

İşgal Altındaki Filistin Topraklarında (Ülkesinde) Duvar İnşasının Hukuki Sonuçları

Legal Consequences of the Constuction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory

Doç. Dr. Yıldırım SAK (Çev.)*

ULUSLARARASI ADALET DİVANI**

2004

9 Temmuz 2004

2004

9 Temmuz

Genel Liste

No. 131

Danışma Görüşü***

Divan'ın danışma görüşü verme yetkisi.

Statü'nün 65. maddesinin 1. fıkrası - Şart'ın 96. maddesinin 1. fıkrası - Genel Kurul'un danışma görüşü isteme yetkisi - Genel Kurul'un faaliyetleri.

Genel Kurul'un danışma görüşü talep ettiği ES-10/14 sayılı kararının kabulüne neden olan olaylar.

Genel Kurul'un Şart çerçevesindeki yetkilerini aşarak tasarrufta bulunduğu iddiası - Şart'ın 24. maddesi ile 12. maddesinin 1. fıkrası - Şart'ın 12. maddesinin 1. fıkrasının yorumuna ilişkin Birleşmiş Milletler (BM) uygulaması - Genel Kurul yetkisini aşmamıştır.

Genel Kurul'un Onuncu Acil Özel Oturumunda kabul edilen danışma görüşüne ilişkin talebi - Oturumun 377 A (V) ("Barış için Birlik") kararı çerçevesinde toplanması - İlgili kararın koşulları - Takip edilen usul.

* Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

E-posta: yildiraysak@maltepe.edu.tr

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-7570-617X>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Çeviri Gönderim Tarihi: 22.05.2021.

Çeviri Kabul Tarihi: 01.08.2021.

** <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf> (Son Erişim: 22.05.2021)

*** Metinde üç nokta ile (...) işaretlenen ve Görüş'te esasa ilişkin olmayan kısımlar çevrilmemiştir (Ç.N).

Meselenin gereken açıklıktan yoksun olduğu iddiası - Meselenin soyut karakterde olduğu varsayımı - Meselenin siyasal görünimleri - Genel Kurul'un böyle bir talepte bulunmasına neden olduğu düşünülen etkenler ve görüşün doğuracağı muhtemel sonuçlar - Meselenin 'hukuki' niteliğinin etkilenmemesi.

Divan'ın danışma görüşü verme yetkisine sahip olduğu.

* *

Divan'ın bir görüş verip vermeyeceğine ilişkin alacağı kararda sahip olduğu takdir yetkisi.

Statü'nün 65. maddesinin 1. fıkrası - Alakadar devletin muvafakatinin yokluğunun bir ilgisinin olup olmadığı - Meselenin sadece İsrail ile Filistin arasındaki iki taraflı bir mesele gibi ele alınmayacağı ve BM ile doğrudan ilgili olduğu - Görüş'ün İsrail ile Filistin arasındaki anlaşmazlığın müzakere edilerek ulaşılan siyasal çözümüne etkileri - İsrail Filistin anlaşmazlığının yalnızca bir yönüne ilişkin sorun - Divan'a sunulan bilgi ve delillerin yeterliliği - Görüş'ün etkinliği - Kanun, hukuka aykırı bir işlemde sağlanacak faydayı korumaz (nullus commodum capere potest de sua injuria propria) - Görüş Genel Kurul'a hitap eder, başka herhangi bir birime ya da bir devlete değil.

Divan'ın takdirini bir danışma görüşü vermeme yönünde kullanması için herhangi bir (zorlayıcı, gerektirici) sebep yoktur.

* *

Doğu Kudüs ve çevresi de dahil olmak üzere, işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının 'hukuki sonuçları' - Sorunun kapsamı - Talebin, duvar inşasının işgal altındaki Filistin ülkesinde kalan bölüm ile sınırlı olması - 'duvar' kelimesinin kullanımı

Tarihsel arka plan.

Duvarın nitelendirilmesi.

* *

Uygulanacak hukuk.

Birleşmiş Milletler Şartı - 2625 (XXV) sayılı Genel Kurul Kararı - Kuvvet kullanma ya da kuvvet kullanma tehdidi ile ülke kazanmanın geçersizliği - Halkların kendi kaderini tayin hakkı.

Uluslararası insancıl hukuk - 1907 Dördüncü La Hey Sözleşmesi'ne ek düzenlemeler - 1949 Dördüncü Cenevre Sözleşmesi - Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin işgal altındaki Filistin ülkesinde uygulanabilirliği - İnsan hakları hukuku - Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi - Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi - Çocuk Hakları Sözleşmesi - Uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukuku ilişkisi - İnsan hakları belgelerinin ülke dışında uygulanabilirliği - Bahsedilen insan hakları belgelerinin işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanabilirliği.

* *

İsrail'in uluslararası hukuku ihlal ederek işgal altındaki Filistin topraklarında tesis ettiği yerleşim yerleri - Duvar inşası ve getirdiği rejimin kalıcı olma riski barındıran bir oldu bitti yaratır - De facto ilhak sayılabilecek riskli durum - Duvar inşasının Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkının kullanımına ciddi bir engel teşkil etmesi ve İsrail'in bu hakka riayet yükümlülüğünü ihlal etmesi.

İlgili uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları belgelerinin olaya uygulanabilirliği - Mülklerin yıkılması ve mülklere el koyulması - İşgal altındaki Filistin ülkesinde yaşayanların dolaşım/hareket serbestisinin kısıtlanması - Çalışma, sağlık, eğitim ve asgari bir yaşam standardı hakkının kullanılmasına koyulan engeller - İşgal altındaki Filistin ülkesindeki demografik değişiklikler - Uluslararası insancıl hukukun askeri gereklilikleri gözetilen hükümleri - İnsan hakları belgelerinde güvence altına alınan hakları ve bu haklardan sapmaları içeren hükümler - Duvar inşası ve getirdiği rejim ulusal güvenlik ya da kamu düzeni veya hut da askeri gerekliliklerle mazur gösterilemez - İsrail'in uluslararası insancıl hukukun ve insan hakları belgelerinin uygulanabilir hükümleri çerçevesindeki yükümlülüklerinin ihlali.

Meşru müdafaa - Şart'ın 51. maddesi - İsrail'e yapılan saldırıların yabancı bir devlete atfedilemezliği - Duvar inşasına gerekçe olarak gösterilen tehdidin İsrail'in kontrolü altındaki bir bölgeden (ülkeden) gelmesi - 51. maddenin olayla ilgili olmaması -

Zaruret hali - Uluslararası teamül hukuku - Şartları - Duvar inşasının İsrail'in menfaatlerine aykırı olduğu belirtilen tehlikeyi bertaraf etmenin yegâne seçeneği olmaması.

Duvar inşası ve getirdiği rejim uluslararası hukuka aykırıdır.

* *

İsrail'in yükümlülüklerini ihlal etmesinin hukuki sonuçları.

İsrail'in uluslararası sorumluluğu - İsrail'in duvar inşa etmek suretiyle ihlal ettiği uluslararası yükümlülükler uygun davranma yükümlülüğü - İsrail'in ihlale son verme yükümlülüğü - Duvar inşası çalışmalarını derhal durdurma, duvarı derhal yıkmaya ve verilen zararların tazminine ilişkin olanlar saklı kalmak kaydıyla, duvar inşası ile ilgili yasal ve düzenleyici işlemleri derhal iptal etme ya da etkisiz kılma yükümlülüğü - İsrail'in, duvar inşasından etkilenen bütün gerçek ve tüzel kişilerin diğer zararları tazmin yükümlülüğü.

İsrail'in dışındaki devletler için hukuki sonuçlar - İsrail'in ihlal ettiği bazı yükümlülüklerin herkese karşı ileri sürülebilir olma (erga omnes) nitelikleri - Hiçbir devletin duvar inşasının neden olduğu hukuka aykırı durumu tanımaması ve duvar inşasının neden olduğu hukuka aykırı durumun devamına yardım etmeme ya da katkı sağlamama yükümlülüğü - Şart'a ve uluslararası hukuka riayet eden bütün devletlerin, Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını kul-

lanması önünde bir duvar inşası nedeniyle oluşabilecek her türlü engelin ortadan kaldırılmasını sağlama yükümlülüğü - Şart'a ve uluslararası hukuka riayet eden ve Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ne taraf bütün devletlerin, İsrail'in bu Sözleşme'de tertip edilen uluslararası insancıl hukuka uymasını temin etme yükümlülüğü - Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi başta olmak üzere, BM'nin, duvar inşasından ve getirdiği rejimden kaynaklanan hukuka aykırılığa bir son verilmesi için, bu danışma görüşünü hesaba katarak, daha fazla ne yapılabileceğinin dikate alması gereği.

* *

Duvar inşası daha genel bir bağlam içinde ele alınmalıdır - İsrail ve Filistin'in uluslararası insancıl hukuka itina göstererek riayet etmesi - Özellikle 242 (1967) ve 338 (1973) başta olmak üzere, ilgili tüm Güvenlik Konseyi kararlarının iyi niyetle yerine getirilmesi - "Yol Haritası" - Uluslararası hukuk temlinde ve bölgedeki herkesin barış ve güvenliği için, en kısa sürede, bir Filistin devletinin kurulması ve ağırlaşmış sorunların müzakereler yolu ile çözülmesi için lazım gelen çabaların teşvik edilmesi gereği.

DANIŞMA GÖRÜŞÜ

Başkan Yargıç SHI, Başkan Yardımcısı Yargıç RANJEVA, Yargıçlar GUILLAUME, KOROMA, VERESHCHETIN, HIGGINS, PARRA-ARANGUREN, KOIJMANS, REZEK, AL-KHASAWNEH, BUERGENTHAL, ELARABY, OWADA, SIMMA, TOMKA ve Katip COUVREUR'dan oluşan Divan'ın,

İşgal altındaki Filistin topraklarında (ülkesinde) duvar inşasının hukuki sonuçlarına ilişkin Danışma Görüşü:

1. Divan'dan hakkında danışma görüşü talep edilen soru BM Genel Kurulu'nun (bundan sonra "Genel Kurul") 8 Aralık 2003 tarihli Onuncu Acil Özel Oturumunda ES-10/14 sayılı kararı ile düzenlenmiştir. Danışma görüşü için talep edilen soruya ilişkin Genel Kurul kararı, aslı Divan kalemine sonradan sunulmuş, 8 Aralık 2003 tarihli ve Divan kalemine 10 Aralık 2003 tarihinde ulaşan faks ile BM Genel Sekreteri tarafından Divan'a iletilmiştir. ... ES-10/14 sayılı Karar aşağıdaki gibidir:

"Genel Kurul,

21 Ekim 2003 tarih ve ES-10/13 sayılı kararını teyit ederek,

BM Şartının ilkelerinin rehberliğinde,

Uluslararası hukukun kuvvete başvurarak ülke kazanmanın kabul edilemeyeceğine ilişkin yerleşik ilkesinin farkında olarak,

Uluslar arasında dostane ilişkileri geliştirmenin, BM şartının ilke ve amaçlarından olan eşit haklar ilkesine ve halkların kendi kaderini tayin ilkesine riayete dayandığının da farkında olarak,

Filistin’i biri Arap diğeri Yahudi olmak üzere iki devlete ayıran, 29 Kasım 1947 tarih ve 181(II) sayılı kararında dahil olduğu, ilgili Genel Kurul kararlarını *akılda tutarak*,

Genel Kurul’un Onuncu Acil Özel Oturum kararlarını da *akılda tutarak*,

Bunlara ilaveten, 22 Kasım 1967 tarih ve 242 (1967) sayılı, 22 Ekim 1973 tarih ve 338 (1973) sayılı, 3 Temmuz 1969 tarih ve 267 (1969) sayılı, 25 Eylül 1971 tarih ve 298 (1971) sayılı, 22 Mart 1979 tarih ve 446 (1979) sayılı, 20 Temmuz 1979 tarih ve 452 (1979) sayılı, 1 Mart 1980 tarih ve 465 (1980) sayılı, 30 Haziran 1980 tarih ve 476 (1980) sayılı, 20 Ağustos 1980 tarih ve 478 (1980) sayılı, 18 Mart 1994 tarih ve 904 (1994) sayılı, 28 Eylül 1996 tarih ve 1073 (1996) sayılı, 12 Mart 2002 tarih ve 1397 (2002) sayılı ve 19 Kasım 2003 tarih ve 1515 (2003) sayılı olanlar da dahil olmak üzere, ilgili Güvenlik Konseyi kararlarını da *akılda tutarak*,

Cenevre Sözleşmelerine ek I numaralı protokol ile Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin, Doğu Kudüs dahil, işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanabilirliğini *teyit ederek*,

Kara Savaşındaki Kural ve Teamüllere ilişkin 1907 Kara Savaşları Kural ve Teamüllerine ilişkin Lahey Sözleşmesi’ne ek Düzenlemeleri *akılda tutarak*,

Sözleşme’nin işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanmasına ilişkin önlemlerin alınması için 15 Temmuz 1999 tarihinde Cenevre’de toplanan Dördüncü Cenevre Sözleşmesi Yüksek Akit Taraflar Konferansını *memnuniyetle karşılayarak*,

5 Aralık 2001 tarihinde Cenevre’de yeniden toplanan Yüksek Akit Taraflar Konferansı’nın kabul ettiği Bildiri’ye desteğini *ifade ederek*,

Yerleşim faaliyetlerinin tamamen durdurulmasını isteyen ve özellikle, Doğu Kudüs dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarındaki İsrail yerleşimlerinin hukuka aykırı ve barışa ve ekonomik ve sosyal gelişmeye engel olduğuna ilişkin BM kararlarını *akılda tutarak*,

İsrail tarafından işgal gücü olarak işgal altındaki Doğu Kudüs’ün nüfus yapısını ve statüsünü değiştirmek için gerçekleştirilen tasarrufların hukuken geçersiz, hükümsüz ve batıl olduğunu *akılda tutarak*,

Filistin Kurtuluş Örgütü ile İsrail Devleti arasında Orta Doğu barış süreci çerçevesinde yapılan anlaşmaları *not ederek*,

1949 Ateşkes Hattı’ndan (Yeşil Hat) sapmak suretiyle ve Filistin topraklarının ve kaynaklarının tahrip ederek ve el koyarak, Doğu Kudüs ve çevresi de dahil, işgal altındaki Filistin topraklarında, işgal gücü

sıfatıyla İsrail tarafından bir duvar inşasının başlatılması ve devam ettirilmesinden, korunması gereken binlerce sivilin hayatının inkıtaa uğratılmasından ve uluslararası toplumun böyle bir duvarın inşasına yekvücut olarak karşı çıktığının vurgulanmasından *derin endişe duyarak*,

Bölgede barışın tesisi ve İsrail-Filistin anlaşmazlığının çözümüne ilişkin beklentiler ve duvarın planlanan bölümlerinin sivil Filistin nüfusu üzerinde daha fazla tahrip edici etkisinden de *derin endişe duyarak*,

İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün, 1967’den beri İsrail işgali altındaki Filistin topraklarındaki insan hakları durumuna ilişkin 8 Eylül 2003 tarihli raporunu ve özellikle de bu raporun duvar ile ilgili kısmını *memnuniyetle karşılayarak*,

İlgili Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi kararları çerçevesinde ihtilafın, 1949 Ateşkes Hattına dayalı ve barış ve güvenlik içinde yan yana yaşayan iki devletli bir çözüm ile nihayete erdirilmesi gerekliliğini *teyit ederek*,

ES-10/13 sayılı karar çerçevesinde sunulan Genel Sekreterin Raporunu *takdirle karşılayarak*,

İşgalci güç sıfatı ile İsrail’in uluslararası hukuka uymayı reddetmeye devam etmesi karşısında inşa ettiği duvar ve onun kötü etki ve sonuçlarının yarattığı zorlukların zamanla daha da arttığını *göz önünde tutarak*,

BM Şartının 96. maddesine göre ve Divan Statüsü’nün 65. maddesi uyarınca, Uluslararası Adalet Divanı’ndan aşağıdaki soruya cevaben acilen bir danışma görüşü vermesi için talepte bulunmaya *karar vermiştir*:

Dördüncü Cenevre Sözleşmesi ile birlikte uluslararası hukukun bütün kural ve ilkeleri ve ilgili Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi kararları ışığında, işgalci güç İsrail’in, Genel Sekreterin raporunda tanımlandığı ve işaret edildiği şekliyle Doğu Kudüs ve çevresini de içeren işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşa etmesinin hukuki sonuçları nelerdir?”

Genel Kurul’un bu kararına, ES-10/14 sayılı kararda atıf yapılan ES-10/13 sayılı Genel Kurul kararı mucibince hazırlanan, Genel Sekreter’in 24 Kasım 2003 tarihli raporunun onaylı İngilizce ve Fransızca metinlerini içeren bir mektup da eklenmiştir.

2. Divan kalemi 10 Aralık 2003 tarihli bildirimlerle, Statünün 66. maddesinin 1. Paragrafı uyarınca, Divan’ın yetkisini kabul eden bütün devletlere danışma görüşü talebini bildirmiştir.
3. İsrail hükümeti 11 Aralık 2003 tarihli bir bildirimle danışma görüşü talebi ve izlenecek usul ile ilgili kendi pozisyonunu Divan’a bildirmiştir.

4. Divan, 19 Aralık 2003 tarihli ara kararı ile, Statünün 66. maddesinin 2. fıkrası gereğince kendisinden istenen danışma görüşüne ilişkin soru ile ilgili tüm yönleri içeren bilgilendirmeyi BM ve üye devletlerine temin etme kararı almış ve Statünün 66. maddesinin 4. fıkrası gereğince de, kendisine yapılacak yazılı beyanlar için 30 Ocak 2004 tarihini belirlemiştir. Divan aynı ara kararla, ES-10/14 sayılı kararın ve Genel Sekreterin görüş talebine ekli raporunun ışığında ve Genel Kurul'un danışma görüşü talebini destekleyen Filistin'i özel statülü gözlemci üye olarak kabul ettiğini dikkate alarak, Filistin'in de aynı tarihe kadar kendi yazılı beyanını Divan'a sunabileceğine karar vermiştir.
5. Aynı ara kararla Divan, Usul Kurallarının 105. maddesinin 4. fıkrası gereğince, BM ve üye devletlerin, yazılı beyanda bulunup bulunmadıklarına bakmaksızın, sözlü beyanlarını sunmaları için açık duruşma yapmaya karar vermiş ve açılış duruşması için 23 Şubat 2004 tarihini belirlemiştir. Aynı ara kararla ve yukarıda (4. paragrafta) izah edilen nedenlerle, Divan Filistin'in de duruşmalarda yer alabileceğine karar vermiştir. Divan BM'yi, üye devletleri ve Filistin'i eğer duruşmalara katılacaklarsa, bunu en geç 13 Şubat 2004 tarihine kadar Kalem'e bildirmeye davet eder. (...)
6. Arap Ligi ve İslam Konferansı Örgütünün sunduğu talepler hakkında hükme varan Divan, Statünün 66. maddesine göre, bu örgütlerin danışma görüşü istenen soru hakkında bilgilendirilmeleri yanında, Divan'ın 19 Aralık 2003 tarihli ara kararında belirlediği süre içinde yazılı beyanlarını sunmalarına ve duruşmalara (sözlü aşamalara) katılmalarına karar vermiştir.
7. Statünün 65. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri meseleyi aydınlatabilecek dokümanları Divan'a iletmıştır.
8. Divan'ın teşkili ile ilgili 30 Ocak 2004 tarihli ara kararında Divan, ..., Yargıç Elaraby'nin bu davada görev almasına herhangi bir engel olmadığına karar vermiştir.
9. Divan'ın yazılı beyanların sunulmasını karara bağladığı süre içinde, Gine, Suudi Arabistan, Arap Ligi, Mısır, Kamerun, Rusya Federasyonu, Avustralya, Filistin, Birleşmiş Milletler, Ürdün, Kuveyt, Lübnan, Kanada, Suriye, İsviçre, İsrail, Yemen, Amerika Birleşik Devletleri, Fas, Endonezya, İslam İşbirliği Teşkilatı, Fransa, İtalya, Sudan, Güney Afrika, Almanya, Japonya, Norveç, Birleşik Krallık, Pakistan, Çek Cumhuriyeti, Yunanistan, İrlanda (kendi adına ve Avrupa Birliği adına), Kıbrıs, Brezilya, Namibya, Malta, Malezya, Hollanda, Küba, İsveç, İspanya, Belçika, Palau, Mikronezya Federal Devletleri, Marşal Adaları, Senegal, Kore Demokratik Cumhuriyeti beyanlarını sunmuştur. Beyanların alınması üzerine, Kayıt Memuru kopyalarını Birleşmiş Milletler ve üye devletlerine, Filistin'e, Arap Ligi'ne ve İslam Birliği Teşkilatı'na iletmıştır.
10. Divan kalemi, özellikle sözlü beyanların gerçekleştirilmesi ile ilgili alınan önlemler başta olmak üzere birçok bildirimde bulunmuştur. (...)

11. Divan Usul Kurallarınının 106. maddesine göre, sözlü beyanların sunulması safhasından önce, yazılı beyanların aleniyetinin sağlanması için kamuya açılmasına karar vermiştir.
12. 23-25 Şubat 2004 tarihleri arasında yapılan duruşmalarda, Divan sözlü beyanları aşağıdaki sıra ile almıştır:

Filistin

: H.E. Mr. Nasser Al Kidwa, Filistin'in BM nezdindeki Daimi Gözlemcisi, Büyükelçi,

Ms Stephanie Koury, Müzakere Destek Birimi, Danışman,

Mr. James Crawford, S.C., Whewell Uluslararası Hukuk Profesörü, Cambridge Üniversitesi, Uluslararası Hukuk Enstitüsü Üyesi, Danışman ve Avukat,

Mr. Georges Abi-Saab, Uluslararası Hukuk Profesörü, Lisansüstü Uluslararası Çalışmalar Enstitüsü, Uluslararası Hukuk Enstitüsü Üyesi, Danışman ve Avukat,

Mr. Vaughan Lowe, Chichele Uluslararası Hukuk Profesörü, Oxford Üniversitesi, Danışman ve Avukat,

Mr. Jean Salmon, Onursal Uluslararası Hukuk Profesörü, Université libre de Bruxelles, Uluslararası Hukuk Enstitüsü Üyesi, Danışman ve Avukat;

Güney Afrika

: H.E. Mr. Aziz Pahad, Dışişleri Bakanlığı Delegesi, Heyet Başkanı

Yargıç M. R. W. Madlanga, S.C.;

Cezayir Demokratik Halk Cumhuriyeti : Mr. Ahmed Laraba, Uluslararası Hukuk Profesörü;

Suudi Arabistan Krallığı

: H.E. Mr. Fawzi A. Shobokshi, Suudi Arabistan Krallığı'nın New York'taki Birleşmiş Milletler Daimi Temsilcisi ve Büyükelçi, Heyet Başkanı;

Bangladeş Halk Cumhuriyeti

: H.E. Mr. Liaquat Ali Choudhury, Bangladeş Halk Cumhuriyeti'nin Hollanda Krallığı'ndaki Büyükelçisi;

- Belize* : Mr. Jean-Marc Sorel, Profesör, Paris I Üniversitesi (Panthéon-Sorbonne);
- Küba Cumhuriyeti* : H.E. Mr. Abelardo Moreno Fernández, Dışişleri Bakan Yardımcısı;
- Endonezya Cumhuriyeti* : H.E. Mr. Mohammad Jusuf, Endonezya Cumhuriyeti'nin Hollanda Krallığı'ndaki Büyükelçisi, Heyet Başkanı;
- Ürdün Haşimi Krallığı* : H.R.H. Büyükelçi Zeid Ra'ad Zeid Al-Husseini, Ürdün Haşimi Krallığı'nın New York'taki Birleşmiş Milletler Daimi Temsilcisi, Heyet Başkanı;
Sir Arthur Watts, K.C.M.G., Q.C., Ürdün Haşimi Krallığı'nın Kıdemli Hukuk Müşaviri;
- Madagaskar Cumhuriyeti* : H.E. Mr. Alfred Rabeloson, Madagaskar Cumhuriyeti'nin Cenevre'deki Birleşmiş Milletler Ofisi ve Uzman Kuruluşlardaki Daimi Temsilcisi, Heyet Başkanı;
- Malezya* : H.E. Datuk Seri Syed Hamid Albar, Malezya Dışişleri Bakanı, Heyet Başkanı;
- Senegal Cumhuriyeti* : H.E. Mr. Saliou Cissé, Senegal Cumhuriyeti'nin Hollanda Krallığı'ndaki Büyükelçisi, Heyet Başkanı;
- Sudan Cumhuriyeti* : H.E. Mr. Abuelgasim A. İdris, Sudan Cumhuriyeti'nin Hollanda Krallığı'ndaki Büyükelçisi;
- Arap Birliği* : Mr. Michael Bothe, Hukuk Profesörü, Hukuk Timi Başkanı;
- İslam Konferansı Örgütü* : H.E. Mr. Abdelouahed Belkeziz, İslam Konferansı Örgütü Sekreteri,
Ms. Monique Chemillier-Gendreau, Kamu Hukuku Profesörü, Paris Üniversitesi VII-Denis Diderot, Danışman.

*

* *

13. Bir danışma görüşü talebi Divan’a ulaştığında, Divan ilk önce görüş veremeye yetkili olup olmadığını, sonra da, eğer böyle bir yetkisi varsa, bu yetkisini kullanmamasını gerektirecek herhangi bir sebebin olup olmadığını dikkate almalıdır (bkz. *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1996 (I)* s. 232, parag. 10).

* *

14. Bu nedenle Divan öncelikle Genel Kurul’un 8 Aralık 2003 tarihinde talep ettiği danışma görüşünü vermeye yetkili olup olmadığı sorununa hitap edecektir. Bu anlamda Divan’ın yetkisi, “Divan, BM Şartı gereğince ya da Şart’ın hükümlerine uygun olarak danışma görüşü talep etmeye yetkili kılınmış her organın talebi üzerine her türlü hukuki sorun için görüş verebilir” şeklindeki kendi Statüsü’nün 65. maddesinin 1. paragrafına dayanır. Divan bu hususa daha önce de temas etmiştir:

“Danışma görüşü talep edecek organın Şart çerçevesinde bunu yapmaya yetkili olması ve talebin bir hukuki sorun için söz konusu olması koşulu ile hukuki sorunun görüş talep eden organın (Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul dışında) faaliyet alanı içinde olması koşulu, Divan’ın yetkisinin ön koşullarıdır.” (*BM İdare Mahkemesinin 273 sayılı Kararının İncelenme Başvurusu, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1982*, s. 333-334, parag. 21).

15. Danışma görüşü talebinin, bu talebi yapmaya yetkili bir organ ya da kuruluştan geldiği hususunda Divan ikna olmalıdır. Önündeki başvuruya ilişkin olarak Divan, danışma görüşü isteyen Genel Kurul’un ‘Genel Kurul ya da Güvenlik Konseyi Uluslararası Adalet Divanı’ndan herhangi bir hukuki soruna ilişkin olarak danışma görüşü vermesi için talepte bulunabilir’ hükmüne yer veren Şart’ın 96. maddesinin 1. fıkrası mucibince görüş istemeye yetkili olduğunu kaydeder.
16. Her ne kadar yukarıdaki hüküm Genel Kurul’un ‘herhangi bir hukuki sorun’ ile ilgili görüş isteyebileceğini ifade ediyorsa da, Divan zaman zaman hakkında danışma görüşü istenen talebin konusu ile Genel Kurul’un faaliyetleri arasında irtibat olması gerektiğine dair bazı emareler sunmuştur (*Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile Barış Antlaşmalarının Yorumu, U.A.D. Raporları 1950*, s. 70; *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği, U.A.D Raporları 1996 (I)*, sayfa 232 ve 233, parag. 11 ve 12).
17. Divan önündeki davada da aynı şekilde hareket edecektir. Divan, Şart’ın kapsamı içinde yer alabilecek “her türlü soru ya da sorun” ile ilgili, Şart’ın 10. maddesinin Genel Kurul’a yetki verdiğini, 11. maddenin 2. paragrafının da “bir BM üyesi tarafından uluslararası barış ve güvenliğin sürdürülmesine ilişkin önüne getirilen sorularda” Genel Kurul’u özellikle yetkili kıldığını ve Genel Kurul’un bu hükümlerde belirlenen koşullara göre tavsiyelerde bulunabileceğini dikkate alır. Aşağıda açıklanacağı gibi, Genel Kurul işgal

altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının, (...), uluslararası barış ve güvenliğe karşı bir tehdit oluşturduğunu dikkate alır.

*

18. Bu davadaki yetki ile ilgili ortaya çıkan diğer sorunlara eğilmeden önce, Divan, Genel Kurul'un, işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının hukuki sonuçlarına ilişkin danışma görüşü talebini havi ES-10/14 sayılı kararın alınmasından önceki safahatın tanımlanmasının bir zorunluluk olduğu kanaatinde dir.

19. Bahse konu kararın kabul edildiği Genel Kurul'un Onuncu Acil Özel Oturumu, ilk defa, 7 ve 21 Mart 1997 tarihlerinde işgal altındaki Filistin topraklarındaki bazı İsrail yerleşimleri ile ilgili kendisine sunulan iki karar taslağının Güvenlik Konseyi'nce bir daimi üyenin olumsuz oyları sonucu reddedilmesini takiben toplanmıştır (bkz. sırasıyla S/1997/199 ve S/PV.3747 ve S/1997/241 ve S/PV.3756). Akabinde, Arap Grubu sözcüsü, 31 Mart 1997 tarihli mektupla, işgal altındaki Doğu Kudüs ve diğer Filistin topraklarında meydana gelen hukuka aykırı İsrail eylemlerini tartışmak amacıyla, Genel Kurul'un 377 A (V) sayılı Barış için Birlik kararının çerçevesinde özel bir oturumla toplanmasını talep etmiştir (Katar Daimi Temsilcisi tarafından Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine hitaben verilen 31 Mart 1997 tarihli mektup, A/ES-10/1, 22 Nisan 1997, Ek). BM üyelerinin çoğunluğunun bu talebi desteklemesi üzerine, Genel Kurul'un Onuncu Özel Acil Oturumunun ilk toplantısı 24 Nisan 1997'de toplandı (bkz. A/ES-10/1, 22 Nisan 1997). Ertesi gün ES-10/2 sayılı karar kabul edildi; Genel Kurul böylece,

“işgalci güç olarak İsrail'in uluslararası hukuku sürekli ihlal etmesi, ilgili Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi kararlarına ve taraflar arasında varılan antlaşmalara uymaması, Orta Doğu barış sürecini tehlikeye atmış ve uluslararası barış ve güvenliğe karşı bir tehdit oluşturmuştur”

kanaatine ulaşmış ve Doğu Kudüs ve diğer işgal altındaki Filistin topraklarındaki hukuka aykırı İsrail eylemlerini ve özellikle de bu topraklarda yerleşim inşasını kınamıştır. Onuncu Özel Acil Oturuma geçici olarak ara verilmiş ve daha sonra 11 kez daha toplantı yapılmıştır (15 Temmuz 1997, 13 Kasım 1997, 17 Mart 1998, 5 Şubat 1999, 18 Ekim 2000, 20 Aralık 2001, 7 Mayıs 2002, 5 Ağustos 2002, 19 Eylül 2003, 20 Ekim 2003 ve 8 Aralık 2003 tarihlerinde).

20. (...)

21. 27 Ekim 2003 tarihinde, Genel Kurul,

“İsrail'in, 1949 Ateşkes Hattı'ndan ayrılarak inşa edilen ve ilgili uluslararası hukuk kuralları ile bağdaşmayan ve Doğu Kudüs ve çevresini de kapsayan işgal altındaki Filistin topraklarındaki duvarın durdurulması ve yıkılmasını (parag. 1)”

talep eden ES-10/13 sayılı kararı kabul etmiştir.

Genel Kurul, 3. paragrafta,

“ilki bu Kararın birinci paragrafına uygun olarak sunulacak rapor olmak üzere, Karara uyumun periyodik olarak raporlamasını...”

Genel Sekreterden istemiştir.

Onuncu Acil Özel Oturum geçici olarak dağılmış ve Genel Kurul’un ES-10/13 kararı gereğince hazırlanan Genel Sekreterin raporu (bundan sonra “Genel Sekreterin Raporu” şeklinde anılacaktır) yayınlanmıştır (A/ES-10/248).

22. Bu arada 19 Kasım 2003 tarihinde Güvenlik Konseyi ‘İsrail Filistin Sorunu-na İki Devletli kalıcı Çözüm için Dörtlü İnisiyatife dayanan Yol Haritası’nı teyit eden’ 1515 (2003) sayılı kararı kabul etmiştir. Dörtlü, BM, Rusya, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri temsilcilerinden oluşmaktadır. Bu karar,

“ tarafları barış ve güvenlik içinde beraberce yaşayacakları iki devletliliği gerçekleştirmeye ve Dörtlü ile işbirliği içinde Yol Haritasındaki yükümlülüklerini yerine getirmeye *çağırılmaktadır.*”

Ne “Yol Haritası” ne de 1515 (2003) sayılı karar, duvar inşası ile ilgili herhangi bir özel düzenleme içerir. Güvenlik Konseyi bu girişimde duvar inşasını ele almamıştır.

23. On dokuz gün sonra, 8 Aralık 2003 tarihinde, Genel Kurul’un Onuncu Acil Özel Oturumu, Arap Ligi Devletleri adına Arap Grubu Sözcüsünün yeni talebi gereğince ve ES-10/13 sayılı karar çerçevesinde çalışmalarına yeniden başladı (Kuveyt Daimi Misyonu’nun (Elçiliği’nin) geçici maslahatgüzarı tarafından Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Başkanına hitaben verilen 1 Aralık 2003 tarihli talep, A/ES-10/249, 2 Aralık 2003). Bu tarihte yapılan toplantıda, iş bu danışma görüşünün talep edildiği ES-10/14 sayılı karar kabul edildi.

*

24. ES-10/14 sayılı kararın alınmasına neden olan olaylar zincirinin hatırlanmasından sonra, Divan şimdi bu dosyada söz konusu olan yetki sorunlarına hitap edecektir. İlk olarak, Güvenlik Konseyi’nin Filistin meselesini de içeren Orta Doğu sorununu aktif bir şekilde ele alması karşısında İsrail, Genel Kurul’un işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının hukuki neticelerine ilişkin danışma görüşü talep etmesinin yetki aşımı olduğunu iddia etmiştir.

25. Divan Genel Kurul’un danışma görüşü talebinin konusunun Şart’a göre onun yetkisi dahilinde olduğunu belirtmiştir (Parag. 15-17). Öte yandan Şart’ın 12. maddesinin 1. paragrafı şu hükmü ihtiva eder:

“Güvenlik Konseyi herhangi bir anlaşmazlık ya da durum ile ilgili olarak Şart’a göre ona verilen görevleri yerine getirdiği sürece, Genel Kurul, Güvenlik Konseyi talep etmedikçe bu anlaşmazlık ya da durum ile ilgili herhangi bir tavsiye kararı alamaz.”

Danışma görüşü talebi, kendi başına, “bir anlaşmazlık ya da durum ile ilgili” bir Genel Kurul “tavsiyesi” değildir. Bununla birlikte bu başvuruda, Genel Kurul’un ES-10/14 sayılı kararının kabulünün, 12. maddeye uygun olmadığı gerekçesiyle, yetki aşımına karşılık geldiği iddia edilmiştir. Bu nedenle Divan, BM uygulaması ve ilgili metinleri dikkate alarak söz konusu maddenin anlamını ortaya koymanın uygun olacağı kanaatindedir.

26. Şart’ın 24. maddesine göre, ‘uluslararası barış ve güvenliğin tesis edilmesinden öncelikle Güvenlik Konseyi sorumludur’. Bu anlamda Güvenlik Konseyi, örneğin ‘VII. Bölüm hükümleri çerçevesinde emirler yayınlayarak Devletlere bu emirlere uyulması için açık bir yükümlülük’ yükleyebilir ve bunların ‘zor kullanarak uygulanmasını sağlayabilir’ (*Birleşmiş Milletler’in Belirli Masrafları (Şart’ın 17. maddesinin 2. paragrafı), Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları, 1962, s. 163*). Bununla birlikte Divan, 24. maddenin yetkinin öncelikle (Güvenlik Konseyi’ne ait olduğu (Ç.N)) ama münhasır olmadığını ifade ettiğini vurgulamıştır. Şart’ın 14. maddesine göre Genel Kurul diğer yetkileri yanında, çeşitli hallerde barışçıl düzenlemeleri içeren önlemler hakkında tavsiyede bulunma yetkisini haizdir:

“Bu maddedeki yegâne sınırlama madde metninde de atfı yapılan, Güvenlik Konseyi’nin gündemindeki meselelerde onun talebi olmaksızın Genel Kurul’un tavsiyede bulunamayacağına ilişkin hükmü ihtiva eden 12. maddedeki sınırlamadır.” (*U.A.D. Raporları 1962, s. 163*.)

27. BM uygulamaları dikkate alındığında, başlangıçta hem Genel Kurul hem de Güvenlik Konseyi 12. maddeyi, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasına ilişkin sorunlar Konsey’in gündeminde kaldıkça, Genel Kurul’un tavsiyede bulunamayacağı şeklinde yorumlamış ve uygulamıştır. Bu nedenle, dördüncü oturumunda Genel Kurul Endonezya sorununa ilişkin tavsiyelerde bulunmayı reddederken, diğerleri yanında, meselenin Güvenlik Konseyi’nin gündeminde olmasına dayanmıştır (*Güvenlik Konseyi’nin Resmi Kayıtları, Dördüncü Oturum, Ad Hoc Siyasi Komite, Toplantıların Özet Kayıtları, 27 Eylül-7 Aralık 1949, 56’ncı Toplantı, 3 Aralık 1949, s. 339, parag.*). Öte yandan Konsey de Genel Kurul’un ele alabilmesini sağlamak için bir çok konuyu gündeminden çıkarmıştır (Örneğin, İspanyol meselesine ilişkin (*Güvenlik Konseyi’nin Resmi Kayıtları, İlk Sene: İkinci Seri, No. 21, 79. Oturum, 4 Kasım 1946, s. 498*), Yunanistan sınıрыyla bağlantılı olaylarda (*Güvenlik Konseyi’nin Resmi Kayıtları, İkinci Sene, No. 89, 202. Oturum, 15 Eylül 1947, s. 2404-2405*) ve Tayvan Adası (Formosa)’na ilişkin (*Güvenlik*

Konseyi'nin Resmi Kayıtları, Beşinci Sene, No. 48, 506. Oturum, 29 Eylül 1950, s. 5)). Güvenlik Konseyi 31 Ocak 1951 tarihinde kendisinin ele aldığı Kore meselesini, Genel Kurul tarafından ele alınmasını sağlamak için, gündeminden çıkartmıştır (Güvenlik Konseyi'nin Resmi Kayıtları, Altıncı Sene, S/PV. 531, 531. Toplantı, 31 Ocak 1951, s. 11-12, parag. 57).

Bununla birlikte 12. maddenin bu yorumu zamanla değişime uğramıştır. Genel Kurul henüz Güvenlik Konseyi'nin gündeminde yer alan ve haklarında herhangi bir karar alınmamış, 1961 yılında Kongo meselesi ile ilgili (1955 (XV) ve 1600 (XVI) sayılı kararlar) ve 1963 yılında Portekiz'in kolonilerine ilişkin (1913 (XVIII) sayılı karar) tavsiye kararlarını almaya kendisini yetkili görmüştür. Peru'nun Genel Kurul'un yirmi birinci oturumunda yönelttiği bir soruya cevap verirken, BM Hukuk Müşavirliği, Genel Kurul'un 12. maddedeki 'Güvenlik Konseyi'nin işlevini yerine getirirken' ifadesini 'Güvenlik Konseyi'nin o an işlevini yerine getirirken' anlamında şeklinde yorumladığını teyit etmiştir (Genel Kurul, Yirmi Üçüncü Oturum, Üçüncü Komite, 1637. Oturum, A/C.3/SR.1637, parag. 9). Divan, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi'nin, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması ile ilgili olan konuları aynı şekilde ele alma yönünde zamanla artan bir eğilimin olduğunu tespit etmiştir (Örneğin, Kıbrıs, Güney Afrika, Angola, Güney Rodezya ve yakın zamanda Bosna Hersek ve Somali ile ilgili konular). Bu konuların uluslararası barış ve güvenliğe ilişkin boyutlarının Güvenlik Konseyi, insani, sosyal ve ekonomik boyutlarının ise daha geniş bir pencereden bakan Genel Kurul tarafından ele alınması sık karşılanır bir durum olmaya başlamıştır.

28. Divan, Genel Kurul'un gelişmekte olan ve kabul gören uygulamalarının Şart'ın 12. maddesinin 1. paragrafına uygun olduğunu dikkate alır.

Bu nedenle Divan, Genel Kurul'un Divan'dan danışma görüşü talep ettiği ES-10/14 sayılı kararı almasıyla Şart'ın 12. maddesi 1. paragrafına aykırı davranmadığını mütalaa etmektedir. Divan, Genel Kurul'un bu talepte bulunmakla yetkisini aşmadığı sonucuna varır.

29. Bununla birlikte Divan önünde, vaki görüş talebinin kararlaştırıldığı Onuncu Acil Özel Oturumun dayanağı olan 377 A (V) sayılı kararın esaslı koşullarını yerine getirmediği öne sürülmüştür. Bu anlamda, ilk olarak 'Güvenlik Konseyi'nin bu tartışmalı konuda Divan'a bir danışma görüşü almak için talepte bulunması gerektiğine dair bir karar taslağını hiçbir zaman ele almadığı ve bu sorunun asla Güvenlik Konseyi gündemine getirilmediği belirtilmiştir; dolayısıyla Genel Kurul'un danışma görüşü talebinin dayanağı Güvenlik Konseyi'nin işlem yapmaması olamaz. İkinci olarak, Güvenlik Konseyi, Genel Kurul ES-10/14 sayılı kararı kabul etmeden önce, 'Yol Haritası' isimli 1515 (2013) sayılı kararı kabul ettiğinden, onun uluslararası barış ve güvenliğin sürdürülmesine ilişkin sorumluluğu devam etmektedir; dolayısıyla

Genel Kurul Güvenlik Konseyi yerine geçerek hareket edemez. Öte yandan, Onuncu Acil Özel Oturumun özellikle ‘art arda devam eden toplantılar’ şeklinde yapılması ve Genel Kurul’un normal oturumları ile aynı anda gerçekleştirilmesi, Onuncu Acil Özel Oturum için izlenen usulün geçerliliğini de sorgulanır hale getirmiştir.

30. Divan, 377 A (V) sayılı kararın ilgili bölümüne dikkat çeker:

“[d]aimi üyelerin oybirliğini sağlayamaması nedeniyle, Güvenlik Konseyi’nin, saldırı, barışın bozulması ya da barışın tehdit altında olması hallerinin herhangi birinin gerçekleştiği durumlarda, birincil derecede uluslararası barış ve güvenliği tesis etme sorumluluğunu yerine getirmemesi halinde, Genel Kurul’un meseleyi alınacak kolektif önlemler için gereken tavsiyeleri kararlaştırmak amacıyla derhal dikkate alacağı...”

Bu kararla getirilen usul iki koşula bağlıdır: Bir saldırının gerçekleşmesi ya da barışın bozulması veya barışın tehdit altında olduğu bir durumun söz konusu olması ve daimi üyelerin birinin ya da daha fazlasının olumsuz oyu nedeniyle, Güvenlik Konseyi’nin uluslararası barış ve güvenliğin tesisine dair birincil derecedeki sorumluluğunu yerine getirmemesi. Dolayısıyla Divan, Genel Kurul’un Onuncu Acil Özel Oturumunun toplanması ve özellikle de Genel Kurul’un danışma görüşü talep etmeye karar verdiği an ile ilgili olarak bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmelidir.

31. Divan, 18 ile 23’üncü paragraflar arasında bahsedilen olayların akışını dikkate alarak, Güvenlik Konseyi’nin, 1997’de Onuncu Acil Özel Oturumun toplandığında, bir daimi üyenin olumsuz oy (veto) kullanması nedeniyle işgal altındaki Filistin topraklarındaki İsrail yerleşimleri ile ilgili karar alamadığını ve ES-10/2 (yukarıda 19. paragraf) sayılı kararda ifade edildiği gibi, uluslararası barış ve güvenliğin tehdit altında olduğunu tespit etmiştir.

Divan, Onuncu Acil Özel Oturumun, Güvenlik Konseyi’nin 14 Ekim 2003 tarihinde işgal altındaki Filistin topraklarında İsrail tarafından inşa edilen duvar ile ilgili karar taslağının bir daimi üyenin olumsuz oyu nedeniyle reddetmesinin ertesinde, 20 Ekim 2003 tarihinde 1997 yılında ele alınmış (bkz. Filistin ve İsrail temsilcilerinin beyanları, A/ES-10/PV.21, s. 2 ve 5) aynı konu için toplandığını hatırlatır. Divan, Güvenlik Konseyi’nin, 377 A (V) sayılı kararda ifade edildiği gibi, bir kez daha karar almada başarısız olduğunu dikkate alır. Güvenlik Konseyi duvar inşasını hiçbir şekilde tartışmadığı ve konu ile ilgili olarak herhangi bir karar da almadığı için Divan, 20 Ekim 2003 ile 8 Kasım 2003 arasında durumda herhangi bir değişiklik olduğunu düşünmemektedir. Bu nedenle Divan, 8 Kasım 2003 tarihine kadar, Güvenlik Konseyi’nin 14 Ekim 2003 tarihli veto edilen kararını tekrar ele almadığı görüşündedir. Böylece bu dönemde Onuncu Acil Özel Oturum 377 A(V) kararına uygun olarak yeniden toplanmış ve şu an Divan’ın önündeki meseleyi ele alabilmiştir.

32. Divan, Genel Kurul'un Onuncu Acil Özel Oturum sürecinde, toplanacak Oturumun ele aldığı konu ile ilgili ve bir şekilde yetkisi dahilinde olan -Divan'dan görüş talep etmeyi de içerecek- bir kararı alabileceğini de vurgular.
33. Divan, Onuncu Acil Özel Oturuma dair ileri sürülen diğer usuli hatalarla ilgili olarak, Oturumun Nisan 1997 ve onu izleyen 11 kez yeniden birleşimine karşılık gelen peşisiralığının, Genel Kurul'un talebinin geçerliliği ile ilgisinin olmadığını dikkate alır. (...)
34. Divan, İsrail'in Onuncu Acil Özel Oturumun Genel Kurul'un devam eden düzenli birleşimleri ile aynı anda toplanmasını uygun olmadığı iddiasını not eder. Divan, Genel Kurul'un düzenli ve özel oturumlarının aynı anda toplanmasının alışıldık bir durum olmadığını, bununla birlikte, vaki görüş talebini içeren kararı bu nedenle geçersiz kılacak bir BM düzenlemesinin bulunmadığı kanaatinde dir.
35. Nihayet, Onuncu Acil Özel Oturum Genel Kurul İç Tüzüğü'nün Kural 9(b)'ye göre toplandığı görülmüş ve ilgili toplantılar da kurullara uygun olarak gerçekleştirilmiştir. Divan'ın 21 Haziran 1971 tarihli, *Güvenlik Konseyi'nin 276 (1970) sayılı kararına karşısında Güney Afrika'nın Namibya'da (Güney batı Afrika) Devam Eden Varlığının Devletler için Hukuki Sonuçları*'na ilişkin Danışma Görüşü'nde de belirttiği gibi,
- “Birleşmiş Milletler'in bir organının, organın iç tüzüğüne uygun olarak çıkarıldığı bu organın Başkanı tarafından ilan edilmiş kararları, karine olarak geçerli olarak kabul edilmiş sayılır” (*U.A.D. Raporları 1971*, s. 22, parag. 20).

Yukarıdaki belirtilenler ışığında, Divan bu davada söz konusu karinenin yürütüldüğüne ilişkin bir neden görememektedir.

36. Divan şimdi, Genel Kurul'un danışma görüşü talebinin Birleşmiş Milletler Antlaşması madde 96/1 ve Adalet Divanı Statüsü madde 65/1 anlamında “*hukuki bir soru*” içermediğine ilişkin olarak ileri sürülen yargı yetkisi ile alakalı iddiayı ele alacaktır. Bu bağlamda, iddia edildiği üzere, bir sorunun söz konusu maddelerin amaçları kapsamında “*hukuki soru*” olarak değerlendirilebilmesi için makul derecede spesifik nitelikte olmalıdır, aksi takdirde Divan'ın cevabına konu olması mümkün değildir. Bu danışma görüşü talebiyle ilgili olarak, Divan'ın iki sebepten dolayı bu sorunun hukuki anlamını belirlemesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.

Öncelikle, duvar inşasının “*hukuki sonuçları*” ile ilgili bir sorunun ancak iki türlü yorumlanabileceği ve bunların her birinin, Divan'ı, Divan için yasaklanmış olan yollara sürükleyeceği ileri sürülmüştür. Sorulan soru öncelikle duvar inşasının hukukuz olduğunu belirlemek ve daha sonra bu hukuksuzluğun doğurduğu

hukuki sonuçları üzerine görüş bildirmesi talebi olarak yorumlanabilir. Bu davada yargılama yetkisi ve yerindelik konusuna ilişkin çeşitli gerekçelerle, Divan'ın sorulan soruya yanıt vermeyi reddetmesi gerektiği belirtilmiştir. Yargı yetkisi açısından, eğer Genel Kurul, Divan'ın, son derece karmaşık ve hassas bir konu olan, duvar inşasının hukukiliği hakkında görüş belirtmesini talep ediyorsa, bunu açıkça istemesi gerektiği öne sürülmüştür. (*Türk-Yunan Nüfus Mübadelesi, Danışma Görüşü, 1925, U.D.A.D., Seri B, No 10, s. 17*). Talebin ikinci muhtemel yorumunun, Divan'ın, duvar inşasını hukuka aykırı olarak varsayması ve bu varsayım ışığında hukuka aykırılığın sonuçları hakkında görüş bildirmesi yönünde olacağı öne sürülmüştür. Hukuk dışılığın niteliği belirlenmeden, hukuk dışılığın sonuçlarının belirlenmesinin mümkün olmadığı, böyle bir sorunun tartışmaya açık bir varsayım olacağı ve bu önermeden hareketle sorulmuş bir soruya da Divan'ın görüş vermeyi reddetmesi gerektiği öne sürülmüştür.

Öte yandan, sorulan sorunun yanıltıcı ve soyut karakterinden dolayı da “*hukuki soru*” niteliği taşımadığı iddia edilmiştir. Özellikle bu bağlamda, soru, hukuki sonuçları itibarıyla meselenin hangi makam üzerindeki etkilerinin belirlenmesi gerektiğini belirtmemiştir. Genel Kurul, Birleşmiş Milletler'in başka organları, üye devletler, İsrail, Filistin veya yukarıdakilerin farklı kombinasyonları ya da farklı makamlar gibi.

37. Genel Kurul'un talebinin niteliği konusundaki eksiklik ve bu durumun, meselenin “hukuki niteliği” üzerindeki etkisi ile ilgili iddialar hakkında, Divan, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmesi (bundan böyle “Dördüncü Cenevre Sözleşmesi”) ve konuyla alakalı Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarına da içeren uluslararası hukuk kuralları ve ilkelerini göz önüne alarak bu sorunun mevcut olgusal bir durumdan kaynaklanan hukuki sonuçlara yönelik olduğunu gözlemlemektedir. Böylece Genel Kurul'un sorusu, Divan'ın Batı Sahra hakkında verdiği danışma görüşünde yer alan “...*hukukilik çerçevesinde şekillendirilmiş ve uluslararası hukuk sorunlarını gündeme getirmiştir*”; soru doğası gereği hukuka dayalı bir cevaba açıktır, hatta bu soruya hukuka dayanmayan bir cevap verilemez. Divan'ın görüşüne göre soru, hukuki bir nitelik taşımaktadır (bkz. *Batı Sahra, Danışma Görüşü, U.A.D., 1975, s. 18, parag. 15*).

38. Divan, bir sorunun hazırlanmasındaki netlik eksikliği unsurunun, Divan'ı yargı yetkisinden mahrum bırakmayacağına işaret eder. Daha ziyade, bu belirsizlik, yorum aşamasında bazı esasların açıklanmasını gerekli kılar ve buna benzer açıklamalar Divan tarafından sıklıkla yapılmaktadır.

Geçmişte, Uluslararası Daimi Adalet Divanı ve mevcut Divan bazı davalarda sorulmak istenen meselenin lafzının isabetli olmadığını (*1 Aralık 1926 Tarihli Yunan-Türk Antlaşması'nın Yorumlanması (Nihai Protokol, Madde IV), Danışma Görüşü, 1928, U.D.A.D. Seri B, No: 16 (I), s. 14-16*) ya da hukuki nitelikte bir

soru sorulmadığını gözlemlemiştir (*DSÖ ve Mısır Arasındaki 25 Mart 1951 Tarihli Antlaşma'nın Yorumu, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1980*, s. 87-89, parag. 34-36). Divan bir davada “Divan’a gelen sorunun, görünüşte talihsiz şekilde belirsiz olduğunu” belirtmiştir. (*BM İdare Mahkemesinin 273 sayılı Kararının İncelenme Başvurusu, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1982*, s. 348, parag. 46)

Sonuç olarak, Divan’ın sıklıkla soruların anlamını genişletmesi, yorumlaması ve hatta yeniden formüle etmesi gerekmiştir. (bkz. yukarıda atıf yapılan üç danışma görüşü, bunlara ek olarak *Jaworzina, Danışma Görüşü, 1923, U.D.A.D., Seri B, No. 8; Güney Batı Afrika Komitesi Tarafından Başvurucuların Duruşmalarının Kabul Edilebilirliği, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1956*, s. 25; *Birleşmiş Milletler’in Belirli Masrafları (Şart’ın 17. maddesinin 2. paragrafı), Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları, 1962*, s. 157-162)

Mevcut durumda, Divan, önceki meselelerde yaptığı gibi “mevcut ilke ve kuralları belirleyecek, yorumlayacak, uygulayacak” ve böylece ortaya atılan soruyu hukuka göre yanıtlayacaktır. (*Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 234, parag.)

39. Mevcut durumda Genel Kurul, Divan’dan duvar inşasından kaynaklanan “hukuki sonuçları” belirtmesini talep ediyorsa, ‘hukuki sonuçlar’ teriminin kullanımı zorunlu olarak söz konusu yapıların uluslararası hukukun belirli kurallarını ve ilkelerini ihlal edip etmediğini değerlendirilmesini kapsar. Böylece, Divan’a, öncelikle kuralların ve prensiplerin varlığının belirlenmesi, akabinde inşa edildiği güzergâh boyunca bu duvarın bu kural ve prensipleri ihlal edip etmediğinin belirlenmesi için başvurulmuştur.
40. Divan, sorulan sorunun soyut niteliğinin yargılama yetkisi üzerinde engel teşkil etmeyeceği kanısındadır. Konunun yetki ile ilgili olmadığı, daha tali meseleler ilgili olduğu hallerde bile, *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği* davasında, Divan sorunun soyut şekilde ifade edilmemesi gerektiği iddiasının “hiçbir gerekçesinin olmadığını” kabul eden bir tutumu ve “Divan’ın soyut olsun olmasın hukuki bir sorun hakkında danışma görüşü verebileceğini” benimsemiştir (*U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 236, parag. 15’de, *Bir Devletin Birleşmiş Milletler’e Üyeliğe Kabulünün Koşulları (Şart’ın 4. maddesi), Danışma Görüşü, 1948, U.A.D. Raporları 1947-1948*, s. 61’e atfen; *BM İdare Mahkemesinin Tazminat Kararlarının Etkisi, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1954*, s. 51; ve *Güvenlik Konseyi’nin 276 (1970) sayılı kararı karşısında Güney Afrika’nın Namibya’da (Güney batı Afrika) Devam Eden Varlığının Devletler için Hukuki Sonuçları, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1971*, s. 27, parag. 40). Her halükarda Divan, duvar inşasının hukuki sonuçlarıyla ilgili ortaya atılan sorunun soyut olmadığını ve dahası sonuçların kimleri etkileyeceğinin de Divan tarafından belirlenmesi gerektiği kanısındadır.

41. Dahası, Divan, yargılama için ileri sürülen, sorunun “siyasi” niteliği nedeniyle herhangi bir yargı yetkisi olmadığı görüşünü kabul edemez. Divan, bu açıdan içtihatları göz önüne aldığı anda, hukuki bir sorunun siyasi yönlerinin de olabileceğini kabul etmektedir;

“doğası gereği, uluslararası alanda birden çok sorunun olması, sorunun hukuki karakterini ya da kendi Statüsü tarafından Divan’a sağlanan yetkiyi kaldırmaz” (*BM İdare Mahkemesinin 158 Sayılı Kararının İncelenme Başvurusu, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1973*, s. 172, parag. 14). Siyasi yönü ne olursa olsun, Divan, yargılama görevini, yani uluslararası hukukun kendisine yüklediği yükümlülükleri göz önünde bulundurarak, devletlerin olası davranışlarının hukukiliğini değerlendirmekle yükümlü olduğunu reddedemez (*krş. Bir Devletin Birleşmiş Milletler’e Üyeliğe Kabulünün Koşulları (Şart’ın 4. maddesi), Danışma Görüşü 1948, U.A.D. Raporları 1947-1948*, s. 61-62; *Bir Devletin Birleşmiş Milletler’e Kabulünde Genel Kurul’un Yetkisi, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1950*, s. 6-7; *Birleşmiş Milletler’in Belirli Masrafları (Şart’ın 17. maddesinin 2. paragrafı), Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları, 1962*, s. 155).” (*Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 234, parag. 13).

Divan, *DSÖ ve Mısır Arasındaki 25 Mart 1951 Tarihli Antlaşma’nın Yorumu* ile ilgili danışma görüşünde şunu vurgulamıştır:

“Siyasi düşüncelerin ön plana çıktığı durumlarda, uluslararası bir örgütün, tartışmalı konuyla ilgili uygulayacağı hukuki ilkelere ilişkin olarak, Divan’dan danışma görüşü alması özellikle gerekebilir.” (*U.A.D. Raporları, 1980*, s. 87, parag. 33)

Ayrıca Divan, *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği* hakkındaki danışma görüşünde bu durumu teyit etmiştir:

“*Soruya ilham kaynağı olabilecek siyasi motifler veyahut danışma görüşünde ortaya çıkabilecek siyasi imalar Divan’ın yargı yetkisinin tesisine alakalı bir durum değildir.*” (*U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 234, parag. 13)

Divan, mevcut yargılamada aksini kararlaştıracak herhangi bir unsurun bulunmadığını gözlemlemiştir.

*

42. Buna göre, Divan, Genel Kurul’un 10/14 sayılı Acil Oturum kararı ile talep ettiği danışma görüşünü vermek üzere yargı yetkisine sahiptir.

**

43. Bununla birlikte mevcut yargılamada Divan’ın, Genel Kurul’un talebinin Divan’ın yargısal işlevine aykırı ve bu işlev ile bağdaşmayan spesifik unsurlar içermesi nedeniyle yargı yetkisini kullanmayı reddetmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

44. Geçmişte Divan birçok kez, yargılama yapılabilmesi için gerekli şartları yerine getirmiş olsa dahi danışma görüşü vermeyi reddetme hakkına sahip olduğunu Statü'nün 65. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Divan, Birleşmiş Milletler Antlaşması gereğince ya da bu Antlaşma hükümlerine uygun olarak görüş istemeye yetkili kılınmış her organ ya da kuruluşun isteği üzerine her türlü hukuksal sorun konusunda görüş verebilir." cümlesine dayandırmıştır (*Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 234-235, parag. 14). Bununla beraber, Divan, danışma görüşü talebi halinde verilecek görüşün, "Örgüt faaliyetlerine katılmak anlamına geldiği ve ilke olarak reddedilmemesi gerektiği" kanaatinde-dir (*Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile Barış Antlaşmalarının Yorumu, Birinci Safha, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1950*, s. 71; ayrıca bkz.; örneğin, *İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün Hukuk Sürecinden Bağımsızlığına İlişkin Ayrım, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1999 (I)*, s. 78-79, parag. 29). "Birleşmiş Milletler'in birincil yargı organı" olarak sorumlulukları göz önüne alınırsa (Birleşmiş Milletler Şartı 92. madde), Divan prensip olarak danışma görüşü taleplerini reddetmemelidir. Divan ancak içtihatlarına uygun olarak "zorlayıcı nedenler" olması durumunda görüş vermeyi reddedebilir. (*Birleşmiş Milletler'in Belirli Masrafları (Şart'ın 17. maddesinin 2. paragrafı), Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları, 1962*, s. 155; ayrıca bkz.; örneğin, *İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörünün Hukuk Sürecinden Bağımsızlığına İlişkin Ayrım, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1999 (I)*, s. 78-79, parag. 29)

Mevcut Divan, takdir yetkisini kullanarak, hiçbir danışma görüşü talebini geri çevirmemiştir. Dünya Sağlık Örgütü'nün *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliğine* ilişkin görüş talebindeki ret sebebi Divan'ın yargılama yetkisinin olmamasından kaynaklanmıştır, yargılamaya uygun olmama ile bir ilişkisi yoktur. (bkz. *U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 235, parag. 14). Divan'ın selefi Daimi Adalet Divanı, sadece bir kez cevap verilmemesi gerektiği kanısına varmıştır (*Doğu Karelya'nın Durumu, Danışma Görüşü, 1923, U.D.A.D. Seri B, No. 5*) ve bu ancak,

"Davanın çok özel koşullarında, hali hazırda var olan bir sorun ve sorunun taraflarından birinin ne Milletler Cemiyeti'ne ne de Daimi Divan'a üyeliğinin bulunmaması sebebiyle muhalefeti ve davaya dahil olmayı reddinden..." (*Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 235-236, parag. 14) kaynaklanabilir.

45. Divan'ın yargı yetkisini kullanması konusunda her defasında "zorlayıcı sebep" ölçütüne atıfta bulunulması, Divan'ı görevinden alıkoymak için geçerli bir sebep olamaz. Divan, bu durumda kendine sunulan tüm argümanları içtihadı ışığında ayrıntılı olarak inceleyecektir.

46. İlk argüman, talebin İsrail ve Filistin arasında sürmekte olan tartışmalı bir konuyla alakası nedeniyle İsrail'in yargı yetkisine dair bir rızasının bulunmaması ve bu nedenle Divan'ın yargı yetkisini kullanılmaması gerektiği üzerinedir. Bu görüşe göre, Genel Kurul'un ortaya attığı sorunun konusu, "İsrail- Filistin sorununun ayrılmaz parçaları, terörizm, güvenlik, sınırlar, yerleşimler, Kudüs ve diğer ilgili konulara ilişkindir." İsrail, Divan tarafından veya başkaca zorlayıcı yargılama yöntemi ile bu anlaşmazlığın çözülmesine asla rıza göstermediğini vurgulamıştır. Aksine, İsrail tarafları bu konuların çözümü için müzakere kararı aldıklarını ve tahkime başvurmak konusunda anlaşma yapmaya karar verdiklerini iddia etmektedir. Buna göre, Divan, diğer hususların yanı sıra Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın *Doğu Karelya'nın Durumu*'na ilişkin kararını emsal olarak görüş vermeyi reddetmesi gerektiği iddia edilmiştir.
47. 1950 tarihli kararında Divan, alakadar devletin rızasının ancak çekişmeli davalarda bir gereklilik olduğunu, danışma görüşü için rızanın bir bağlayıcılığı olmadığını mütalaa etmektedir. 1950 tarihli bir Danışma Görüşünde Divan, bu durumu şöyle açıklar:

"Anlaşmazlığın tarafı olan devletin rızası, çekişmeli davalarda, Divan'ın yargı yetkisinin temelini oluşturmaktadır. Devletler arasında halen devam eden hukuki bir sorun ile ilgili olsa bile danışma usulünde durum farklıdır. Ayrıca, Divan'ın cevabı danışma görüşü niteliği taşır ve bağlayıcılığı yoktur. Birleşmiş Milletler üyesi olsun olmasın hiçbir devlet Birleşmiş Milletler'in atacağı adımlara yardımcı olunması için istenen bir danışma görüşünün verilmesini engelleyemez. Divan görüşü, devletlere değil, onu isteme (talep etme) hakkı olan organa verilir. Birleşmiş Milletler'in bir organı olan Divan'ın cevabı, örgütün faaliyetlerine katılma anlamını taşır ve ilke olarak reddedilemez." (*Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile Barış Antlaşmalarının Yorumu, Birinci Safha, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1950*, s. 71; ayrıca bkz. *Batı Sahra, U.A.D. Raporları 1975*, s. 24, parag. 31).

Buradan hareketle, danışma görüşü taleplerinde, Divan, bazı özel hallerde, yargı yetkisinin olmadığı gerekçesiyle görüş beyan etmeyi reddetmemiştir. Bununla birlikte Divan bazı alakadar devletlerin Genel Kurul'un danışma görüşü talebini yargılamaya uygunluk bağlamında incelemiştir. Divan, 1950 kararını yorumladığı *Batı Sahra* hakkındaki danışma görüşünde bu durumu, "eğer, incelenen davanın koşullarında, yargılamaya uygun olmama değerlendirmesi Divan'ı görüş vermeyi reddetme sorumluluğu altına sokuyorsa, rıza yokluğunun bu nedenle görüş vermemenin gerekçesi olabileceği kabul edilir" şeklinde açıklamıştır. Divan şöyle devam etmiştir:

“Bazı durumlarda... ilgili devletin rızasının olmaması, danışma görüşü verilmesinin Divan’ın yargısal karakteriyle bağdaşmaz hale gelmesine neden olabilir. Danışma görüşü verme, bir devletin tarafı olduğu anlaşmazlıkların, rızası olmaksızın, yargısal çözümlere tabi tutulmasına müsaade etmek ile yükümlü tutulamayacağı ilkesinin dolanılması ile sonuçlanması, bu durumun bir örneğidir.” (*Batı Sahra, U.A.D. Raporları 1975*, s. 25, parag. 32-33.)

Bu ilkenin *Batı Sahra*’da uygulanmasında Divan, gerçekte bir hukuki ihtilaf bulunduğunu ve bunun Genel Kurul görüşmeleri sırasında ve Genel Kurul’ün üzerine eğildiği konularla ilgili bir ihtilaf olduğunu tespit etmiştir. İhtilaf ikili ilişkiler bazında bağımsız olarak ortaya çıkmamıştır. (*ibid.*, s. 25, parag. 34.)

48. Divan danışma görüşü verilmesine ilişkin öncelikle, İsrail ve Filistin’in, İsrail’in duvar inşa etmesinin hukuki sonuçları hakkında radikal olarak farklı görüş bildirdiğini gözlemlemiştir. Bununla birlikte Divan’ın belirttiği gibi “*Hukuki konulardaki görüş ayrılıkları, hemen her danışma sürecinde var olmuştur.*” (*Güvenlik Konseyi’nin 276 (1970) sayılı kararı karşısında Güney Afrika’nın Namibya’da (Güney batı Afrika) Devam Eden Varlığının Devletler için Hukuki Sonuçları, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1971*, s. 24, parag. 34).
49. Ayrıca Divan, Genel Kurul’un talebinin konusunun İsrail ve Filistin arasında yalnızca ikili bir mesele olarak görülebileceğini kabul etmemiştir. Uluslararası barış ve güvenlikle ilgili sorunlarda Birleşmiş Milletler’in yetki ve sorumlulukları göz önüne alındığında, Divan, duvar inşasının Birleşmiş Milletler’i doğrudan ilgilendirmesi gerektiği düşüncesindedir. Birleşmiş Milletler’in bu sorumluluğu Filistin’le ilgili Bölünme ve Manda Kararı’na dayanmaktadır (bkz. aşağıda parag. 70-71). Bu sorumluluk Genel Kurul tarafından “uluslararası meşruiyete uygun olarak, sorunun tüm yönleriyle tatmin edici bir şekilde çözümüne kadar, Filistin meselesinde kalıcı bir sorumluluk olduğu” belirtilmiştir (Genel Kurul’un 57/107 sayılı ve 3 Aralık 2002 tarihli kararı). Örgütün kurumsal çerçevesinde bu sorumluluk, ilgili birçok Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararının kabulü ve özellikle Filistin halkının vazgeçilmez haklarının gerçekleştirilmesine yardımcı olmak üzere kurulan çeşitli yan kuruluşların oluşturulması ile yerine getirilmiştir.
50. Divan’ın önündeki talebin amacı, Genel Kurul’un görevini doğru bir biçimde yerine getirebilmek için kendisine yardımcı olacağını düşündüğü görüşün Divan’dan alınmasıdır. Görüş, özellikle doğrudan doğruya Birleşmiş Milletler ile ilgili ve ikili anlaşmazlıktan daha geniş bir önemi haiz bir sorun hakkında talep edilmiştir. Bu koşullar içerisinde Divan, kararın yargısal çözüme muvafakat etme ilkesine aykırı olacağı görüşünde değildir ve takdirini görüş bildirmenin reddedilmesi şeklinde kullanamaz.

*

51. Divan şimdi, yargılama yetkisini kullanmayı reddetmesi gerektiği fikrini desteklemek amacıyla, bu dava sürecinde gündeme getirilen bir başka tartışmaya yönelecektir. Bazı katılımcılar, Divan'ın duvarın yasallığı ve yapımının hukuki sonuçları üzerine bir danışma görüşü vermesinin İsrail-Filistin çatışmasına siyasi ve müzakere edilmiş bir çözümü engelleyebileceğini savunmuştur. Özellikle, böyle bir görüşün, İsrail ve Filistin'in sözü edilen çeşitli aşamalarda belirli yükümlülükleri yerine getirmesini öngören "Yol Haritası" (bkz. yukarıda parag. 22) planını zayıflatabileceği iddia edilmiştir. Talep edilen görüş, iddiaya göre, "Yol Haritası"nda öngörülen müzakereleri zorlaştırabilir niteliktedir ve bu nedenle Divan takdir yetkisini kullanmalı ve konuyla ilgili cevap vermeyi reddetmelidir.

Bu, Divan'ın geçmişte de birkaç kez üzerinde durmak zorunda kaldığı bir taleptir. Örneğin, *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği* görüşünde Divan şunu özellikle belirtmiştir:

"Bu davada Divan'dan gelebilecek cevabın silahsızlanma müzakerelerini olumsuz bir şekilde etkileyebileceği ve bunun Birleşmiş Milletler'in menfaatlerine uygun olmayabileceği belirtilmiştir. Divan, vereceği danışma görüşü ne olursa olsun Genel Kurul'da konuyla ilgili devam eden tartışmalarla bir irtibatı olacağını ve konuyla ilgili müzakerelerde ek bir unsur olarak yer alacağını farkındadır. Bunun da ötesinde, danışma görüşünün etkisi takdire bağlı olarak değişir. Divan tam aksi durumları da tecrübe etmiştir ve bunlardan birini tercih etmeye yarayacak açık ve kesin ölçütler yoktur (*U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 234, parag. 17; ayrıca bkz. *Batı Sahra, U.A.D. Raporları 1975*, s. 37, parag. 73).

52. Bu davadaki katılımcılardan biri, Divan'ın talebe cevap vermesi halinde, şu unsurların özellikle göz önünde bulundurulmasını talep etmiştir:

"[B]arış sürecinin iki temel unsuru: Kalıcı statü meselelerinin müzakereler yoluyla çözülmesinin temel ilke oluşu ve barış sürecinin başarılı olabilmesi için tarafların güvenlik sorumluluğunu yerine getirmesinde geçiş (ara) dönemine olan ihtiyaç".

53. Divan, Güvenlik Konseyi tarafından 1515/2003 sayılı kararda onaylanan "Yol Haritası"nın (bkz. yukarıda parag. 22) İsrail-Filistin ihtilafının çözümü için müzakere edilebilir bir çerçeve oluşturduğunun bilincindedir. Bununla birlikte, Divan görüşünün bu müzakereler üzerinde ne gibi etkisi olabileceği belirsizdir: mevcut katılımcılar bu konuda birbirinden farklı görüş bildirmişlerdir. Divan, bu durumu, yargılama yetkisini kullanmayı reddetmek için güçlü bir sebep olarak görmemektedir.

54. Bazı katılımcılar, sunulan dava konusunun duvar inşasıyla sınırlı olduğunu, bunun İsrail- Filistin meselesinin sadece bir yönü olduğunu ve bu sorunun

meselenin anlaşılması için yetersiz olduğunu belirtmişlerdir. Bununla birlikte, Divan, bu durumun sorulan soruyu yanıtlamayı reddetmesi için bir neden olarak görmediğini belirtmiştir. Divan, duvar sorununun büyük bir bütünün parçası olduğunun farkındadır ve vereceği görüşün sonuçlarını dikkate alacaktır. Aynı zamanda, Genel Kurul'un Divan'a sorduğu soru, duvar inşasının hukuki sonuçları ile sınırlıdır ve Divan, diğer konuları yalnızca gerekli görüldüğü ölçüde inceleyecektir.

55. Bazı katılımcılar, Divan'ın bir karar verebilmek için ihtiyacı olduğu maddi vakıalara ve delillere sahip olmadığı ya da bunların yeterli olmadığı iddiasıyla, Divan'ın yargı yetkisini kullanmayı reddetmesi gerektiğini de öne sürmüştür. Ayrıca, İsrail, *Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile Barış Antlaşmalarının Yorumu* Danışma Görüşü'ne atıfta bulunarak ihtilafta olan tarafların görüşlerinin dinlenmeden konuyla alakalı bir danışma görüşünün verilemeyeceğini öne sürmüştür. İsrail, Divan'ın talep edilen görüşü vermeye karar vermesi halinde, bunun anlaşmazlığın temel unsurlarına ilişkin varsayımsal ve spekülasyon bir karar olacağı görüşündedir. Daha spesifik olarak ise, İsrail, Divan'ın duvarın inşasının güvenlik açısından sağlayacağı faydayı, işlevselliğini ve Filistin Halkı üzerindeki etkilerini göz önünde bulundurmadan karar veremeyeceğini öne sürmüştür. Çekişmeli davada dahi zaten zor olan bu görev, özellikle de İsrail tek başına gerekli bilgilerin çoğuna sahip olduğu ve esasa değinmeyi onaylamadığını belirttiği için, bu danışma usulünde daha da karmaşık hale gelecektir. İsrail, mevcut davada açıklığa kavuşturulamayacak olan somut olaylarla karşı karşıya olan Divan'ın takdir yetkisini kullanması ve bu danışma görüşünü vermeyi reddetmesi gerektiği görüşündedir.

56. Divan, eldeki delillerin tavsiye niteliğinde görüş sunmaya yeterli olup olmadığı sorusunun her davada ayrıca kararlaştırılması gerektiği düşüncesindedir. *Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile Barış Antlaşmalarının Yorumu (U.A.D. Raporları 1950, s. 72)* ve *Batı Sahra Görüşü'nde*, Divan'a göre, davanın şartları çerçevesinde belirleyici olan husus,

“Divan'ın yargısal karakterine uygun olan durumlarda bir görüş bildirmesi için gerekli olan şeyin, tartışılan bir soru üzerinde hukuki bir sonuca varmayı temin edecek yeterli bilgi ve delile sahip olup olunmadığının tespiti”dir. (*Batı Sahra, U.A.D. Raporları 1975, s. 28-29, parag. 46*).

Örneğin, Doğu Karelya'nın Statüsüne ilişkin davada, Uluslararası Daimi Adalet Divanı, diğer unsurların yanı sıra, “her iki tarafın da dinlenmeden bir sorunun ortaya atıldığı” gerekçesiyle soruya bir görüş vermektan kaçınma kararı almıştır. (*Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile Barış Antlaşmalarının Yorumu (U.A.D. Raporları 1950, s. 72; bkz. Doğu Karelya'nın durumu, U.D.A.D., Seri B, No. 5, s. 28*). Öte yandan, *Batı Sahra Görüşü'nde* olgulara yönelik kanıt niteliğinde geniş bir dosya olduğu gözlemlenmiştir (*U.A.D. Raporları 1975, s. 29, parag. 47*).

57. Mevcut davada Divan, Genel Sekreter'in detaylı bir raporuna sahiptir. Bu rapor sadece duvarın güzergahıyla ilgili değil aynı zamanda bu duvarın inşasının Filistin Halkı üzerindeki olumsuz sonuçlarını da içeren niteliktedir. Dosya, özel raportörler ve Birleşmiş Milletler'in yetkili organları tarafından yapılan yerinde ziyaretlere dayanan çeşitli raporlar bulundurmaktadır. Genel Sekreter, Divan'a ayrıca, rapor içeriğini güncelleyen yazılı bir bildiri daha sunmuştur. Dahası, diğer birçok katılımcı, Genel Kurul'un sorduğu soruyla ilgili bilgileri içeren yazılı ifadelerini Divan'a sundu. İsrail'in yazılı beyanında, yargılama ve yerindelik konularıyla sınırlı olmakla birlikte, İsrail'in güvenlik açısından endişeleri de dahil olmak üzere diğer konularda gözlemleri ve ekleri Divan'a sundu. Bu belgeler ve eklerin birçoğu İsrail Hükümeti tarafından kamuya açılmıştır.
58. Divan, Genel Kurul'un talep ettiği danışma görüşünü vermek için yeterli bilgi ve delile sahip olduğuna karar vermiştir. Ayrıca, başkalarının bu gerçekleri önel veya siyasi bir şekilde değerlendirebileceği ve yorumlayabileceği iddiası, bir mahkemenin yargı görevinden vazgeçmesi için bir argüman olamaz. Dolayısıyla mevcut davada, Divan'ın talep edilen görüşleri beyan etmeyi reddetmesi için zorlayıcı bir sebep teşkil edecek herhangi bir bilgi eksikliği bulunmamaktadır.

*

59. Bazı katılımcılar, yazılı ifadelerinde, Divan'ın, herhangi bir fayda yaratmayacağı gerekçesiyle duvarın inşa edilmesinin hukuki sonuçları hakkında görüş bildirmekten kaçınması gerektiği yönündeki argümanlarını da öne sürmüşlerdir. Divan'ın danışma görüşlerinin, örgütün gelecekteki eylemleri için ihtiyaç duyan bir organın veya ajansın etkinleştirilebilmesi için bir araç olarak görülmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Ayrıca Genel Kurul, İsrail'in inşaa ettiği duvarı zaten hali hazırda hukuk dışı saymakta, inşaatın durdurulup yıkılması gerektiğini savunmaktadır. Bu açıdan Genel Kurul'un Divan'ın görüşüne ihtiyacı yoktur. Bununla birlikte çıkması muhtemel bir danışma görüşünü Genel Kurul'un nasıl kullanacağı da belli değildir.
60. Divan'ın içtihatlarından anlaşılacağı üzere, danışma görüşleri, talep eden organlara, eylemlerinde kendileri için gerekli olan hukuki gerekçeyi sağlamakla görevlidir. *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesine Dair Çekince Hakkındaki Görüşü*'nde Divan, "Danışma görüşü için yapılan bu talebin amacı, Birleşmiş Milletler'in kendi eylemleri konusunda rehberlik etmektir." demiştir. (*U.A.D. Raporları 1951*, s. 19.). Aynı şekilde Divan, *Güvenlik Konseyi'nin 276 (1970) sayılı kararı karşısında Güney Afrika'nın Namibya'da (Güney batı Afrika) Devam Eden Varlığının Devletler için Hukuki Sonuçları Görüşü*'nde şunları belirtmiştir: "Talep Birleşmiş Milletler organı tarafından kendi kararlarına atıfta bulunularak ileri

sürülmüştür ve bu kararların sonuçları ve etkileri hakkında Divan'dan yasal tavsiye istemektedir.” (U.A.D. Raporları 1971, s. 24, parag. 32). Divan bir başka meselede, verdiği danışma görüşüyle “Genel Kurul’u Batı Sahra’nın sömürgeci arındırılmasının ileri adımları için hukuki niteliğe haiz unsurlar” sunmuştur. (Batı Sahra, U.A.D. Raporları 1975, s. 37, parag. 72).

61. Divan, Genel Kurul’un duvarla ilgili tavsiye niteliğindeki görüşünü ne şekilde kullanacağını açıklığa kavuşturmadığı iddiasıyla ilgili olarak, şu an üzerinde durulan olay ile benzer yönleri sahip olan, *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği* hakkındaki danışma görüşündeki şu ifadeleri hatırlatır: “Bazı Devletler, Genel Kurul’un, Divan’dan Danışma Görüşü istemesinin nedenlerini net bir şekilde Divan’a açıklamadığını beyan etmiştir. Yine de, Divan’ın, Genel Kurul’un görevlerini yerine getirmesi için bir danışma görüşüne ihtiyacı olup olmadığını sorgulama gibi bir yetkisi yoktur. Genel Kurul, bir danışma görüşünün kendi ihtiyaçları için yararlı olup olmadığına karar verme hakkına sahiptir.” (U.A.D. Raporları 1996 (I), s. 237, parag. 16).
62. Divan, görüşünün faydasız olabileceğine dayanarak, ortaya atılan soruyu cevaplamayı reddedemez. Divan, Genel Kurul’un yerine geçerek, bu görüşü talep eden organın istediği görüşün yararlılığına ilişkin değerlendirme yapamaz. Buna ek olarak Divan, herhangi bir olayda, Genel Kurul’un kendi kararının, bütün muhtemel sonuçları hakkında bir saptama yapmış olmadığı görüşündedir. Divan’ın görevi, ancak duvar inşasının hukuki sonuçlarını kapsamlı bir şekilde tespit etmek iken, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi daha sonra Divan’ın kararından başkaca sonuçlar çıkartabilir.

*

63. Son olarak, Divan, mevcut yargılamada danışma görüşü verilmesinin yargılamaya uygunluğuna ilişkin ileri sürülen bir başka argümana değinecektir. İsrail, Filistin’in, İsrail ve İsrail Halkı’na karşı şiddet eylemlerinden kaynaklanan sorumluluğunu, duvarı bahane ederek Divan’a taşımasının bir çözüm getirmeyeceğini ileri sürmüştür. Böylece, İsrail, çekişmeli davalarda ve danışma görüşlerinde geçen *nullus commodum capere potest de sua injuria propria* (Kanun, hukuka aykırı bir işlemde sağlanacak faydayı korumaz) deyimine atıfta bulunmuştur ve bu nedenle, iyi niyet ve “temiz el” ilkesinin, Divan’ın Genel Kurul’un talebini reddetmesi için zorlayıcı bir sebep olarak görülmesi gerektiğini belirtmiştir.
64. Divan, bu argümanın yerinde olmadığı görüşündedir. Daha önce de vurgulandığı gibi, danışma görüşünü talep eden organ Genel Kurul’dur ve görüş, belirli bir Devlete ya da varlığa değil Genel Kurul’a verilecektir.

* *

65. Yukarıdakilerin ışığında Divan, Genel Kurul tarafından yöneltilen soruyla alakalı olarak görüş verme yetkisine sahip olduğuna ve (bkz. yukarıda parag. 42) ve takdir yetkisinin kullanılması suretiyle görüş vermemeye *-zorlayıcı bir sebep* var olmadığından- gerek olmadığı sonucuna, varmıştır.

*

* *

66. Divan, şimdi Genel Kurul’un ES-10/14 sayılı kararında belirtilen soruya değinecektir. Divan soruyu bir kez daha aşağıdaki gibi ortaya koyar:

“Genel Sekreterin raporunda belirtildiği gibi, 1949 tarihli Dördüncü Cenevre Sözleşmesi dahil uluslararası hukuk kural ve ilkeleri ile ilgili Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarını dikkate alarak; Doğu Kudüs’ün çevresi dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarında İsrail’in işgal gücü olarak duvar inşa etmesinin hukuki sonuçları nelerdir?”

67. Paragraf 82’de açıklandığı gibi bahse konu “Duvar” karmaşık bir yapı olduğu için, bu terim fiziksel anlamı içine hapsedilemez. Ayrıca, gerek İsrail (çit) gerek Genel Sekreter (bariyer) tarafından kullanılan diğer terimlerin fiziksel anlamı ile alınması doğru olmaz. Bu nedenle Divan bu Görüşte Genel Kurul tarafından kullanılan terminolojiyi kullanmayı tercih etmiştir.

Divan ayrıca, Genel Kurul’un talebinin “Doğu Kudüs ve çevresi dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarında” inşa edilen duvarın hukuki sonuçlarıyla ilgili olduğunu da belirtir. Aşağıda açıklandığı gibi (bkz. aşağıda parag. 79-84), Divan, kompleksin İsrail topraklarının bazı kısımlarında inşa edilen ya da inşa edilmesi planlanan kısımlarına ilişkin olarak, inşanın hukuki sonuçlarını incelemesi için kendisinden bir talepte bulunulmadığı düşüncesindedir.

68. Genel Kurul’un sorusu, işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının hukuki sonuçlarıyla ilgilidir. Ancak Divan’ın Genel Kurul’a bu sonuçları sunabilmesi için, öncelikle bu duvarın inşasının uluslararası hukuka aykırı olup olmadığını tespit etmesi gerekir. (Bkz. yukarıda parag. 39). Bu nedenle Divan, duvar inşasının hukuki sonuçlarından önce bu tespiti yapacaktır.
69. Bu tespitin yapmak için Divan ilk önce ilgili ülke parçasının (ilgili toprakların) statüsüne dair kısa bir analiz yapacaktır; daha sonra bu ülke içinde tamamlanmış ya da devam eden inşa işlerini tanımlayacaktır. Akabinde de, uygulanacak hukuku tespit edip, herhangi bir ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştıracaktır.

* *

70. Filistin, Osmanlı İmparatorluğu'nun bir parçasıydı. Filistin, Birinci Dünya Savaşı'nın sonunda Milletler Cemiyeti tarafından, Milletler Cemiyeti Misakı madde 22/4 çerçevesinde, "A" sınıfı olarak Büyük Britanya'nın mandası altına verildi. Madde 22/4:

"Daha önce Türk İmparatorluğuna bağlı bulunan topluluklar, bir Manda'nın yardım ve yönetsel tavsiyelerine bağlı bir şekilde ve kendi kendilerini yönetebilecekleri zamana kadar, bağımsız uluslar olarak varlıklarını geliştirdikleri aşamaya ulaştıklarında geçici olarak tanınabilir."

Divan, *Güney Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü*'ne ilişkin Danışma Görüşü'nde, genel olarak mandadan söz ederken, "Manda, ilgili ülkede yaşayanlar ve genel olarak insanlığın menfaati için, uluslararası bir kurum ve varlık olarak medeniyetin kutsal bir emaneti olarak yaratılmıştır (*U.A.D Raporları 1950*, s. 132)" şeklinde beyanda bulunmuştur. Divan bu anlamda, "iki ilke olağanüstü derecede önemlidir: İlhak edilememesi ilkesi ve 'medeniyetin kutsal emaneti' olan (ve kendi kendini yönetecek durumda olmayan) halkların gelişimi ve iyi bir durumda bulunmasını ifade eden ilke" (*ibid.*, s. 131) şeklinde karar vermiştir.

Manda altındaki Filistin'in ülkesel sınırları, çeşitli belgelerle, özellikle de doğu sınırına ilişkin 16 Eylül 1922 tarihli İngiliz Bildirisi ve 20 Şubat 1928 Anglo-TransÜrdün Anlaşması gibi belgelerle belirlenmiştir.

71. 1947 yılında Birleşik Krallık, 1 Ağustos 1948'de manda altındaki bölgelerin tahliyesini bitireceğine dair niyetini bildirdi ve daha sonra bu tarihi 15 Mayıs 1948 olarak revize etti. Bu arada Genel Kurul'da 29 Kasım 1947'de Filistin'in gelecekteki idaresine ilişkin 181 (II) sayılı, biri Arap diğeri Yahudi olmak üzere iki bağımsız devlete ve Kudüs şehri için de uluslararası özel bir rejim oluşumuna dayalı bir çözüm içeren ve "Birleşik Krallık ve diğer tüm Birleşmiş Milletler üyelerine ülkeyi paylaşım planını benimsemesini ve uygulamasını tavsiye eden" kararı kabul etti. Filistin'deki Arap nüfusu ve Arap devletleri bu planı dengeli olmadığını iddia ederek reddetti; İsrail ise 14 Mayıs 1948'de Genel Kurul kararına binaen bağımsızlığını ilan etti ve akabinde İsrail ve bazı Arap devletleri arasında silahlı çatışma başladı ve paylaşım planı uygulanmadı.

72. 62 (1948) sayılı ve 16 Kasım 1948 tarihli kararlar, Güvenlik Konseyi, "Filistin'in her yerinde bir ateşkes ilan edilmesine" karar verdi ve çatışmanın son bulması için bir anlaşma meydana getirmek üzere taraflara çağrıda bulundu. Karara uygun olarak Birleşmiş Milletler'in arabuluculuğu ile 1949'da İsrail ve diğer komşu devletler arasında genel ateşkes antlaşmaları akdedildi. Özellikle İsrail ve Ürdün arasında 3 Nisan 1949 tarihinde Rodos'ta imzalanan antlaşma bunlardan biridir. Anlaşmanın V. ve VI. maddeleri İsrail ve Arap kuvvetleri arasındaki ateşkes sınırlarını belirleyen hattı tespit ediliyordu (Haritalarda kullanılan renk sebebiyle daha sonra sıklıkla "Yeşil Hat" denilmiştir; bundan böyle "Yeşil Hat" olarak anılacaktır). III. maddenin 2. Paragrafı'nda, "Her iki tarafın askeri ya da paramiliter unsurları, her

ne amaçla olsun, ateşkes sınır hattının ötesine geçmeyecek ya da onu aşmayacaktır” hükmü yer almıştır. VI. maddenin 8. paragrafında “Bu hükümlerin, taraflar arasında nihai bir politik anlaşmaya halel getirecek şekilde yorumlanmayacağı” kabul ve taahhüt edildi. Ayrıca “Sözleşme’nin V. ve VI. maddelerinde tanımlanan ateşkes sınır hattının, gelecekteki ülkesel düzenlemeler veya sınır çizgileri ya da tarafların bunlarla ilgili iddialara halel getirmeyeceği” ifade edildi. Ateşkes sınır hattı, taraflarca mutabık kalmacak tashihiyle tabidir.

73. 1967 çatışmasında, İsrail kuvvetleri, İngiliz mandasının üzerine kurulduğu bütün Filistin ülkesini işgal etmiştir (Yeşil Hattın doğusuna uzanan, Batı Şeria olarak bilinen yer dahil).
74. Güvenlik Konseyi, kuvvete başvurarak ülke kazanımının kabul edilemeyeceğini vurgulayan ve “İsrail silahlı kuvvetlerinin çatışmalarda işgal edilen topraklardan geri çekilmesi” ve “Tüm iddia ve saldırganlıkları sona erdirmeye” çağrısını içeren 242 (1967) sayılı ve 22 Kasım 1967 tarihli kararı oybirliğiyle kabul etmiştir.
75. 1967’den bu yana, İsrail söz konusu topraklarda Kudüs şehrinin statüsünün değişimini amaçlayan bazı önlemler almıştır. Güvenlik Konseyi, fetih yoluyla ülke kazanma ilkesinin kabul edilemezliğini birkaç örnekle hatırlattıktan sonra, bu önlemleri kınadı ve 25 Eylül 1971 tarihli 298 (1971) sayılı kararıyla, son derece açık bir biçimde bu durumu teyit etmiştir:

“İsrail tarafından Kudüs Şehrinin statüsünü değiştirmek amacı ile gerçekleştirilen arazi ve mülklerin kamulaştırılması, nüfus transferi ve işgal edilen bölgeleri kendisine dahil etmeyi amaçlayan mevzuat dahil olmak üzere tüm yasama faaliyetleri ve idari faaliyetler tamamen geçersizdir ve mevcut durumu değiştirmez.”

Daha sonra, İsrail’in, Kudüs’ü İsrail’in “tam ve birleşik” başkenti olarak ilan eden 30 Temmuz 1980 tarihli Temel Kanunu kabul etmesini müteakip, Güvenlik Konseyi, 20 Ağustos 1980 tarihli ve 478 (1980) sayılı kararıyla, bu kanunun kabulünün uluslararası hukuka aykırı olduğunu ve “işgalci güç İsrail tarafından Kutsal Kudüs şehrinin niteliğini ve statüsünü değiştiren ya da değiştirmeyi amaçlayan tüm yasal ve idari önlem ve tasarrufların hükümsüz ve geçersiz” olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Güvenlik Konseyi, ‘Temel Kanunun’ ve bu kanun gereğince, Kudüs’ün niteliğini ve statüsünü değiştirmeyi amaçlayan İsrail’in diğer tüm eylemlerinin tanınmamasına karar vermiştir.

76. Bu gelişmeleri takiben, İsrail ile Ürdün arasında 26 Ekim 1994 tarihinde bir barış antlaşması imzalanmıştır. Bu antlaşma ile “1967’de İsrail askeri idaresi altında olan ülkelerin statüsüne halel gelmeksizin ve “Ek 1 (a) da gösterilen manda idaresi altındaki sınır tanımına göre”, iki ülke arasındaki sınır tespit edilmiştir (Madde 3, parag. 1-2). İlgili haritalar Ek 1’de belirtildi ve “1967’de İsrail askeri idaresi altındaki ülkelerle” ilgili olarak da, çizilen hattın Ürdün’le idari sınırı teşkil ettiği eklemiştir.

77. Nihayet, 1993'ten beri İsrail ile Filistin Kurtuluş Örgütü arasında taraflara çeşitli yükümlülükler yükleyen bazı anlaşmalar imzalanmıştır. Bu anlaşmalar *öncelikle*, İsrail'in, işgal altındaki Filistin topraklarında askeri otoritele-
rinin ve sivil idaresinin yürüttüğü bir takım yetki ve sorumlulukların devrini
gereklemiştir. Bu devirlerden bazıları yapıldı ancak sonradan meydana ge-
len olaylar neticesinde, devirler kısmi ve sınırlı olarak kalmıştır.
78. Divan, 18 Ekim 1907 tarihli Dördüncü Lahey Sözleşmesi'ne ek Kara Savaş-
ları Kural ve Geleneklerine İlişkin Düzenlemeler'in (bundan sonra "1907
Lahey Düzenlemeleri" olarak anılacaktır) 42. maddesine yansıyan uluslara-
rası örf ve adet hukuku çerçevesinde (bkz. aşağıda parag. 89), fiilen düşman
ordusunun otoritesi altında bulunan ülke işgal altında sayılır ve işgal ancak
böyle bir otoritenin tesis edildiği ve kullanıldığı yerleri kapsadığını belirt-
miştir.

Yeşil Hat (bkz. yukarıda parag. 72) ile Filistin Mandası'nın doğu sınırları
arasında bulunan ülke parçaları 1967'de İsrail ile Ürdün arasındaki silahlı çatış-
malar sırasında İsrail tarafından işgal edilmiştir. Uluslararası örf ve adet hukuku-
na, bunlar İsrail'in işgalci güç statüsünü haiz olduğu işgal altındaki topraklardır
(ülkelerdir). Sonradan bu topraklarda meydan gelen olaylarla ilgili, yukarıda 75
ila 77. paragraflarda açıklandığı üzere, durumu düzeltmek için hiçbir şey yapıl-
mamıştır. Bütün bu topraklar (Doğu Kudüs dahil) işgal altındaki topraklar olarak
kalmış ve İsrail işgalci kuvvet statüsünü devam ettirmiştir.

79. İsrail'in, Genel Sekreterliğin raporunda tanımlanan yapıları inşa ettiği ya da
inşa etmeyi tasarladığı topraklar (ülkeler) esas itibariyle bu topraklardır. Di-
van bizatihi bu rapora dayanarak, bu yapıları ele alıp nitelendirecektir. Bu
raporun yayımlanmasından sonra meydana gelen gelişmeler için de, Divan,
Genel Sekreterlik tarafından raporu tamamlaması amacıyla ek olarak hazırlan-
an BM Yazılı Beyanındaki tamamlayıcı bilgilere atıfta bulunacaktır (bun-
dan sonra "Genel Sekreterlik Yazılı Beyanı" olarak anılacaktır).

80. Genel Sekreterliğin Raporu, "orta ve kuzey Batı Şeria'dan gelen sızmaları
engellemek amacıyla İsrail hükümetinin 1996'dan beri planlar yaptığı-
nı" (parag. 4) belirtmektedir. Bu rapora göre, bu nevi bir plan ilk kez Tem-
muz 2001'de İsrail Kabinesi tarafından onaylanmıştır. Daha sonra 14 Nisan
2002'de, Kabine, Batı Şeria'nın 3 bölgesinde 80 km uzunluğunda, İsrail'in
tanımıyla "güvenlik çiti"ni oluşturmaya yönelik kararı onaylamıştır.

Proje, İsrail kabinesi 23 Temmuz 2002'de (Kudüs'ü de içerecek şekilde)
Batı Şeria'da devam eden çitin inşasını ilk bölümünü onayladığında daha ileri
bir evreye geçmiştir. 14 Ağustos 2002'de İsrail, Salem (kuzey Cenin) kontrol
noktasından Elkana'daki yerleşimlere kadar geçerli olacak, Batı Şeria'nın ku-
zeyinde 123 kilometre boyunca uzanan bir kompleks inşa etmek amacıyla, Faz
A'daki çalışmalar (yapılar) için "çit"i, bir hat olarak kabul etmiştir. Faz B yapıları

Aralık 2002’de kabul edilmiştir. Bu faz, Salem kontrol noktasının doğusundan Bet Şean’a doğru Yeşil Hattın kuzey kısmından Ürdün Vadisine kadar uzanan 40 kilometrelik bir uzunluğa ulaşmıştır. Dahası, Genel Sekreterliğin raporuna göre İsrail Kabinesi, 1 Ekim 2003’de, “Batı Şeria boyunca 730 kilometrelik bir devam hattını içeren” yeni bir güzergâh daha kabul etmiştir. 23 Ekim 2003’de, tamamlanan ve planlanan bölümleri gösteren bir harita İsrail Savunma Bakanlığı web sitesinde yayınlanmıştır. Bu harita üzerindeki ayrıntılara göre, bazı büyük yerleşim yerlerini içine alan ve devam eden Faz C Kudüs ile Elkana’daki A aşaması inşaatının kuzeybatı ucunu içeren “güvenlik çiti”ni bağlayacaktır. Aynı haritaya göre, “güvenlik çiti” Kudüs yakınındaki Har Gilo yerleşim yerinden 115 kilometre boyunca uzanarak Hebron’un (Faz D) güneydoğusundaki Carmel yerleşim yerine bağlanacaktır. Savunma Bakanlığı belgelerine göre, bu alandaki inşaatların bitiş tarihi 2005’tir. Son olarak, Rapora göre İsrail, Ürdün Vadisinden batıya doğru bir “güvenlik çiti” inşasını planlamaktadır.

81. Genel Sekreterliğin yazılı beyanına göre bu işin ilk bölümü (Faz A), 150 kilometre mesafeye kadar genişleyebilmekte olup 31 Temmuz 2003 tarihinde bittiği ilan edilmiştir. Yaklaşık 56.000 Filistinlinin yerleşim bölgelerine yerleştirileceği rapor edilmiştir. Bu fazda, 19.5 kilometre tutan iki bölüm Kudüs etrafında inşa edilmiştir. Kasım 2003 tarihinde Nazlat Isa Baqa al-Sharqiya yerleşim yerinin batısında bulunan Yeşil Hat civarında yeni bir bölge inşaatı başladı ve bu inşaatın bitimine yakın Ocak 2004 tarihinde Genel Sekreter yazılı beyanını sunmuştur.

Genel Sekreterliğin yazılı beyanına göre Faz B adı altında yürütülen işlemler Ocak 2004 tarihinde hala işlemdeydi. Böylece Yeşil Hat’ın yakınından veya üzerinden al-Mutilla üzerinden geçen bu uzatmanın ilk bölümü 2004 Ocak tarihinde neredeyse bitmişti. İki eklenen bölüm tam bu noktada sapmaktadır. Ürdün sınırına kadar doğuya uzanan inşaat 2004 Ocak tarihinde başlamıştır. Yeşil Hat’tan Taysir köyüne geçmesi planlanan ikinci bölümün inşaatı daha yeni başlamıştı. Fakat Birleşmiş Milletler bu bölümün inşaa edilemeyeceği şeklinde bilgilendirilmiştir.

Dahası Genel Sekreterliğin yazılı beyanına göre, Kudüs’ün Güneydoğusunda bulunan Nu’man köyüne doğru bulunan Elkena yerleşkesine yakın bölgede A fazının bitine bağlanacak C fazının inşası Aralık 2003 tarihinde başlamıştır. Bu bölüm 3 kategoriye ayrılmaktadır. C1 basamağında *öncelikle* Rantis ve Budrus köylerinin arasında planlanan 40 kilometrelik inşaatın yaklaşık 4 kilometresi tamamlanmıştır. C2 basamağında ise “Ariel Salient” diye adlandırılan bölgeyi saracak Batı Şeria’ya doğru uzanan 52.000 İsraili yerleşimciyi birleştirecektir. C3 basamağındaysa iki büyük bariyerin inşası üzerinedir. Bunlardan biri Kuzey-Güney yönünde Rantis ve Budrus arasında inşası devam eden C1 basamağına paralel uzanmaktadır diğeri ise Doğu-Batı yönünde inşaa halinde olan bir Otoyol

olan Highway 45'e yakın bir tepenin parçası olacaktır. Bu iki bariyer tamamlandıktan sonra 22.000 Filistinlinin barınacağı ve 24 topluluğun yaşayacağı iki yerleşim yeri oluşacaktır.

Ayrıca Genel Sekreterliğin yazılı açıklamasına göre El-Azariye kenar köyünü Kudüs'ten ayıran ve Abu Dis'i ikiye bölen bir yol üzerinde Kudüs belediyesi sınırlarının Güneydoğusunda 2003 Kasım ayında yeni inşaatlar da başlamıştır.

25 Şubat 2004 tarihinde Genel Sekreterliğin yazılı açıklamasına göre A fazının ve B fazının büyük kısmını kapsayan yaklaşık 190 kilometrelik bir inşaat bitmiştir. Faz C kapsamında Merkez Batı Şeria'nın ve Kudüs'ün belirli bölgelerini kapsayan inşaatlar da başlamıştır. Batı Şeria'nın Güneydoğusu için planlanan Faz D inşaatları henüz başlamamıştır.

İsrail Hükümetinin açıklamasına göre bahsi geçen güzergâh ve ilgili programlar değişebilir. Örneğin Şubat 2004 tarihinde Baqa al Sharqiya kasabasının 8 kilometre yakınındaki bir bölüm yıkılmıştır ve duvarın tasarlanan uzunluğu kısaltılmıştır.

82. Genel Sekreterliğin yazılı açıklamasına ve rapordaki bilgilere göre yapılması planlanan ya da biten inşaat, aşağıdaki özellikleri havi bir kompleks ile sonuçlanmıştır ya da sonuçlanacaktır:

(1) Elektronik sensörlü bir çit:

(2) Bir hendek (4 metre derine kadar inmesi düşünülmektedir):

(3) İki şeritli asfalt devriye yolu:

(4) İz sürme yolu (Ayak izlerini bulmak üzere tasarlanmış çite paralel giden kum kaplı bir yol)

(5) Sitenin girişine yapılacak altı bobinden oluşan bir dikenli tel deposu

Sözü geçen kompleksin genişliği 50 ila 70 metredir ve bazı belirlenen bölgelerde 100 metreye kadar çıkabilecektir. Büyük bariyerler de bu yapıya eklenebilecektir.

Genel Sekreterlik raporunu sunduğu vakit kompleksin yaklaşık 180 kilometresi bitmişti ya da inşaat halindeydi (8.5 kilometrelik beton duvar dahil). Bunlar genel olarak Filistinlilerin yoğun yaşadığı merkezlere yakındır veya İsrail'e dayanmaktadır. (Mesela Kalkilya ve Tulkarim civarı ya da Kudüs'ün belli bir bölümü)

83. Genel Sekreterliğin raporuna göre Duvarın bitmiş veya inşaa halinde olan kısmın en Kuzey bölümü bazen Yeşil Hattan sapmaktadır. Bununla beraber güzergâhının büyük bir kısmı işgal altındaki bölgeden geçmektedir. Duvar bazı yerlerde Filistinli nüfusunun yoğun olduğu yerleşimlerini çembere alacak şekilde 7.5 kilometreye kadar Yeşil Hattan sapmaktadır. Tulkarim'in 1-2 kilometre batısında Yeşil Hattın İsrail bölgesine doğru bir esneme vardır. Öte

yandan başka yerlerde ise planlanan yol Doğuya doğru 22 kilometreye kadar sapmaktadır. Kudüs baz alındığında var olan yapılar ve planlanan yol Yeşil Hattın ciddi anlamda ilerisindedir ve hatta bazı bölgelerde İsrail tarafından belirlenen Kudüs Belediyesi'nin dahi sınırlarını aşmaktadır.

84. Genel Sekreterlik raporuna göre söz konusu güzergâh temel alındığında yaklaşık 975 kilometre karelik alan (ya da Batı Şeria'nın yüzde 16.6'lık bölümü) Yeşil Hat ve duvar arasında kalmaktadır. Bu bölge 237.000 Filistinliye ev sahipliği yapmaktadır. Eğer duvar tamamen planlandığı şekilde inşaa edilseydi, 160.000 Filistinli, Rapor'da kuşatma altında yaşam şeklinde tasvir edilen, neredeyse tamamen çembere alınmış topluluklar halinde yaşayacaktı. Planlanan hat sonucu yaklaşık 320.000 İsraili (180.00'i Doğu Kudüs'te olmak üzere) Yeşil Hat ve duvar arasında yaşayacaktır.
85. Son olarak belirtilmelidir ki, duvarın inşası yeni bir idari rejimin kurulmasına neden olmuştur. Böylece İsrail Savunma Güçleri (IDF, "İSG") Yeşil Hat ve Batı Şeria arasında kalan bölgeyi "Kapalı Alan" ilan eden bir emir çıkartmıştır. İsraili yetkililerin izni olmadan veya İsrail tarafından çıkarılan kimlik kartı bulunmadan bu bölgenin sakinleri artık burada yaşayamaz ve bu bölgeye dışardan giriş yapılamaz. Genel Sekreterlik raporuna göre sakinlerin çoğuna kısıtlı süreye dayanan oturma izinleri verilmiştir. İsrail vatandaşları, İsraili kalıcı sakinler ve Geri Dönüş Yasasına göre İsrail'e göç etmeye uygun bulunan insanlar bu bölgede kalabilir ve izne ihtiyaç duymadan özgürce giriş çıkış yapabilirler. Kapalı Bölgeye erişim sadece seyrek olarak ve kısa süreli açılan kapılar aracılığıyla yapılabilmektedir.

* *

86. Divan şimdi, İsrail'in aldığı tedbirlerin hukuken geçerliliğini değerlendirirken uluslararası hukukun kurallarını ve ilkelerini belirleyecektir. Bu kurallar ve ilkeler Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ve diğer bazı antlaşmalarda, teamül uluslararası hukukta ve Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi tarafından Şart'a uygun olarak kabul edilen ilgili kararlarda bulunabilir. Bununla birlikte, İsrail Filistin bölgesinde insancıl hukuk ve insan hakları belgelerinin uygulanabilip uygulanamayacağına dair şüphelerini belirtmiştir. Divan şimdi bu sorulara hitap edecektir.
87. Divan ilk olarak, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 4. paragrafı uyarınca, ilk olarak şunu hatırlatmaktadır:
- "Bütün üyeler uluslararası ilişkilerinde, herhangi bir devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya Birleşmiş Milletler'in amaçlarına uygun olmayan herhangi bir şekilde güç kullanma tehdidinden veya güç kullanımından kaçınırlar."

24 Ekim 1970 tarihinde Genel Kurul tarafından kabul edilen 2625 sayılı ve “Devletler Arasında İşbirliği ve İyi İlişkilere dair Uluslararası Hukuk İlkeleri Deklarasyonu” başlıklı karar uyarınca “Kuvvet kullanma tehdidi ya da kuvvet kullanma sonucundaki toprak kazanımlarının hukuka aykırı olarak kabul edileceği” vurgulanmıştır. Divan’ın *Nikaragua ve Nikaragua’daki Askeri ve Paramiliter Eylemler (Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri)* davasındaki kararında belirttiği gibi, Şart’ta yer alan kuvvet kullanımına ilişkin ilkeler örf ve adet hukukunu yansıtır (bkz. *U.A.D Raporları 1986*, s. 98-101, parag. 1 87-190): kuvvet kullanma tehdidi ya da kuvvet kullanma sonucundaki toprak kazanımlarının geçersizliği kuralı da aynı şekilde örf ve adet hukuku kuralıdır.

88. Divan ayrıca halkların kendi kaderini tayin etme ilkesinin, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde teminat altına alındığını ve Genel Kurul tarafından 2625 (XXV) sayılı kararda yukarıda bahsi geçtiği üzere “Her devlet, insanları (kararda atf yapılan) kendi kaderini tayin etme hakkından mahrum bırakacak her türlü cebri hareketten kaçınmak yükümlülüğü altındadır.” ilkesine uygun olarak teyit edildiğini not etmiştir. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin ortak maddesi olan 1. madde, herkes için kendi kaderini tayin hakkını teyit eder ve taraf devletlere Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin hükümlerine uygun olarak bu hakkın farkındalığını desteklemek ve bu hakka riayet etmek görevini yükler.

Divan, 1971’de “uluslararası hukukta kendi kendini yönetemeyen bölgelere ilişkin” gelişmelerin, “Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde teminat altına alındığını vurgular ve kendi kaderini tayin etme ilkesini bütün (bu özellikteki bölgeler) bölgeler için uygulanabilir hale getirdiğini hatırlar”. Divan, devamla, “söz konusu gelişmelerin, Milletler Cemiyeti Şartı’nın 22. maddesinin birinci paragrafındaki “halkların kendi kaderini tayini” kutsal görevine ilişkin nihai amaç üzerinde hiçbir kuşku bırakmadığını” ifade etmiştir (*Güvenlik Konseyi’nin 276 (1970) sayılı kararına karşısında Güney Afrika’nın Namibya’da (Güney batı Afrika) Devam Eden Varlığının Devletler için Hukuki Sonuçları, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1971*, s. 31, parag. 52-53). Divan bu ilkeye içtihadında birkaç yerde atf yapmıştır (*ibid*; ayrıca bkz. *Batı Sahra, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1975*, s. 68, parag. 162). Divan gerçekten de halkların kendi kaderini tayin hakkının günümüzde *erga omnes* nitelik taşıdığını açıkça ifade etmiştir (Bkz. *Doğu Timor (Portekiz v. Avustralya), Karar, U.A.D. Raporları 1995*, s. 102, parag.).

89. Uluslararası insancıl hukuka göre, Divan ilk olarak İsrail’in Lahey Tüzüğü’nün eklendiği 1907 Dördüncü Lahey Sözleşmesi’ne taraf olmadığını belirtir. Bu düzenlemeler, o zaman var olan “savaşın genel yasalarını ve gerekçelerini gözden geçirmek için” hazırlanmıştır. Bununla birlikte, o günden bu yana, Uluslararası Nürnberg Askeri Divanı, Sözleşme’de belirtilen kuralların tüm uygar

uluslar tarafından kabul edildiğini ve bu kuralları savaş yasalarına ve teamülleri-ne ilişkin beyan edici olarak gördüklerini tespit etmiştir (Nürnberg Uluslararası Askeri Divanı'nın kararı, 30 Eylül ve 1 Ekim 1946, s. 65). Divan, savaşan askerlerin askeri operasyonlardaki hak ve görevlerini incelerken aynı sonucu vardı. (*Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği, Danışma Görüşü, U.A.D. Raporları 1996 (I)*, s. 256, parag. 75) Divan, Lahey Tüzüğü'nün hükümlerinin Divan önündeki yargılama süreçlerinde tüm katılımcılar tarafından kabul gören teamül hukukunun bir parçası haline geldiğini düşünmektedir.

Divan ayrıca Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 154. maddesine göre, bu Sözleşme'nin Lahey Tüzüğü'nün ikinci ve üçüncü kısımlarını destekleyici olduğunu gözlemlemiştir. Tüzüğü'nün "Düşman devletin ülkesi üzerinde askeri otorite" ile ilgili üçüncü kısmı, mevcut olayla özellikle alakalıdır.

90. İkincisi, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi ile ilgili olarak bu davalarda katılımcılar tarafından farklı görüşler dile getirmiştir. İsrail, katılımcıların büyük çoğunluğun aksine, işgal altındaki Filistin topraklarında Sözleşme'nin uygulanabilirliğini tartışmıştır. Özellikle, Genel Sekreterliğin Raporunun "İsrail Hükümetinin Hukuki Durumunun Özeti" başlıklı 1 No.lu Ekinin 3. paragrafında, İsrail'in, "Ürdün ve Mısır'ın ilhaktan önce egemen olduğu toprakların tanınmadığına" işaret ederek ve "Sözleşme'nin gerektirdiği şekilde, bir Yüksek Sözleşmeci tarafının toprakları olmadığı" çıkarımını yaparak, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin "işgal altındaki Filistin ülkesi için uygulanabilirliğini" kabul etmediği ifade edilmiştir.

91. Divan Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 6 Temmuz 1951'de İsrail tarafından onaylandığını ve İsrail'in buna taraf olduğunu hatırlatır. Ürdün de 29 Mayıs 1951'den bu yana taraf olmuştur. İki devlet de (Sözleşmeye, (Ç.N.)) mevcut dava ile ilgili herhangi bir çekince koymamıştır.

Ayrıca, Filistin 7 Haziran 1982 tarihli bildiri ile Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ni uygulamak üzere tek taraflı bir taahhütte bulunmuştur. İsviçre, tevdi devleti olarak, tek taraflı taahhüdü geçerli kabul etti. Ancak nihayetinde "tevdi mahalli olarak, Filistin Kurtuluş Hareketi'nin 'Filistin Devleti' adına [14 Haziran 1989 tarihli] Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olma talebinin "bir katılım belgesi olarak düşünülebileceği" hususunda karar verecek konumda olmadığını belirtmiştir.

92. Ayrıca, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin uygulama kapsamını belirlemek amacıyla, 12 Ağustos 1949 tarihli dört Sözleşmenin ortak ikinci maddesi hatırlanmalıdır:

"Barış zamanında yerine getirilmesi gereken şartlara ek olarak mevcut Sözleşme, iki veya daha fazla Yüksek Sözleşmeli Taraf arasında ilan edilmiş tüm savaş hallerinde veya diğer tüm silahlı çatışmalarda, savaş hali bir tarafça kabul edilmese bile uygulanmalıdır.

Yine Sözleşme, söylenen işgal hiçbir silahlı direnişle karşılaşmamış olsa bile Yüksek Sözleşmeli bir tarafın bölgesinin kısmen veya tamamen işgal edildiği tüm durumlarda uygulanmalıdır.

Çatışmadaki Devletlerden biri mevcut Sözleşmeye taraf olmasa bile, taraf olan Devletler karşılıklı ilişkilerinde Sözleşmeyle bağlı kalacaktır. Taraf Devletler, taraf olmayan Devlet Sözleşme hükümlerini kabul eder ve uygularsa, bu Devletle ilişkilerinde Sözleşme ile bağlı olacaktır.”

93. 1967’de Batı Şeria’nın işgalinden sonra, İsrail yetkilileri 3 numaralı emri yayınladılar. Emrin 35. maddesine göre;

“Askeri Divan adli işlemlerle ilgili olarak, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin hükümlerine başvurmalıdır. Bu emir ve bahsi geçen sözleşme arasında çatışma olması halinde sözleşme esas alınacaktır”.

Daha sonra, İsrail yetkilileri, birçok durumda, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin insani hükümlerini, işgal altındaki topraklarda genel olarak uyguladıklarını belirtmiştir. Bununla birlikte, yukarıdaki paragraf 90’da kısaca hatırlatılan İsrail’in tutumuna göre, bu sözleşme o topraklarda hukuki olarak uygulanır değildir; zira, 2. maddenin 2. paragrafı uyarınca, sözleşmeye ancak silahlı bir çatışmada yer alan bir taraf devletin egemenliğine giren toprakların işgal edilmesi durumunda başvurulur. İsrail, Ürdün’ün hiç kuşkusuz 1967’de Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin bir tarafı olduğunu ve İsrail ile Ürdün arasında bir askeri çatışma oluşmaya başladığını açıklamakta, ancak çatışma ertesinde İsrail tarafından işgal edilen toprakların bu çatışmadan önce Ürdün’ün egemenlik alanı içerisinde olmadığı belirtmektedir. Bu açıklamadan, bu Sözleşme’nin hukuki ve tam olarak söz konusu topraklarda uygulanabilir olmadığı sonucuna varılır. Ancak diğer dava katılımcılarının büyük çoğunluğuna göre, 2. maddesinin 1. paragrafına göre Ürdün orada 1967 öncesinde haklara sahip olsa da olmasa da Dördüncü Cenevre Sözleşmesi o topraklarda uygulanabilir.

94. Divan şunu hatırlatacaktır: 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 31. maddesinde ifade edilen uluslararası örf ve adet hukuku kuralına göre, bir antlaşma, içeriğindeki hükümlere verilen olağan anlamlara uygun olarak gaye ve amaçlarının ışığı altında iyi niyetle yorumlanmak zorundadır. 32. Maddeye göre:

“31. maddenin uygulanmasından kaynaklanan anlamı teyit etmek ya da 31. maddeye göre yapılan yorum, ... anlamı muğlak ve anlaşılmasız kılıyorsa ya da... açıkça belirsiz ya da makûl olmayan bir sonuca götürüyorsa, anlamı tespit etmek için, antlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve akdedildiği koşullar dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir. (Bkz. *Petrol Platformları (Iran İslam Cumhuriyeti ve ABD)*, *İlk İtiraz*,

Karar, U.A.D. Raporları 1996 (II), s. 812, parag. 23; bkz. benzer karar, Kasikili/Sedudu Adası (Batvsana/Namibya), U.A.D. Raporları 1999 (II) Raporları, s. 1059, parag. 18 ve Pulau Ligitan ve Pulau Sipadan Üzerinde Egemenlik (Endonezya/Malezya), Karar, U.A.D Raporları 2002, s. 645, parag. 37).

95. Divan'a göre, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 2. maddesinin ilk paragrafı anlamında, bu Sözleşme iki şart yerine geldiğinde uygulanabilir: Silahlı bir çatışma var olduğunda (savaş hali tanınmış olsun veya olmasın); ve bu çatışma iki sözleşmecî taraf arasında doğmuş ise. Eğer bu iki şart karşılandıysa, özellikle Sözleşme taraflarından birinin çatışma sırasında işgal ettiği herhangi bir bölgede uygulanır.

İkinci maddenin ikinci paragrafının amacı, birinci paragrafta açıklandığı üzere, sözleşme taraflarından birinin egemenliğinde olmayan toprakları hariç tutarak, sözleşmenin uygulama kapsamını kısıtlamak değildir. Sadece şunu açıklığa kavuşturmaya yöneliktir: İşgal çatışma boyunca herhangi bir silahlı direnişle karşılaşmasa bile, sözleşme hala uygulanabilir haldedir.

Bu yorum, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin taslağını hazırlayanların, işgalci gücün herhangi bir şekilde elinde bulundurduğu sivillerin koruması niyetini yansıtır. 1907 Lahey Düzenlemeleri'ni hazırlayanlar bölgede yaşayanları korumakla ilgili oldukları kadar toprağı işgal edilmiş bir devletin haklarını korumakla da ilgilirken, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ni hazırlayanlar ise, Sözleşme'nin 47. maddesinde belirtildiği gibi, işgal altındaki ülkenin statüsü ile ilgilenmeksiz, sivillerin savaş sırasında korunmasını garanti altına almaya çalışmıştır.

Söz konusu yorum Sözleşme'nin *hazırlık çalışmaları* ile de teyit edilmiştir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, yeni Cenevre Sözleşmelerinin hazırlanması amacıyla, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi (ICRC) altında toplanan Hükümet Uzmanları Konferansı, yeni Sözleşmelerin, "taraflarca bir savaş hali olarak tanınsa da tanınmasa da" ve "ülkelerin herhangi bir savaş hali olmadığı hallerde bile işgal edilmesi durumunda" her türlü silahlı çatışmaya uygulanabilir olmasını tavsiye etmiştir. (*Savaş Kurbanlarını Koruma Sözleşmelerinin incelenmesi için Hükümet Uzmanları Konferansı'nın Çalışması Üzerine Rapor, Cenevre, 14-26 Nisan 1947, s. 8*) Dolayısıyla, 2. maddenin 2. paragrafının yazarlarının, bu paragrafı sözleşmeye eklerken, uygulanma kapsamını kısıtlama niyetleri yoktur. 1939'da Bohemya ve Moravia'nın Almanya tarafından işgali gibi savaşız işgal vakalarını dikkate alıyorlardı.

96. Divan ayrıca, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ne taraf devletlerin, 15 Temmuz 1999 tarihli konferanslarında bu yorumu onayladığını belirtmiştir. "Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin Doğu Kudüs olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarına uygulanabilirliğini tekrar teyit ettikleri" bir bildiri yayınladılar. Sonradan 5 Aralık 2001'de, taraf devletler, 1949 Dördüncü Ce-

nevre Sözleşmesi'nin 1. paragrafına özellikle atıfta bulunarak, “Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin Doğu Kudüs dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarına uygulanabilirliğini” bir kez daha teyit ettiler. Ayrıca, konferansa katılan taraf devletlere, çatışmanın taraflarına ve işgalci güç olarak İsrail Devleti'ne kendi yükümlülüklerini hatırlattılar.

97. Dahası, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin yürütülmesine ilişkin özel konumu gereği ve konvansiyonun 142. maddesi uyarınca taraflar tarafından “her zaman tanınmak ve saygı duyulması” gerekirken Uluslararası Kızılhaç Komitesi'ne riayet edecek olan Divan da, Sözleşme'ye sunulacak yoruma ilişkin kendi görüşünü ifade etmiştir. 5 Aralık 2001 tarihli bir deklarasyonda, Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin, Doğu Kudüs dahil olmak üzere, 1967 yılından bu yana İsrail Devleti tarafından işgal edilmiş olan bölgelere hukuken uygulanabilir olduğunu her zaman doğruladığını hatırlatmıştır.

98. Divan Genel Kurul'un kararlarının birçoğunda aynı sonuca hükmettiğini kaydeder. Bu yüzden 10 Aralık 2001'de ve 9 Aralık 2003'de 56/60 ve 58/97 sayılı kararlarla,

“12 Ağustos 1949 tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin Doğu Kudüs dahil işgal altındaki Filistin toprakları ve 1967'den beri İsrail tarafından işgal edilen Arap bölgelerine uygulanabilirliğini” tekrar teyit etti.

99. Güvenlik Konseyi, kendi adına, 14 Haziran 1967'de 237 numaralı kararda (1967) “Savaş Tutsaklarına Dair Cenevre Sözleşmesi'nden doğan tüm yükümlülüklerin, çatışmada yer alan bütün taraflar tarafından yerine getirilmesi gerektiği” sonucuna vardı. Sonradan, 15 Eylül 1969'da Güvenlik Konseyi 271(1969) sayılı kararıyla, İsrail'e askeri işgale uygulanacak Cenevre Sözleşmeleri ve uluslararası hukuk hükümlerine harfiyen uyması için” çağrıda bulundu.

On yıl sonra Güvenlik Konseyi, İsrail'in 1967'den beri işgal edilen Filistin ve diğer Arap topraklarında yerleşim kurma politikaları ve uygulamalarını inceledi. 22 Mart 1979 tarih ve 446 sayılı kararda Güvenlik Konseyi, bu yerleşimlerin “yasal bir geçerliliğinin” bulunmadığı kanaatine vardı ve “bir kez daha 12 Ağustos 1949 tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin Kudüs'ün de dahil olduğu, 1967'den beri İsrail tarafından işgal edilen Arap topraklarında uygulanabilir olduğunu teyit etti”. Güvenlik Konseyi, Sözleşme vasıtasıyla “*bir kez daha* İsrail'e, işgalci güç olarak, (Sözleşme'ye) harfiyen uy” çağrısında bulunuldu.

20 Aralık 1990'da, Güvenlik Konseyi 681 sayılı kararında (1990) İsrail Hükümeti'ne 1967'den beri İsrail tarafından işgal edilen bütün topraklarda Dör-

düncü Cenevre Sözleşmesi'nin hukuka uygun ve tam olarak uygulanabilirliğini ve sözleşme hükümlerine titizlikle uymayı kabul etmesi için çağrıda bulundu. Konsey söylenen Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ne taraf devletler, işgalci güç İsrail tarafından Sözleşme'nin 1. maddesine uygun olarak Sözleşme kapsamındaki yükümlülükler için saygının sağlanması için tekrar çağrıda bulundu.

Son olarak, 18 Aralık 1992 tarih 799(1992) ve 18 Mart 1994 tarih 904(1994) sayılı kararları ile Güvenlik Konseyi, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin işgal altındaki topraklarda uygulanabilirliğine ilişkin tutumunu teyit etti.

100. Divan, nihayet, İsrail Yüksek Mahkemesinin 30 Mayıs 2004 tarihli bir kararında şunları kaydettiğini belirtti:

“Refah'taki [İsrail Savunma Gücü] askeri operasyonları, sivilleri etkiledikleri ölçüde, 1907 Kara Savaşları Kural ve Teamüllerine İlişkin Dördüncü Lahey Sözleşmesi'ne ve 1949 tarihli Savaş Sırasında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne tabidir.”

101. Yukarıdaki hususların ışığında Divan, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin silahlı çatışma durumunda iki veya daha fazla Yüksek Sözleşme Tarafları arasında işgal altındaki topraklarda uygulanabilir olduğunu değerlendirmiştir. 1967 silahlı çatışması başladığında İsrail ve Ürdün bu Sözleşme'ye taraftı. Bu nedenle Divan, çatışmadan önce Yeşil Hattın doğusunda kalan ve çatışma sırasında İsrail tarafından işgal edilen ve önceki açık ve net statüleri ile ilgili herhangi bir soruşturmaya gerek olmayan Filistin topraklarında uygulanabileceği sonucuna varmıştır.

102. Taraflar Divan önündeki yargılamada, İsrail'in taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanıp uygulanamayacağı hususunda da farklı şekilde düşünmektedir. Genel Sekreter'in raporunun Ek 1'ine göre:

“4. İsrail, imzaladığı Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmelerinin işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanabilir olduğunu reddetmektedir. İnsancıl hukukun Batı Şeria ve Gazze Şeridi'ndeki gibi bir çatışma durumunda koruma sağladığını, oysaki insan hakları sözleşmelerinin, barış zamanında vatandaşların kendi Hükümetinden korunmasını amaçladığını ileri sürmektedir.”

Divan yargılamasında bu sorunu dile getiren diğer taraflar, yukarıdaki görüşün aksine, iki Sözleşme'nin de işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanabilir olduğunu iddia etmektedir.

103. İsrail, 19 Aralık 1966 tarihli Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesini ile aynı tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesini ve ayrıca 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni, 3 Ekim 1991 tarihinde onaylamıştır. İsrail bu üç belgeye taraftır.

104. Bu metinlerin işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanabilir olup olmadığını belirlemek amacıyla, Divan öncelikle uluslararası insancıl hukuk ile insan hakları hukuku arasındaki ilişkiyi ve daha sonra insan hakları belgelerinin ülke dışında uygulanabilirliği konusunu ele alacaktır.
105. Divan bu sorunlardan ilkinde, 8 Temmuz 1996 tarihli *Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliği* Danışma Görüşü'nde, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile ilgili olarak değinme fırsatı bulmuştur. Yargılama sırasında bazı devletler, "Sözleşme, barış zamanında insan haklarının korunmasına yöneliktir, ancak muharebe sırasında yaşamın hukuka aykırı olarak izalesine ilişkin sorunlar silahlı çatışmaya uygulanacak hukuka tabiidir" argümanını ileri sürmüşlerdir (*U.A.D Raporları 1996 (I)*, s. 239, parag. 24).
- Divan, bu argümanı reddetti:
- "Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin koruması, ulusal olağanüstü durumlarda bazı yükümlülüklerin askıya alınmasını düzenleyen Sözleşmenin 4. maddesinin uygulanması dışında, savaş halinde sona ermez. Bununla birlikte, yaşama hakkına riayet askıya alınabilecek yükümlülüklerden değildir. İlke olarak, kişinin keyfi olarak yaşamından yoksun bırakılmama hakkı çatışmalar sırasında da uygulanır. Bununla birlikte, yaşamadan keyfi olarak yoksun bırakılmanın ne olduğu, çatışma yöntem ve araçlarını düzenlemek için özel olarak oluşturulmuş hukuk olan silahlı çatışma hukukuna göre belirlenir." (*Ibid.*, s. 240, parag. 25.)
106. Daha genel olarak Divan, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesinde yer alan türden yükümlülüklerin askıya alınması hükümlerinin hanel gelmeksizin, silahlı çatışmalarda insan hakları sözleşmelerinin sunduğu korumanın sona ermediği kanaatindedir. Uluslararası insancıl hukuk ile insan hakları hukuku arasındaki ilişki ile ilgili olarak üç olası durum söz konusudur: Bazı haklar münhasıran uluslararası insancıl hukukun konusunu oluşturabilir, bazıları münhasıran insan hakları hukukunun konusu olabilir, ancak bazıları da uluslararası hukukun her iki dalının konusu olabilir. Divan önündeki soruya cevap verebilmek için, hem uluslararası hukukun bu iki dalını, yani hem insan hakları hukukunu ve hem de olaya uygulanacak özel kuralları havi (*lex specialis*) uluslararası insancıl hukuku dikkate almak zorundadır.
107. Geriye, söz konusu iki uluslararası Sözleşme ile Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin yalnızca taraf Devletlerin ülkelerinde uygulanabilir olup olmadığı ya da söz konusu ülke parçalarının dışında da uygulanıp uygulanamayacağını, eğer uygulanabiliyorsa hangi şartlarla uygulanacağını belirlenmesi kalmaktadır.

108. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin uygulama alanı bu Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanır ve şu şekildedir:

“İş bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, kendi ülkelerinde bulunan ve yetkisi altında olan herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da diğer herhangi bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin, bu Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara riayet etmekle yükümlüdür.”

Bu hüküm sadece bir devletin ülkesi içinde ve o Devletin yetkisine tabi olan bireyleri koruma kapsamında olduğu şeklinde yorumlanabilir. Hüküm, bir devletin ülkesinde bulunan bireyler ve devletin ülkesi dışında olmakla birlikte onun yetkisine tabi olan bireyler şeklinde de yorumlanabilir. Divan şimdi, bu metne yüklenecek anlamı belirleyecektir.

109. Divan, devletlerin yetkisinin öncelikle ülkesel olduğunu ancak bu yetkinin bazen de ülke dışında kullanılabileceğini belirtir. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin konusu ve amacı dikkate alındığında, taraf Devletlerin Sözleşme hükümlerine ülke dışında da uymakla yükümlü olmaları doğaldır.

İnsan Hakları Komitesinin istikrarlı uygulaması da bu şekildedir. Öyle ki Komite, Sözleşme'yi devletin yetkisini yabancı devletin ülkesinde kullandığı durumlarda da uygulanabilir kılmıştır. Komite, Brezilya ya da Arjantin'de Uruguaylı ajanlar tarafından gerçekleştirilen tutuklama işlemlerinin geçerliliği hakkında - Sözleşme çerçevesinde (ÇN)- karar vermiştir (52/79 sayılı *Lopez Burgos v Uruguay*; 56/79 sayılı *Lilian Celiberli de Casariego v. Uruguay* davaları). Almanya'daki Uruguay Konsolosluğu tarafından pasaporta el koyma olayında da aynı sonuca varmıştır (106/81 sayılı *Montero v. Uruguay* davası).

Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları (*travaux préparatoires*) Komitenin Sözleşme'nin 2. maddesi yorumunu doğrulamaktadır. Hazırlık çalışmalarında seçilen kelimeler, Sözleşme'yi yapanların, devletlerin kendi ülkeleri dışında yetki kullandıklarında yükümlülüklerinden kurtulmalarını amaçlamadıklarını göstermektedir. Sözleşme'yi yapanlar, ülke dışında bulunan kişilerin haklarını sadece vatandaşları oldukları ve yetkileri altında olmadıkları devlete karşı ileri sürmemelerini, ama ülkesinde buldukları devlete karşı da ileri sürmelerini amaçlamıştır (bkz. İnsan Hakları Komisyonu ilk taslağı tartışmaları, E/CN.4/SR.194, parag. 46 ve Birleşmiş Milletler, *Genel Kurulu Resmi Kayıtları*, 10. oturum, *Ekler*, A/2929, Bölüm II, Kısım V, parag. 4 (1955)).

110. Divan bu bağlamda, Sözleşme'nin uygulanabilirliğine ilişkin olarak, İsrail'in İnsan Hakları Komitesi önündeki beyanları ile aldığı tutumu ve Komitenin görüşünü dikkate alır.

İsrail 1998’de Komiteye raporunu hazırlarken Sözleşme’nin uygulanması için işgal altındaki topraklarda yaşayan bireylerin gerçekten İsrail’in yetkisine tabi olup olmadığı sorusunun üstesinden gelmek zorunda kaldığını belirtmiştir. (CCPR/C/SR.1675 parag. 21). İsrail “Sözleşme ve benzeri belgelerin doğrudan işgal altında olan topraklardaki mevcut duruma uygulanmadığı” şeklindeki tutumu benimsemiştir (*ibid*, parag. 27).

Komite, raporun incelenmesinden sonra yapılan nihai gözlemlerinde, İsrail’in takındığı tavırdan duyduğu endişeyi ifade etti ve “İsrail güvenlik güçlerinin işgal altındaki topraklarda yetkisini etkili bir şekilde kullanması kadar, (işgal altındaki) topraklarda uzun süren varlığına ve işgal altındaki toprakların gelecekteki durumuna yönelik belirsiz tavrına ve orada bulunan güvenlik güçlerinin etkin bir şekilde yargı yetkisini kullanması” işaret etti (CCPR/C/79/Add. 93 parag. 10). İsrail’in 2003’de, “Sözleşme’nin, onun kendi topraklarında ve özellikle de Batı Şeria ve Gazze’de uygulanmaz” anlamına gelen değişmeyen tutumu karşısında Komite sonuca varmıştır:

“Mevcut şartlar altında, işgal altındaki topraklarda, Taraf devletin (İsrail’in) yetkililerinin ve ajanlarının, Sözleşme’de düzenlenen hakların kullanımını etkileyen ve uluslararası hukuk prensipleri gereğince İsrail’in devlet sorumluluğu kapsamında olan devletin tüm eylemleri tahtında, Sözleşme’nin hükümleri işgal altındaki topraklarda yaşayan halkın yararı için uygulanır” (CCPR/CO/78/ISR, parag. 11).

111. Sonuç olarak Divan, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin bir devletin kendi ülkesi dışında yetki kullanırken gerçekleştirdiği eylemler için uygulanabilir olduğunu düşünmektedir.

112. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, uygulama kapsamı açısından bir hüküm içermemektedir. Bu durum, Sözleşmenin garanti altına aldığı hakların esas itibarıyla ülkesel olması ile açıklanabilir. Bununla birlikte, Sözleşmenin hem bir devletin egemenliği altındaki hem de ülkesel yetkisini kullandığı ülkelere uygulanması da hesaba katılmalıdır. Örneğin 14. madde “Sözleşmeye taraf olduğu sırada kendi ana ülkesinde ve yetkisi altında olan diğer ülkelerde parasız ve zorunlu ilköğretimi sağlamamış olan” devletler için geçici tedbirleri hükme bağlar.

Bu bağlamda İsrail’in Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’ne sunduğu rapordaki tutumu hatırlamak gerekir. İsrail, 4 Aralık 1998 tarihinde Komiteye gönderdiği ilk raporda “işgal altındaki topraklarda İsraili yerleşimcilerin Sözleşme’de yer alan hakları kullanımını gösteren istatistikleri” sunmuştu. Komite, İsrail’e göre, “aynı yetki bölgelerinde yaşayan Filistin halkının hem rapora hem de Sözleşme’nin korumasına dahil olmadığını” not etmiştir (E/C.12/1/Add. 27, parag. 8). Komite bu bağlamda, 19 Ekim 2002 tarihli başka bir rapor içinde yer alan “İsrail’in Sözleşme’nin onun ülkesel egemenliği ve yetkisine bağlı olma-

yan bölgeler için uygulanmayacağını ısrarla ileri sürmesi (Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nden esinlenerek)" ile ilgili cevabından endişesini dile getirmiştir. İsrail'e göre, bu durum "uluslararası hukukta insan hakları ve insancıl hukuk arasındaki köklü ayırımı dayanır". İsrail şöyle devam etmiştir: "Batı Şeria ve Gazze, insan hakları irtibatından farklı ve bağlam olarak silahlı çatışmanın bir parçası ve bölümü olduğundan, Komitenin görevi Batı Şeria ve Gazze'deki olaylarla ilgili değildir (E/1990/6/Add.32. parag. 5). Bu gözlemler zımında, Komite, İsrail'in tutumu hakkındaki endişesini tekrarlamış ve "Tarafların Sözleşme yükümlülüklerinin etkin kontrolü altındaki tüm topraklara ve bütün halka uygulanacağını" yeniden teyit etmiştir (E/C.12/1/Add.90. parag. 15 and 31).

Yukarıda paragraf 106'da açıklanan sebeplerle Divan, İsrail'in bakış açısını kabul edemez. Buna ek olarak Divan, 37 yıldır İsrail işgali altında olan bölgelerin, İsrail'in işgalci güç olması hasebiyle ülkesel yargı yetkisine tabi olduğunu düşüncesindedir. İsrail bu temele dayanan yetkilerini kullanırken, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin hükümlerine tabidir. Ayrıca İsrail, yetkilerin Filistin otoritesine devredildiği alanlarda bu hakların kullanılmasını engellemek yükümlülüğü altındadır.

113.20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi ilgili olarak, söz konusu belgenin 2. maddesine göre, "Taraflar, kendi yargı yetkisinde bulunan her çocuğun Sözleşme'de belirtilen haklarına riayet edecektir ve bu hakları temin edecektir. Dolayısıyla bu Sözleşme işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanabilir.

* *

114.Genel Kurul'un ortaya attığı soruya cevap verebilmek için gereken ilgili uluslararası hukuk kurallarını ve ilkelerini belirledikten ve özellikle işgal altındaki Filistin topraklarında uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukukunun uygulanabilirliğini karara bağladıktan sonra, Divan şimdi, duvarın inşasının bu kuralları ve ilkeleri ihlal edip etmediğini tespit etmeye çalışacaktır.

*

115.Bu bağlamda, Genel Sekreterliğin raporuna ekli ve "Filistin Kurtuluş Örgütü'nün Özet Hukuki Konumu" başlıklı II sayılı Ek, "Bariyer'in inşası uluslararası hukuka aykırı bir ülke ilhaki" ve "Arazinin geçici olarak ilhak edilmesi, Filistin'in ülkesel egemenliğine ve nihai olarak Filistinlilerin kendi kaderini tayin hakkına müdahale" olduğunu dile getirir. Bu görüş, Divan'a sunulan yazılı ifadelerin bir kısmında ve duruşmalarda ifade edilen görüşlerde de yar aldı. *Öncelikle* iddia edildi ki:

“Duvar, Filistin halkına üzerinde kendi kaderini tayin hakkını kullanma yetkisi tanınan ülkeyi parçalamakta ve kuvvet kullanımı yolu ile ülke kazanılmasını yasaklayan hukuk ilkesini ihlaline neden olmaktadır.”

Bu anlamda, “duvarın güzergâhının işgal altındaki Filistin toprakları üzerindeki İsrail yerleşimlerini güçlendirmek suretiyle, Doğu Kudüs dahil, işgal altındaki Filistin topraklarının demografik yapısını değiştirmek üzere tasarlandığı” özellikle vurgulandı. Ayrıca duvarın, “Filistin halkına üzerinde kendi kaderini tayin hakkını kullanma yetkisi tanınan Filistin halkının haklarını kullanmaya yetkili olduğu ülkeyi/toprağı azaltmayı ve ayırmayı” amaçladığı iddia edildi.

116. İsrail, duvarın tek amacının Batı Şeria’dan kaynaklanan terörist saldırılarla etkili bir şekilde mücadele etmeyi amaçladığını iddia etmiştir. Ayrıca İsrail, Barikat’ın geçici bir önlem olduğunu defalarca belirtmiştir (bkz. Genel Sekreterin raporu, parag. 29). İsrail bu durumu, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin 14 Ekim 2003 tarihli toplantısına katılan Daimi Temsilcisi vasıtasıyla, “Çitin İsrail devletine topraklar ekmediğini” ve İsrail’in “siyasi bir uzlaşmanın parçası olarak çitin yeniden konumlanması ya da sökülmesine, muazzam bir maliyette olsa da, hazır ve muktedir olduğunu” vurgulayarak ifade etti (S/PV. 4841, s. 10). İsrail Daimi Temsilcisi, bu görüşünü 20 Ekim ve 8 Aralık 2003 tarihlerinde Genel Kurul önünde yeniden ifade etti. Temsilci, 8 Aralık 2003 tarihinde Genel Kurul’da şunları ekledi:

“Terör bittiği anda çitler artık gerekli olmayacak. Çit bir sınır değil ve siyasi bir önem taşımıyor. Bölgenin hukuki statüsünü hiçbir şekilde değiştirmez”. (A/ES-10/PV.23, s. 6)

117. Divan hem Genel Kurul’un hem de Güvenlik Konseyi’nin Filistin ile ilgili olarak, “savaş yoluyla ülke kazanımının kabul edilemezliği” teamül kuralını zikrettiğini hatırlatır (bkz. yukarıda parag. 74 ve 87). Akabinde Güvenlik Konseyi, 22 Kasım 1967 tarihli 242 (1967) sayılı Kararı ile, bu kuralı aşağıdaki ifadelerle teyit etti:

“Şart’ın ilkelerinin yerine getirilmesi, aşağıdaki ilkelerin her ikisini de içerecek adil ve kalıcı bir Orta Doğu barışının kurulmasını gerektirir:

(i) Son çatışmada işgal edilen topraklardan İsrail silahlı kuvvetlerinin çekilmesi;

(ii) Karşılıklı iddiaların ve saldırıların sona erdirilmesi ve bölgedeki tüm devletlerin egemenlik, toprak bütünlüğü ve siyasal bağımsızlığı ile kuvvet kullanımı ya da kuvvet kullanma tehdidinden arınmış, belirlenmiş ve güvenliği temin edilmiş sınırlarla barış içinde yaşama hakkının tanınması ve kabul edilmesi. “

Aynı şekilde, Konsey İsrail’in Kudüs’ün statüsünü değiştirmek için aldığı önlemleri defalarca kınamıştır (bkz. yukarıda parag. 75)

118. Divan, halkların kendi kaderlerini tayin hakkına ilişkin ilke ile ilgili olarak, bir “Filistin halkının” varlığının artık bir sorun olmadığına dikkat çekmektedir. 9 Eylül 1993 tarihinde Filistin Kurtuluş Örgütü (FKÖ) Başkanı Sayın Yaser Arafat ve İsrail Başbakanı Sayın Yitzhak Rabin arasındaki mektup teatisi ile Filistin halkının varlığı İsrail tarafından tanınmış oldu. Bu yazışmada, FKÖ Başkanı “İsrail Devleti’nin barış ve güvenlik içerisinde var olma hakkını” tanıdı ve birtakım başka taahhütler verdi. Buna cevaben, İsrail Başbakanı FKÖ Başkanı’na, bahse konu taahhütler ışığında, “İsrail Devleti’nin FKÖ’yü Filistin halkının temsilcisi olarak tanımaya karar verdiğini” bildirmiştir. 28 Eylül 1995 tarihli Gazze Şeridi ve Batı Şeria’ya İlişkin İsrail-Filistin Geçici Antlaşması, Filistin halkına ve onun “meşru haklarına” birkaç kez atıfta bulunmuştur (Başlangıç, parag. 4, 7, 8; madde II, parag. 2; madde III, parag. 1, 3; madde 22, parag. 2). Divan, Genel Kurul’un da birçok kez tanıdığı kendi kaderini tayin hakkının bu haklardan bir olduğunu dikkate alır (Örneğin bkz. 22 Aralık 2003 tarih ve 58/163 sayılı karar).
119. Divan, duvarın İsrail Hükümeti tarafından belirlenen güzergâhın, işgal altındaki Filistin topraklarında yaşayan yerleşimcilerin yaklaşık yüzde 80’inin dahil olduğu bir “kapalı alan” kapsadığını belirtir (bkz. yukarıda parag. 85). Ayrıca, yukarıdaki paragraf 80’de bahsedilen haritanın incelenmesi sonucunda, duvarın (güzergâhının) kıvrımlı şeklinin, (Doğu Kudüs dahil) işgal altındaki Filistin topraklarındaki İsrail yerleşimlerinin bu alanda yer alması için tasarlandığı anlaşılmaktadır.
120. Divan, bu yerleşimlerle ilgili olarak, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin 49. maddesinin 6. fıkrasının “İşgalci Gücün, kendi sivil nüfusunun bir kısmının işgal ettiği topraklara taşıyamayacağı ya da transfer edemeyeceği” hükmüne dikkat çeker. Bu hüküm, sadece İkinci Dünya Savaşı sırasında gerçekleştirilen sınır dışı ve zorla yerinden etme gibi önlemleri yasaklamaz ama aynı zamanda işgalci bir Gücün, kendi nüfusunun bir kısmının işgal edilmiş topraklara transferini organize etmek veya teşvik etmek için alınan önlemleri de yasaklar.

Bu açıdan, Divan’a sunulan bilgiler, İsrail’in 1977’den beri, işgal altındaki Filistin topraklarında yerleşimlerin kurulmasını içeren bir politika yürürlüğe koyduğunu ve işgal altındaki Filistin topraklarında yerleşimler kurulmasını sağlayan ve anılan Sözleşme’nin 49. maddesinin 6. fıkrasına aykırı uygulamalar geliştirdiğini göstermektedir.

Güvenlik Konseyi böylelikle bu tür politika ve uygulamaların ‘yasal bir geçerliliğe sahip olmadığı’ görüşünü benimsemiştir. Ayrıca, İsrail’i, “işgalci güç olarak” Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’ne “titizlikle uymaya” ve:

“Önceki önlemlerini kaldırmaya ve Kudüs dahil 1967’den beri işgal edilen Arap topraklarının demografik yapısını önemli derecede etkilemek

suretiyle ve coğrafi niteliğinde ve hukuki statüsünde değişikliğe neden olabilecek her türlü eylemden vazgeçmeye ve özellikle de, kendi halkını işgal altındaki Arap topraklarına transfer etmemeye” çağırıştır (22 Mart 1979 tarih ve 446(1979) sayılı karar).

Konsey, 20 Temmuz 1979 tarihli ve 452 (1979) sayılı ve 1 Mart 1980 tarih ve 465 (1980) sayılı kararlarındaki tutumunu teyit etti. Nitekim ikinci kararda, “İsrail’in nüfusunun bir bölümünü ve yeni göçmenleri işgal edilen topraklara yerleştirmesini” Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin “açık ihlali” olarak nitelendirmiştir.

Divan, (Doğu Kudüs dahil) işgal altındaki Filistin topraklarındaki İsrail yerleşimlerinin uluslararası hukuku ihlal ederek kurulduğuna karar vermiştir.

121. Divan, İsrail’in duvarın inşasının ülke ilhaki demek olmadığı ve inşanın geçici olduğuna ilişkin güvencesini not ederken (bkz. yukarıda parag. 116), yine de duvarın güzergâhının İsrail ve Filistin arasında gelecekte çizilecek sınıra zarar vereceğine ve İsrail’in yerleşkeler yoluyla erişim alanına ilaveler gerçekleştirmesine dair birtakım korkulara kayıtsız kalamayacağını ifade etmiştir. Divan, duvar inşası ve onun getireceği rejimin, kalıcı olabilecek bir “oldu bitti” yaratacağını ve bu durumun, duvarın İsrail tarafından yapılan resmi nitelendirilmesine rağmen, fiili ilhaka eşdeğer olacağını düşünmektedir.

122. Divan ayrıca, Genel Sekreterliğin raporuna göre, planlanan güzergâh Batı Şeria bölgesinin yüzde 16’sından fazlasını Yeşil Hat ve duvar arasındaki alanda dahil edeceğini hatırlatır. İşgal altındaki Filistin topraklarında yaşayan yerleşimcilerin yaklaşık yüzde 80’i, 320.000 kişi, 270.000’i Filistinli ile beraber, bu alanda yaşayacaktır. Buna ilave olarak duvarın inşasının bir sonucu olarak, yaklaşık 160.000 Filistinli daha neredeyse tamamen çevrelenmiş topluluklarda ikamet edecektir (bkz. yukarıdaki parag. 84, 85 ve 119).

Diğer bir deyişle, duvar için seçilen güzergâh, İsrail’in Kudüs ve yerleşim yerleri ile ilgili aldığı ve Güvenlik Konseyi’nin karşı çıktığı yasa dışı önlemlere geçit vermektedir (bkz. yukarıdaki parag. 75. ve 120). Ayrıca, duvarın inşası, aşağıda paragraf 133’de ayrıntıları ile açıklanacak olan Filistin halkının belli alanlardan ayrılmasına neden olduğu ölçüde, işgal altındaki Filistin topraklarının demografik yapısının daha da bozulması riskini yaratmaktadır. Bu duvarın inşası, inşa öncesinde alınan önlemlerle birlikte, Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını kullanmasını ciddi bir şekilde zorlaştırmakta ve bu nedenle, İsrail’in bu hakka riayet yükümlülüğünün bir ihlalini oluşturmaktadır.

*

123. Duvarın inşası uluslararası insancıl hukukun bazı hükümleri ve insan hakları belgelerine ilişkin birtakım sorunları da gündeme getirmektedir.
124. 1907 Lahey Düzenlemeleri ile ilgili olarak, Divan bu Düzenlemelerin çatışmalarla ve özellikle düşmanı yaralama, kuşatma ve bombalama araçlarıyla ilgili II. Bölümü'nü hatırlatır. III. Bölüm işgal altındaki topraklardaki askeri otoriteyle ilgilidir. Sadece III. Bölüm Batı Şeria'ya uygulanabilir ve bu nedenle Düzenlemenin II. Bölümünün 23. maddesinin (g) fıkrasının bu konuyla ilgisi yoktur.

Lahey Düzenlemeleri'nin III. Bölümündeki 43, 46 ve 52. maddeler işgal altındaki Filistin topraklarında uygulanabilir. Madde 43 işgalciye "uygulanmakta olan yasalara saygı göstererek, kamu düzenini ve yaşamı tesis etmek ve mümkün olduğunca, kamu düzeni ve yaşamı garanti almak için yetkisi dahilinde olan tüm önlemleri alma" görevi yüklemektedir. 46. madde özel mülklere "saygı gösterilmesi gerektiğini" ve özel mülklerin "el konulamaz" olduğunu ekler. Son olarak, 52. madde işgal ordusunun ihtiyaçlarının karşılanması için aynı taleplere ve hizmetlere belirli sınırlar dahilinde yetki verir.

125. Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin işgalle sonuçlanan askeri operasyonlar sonrasında uygulanacak hükümleri arasında ayrıca bir ayrıma gidilmiştir ve hükümler işgal süresince geçerli olmaya devam etmektedir. 6. maddeye göre:

"İşbu Sözleşme 2. maddesinde değinilen anlaşmazlığın ya da işgalin başlangıcından itibaren uygulanacaktır.

İşbu Sözleşme'nin hükümleri, askeri operasyonlar bittikten sonra, çatışmaya taraf olanların ülkesinde uygulanmaz.

İşgal altındaki topraklarda ise, işbu Sözleşme'nin hükümleri, askeri operasyonların bittiği tarihten bir yıl geçtikten sonra uygulanmaz; bununla birlikte, işgalci güç, işgal süresince, böyle bir gücün böyle bir ülkede kullanacağı devlet fonksiyonlarını yerine getirmeye işbu Sözleşme'nin 1-12, 27, 29-34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61-77 ve 143. maddeleri gereğince devam edecektir.

Salıverilmeleri, geri gönderilmeleri ve yeniden yerleştirilmeleri bu tarihten sonra gerçekleşen koruma altındaki kişiler bu Sözleşme'den faydalanmaya devam edecektir."

1967'de Batı Şeria'nın işgallerine yol açan askeri operasyonlar uzun zaman önce sona erdiği için, sadece Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasında zikredilen maddeleri işgal altındaki topraklarda uygulanabilir halde kalmaktadır.

126. Bu hükümler Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 47, 49, 52, 53 ve 59. maddeleridir.

47. maddeye göre:

“İşgal altındaki bir toprakta mukim himaye gören şahıslar, yine mevzu-bahis toprakların işgali üzerine kurumlarda veya hükümette vuku bulacak herhangi bir değişiklik yüzünden, ne işgal edilen toprak makamlarıyla işgal eden devlet arasında addolunacak bir anlaşma ile, ne de işgal edilen toprağın şamil devletçe kısmen veya tamamen ilhaki dolayısıyla, hiçbir veçhile ve her ne suretle olursa olsun işbu Sözleşme’nin bahşettiği istifadelerden mahrum bırakılamazlar.”

49. maddeye göre:

“Himaye gören şahısların, işgali altındaki topraklardan işgalci devletin (gücün) kendi topraklarına veya işgal edilmiş olsun olmasın başka bir devletin topraklarına ferdi olarak veya kitle halinde cebren nakilleri veya tehcirleri, her ne sebeple olursa olsun, yasaktır.

Mamafih, işgalci devlet, halkın emniyeti veya mücbir askerî sebepler icap ettirirse, muayyen bir işgal mıntıkasının kısmen veya tamamen tahliyesine tevessül edebilir. Tahliyeler, himaye gören şahısların buna mad-detin imkân olmadığı haller müstesna ancak işgal altındaki topraklarda yer değiştirmelerini intaç edebilir. Bu suretle tahliye edilen halk, bu mıntıkada muhasamat sona erer ermez tekrar yerlerine iade olunacaktır.

İşgalci devlet, bu tahliye ve nakillere tevessül ederken, himaye gören şahısların imkân nispetinde münasip tesisata kabul edilmelerini, yer değiştirmelerin memnuniyeti mucip sıhhat, hıfzıssıhha, emniyet ve iaşe şartları altında vuku bulmasını ve aynı aile efradının birbirlerinden ayrılmamalarını temin edecek surette hareket eyleyecektir.

Hâmi devlet; nakillerden ve tahliyelerden, vuku bulur bulmaz, haberdar edilecektir.

İşgalci devlet, halkın emniyeti ve mücbir askeri sebepler zaruri kılma-dıkça, himaye edilen şahıslar harp tehlikelerine bilhassa maruz mıntıkalarda alıkoyamaz.

İşgalci devlet, işgal ettiği topraklara bizzat kendi halkının bir kısmını tehcir veya nakledemez.”

52. maddeye göre:

“Hiçbir mukavele, anlaşma veya nizamname, hiçbir işçinin, gönüllü olsun olmasın, nerede bulunursa bulunsun, hâmi devletin mümessillerine müracaat ederek bu devletin müdahalesini istemek hakkını ihlâl edemez.

İşgal altındaki memleket işçilerinin işsiz kalmalarını veya çalışma imkânlarının tahdidini intaç ederek bunları şamil devlet hesabına çalışmaya mecbur eyleyecek her türlü tedbir memnudur.”

53. maddeye göre:

“Ferden veya müştereken hususî şahıslara, devlete veya amme topluluklarına, içtimai teşekküllere veya kooperatiflere ait menkul ve gayrimenkul malların işgal devleti tarafından imhası, askerî harekât bu imhayı kesin olarak zaruri kıldığı haller müstesna, yasaktır.”

Son olarak, 59. maddeye göre:

“İşgal altındaki toprak halkı veya bu halkın bir kısmı kâfi derecede iâşe edilemiyorsa, şamil devlet bu halk lehine yapılacak yardım hareketlerini kabul eyleyecek ve elinden geldiği nispette kolaylaştıracaktır.

Gerek devletler gerek Beynelmilel Kızıllaç Komitesi gibi bir tarafsız insani teşekkül tarafından tevessül olunabilecek bu hareketler, bilhassa yiyecek, tıbbi maddeler ve giyecek sevkiyatından ibaret olacaktır.

Bütün Akit Devletler, bu sevkiyatın serbestçe müruruna müsaade edecekler ve himayesini temin eyleyeceklerdir.

Bununla birlikte, muhasım bir tarafın işgalinde bulunan bir toprağa gönderilen sevkiyatın serbestçe müruruna müsaade eden bir devlet, bu sevkiyatı muayeneye, sevkiyatın zamanlarını ve takip edeceği yolları tanzime ve şamil devletin istifadesinde kullanılmayarak muhtaç halkın yardımlarına tahsis olunacağına dair hâmi devletten kâfi derecede teminat almak hakkını haiz olacaktır.”

127. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi de konu ile ilgili bazı hükümler içerir. Bunları daha ayrıntılı olarak incelemeden önce, Divan Sözleşme'nin 4. Maddesinin, bazı koşullarla Sözleşme'nin bazı hükümlerinin askıya alınmasına müsaade etmesini inceleyecektir. İsrail, 3 Ekim 1991 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine aşağıdaki bildirgeyi göndererek bu madde gereğince yükümlülüklerinden sapma hakkını kullanmıştır:

“İsrail Devleti, kuruluşundan bu yana hem varlığı hem de vatandaşlarının yaşamı ve mülkleri üzerine sürekli tehdit ve saldırıların kurbanı olmuştur.

Bunlar insanların ölümüne ve yaralanmasına neden olan savaş tehditleri, fiili silahlı saldırılar ve organize terör eylemleri biçiminde vuku bulmuştur.

Yukarıdaki nedenlerle, Mayıs 1948'de ilan edilen olağanüstü hal o tarihten beri yürürlükte kalmıştır. Bu durum Sözleşme'nin 4(1). maddesi açısından bir olağanüstü hal oluşturur.

İsrail Hükümeti, sözü edilen 4. maddeye uygun olarak, devletin savunulması ve yaşamın ve mülkiyetin korunması için tutuklama ve gözaltı-

na alma yetkisini kullanmayı da içeren tedbirleri durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere almayı zorunlu telakki emiştir.

İsrail, bu önlemlerin herhangi birinin Sözleşme'nin 9. maddesiyle bağdaşmadığı durumda ve o ölçüde, bu hükümden kaynaklanan yükümlüklerini askıya alır.”

Divan, yükümlülüklerin askıya alınması bildirimimin yalnızca kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin ve yakalama ya da tutuklama alma hallerinde uygulanan kuralları ortaya koyan Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesine ilişkin olduğunu belirtir. Sözleşme'nin diğer maddeleri bu nedenle, sadece İsrail topraklarında değil, işgal altındaki Filistin topraklarında da uygulanmaya devam eder.

128. 17. madde bunlardan biridir ve 1. fıkrası şöyledir: “Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.”

12. maddenin 1. fıkrası da öyledir ve şu hükmü ihtiva eder: “Bir devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan bir kimse, o ülkenin sınırları içinde seyahat etme özgürlüğüne ve yerleşeceği yeri seçme hakkına sahiptir.”

129. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesi uyarınca hareket özgürlüğünün genel güvencelerine ek olarak Hristiyanlığın, Yahudiliğin ve Müslümanlığın Kutsal Yerlerine erişimin özel güvenceleri de hesaba katılmalıdır. Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Hristiyan Kutsal Yerlerinin statüsü oldukça eskiye dayanmaktadır; o zamana ilişkin en son hükümler 13 Temmuz 1878 tarihli Berlin Antlaşması'nın 68. maddesindedir. 24 Temmuz 1922 tarihinde Britanya Hükümeti'ne verilen Filistin Mandası'nın 13. maddesi şöyledir:

“Filistin'de bulunan Kutsal Yerler ve dini yapılar ve bölgelerle ilgili olarak kamu düzeni ve görgü kurallarının gereklerini temin ederken, bunlara ilişkin mevcut hakları korunması ve Kutsal Yerlere, dini yapılar ve bölgelere ücretsiz erişimin güvence altına alınması ve ibadet özgürlüğü ile ilgili bütün sorumluluk Manda tarafından üstlenilir...”

Madde 13 ayrıca şunlar ifade eder: “bu Mandadaki hiçbir şey dokunulmazlığı garanti edilen ve tamamıyla Müslümanlara ait kutsal türbelerin inşa ve idaresine müdahale etme yetkisi verir şeklinde yorumlanamaz”

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından, Genel Kurul, Filistin'in gelecek hükümetine ilişkin 181 (II) sayılı kararı kabul ederken, Paylaşım Planının bir bölümünün tamamını, Kutsal Yerlere, dini yapılara ve bölgelere ayırdı. Kutsal Yerler ile ilgili olan Bölümün 2. maddesi aşağıdaki gibidir:

“erişim, ziyaret ve transit geçiş özgürlüğü, mevcut haklara uygun olarak (Arap Devleti’nin, Yahudi Devleti’nin) ve Kudüs Şehri’nin tüm yerleşiklerine ve vatandaşlık konusunda ayırım yapmadan vatandaşlarına, yabancılara, ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ve görgü kurallarının gerekliliklerine tabi şekilde yabancılar için de garanti edilecektir.”

Daha sonra 1948 silahlı çatışmasının ardından, Ürdün ile İsrail arasındaki 1949 Genel Ateşkes (Mütareke) Antlaşması, VIII. maddesiyle, “Antlaşmanın kapsamının genişletilmesi ve uygulanmasında iyileştirme yapmak amacıyla, Tarafların mutabık kalınan planlar ve düzenlemeler ile ilgili konuları sunabileceği” özel bir komitenin kurulmasını sağladı. Üzerinde önceden ilke anlaşmasına varılan bu konulardan biri de “Kutsal Yerler’e serbest giriş” oldu.

Bu taahhüt, esasen Yeşil Hattın doğusunda bulunan Kutsal Yerler ile ilgilidir. Bununla birlikte, bazı Kutsal Yerler bu Hattın batısında yer alıyordu. Bunlar, Zion Dağı üzerindeki Son Akşam Yemeği Odası ve Davut Mezarı idi. Genel Ateşkes Antlaşması’nı imzalarken İsrail, Ürdün’ün yaptığı gibi, Kutsal Yerlere erişim özgürlüğünü garanti altına aldı. Divan, İsrail’in bu taahhüdünün 1967’de kontrolüne geçen Kutsal Yerler için geçerli olduğunu düşünmektedir. Bu taahhüt İsrail ve Ürdün arasındaki 1994 Barış Antlaşması’nın 9. maddesinin, “Taraflardan her biri dini ve tarihi önemi olan yerlere erişim özgürlüğü sağlayacaktır.” şeklinde daha genel olarak ifadesini bulan 1. fıkrasıyla tekrar teyit edilmiştir.

130. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’ne gelince; bu belge, konu ile ilgili bir dizi hüküm içermektedir: çalışma hakkı (madde 6 ve 7); aileye, çocuklara ve gençlere verilen koruma ve yardım (madde 10); yeterli yiyecek, giyecek ve konut dahil olmak üzere yeterli bir yaşam standardı hakkı ve “açlıktan uzak olma hakkı”(madde 11); sağlık hakkı (madde 12); eğitim hakkı (madde 13 ve 14).
131. Son olarak, 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 16, 24 ve 27, 28. maddelerinde benzer hükümler bulunmaktadır.

*

132. Divan’a sunulan bilgilerden ve özellikle Genel Sekreter’in raporundan, duvar inşasının, mülklerin yıkılmasına ya da mülklere el konulmasına yol açacağı ve bu itibarla Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin 53 ve 1907 Lahey Düzenlemeleri’nin 46. ve 52. maddelerinin ihlaline neden olacağı görülmektedir.
133. Bu inşaat dolayısıyla, “Yeşil Hat” ve duvarın arasında bir kapalı alan kurulması ve bir yerleşim bölgesi oluşturması, işgal altındaki Filistin topraklarında yaşayanların dolaşım özgürlüğüne esaslı sınırlandırmalar getirmiştir (İsrail vatandaşları ve asimile olanlar hariç). Bu tür sınırlamalar en çok Kalkilya yer-

leşim alanı veya Kudüs şehri ve onun kenar mahalleleri gibi kentsel alanlarda belirgindir. Bu sınırlamalar, belli bölgelerde kapı sayısının az olması, açılma saatlerinin keyfi bir sınırlandırmaya tabi olması ile daha da ağırlaştırılmıştır. Örneğin, 1967'den beri İsrail işgali altında olan topraklarda insan hakları durumu üzerine İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörüne göre, 40.000 kişilik nüfusa sahip bir şehir olan Kalkilya, Duvar tarafından tamamen çevrilmiştir ve ikamet edenler tek bir askeri kontrol noktasından sabah 7 ile akşam 7 arasında giriş-çıkış yapabilmektedir. (Komisyon'un 1993/2 A sayılı ve "Filistin dahil İşgal Altındaki Arap topraklarında İnsan Hakları İhlalleri Sorunu" başlıklı kararınca hazırlanan 1967'den beri İsrail işgali altında olan topraklarda insan hakları durumu üzerine İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörü John Dugard'ın Raporu, E/CN.4/2004/6.8 Eylül 2003, parag. 9)

Ayrıca, birtakım kaynaklarca doğrulandığı gibi, tarımsal üretim için ciddi sonuçlar ortaya çıkmıştır. İşgal Altındaki Toprakların Filistin Halkının ve Diğer Arap Halklarının İnsan Haklarını Etkileyen İsrail Uygulamalarını Araştıran Özel Komiteye göre:

"Binlerce Filistinlinin hayata tutunmak için tek kaynakları olan seralar, zeytin ağaçları, su kuyuları, turunçgil ekinleri ve özel tarım arazileri gibi birçok mülkün, Batı Şeria'nın İsrail işgal güçlerince el konulmuş tahmini 100000 dönümlük en verimli tarım arazisi, duvar inşasının ilk aşamasında yok edilmiştir" (İşgal Altındaki Toprakların Filistin Halkının ve Diğer Arap Halklarının İnsan Haklarını Etkileyen İsrail Uygulamalarını Araştıran Özel Komite Raporu, A/58/311, 22 Ağustos 2003, parag. 26).

Ayrıca, 1967'den beri İsrail işgali altındaki Filistin topraklarındaki insan hakları durumu Özel Raportörü, "Duvarın İsrail tarafında kalan Filistin topraklarının çoğunluğunun verimli tarım arazileri ve bölgede büyük önem arz eden bazı su kuyularını barındırdığını", buna ek olarak "birçok meyve ve zeytin ağaçlarının bariyerin inşası esnasında yok edildiğini" belirtti. (E/CN.4/2004/6, 8 Eylül 2003, parag. 9). BM İnsan Hakları Komisyonunun Gıda Hakkı Özel Raportörü, duvarı inşa etmenin "Filistinlilerin tarım arazileri, kuyular ve geçim araçları ile bağlantısını kopardığını" belirtmiştir. (Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun Özel Raportörü Jean Ziegler, "Gıda Hakkı", Ek, İşgal altındaki Filistin toprakları Misyonu, E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 Ekim 2003, parag. 49). Dünya Gıda Programı tarafından yürütülen yakın tarihli bir incelemede, gıdaya ihtiyaç duyan 25.000 yeni insanın olduğu ve duvar inşasının yeterli ve güvenli gıdaya erişmeyi daha da zorlaştırdığı belirtildi (Genel Sekreterin raporu, parag. 25).

Ayrıca, duvarın inşası, halkın sağlık hizmetlerine, eğitim kurumlarına ve su kaynaklarına erişimindeki zorlukların artmasına neden olmuştur. Bu durum da değişik bilgi kaynaklarınca doğrulandı. Bu durum Genel Sekreterin raporunda, "Filistin Merkezi İstatistik Bürosu'na göre şimdiye kadar Barikat, 30 yöreyi sağ-

lık hizmetlerinden, 22'sini okullardan, 8'ini birincil su kaynaklarından, 3'ünü elektrik şebekesinden mahrum bıraktığı" şeklinde genel bir şekilde ifade etmektedir (Genel Sekreterliğin raporu parag. 23). 1967'den beri İsrail işgali altındaki Filistin topraklarındaki insan hakları durumuna ilişkin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Özel Raportörü, Duvar ile Yeşil Hat arasında kalan Filistinlilerin, arazilerinden, işyerlerinden, okullarından, sağlık kliniklerinden ve diğer sosyal hizmetlerden etkin bir biçimde mahrum kalacağını" ifade etmektedir (E/CN.4/2004/6, 8 Eylül 2003 parag. 9). Özellikle su kaynaklarıyla ilgili olarak, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun Gıda Hakkına ilişkin Özel Raportörü, "Çitin inşasıyla İsrail'in batıya ait yeraltı su kaynakları tertibatını da (Batı Şeria'nın su ihtiyacını karşılayan kaynakların yüzde 51'ini) büyük ölçüde ilhak edeceğini" belirtmektedir (E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 Ekim 2003, parag 51). Aynı şekilde, sağlık hizmetlerine erişim bakımından, Kalkiliya'nın çevresinin kuşatılması sonucunda buradaki bir BM hastanesinin iş yükünün yüzde 40 oranında azaldığı ifade edilmiştir. (Genel Sekreter raporu, parag. 24)

BM'nin verdiği rapora göre Kalkiliya'da 600 dükkan veya işletme kapatıldı ve 6000 ile 8000 arası kişi beldeyi terk etti. (E/CN.4/2004/6, 8 Eylül 2003, para. 10; E/CN.4/2004/10/Add.2, 31 Ekim 2003, para. 51) BM İnsan Hakları Komisyonunun Gıda Hakkına ilişkin Özel Raportörü de, "Duvarın/çitin, toplulukları topraklarından ve sudan başka bir geçim olanağı olmadan ayırmasıyla, bu bölgelerde yaşayan birçok Filistinlinin bölgeyi terk etmeye zorlanacağını" gözlemlemektedir (E/CN.4/2004/10/31 Ekim 2003, parag. 51). Bu bağlamda duvarın inşası önemli sayıda Filistinliyi yerleşim yerlerini seçme özgürlüğünden ciddi bir şekilde mahrum edecektir. Bununla birlikte Divan'a göre, duvarın inşası ve bununla bağlantılı rejim, hali hazırda kayda değer sayıda Filistinliyi belirli bölgelerden ayrılmaya mecbur etmiş olup, daha fazla duvarın inşa edilmesiyle devam eden bir süreç, yukarıdaki 120. paragrafta belirtilen İsrail yerleşkelerinin kurulması da eklenince, işgal edilen Filistin topraklarının demografik yapısını değiştirme eğilimindedir.

134. Özetle, Divan, ilgili rejimin duvar inşasının, işgal altındaki Filistin topraklarında yaşayanların (İsrail vatandaşları ve bunlara ilaveten asimile olanlar hariç) Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinin 1. fıkrası uyarınca garanti altına alınan hareket özgürlüğünün engellediği görüşündedir. Aynı zamanda Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen çalışma hakkı, sağlık hakkı, eğitim hakkı ve yeterli yaşam standartlarına sahip olma hakkının kullanımına ilgili kişiler yönünden engel olmaktadır. Son olarak, duvarın inşası ve buna bağlı rejim, yukarıdaki 122 ve 133. paragraflarda belirtilen demografik değişikliklere katkıda bulunmakla, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 49. maddesinin 6. paragrafına ve yukarıda 120. paragrafta atıf yapılan Güvenlik Konseyi kararına aykırılık teşkil etmektedir.

135. Bununla birlikte Divan, uygulanabilir uluslararası insancıl hukukun hükümlerinin belirli koşullar altında askeri mecburiyetlerin hesaba katılması gerektirdiğini düşünmektedir.

Ne 1907 Lahey Düzenlemeleri'nin 46. maddesi, ne de Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 47. maddesi bu neviden hükümler içerir. Sözleşme'nin 49. maddesinin 1. paragrafı uyarınca yasaklanan zorla nüfus mübadelesi ve sınır dışı ile ilgili olarak, bu maddenin 2. fıkrası "halkın güvenliği ve zorunlu askeri nedenlerin gerektirmesi" durumunda bir istisna getirmektedir. Ancak bu istisna, işgalci gücün kendi sivil topluluğunu işgal ettiği bölgelere sürgün etmesi veya yerleştirilmesi yasağını düzenleyen 6. paragraf hakkında uygulanamaz. 53. maddeye göre, kişisel mülkiyetin yok edilmesini içeren bir "istisna, askeri operasyonlar tarafından kesinlikle yok edilmesi gereken yerlerde" istisna oluşturmaktadır. Özel mülkiyetin imhasına veya tahribatına ilişkin 53. madde ise, "askeri operasyonların bu tür bir tahribatı mutlaka gerekli kıldığı durumlarda" bir istisna ihtiva etmektedir.

Divan, bu metinler tarafından dikkate alınan askeri zorunlulukların, işgale varan askeri operasyonların nihai olarak sona ermesi sonrasında da işgal altındaki topraklarda kullanılabileceğini düşünmektedir. Ancak Divan, incelediği belgelerden, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nin 53. maddesindeki yasağa aykırı olarak gerçekleştirilen yıkımların, askeri operasyonların kesinlikle gerekli olması nedeniyle yapıldığına ikna olmamıştır.

136. Divan ayrıca bazı insan hakları sözleşmelerinin ve özellikle Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin, taraf devletlerin bazı durumlarda birtakım sözleşmesel yükümlülüklerinden sapmasına imkan veren hükümleri olduğunu gözlemleyerek bunları ele alacaktır. Divan, bununla birlikte, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi uyarınca İsrail'in BM Genel Sekreterliği'ne ihtar ettiği bildirim, yalnızca Sözleşme'nin 9. maddesine, yani özgürlük ve güvenlik hakkına (bkz. yukarıda parag. 127) ilişkin olduğunu ve İsrail'in bu dokümanın diğer tüm hükümlerine riayet etmekle yükümlü olduğunu hatırlatır.

Dahası Divan, insan hakları sözleşmelerinin belirli hükümlerinin, bu hükümler kapsamındaki hakları niteleyen ibareler içerdiğini belirtir. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesinde ise bu tür bir ibare bulunmamaktadır. Öte yandan, söz konusu belgenin 12. maddesinin 3. paragrafı, bu maddede garanti alınan dolaşım özgürlüğünün,

"ulusal güvenliğin, kamu düzeninin, kamu salığı veya ahlakının ve diğer kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması için kanunla düzenlenen haricinde hiçbir sınırlamaya tabi olamayacağını ve sınırlamaların Sözleşme'de tanınan diğer haklarla uyum içerisinde olması gerektiğini" belirtmektedir.

Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne gelince, 4. madde aşağıdaki genel hükmü içermektedir:

“Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, Sözleşme'ye uygun olarak Devlet tarafından tanınan haklardan faydalanılması hususunda, bu hakları, hakkın özüyle uyumlu bir şekilde ve kanunla öngörülen sınırlamalara tabi olarak ve ancak demokratik bir toplumda genel esenliği arttırmak amacıyla kısıtlayabileceklerini kabul ederler.”

Divan, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinin 3. paragrafı uyarınca öngörülen sınırlamaların, paragraf 1'de yer alan serbest dolaşım hakkına ilişkin istisnai bir hüküm içerdiğini gözlemlemektedir. Ayrıca bu sınırlamaların izin verilen amaçlara yönelmesi yeterli değildir; sınırlamaların bu amaçlara varmak için zorunlu olması gerekir. İnsan Hakları Komitesinin belirttiği gibi, sınırlamalar “orantılılık ilkesine uymak zorundadır” ve “istenilen sonucun elde edilebilmesi için kullanılabilir en az müdahaleci yöntem” olmalıdır (CCPR/C/21/Rev.1/Add. 9, Genel Yorum No: 27 parag. 14) Eldeki bilgilere dayanarak, Divan bu şartların yerine getirilmediğini tespit etmiştir.

Divan ayrıca, İsrail'in duvar inşasının bir sonucu olarak, İsrail işgali altındaki bölgede yaşayan Filistinlilerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının kullanılmasına getirilen sınırlamaların, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesinde düzenlenen koşulu, yani sınırlamaların “yalnızca demokratik bir toplumda genel refahı arttırmak amacıyla” uygulanması koşulunu karşılamakta başarısız olduğunu gözlemlemiştir.

137.Özetle Divan, incelediği belgelerden, İsrail'in duvar için seçtiği yolun güvenlik için gerekli olduğuna ikna olmamıştır. Seçilen güzergahı ile duvar ve onunla bağlantılı rejim, İsrail tarafından işgal edilen topraklarda yaşayan Filistinlilerin birtakım haklarını ağır bir biçimde ihlal etmiştir; bu güzergahın seçilmesi nedeniyle vuku bulan ihlaller, kamu düzeni ya da ulusal güvenliğin gerekleri ya da askeri mecburiyetler ileri sürülerek haklı gösterilmez. Bu nedenle, böyle bir duvarın inşa etmekle İsrail, uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları belgelerinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmiştir.

138.Divan, bu nedenle, duvarın inşasının, İsrail'in üzerine düşen çeşitli uluslararası hukuk yükümlülüklerine aykırı bir eylem olduğuna karar vermiştir. Genel Sekreter'in raporunun I sayılı ekinde, İsrail'e göre: “Bariyer inşası, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. maddesi, İsrail'in doğal meşru müdafaa hakkı ve Güvenlik Konseyi'nin 1368 (2001) ve 1373 (2001) sayılı kararları” ile uyumludur. Daha spesifik olarak, İsrail'in Birleşmiş Milletler Daimi Temsilcisi, 20 Ekim 2003 tarihli Genel Kurul'da, “Çitin, Şart'ın 51. maddesinde düzenlenen meşru müdafaa hakkı ile tamamen uyumlu bir tedbir olduğunu”; Güvenlik Konseyi kararlarına atıf yaparak, “Devletlerin terörist saldırılara karşı meşru müdafaaaya dayanan güç kullanmasının açıkça kabul edildiğini”,

dolayısıyla zorlama içermeyen amaca yönelik önlemleri kabul ettiğini ileri sürmüştür (A/ES-10/PV.21, s. 6).

139. Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. Maddesi çerçevesinde:

“Bu Şart’ın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı saldırıya uğraması durumunda, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliği temin etmek üzere gerekli önlemi alıncaya kadar, saldırıya uğrayan Devletin doğal bireysel ya da ortak savunma hakkına hanel getirmez.”

Şart’ın 51. maddesi böylece, bir devletin başka bir devlete silahlı saldırısı halinde doğal bir hak olan meşru müdafaaı tanımlamaktadır. Ancak İsrail, kendisine yönelen saldırıların, bir başka yabancı devlete atfedilebilir olduğunu iddia etmemektedir.

Divan ayrıca işgal altındaki Filistin topraklarını İsrail’in kontrol ettiğini ve İsrail’in, duvarın inşasını meşrulaştırmak için öne sürdüğü tehditlerin dışardan değil, işgal altındaki topraklardan geldiğini ifade ettiğini not etmektedir. Bu suretle mevcut durum, 1368 (2001) ve 1373 (2001) sayılı Güvenlik Konseyi kararlarında öngörülenle farklıdır; dolayısıyla, İsrail, hiçbir koşulda ilgili kararlardan yola çıkarak meşru müdafaa hakkını kullandığı iddiasını ileri süremeyecektir.

Sonuç olarak Divan, 51. maddenin bu olayla alakası olmadığı kanaatine varmıştır.

140. Ancak Divan, İsrail’in duvar inşasına hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak bir zaruret hali olarak dayanıp dayanamayacağını dikkate almıştır. Bu bağlamda Divan, hakların garanti alınması ya da yükümlülüklerin askıya alınmasına dair hükümler içeren mevcut davada tartışılan bazı Sözleşmeleri dikkate almak zorundadır (bkz. yukarıda parag. 135 ve 136). Bu Sözleşmelerin hükümleri, [hakların garanti altına alınması ya da yükümlülüğün askıya alınması, (Ç.N.)] türünden durumları konu aldığından, tartışılan önlemler ya da kararların hukuka aykırılığını ortadan kaldırılmasına dayanak olacak şekilde, bu Sözleşmelerle ilgili olarak, uluslararası örf ve adet hukukunca da tanınan zaruret haline başvurulup başvurulamayacağı sorusu gündeme gelebilir. Bununlar birlikte, Divan bu soruyu dikkate almayacaktır. Divan’ın *Gabcikovo-Nagymaros Projesi (Macaristan-Slovakya)* davasında gözlemlediği gibi, “zaruret hali uluslararası örf ve adet hukukunca tanınan bir esastır” ve “yalnızca istisnai durumlarda uygulanabilir”; “kesin ve kat’i bir şekilde tanımlanmış koşulların bir arada gerçekleşmesi durumunda başvurulabilir; ve bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine tek başına ilgili devlet karar veremez” (*U.A.D Raporları 1997*, s. 40, parag. 51). Divan’ın ifade ettiği bahse konu şartlardan biri de, Uluslararası Hukuk Komisyonunun hazırladığı metinde kullandığı terimlerle, [hukuka aykırılığı söz konusu olan, (Ç.N.)]

eylemin, kaçınılmaz ve ağır bir tehlike karşısında Devletin temel bir çıkarını korumanın yegane yolu olarak” gerçekleştirdiği bir eylem olmasıdır (Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Fiiller Nedeniyle Sorumluluğuna İlişkin Maddeler, m. 25; ayrıca bkz. İngilizce metindeki biraz farklı ifadeyle, Devletin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler’de eski m. 33). İncelediği belgeler ışığında Divan, seçilen yol boyunca gerçekleştirilen duvar inşasının, İsrail’in söz konusu inşa için gerekçe olarak gösterilen tehlikeye karşı çıkarlarını korumasının tek yolu olduğu konusunda ikna olmamıştır.

141. Bununla birlikte, İsrail’in kendi sivil halkına karşı sayısız ve hedef gözetmeksizin gerçekleştirilen ölümcül şiddet eylemine maruz kaldığı bir gerçektir. Vatandaşlarının hayatını korumak ve bu tehlikelere cevap vermek İsrail’in hem görevi hem de hakkıdır. Bununla birlikte alınan önlemler, ilgili uluslararası hukuk kurallarına uygun olmak zorundadır.
142. Sonuç olarak Divan, yukarıda 122-137. paragraflarda açıklanan nedenlerle, İsrail’in duvar inşasının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmak için meşru müdafaa veya zaruret hali zorunluluk haline dayanamayacağı kanaatinde. Bu nedenle Divan, duvar inşasını ve bağlantılı rejimi uluslararası hukuka aykırı bulmaktadır.

*

**

143. Divan, Doğu Kudüs ve çevresi dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarına söz konusu duvarı inşa ederek ve bağlantılı rejimi kabul ederek İsrail’in tabi olduğu birçok uluslararası yükümlülüğü ihlal ettiği sonucuna varmıştır (bkz. yukarıda parag. 114-137) ve şimdi, Genel Kurul tarafından yöneltilen soruyu cevaplayabilmek için, bu ihlallerin sonuçlarını inceleyecektir.

**

144. Divan’a sundukları yazılı ve sözlü sunuşlarda birçok katılımcı, İsrail’in uluslararası hukuka aykırı şekilde duvar inşa etmesinin sadece İsrail için değil, diğer Devletler ve Birleşmiş Milletler için de hukuki sonuçlar doğurduğunu ileri sürmüşlerdir; İsrail ise yazılı beyanında duvar inşasının olası hukuki sonuçlarına ilişkin herhangi bir argüman ileri sürmemiştir.
145. İsrail’e yönelik hukuki sonuçlara ilişkin, ilk olarak, İsrail’in işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasını hemen durdurarak hukuka aykırı durumu sona erdirmesine ilişkin hukuki sorumluluğu ve durumun bir daha tekrarlanmayacağına ilişkin makul teminat ve güvenceler vermesi gerektiği ileri sürülmüştür.

İkinci olarak, İsrail'in kendi hukuka aykırı davranışından doğan zararı tazmin etmek yükümlülüğü altında olduğu iddia edilmiştir. Bu tazmin etme yükümlülüğünün öncelikle eski hale iade şeklinde olması gerektiği, diğer bir deyişle, işgal altındaki Filistin topraklarındaki duvarın inşa edilmiş bölümlerinin yıkılmasının, inşaat ile ilgili hukuki işlemlerin iptalinin ve bu amaçla el koyulan ve kamulaştırılan gayrimenkullerin iadesinin gerektiği belirtilmiştir; tazmin, ayrıca, evleri veya tarım arazileri yok edilen kişiler için uygun bir ödemeyi içermelidir.

İsrail'in, işgal altındaki Filistin topraklarında inşa edilen duvar ve bağlantılı hukuki rejim nedeniyle, ayrıca, ihlal ettiği tüm uluslararası yükümlülüklere uygun davranmak mecburiyetinde olduğu ileri sürülmüştür. Buna ek olarak, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi uyarınca İsrail'in, duvarın planlanması, inşası ve kullanılması sürecinde uluslararası insancıl hukuku ağır şekilde ihlal ettiği ya da ihlal etmesi yönünde talimat aldığı iddia edilen kişileri aramak ve yargılamak zorunda olduğu ileri sürülmüştür.

146. İsrail dışındaki Devletlere yönelik sonuçlara gelince; Divan nezdinde tüm Devletlerin, duvarın inşası nedeniyle ortaya çıkan hukuka aykırı durumu tanımamak, bu durumun korunması için yardım ve destekten kaçınmakla, iddia edilen ihlallerin sona ermesi için işbirliği yapmakla ve tazmin yükümlülüğünün yerine getirilmesini temin etmekle sorumlu olduğu edilmiştir.

Dava sırasında bazı katılımcılar, ayrıca, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ne taraf Devletlerin, Sözleşme'nin uygulanması için gerekli önlemleri almak zorunda olduğunu ve işgal altındaki Filistin topraklarındaki duvarın inşası ve inşasının devam ettirilmesinin bu Sözleşme'yi ağır şekilde ihlal etmesi nedeniyle, bu ihlallerin faillerini yargılamak ya da iade etmekle yükümlü olduğunu iddia etmişlerdir. Ayrıca,

“Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin, İsrail'in uluslararası hukuk normlarını ve ilkelerini, özellikle ... uluslararası insancıl hukuku açık ve sistematik şekilde ihlal ettiğini ve bu ihlallere son vermek için zaruri tüm önlemleri alması gerektiğini dikkate alması”

gerektiği ve Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'un Divan tarafından verilecek danışma görüşünü tümüyle göz önünde bulundurması gerektiği beyan edildi.

* *

147. Divan, Doğu Kudüs ve çevresi dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarında söz konusu duvarın inşasının ve bağlantılı rejimin, İsrail'in uluslararası hukuktan kaynaklanan birçok yükümlülüğüne aykırı olduğu sonucuna vardığından, İsrail'in bu çerçevedeki uluslararası hukuk sorumluluğunu araştıracaktır.

148. Divan şimdi, İsrail'e yönelik olanlar ile diğer Devletlere ve uygun olduğu ölçüde Birleşmiş Milletler'e yönelik birbirinden ayırarak, İsrail'in uluslararası hukuk ihlallerinin hukuki sonuçlarını inceleyecektir. Divan, önce ihlallerin İsrail için doğuracağı hukuki sonuçları inceleyerek başlayacaktır.

*

149. Divan, İsrail'in öncelikle işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşası ile ihlal etmiş olduğu uluslararası yükümlülüklere uyma sorumluluğunu belirtir (bkz. yukarıda parag. 114-137). Bu sebeple İsrail, Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkına ve uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukukuna riayet etme yükümlülüğüne uymak zorundadır. Ayrıca 1967 Savaşı sonrası kontrolü altına giren Kutsal Topraklar'a erişim özgürlüğünü sağlamak zorundadır (bkz. yukarıda parag. 129).
150. Divan, İsrail'in aynı zamanda işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşası nedeniyle doğan yükümlülüklerinin ihlaline bir son verme yükümlülüğü olduğunu belirtir. Uluslararası hukuka aykırı bir eylemden sorumlu olan bir devletin bu eylemine son verme yükümlülüğü ile ilgili uluslararası hukuk kuralları çok açıktır ve Divan birçok olayda bu yükümlülüğün varlığını teyit etmiştir (*Nikaragua ve Nikaragua'daki Askeri ve Paramiliter Eylemler (Nikaragua v. Amerika Birleşik Devletleri)*, *Esas, Karar, U.A.D. Raporları 1986*, s. 149; *ABD'nin Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Çalışanları, Karar, U.A.D. Raporları 1980*, s. 44, parag. 95; *Haya de la Torre, Karar, U.A.D. Raporları 1951*, s. 82)
151. Buna göre İsrail, Doğu Kudüs ve çevresi de dahil, işgal altındaki Filistin topraklarında inşa etmeye devam ettiği duvarın çalışmalarını derhal sona erdirmeye yükümlülüğü altındadır. Ayrıca Divan'ın bulgularına göre (bkz. yukarıda parag. 143) İsrail'in duvarın inşası ve buna bağlı rejim dolayısıyla ihlal ettiği uluslararası yükümlülükleri ve bu ihlallerin durdurulması, Doğu Kudüs ve çevresi dahil işgal altındaki Filistin topraklarında bulunan tüm yapıların derhal sökülüp kaldırılmasını gerektirir. Duvarın inşası ve ona bağlı rejimin kurulması ile ilgili, Filistin halkına tazminat veya başka bir şekilde onarım sağlanması ile ilgili aşağıdaki 153. paragrafta öngörülen yükümlülükler İsrail'in uymasını gerektirenler hariç, bütün yasama tasarrufları ve düzenleyici tasarrufların derhal yürürlükten kaldırılması veya yok sayılması gerekmektedir.
152. Dahası Divan, İsrail'in, işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının öncelikle ve diğerleri yanında evlere, işyerlerine ve tarımsal işletmelere el koyulmasına ve onların tahrip edilmesine yol açtığını göz önünde tutarak, bütün ilgili gerçek veya tüzel kişiler için sebep olduğu zararları tazmin ile yükümlü olduğuna karar vermiştir. Divan, Daimi Uluslararası Adalet Divanı tarafından belirtilen uluslararası örf ve adet hukukunun temel tazmin şekillerini hatırlatır:
- “Gerçek hukuka aykırı eylem mefhumunda - uluslararası uygulama ile ve özellikle tahkim mahkemelerinin kararları ile kurulduğu görülen - asıl prensip, tazminin olabildiğince ilgili yasadışı eylemin sonuçlarını ortadan kaldırması ve eylem gerçekleşmeseydi yüksek ihtimalle için-

de bulunulacak durumu mümkün olduğunca tesis etmesidir. Eski haline aynen iade ya da bu mümkün değilse eski hale getirmenin maddi değeri oranında bir ödeme; kayıplardan dolayı maruz kalınan ve eski hale getirme veya tazminat ile giderilemeyen zararın, gerekmesi halinde karşılanması gibi ilkeler uluslararası hukuka aykırı bir eyleme yönelik tazminatın belirlenmesine hizmet eden ilkelerdir. (*Charzow'daki Fabrika, Esas, Karar No. 13, 1928, U.D.A.D., Seri A, No. 17, s. 47.*)

153. İsrail'in, işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşası amacıyla gerçek ya da tüzel kişilerden alınan toprak, meyve bahçeleri, zeytin yetiştirilen bölge ve diğer taşınmaz malların iade etme yükümlülüğü bulunmaktadır. İadenin maddi olarak imkansızlığı ispatlanırsa, İsrail'in zarar görmüş olan kişilerin zararını karşılama yükümlülüğü vardır. Divan ayrıca, İsrail'in uygulanan uluslararası hukuk kuralları uyarınca gerçek ya da tüzel kişilerin duvarın inşası sonucu oluşan maddi zararını da karşılama yükümlülüğü olduğunu düşünmektedir.

*

154. Divan şimdi İsrail'in duvar inşası sonucunda meydana gelen uluslararası hukuka aykırı eylemlerinin diğer devletler yönünden sonuçlarını dikkate almaktadır.

155. Divan, herkese karşı ve herkes tarafından ileri sürülebilecek bazı yükümlülükler dahil İsrail'in ihlal ettiği yükümlülükleri inceleyecektir. Divan'ın *Barcelona Traction* davasında belirttiği gibi, bu tür yükümlülükler doğası gereği "tüm devletleri ilgilendirir" ve "Bütün devletlerin, bu yükümlülüklerin içinde barındırdığı önemli hakların korunmasında hukuki menfaati bulunabilir" (*Barcelona Traction, Işık ve Enerji Şirketi, Kısıtlı, İkinci Aşama, Karar, U.A.D. Raporları 1970, s. 32, parag. 33*). İsrail'in ihlal ettiği *erga omnes* yükümlülükler, Filistin halkının kendini kaderini tayin etme hakkına riayet yükümlülüğü ve uluslararası insancıl hukuktan doğan birtakım yükümlülükleridir.

156. Bunların ilkiyle ilgili olarak, Divan *Doğu Timor* davasında, "Şart'tan ve Birleşmiş Milletler'in uygulamalarından gelişen halkların kendi kaderini tayin hakkının, *erga omnes* karakterde" olduğunu "çok açık bir şekilde" belirtmiştir (*U.A.D. Raporları, 1995, s. 102, parag. 29*). Divan ayrıca Genel Kurulun 2625 (XXV) sayılı kararındaki yukarıda bahsi geçen (bkz. parag. 88) ifadeleri hatırlatır:

"Her Devletin, Şart hükümlerine uygun olarak, ferdi olarak ve müştereken, eşit haklar ve kendi kaderini tayin etme ilkesinin gerçekleşmesine ve bu ilkenin uygulanması ile ilgili Şart'ın Birleşmiş Milletler'e tevdi ettiği sorumlulukların yerine getirilmesinde Birleşmiş Milletlere yardım etmek görevi vardır."

157. Uluslararası insancıl hukuk ile ilgili olarak, Divan “Nükleer Silah Tehdidi veya Kullanımının Hukukiliğine İlişkin Danışma Görüşü”nde, “silahlı çatışmalarda uygulanan insancıl hukuk kurallarının büyük çoğunluğu insana saygıya dair ve ‘insanlığın temel değerleri’ ile ilgili..” ve “uluslararası örf ve adet hukukunun kendilerinden vazgeçilemeyecek ilkelerini teşkil ettiklerinden dolayı, onları içeren sözleşmeleri onaylamış olsunlar ya da olmasınlar, tüm devletlerce göz önünde bulundurulmaları gereken kurallar olduğunu” ifade ettiğini hatırlatır (*U.A.D Raporları, 1996 (1), s. 257, parag. 79*). Divan’a göre bu kurallar, yükümlükleri esasen *erga omnes* niteliğinde yükümlülükler haline getirir.
158. Divan ayrıca, dört Cenevre Sözleşmesi’nin de ortak hükmü olan, Dördüncü Cenevre Sözleşmesi’nin, “Yüksek Sözleşmeci Taraflar her koşulda işbu Sözleşme’ye riayet edeceklerini ve ona riayet edilmesini temin edeceklerini taahhüt ederler” hükmünü içeren 1. maddesini vurgular. Bu hüküm tahtında, Sözleşme’ye taraf her Devlet, belirli bir ihtilafın tarafı olsun veya olmasın, söz konusu belgelerin gereklerine uyulmasını sağlayacağına taahhüt eder.
159. Bahse konu hakların ve yükümlülüklerin niteliği ve önemi göz önünde tutulduğunda, Divan, tüm devletlerin Doğu Kudüs ve çevresi dahil işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının yol açtığı hukuka aykırılıkları tanınamamak yükümlülüğü altında olduğu görüşündedir; yine hiçbir devlet söz konusu inşa sebebiyle oluşan durumun sürdürülmesine ya da devamına herhangi bir katkı sağlamama yükümlülüğü altındadır. Ayrıca, Birleşmiş Milletler Şartına ve uluslararası hukuka riayet eden bütün devletler, Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını kullanması önündeki duvar inşasının yol açtığı engellerin sona erdirilmesi için gerekenleri yapmalıdır. İlaveten, 12 Ağustos 1949 tarihli Savaş Zamanında Sivil Kişilerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi’ne taraf olan ve Birleşmiş Milletler Şartına ve uluslararası hukuka riayet eden tüm devletler, İsrail’in Sözleşme’de düzenlenen uluslararası insancıl hukuka uymasını sağlama yükümlülüğü altındadır.
160. Sonuç olarak Divan, Birleşmiş Milletler’in ve özellikle de Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi’nin, işbu Danışma Görüş’üne gereken önemi vererek, duvar inşasının ve bağlı rejimin yol açtığı hukuka aykırılıklara sona erdirmek ve onları ortadan kaldırmak için gereken diğer tüm önlemleri dikkate almak zorunda olduğu görüşündedir.

*

* *

161. Divan, Birleşmiş Milletler Şart’ında belirlenen amaç ve ilkelere, özellikle de uluslararası barışın ve güvenliğin sürdürülmesi ve anlaşmazlıkların barışçıl yollardan çözülmesine verdiği önem anlamında, uluslararası barış ve güvenliğe teh-

dit oluşturmaya devam eden İsrail-Filistin ihtilafını sona erdirmek ve bölgede adil ve kalıcı bir barışı acilen tesis eden bir sonuca ulaşmak için, Birleşmiş Milletlerin çok daha fazla çaba göstermesinin ivedi ve zorunlu olduğunu vurgular.

162. Divan, İsrail tarafından işgal altındaki Filistin topraklarında inşa edilen duvarın uluslararası hukuka aykırı olduğu sonucuna varmış ve bu hukuka aykırılığa karşılık gelen hukuki sonuçları belirtmiştir. Divan, söz konusu inşanın daha genel bir bağlama oturtulmasını ifade etmenin kendisi için bir görev olduğunu belirtmek zorundadır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1947 yılında 181 (2) sayılı kararının kabulüyle Filistin üzerindeki Manda'nın sona erdirmesinden bu yana, baskıcı önlemler, ayırım gözetmeyen şiddet eylemleri ve silahlı çatışmalar ardı ardına devam etmiştir. Divan hem İsrail'in hem de Filistin'in en önemli amaçlarından biri sivillerin yaşamını korumak olan uluslararası insancıl hukuk kurallarını titizlikle gözetmek yükümlülüğü olduğunu vurgular. Taraflar birbirlerine karşı hukuka aykırı eylemlerde bulundular ve tek taraflı kararlar aldılar; hâlbuki Divan'a göre, bu trajik durum ancak ilgili bütün Güvenlik Konseyi kararlarının özellikle de 242(1967) ve 338(1973) sayılı kararlarının iyi niyetle uygulanmasıyla sona erdirilebilir. Güvenlik Konseyi'nin 1515 (2003) sayılı karar ile kabul ettiği "Yol Haritası" bu amaca yönelik olarak başlatılan müzakerelerin en son ve güncel çabalarına karşılık gelir. Divan, işbu Görüşün muhatabı olan Genel Kurul'un dikkatini, bölgedeki herkesin barış ve güveliği için ve uluslararası hukuk temelinde, mevcut sorunlara hitap eden müzakere edilebilir bir çözüme ve İsrail ve diğer komşularla birlikte var olan bir Filistin Devletinin kurulmasına mümkün olan en kısa sürede ulaşılmasını teşvik edecek çabalara olan ihtiyaca çeker.

*

* *

163. Yukarıda açıklanan nedenlerle,

DİVAN,

(1) Oy birliğiyle,

İstene danışma görüşünü verme yetkisine *sahip olduğuna*;

(2) On dörde karşı bir oyla,

Danışma görüşü verilmesinin *kabulüne*;

LEHTE: *Başkan Shi; Başkan Vekili Ranjeva; Yargıçlar Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka*;

ALEYHTE: *Yargıç Buergenthal*;

(3) Genel Kurul tarafından yöneltilen soruya aşağıdaki şekilde *cevap verilmesine*;

A. On dörde karşı bir oyla,

İsrail'in işgalci güç olarak, Doğu Kudüs ve çevresi dahil olmak suretiyle, işgal altındaki Filistin topraklarında inşaa etmekte olduğu duvar ve bunla bağlantılı olarak oluşturduğu rejimin, uluslararası hukuka aykırı olduğuna;

LEHTE: *Başkan Shi; Başkan Vekili Ranjeva; Yargıçlar Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;*

ALEYHTE: *Yargıç Buergenthal;*

B. On dörde karşı bir oyla,

İsrail'in, uluslararası hukuka karşı yaptığı ihlalleri sonlandırma yükümlülüğü altında olduğuna; ve yine Doğu Kudüs ve çevresi de dahil olmak üzere, işgal altındaki Filistin toprakları üzerinde devam eden duvar inşaatını derhal durdurma, mevcut yapıyı derhal sökerek bertaraf etme ve bu danışma görüşünün 151. paragrafı uyarınca mevcut tüm kanun ve düzenleyici tasarrufların feshetme veya geri çekme yükümlülüğü altında olduğuna;

LEHTE: *Başkan Shi; Başkan Vekili Ranjeva; Yargıçlar Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;*

ALEYHTE: *Yargıç Buergenthal;*

C. On dörde karşı bir oyla,

İsrail'in, Doğu Kudüs ve çevresi dahil olmak üzere işgal altındaki Filistin topraklarında inşaa ettiği duvardan dolayı ortaya çıkan tüm zararın karşılanması yükümlülüğü altında olduğuna;

LEHTE: *Başkan Shi; Başkan Vekili Ranjeva; Yargıçlar Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;*

ALEYHTE: *Yargıç Buergenthal;*

D. On üçe karşı iki oyla,

Tüm Devletlerin, duvarın yapımından kaynaklanan yasadışı durumu tanınamak ve böyle bir inşaatın yarattığı durumu korumak için yardım ya da destek sunmamakla yükümlü olduğuna; ve yine 12 Ağustos 1949 tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olan tüm devletlerin, Birleşmiş Milletler Şartı'na ve uluslararası hukuka riayet etmek suretiyle, İsrail'in Sözleşme'de somutlaşmış uluslararası insani hukuk ilkelerine uymasını garanti altına alma yükümlülüğü altında olduğuna;

LEHTE: *Başkan Shi; Başkan Vekili Ranjeva; Yargıçlar Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;*

ALEYHTE: *Yargıç* Kooijmans, Buergenthal;

E. On dörde karşı bir oyla,

Birleşmiş Milletlerin, özellikle Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi nezdinde, duvar inşasının ve onunla bağlantılı rejimin yol açtığı yasadışı durumu sona erdirmek üzere mevcut Danışma Görüşünü de dikkate alarak, ne gibi önlemlerin alınması gerektiğini düşünmesi gerektiğine;

LEHTE: *Başkan* Shi; *Başkan Vekili* Ranjeva; *Yargıçlar* Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Elaraby, Owada, Simma, Tomka;

ALEYHTE: *Yargıç* Buergenthal;

karar vermiştir.