



## Uluslararası Hukukta Eylemin Devlete Atfedilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ülke Dışı Yetki Arasındaki İlişki

### The Relationship Between Attribution of an Act to a State in International Law and Extraterritorial Jurisdiction within the Context of the European Convention on Human Rights

Miray Azaklı Köse<sup>\*</sup>

#### Öz

Uluslararası hukukta hukuka aykırı eylemin devlete atfedilmesi devletin sorumlu tutulabilmesinin bir koşuludur ve özel kurallar uyarınca gerçekleştirilmektedir. Atfedilme, uluslararası hukuka aykırı eylemin devlete bağlanması işlemidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında çoğu halde bu işlem zımni olarak gerçekleştirilmektedir. Ancak atfedilmeye ilişkin kurallar, AİHM uygulamasında hukuka aykırı eylemin devlete bağlanabilmesinin ötesinde davalı devletin ülke dışı yetkisinin kurulması noktasında da gündeme gelmektedir. Söz konusu davalarda teorik bakımdan birbirinden ayrı iki mesele olan yetki ile atfedilme iç içe geçmiş haldedir. Bu çalışmada söz konusu yaklaşımın uluslararası hukuka uygun olup olmadığı incelenecektir. *Jaloud v Netherlands* kararı atfedilme-yetki arasındaki teorik ayrımın AİHM tarafından onaylanması bakımından önemli bir karardır. Doktrinde yetki-oluşturan eylem ile ihlal-oluşturan eylem ayrımı yapılarak bunların her zaman aynı eylemler olmayabileceği belirtilmektedir. İki mesele arasında yapılacak ayırım bu bakımdan önemlidir. Çalışmanın cevaplamayı amaçladığı diğer bir soru AİHM'in yetki bağlamında, genel uluslararası hukukta kabul edilen "etkin kontrol" kriteri dışında kendine özgü bir kriter uygulayıp uygulamadığıdır. Bu amaçla çalışmanın ilk kısmında uluslararası hukukta atfedilmenin ne anlama geldiği ve uluslararası hukukta atfedilmeye ilişkin kurallar incelenmiş, ikinci kısımda ise AİHM'in ülke dışı yetkiye ilişkin içtihadı yukarıdaki sorular ışığında değerlendirilmiştir.

#### Anahtar Kelimeler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ülke dışı yetki, etkin kontrol, sorumluluk, atfedilme

#### Abstract

Attribution of an internationally wrongful act to the state is a condition of holding a state responsible in international law and it operates according to special rules for that purpose. In most cases, it is an implied process in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. Rules regarding attribution are not only in place while connecting a wrongful act to the State but are also applied when the respondent State's extraterritorial jurisdiction is in question. In those cases, jurisdiction and attribution, two theoretically distinct issues, become intertwined. This study examines whether that approach is in conformity with international law. *Jaloud v Netherlands* is a significant judgment since the theoretic distinction between jurisdiction and attribution has been adopted by the European Court of Human Rights. It has been argued that a jurisdiction-establishing act and violation-establishing act must be held separately and that the two might not refer to the same acts in every case. Therefore, the distinction between the two is significant. Another question this study aims to answer is whether the Court applies its own criteria other than "effective control" which is recognized in general international law. To this end, the first part of the study examines what attribution means in international law, and the second part analyzes the Court's jurisprudence in light of the questions mentioned above.

#### Keywords

European Court of Human Rights, extraterritorial jurisdiction, effective control, responsibility, attribution

\* **Sorumlu Yazar:** Miray Azaklı Köse (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: [miray.kose@medeniyet.edu.tr](mailto:miray.kose@medeniyet.edu.tr) ORCID: 0000-0002-9723-8618

**Atf:** Azaklı Köse M, "Uluslararası Hukukta Eylemin Devlete Atfedilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ülke Dışı Yetki Arasındaki İlişki" (2021) 41(1) PPIL 261. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.908748>



### **Extended Summary**

Attribution of an internationally wrongful act to a State is one of the fundamental conditions of responsibility. International law provides special rules regarding attribution, most of which have customary rule character and have been codified in *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (ARSIWA) by the United Nations International Law Commission. This document has not yet become a convention and is therefore not binding as a written document. As mentioned, however, because most of the rules represent customary international law, international courts and tribunals frequently refer to them in their judgments. Although rules regarding attribution have been designed for the special purpose of connecting an internationally wrongful act to a State, they are applied in different contexts in some cases. For instance, the European Court of Human Rights practice shows that when extraterritorial jurisdiction is in question, the issues of attribution and jurisdiction intertwine. The Court does not make a clear theoretic distinction between the two in most cases. That has been seen as problematic by legal scholars, some of whom have argued that this approach is not in conformity with international law. In our view, treating these two issues as if they are the same is contrary to the principles of the ARSIWA and therefore to international law. The rules regarding attribution are not designed for that purpose, i.e., for connecting any acts to a State other than wrongful ones. In some cases, acts taken into account to establish jurisdiction and acts taken into account for responsibility of the State might be different. Consequently, considering the issues in the same vein is also theoretically problematic.

Of the eight articles in ARSIWA that address attribution, three of them are deemed as core principles: Articles 4, 5, and 8. According to Article 4, the conduct of any State organ that has that status in accordance with the internal law of the State shall be considered an act of that State under international law. Article 5 refers to persons or entities exercising elements of governmental authority. According to Article 5, the conduct of persons or entities empowered by the law of a State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of that State under international law. Article 5 refers to public corporations, semipublic entities, public agencies, and private companies that are empowered by the law of the State to exercise public functions normally exercised by State organs. Finally, according to Article 8, the conduct of a person or persons shall be considered an act of a State under international law if that person or group of persons is acting on the instructions of or under the direction or control of the State in carrying out the conduct. Although “effective control” criteria has not been provided in the article, international jurisprudence reflects that “effective control” of the State over the conduct is deemed as the threshold for holding a State responsible according to that rule.

Article 1 of the European Convention on Human Rights stipulates that parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of the Convention. This article has been a starting point for extending the Court's jurisdiction outside the contracting parties' territories. It has however not clarified what establishes a State's extraterritorial jurisdiction. The Court has various judgments on the subject. For instance, in *Loizidou v Turkey*, the Court referred to "the relevant principles of international law governing State responsibility" and State's "effective control of an area." The Court found however that it was not necessary to determine whether Turkey actually exercised detailed control over the actions of the authorities of the Turkish Republic of Northern Cyprus. Conversely, customary international law dictates otherwise, that "effective control on the *act* claimed to be unlawful" is the crucial point to attribute an act to the State. If the Court had applied a lower threshold regarding jurisdiction of the State compared to effective control test, that would have been acceptable. In *Loizidou*, however, the Court evaluated jurisdiction and responsibility together and applied that lower threshold to attribution question too, while referring to the relevant principles of State responsibility.

On the contrary, in *Jaloud v Netherlands*, the Court stated that "the test for establishing the existence of 'jurisdiction' under Article 1 of the Convention had never been equated with the test for establishing a State's responsibility for an internationally wrongful act under general international law." In this way, the Court successfully divided the two theoretically different issues. Consequently, acts and omissions of Netherlands military personnel and investigative and judicial authorities, not a general or effective control of the Netherlands over an area, gave rise to the responsibility of the Netherlands. In *Jaloud*, the test of "effective control of an area" is relevant when the Court examines extraterritorial jurisdiction.

ARSIWA does not deal with the jurisdiction issue. Article 2 sets the conditions of international responsibility of a State and provides that there are two conditions of responsibility: (1) attribution of an act to the State under international law and (2) a breach of an international obligation of the State. In other words, ARSIWA has not stipulated the criteria applicable to the jurisdiction problem. The Court's developing its *own* criteria such as "effective control of an area" or "effective overall control" regarding jurisdiction has therefore not been prohibited by the law of State responsibility. Consequently, this practice regarding jurisdiction is not contrary to international law. When it comes to attribution, however, both customary international law and jurisprudence are quite clear that State's "effective control" on the act to be claimed unlawful is a *sine qua non* condition of attribution within the context of Article 8 of ARSIWA. Article 8 refers to instruction, direction, or control of a State as reflections of effective control. In this regard, the jurisdiction-establishing conduct and violation-establishing conduct duality offered by *Milanovic*, becomes

crucial while examining jurisdiction and attribution. *Milanovic* rightly argues that the conduct claimed to be unlawful and the conduct that establishes a State's extraterritorial jurisdiction do not have to be the same in every case. The conduct to be considered while examining those issues is therefore as significant as the tests regarding jurisdiction and attribution.

## Uluslararası Hukukta Eylemin Devlete Atfedilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde lke Dışı Yetki Arasındaki İlişki

### I. Giriş

Devlet, soyut bir varlık olması nedeniyle eylemlerini organ ya da görevlileri eliyle gerçekleştirmektedir. Bazı hallerde ise özel kişiler adeta devletin bir uzantısı, ajanı gibi hareket ederek eylemleri ile devletin sorumluluğuna yol açabilmektedir. Uluslararası hukukta devlet organı kavramı, yalnızca devletin iç hukuku uyarınca bu statünün tanındığı birimlerden ibaret olmayıp, özel kişilerin eylemleri de belirli koşullar altında devlete atfedilebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, uluslararası hukukta ilgili devletin iç hukuku uyarınca görevli ya da organ statüsü taşımayan kişi veya birimlerin eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğunun öne sürülebilmesi için eylemin devlete bağlanabilmesini sağlayan “atfedilme” işleminin gerçekleştirilmesi gerekir. Hatta atfedilme, devletin uluslararası sorumluluğunun ayrılmaz bir unsurunu oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)<sup>1</sup> temelinde devletin insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlali de uluslararası sorumluluğun bir görünüm biçimidir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında özel kişilerin hukuka aykırı eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğu öne sürüldüğünde, devletin ilgili hakkı korumak için yeterli tedbiri almamış olması, yani önleme yükümlülüğü veya özel kişileri cezalandırmaması temelinde sorumlu tutulması mümkün olduğundan; çoğu durumda ayrıca bir atfedilme işlemine ve devletin özel kişinin eyleminden sorumluluğunun araştırılmasına gerek duyulmamaktadır. Belirtelim ki, bu halde ihmal suretiyle yükümlülüğü ihlal eden eylem; devlete aittir. Diğer bir ifadeyle, bu halde özel kişinin hukuka aykırı eylemi devlete atfedilmemektedir. AİHM içtihadında gerçek anlamda özel kişilerin eyleminin devlete atfedilmesinin söz konusu olduğu sınırlı durumlarda ise bu işlem çoğu halde açıkça adlandırılmadan sorumluluk başlığı altında zımnî olarak gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan, AİHM içtihadında devletin önleme ve cezalandırma yükümlülüğü temelinde sorumluluk kurulabildiğinden ve yalnızca sınırlı durumlarda özel kişilerin eyleminin devlete atfedilmesine başvurulduğundan, atfedilmenin sorumluluk teorisi bakımından anlamı yeterince ortaya çıkarılamamıştır.

Bu belirsizlik nedeniyle, AİHM uygulamasında devlet dışı aktörlerin eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğunun ve AİHS bağlamında devletin ülke dışı yetkisinin bir arada öne sürüldüğü bazı davalarda, ülke dışı yetkinin kurulmasında aranan devletin “etkin kontrol”ü ile, atfedilme bakımından aranan devletin eylem üzerinde “etkin kontrol”ü iç içe geçmiş ve aynı hususu ifade eder haldedir. Diğer bir ifadeyle, yetki ile atfedilme birbirinden ayrılmayarak tek bir etkin kontrol testi neticesinde hem

<sup>1</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR).

yetkinin hem de devlet dışı aktörlerin eylemlerinden sorumluluğun bulunduğu hükmedilmektedir. Örneğin, Moldova'nın Transdinyester bölgesinde faaliyet gösteren ayrılıkçıların yani devlet dışı aktörlerin eylemleri nedeniyle Rusya'nın sorumluluğunun öne sürüldüğü *Ilascu and Others v Moldova and Russia* davasında AİHM'in içtihadı bu yöndedir. AİHM yapmış olduğu değerlendirmede Rusya'nın Transdinyester'de bir ayrılıkçı rejim kurulmasına askeri ve siyasi destekte bulunarak yardım ettiği ve kendi askeri personeli ile çatışmalara katıldığı gerekçesiyle ayrılıkçıların hukuka aykırı eylemlerinden sorumluluğunun söz konusu olduğunu ifade etmiştir.<sup>2</sup> Ayrıca Rusya 1992'de yapılan ateşkes anlaşmasından sonra da ayrılıkçı rejime askeri, siyasi ve ekonomik yardımda bulunmaya devam etmiş; böylelikle rejimin güçlenmesini ve Moldova karşısında belirli ölçüde otonomi kazanmasını sağlamıştır.<sup>3</sup> Rusya'nın yardımı ile kurulan ve kendisine ait organlar ve idareye sahip olan ayrılıkçı rejim (*Moldovan Republic of Transdniestria* - "MRT") Rusya'nın etkin otoritesi (*effective authority*) veya en azından mutlak etkisi altındadır ve her halükarda varlığını Rusya tarafından verilen askeri, ekonomik, finansal ve siyasi yardım sayesinde sürdürmektedir.<sup>4</sup> Bu değerlendirmeler neticesinde AİHM yetki ile atfedilme meselesini bir arada ele alarak, Rusya'nın hem AİHS'nin 1. maddesi bağlamında ülke dışı yetkisinin bulunduğu hem de şikayet konusu eylemler nedeniyle sorumluluğu bulunduğu hükmetmiştir.<sup>5</sup> Kararda, Rusya'nın bölge üzerindeki kontrolünden ziyade MRT üzerinde yeterli kontrol veya etkiye sahip olup olmadığı araştırılmıştır.<sup>6</sup> Ayrıca AİHM'in Rusya'nın AİHS bağlamında ülke dışı yükümlülüklerini açıklarken pozitif yükümlülük doktrinine başvurmamış olması da, atfedilme bağlamında ayrılıkçıların eylemlerinden sorumlu tutulduğunun göstergesi olarak kabul edilmiştir.<sup>7</sup>

Ancak bu yaklaşım genel uluslararası hukuka aykırı olduğu gibi; ülke dışı yetkinin kurulmasını sağlayan eylemler her halde sorumluluğu doğuran eylemler ile aynı değildir. Diğer yandan, MRT'nin eylemleri nedeniyle Rusya'nın sorumluluğunun öne sürüldüğü *Catan and Others v Moldova and Russia* davasında<sup>8</sup> yetki ve atfedilme birbirinden ayrı meseleler olarak ele alınmıştır. Yetki meselesini değerlendirirken AİHM, MRT'ye ait dava konusu eylemlerin gerçekleştiği 2002-2004 yılları arasında Rusya'nın MRT üzerinde etkin kontrole sahip olup olmadığı sorusuna cevap aramıştır.<sup>9</sup> Bu konuda *Ilascu and Others v Moldova and Russia* davasında yaptığı değerlendirme ile bağlı kalacağını belirtmiş ve MRT'nin söz konusu dönemde Rusya'nın askeri,

2 *Ilascu and Others v Moldova and Russia* App No 48787/99 (ECtHR, 8 July 2004) para 382.

3 *Ibid.*

4 *Ibid* para 392.

5 *Ibid* para 394.

6 Jane M. Rooney, 'The Relationship between Jurisdiction and Attribution after *Jaloud v. Netherlands*' (2015) 62 *Netherlands International Law Review* 407, 418.

7 *Ibid.*

8 *Catan and Others v. Moldova and Russia* App No.s 43370/04, 8252/05, 18454/06 (ECtHR, 19 October 2012).

9 *Ibid* para 116.

ekonomik ve siyasi desteği sayesinde varlığını sürdürebildiğini ve Moldova'nın ve uluslararası toplumun uyuşmazlığın çözümü yönündeki çabalarına direnebildiğini kaydetmiştir. Bu şartlar altında MRT'nin Rusya'nın sağlamış olduğu desteğe yüksek düzeydeki bağımlılığı, Rusya'nın MRT idaresi üzerindeki etkin kontrolü ve mutlak etkisinin kuvvetli bir göstergesi olarak kabul edilmiştir.<sup>10</sup> Bundan sonra AİHS ve 1 No.lu Protokol'e dayanan ihlal iddiaları bakımından Rusya'nın sorumluluğunu ayrı olarak inceleyen AİHM, Rus görevlilerin şikayet konusu tedbirlere doğrudan katılımı olmadığı sonucuna vardığı halde<sup>11</sup>, yetki meselesi bağlamında Rusya'nın sahip olduğu etkin kontrolü gerekçe göstererek yerel idarenin politikası ve eylemleri üzerinde Rusya'nın detaylı kontrolünün araştırılmasına gerek bulunmadığına hükmetmiştir.<sup>12</sup> Buna göre Rusya'nın askeri, ekonomik ve siyasi desteği olmaksızın varlığını sürdürmesi mümkün olmayan MRT'nin başvuruçuların eğitim hakkını ihlal ettiği tespit edilen eylemlerinden Rusya'yı sorumlu bulmuştur.<sup>13</sup> *Catan and Others v. Moldova and Russia* kararı yetki ve atfedilmenin ayrı meseleler olarak ele alınması bakımından önemli bir karar olmakla birlikte, AİHM'in ihlalin devlete atfedilmesi bakımından eylem üzerinde etkin kontrolün varlığını aramamış, bu konuda yetki çerçevesinde etkin kontrolün var olduğu tespitine atıf yapmakla yetinmiştir. AİHM'in *Jaloud v Netherlands* kararı<sup>14</sup> da (devlet görevlilerinin eylemleri nedeniyle sorumluluk öne sürülmüş ise de) yetki-atfedilme ayrımının yapılması yönündeki bu yaklaşımın son dönemdeki örneklerinden biridir.

Bunun yanı sıra, devlet dışı aktörler yerine devlet görevlilerinin eylemlerinin hukuka aykırılığının ve devletin bu görevlileri vasıtasıyla ülke dışında etkin kontrol sağlayarak yetkiye sahip olduğunun birlikte öne sürüldüğü (örneğin ülke dışı askeri operasyonların söz konusu olduğu) davalarda da yetki ve atfedilme ayrımı önemli hale gelmektedir. Bu halde devlet dışı aktörlerin eylemleri söz konusu olmadığından atfedilme bağlamında ayrı bir etkin kontrol testi uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle etkin kontrol testi bağlamında yukarıda sözünü ettiğimiz ikilik ortaya çıkmamaktadır. Ancak bu halde de devlet görevlilerinin ülke dışı yetkinin kurulması bağlamında dikkate alınacak eylemleri ile devletin sorumluluğunun doğması bakımından dikkate alınacak eylemleri birbirinden farklı olabileceğinden yetki-atfedilme ayrımının yapılması yine önem arz etmektedir.

Aşağıda atfedilmenin genel uluslararası hukuktaki anlam ve işlevi açıklandıktan sonra AİHM içtihadında yetki ile atfedilme arasındaki ilişki incelenecektir.

<sup>10</sup> İbid para 122.

<sup>11</sup> İbid para 149.

<sup>12</sup> İbid para 150.

<sup>13</sup> İbid.

<sup>14</sup> *Jaloud v Netherlands* App No 47708/08 (ECtHR, 20 November 2014).

## II. Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi Meselesi

### A. Genel Olarak

Uluslararası hukukta bir devletin sorumlu tutulabilmesi için sorumluluğu gerektiren davranışla devlet arasında bir bağın kurulması gerekir. Atfedilme, bir gerçek kişinin ya da birimin eyleminin uluslararası hukukta devletin eylemi (*act of state*) sayılıp sayılamayacağı ve devletin sorumluluğuna yol açmaya ehil olup olmadığının tespit edilmesi işlemidir.<sup>15</sup> Bu bakımdan atfedilme, devletin sorumluluğu bağlamına özgüdür.<sup>16</sup> Dolayısıyla hukuka uygun bir eylemin devlete ait olup olmadığının belirlenmesi bağlamında atfedilmeye ilişkin kuralların uygulanması tartışmalı görünmektedir. Devlet adına hareket etmekle birlikte, ilgili devletin iç hukukunda bu statüyü haiz olmayan kişiler dahi, devlet adına hareket eden organ kavramı içerisinde yer alabilmektedir.<sup>17</sup>

Özetle atfedilme, bir eylem; daha doğru ifadesi ile “uluslararası hukuka aykırı bir eylem” ile devlet arasında sorumluluk neticesini doğuracak bir bağ kurulabilmesidir. Örneğin uluslararası hukukta kural olarak devlet, özel kişilerin eylemlerinden sorumlu değildir.<sup>18</sup> Bu sorumluluğun doğabilmesi için devletin eylem üzerinde belirli bir ölçüde kontrolünün olması gerekir. Yani burada, devletin sorumluluğunun doğabilmesi için hukuk uygulayıcısının eylem ile devlet arasındaki bağı tespit eden bir mantıksal çıkarımda bulunması, bir “ek işlem” yapması gerekir.

Devlet bir tüzel kişi olduğundan, eylemlerini organ veya görevlileri vasıtasıyla gerçekleştirir. Bu bakımdan apaçık bir devlet organının eylemi söz konusu olduğunda dahi, bu organın eylemi devlet tüzel kişiliğine atfedilmektedir.

### B. Genel Uluslararası Hukukta Atfedilmeye İlişkin Kurallar

Uluslararası hukukta atfedilmeye ilişkin kurallar teamül hukukuna dayanmaktadır. Bu konuda aşağıda inceleyeceğimiz üç dava atfedilmeye ilişkin klasik örneklerdir. Söz konusu davalardan ikisi Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı (Divan) tarafından görülmüş olup, verilen kararlar Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından kodlaştırılan “*Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı*

15 Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility Part I* (Oxford University Press 1983) 132, 133; Luigi Condorelli ve Claus Kress, ‘The Rules of Attribution: General Considerations’ in James Crawford ve Alain Pellet (edn), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 220; James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press 2013) 113; Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk* (Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe ve G. Engin Şimşek trs, Türkiye Bilimler Akademisi 2018) 567.

16 Ufuk Dal, *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019) 14.

17 Anthony Aust, *Handbook of International Law* (Cambridge University Press 2010) 379; Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II* (Seçkin 2019) 206.

18 Malcolm N. Shaw, *International Law* (8th edn, Cambridge University Press 2018) 595.



*Eylemlerinden Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler*”<sup>19</sup> de (UHK Maddeleri)<sup>19</sup> yer alan atfedilmeye ilişkin bazı kuralların da temelini oluşturmaktadır. UHK Maddeleri ve yorumlarına (*Commentaries*), Divan’ın yanı sıra Dünya Ticaret Örgütü tahkim panelleri ve Temyiz Organı, AIHM, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi ve yatırım uyumsuzluklarını gören diğer mekanizmalar ile genel itibariyle hakem mahkemeleri tarafından yaygın şekilde başvurulmaktadır.<sup>20</sup>

UHK Maddeleri içerisindeki bazı maddeler var olan hukukun kodlaştırılması niteliğinde ise de maddelerin belirli bir kısmı uluslararası hukukun tedrici gelişimi çerçevesinde oluşturulmuştur. Buna rağmen oldukça etkili olmuşlardır.<sup>21</sup>

Sorumluluk hukukuna ilişkin kuralların oluşturulması sürecinde Divan ve UHK arasında bir işbirliği göze çarpmaktadır. UHK Maddeleri’nde yer verilen bazı normların varlığının delili olarak Divan kararlarının gösterilmesi karşısında, Divan da kararlarında UHK Maddeleri’ni uygulamıştır. Böylelikle yıllar içerisinde hukuk yaratma süreci bakımından Divan ve UHK arasında “neredeyse simbiyotik bir ilişki” oluşmuş ve bu iki kurum hukuk yaratmada ortak olmuştur.<sup>22</sup> UHK, sorumluluğa ilişkin maddeleri kodlaştırırken (başkaca yargısal makamların kararlarını da dikkate almış olmakla birlikte) geniş ölçüde Divan kararlarını teamül hukukunun delili olarak kabul etmiş ve bu nedenle kararlarda aranan unsurlardan hareketle ilgili kuralları kaleme almıştır. Diğer yandan Divan, kararlarında UHK Maddeleri’ne sık sık atıf yaparak esas itibariyle bağlayıcı bir belge olmayan ve bir kısmı UHK yaratımı olan kuralların teamül hukukunun göstergesi olarak kabul edilmesinin yolunu açmıştır. Böylelikle UHK bazı Divan kararlarında yer alan ilkeleri kodlaştırmış ve uygulanma gücünü arttırmışken, Divan da UHK Maddeleri’ne atıf yaparak metnin uygulamada teamül hukukunun göstergesi olarak bağlayıcı bir hale dönüşmesine yol açmaktadır.

Uluslararası sorumluluk hukuku bağlamında devlet organı kavramı, iç hukukta olduğundan daha geniş şekilde anlaşılmaktadır. Devletin iç hukuku uyarınca devlet organizasyonu içerisinde yer alan tüm kişi ve yapılar devletin *de jure* organlarını teşkil etmekte olup; bu kişi ve yapıların her türlü eylemi uluslararası bir yükümlülüğü ihlal ettiği takdirde devletin sorumluluğunu doğurabilmektedir. Kısacası burada belirleyici olan o devletin iç hukukudur. İç hukukta söz konusu birim devlet organı ya da görevlisi

19 Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, (2001) 2 (Part Two) Yearbook of the International Law Commission <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf)> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.

20 James Crawford, ‘State Responsibility’ in Rüdiger Wolfrum (edn), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law 2006) para 65 <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1093?prd=EPIL>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021.

21 David D. Caron, bağlayıcı bir belge olmadığı halde uygulamada etkili olmasını bir paradoks olarak nitelendirmiştir. David. D. Caron, ‘The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority’ (2002) 96(4) *American Journal of International Law* 857, 858.

22 Christian J. Tams, ‘Law-making in complex processes: The World Court and the modern law of state responsibility’ in Christine Chinkin ve Freya Baetens (edn), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility* (Cambridge University Press 2015) 287, 297-298.

olarak vasıflandırılmış ise atfedilme bağlamında ayrıca bir araştırma yapılmasına gerek yoktur. Söz konusu temel ilke UHK Maddeleri, 4. maddesinde kodlaştırılmıştır:

**“Madde 4**

***Devlet Organlarının Tasarrufu***

*1. Herhangi bir devlet organının tasarrufu, organın yasama, yürütme, yargı ya da başka bir fonksiyonu yerine getirip getirmediğine, organın devlet organizasyonu içerisindeki pozisyonuna ve merkezi hükümetin bir organı mı yoksa devletin yerel idaresinin bir organı mı sayıldığına bakılmaksızın uluslararası hukuka göre o devletin eylemi kabul edilecektir.*

*2. Organ, devletin iç hukuku uyarınca bu statüye sahip olan her kişi veya birimi içermektedir.”*

Diğer yandan sorumluluk hukuku bağlamında devlet organı kavramı iç hukukta sayılanlardan ibaret değildir. Bu şekilde devletin iç hukuku uyarınca devlet organı sayılmayan ancak, uluslararası hukuk uyarınca devlet organı olarak kabul edilen kişi veya yapılar *de facto* organlar olarak adlandırılmaktadır.<sup>23</sup> *De facto* organ kavramı içerisine herhangi bir olayda devletin etkin kontrolü altında hareket eden kişiler girmektedir.

UHK Maddeleri içerisinde sekiz maddeden oluşan atfedilmeye ilişkin kurallar üç kategoride incelenebilir<sup>24</sup>: 4 ila 7. maddeler kamu otoritesi kullanan organ ve birimlere ilişkin iken, 8. madde ise devletin yönlendirmesi ve kontrolü vasıtasıyla devletin *de facto* organı olarak nitelendirilen kişilere ilişkindir. Bu maddenin uygulanması genellikle paramiliter örgütler, özel askeri şirketler ve güvenlik şirketleri ile terörist gruplar gibi devlet dışı aktörlerin eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğu çerçevesinde gündeme gelmektedir.<sup>25</sup> 9., 10. ve 11. maddeler ise atfedilmeye ilişkin istisnai kategorilerdir.

Ancak özellikle 4., 5. ve 8. maddeler uluslararası yargı ve hakem mahkemeleri tarafından yaygın şekilde uygulanmaktadır ve atfedilmeye ilişkin çekirdek hükümler olarak nitelendirilmektedir.<sup>26</sup> Bunlar, yukarıda yer verdiğimiz devlet organlarının eylemlerine ilişkin 4. madde, aşağıda inceleyeceğimiz kamu gücü kullanan birimlerin eylemlerini düzenleyen 5. madde ve devletin yönlendirme veya kontrolü altında hareket eden özel kişilerin eylemlerine ilişkin 8. maddedir.<sup>27</sup> Özellikle yatırım tahkimi uygulamasında hukuka aykırı bir eylemin devlete atfedilmesinin bu üç madde

23 Paolo Palchetti, ‘De Facto Organs of a State’ in Rüdiger Wolfrum (eds), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law 2017) para 2. <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1394>> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.

24 Crawford, *State Responsibility* (n 15) 115, 116.

25 Ibid 115.

26 James Crawford, ‘Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility’ (2010) 25(1) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 127, 133.

27 Ibid.

çerçevesinde gerçekleştirildiği açıkça görülmektedir.<sup>28</sup>

“**Madde 5**

**Kamu Gücü Unsurlarını Kullanan Kişi ve Birimlerin Tasarrufu**

*Madde 4 uyarınca devlet organı sayılmayan ancak ilgili devletin i hukuku uyarınca kamu gücü unsurlarını kullanmakla yetkilendirilmiş ve somut olayda bu nitelikte hareket eden kişi veya birimlerin tasarrufları devletin eylemi olarak kabul edilir.”*

Son dönemlerde giderek daha fazla görülen bir olgu, devlete ait bazı kamusal faaliyetlerin özel kişilere grdrlmesidir. Burada devlet normal şartlarda kendisinin yerine getirdiği kamusal bir faaliyeti özel hukuk kişilerine, örneğin bir şirkete devretmektedir. Devletin idari teşkilatı içinde bulunmayan ya da kısmen bulunan bu kişilerin eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğunun doğup doğmayacağına ilişkin kesin bir fikir elde etmeye yetecek sayıda uluslararası yargı kararı bulunmamaktadır.<sup>29</sup> Ancak konunun UHK Maddeleri 5. maddesinde düzenlenmesi ile birlikte kural, hakem kararlarında sıkça başvurulan bir norm haline gelmiştir.

Atfedilmeye ilişkin üçüncü temel kural, özel kişilerin (madde metninde açıkça ifade edilmemiş olsa da) devletin etkin kontrolü altındaki eylemlerinin devlete atfedilebilmesine ilişkindir:

“**Madde 8**

**Devlet Tarafından Yönlendirilen veya Kontrol Edilen Tasarruf**

*Bir kişi veya kişi grubunun tasarrufu, eğer bunlar tasarrufta bulunurken aslında bir devletin talimatı veya yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket ediyorlarsa uluslararası hukuka göre o devletin eylemi olarak kabul edilir.”*

Uluslararası hukukta yükümlülüğün niteliği ya da doğasının, devletin eylem üzerinde sahip olduğu kontrolün ölçüsünün belirlenmesinde etkili olup olmayacağı tartişma konusu olmuştur. Divan’a göre 8. madde örf ve adet hukuku kuralıdır<sup>30</sup> ve *Nikaragua* kararı<sup>31</sup> ışığında okunmalıdır.<sup>32</sup> Divan, Amerika Birleşik Devletleri’nin Nikaragua’da bazı paramiliter grupları kullanarak gerçekleştirdiği eylemlerinin uyuşmazlık konusu olduğu *Nikaragua* davasında, devletin eylemler üzerinde önemli ölçüde kontrole sahip olmasını gerektiren “etkin kontrol” kriterini uygulamıştır:

28 Her ne kadar, yatırım tahkiminde söz konusu maddelere başvuruluyor ise de pek çok davada maddeler farklı hakem heyetleri tarafından farklı biçimlerde yorumlanmış ve uygulanmıştır. Bu bakımdan birbiriyle çelişen uygulamalara ve maddelerin UHK tarafından öngörüldüğünden farklı biçimlerde uygulandığı örneklere rastlanmaktadır.

29 Elif Uzun, *Millleterarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu* (Seçkin, 2016) 91, 92.

30 *Soykırım Sözleşmesi’nin Uygulanması Davası, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment) [2007] ICJ Rep 43, para 398.

31 *Nikaragua Davası, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits) [1986] ICJ Rep 14.

32 *Soykırım Sözleşmesi’nin Uygulanması Davası* (n 30) para 399.

“Divan, ... Birleşik Devletlerin konraları finanse etme, organize etme, eğitime, tedarik sağlama, donatma, askeri veya yarı askeri hedeflerini belirleme, operasyonun tamamını planlama şeklindeki katılımının, başkan ya da sonucu belirleyici nitelikte olsa dahi, Divan önündeki deliller temel alındığında, konraların Nikaragua’daki askeri ve yarı askeri operasyonları sırasında gerçekleştirdiği eylemlerinin Birleşik Devletlere atfedilmesi bakımından tek başına yetersiz olduğu görüşünü benimsemektedir. Yukarıda belirtilen Birleşik Devletler katılımının tüm biçimleri ve hatta davalı devletin üst düzeyde kendisine bağımlı bulunan bir kuvvet üzerinde sahip olduğu genel kontrol, tek başına ve başka bir delil bulunmaksızın, Birleşik Devletlerin başvuru devlet tarafından öne sürülen insan hakları ve insancıl hukuka aykırı eylemlerin ifasını yönettiği veya yürüttüğü anlamına gelmemektedir. Bu eylemler Birleşik Devletler kontrolü olmaksızın da kontra mensupları tarafından gerçekleştirilebilirdi. Bu tasarrufun Birleşik Devletler’in hukuki sorumluluğuna yol açabilmesi için, ilke olarak, ileri sürülen ihlallerin gerçekleştirildiği askeri veya yarı askeri operasyonlar üzerinde etkin kontrolünün bulunduğunun ispatı gerekir.”<sup>33</sup>

Bu nedenle Divan, Birleşik Devletler’in konralara sağladığı yardımın, konraların Birleşik Devletler’e bağlı olduğu sonucuna varılmasını haklı kılmadığına ve konraların kendi eylemlerinden sorumlu olduklarına hükmetmiştir.<sup>34</sup>

Divan, *Soykırım Sözleşmesi’nin Uygulanması* davasında yapmış olduğu değerlendirmede aynı husus teyit ederek, bir kişi veya birimin devlet organı sayılıp sayılmayacağını belirlemede devlete tam bağımlı olmasının yeterli sayılmayacağını; bu kişi veya birimlerin devletin talimatları veya etkin kontrolü altında hareket ettiğinin kanıtlanması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>35</sup>

*Nikaragua* kararında en açık ifadesini bulan bu yaklaşım AİHM’in neden pozitif yükümlülükler doktrini geliştirdiğini de açıklamaktadır.<sup>36</sup> Etkin kontrol kriteri, özellikle özel kişilerin insan haklarının ihlali niteliğindeki eylemlerinin devlete bağlanabilmesinde yetersiz kalmaktadır. Çünkü devletin sorumluluğu bakımından talimat, yönlendirme veya kontrolün varlığını aradığından yüksek bir eşik öngörmektedir. Eğer AİHM tarafından pozitif yükümlülükler doktrini geliştirilmemiş ve devletin önleme ve koruma yükümlülüğü temelinde sorumluluğu esas alınmamış olsa idi, açıktır ki devletin özel kişilerin eylemleri üzerinde etkin kontrole sahip olmadığı gerekçesiyle pek çok durumda sorumsuzluğu söz konusu olacaktı. Bu bakımdan AİHM’in içtihadı, oluşan bu sorumluluk boşluğunu doldurmaktadır.

33 *Nikaragua Davası* (n 31) para 115.

34 *Ibid* para 116.

35 *Soykırım Sözleşmesi’nin Uygulanması Davası* (n 30) para 400.

36 AİHM tarafından geliştirilen ve AİHS’den doğan hakların genişletilmesi sonucunu doğuran pozitif yükümlülük doktrini, AİHS ve protokollerde düzenlenen haklar ile AİHS’in 1. maddesinin AİHM tarafından birlikte değerlendirilmesine dayanmaktadır. Buna göre devlet yargı yetkisindeki herkese AİHS’de yer alan hakları sağlamakta yükümlüdür ve bu yükümlülük yalnızca devlet organları tarafından yapılan hukuka aykırı müdahalelerden kaçınma yükümlülüğü içermez. Pozitif yükümlülük doktrini uyarınca devletin hukuka aykırı eylemleri önleme, bunlara karşı tedbir alma ya da ihlali ve sorumlularını soruşturma ve cezalandırma gibi yükümlülükleri de bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Jean-François ve Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kütüpları No: 7* (Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya trs, 1. Baskı, Avrupa Konseyi 2008)

Yine etkin kontrol yaklaşımının, insan hakları hukuku bakımından taşıdığı muhtemel sakıncaların önemli bir göstergesi olarak, Divan önünde görülen *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması* davasında verilen karar dikkate değerdir. Söz konusu kararda yine etkin kontrol kriterine bağlı kalan Divan, Sırbistan'ı soykırım suçunun işlenmesini *önleme* yükümlülüğü bakımından sorumlu tutmuş<sup>37</sup>; silahlı oluşumların soykırım suçu niteliğindeki eylemleri üzerinde devletin etkin kontrolü bulunmadığı gerekçesiyle Sırbistan'ın sorumlu olmadığına karar vermiştir.<sup>38</sup>

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) önünde görülen ve bireysel cezai sorumluluğa ilişkin olan *Tadic* davası<sup>39</sup> da yukarıda incelediğimiz *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması* davasındaki aynı vakialara dayanmaktadır. Yani, EYUCM önünde Sırp general Tadic'in bireysel sorumluluğu temelinde bir yargılama yapılırken, aynı vakıalar Divan önünde devletin sorumluluğu öne sürülerek dava konusu edilmiştir. EYUCM önündeki davada devletin sorumluluğunun tartışılması söz konusu olmadığından, eylemlerin devlete atfedilmesi meselesi de gündeme gelmemiştir. Ancak, Bosna-Hersek'teki silahlı çatışmaların "uluslararası" nitelikte olup olmadığının tespit edilmesi bakımından, silahlı oluşumların eylemleri üzerinde yabancı bir devletin, yani Sırbistan'ın kontrolünün olup olmadığı incelenmiştir. Diğer bir ifadeyle eylemler üzerinde devletin kontrolü meselesi, devletin sorumluluğu temelinde değil, silahlı çatışmaların uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığı özelinde gündeme gelmiştir. Sonuç olarak bu mesele ile ilgili olarak EYUCM Sırbistan'ın Bosna-Hersek'teki silahlı oluşumlar üzerinde *genel* bir kontrolünün var olduğuna ve bu oluşumların Sırbistan'ın *de facto* organları olarak hareket ettiklerine karar vermiştir.<sup>40</sup> EYUCM, Divan'ın *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması* davasında verdiği karardan farklı olarak etkin kontrol kriterini değil; eylemler üzerinde daha düşük düzeyde bir kontrolün mevcudiyetini arayan *genel kontrol* kriterini uygulamıştır.

Esas itibarıyla aynı vakialara dayanan iki uluslararası nitelikteki davada, devletin aynı eylemler üzerindeki kontrolü bakımından farklı sonuçlara ulaşılmış olması eleştirilere yol açmıştır. Diğer yandan Divan, farklı bir yaklaşım ile EYUCM'den farklı bir içtihadı benimsemiş olmasını önündeki meselenin hukuki niteliği ile açıklamaktadır: Divan'a göre genel kontrol kriteri, silahlı çatışmanın uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde uygun bir ölçüt iken; silahlı çatışma sırasında işlenen belirli bir eylemden devletin sorumlu tutulması bakımından uygun bir ölçüt değildir<sup>41</sup>; çünkü devletin sorumluluğunu temel prensiplere aykırı olarak aşırı bir biçimde genişletmektedir.<sup>42</sup>

37 *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması Davası* (n 30) para 432.

38 *Ibid* para 390, 395.

39 *Tadic Davası, Prosecutor v Tadic* (Judgment), ICTY-94-1-A (15 July 1999) <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,40277f504.html>> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.

40 *Ibid* para 162.

41 *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması Davası* (n 30) para 405.

42 *Ibid* para 406.

Görüldüğü üzere etkin kontrol kriteri nedeniyle ağır insan hakları hukuku ve insancıl hukuk ihlallerinin mevcut olduğu durumlarda bile devletin sorumluluğu oldukça dar bir alan ile sınırlı kalmaktadır. Bu bakımdan AİHM tarafından AİHS’de yer alan hakların genişletilmesi anlamına gelen pozitif yükümlülükler doktrini, sorunun çözümü bakımından pragmatik bir yaklaşımdır. Uluslararası hukukun bizzat kendi doğasından kaynaklanan ve hatta onun bir hukuk dalı olup olmadığını bile tartışmaya açan kimi olumsuz özelliklerinin, uluslararası yargı organlarına tanınacak yetkiler ve bu yetkilerin sağladığı esneklik sayesinde ya da bizzat bu yargı organlarının inisiyatif almaları ile giderilebileceğinin en önemli örneklerinden biri insan hakları hukuku uygulamasıdır.

Burada akla şu soru gelebilir: AİHM genel uluslararası hukuktaki atfedilme prensiplerini benimseyip, *Tadic* kararına benzer bir biçimde daha düşük düzeyde bir kontrolü devletin sorumluluğu bakımından yeterli kabul edebilir miydi? Böyle bir yaklaşım yükümlülüğün niteliğine bakılmaksızın devletin özel kişilerin eylemlerinden sorumlu tutulmasını olanaklı kılan ve somut eylem üzerinde kontrole vurgu yapan 8. madde uygulamasına aykırı olacaktır. Böyle bir uygulamaya, devletin özel kişilere karşı uluslararası sorumluluğunun görünüm biçimlerinden biri olan yatırım tahkiminde rastlamaktayız: *Bayindir v Pakistan* davasında hakem heyeti etkin kontrol kriterinden daha düşük düzeyde bir kontrolü yeterli görmüş, ve bu durumu önündeki uyuşmazlıkta söz konusu olan yükümlülüğün “ekonomik” karakterli olması, yani yükümlülüğün doğası ile açıklamıştır.<sup>43</sup> Diğer yandan teamül hukukuna aykırı görünen bu uygulama diğer hakem heyetleri tarafından takip edilmemiştir.

### III. AİHM İçtihadında Atfedilme Meselesi

#### A. Genel Olarak

Atfedilme meselesi insan hakları hukukunun konusunu oluşturmakta ya da AİHM önünde bir mesele teşkil etmekte midir? *Milanovic*’e göre atfedilme işlemi AİHM kararlarında sessiz bir biçimde (*sub silentio*) gerçekleştirilmektedir.<sup>44</sup> Yani kararlarda AİHM’nin atfedilme konusundaki soruşturması açıkça ifade edilmese de, aslında zımnî olarak bu işlem yerine getirilir. Çünkü AİHM önündeki çoğu davada, ihlal teşkil ettiği öne sürülen eylemleri gerçekleştiren kişi bir devlet görevlisidir ve bu nedenle atfedilme sorusunu cevaplamak için mahkeme tarafından detaylı incelemelere girişmek gerekmez. Örneğin bir polis memurunun bir kişiyi öldürmesi durumunda, polis memurunun açıkça devlet görevlisi olması nedeniyle eylemin devlete atfedilebileceği de açıktır. Verdiğimiz bu örnekte, devletin negatif bir yükümlülüğünün (yaşam hakkının korunması) ihlali gündeme gelecektir.

43 *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29 (27 August 2009) para 130 <<https://www.italaw.com/cases/131>> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.

44 Marko Milanovic, ‘Jurisdiction, Attribution and Responsibility in Jaloud’ (EJIL:Talk, 11 Aralık 2014). <<https://www.ejiltalk.org/jurisdiction-attribution-and-responsibility-in-jaloud/>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021.

Öldürme eyleminin bir özel kişi tarafından gerçekleştirildiği, dolayısıyla devletin yaşam hakkının korunması için yasal düzenlemeler yapma ya da etkin soruşturma gibi pozitif veya usuli yükümlülüklerinin gündeme geldiği hallerde de aynı sessiz atfedilme işlemi gerçekleşmektedir. Bu halde de yasal düzenleme ya da etkin soruşturma yapmayan birim devlet organlarıdır. Yani hakka müdahale, yine devlet organları eliyle gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla açıkça belirtilmese de burada da gizli bir atfedilme işleminin mevcut olduğu belirtilmelidir.

Diğer yandan açık ya da gizli bir atfedilme işleminin mevcudiyeti kabul edilse bile, AİHM'nin yaklaşımının genel uluslararası hukuktaki sorumluluk yaklaşımından ayrıldığı öne sürülmüştür: *Evans*'a göre AİHM uygulamasında atfedilme, UHK Maddeleri'ndeki prensiplere aykırı bir biçimde gerçekleştirilmektedir.<sup>45</sup> *Crawford* ve *Keene* ise genel atfedilme kurallarının uygulanması bakımından AİHM'in farklı kararlarda farklı yaklaşımlar benimsediğini belirtmektedir.<sup>46</sup>

### B. AİHS Bağlamında Yetki ve Atfedilme İlişkisi

AİHM uygulamasında mahkemenin kişi ve yer bakımından yetkisi ile eylemin devlete atfedilmesi meseleleri mahkeme açısından birleşik bir hal almaktadır.<sup>47</sup> Esasen AİHM içtihadı bağlamında atfedilme meselesine ilişkin tartışmalar da ağırlıklı olarak atfedilme ile mahkemenin yetkisi arasındaki ilişkiye odaklanmıştır. AİHS'in 1. maddesinde devletin yetkisinde bulunan herkese AİHS'deki hakları tanıyacağı belirtildiğinden AİHM buradan hareketle devletin AİHS'den kaynaklanan yükümlülüklerinin belirli koşullar altında ülkesi dışına teşmil edebileceğini kabul etmiştir.

*Al Skeini v United Kingdom* davasında devletin bir ülke üzerinde kontrol sahibi olduğu veya bir kişi üzerinde güç ve kontrol sahibi olduğu durumlarda ülke dışı yetkiye sahip olacağı kabul edilmiştir.<sup>48</sup> Bu durum, atfedilme-yetki meselelerinin iç içe geçmesinin sebebini açıklamaktadır: Devlet bir toprak veya kişi üzerinde kontrol sahibi olduğu takdirde, yer bakımından yetkili (*ratione loci*) olmaktadır.

AİHM'in *Jaloud v Netherlands* davasında verdiği karar yetki-atfedilme ilişkisine dair tartışmaların odağında bulunmaktadır. Davaya konu olay şu şekilde özetlenebilir: Bir aracın Irak'ın güneyinde bir kontrol noktasına yaklaşması sırasında, araçtan kontrol noktasında bulunan personele ateş açılmış ve personel ateşe karşılık vermiştir. Kimse zarar görmemiş ve araç oradan uzaklaşmıştır. Kontrol noktasının komutanı

45 Malcolm Evans, 'State Responsibility and the European Convention on Human Rights' in Malgosia Fitzmaurice and Dan Sarooshi (edn) *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions* (Hart Publishing 2004) 139, 157.

46 James Crawford ve Amelia Keene, 'The Structure of State Responsibility under the European Convention on Human Rights' in Anne van Aaken and Iulia Motoc (edn) *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford University Press 2018) 178, 198.

47 Dal (n 16) 94.

48 *Al Skeini v United Kingdom* App No 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011) para 138.



altı Hollanda askerinden oluşan devriyeyi çağırıştır. Daha sonra başka bir araç hızla yaklaşarak kontrol noktasında bulunan varillere çarpmış; karşılığında Hollanda askeri olan bir komutan tarafından araca ateş açılmıştır. Başvurucunun araçta bulunan oğlu Azhar Sabah Jaloud açılan ateş nedeniyle hayatını kaybetmiş ve başvurucu, Hollanda'yı AİHS'in 2. maddesini ihlal ettiği iddiası ile AİHM önünde dava etmiştir.<sup>49</sup>

Hollanda, Irak'ta işgalci kuvvet olarak bulunmadığı gerekçesi ile şikayet konusu eylemlerin AİHS'in 1. maddesi bağlamında kendi yetki alanında gerçekleşmediğini öne sürmüş ise de AİHM, daha önceki içtihatlarına ve *Al Skeini v United Kingdom* davasında verdiği karara atıf yaparak<sup>50</sup> olayın Hollanda'nın yetki alanında gerçekleştiğine karar vermiştir. *Al Skeini v United Kingdom* kararına göre yetki iki bağlamda söz konusu olabilir: Devletin bir ülke üzerinde etkin kontrolü ve kişi üzerinde güç ve kontrolü.<sup>51</sup>

Bir devletin işgalci kuvvet olup olmaması AİHS'in 1. maddesi çerçevesinde yetki kurulması açısından belirleyici değildir.<sup>52</sup> AİHM'e göre bir Birleşik Krallık görevlisinin operasyonel kontrolünün kabul edilmesi tek başına, Hollanda'nın yetkisini ortadan kaldırmaz. Hollanda somut olayda, kendi askeri personeli üzerinde tam komuta yetkisini muhafaza etmiştir.<sup>53</sup> Karara göre:

*“Çok uluslu kuvvetin uygulamadaki detayları, Irak'ta bulunan farklı silahlı birlikler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir kısım Mutabakat Muhtırası tarafından şekillendirilmiştir. 6 Haziran 2003 tarihinde Dışişleri ve Savunma Bakanlığında Avam Kamarası'na gönderilen mektup Hollanda hükümetinin Irak'taki Hollanda askeri birlikleri üzerinde tam komuta yetkisini muhafaza edeceğini vurgulamaktadır.”*<sup>54</sup>

Bu nedenle Hollanda'nın bu bölgede, diğer katılan devletler hariç olmak üzere güvenliği sağlama sorumluluğunu kabul ettiği ve oradaki birlikleri üzerinde tam komuta yetkisine sahip olduğuna hükmedilmiştir.<sup>55</sup> Hollanda, Irak'ta bulunurken UHK Maddeleri 6. maddesi anlamında başka bir devletin talimat veya kontrolü altında değildir.<sup>56</sup> Daha sonra AİHM atfedilme başlığı altında **AİHS'in 1. maddesi bağlamındaki yetki bahsinin, genel uluslararası hukuk uyarınca devletin sorumluluğu testine eş değer tutulmadığını** ifade etmiştir.<sup>57</sup> AİHM atfedilmeye ilişkin olarak:

49 *Jaloud v Netherlands* (n 14) para 10, 13.

50 *Ibid* para 139.

51 *Al Skeini v United Kingdom* (n 48) para 130-139.

52 *Jaloud v Netherlands* (n 14) para 142.

53 *Ibid* para 143.

54 *Ibid* para 146.

55 *Ibid* para 149.

56 *Ibid* para 153.

UHK Maddeleri 6. madde:

**“Devlet Tarafından Başka Bir Devletin Emrine Verilen Organların Tasarrufu**

*Devlet tarafından başka bir devletin emrine verilen devlet organının tasarrufu, eğer organ emrine verildiği devletin kamu gücü unsurlarını kullanarak hareket ediyorsa, uluslararası hukuka göre emrine verildiği o devletin eylemi sayılır.”*

57 *Jaloud v Netherlands* (n 14) para 154.



“Başvurucunun şikayetine yol açan olaylar, Hollanda askeri personeli ile soruşturma ve yargı makamlarının işlediği öne sürülen fiil ve ihmallerinden kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, bunlar Sözleşme uyarınca Hollanda’nın sorumluluğunu doğurmaya mukteldir.”<sup>58</sup>

*Jaloud v Netherlands* kararı, AİHM’nin daha önce vermiş olduğu bazı kararlara benzer biçimde yetki-atfedilme ayrımını onaylayan bir karar olmasından dolayı önemlidir. Çünkü *Milanovic*’e göre *Loizidou v Turkey*<sup>59</sup> ve *Ilascu and Others v Moldova and Russia*<sup>60</sup> davalarında AİHM, AİHS’nin 1. maddesi çerçevesinde sorumluluk konusunu tartışarak yetki ve sorumluluk meselelerini birbirine karıştırmıştır.<sup>61</sup> Bu karmaşa nedeniyle söz konusu davalar incelendiğinde, davalı devletin doğrudan devlet dışı aktörlerin eylemlerinden mi, yoksa söz konusu aktörlerin eylemlerini önleme yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle mi sorumlu tutulduğu anlaşılacaktır.<sup>62</sup> Bu noktada KKTC’nin yazar ve diğer bazı yazarlar tarafından Transdinyester’de faaliyet gösteren MRT’ye benzer biçimde devlet dışı aktör olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır.<sup>63</sup> AİHM, *Loizidou v Turkey* kararında KKTC için devlet dışı aktör ifadesini kullanmamış; ancak uluslararası uygulama ve BM Güvenlik Konseyi’nin ve diğer bazı uluslararası örgütlerin ilgili organlarının verdiği kararların açıkça KKTC’nin uluslararası hukukta devlet olarak tanınmadığı ve Güney Kıbrıs Rum Yönetimi’nin<sup>64</sup> Kıbrıs’ın tek yasal hükümeti olarak tanındığını ortaya koyduğunu belirtmiştir.<sup>65</sup> Başka bir yazar ise AİHM’in kararda KKTC’yi hiçbir biçimde 8. madde bağlamında Türkiye’nin *de facto* organı olarak nitelendirmediğini ve kararda geçen “alt yerel idare” ifadesi nedeniyle atfedilmenin daha ziyade UHK Maddeleri 4. maddesi ile bağlantılı olduğunu savunmaktadır.<sup>66</sup> Bu konuda kararda gerçekten de bir açıklık bulunmamaktadır ve bu belirsizliğin sebebi yetki-atfedilme ayrımının yapılmamasıdır. Ancak belirtelim ki, MRT için de “alt yerel idare” nitelendirmesinin yapıldığı<sup>67</sup> *Catan and Others v. Moldova and Russia* kararında atfedilme bağlamında uygulanacak hukuk kuralı olarak 8. maddeye işaret edilmiştir.<sup>68</sup>

58 Ibid para 155.

59 *Loizidou v Turkey* App No 15318/89 (ECtHR, 18 December 1996).

60 *Ilascu and Others v Moldova and Russia* (n 2).

61 Milanovic, ‘Jurisdiction, Attribution and Responsibility’ (n 44).

62 Marko Milanovic, ‘Special Rules of Attribution of Conduct in International Law’ (2020) 96 International Law Studies 295, 350-351.

63 Milanovic, ‘Jurisdiction, Attribution and Responsibility’ (n 44); Rooney (n 6) 422.

64 Kararda Kıbrıs Cumhuriyeti ifadesi kullanılmıştır.

65 *Loizidou v Turkey* (n 59) para 44, para 56. Bu nedenle KKTC’de yaşayan kişiler iç hukuk yollarını tükettikten sonra, AİHS’in ihlalden dolayı yapabilecekleri başvuruları KKTC aleyhine değil, şikayet konularına ve muhatabına göre, Türkiye veya Güney Kıbrıs Rum Yönetimi aleyhine yapmak durumundadır. Bkz. Özde Dereboylular ve Perçem Arman, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye’ye Etkisi’ (2018) 136 TBB Dergisi 293, 296.

66 Olivier De Frouville, ‘Private Individuals’ in James Crawford, Allain Pellet and Simon Olleson (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 257, 269. *Loizidou v Turkey* davasında atfedilmenin 8. madde bağlamında gerçekleştirildiği yönünde bir görüş için bkz. Vassilis P. Tzevelekos, ‘Reconstructing the Effective Control Criterion in Extraterritorial Human Rights Breaches: Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence and Concurrent Responsibility’ (2014) 36(1) Michigan Journal of International Law 129, 137.

67 *Catan and Others v. Moldova and Russia* (n 8) para 150.

68 Ibid para 74.

Atfedilme, yetki konusundan teorik bakımdan tamamen farklıdır. Diğer yandan *Milanovic*, kanaatimizce isabetsiz olarak eylemin devlete atfedilmesi meselesinin UHK Maddeleri’nde devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminin unsurlarını düzenleyen 2. maddenin<sup>69</sup> (a) bendinin konusunu oluştururken (eylem ilgili devlete mi ait?); yetki meselesinin ise 2. maddenin (b) bendinin (eylem devletin bir yükümlülüğünün ihlalini mi teşkil ediyor?) konusunu oluşturduğunu öne sürmüştür.<sup>70</sup> Oysa, yetki UHK Maddeleri’nin bir konusu değildir; düzenleme yetki bakımından sessizdir. UHK Maddeleri’nde yetki konusu (AİHS’nin 1. maddesinin bir örneğini teşkil ettiği üzere) her bir yargısal mekanizmanın kendi özel düzenlemelerine bırakılmıştır. Üstelik bir uluslararası yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği, yetkiye değil uyumsuzluğun esasına ilişkin bir meseledir. *Rooney*’in isabetle belirttiği üzere AİHM’in yetki bakımından yaptığı değerlendirme, madde 2(b) çerçevesinde yükümlülüğün ihlal edilmediğinin tespiti olmayıp; ilgili devletin ülke dışı eylemleri bakımından AİHS’ in yürürlükte olup olmadığına ilişkindir.<sup>71</sup>

Diğer yandan *Rooney* UHK Maddeleri 2. maddesindeki bu sessizliği, yetki ile atfedilmenin birlikte değerlendirilmesinin yasaklanmadığı biçiminde yorumlamaktadır.<sup>72</sup> Bu görüşe de şu gerekçe ile kısmen katılmamaktayız: Bir düzenlemede herhangi bir kavramla karıştırılma olasılığı bulunan her hususla ilişkin detaylı olarak belirtilmesi mümkün olmadığı gibi, gerekli de değildir. UHK Maddeleri’nin ikincil niteliği ve *lex specialis* ilkesi<sup>73</sup> nedeniyle bir konuda özel bir düzenleme var ise söz konusu kural; yok ise genel kuralları oluşturan UHK Maddeleri uygulanacaktır. 2. maddede yetkiden söz edilmediğine göre, yetki “uluslararası hukuka aykırı eylem”in unsurlarından birini oluşturmamaktadır. Başvurulan yargısal mekanizmanın özel düzenlemeleri çerçevesinde yetki konusunun hüküm altına alınmış olması beklenir; ancak alınmamış ise de yetkiye ilişkin tamamlayıcı hukuk kuralının aranacağı yer UHK Maddeleri değildir. Ayrıca burada AİHM’in araştırdığı husus mahkemenin yer bakımından yetkisidir ve davalı devletin ülke dışı yetkisi bakımından dikkate alınacak eylemlerin muhakkak hukuka aykırı olması gerekmez. Devlet hukuka uygun

69 UHK Maddeleri 2. madde

**“Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eyleminin Unsurları**

*Fil ya da ihmalden oluşan tasarruf*

(a) uluslararası hukuka göre devlete atfedilebiliyorsa; ve

(b) devletin uluslararası bir yükümlülüğünün ihlalini teşkil ediyorsa devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi söz konusudur.”

70 *Milanovic*, ‘Jurisdiction, Attribution and Responsibility’ (n 44).

71 *Rooney* (n 6) 421.

72 İbid. *Jaloud v Netherlands* davasında “atfedilme” başlığında yetki çerçevesinde yapılan değerlendirmeden ayrı detaylı bir inceleme yapılmamasından hareketle yazar, AİHM tarafından yukarıda belirttiğimiz ikili atfedilme testinin uygulandığı görüşüne karşı çıkmakta ve AİHM’in tek bir test uyguladığını öne sürmektedir. 2. maddedeki yetkiye ilişkin sessizliğin yasak olmadığı savından hareketle de AİHM’in tek atfedilme testi uygulamasının uluslararası sorumluluk hukukuna aykırı olmadığını öne sürmektedir. Bkz. İbid 415, 421.

73 UHK Maddeleri 55. madde

**“Lex specialis**

*Uluslararası hukuka aykırı eylemin varlığına ilişkin şartlar veya devletin uluslararası sorumluluğunun içerik ya da uygulanması uluslararası hukukun özel kuralları tarafından düzenlendiğinde ve bu ölçüde bu maddeler uygulanmaz.”*

eylemler ile ülke dışında etkin kontrol sağlamış olabilir. Şu halde devletin hukuka uygun eylemleri bakımından uygulanması amaçlanmayan atfedilme kurallarının bu bağlamda uygulanması en azından UHK Maddeleri'nin yaklaşımı ile uyumlu değildir. Diğer yandan yetki konusu ilgili mekanizmanın kurallarına bırakıldığından, *Rooney*'in AİHM'nin yetki ile atfedilmeyi birlikte değerlendirmeyi tercih etmesi halinde bunu yasaklayan bir norm olmadığı görüşüne katılıyoruz.

*Gondek*'e göre de insan hakları anlaşmaları çerçevesinde atfedilme ve yetkiyi birleştirmek metodolojik olarak doğru değildir<sup>74</sup> ve bir kişinin insan hakları anlaşmaları uyarınca devletin yetki alanında olup olmadığı meselesi ile hukuka aykırı bir eylemin devlete atfedilmesi meselesi aynı şey değildir.<sup>75</sup> *De Shutter*'a göre ise insan hakları anlaşmaları uyarınca yetki meselesi UHK Maddeleri 2. maddesinde yer alan unsurların aranması karşısında önceliklidir<sup>76</sup>; çünkü yetki meselesi devletin sorumluluğuna ilişkin herhangi bir sorunun yanıtlanmasına geçilmeden önceki ilktir.<sup>77</sup>

Ancak AİHM içtihadında var olduğu öne sürülen bu kavramsal karmaşanın elbette bazı sebepleri vardır. Birincisi hem AİHS'in 1. maddesi çerçevesinde yetki; hem de atfedilme meseleleri benzer sorularla meşgul olmaktadır:

Yetki bakımından bu soru devletin söz konusu toprak parçası üzerinde etkin kontrol ya da bir kişi üzerinde otorite sahibi olup olmadığı iken, atfedilme bahsinde bu soru (yukarıda *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması* davasında Divan'ın uyguladığı kriterden hatırlanacağı üzere) devletin somut olayda hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren kişiler ve nihayetinde eylem üzerinde etkin kontrol sahibi olup olmadığıdır. İkincisi, devlet yetki bakımından etkin kontrolü kendi organ veya görevlileri vasıtasıyla sağlamaktadır.<sup>78</sup> Örneğin Türkiye Kuzey Kıbrıs'ta etkin kontrolü orada bulunan askerleri ve diğer görevlileri vasıtasıyla sağlamıştır. Tersinden ifade edilecek olur ise, orada Türk askerleri bulunmadığı takdirde etkin kontrol kurulması da mümkün olmayacaktır.<sup>79</sup> Öyleyse bu değerlendirme ışığında, yetki-atfedilme karmaşasını devletin etkin kontrolünü sağlayan askerlerin eylemlerinin aynı zamanda devletin sorumluluğunu doğurabilmesinin yarattığını söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle, bazı eylemler hem yetki hem de atfedilmenin aynı anda konusunu oluşturabilir. Aynı olasılık, kişiler üzerinde sahip olunan kontrol ve otorite temelinde oluşan yetki bakımından da geçerlidir.

74 Michal Gondek, *The Reach of Human Rights in a Globalizing World* (Maastricht University Doctoral Thesis 2009) 164.

75 Ibid

76 Olivier De Schutter, 'Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights' (2006) 6(1) *Baltic Yearbook of International Law* 183, 189.

77 Ibid 190.

78 Milanovic, 'Jurisdiction, Attribution and Responsibility' (n 44).

79 Ibid.

Yetki ve atfedilme meseleleri hukuk tekniği bakımından birbirinden tamamen farklı adımlarda ele alınacak olsa da acaba bu iki meselenin tam bir kesinlik ile birbirinden ayrılması şart mıdır? Bu konuda doktrinde farklı görüşler öne sürülmüştür. *Milanovic*'e göre, *Jaloud v Netherlands* kararı ile de onaylandığı üzere AİHM, iki farklı test uygulamaktadır: Birincisi “**yetki-oluşturan eylem**” (*jurisdiction-establishing conduct*), diğeri ise “**ihlal-oluşturan eylem**” testidir (*violation-establishing conduct*).<sup>80</sup> Örneğin, *Loizidou v Turkey* davası bakımından Türk askerlerinin Kuzey Kıbrıs'a konuşlandırılması ya da *Ilascu and Others v Moldova and Russia* davası bakımından Rusya'nın Transdinyesterli ayrılıkçılara sağladığı büyük miktardaki askeri ve ekonomik yardım *yetki-oluşturan eylem* iken; *Al-Skeini v United Kingdom* ve *Jaloud v Netherlands* davalarında soruşturmada başarısız olunması biçimindeki ihmali eylemler (AİHS'in 2. maddesi bakımından pozitif yükümlülük ihlali) ve öldürme eylemleri *ihlal-oluşturan eylem*dir.<sup>81</sup> Kanımızca AİHM'in *Jaloud v Netherlands* kararında yapmış olduğu bu teorik ayırım atfedilme-yetki karmaşasını önlemek ve AİHM uygulaması ile genel uluslararası hukukun entegrasyonu bakımından son derece önemlidir.

AİHS'nin ülke dışında uygulanması konusunda AİHM'nin uyguladığı kontrol testi, bazı yazarlarca “etkin genel kontrol” (*effective overall control test*) ve “nihai otorite ve kontrol” (*ultimate authority and control test*) testi olarak adlandırılmıştır.<sup>82</sup> Etkin genel kontrol testinin uygulanmasına örnek olarak gösterilen *Loizidou v Turkey* davasında AİHM:

“Türkiye'nin KKTC makamlarının politika ve eylemleri üzerinde gerçekten detaylı bir kontrol kullanıp kullanmadığının tespit edilmesi gerekli değildir. Kuzey Kıbrıs'ta aktif görevde olan çok sayıda askerden açıkça anlaşılmaktadır ki ordusu adanın bu bölümünde etkin genel kontrol kullanmaktadır. Bu kontrol, ilgili teste ve olayın koşullarına göre, KKTC'nin politika ve eylemlerinden sorumluluğunu doğurmaktadır.”<sup>83</sup>

Görüldüğü üzere davada sorumluluğun kurulmasında eylem üzerinde detaylı kontrol aranmamış; genel kontrol yeterli görülmüştür. *Talmon*, AİHM'in kararda Divan ve EYUCM'nin yukarıda incelediğimiz, atfedilme konusuna ilişkin içtihadına atıf yapmamasından ve başka bir açıklamaya da yer vermemesinden hareketle kendi kontrol testini geliştirdiğini ifade etmektedir.<sup>84</sup>

Nihai otorite ve kontrol testine örnek gösterilen *Behrami and Saramati v France* davası ise, *Jaloud v Netherlands* davasına benzer biçimde ülke dışında farklı devletlerin

80 Ibid.

81 Ibid.

82 Elena Laura Álvarez Ortega, ‘The attribution of international responsibility to a State for conduct of private individuals within the territory of another State’ (Indret 2015) 28, 33 <[https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1116\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1116_es.pdf)> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021; Kjetil Mujezinović Larsen, ‘Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‘Ultimate Authority and Control’ Test’ (2008) 19(3) The European Journal of International Law 509.

83 *Loizidou v Turkey* (n 59) para 56.

84 Stefan Talmon, ‘The Responsibility of Outside Powers For Acts of Secessionist Entities’ (2009) 58(3) International and Comparative Law Quarterly 493, 509.

katıldığı operasyonlara ilişkindir. Bu davada konu uluslararası örgütlerin sorumluluğunu ilgilendirdiğinden, AİHM *Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler*'e<sup>85</sup> atıf yapmış ve düzenlemenin 5. maddesini değerlendirmiştir.<sup>86</sup> İlgili hükme göre:

“Başka bir uluslararası örgütün tasarrufu altındaki bir devlet organının ya da bir uluslararası örgüt organının ya da temsilcisinin eylemi eğer o eylem üzerinde etkin kontrolü varsa, uluslararası hukuka göre, önceki uluslararası örgütün eylemi sayılır.”

AİHM, *Jaloud v Netherlands* davasındaki kararına benzer bir biçimde gönderen devletlerin ulusal birlikleri üzerindeki münhasır kontrol yetkilerini çok uluslu komutaya devretmediklerine ve belirli kontrol yetkilerini ellerine tuttuklarına hükmetmiştir.<sup>87</sup> Ancak *Behrami and Saramati v France* davasında bu kısmi kontrol, ulusal birliklerin eylem ve ihmallerinin NATO ve Birleşmiş Milletler'e atfedilmesini engellememiş<sup>88</sup> ve başvuruçular ile davalı devletler arasında yetki bakımından bir bağ kurulmasını da sağlamamıştır.<sup>89</sup> Yukarıda belirttiğimiz üzere *Jaloud v Netherlands* davasında ise Hollanda'nın “tam komuta”yı elinde bulundurduğu gerekçesi ile, yetki bakımından tam tersi yönde karar verilmiştir. Bu nedenle AİHM'in *Jaloud v Netherlands* davasında vermiş olduğu karar ve “tam komuta” kavramına yapmış olduğu vurgu eski içtihadından radikal biçimde ayrılması olarak yorumlanmıştır.<sup>90</sup>

#### IV. Sonuç

Gördüğü pek çok başka davada olduğu gibi, *Loizidou v Turkey* kararında AİHM, devletin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukukun ilgili prensiplerine atıf yapmış ve bunlara uygun olarak karar vereceğini açıklamıştır.<sup>91</sup> Ancak AİHM yetki ve atfedilme konularını birbirinden ayırmamış ve AİHS'in 1. maddesi bağlamında davalı devletin belirli bir bölgedeki etkin kontrolünü hem ülke dışı yetkinin hem de sorumluluğun esası saymıştır. Ayrıca uluslararası hukuk prensiplerine yapılan göndermeye rağmen, devlet bakımından aranan kontrolün düzeyi söz konusu prensiplerde öngörülenden düşüktür. AİHM bu davada Türkiye'nin KKTC yetkililerinin eylem ve politikaları üzerinde detaylı kontrol sahibi olup olmadığını değerlendirmenin gerekli olmadığını hükmetmiştir. Oysa hem uluslararası örf ve adet hukuku, hem de yargı kararları

85 Second Report of the *Special Rapporteur*, Giorgio Gaja (56th session of the ILC) (2004) 2 Yearbook of the International Law Commission (Part Two) 46. Maddeler 2011 yılında nihai hale gelmiş ve söz konusu 5. madde düzenlemesi, nihai metnin 7. maddesinde aynen kabul edilmiştir: Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (2011) 2 Yearbook of the International Law Commission (Part Two) <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_11\\_2011.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf)> Erişim Tarihi 16 Şubat 2021.

86 *Behrami and Behrami v France* App No 71412/01 and *Saramati v France, Germany and Norway* App No 78166/01 (ECtHR, 31 May 2007) para 30.

87 Aurel Sari, 'Jaloud v Netherlands: New Directions in Extra-Territorial Military Operations' (EJIL: Talk, 24 November 2014) <<https://www.ejiltalk.org/jaloud-v-netherlands-new-directions-in-extra-territorial-military-operations/>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021; *Behrami v France* (n 86) para 138–139; *Jaloud v Netherlands* (n 31) para 146.

88 Sari (n 87); *Behrami v France* (n 86) para 140.

89 Sari (n 87); *Behrami v France* (n 86) para 71.

90 Sari (n 87).

91 *Loizidou v Turkey* (n 59) para 52.

devletin şikayet konusu eylem üzerinde genel kontrolün ötesinde hakimiyet sahibi olmasını aramaktadır. Öyle ki, bu çalışmada incelediğimiz üzere örneğin *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması* davasında Divan etkin kontrol kriterini uygulayarak, Sırbistan'ı soykırım suçunun işlenmesini önleme yükümlülüğü bakımından sorumlu tutarken, silahlı oluşumların soykırım suçu niteliğindeki eylemleri üzerinde devletin etkin kontrolü bulunmadığından Sırbistan'ın sorumlu olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla uluslararası hukuk bakımından belirli bir bölgede kurulan etkin kontrol sorumluluğunun kurulması bakımından yeterli değildir.

Diğer yandan *Jaloud v Netherlands* davasında tam tersine olarak AİHM, AİHS'in 1. maddesi bağlamında yetki bakımından uygulanacak test ile genel uluslararası hukuka göre devletin hukuka aykırı eyleminden sorumluluğu bakımından uygulanacak testin birbirinin aynısı olmadığını ifade etmiştir. Böylelikle AİHM iki farklı teorik meseleyi birbirinden ayırmıştır. Karara göre Hollanda'nın sorumluluğunun esası, belirli bir bölgedeki genel ya da etkin kontrolü değil; Hollanda askeri personeli ile soruşturma ve yargı makamlarının, yani devlet organlarının fiil ve ihmalleridir. Kararda, belirli bir bölgenin etkin kontrolü testi ise yetki bakımından inceleme sırasında uygulanmıştır.

Belirtelim ki, yetki bakımından uygulanacak test, uluslararası sorumluluk hukukunun konusu değildir. UHK Maddeleri, yalnızca sorumluluk bağlamında uygulanmak üzere; bu özel amaç için tasarlanmıştır. Bu bakımdan, hukuka uygun eylemler bağlamında hangi kişi veya birimlerin devlet organı teşkil ettiğini belirlemek üzere bu maddelere başvurulması en azından UHK Maddeleri'nin yaklaşımı ile uyumlu değildir. *Milanovic*'in önerdiği *yetki-oluşturan eylem* ile *ihlal-oluşturan eylem* ayırımında ise; pek çok durumda devletin yetki oluşturan eylemleri, diğer bir ifadeyle yetki bakımından dikkate alınacak eylemler hukuka uygundur. Çünkü devlet hukuka uygun eylemler ile de ülke dışında etkin kontrol sağlamış olabilir. Yetki ve atfedilme bakımından ayrı eylemlerin dikkate alınmasını gerektiren bir uyumsuzluk halinde ise, söz konusu teorik ayırımın yapılması davanın neticesine; davalı devletin sorumlu tutulup tutulamayacağına etki edecektir. Devletin yetki oluşturan eylemleri, devletin sorumluluğunu doğurmayabilir.

Sonuç olarak, AİHM'in yetki bağlamında kendine özgü bir kontrol kriteri uygulaması uluslararası hukuka uygundur. Bu bakımdan, AİHM'in uluslararası hukukta aranan etkin kontrol düzeyinden daha düşük düzeyde bir kontrol araması ya da tamamen kendine özgü bir kriter geliştirmesi hukuka aykırılık içermemektedir. EYUCM tarafından görülen *Tadic* davasında da eylemler üzerinde devletin kontrolü meselesi, devletin sorumluluğu bağlamında değil, silahlı çatışmaların uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığı özelinde gündeme gelmiştir. Bu bağlamda EYUCM etkin kontrol kriterini değil; eylemler üzerinde daha düşük düzeyde bir kontrolün mevcudiyetini arayan *genel kontrol* kriterini uygulamıştır.



Ancak eylemin devlete atfedilmesi bağlamında, genel uluslararası hukukun sorumluluk hukukuna ilişkin kurallarının uygulanması gerekir. Sorumluluk hukukunda *lex specialis* prensibi kabul edilmekle birlikte, AİHS’de eylemin devlete atfedilmesi bağlamında özel hüküm öngörülmemiştir. Kaldı ki AİHM, pozitif yükümlülük doktrininden ayrı olarak, özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesinde çalışmanın birinci bölümünde incelediğimiz genel uluslararası hukuk kurallarını zımnî biçimde uygulamaktadır. Bu bakımdan AİHM uygulaması, atfedilme ile ülke dışı yetkinin bir arada incelendiği bazı davalarda genel uluslararası hukuka aykırılık göstermektedir. Sonuç olarak, bu gibi uyuşmazlıklarda etkin kontrol kriterinin (UHK Maddeleri terminolojisine göre devletin eylemi gerçekleştiren kişiler üzerinde talimat, yönlendirme veya kontrolünün) aranması gerekir. Bu bakımdan belirli bir bölgede etkin kontrol sağlanması sorumluluk açısından yeterli değildir.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

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

## Bibliyografya/Bibliography

*Al Skeini v United Kingdom* App No 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011).

Aksar Y, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II* (Seçkin 2019).

Aust A, *Handbook of International Law* (Cambridge University Press 2010).

*Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29 (27 August 2009) <<https://www.italaw.com/cases/131>> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.

*Behrami and Behrami v France* App No 71412/01 and *Saramati v France, Germany and Norway* App No 78166/01 (ECtHR, 31 May 2007).

Brownlie I, *System of the Law of Nations: State Responsibility Part I* (Oxford University Press 1983).

Caron DD, ‘The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority’ (2002) 96(4) *American Journal of International Law* 857.

*Catan and Others v. Moldova and Russia* App No.s 43370/04, 8252/05, 18454/06 (ECtHR, 19 October 2012).

Condorelli L ve Kress C, ‘The Rules of Attribution: General Considerations’ in James Crawford ve Alain Pellet (edn), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 221.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR).

Crawford J, ‘State Responsibility’ in Rüdiger Wolfrum (edn), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law 2006) <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1093?prd=EPIL>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021.

- Crawford J, 'Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility' (2010) 25(1) ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 127.
- Crawford J, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press 2013).
- Crawford J ve Keene A, 'The Structure of State Responsibility under the European Convention on Human Rights' in Anne van Aaken and Iulia Motoc (edn) *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford University Press 2018) 178.
- Dal U, *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019).
- Dereboylular Ö ve Arman P, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrısla İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye'ye Etkisi' (2018) 136 TBB Dergisi 293.
- Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (2011) 2 Yearbook of the International Law Commission (Part Two) <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_11\\_2011.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf)> Erişim Tarihi 16 Şubat 2021.
- Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, (2001) 2 (Part Two) Yearbook of the International Law Commission <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf)> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.
- Evans M, 'State Responsibility and the European Convention on Human Rights' in Malgosia Fitzmaurice and Dan Sarooshi (edn) *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions* (Hart Publishing 2004) 139.
- François J ve Kombe A, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No: 7* (Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya trs, 1. Baskı, Avrupa Konseyi 2008).
- Frouville OD, 'Private Individuals' in James Crawford, Allain Pellet and Simon Olleson (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 257.
- Gondek M, *The Reach of Human Rights in a Globalizing World* (Maastricht University Doctoral Thesis 2009).
- Ilascu and Others v Moldova and Russia App No 48787/99 (ECtHR, 8 July 2004).
- Jaloud v Netherlands* App No 47708/08 (ECtHR, 20 November 2014).
- Larsen KM, 'Attribution of Conduct in Peace Operations: The 'Ultimate Authority and Control' Test' (2008) 19(3) *The European Journal of International Law* 509.
- Loizidou v Turkey* App No 15318/89 (ECtHR, 18 December 1996).
- Milanovic M, 'Jurisdiction, Attribution and Responsibility in *Jaloud*' (EJIL: Talk, 11 December 2014) <<https://www.ejiltalk.org/jurisdiction-attribution-and-responsibility-in-jaloud/>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021.
- Milanovic M, 'Special Rules of Attribution of Conduct in International Law' (2020) 96 *International Law Studies* 295.
- Nicaragua Davası*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep 14.
- Ortega ELA, 'The attribution of international responsibility to a State for conduct of private individuals within the territory of another State' (Indret 2015) <[https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1116\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1116_es.pdf)> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021.
- Palchetti P, 'De Facto Organs of a State' in Rüdiger Wolfrum (eds), *Max Planck Encyclopedia of*



- Public International Law* (Oxford Public International Law 2017) <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1394>> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.
- Rooney JM, ‘The Relationship between Jurisdiction and Attribution after *Jaloud v. Netherlands*’ (2015) 62 *Netherlands International Law Review* 407.
- Sari A, ‘*Jaloud v Netherlands: New Directions in Extra-Territorial Military Operations*’ (EJIL: Talk, 24 November 2014) <<https://www.ejiltalk.org/jaloud-v-netherlands-new-directions-in-extra-territorial-military-operations/>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021.
- Second Report of the *Special Rapporteur*, Giorgio Gaja (56th session of the ILC) (2004) 2 *Yearbook of the International Law Commission (Part Two)*.
- Schutter OD, ‘Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights’ (2006) 6(1) *Baltic Yearbook of International Law* 183.
- Shaw MN, *Uluslararası Hukuk* (Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe ve G. Engin Şimşek, trs, Türkiye Bilimler Akademisi 2018).
- Shaw MN, *International Law* (8th edn, Cambridge University Press 2018).
- Soykırım Sözleşmesi’nin Uygulanması Davası, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment) [2007] ICJ Rep 43.
- Tadic Davası, Prosecutor v Tadic* (Judgment), ICTY-94-1-A (15 July 1999) <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,40277f504.html>> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.
- Talmon S, ‘The Responsibility of Outside Powers For Acts of Secessionist Entities’ (2009) 58(3) *International and Comparative Law Quarterly* 493.
- Tams CJ, ‘Law-making in complex processes: The World Court and the modern law of state responsibility’ in Christine Chinkin ve Freya Baetens (edn), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility* (Cambridge University Press 2015) 287.
- Tzevelekos VP, ‘Reconstructing the Effective Control Criterion in Extraterritorial Human Rights Breaches: Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence and Concurrent Responsibility’ (2014) 36(1) *Michigan Journal of International Law* 129.
- Uzun E, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu* (Seçkin 2016).

