) ilkesi ile ilişkisine gelince; sorumlulukla ilgili kuralları sekonder veya primer olarak sınıflandırmak sorunun genelliğiyle bağlantılı olduğuna göre Taslak maddeler uluslararası yükümlülüğün çiğnenmesi durumuyla ilgili özel kuralları değil genel kuralları ortaya çıkarma amacındadır. Nitekim Taslağın 55. maddesi, “devletin uluslararası sorumluluğunun uygulanması, veya uluslararası haksız eylemin varlığıyla ilgili durumlar veya bunun içeriğinin uluslararası özel hukuk tarafından düzenlendiği konularda bu Taslak maddeler uygulanmayacaktır.” hükmünü getirmektedir. Bu madde 4. kısımda bulunmakta ve potansiyel olarak 1,2, ve 3. bölümdeki herhangi bir maddeye uygulanabilir niteliktedir. “uluslararası haksız eylemin oluşma şartları veya devletin uluslararası sorumluluğunun uygulanması veya içeriği” ibaresi kısa ve açık olarak 1-3 kısımların içeriğini de özetlemektedir. Buna ilaveten 56. madde ise Taslak maddelerin, sekonder kurallar oluşturmak amacıyla düzenlenmediğini ima etmektedir (Crawford, 2002, 879). Çünkü *Bu maddeler tarafından düzenlenmediği ölçüde Devletin uluslararası haksız eylemin sorumluluğuyla ilgili konulardaki sorunların uygulanan uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde çözmeye devam edecektir. Taslak maddelerin “uluslararası hukukun birleşik bir bütün olduğunu” varsaymakla beraber bu birleşimin sınırlı anlamda*

anlaşıldığı ileri sürülmektedir (Bodansky and Crook, 2002, 781). Örneğin Taslak maddeler yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluğunun vuku bulmayacağını öngörmektedir. Genel kurallar çerçevesinde çözülemeyen sorunların sekonder tazmin kurallarının bağlamındaki etkilerini açısından UHK'da yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluğun üzerinde tartışmalar yaşanmıştır. Bu nedenle uğranılan zararın tazmin şekilleriyle ilgili getirilen düzenleme esnek tutulmuştur (Crawford, 2002, 879). Çoğu hukukçular, devletler arasındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle, anlaşmazlıkların hukuk kuralları tarafından yönetilen bütünleşmiş legal sistemlerde ortaya çıkmadığına göre ancak legal olmayan sistemde uluslararası hukukta söz konusu olabileceğini ileri sürmektedirler. Bu görüşün ötesinde uluslararası sistemdeki anlaşmazlığın veya bütünleşmenin niteliği hem siyasal sorun hem de mevcut rejimle ilgili yorumlama sorunudur. Fakat sorunlar esas itibarıyla teorik temellere dayalı olup, lex specialis ile ilgili küçük sapmalı sistemden kapalı sisteme doğru bir çok seçenek sunmaktadır (Crawford, 2002, 880).

Taslağa yapılan diğer eleştirilere gelince; bu konuda yapılan en ciddi eleştirilerden biri de taslağın demode olmuş uluslararası hukukun devletçi yanını yansıması konusunda olmuştur. “Devletin sorumluluğunu ileri sürmeye yetkili olacak uluslararası sistemde daha geniş katılımcıları tanıyacak şekilde Taslak maddelerle ilgili daha çok şey yapılabilirdi” belirten Weis (2002, 816), uluslararası alanda gerçek kişilerin ve hükümet dışı tüzel kişilerin etkinliklerinin gittikçe arttığını ve klasik devlet egemenliğini zorladığını UHK tarafından dikkate alınmaması Taslak maddelerin önemli bir zafiyeti olduğunu vurgulamaktadır. Crawford ise “daha çok şey yapılabilirdi” düşüncesi neyin yapıldığının değerlendirilmesinin gerektirdiğini ileri sürerek Weis’in bu yaklaşımını eleştirmektedir. Ona göre (Crawford , 2002, 886) Weis taslağın 33.maddesine⁵ değinmekle beraber bu maddenin önemini üzerinde fazla durmama eğilimindedir. Bu madde iki şeyin yapılmasını amaçlamaktadır:

Paragraf 1’deki “uluslararası yükümlülüğün içeriğine ve karakterine ve ihlal durumlarına” dayanılarak ihlal sonucunda ortaya çıkan sekonder hukuksal ilişkiler, sorumlu devlet ile bir ve birden fazla devlet arasında ve bir bütün olarak uluslararası toplum arasında söz konusu olmaktadır. Bu ibare ile, kısım 2’de geçen haksız eylemi durdurma ve zarar onarım yükümlülüklerinin birbiriyle bağlantılı eylem olmadan herhangi bir sonuç doğurmayan yükümlülükler olduğu düşüncesinden kaçınılmıştır. İlk okumada kabul edildiği gibi kısım 2 “zarar gören devlet”in hakları açısından düzenlenmiştir. Bu da haklarını elde etmek için zarar gören devletin

⁵ Madde-33: uluslararası yükümlülüklerin kapsamı: 1) Özellikle uluslararası yükümlülüğün içeriğine ve karakterine ve ihlal durumlarına bağlı olarak, bu kısımda belirtilen sorumlu devletin yükümlülükleri başka bir devlete, diğer devletlere veya bir bütün olarak uluslararası topluma karşı söz konusudur. 2) Bu kısım, devletten başka gerçek bireylere veya kuruluşlara doğrudan yöneltilen devletin uluslararası sorumluluğundan kaynaklanan haklara hâle getirmektedir.

bireysel olarak zarara karşılık verebileceğini ima etmektedir. Kısım 2'nin yeni versiyonunda ise, devletin haklarından çok yükümlülük anlamında sorumluluğun sekonder sonuçlarının formülasyonu iki taraflı zarar anlayışından keskin bir şekilde vazgeçildiğini göstermektedir. Aynı zamanda bu yaklaşım birbiriyle bağlantılı çeşitli hakların varlığının da tanınmasını gerektirmektedir. Ne var ki madde 33/1 şu nedenden dolayı yetersizdir: Sekonder yükümlülüklerin devlete veya devletler topluluğuna ilişkin olduğunu sanki devlet olmayan unsurların uluslararası hukukun ihlalden dolayı direkt olarak zarar göremeyeceği şeklinde imada bulunmaktadır. Bu imanın olmadığını göstermek için paragraf 2 düzenlenmiştir. Bununla birlikte "devletten başka gerçek kişi ve kuruluşların" uluslararası hukuk kuralını çiğneyen bir eylemden zarar görüyorsa zarar giderim talebinde bulunabileceğini sonucunu doğurmaktadır. Ne var ki bu düzenlemeyle, devletin sorumluluğuyla ilgili ortaya çıkabilecek boşlukların doldurulması amaçlanmıştır.⁶

Her iki paragraf dikkate alındığında 33. madde değişik durumların olabileceğini göz önünde bulundurulacak şekilde düzenlenmiştir. Örneğin ikili veya bölgesel yatırım antlaşması bireysel yatırımcıların özel kullanımlarının tanınmadığı ve tüm bireyleri ilgilendirdiği antlaşmadır. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ile Almanya arasındaki LaGrand Davasıyla ilgili 27 Haziran 2001 tarihli kararında UAD, devletler arası yapılan antlaşmalar bireysel hakları da oluşturduğunu belirtmektedir (Crawford, 2002, 887). Bu yönüyle ikili yatırım antlaşmaları diplomatik korunma sistemini güçlendirip kurumsallaştırmaktadır. Taslağın 33. maddesinin getirdiği düzenleme ise hukuku ihlalden kaynaklanan sekonder yükümlülükler, yükümlülükten faydalanan kişiye karşı olanlar olduğunu göstermektedir. Devletin faaliyeti sonucu zarar gören sekonder hak sahibi konumundaki yatırımcı, yapılmış olan antlaşma çerçevesinde mahkeme sürecini başlatabilir. Böylece yatırımcı ile sorumlu devlet arasında legal bir ilişki doğmuş olmaktadır. Tüm Taslak metnin kabul edilebilirliğiyle ilgili çeşitli sorunlar vardır. Genel anlamda bir devletin sorumluluk ileri sürmesiyle ilgili 48. madde, 33. madde hükümleriyle ilişkilendirilerek yorumlanmaktadır. Bu düşüncenin aksi hali, UAD'nın da reddettiği gibi, "bir bütün olarak devletlerin uluslararası topluluğu" kavramıyla etkinlik sahibi devletlerin topluluğu ve uluslararası topluluğun üyelerinin sadece devletler olduğu anlamında değerlendirmeye yol açabilir (Crawford, 2002, 888).

⁶ Gerçek kişiler ancak zarar gördükleri durumda hak talebi ileri sürebilirler. bir eyleminden dolayı devletin sorumluluğunu ileri süremezler. Ayrıca paragrafta yalnızca uluslararası hukuka aykırı eylemler için düzenleme var. Uluslararası hukuka uygun olup ta sonuç itibarıyla gerçek kişilere verilebilecek bir zarara değinilmemektedir.

5. SORUMLULUĞUN İLERİ SÜRÜLMESİ

Uluslararası hukukun getirdiği ilkeler bağlamında sorumluluğun ileri sürülmesi konusu analiz edilecek olursa; tarihsel olarak uluslararası antlaşmaların, iki ayrı devlet arasındaki sadece ikili yükümlülüklerin düzenlenmesinden mi ibaret olduğu veya bu antlaşma yükümlülüklerinin taraf olan her devlet bakımından yerine getirilmesi gerekenlerden mi olduğu veyahut devletin uluslararası toplumun tümüne karşı yükümlülüklerini mi yansıttığı konusunda ileri sürülen üç yaklaşım çerçevesinde önemli hukuksal tartışmalar olmuştur.

Eğer **birinci** yaklaşım kabul edilirse bireysel devletler arasında birbiriyile bağlantılı hak ve yükümlülükler doğacak ve hak sahibi devlet, yükümlülük üstlenen devletin sorumluluğunu ileri sürecektir. Bu teori kimin hak sahibi kimin mükellef olduğunu göreceli olarak tanımlayan klasik uluslararası hukuk yaklaşımını sergilemektedir. Bu ikili (antlaşma) yaklaşımı 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin temelini de oluşturmaktadır.

Taraf olan tüm devletler için bölünmez hak ve yükümlülükler getiren ve her devletin diğerine karşı mükellef olduğunu hükme bağlayan antlaşmaların olduğunu öngören **ikinci** yaklaşım ise daha karmaşıktır. Silahsızlanma ve çevrenin korunmasıyla ilgili antlaşmalar buna örnektir. Nitekim 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 60. maddesi uyarınca çok taraflı antlaşmaya taraf olan bir devletin, diğer akit devletin maddi ihlaline karşılık olarak antlaşmayı yerine getirmeyi askıya alabilir veya ifasına sınırlama getirebilir. Bu maddeye göre antlaşmaya taraf olan herhangi bir devlet maddi bir ihlal olduğunu ileri sürerek antlaşmayı kısmen veya tamamen askıya alabilir.

Üçüncü yaklaşım ise çok taraflı antlaşmalar veya uluslararası teamül hukuku bir bütün olarak uluslararası toplumu kapsayan yükümlülükleri yarattığını öngörmektedir. Karşı tedbirler veya çareler üretmek üzere hangi devletin bu yükümlülüklerin çiğnenmiş olduğunu ileri sürebilmesi konusu tartışmalıdır. Teoride, doğrudan bir zarara uğramasa dahi bir devlet bu tür yükümlülüklerin ihlal edildiğini ileri sürebilir denilmekle beraber Barcelona Traction Davası ile ondan önce Güney Batı Afrika Davasına bakan UAD, bu konuda sorumluluk ileri sürebilmek için başvuran devletlerin yargı yetkisi için yasal hakları ve çıkarlarını tespit etmek bakımından daha çok zarara uğrayan devletin bu konuda yetkili olduğunu belirtmektedir. UHK, yükümlülüklerin bu üç kategorisini de dikkate almış, tartışmalı yönü olsa da bunları geliştirmeye çalışmıştır. İlk iki kategorisine taslağın 42/(a) ve (b) bentlerinde ayrı ayrı işaret edilmiştir. Üçüncü kategori ise 48/1 maddesinin (b) bendindeki mekanizmalar çerçevesinde dikkate alınmıştır. 48/1 maddenin (a) bendi, devletler topluluğuna ait olan ve bu topluluğun kolektif çıkarlarını koruyan yükümlülüklerin ihlal edilmesiyle ilgilidir (Weiss, 2002, 801). Bu yükümlülük, ihlalin özel olarak bir devleti etkilediği veya yükümlülükleri olan diğer devletlerin durumlarına köklü

değişiklik getiren 42. maddenin (b) bendi kapsamındaki yükümlülüklerden farklıdır. Tartışmalı olarak 48/1 maddenin (a) bendi, geleneksel sekonder kategoriden türettiği fakat üçüncünün unsurlarını içerdiği farklı yükümlülük türünün geliştirmektedir (Weiss, 2002, 802).⁷

Bu nedenlerden dolayı Taslak maddeler bu kavramı dar anlamda almıştır. 42. maddeye⁸ yapılan yorumlar bu kavramın izafi olarak şekli karakterde olan tedbirlerin alınması şeklinde algılanması gerektiği yönünde olmuştur. Yani bir devletin haksızlık oluşturan faaliyetlerinin uluslararası mahkemeler veya hakem mahkemeleri nezdinde ileri sürülmesi gerekmektedir. Protesto, tenkit veya bir devleti kendi yükümlülüklerine uymaya çağırma 42. madde uyarınca sorumluluğun ileri sürülmesi anlamında değerlendirilmemektedir. Bununla beraber hükümetler arası insan hakları komisyonları veya diğer hükümetlerarası organlar nezdinde yapılan çağrılar bunun kapsamına girebilmektedir. UHK, “sorumluluğun ileri sürülmesi” kavramını dar anlamda alsa da devletin, uluslararası hukuk ihlalleriyle ilgili daha az resmi iddialarda bulunduğu zamanda da Taslak maddeler uygulanabilmektedir (Weiss, 2002, 800).

UHK'nın taslağı ilk okumasında yükümlülüklerin çiğnenmesi sonucunda izlenecek yöntemler konusu özellikle taslağın 40. maddesinde sorumluluğun ileri sürülmesi konusunda odaklanmıştır: “zarara uğrayan devlet” tanımlamasıyla bu madde aslında çözülemeyen bir yöntemle hukukun çiğnenmesi sonucunda izlenecek yöntem sorununu karıştırmıştır (Crawford, 2002, 881). 41. madde ise yükümlülük ihlalinin hukuksal yollarla durdurulması için devletler işbirliği yaparak ihlal sonucunda oluşturulan durumu tanımayacağını ve desteklemeyeceğini hükme bağlamıştır: Weis (2002, 880), uluslararası yükümlülüklerin çiğnenmesi açısından bütün devletlerin zarara uğrayabileceği düşünülebilirle beraber burada yasal zarar kavramı, çiğnenen yükümlülükten faydalanan veya kendisine karşı yükümlü olan kişinin maddi veya manevi olarak sıkıntı çekmesi ve incinmesi anlamında kullanılan “zarar”ın doğal anlamıyla çelişmekte olduğunu belirtmektedir. Bundan başka aktif uluslararası ilişkiler bağlamında çok taraflı yükümlülüklerin çiğnenmesinden kaynaklanan bireysel hakların etkilenmesi söz konusudur. Buradaki zarar kıstası gerçek kişiler üzerinde değil de devletler üzerinde dikkate alınmıştır. Gerçekten de UAD'nın 1971 yılında Güney Batı Afrika'ya ilgili verdiği kararda Etiyopya ve Liberya'nın Güney Batı Afrika'da uygulanan ırk ayırımından bireysel olarak zarara uğramadıkları, sadece ırkçı politikadan bu ülkede yaşayan insanların zarar gördüğünü belirtmiştir (Commentaries, 2001, 323 vd).

7. 48.madde metni için bkz.s.23. ('üçüncü devletin müdahalesi' başlığı altında)

8. 42.madde “zarar gören devlet tarafında sorumluluğun ileri sürülmesi” başlığında şöyle geçmektedir: “Bir devlet ihlal edilen yükümlülükten dolayı zarara uğradığı takdirde ihlali yapan devletin sorumluluğunu ileri sürebilir. Eğer ihlal edilen yükümlülük, a) bireysel olarak bu devletten kaynaklamışsa veya b) bu devletin de içinde bulunduğu devletler grubu veya bir bütün olarak uluslararası topluluğa ait olup ta ihlal edilen yükümlülük özel olarak bu devleti olumsuz etkilerse; veya yükümlülüklerini yerine getirmeleri bakımından diğer devletlerin konumlarında köklü bir şekilde değişiklik getiren bir karakter olursa.”

Diğer önemli eleştiri de sorumluluğun ileri sürülmesinde sadece devletlerin yetkili kılınmasıdır. Taslak maddelerde devletler dışındaki teşkilat veya unsurların zarardan kaynaklanan bir sorumluluğu ileri sürmeleri söz konusu değildir (Crawford, 2002, 881). Devlet niteliğini taşımayan tüzel kişi ve gerçek kişilerin devletin sorumluluğunu ileri sürebilmedeki önemli rolleriyle ilgili UHK'nın herhangi bir düzenleme getirmemesi klasik anlamda devlet egemenliğinin henüz önemini yitirmediğinin göstergesi olarak değerlendirilebilir.⁹

İhlal edildiği takdirde devletin sorumluluğunu ortaya çıkaran yükümlülüklerin içeriği geniş olarak amir normların içeriğiyle bir aradadır. Yükümlülükler iki devlet arasında yapılan antlaşma ile değişikliğe uğrayabileceği düşünülebilir. Bu durumda yükümlülük genel anlamda amir hüküm anlamından çıkmaktadır. Fakat aykırılık durumunda aynı yükümlülük bir bütün olarak uluslararası topluma mal edilemez. devletlerin uluslararası amir normların çiğnenmesinden etkilenmesi asgari seviyede de olsa bu eylemlerin durdurulması ve tekrarlanmaması yükümlülüğünü önemli kılmaktadır. Kolektif çıkardaki yükümlülüğe taraf olan herhangi bir devletin bir ihlalin olduğunu ve bunun durdurulması hakkının tanınması gerekmektedir. Ne var ki sorumluluğun ileri sürülmesi yetkisi devlete mensup kişilere değil, devletin egemenlik organlarına tanınmıştır. Taslak maddelerde açıkça belirtilmemişse de yükümlülük ihlalden zarar gören kişi ve grupların durumlarıyla ilgili üçüncü devlet, bu konuda ilgili devletin sorumluluğunu ileri sürebilir (Third Report, 2000, 373-376).

6. UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

UHK'nın üzerinde durduğu üçüncü sorun¹⁰ uyuşmazlıkları çözümü konusuydu. 1979-1986 yılları arasında UHK'ya raportörlük yapmış olan Willem Riphagen, BM kurucu antlaşmasının 33.maddesinin getirdiği genel yükümlülüklerle ve karşı tedbirlerle ilgili olarak jus cogenin çiğnendiği iddiasıyla uyuşmazlığa taraf olan devletin, sorunu UAD'nına başvurma hakkına dayanan karmaşık uyuşmazlık çözüme rejimini tasarlamıştır. Riphagen'den sonra 1987 yılında özel raportör olarak atanan Gaetano Arangio-Ruiz, karşı tedbirleri düzenlemek için Riphagen'in getirdiği prosedürlerin uygulanmasıyla ilgili önemi vurguladı. Çoğu devletin uyuşmazlık çözüme konusunda üçüncü tarafı bağlayacak düzenlemeye karşı isteksiz davranışlarının farkında olduğundan Ruiz, UHK üyelerinin bu rejimi özenle incelemelerini teşvik ederek hükümetlerin kabul veya ret için sorumluluk üstlenmelerini istemiştir. Ne var ki Genel Kurulda devletlerin

⁹ Gerçi taslağın 33. maddesinde uluslararası yükümlülüklerin kapsamına değinilirken uluslararası yükümlülüğün karakterine veya çiğnenen durumun özelliğine göre, sorumlu devlet uluslararası toplumun bütününe karşı yükümlülüğünden bahsedilmektedir. Taslağın en zayıf noktalarından biri de budur.

¹⁰ Diğer iki sorun: Yerine getirilmeyen yükümlülük için mazetret durumu ile zarara yol açan hukuk dışı olmayan eylemler.

Taslak maddelere ilişkin yazılı ve sözlü görüşleri pek cesaret verici olmayıp, genel eğilim olumsuz yönde gelişmiştir. Bazı UHK üyeleri, komisyonun kötü davranış sergileyen devlete karşı üçüncü tarafın prosedürünü ileri sürebileceği ve bunun da haksızlık doğurabileceği görüşünden olumsuz etkilenmişlerdir (Rosenstock, 2002, 796).

UHK'nın daha sonraki ilk okumada ise Taslak metinde uyuşmazlıkların çözümüne dair ayrıntılı düzenleme getirmiştir. Özellikle karşı tedbirlerle ilgili olarak 48/2 maddesi, karşı tedbirlere başvurulmasını uyuşmazlıkları çözüm prosedürlerine bağlamıştır. İkisi arasındaki bağlantı karşı tedbirlere başvuran devletin hedef devlet tarafından hakem mahkemesine başvurulması durumunda bu mahkeme önünde eylemini meşrulaştırmasını gerektirmektedir. Daha genel olarak Taslak belgenin 3. kısmı "mevcut maddenin uygulanması veya yorumlanmasıyla ilgili" uyuşmazlıkların çözümünü ele almaktadır. Uyuşmazlığa taraf olan devlet ilk önce talep üzerine sorunu görüşmelerle çözecektir. Diğer devletler de arabulucu görevinde bulunacaklardır (ilk okumada kabul edilen taslağın 54-55. mad.). Uyuşmalık 3 ay içinde çözülmezse taraflardan biri uyuşmazlığı ara bulma komisyonuna havale edecektir (ilk okumada kabul edilen taslağın 56 mad., ek I). Bu komisyonun görevi karar vermek olmayıp, sorun hakkında araştırma yaparak çözüme giden bulguları ortaya çıkarmak ve sorunu aydınlatmaktır (ilk okumada kabul edilen taslağın 57 md.).

Tarafların anlaşmaması durumunda komisyonun en fazla yapabileceği "uyuşmazlığın değerlendirilmesi ve çözüm tavsiyeleri" içeren nihai raporunu açıklamaktır. Tercihe bağlı olarak ek II çerçevesinde ara bulma raporu sunucunda mahkemeye başvurulabilir (ilk okumada kabul edilen taslağın 58 md.). Bu madde uyarınca, UAD hakem mahkemesi kararını onaylamaya veya reddetmeye yetkilidir (ilk okumada kabul edilen taslağın 60 md.). Kısım 3 tarafından tasarlanan zorunlu ve üçüncü tarafı bağlayacak uyuşmazlığı çözen tek çözüm şekli karşı tedbirlere konu olan devletin örneğindeki hakem mahkemesine başvurulmasıdır. Bu düzenlemeyle ilgili esas zorluk uluslararası haksız eylemi yapan devlete ayrıcalık tanınmasıdır. Karşı tedbirlerin hedefi olan devlet karşılıklı esasına dayanarak aynı şekilde uluslararası haksız eylem yapabileceğini hükme bağlamıştır (Fourth Report, 2000, 6-9).

Zorunlu uyuşmazlık çözümüne karşı çıkan önemli sayıda devletin yaklaşımı ile güçlü ölçülere dayanan bazı olumsuz yorumları göz ardı edilemezdi. Devletlerin temsilcisi olmaktan çok hukuk uzmanlarını barındıran bağımsız bir organ olarak UHK bu konuda dengeli bir yaklaşım izlemiştir. UHK, çalışmalarına başladığı ilk zamanlarda devletler tarafından olumlu aşama kaydedecek hukuksal kurallar üzerinde çalışma yapması desteklenmiştir. Ne var ki son aşamaya gelindiğinde devletlerin bu konudaki destekleri görülmediğinden uyuşmazlığı çözmeyi zorunlu kılan kuralları Taslak maddelerinin kapsamına almamakla (Rosenstock, 2002, 796) beraber daha ilginç olan husus da ilk okumada kabul edilen taslağın

58/2 maddesi, zarara uğrayan devlete değil sorumlu devlete tek taraflı olarak hakem mahkemesine gidebilme hakkını tanımıştır. İlgili iki devlet arasında böyle bir düzenlemeyle getirilen bu eşitsizlik, aslında sorumlu devletin mahkemeye gitmesi için zarara uğrayan devleti karşı tedbirlere başvurmasını teşvik etmektedir.

UHK tarafından uyuşmazlığı çözüme ile karşı tedbirler arasında 1999 yılında öngörülen bağlantı yaklaşımından iki sonuç çıkmaktadır: Biri ilk okumada kabul edilen 58/2 maddesinde önerilen tek taraflı hakemliğe başvurmanın spesifik şekli önemli zorlukları beraberinde getirmektedir. İkincisi ise uyuşmazlığın zorunlu çözümüyle ilgili talep hem zarara uğrayan hem de sorumlu iddia edilen devlet için düşünülmeli gerekmektedir. 1999 yılından önce de sonra da hükümetler, uyuşmazlığın zorunlu çözümü ile karşı tedbirler arasında bağlantı yapılmasına karşı yorumlar geliştirmişleridir.

2001 yılında ise Taslak maddelerin sözleşme şeklini alacağı varsayılarak ana sorun hem zarara uğrayan hem de sorumlu iddia edilen devletin başvurusuna açık olmak üzere Taslak düzenlemenin uyuşmazlığın zorunlu çözümüne dönüştürülmesi sorunu olmuştur. 52. maddenin getirdiği düzenlemeye göre zarar gören devlet karşı tedbirlere başvurmadan önce sorumlu devleti yükümlülüklerini yerine getirmesini çağırarak, karşı tedbirlere başvuracağını bildirecektir. Müzakere yolunun da önerileceğini düzenleyen madde aşamalı olarak uyuşmazlıkların yargısal çözümünü zorunlu kurala bağlamamış, sadece yargısal yola başvurulması halinde karşı tedbirlere başvurulmayacağını hükme bağlamaktadır (paragraf 3).

İsteğe bağlı veya uyuşmazlık çözümünün zorunlu olmayan şekli de dikkate alınmayabilirdi. uyuşmazlıkların yargısal çözümü için başka mekanizmaların önerilmesi Taslak maddelerin getirdiği gereksiz düzenlemelerden biridir. Tahkikat ve ara bulma gibi diğer uyuşmazlığı çözüm şekilleri de devletin sorumluluğuyla ilgili uyuşmazlıkları çözüme bazı istisnalar dışında etkili sonuç doğurmayabilir. Gerçekten de BM Deniz Hukuku Sözleşmesi ile uygulama antlaşmaları, Dünya Ticaret Örgütüyle ilgili Marrakesh Antlaşması ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 11 nolu Protokol gibi üçüncü tarafın zorunlu uyuşmazlık çözümü mekanizmasını getiren uluslararası belgeler dikkate alınrsa bu Taslak maddelerindeki yumuşak çözümler geriye götüren mekanizmalar olarak değerlendirilebilir.

Taslak maddeler uyarınca uyuşmazlıkların zorunlu yargısal çözümünü düşünülürse önde gelen sorun kapsam sorunudur. Üçüncü kısım “işbu maddelerin uygulanması veya yorumlanmasıyla ilgili uyuşmazlık” formülü standardını kullanmıştır. Fakat bu potansiyel olarak sorumluluğu ileri sürmeye yetkili devlet örneğinde uluslararası haksız bir davranıştan dolayı devletin sorumluluğuyla ilgili her uyuşmazlığı kapsamaktadır. Böyle bir düzenleme muhtemelen madde hükümlerinin uygulanması veya yorumlanmasıyla sınırlı olmayacak, devlet tarafından ihlal edilen her davranış için sorumluluk gerektiren yükümlülükleri gösteren temel

kuralların uygulanması veya yorumlanmasını da kapsayabilecektir (Fourth Report, 2000, 10-17).

7. “KARŞI TEDBİRLER” (ZARARA ZARARLA KARŞILIK) SORUNU VE HUKUKSAL NİTELİĞİ

Karşı tedbirler veya zararlar zararlarla karşılık, bir devletin uluslararası hukuka aykırı bir eylemi nedeniyle zarar gören bir devletin, zarara veren devletin hukuka uygun davranmasını sağlamak için uluslararası hukuka aykırı yollarla karşılık verme önlemidir. Zararla karşılık önlemi alan devletin bu davranışı aslında uluslararası hukuka aykırı olmakla birlikte öteki devletin uluslararası hukuka aykırı eylemine karşı yaptığı için yasalık kazanmaktadır (Pazarıcı, 1999, 205). Genel uluslararası hukukta karşı tedbirlere hangi koşullarda başvurulabileceğini genel hatlarıyla belirtmiştir. Bunlar:

Haksız bir eylemin olması, yalnız haksız eylemden zarar gören devlet başvurur; verilen zararlar orantılı olması ve kuvvet kullanımına dayalı olmaması gibi unsurlar olabilir (Pazarıcı, 1999, 206-208).

Kodifikasyon çalışmalarını yürüten UHK, bu konuda devletler arasında genel bir anlayış ve prosedür oluşturmak için bu kavramı tartışmaya açmıştır. Bazı hükümetler tarafından bu kavramın Taslak maddelerde değerlendirilmesi kabul edilmekle beraber bazılarınca devletlerce kötüye kullanılabilmesi gerekçesiyle şiddetle karşı çıkmıştır (First Report, 1998, 29-31). Bu konuda Bederman (2002, 819) şu görüşü ileri sürmektedir:

“Bu düzenlemenin esas sürükleyici yönü devletlerin karşı tedbirler konusundaki görüşlerine şeffaflık kazandırmak ve doğru değerleri empoze etmektir. Ne var ki UHK'nın uluslararası legal sürece yaklaşımı üzerindeki tüm etkileri dikkate alınırsa bu düzenleme daha ağırsız karşı tedbirlere imkan verebilmektedir.”

Karşı tedbirlerle ilgili yasal düzenlemelerin yapılması sorunu UHK'nın tartışmalarında önemli bir faktör olarak görülmektedir. Bu konuyla ilgili düzenleme gerek daha önce Ago tarafından gerekse UHK tarafından sorumluluk hukukunun bir parçası olarak değerlendirilmektedir. İkinci husus da kısım I in beşinci bölümünde de tartışması konulan orantılı karşı tedbirler; haksız eylemi meşrulaştırarak durumları da oluşturabilmektedir. Gerek UHK gerekse Genel Kurulun Altıncı Komitesi bu konunun ayrı bir bölümde düzenlenmesi taraftarıydılar (Crawford, 2002, 882). Bununla beraber bu konunun sorumlulukla ilgili olduğu için ayrı bir bölümde düzenlenmesi farklı bir etki oluşturmayacaktır. UHK'nın konuyla ilgili nihai çalışmaları için özel raportörlüğü üstlenen Crawford'un, karşı tedbirlerle ilgili belirttiği gibi bu konudaki duyarlılık çeşitli seviyelerde dile getirildiğinden karşı tedbirlerle ilgili sorunlar sürekli olarak UHK'nın

devletin sorumluluğuna ilişkin tartışmalarının ana gündem maddesi olmuştur. Karşı tedbirleri zımnen de olsa destekleyen Taslak metnin maddeleri bir kaç yönden irdelenebilir: Birincisi, bu düzenleme özellikle UAD kararlarının karşı tedbirlere kaynak oluşturduğu yönünde eğilim gösteren UHK ile UAD arasındaki etkileşimin bir parçasıdır. Özellikle Divanın kararlarında geçen orantısallık kavramını düzenleyen hüküm 51.maddenin oluşmasında etkili olmuştur. İkinci husus, UHK devletlerin zararlar karşılık vermelerini haklaştıracak davranışları üzerinde etkili olan kuralları kabul ettiğini değerlendirmektedir. Bu yaklaşım kısmen de olsa UHK Taslak hazırlayıcıları tarafından yapılan “primer/sekonder kuralı” ayırımının kendi projelerini akıllıca doğrulanma anlayışını yansıttığı şeklinde eleştirilmektedir (Bederman, 2002, 817-818).

Bu anlamda UHK'nın karşı tedbirlerin yasal çerçevesinde anahtar sorunlarla ilgili yaklaşımı tamamen tutarlı ve umut verici değildir. *Gabcikovo-Nagymaros Projesi davasında* UAD, Çekoslovakya'nın Tuna Nehri sularını saptırmasının Macaristan'ın müşterek hidro elektrik projesiyle ilgili işbirliğinde bulunmamasına uygun karşı tedbir olup olmadığını araştırmıştır. UAD Hava Taşımacılığına dair hakem mahkemesi kararı ile UHK'nın daha önceki Taslak maddelerini dikkate alarak “haklı olabilmek için karşı tedbirin gerekli koşulları taşıması gerektiği”ni belirtmiştir. Ne var ki UAD, devletin serbest hareket etmesine potansiyel sınırlama getiren orantısallık sorununun olduğunu kabul etmiştir: “Divanın görüşüne göre göz önünde bulundurulacak önemli bir husus zararlar karşılık vermenin etkisi soruna konu olan haklar dikkate alınarak uğranılan zararlar orantılı olması gerektiğidir.” Uluslararası su yollarının ulaşım dışı kullanımlarındaki faktörleri dikkate alan UAD “Suların sürekli saptırılması sonucunda kıyı bölgelerinin ekolojik dengesinin bozulmasına yol açan eylemiyle Çekoslovakya'nın tek taraflı olarak paylaşılan kaynakları kontrol altına alma hakkının olduğunu varsayarak Macaristan'ı Tuna'nın doğal kaynaklarından adil ve makul faydalanma haklarından mahrum bırakması uluslararası hukukun gerektirdiği orantısallık ilkesine uygun bir davranış değildir.” Şeklinde bir sonuca varmıştır. Bu kararla UAD, devletin zararlar karşılık vermenin belirli şekillerini yürütmesinde hareket serbestliğinin kısıtlı olduğunu vurgulamak istemiştir (Bederman, 2002, 820-21).

Zarar verici eylemin ağırlığının soruna konu olan haklarla ölçeklendirilmesi doktrinine uygun olarak, taslağın 49. maddesi “karşı tedbirler sadece devleti yükümlülüklerine uymasını zorlamayla sınırlı olması gerekir” şeklinde düzenlenmiştir. Haksız eylem ile soruna konu olan hakların “ağırlığı” formülü geniş anlamda yorumlanırsa belirsizliğe yol açabilecek şekilde bu madde devletin hem “nicel” hem de “nitel” anlamda davranışına sınırlama getirebilmektedir. *Taslağın 49 (1) maddesinde Taslak metnin verilen zararın tazmin edilmesiyle ilgili 2.kısımda geçen çözümlerin uygulanmasına hizmet etmek amacıyla karşı tedbirlerin sadece uluslararası haksız eylemden sorumlu olan devlete uygulanacağı belirtilmektedir. Hatalı eylem yapan devletin bu davranışından vazgeçebileceği umut etmeksizin karşı*

tedbirlerin sadece cezalandırıcı amaçlarla kullanılması Taslak maddelere meşrulaştırıldığı değerlendirilmesine yol açar.

Bederman (2002, 822), taslağın 51. maddesinin esas olarak Dünya Mahkemesinin söz konusu kararlarında geçen anahtar terimlerinden soyutlanmış olarak düzenlendiğini belirtmektedir. Buna karşılık mütekebbiliyet veya karşı tedbirlerin “sadece cezalandırıcı nedenlerle” suiistimal edilebilmesi olası olmakla beraber; hükümetler sorumluluk alanında herhangi cezalandırıcı bir yöntemin uygulanmasına karşı çıkmışlardır. Çünkü taslağın 3. kısımdaki maddelerin amacına aykırı olduğu gibi sadece cezalandırıcı amaçlarla karşı tedbirlerin uygulanmasına ne UHK ne de uluslararası yargı mercileri destek vermemektedir. Bu nedenle “sadece cezalandırıcı nedenlerle karşı tedbirler” e başvurulması sübjektif motivasyonlardan kaynaklanan sorunlarla haklı gerekçelerin karıştırılmasına neden olunabilir:

Hükümetlerin bu konudaki motivasyonlarının değerlendirilmesi zordur. Şöyle ki uygulanacak karşı tedbirler orantısızlığı beraberinde getirebilir. Buna karşın hedef devletin soruna eylemsiz olduğunu ilan etmesi zarar gören devletin karşı tedbirler almasını meşrulaştırmaz. Karşı tedbirler gelecek bir tehditten korkularak alınmaz. Zarar gören devleti de kapsayacak şekilde etkilenen devletlerin hakları dikkate alınarak objektif standartlara dayandırılması gerekmektedir (Crawford, 2002, 882-883). Hava Taşımacılığı Antlaşmasında kullanılan “karşı tedbirlerin aşırı oransız olmaması” şeklindeki negatif formül de haksız eylemle “orantılı” karşı tedbirlere başvurulması şeklindeki pozitif formüle dönüşmüştür. Bu değişikliklerle zarara zararlar karşılık vermenin pozitif bir şekilde devletin hareketlerine serbestliğe yol açarak karşı tedbirlerle ilgili daha esnek bir yaklaşım getirilmiştir. Bu her ne kadar küçük bir ayrıntı ise de UHK'nın Gabčíkovo-Nagymaros Davasında UAD'nin dile getirdiği “orantısallık” kavramını kabul etmesi bazı sorunları da beraberinde getirmektedir:

Bunlardan biri “uygun oranlı” kavramının UAD'nin tercih ettiği “orantısallı” kavramının yerinde kullanılabilmesinin tercih edilebilir olmakla beraber ve devletin orantısallıkla ilgili uygulamaları seyrek olmakla birlikte bu durumun nedeni çoğunlukla uluslararası olaylara devletin tepkisinin fazla olmamasında yatmaktadır. UHK'nın yayınlanmış yargı kararları dışındaki kaynaklara fazla gönderme yapmaması sonucunda bu kavramsal değişiklik devletin orantısallıkla ilgili uygulamalarının ağırlığı konusunda sorunlara yol açabilir:

İkinci husus Gabčíkovo-Nagymaros Davasında geçmeyen Taslağın 51. maddesindeki “uygun oranlı” kavramı nedeniyle, “uygun oranlı” kavramının “orantısallı” kavramından daha dar anlamda olduğu yönünde bazı devletler tarafından Taslak maddelere eleştiri getirilebilmektedir. Muhtemeldir ki “uygun oranlı” kavramı konuya farklı bir yaklaşım sergileyen Ago'nun 1971 yılındaki raporlarına dayanmaktadır. Maddenin

nihai taslağından farklı olarak Ago'nun versiyonu, haksız eylem yapan devleti uluslararası yükümlülüklerine uymayı mecbur etmek için, orantısız karşılık vermeye uyumlu olan sınırlı turanma şeklini benimsemektedir. Kısacası 51. madde düzenlemeleri komisyonun kendi doktrinine ve önceki mahkeme kararlarının ağırlığına ve devlet uygulamalarına dayanmaktan çok görünüş itibarıyla UHK'nın nötr ve üstün legal yetkisine dayanan bir tehlikeyi de beraberinde getirmektedir (Bederman, 2002, 822).

Bederman'nın 51.maddede geçen "orantılılık" kavramının Macaristan-Slovakya arasındaki su projeleriyle ilgili Gabcikovo-Nagymaros Davasını sonuçlandıran UAD tarafından kullanılan ve taslağın ilk okumasında UHK tarafından "oran dışında olmamak" anlamında benimsendiği değerlendirilmesi bağlamında düşünülürse, Bu da karşı tedbirler açısından önemli bir değişikliğe yol açmaktadır. Şöyleki:

Haksız eylem yapan devletin yaptığından vazgeçmeyeceği düşünülerek sadece cezalandırıcı nedenlerle karşı tedbirlerin kullanımı bu maddeler tarafından doğal kabul edildiği değerlendirilmektedir. Bu değişiklik UHK'nın daha önce uluslararası hukukun kaynaklarıyla ilgili şüpheye düştüğü konularda olduğu gibi karşı tedbirlerin amaç ve tabiatına vurgu yapmaktadır (Crawford, 2002, 882). Ne var ki bazı konulara açıklık getirilmesi gerekmektedir. UAD tarafından "orantısızlık" kavramının kullanılması dengelerin gözetilmesi için tüm faktörlerin dikkate alınması ilkesine aykırılık teşkil etmez. Bu kavram, çiğnenen kural tarafından korunan çıkarların önemini dikkate alacak şekilde yasal bir şekle kavuşturulması gerekmektedir (Commentaries, 2001, 341). Orantısızlığa dayanan karşı tedbirler sadece haksız eylemin durdurulması amacıyla değil, kısım 2 uyarınca yüklenilecek tazminin de sağlanmasına yönelik olmalıdır.

Bu anlamda Crawford da, uluslararası hukukun sadece cezalandırma amacıyla karşı tedbirlerin uygulanmasına izin vermediğini düşünmektedir. Karşı tedbirlere başvurulması daha da artan sorunlara neden olabilmektedir. Çünkü konuyla ilgili Taslak maddeler sorunu artırmayı önleme düşüncesiyle tasarlanmasına rağmen bir devlet tarafından karşı tedbirlere başvurulursa diğer tarafın da buna başvurusunu beraberinde getirmekte ve sorunun çözümünü zorlaştırabilmektedir. Crawford, bu çerçevede Taslak maddelerin "özellikle kötü niyetli devleti uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlamak için sınırlı gerginliği hariç tutmaktadır" diyen Bederman'a katılmamaktadır. Bilakis böyle bir durumda "sorumlu devlet yükümlülüğünü yerine getirir getirmez karşı tedbirlerin durdurulmasını gerektiren 53.madde uyarınca gerginliği azaltmaktadır (Crawford, 2002, 883).

Taslak maddeler üzerindeki tartışmalar sırasında bu ayırımın güçlü bir ikna edici yönü vardı. Fakat, özellikle 49 ve 52. maddeler başta olmak üzere bu Taslak metin tarafından getirilen koruyucu yöntemler açısından düşünülürse karşı tedbirler bağlamında olağan olmayan durumlar ortaya

çıkabilir. Bu düzenlemelerin ana dürtüsü, devletlerin karşı tedbirlerle ilgili değerlendirmelerine doğru ve şeffaf değerler katmaktır. Dikkatlice incelenirse UHK yaklaşımının uluslararası legal sürecin üzerinde ortaya çıkan bu etki, karşı tedbirlerin daha katı yorumunun yapılmasına yol açmıştır. Karşı tedbirlerle ilgili düzenlemeler zararlar karşılık ile eylemin tekrarlanması arasındaki ayırım gibi bazı şekilsel legal ayırımları sürdürme isteğini yansıtmaktadır (Bederman, 2002, 819). *UHK'nın bu konuda karşı karşıya kaldığı sorun iki yönlüdür: Karşı tedbirler ile var olan uyumsuzluğu çözme yükümlülüğü arasında nasıl bir bağlantı kurulacak ve karşı tedbirler rejiminin görünümü olarak anlaşmazlıkların çözümü nasıl teşvik edilecektir? 52 maddenin getirdiği önceki düzenleme, daha katı olması itibarıyla devletlerin sorumluluklarını yerine getireceğinden kaçınacakları düşüncesiyle bu maddedeki mevcut düzenleme getirilmiştir (Crawford, 2002, 884). Fransa ile ABD arasında imzalanan 1946 tarihli Hava Hizmetleri Antlaşması Davasında 1978 tarihli Hakem mahkemesi Kararına dayanarak düzenlenen 52. madde, hükümetlerden gelen yorumlar dikkate alınarak esas fikirden kopulmadan madde kapsamı aşağıdaki gibi değiştirilip basitleştirildi (Commentaries, 2001, 346):*

1. Karşı tedbirlere başvurmadan önce zarar gören devlet şu koşulları yerine getirecektir:

a) Sorumlu devleti 43. madde uyarınca işbu taslağın ikinci kısımdaki¹¹ yükümlülüklerini yerine getirmeye davet edecektir.

b) Sorumlu devlete karşı tedbirlere başvurulacağı ve müzakerelerde bulunma önerisini bildirecektir.

2. 1/b hükümlerinin yanında haklarını koruma gereği ortaya çıkması durumunda zarar gören devlet acil karşı tedbirlere başvurabilir.

3. aşağıdaki koşullarda karşı tedbirlere başvurulmaz, başvurulmuşsa hemen durdurulması gerekir:

a) Uluslararası haksız eylemin durdurulması ve

b) Tarafları bağlayacak yetkiye sahip bir Divan veya Hakem Mahkemesine uyumsuzluğun çözümü için başvurulması durumunda.

4. Sorumlu devlet iyi niyetle uyumsuzluğu çözme prosedürlerini uygulamazsa 3. paragraf uygulanmaz. (yani bu devlete karşı yapılacak karşı tedbirler meşru olacaktır)

¹¹ Bu kısım genel olarak haksız eylemi durdurma ve tekrarlamama, verilen zararın tazmin edilmesi, zararlı eylemin ulusal hukuka dayandırılmaması gibi yükümlülükler içermektedir.

8. ÜÇÜNCÜ DEVLETİN MÜDAHALESİ

Zarar gören devletten başka 3. devletlerin karşı tedbirlere başvurması sorununa gelince; UHK'nın nihai toplantısında en önemli sorunlarından biri de karşı tedbirlere zarar gören devlet dışındaki başka devlet/devletler tarafından başvurulması konusuydu. Dayanışma tedbirleri olarak da tanımlanan bu madde hükümleriyle ilgili öneriler UHK'nın içinde ve dışında destek bulmasına rağmen bazı hükümetlerce şiddetle karşı çıkmıştır (Crawford, 2002, 884).

Zarara uğrayan devletten başka bir devletin karşı tedbirlere başvurması başlığındaki 54. madde "Bu bölüm, 48.madde 1.paragrafın hükümlerine uygun olarak, hukuk ihlalinin durdurulmasını ve zarar gören devletin faydasına veya yükümlülüğü zedelenenlerin faydasına zararın onarılmasını sağlamak amacıyla bir devletin zarar veren devlete karşı hukuksal tedbirleri alma hakkına hanel getirmez." Şeklinde düzenleme getirerek bunu 48.maddedeki koşulların yerine getirilmesi durumunda söz konusu olacağını belirtmektedir. Bu koşullar dışında karşı tedbirlere başvurmak için 48. madde, sorumluluğun zarar gören devlet dışındaki devletin ileri sürme koşullarını ve hangi şeyleri ileri sürebileceğini şöyle belirlemektedir:

1. Zarar gören devletten başka bir devlet paragraf 2'ye göre şu koşullarda sorumluluğu ileri sürebilir:

a) ihlal edilen yükümlülüğün bu devletin de içinde bulunduğu bir grup devlete ait olması,

b) ihlal edilen yükümlülüğün bir bütün olarak uluslararası yükümlülüğü ilgilendirmesi

2. ilk paragraf çerçevesinde sorumluluğu ileri sürecektir devlet, sorumlu devletten şunların yerine getirilmesini isteyebilir:

a) Uluslararası haksız eylemin durdurulması ve 30. madde uyarınca bu eylemi tekrarlamayacağına garanti getirmesi,

b) Zarar gören devletin faydasına veya yükümlülüğü zedelenenlerin faydasına zararın onarımı yükümlülüğünü yerine getirmek.

3. 43, 44 ve 45. maddeler gereğince zarara uğrayan devlet tarafından sorumluluğun ileri sürülmesini düzenleyen hükümler, işbu maddenin 1. paragrafındaki koşullar çerçevesinde sorumluluğu ileri sürecektir başka bir devlete de uygulanır.

Bukonudaki uluslararası hukuk oldukça yenidir. Bazı devletler, henüz gelişim sürecinde olduğu için konuyla ilgili hukukun dondurulması eğilimindedirler.

Diğer devletler ise hukukun güçlendirilmesi ile müdahale arasında denge kurulmasıyla ilgili 54. maddenin oldukça tartışmalı bir konuya değindiğini düşünmekteydiler. Bu aynı zamanda BM antlaşması veya bölge teşkilleri uyarınca bireysel devlet eylemi ile kolektif önlemler arasındaki bağlantıyla ilgili sorunları yeniden gündeme taşımaktaydı. Devletlerin yorumları 54. maddenin ve özellikle 48. maddenin 2. paragrafının uluslararası hukukta bir dayanağının olmadığını ve bu düzenlemenin kaldırılması gerektiği yönündeydi. Çünkü buna dayanılarak güçlü devletler haksız olarak diğer devletlere zarar verebilmeleri ihtimali güçlü olup, sorumlulukla ilgili uyuşmazlıkları çözmeye aracı olarak başvuru karşı tedbirlerin amacı dışında kullanma riski yüksektir. Bu genel endişenin yanında hükümetler, zorlama tedbirleriyle ilgili BM kurucu antlaşmasınının 7. bölümü ile işbu taslağın 54. maddesi arasında daha açık bir bağlantının kurulması gerektiğini ve uluslararası toplumun yükümlülüklerinin çiğnenmesinin önlenmesi için BM aracılığıyla karşı tedbirlerin alınmasını ileri sürmüşlerdir (Fourth Report 2000, 25). Nitekim bu konuda UAD'nın Nikaragua'da askeri ve yarı askeri faaliyetler davasında 1986 yılında verdiği kararda bölgedeki zarardan etkilenebilecek devletlerin izni olmadan ABD'nin 3. devlet olarak tek başına Nikaragua'ya karşı her hangi bir faaliyette bulunamayacağını hükme bağlamıştır. Çünkü ABD'nin Nikaragua'dan kaynaklanabilecek bir eylemden etkilenme veya zarar görme durumu söz konusu değildir (Pazarıcı, 1999, 207; Commentaries, 2001, 355).

Bununla beraber yapılan tartışmalar sonucunda 54. maddenin mevcut haliyle düzenlenmesi kabul edilmiştir. Çünkü 54. maddenin Taslaktan çıkarılması, karşı tedbirlerin sadece zarar gören devletçe alınması gibi dar bir tanımlama getirileceğine yol açacağı düşünülmüştür (Fourth Report 2000, 25). Aslında Taslak maddeler sorumluluğu ileri sürme açısından zarar gören devlet (m.42) ile görmeyen devlet (m.48) arasında ayırım yapmaktadır. 42. maddede geçen zarar tanımlanması, antlaşmaların esaslı ihlaliyle ilgili 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 60. maddesindeki düzenlemeye yakındır. Bu maddenin (a) bendi uyarınca ihlal edilen bir yükümlülükten zarar gören bir devletin, ihlali yapan devletin sorumluluğunu ileri sürebilir. İkili antlaşmalarda olsun, çok taraflı antlaşmalarda olsun veya uluslararası teamül kurallarında olsun çiğnenen bir yükümlülük sonucunda zarar ortaya çıkmaktadır. (b) bendi uyarınca ihlal edilen bir yükümlülükten özellikle bir devlet olumsuz etkileniyorsa veya devletin içinde bulunduğu diğer tüm devletler topluluğunun konumunu köklü bir şekilde değiştiriyorsa sorumluluğun ileri sürülmesi söz konudur. Nükleer denemeleri yasaklayan antlaşmaların ihlali ilgili tüm devletlere karşı yükümlülüklerin çiğnenmesi anlamına gelmektedir.

UHK'nın zarar gören ve görmeyen devlet ayırımında bulunmasının nedeni soykırım ve köleliğin yasaklanması gibi konularda yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlarda bu eylemden dolayı diğer devletin zarar görüp görmediğine bakılmaksızın sorumluluğu ileri sürebileceği varsayımından kaynaklanmaktadır. aslında sorumluluğu ileri sürebilecek zarar görmeyen

devletle ilgili 48.madde hükmü ile 42/b-ii madde hükümleri benzer koşullar içermektedir (Weiss, 2002, 802). Ne var ki genel veya ortak çıkarlar için alınan karşı tedbirlere ilişkin uluslararası hukuk şüphesiz ki belirsizdir. Fakat özel raportörün görüşünde olduğu gibi, uluslararası hukuka aykırı olmayan bir yardımlaşmada karşı tedbirlere başvurulmasının güçlü devletlerin veya müttefiklerinin bireysel çıkarlarını etkileyen ihlalle sınırlı olduğu tezi destek görmemektedir. İkili antlaşmaların getirdiği yükümlülüklerle karşılaştırılırsa uluslararası topluma karşı olan yükümlülükler “ikinci sınıf” yükümlülükler değildir. Genellikle ciddi uluslararası hukuk ihlallerinden kaynaklanan insani ve diğer krizlerin çözümünde uluslararası örgütlere görev düştüğü düşüncesi olsa da devletler bireysel eylem yetkilerinden vazgeçmemektedirler. Bundan dolayı 54. madde kaldırılarak en azından koruyucu nitelikte düzenleme yapılabilirdi (Fourth Report 2000, 25). 27.maddede belirtildiği gibi, (taslağın şimdiki 16.maddesi¹²) devlet durumun farkında olarak haksız eylem için yardıma bulunabilir. Diğer taraftan madde hükmü bunu içermemekle beraber yapılan yardımın maddi anlamda sonuç doğurması gerekecektir. Aksi halde haksız eyleme yapılan yardımın haksızlık teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 60 maddesi maddi ihlali “antlaşmaya başarı sağlayacak esas düzenlemelere yapılan ihlal” olarak değerlendirmektedir. Eğer yapılan yardım antlaşma hükümlerini esasen etkilemezse maddi ihlal söz konusu olmayacaktır (Second Report, 1999, 180).

Uluslararası yargı açısından düşünülürse, UAD Statüsünün 62. maddesi uyarınca üçüncü bir devlet herhangi bir uyuşmazlıkta kendisi için hukuksal nitelikte bir çıkarın söz konusu olduğu durumlarda Divan önünde görülmekte olan bir davaya Divanca uygun görülürse müdahil olma hakkı vardır. Söz konusu devletin hukuksal çıkarının etkilenip etkilenmediği ve ne kadar etkilendiği Divan tarafından belirlenmektedir. UAD şimdiye kadar sadece iki defa üçüncü tarafın davaya müdahil olmasına izin vermiştir: Biri 1990 yılında El Salvador ile Honduras arasındaki kara, ada ve deniz sınırları uyuşmazlığı Davasında, Fonseca Körfezi sularının hukuksal rejiminin düzenlenmesiyle ilgili üçüncü taraf olarak Nikaragua'nın müdahil olmasının kabul edilmesidir. Diğeri de 1999 yılında Kamerun ile Nijerya arasındaki uyuşmazlıkla ilgili davada iki devlet arasındaki deniz sınırlarının düzenlenmesinde hukuksal çıkarının korunması için Ekvator Gine'sine müdahil olma hakkı tanınmasıdır (Weiss, 2002, 806-807).

¹² Taslağın kısım I, bölüm dört başlığı altındaki 16. maddeye göre uluslararası haksız eylemde bulunulmasında bir devletin diğer devlete yardım etmesi şu koşullarda haksız eylem oluşturmaktadır: Devletin yardım ettiği haksız eylem durumundan haberdar olması ve yardım edilen aynı eylemin bu devlet tarafından da işlenirse uluslararası haksız eylem oluşturmastır.

9. SONUÇ

Egemenlik yetkilerine fazla sınırlama getirilmesine yanaşmayan devletlerin de etkisiyle Taslak metnin bu kadar uzun bir zaman sürecinde oluşturulması, uluslararası hukukun geliştirilmesinde istenen hızın kaydedilmesini de geciktirmiştir. Nitekim devletler arasında yapılan iki taraflı veya çok taraflı ticaret antlaşmalarında yükümlülüklerini yerine getirmeyen bir devlete karşı antlaşmaya taraf olan devletlerce veya başka devletlerce sorumluluk ileri sürülebileceği halde, Taslak belgede uluslararası örgütlerin bu konudaki işlevlerine değinilmemiştir. Gerçek kişilerin ve tüzel kuruluşların giderek önem kazandığı günümüzde sorumluluk ihlalinin olumsuz etkilenen şahıs veya özel şirketlerin sorumluluğu ileri sürme yetkileri tanınmadığı, bunların mensubu oldukları devletin bu konuda yetkili olduğunu hükme bağlayan Taslak belge, devletlerin egemen yetkileri çerçevesinde sorumluluk sorunlarına düzenleme getirmektedir. Taslak metin, *uluslararası sorumluluğu kesinleşen bir devlete yüklenilen zarar giderim uygulamalarını ve bunları yerine getirip getirmemesini denetleyecek belirli bir uluslararası organa değinmemesinin yanı sıra konu ettiği uyuşmazlıkların görüşmeler ve yargısal yollarla çözülmesiyle ilgili belirli bir sistem getirmemiştir. Zarara zararlar karşılık vermesini içeren karşı tedbirlerle ilgili getirilen hükümler itibarıyla düşünülürse, yükümlülük ihlalinin saptanarak sorumluluğun ileri sürülmesi sonucundan ilgili devletin verdiği zararı telafi etmemesi durumunda, verilen zarara zararlar karşılık vermenin hukuka uygun olabileceği sonucunu doğuran Taslak belge, uluslararası örgütlere yükümlülük ihlali tespit edip sorumluluğu ileri sürme yetkisiyle ilgili bir düzenleme getirmemiştir.*

Geleceği önceden görebilmek açısından devletin sorumluluğunu düzenleyen Taslak belgenin hukuksal görüşleri, devletin davranışlarını ve planlarını organize edecek şekilde açığa kavuşturulması hayati önem taşımaktadır. Taslak maddelerin sorumluluk alanına giren konuları detaylı olarak düzenlemediği eleştirmek mümkün olmakla birlikte, Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Diplomatik Ayrıcalıklar ve Dokunulmazlıklar Sözleşmesi ve Deniz Hukuku Sözleşmesi gibi, UHK'nın bu konudaki çalışması ile değişen şartlar ışığında geleceğin gelişen hukukuna önemli katkı sağladığını göz önünde bulundurmamak gerekmektedir (Rosenstock, 2002, 797).

Eğer devletler diplomatik bir konferansla her hangi bir değişikliğe gitmezlerse UHK'daki hakim eğilim Taslak metnin BM Genel Kurulu tarafından kabul edilmesinin yeterli işlem olacağı yönündedir (Crawford, 2002, 889). Caron'un Taslak maddelerin UHK metni olarak çok taraflı bir antlaşmadan daha fazla etkili olabileceğini bunun önemli paradoks oluşturduğu düşüncesi (Caron, 2002, 857) dikkate alınursa, devletlerin uygulamalarında, hakem mahkemesinde ve uluslararası mahkemelerde bu maddelere atıfta bulunulması çok taraflı antlaşmaya dönüşmemekle birlikte uyuşmazlık davalarında halen referans kaynağı olarak değerlendirilebilir. Caron'un devletin sorumluluğuna ilişkin UHK'nın bu çalışması sadece

dikkatli bir şekilde tartılır; yorumlanır ve uygulanırsa uluslararası toplumun ihtiyacına en iyi şekilde cevap verebileceği yaklaşımı (Caron, 2002, 857) isabetli bir değerlendirmedir. UHK'nın da ilk planda tavsiyesi bu maddelerin uluslararası uygulamalarda test edilmesi ve davalarda yapılacak değerlendirme ve yorumlarla süreklilik arz edebileceği yönündedir. Caron'un (2002, 865) doğru bir şekilde tespit ettiği gibi bir çok devletin hukuk yapıcı metinlerle ilgili zafiyeti belirli standardın oluşmasını güçlendirmektedir.

Hukuksal olarak düşünülürse, akabinde devletlerin onayına konu olan hukuk yaratıcı bir metnin diplomatik bir konferansa standart bir metot sunabilmesi tercih edilen bir yöntemdir. Uluslararası hukukun iç hukuku etkilediği alanlarda bu özellikle tercih edilen bir durum olup Diplomatik ve Konsolosluk ilişkilerine dair Viyana Sözleşmesi bu konuda dikkati çeken bir örnektir. Devletin sorumluluğuyla ilgili sekonder kurallar dolaylı da olsa ulusal mahkemelerin kararlarında referans alınabilmektedir. UHK'nın teamül hukukuyla ilgili yaptığı çalışmalar doğal olarak genel hukuk prensiplerine aykırı olmamayı gerektirmektedir (Crawford, 2002, 890). Henüz sözleşme niteliğini kazanmamış Taslak belgenin devletler arasında sorumluluk konusunda ortaya çıkan sorunların çözümünde ne kadar referans kaynağı olacağını zaman gösterecektir.

KAYNAKLAR

- Akıntürk, T.** (1991). *Temel Hukuk*, fasikül:2, Eskişehir, Anadolu Ü. Yayınları
- AnaBritannica** (1994). C.14, İstanbul, Hürriyet Yayınları.
- Annual Report** (2000) *International Law Commission*, ss.10-140 (Çevrimiçi) <http://www.un.org/law/ilc/reports/2000/english/chap4.pdf> , 24.06.2005.
- Annual Report** (2001) *International Law Commission*, ss.29-365 (Çevrimiçi) <http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/english/chap4.pdf> , 24.06.2005.
- Ardıç O.-Ersol E.** (2003). *Borçlar Hukuku*, 2.baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Bederman , D. J.** (2002). Counterintuiting Countermeasures, *American Journal of International Law*, Vol.96, no.4, October, ss.817-832.
- Bodansky, D. and Crook, J.R.** (2002). Symposium: The ILC's State Responsibility Articles Introduction and Overview, *The American Journal of International Law*, Vol. 96, no.4, October, ss.773-791.
- Borchard, E. M.** (1913). *International Responsibility of State for Injuries Sustained by Aliens During Civil War; Proceedings of the American Political Science Association, Vol. 10 Tenth Annual Meeting*, ss.117-124.
- Caron, D.** (2002). The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority, *The American Journal of International Law*, Vol. 96, no.4, October, ss.857-873.
- Crawford, J.** (2002). The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect, *American Journal of International Law*, Vol.96, no.4, October, ss.874-890.
- Crawford, J.; Peel, J.; Olleson, S.** (2001). The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading, *EJIL*, (2001), Vol.12, No.5, ss.963-991.(Çevrimiçi) <http://www.ejil.org/journal/Vol12/No5/120963.pdf>, 24.06.2005.
- Commentaries** (2001). Commentaries to the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, *Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session*, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.2, November, ss.59-365. (çevrimiçi) <http://lcil.law.cam.ac.uk/ILCSR/Statresp.htm>, 24.06.2005.
- First Report** (1998). First report on State responsibility, prepared by

James Crawford, *International Law Commission*, Fiftieth session, A/CN.4/490, Geneva, 20 April-12 June, par.1-101. (çevrimiçi) <http://lcil.law.cam.ac.uk/ILCSR/rft/A490e.rtf> ,24.06.2005.

Fourth Report (2000). Fourth report on State responsibility, prepared by James Crawford, *International Law Commission*, Fifty-third session, Geneva, 23 April-1 June, 2 July-10 August, par.1-25. (Çevrimiçi) [http://lcil.law.cam.ac.uk/ILCSR/SR4A\(sf\).doc](http://lcil.law.cam.ac.uk/ILCSR/SR4A(sf).doc), 24.06.2005.

Gözübüyük, A. Ş. (1986). *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 5.bası, Ankara, Sevinç Matbaası.

Lauterpacht Research (2003). Responsibility Project, *Lauterpacht Research Centre for International Law*, (Overview of the work of the ILC ve History of the Second Reading başlığında), (çevrimiçi) <http://lcil.law.cam.ac.uk/ILCSR/Statresp.htm#Intro>, 24.06.2005.

Pazarıcı, H. (1999). *Uluslararası Hukuk Dersleri*, III.Kitap, 3.baskı, Ankara, Turhan Kitapevi.

Rosenstock, R. (2002). *The ILC and State Responsibility*, *The American Journal of International Law*, Vol.96, no.4, October, ss.792-797.

Second Report (1999). Second report on State responsibility, prepared by James Crawford, *International Law Commission*, Fifty-first session, A/CN.4/498, Geneva, 3 May–23 July, par.1-392. (Çevrimiçi) <http://lcil.law.cam.ac.uk/ILCSR/498.e.doc> 24.06.2005.

Shelton, D. (2002). Righting Wrongs: Reparations in The Articles on State Responsibility, *The American Journal of International Law*, Vol. 96, no.4, October, ss.833-856.

Third Report (2000). Third report on State responsibility, prepared by James Crawford, *International Law Commission*, Fifty-second session, A/CN.4/507/Add.1, Geneva, 1 May-9 June, 10 July-18 August, par.120-223. (Çevrimiçi) [http://lcil.law.cam.ac.uk/ILCSR/STR3A\(f\).doc](http://lcil.law.cam.ac.uk/ILCSR/STR3A(f).doc), 24.06.2005.

Weiss, E. B. (2002). Invoking State Responsibility in the Twenty-first Century, *The American Journal of International Law*, Vol. 96, no.4, October, ss.798-816.

