

## ULUSLARARASI ADALET DİVANİ DANIŞMA GÖRÜŞLERİNDE YETKİ VE DEVLETİN SORUMLULUĞU TARTIŞMASI

Dr. Öğretim Üyesi Ali Osman KARAOĞLU\*

### Öz

Uluslararası Adalet Divanı (UAD) 2019 tarihli Chagos danışma görüşünde doğrudan devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin tespitlerde bulunması danışma görüşüne ilişkin yargı yetkisinin sınırlarını yeniden tartışmaya açmıştır. Nitekim Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD) tarafından reddedilen Doğu Karelia danışma görüşü talebinden bu yana danışma görüşlerinin çekişmeli yargı için aranan “rıza”yı dolanmak amacıyla kullanılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Öte yandan Divan, danışma görüşlerinde, geçmişten bugüne artan bir şekilde, iki devlet arasındaki uyuşmazlıkların BM organları ve diğer devletlere siyaset eden boyutlarına değinerek devletlerin ve BM’nin uluslararası sorumluluğuna daha fazla değinmektedir. Uluslararası sorumluluk tespiti ise sorumluluğa ilişkin hukuki sonuçları da beraberinde getirmektedir. Bu çalışma UAD’nin danışma görüşlerinde giderek artan sorumluluk hukuku tespitlerini ve bu çerçevede gündeme gelen yetki tartışmalarını analiz etmeyi amaçlamaktadır.

### Anahtar Kelimeler

• Uluslararası Hukuk • Uluslararası Adalet Divanı • Birleşmiş Milletler • Danışma Görüşü Verme Yetkisi • Uluslararası Sorumluluk

\* Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Yalova, Türkiye | Asst. Prof., Yalova University Faculty of Law, Public International Law Department, Yalova, Türkiye.

✉ ali.karaoglu@yalova.edu.tr • ORCID 0000-0003-2979-7001

- ✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KARAOĞLU Ali Osman, “Uluslararası Adalet Divanı Danışma Görüşlerinde Yetki ve Devletin Sorumluluğu Tartışması”, SÜHFD., C. 30, S. 3, 2022, s. 1409-1441.
- ✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.
- ✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



## THE CONTROVERSY ON JURISDICTION AND STATE RESPONSIBILITY IN THE ADVISORY OPINIONS OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

### Abstract

The International Court of Justice's (ICJ) Chagos advisory opinion of 2019, which directly engages the international responsibility of states, has reopened the discussion on limits of the advisory jurisdiction. As a matter of fact, since Eastern Carelia advisory opinion was rejected by the Permanent Court of International Justice (PCIJ), it has been argued that the advisory opinions should not be used to circumvent the "consent" principle necessary for the contentious jurisdiction. Furthermore, the Court, in advisory opinions, increasingly focuses on the international responsibility of the states and the UN organs, emphasizing the repercussions of the disputes between two states on UN bodies and other states. Determination of international responsibility triggers to deal with its legal consequences as well. This study aims to analyze the increasing focus of law on international responsibility in the advisory opinions of the ICJ and the controversy on advisory jurisdiction raised thereto.

### Key Words

• International Law • International Court of Justice • United Nations • Advisory Jurisdiction • International Responsibility

### GİRİŞ

Devletler arasındaki uyuşmazlıkların barışçıl yoldan çözülmesine hizmet eden en önemli mahkeme ve Birleşmiş Milletler'in (BM) ana organlarından biri olan Uluslararası Adalet Divanı (UAD) uluslararası hukuka iki yönden katkıda bulunmaktadır. Birincisi devletler arasında yaşanan çekişmeli uyuşmazlıkları çözmek (contentious cases), ikincisi ise BM organları ve uzmanlık kuruluşlarının talebiyle<sup>1</sup> danışma görüşü (advisory opinion) vermek.<sup>2</sup> Her iki durumda da UAD hem uluslararası

<sup>1</sup> Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD) sisteminde ise danışma görüşü talep etme yetkisi sadece Milletler Cemiyeti Konseyi ve Milletler Cemiyeti Genel Kurulu'na verilmişti. Covenant of the League of Nations, 28 April 1919, 108 LNTS 188, art. 14.

<sup>2</sup> BM Andlaşması'nın 96. Maddesinde göre Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi esas yetkili olup herhangi bir hukuki meselede danışma görüşü talep edebilir. Diğer BM organları (UN Organs) ve uzmanlık kuruluşları (Specialized Agencies) ise Genel Kurul tarafından yetkilendirilebilecektir. Charter of the United Nations (adopted on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945) 1 UNTS 16, art. 96. Bugüne kadar yetkilendirilmiş BM organları ve uzmanlık kuruluşları şunlardır:

hukukun gelişimine büyük katkılar sunmakta hem de yeni uluslararası hukuk problemleri hakkında önemli tespitlerde bulunmaktadır.<sup>3</sup> Ancak UAD'nin uluslararası hukuka yaptığı katkılar aynı zamanda çeşitli tartışmalara da neden olmuştur. Bu anlamda UAD'nin yetkisinin sınırları, danışma görüşlerinin etkisi, uluslararası hukuka ilişkin yaptığı tespitlerin hukuki değeri gibi birtakım tartışmalar UAD'nin kurulduğu günden beri var olagelmıştır.<sup>4</sup>

UAD'nin danışma görüşleri temel olarak bağlayıcı karar mekanizmasından farklı işlemektedir. Bu anlamda danışma görüşlerinin tavsiye niteliğinde olduğu bilinmekte ise de içerik olarak Divan'ın ortaya koyduğu görüşlerden hangi hukuki sonuçların doğacağıının da tespit edilmesi önem arz etmektedir. Nitekim *BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini, Namibya, Duvar* ve en önemlisi *Chagos* danışma görüşleri devletlerin sorumluluğuna ilişkin tespitler arz etmekte ve ilgili devletler bağlayıcı bir uyuşmazlık çözüm yolunu da kabul etmediğinden danışma görüşlerinde ortaya konan tespitlerin uluslararası toplum açısından önemi artmaktadır. Bu açıdan bakıldığında danışma görüşü çerçevesinde devletin sorumluluğunun tespiti halinde bazı sorular gündeme gelmektedir: 1) uluslararası hukuka aykırı eylemin UAD tarafından tespit edilmesi ve

---

UN Organs: General Assembly, Security Council, Economic and Social Council, Trusteeship Council, Interim Committee of the General Assembly.

Specialized Agencies: International Labour Organization (ILO), Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), World Health Organization (WHO), International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), International Finance Corporation (IFC), International Development Association (IDA), International Monetary Fund (IMF), International Civil Aviation Organization (ICAO), International Telecommunication Union (ITU), International Fund for Agricultural Development (IFAD), World Meteorological Organization (WMO), International Maritime Organization (IMO), World Intellectual Property Organization (WIPO), United Nations Industrial Development Organization (UNIDO).

Related Organization(s): International Atomic Energy Agency (IAEA). Bakınız: Organs and agencies authorized to request advisory opinions, ICJ Website, <https://www.icj-cij.org/en/organs-agencies-authorized> (erişim tarihi 02.03.2022).

<sup>3</sup> SCHACHTER, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, (Chapter VI, Resolutions and Political Texts), RCADI, Vol.178, 1982, p. 117.

<sup>4</sup> BERMAN, Franklin, *The International Court of Justice as an 'Agent' of Legal Development?*, in TAMS, Christian J. & SLOAN, James (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2013, pp.7-20.

devletin yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varılması halinde diğer devletlerin hukuka aykırı durumu “tanımama” (non-recognition) yükümlülüğü de doğacak mıdır? 2) İhlal edilen uluslararası hukuk kuralının self determinasyon gibi uluslararası toplum açısından çok önemli bir hak olması halinde diğer devletlerin ihlali sonlandırma yükümlülüğü doğar mı, diğer devletler bu ihlali sonlandırmak için ne gibi önlemler alabilir?<sup>5</sup> Bu çalışma UAD’nin danışma görüşlerinden, her ne kadar tavsiye niteliğinde olsa da, devletin sorumluluğuna ilişkin bazı neticelerin çıkarılabileceğini iddia etmektedir. Bu amaçla çalışma öncelikle UAD danışma görüşlerinde yetkiye ilişkin tartışmaları ve danışma görüşlerinden uluslararası hukukta nasıl istifade edilebileceğini geçmiş örnekler ışığında inceleyecek, daha sonra ise danışma görüşlerinde geçen devletin sorumluluğuna ilişkin tespitlerin dolaylı yoldan sorumluluk hukuku çerçevesinde işletilip işletilemeyeceğini tartışacaktır.

### I. DANIŞMA GÖRÜŞLERİNDE YETKİ PROBLEMİ: TAVSİYE VE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE MÜDAHALE ÇATIŞMASI

UAD’nin devletlerin sorumluluğuna ilişkin tespit yapması Divan’ın yetkisinin sınırlarını yeniden tartışmaya açmıştır. UAD’nin talep üzere danışma görüşü verebilme yetkisi esasen UAD’nin selevi olan Uluslararası Sürekli Adalet Divanı’na da (USAD) tanınmıştı.<sup>6</sup> İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra kurulan BM bünyesinde USAD’a benzer bir yapı olan UAD kurulmuş ancak bu defa örgütün ana organlarından biri olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda UAD BM’nin ana organlarından biri olduğundan esas itibarıyla danışma görüşü isteme yetkisi de BM organları ve BM uzmanlık kuruluşlarına tanınmıştı. Bu yolla BM organları ve uzmanlık

<sup>5</sup> TALMON, Stefan, ‘The Duty Not to ‘Recognize as Lawful’ a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?’ in TOMUSCHAT, Christian & THOUVENIN, Jean-Marc (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens And Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p.99.

<sup>6</sup> Milletler Cemiyeti Misakı’nın 14. maddesi şu hükmü haizdi: “Konsey, bir Uluslararası Sürekli Adalet Divanı tasarısı hazırlamakla ve bu tasarımı Cemiyet Üyelerine sunmakla görevlendirilmiştir. Bu Divan, Tarafların kendisine sunacakları uluslararası nitelikte her türlü anlaşmazlıklara bakacaktır. Divan, Konseyin ya da Genel Kurulun kendisine göndereceği her türlü anlaşmazlık ya da sorun üzerinde danışma görüşleri [istişarî mütalaalar] de verecektir”. *Covenant of the League of Nations*, 28 April 1919, 108 LNTS 188, art. 14. Çeviri: DENK, Erdem, Bakınız: <http://www.erdemdenk.com/mcmisaki.doc> (erişim tarihi 25.02.2022).

kuruluşları arasında bir ahenk oluşturulmuştu.<sup>7</sup> Bu durum Divan'ın bağımsız bir uluslararası hukuk mahkemesi olması ile BM organı olması arasındaki dengeyi de tartışmaya açmıştır.<sup>8</sup> Ancak, kanaatimizce, her ne kadar UAD danışma görüşleri tavsiye niteliğinde ise de danışma görüşlerinin içerdiği tespitler devletlerin uluslararası hukuk yükümlülükleri için büyük önem arz etmektedir. Öte yandan UAD'nin danışma görüşü verme işlevi beklenenin aksine BM organlarınca çok az kullanılmaktadır.<sup>9</sup> Oysa UAD'nin danışma görüşü devletler arasındaki uluslararası hukuk tartışmasına netlik kazandırmak açısından son derece faydalı olabilir. Her ne kadar UAD'nin çekişmeli dava (contentious cases) için yargı yetkisini kabul etmeyen devletlerin danışma görüşlerinde tespit edilen yükümlülüklerinden de kaçınacağı kuvvetle muhtemel ise de UAD'nin tespiti diğer devletler açısından gerekli tedbirlerin alınması ve yaptırımların uygulanması için gerekli hukuki zemini sunabilir. Ayrıca UAD andlaşmaların yorumundan self determinasyon hakkına, uluslararası örgütlerin kişiliğinden dekolonizasyona kadar birçok hususu danışma görüşleri yoluyla açıklığa kavuşturmuştur. Bu nedenle esasen danışma görüşlerinin tarih içerisindeki rolü ve uluslararası hukukun gelişimine olan katkısı beklenenden çok daha büyük olmuştur.

UAD danışma görüşleri uluslararası barış ve güvenliğin tesis edilmesinde etkili bir araç olarak da kullanılabilir.<sup>10</sup> Örneğin, koruma sorumluluğu doktrinine göre uluslararası toplum (başta Güvenlik Konseyi) ağır insan hakları ihlallerini ve insani krizi önleme sorumluluğu (responsibility to prevent) altındadır. Bu anlamda devletler arasındaki ancak uluslararası barış ve güvenliği ilgilendiren bir uyuşmazlık hakkında UAD'den danışma görüşü talep edilebilir ve verdiği görüş çerçevesinde uyuşmazlığı barışçıl yollardan çözmek için diplomatik girişimlerde bulunabilir. Bu anlamda uluslararası uyuşmazlık çözümünü sadece UAD veya başkaca bir uluslararası mahkemenin bağlayıcı kararlarına indirgememek gerekir.

<sup>7</sup> BM Andlaşması'nın 92. Maddesine göre Divan BM'nin asli organlarından biridir ve Divan'ın kurucu statüsü BM Andlaşmasının ayrılmaz bir parçasıdır.

<sup>8</sup> PASQUALUCCI, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 29.

<sup>9</sup> SCHWEBEL, Stephen M., *Widening the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice without Amending Its Statute*, *Catholic University Law Review*, Vol.33, Issue 2, 1984, p.358.

<sup>10</sup> BEDJAOUİ, Mohammed, *The Contribution of the International Court of Justice Towards Keeping and Restoring Peace*, in *Conflict Resolution: New Approaches and Methods*, UNESCO Publishing, 2000, p. 13.

UAD'nin danışma görüşleri yol gösterici nitelikte olabilir ve uyuşmazlığın çözümü başka bir mecrada gerçekleşebilir.<sup>11</sup> Kanaatimizce danışma görüşü çerçevesinde de olsa UAD tarafından mevcut uluslararası hukuk sorununun tespit edilmiş olması devletler arasındaki müzakerelerin daha az tartışmalı geçmesine katkıda bulunabilecektir.

UAD danışma görüşlerinin yol gösterici işlevini yerine getirirken devletlerarası uyuşmazlıklara müdahil olduğu iddia edilmiştir. Bu anlamda danışma görüşleri hakkında önemli tartışmalardan bir tanesi de iki devlet arasında var olan bir uyuşmazlığa ilişkin danışma görüşü verilip verilemeyeceği sorununa ilişkindir.<sup>12</sup> Nitekim UAD statüsünün 36. maddesine göre UAD devletler arasındaki bir çekişmeli uyuşmazlığı ancak ilgili devletler UAD'nin yetkisine rıza gösterirse ele alabilir.<sup>13</sup> Aksi halde yetkisizlik kararı vermek zorundadır.<sup>14</sup> Danışma görüşlerinin "ihtiyarlık" prensibini dolanacağını düşünen devletler buna itiraz etmişlerdir. Nitekim 2017 yılında BM Genel Kurulu Chagos takımadalarının Mauritius'tan ayrılmasının hukuki sonuçlarına ilişkin UAD'den bir danışma görüşü talep etmiş<sup>15</sup> ancak Birleşik Krallık konunun iki devlet arasında uyuşmazlık konusu olduğunu ve danışma görüşünün yetkiye rıza ilkesini dolanacağını iddia etmiştir. Birleşik Krallık tarafından ileri sürülen gerekçe uluslararası hukuk literatüründe *Doğu Carelia İlkesi* (Eastern Carelia Principle) olarak bilinmektedir. Rusya ve Finlandiya arasında yer alan Doğu Karelia bölgesinin yönetimi iki devlet arasında uyuşmazlık konusu olmuştur. Uyuşmazlık çıktığında Rusya ne Milletler Cemiyeti üyesiydi ne de USAD statüsüne taraftı. Bu nedenle Finlandiya Milletler Cemiyeti Konseyi'nin USAD'dan danışma görüşü talep etmesini istemiştir.

<sup>11</sup> AUST, Anthony, *Advisory Opinions*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 1, Issue 1, 2010, p.123.

<sup>12</sup> BERNABEL, Giulia, *The Law-Making Effect of ICJ Advisory Opinions A Survey of the Chagos Opinion*, in TELES, Patrícia Galvão & RIBEIRO, Manuel Almeida (eds.), *Case-Law and the Development of International Law: Contributions by International Courts and Tribunals*, Brill Nijhoff, 2021, p.127 vd.

<sup>13</sup> Statute of the International Court of Justice, 24 October 1945, 33 UNTS 993, art.36. UAD'nin yetkisi 4 şekilde mümkün olabilir: Özel bir tahkimname, andlaşmalara konan bir tahkim kaydı, tek taraflı bildirim ve forum prorogatum.

<sup>14</sup> Ancak UAD kendi yetkisinin var olup olmadığını kendisi belirler (*competence de la competence*).

<sup>15</sup> Request for an Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, UNGA Res 71/292 (22 June 2017) UN Doc A/RES/71/292.

Milletler Cemiyeti Konseyi USAD'dan danışma görüşü talep etmiş ancak USAD Rusya'nın Konsey'in böyle bir danışma görüşü talep etmesine rızasının olmadığını belirterek yetkisizlik kararı vermiştir. Divan'a göre Milletler Cemiyeti Misakı'nın 17. Maddesi Konsey'in üye olmayan bir devlet hakkında karar verebilmesinin ilgili devletin rızasını gerektirdiğini düzenlemektedir. Divan bu anlamda Rusya'nın rızasının olmadığını ve danışma görüşü veremeyeceğine hükmetmiştir. Zira her ne kadar Divan'ın vereceği karar danışma görüşü ise de somut durumda taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında karar vermiş gibi olacaktır.<sup>16</sup>

*Chagos* danışma görüşünde ise UAD, Doğu Karelia prensibini zikretmemiş ancak Birleşik Krallık'ın bu yöndeki iddiasına da cevap vermiştir.<sup>17</sup> Buna göre; Divan, Genel Kurul tarafından kendisine yöneltilen soruların Mauritius'un dekolonizasyonu ile ilgili olduğunu vurgulamıştır. Genel Kurul, iki Devlet arasındaki ülke uyuşmazlığını çözmek için Divan'ın görüşünü talep etmemiştir. Talebin amacı Genel Kurul'un Mauritius'un dekolonizasyonu ile ilgili görevlerini yerine getirmesine rehberlik edebilecek şekilde Divan'ın yardımını almaktır. Ayrıca Divan, danışma görüşleri söz konusu olduğunda hukuki meselelere ilişkin görüş farklılıkları olabileceğini yadsımamaktadır. Ancak Divan'ın, Mauritius ve Birleşik Krallık tarafından karşıt görüşlerin ifade edildiği hukuki meseleler hakkında karar vermek zorunda kalması, iki taraflı bir ihtilafı ele aldığı anlamına gelmemektedir. Bu anlamda Divan, talep edilen görüşün verilmesinin, bir Devletin başka bir Devletle olan uyuşmazlığının görülmesi için tarafların rızasının alınması ilkesini ortadan kaldırmayacağı kanaatinde-dir.<sup>18</sup>

Öte yandan Doğu Karelia uyuşmazlığında esas sorun Rusya'nın Milletler Cemiyeti üyesi olmamasıydı. Bu anlamda USAD, Rusya'nın üyesi olmadığı bir kuruluş tarafından kendisinin taraf olduğu bir uyuşmazlığı çözmesi için girişimde bulunmasına yetki vermediği kanaatine varmıştır. Oysa Birleşik Krallık için aynı durum söz konusu değildir. Hem BM Andlaşmasına taraf hem de BM Andlaşmasının ayrılmaz bir

<sup>16</sup> The Status of Eastern Carelia, advisory opinion, PCIJ Series B, No. 5, para.27-28-29.

<sup>17</sup> PUMA, Giuseppe, Preliminary Questions in the ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, *ZaöRV*, Vol.79, 2019, pp.865-877.

<sup>18</sup> Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, ICJ GL No 169, ICGJ 534 (ICJ 2019), 25th February 2019, para.83-91.

parçası olan UAD Statüsüne taraftır. BM Andlaşmasına ve UAD statüsüne taraf olmak her ne kadar doğrudan çekişmeli uyuşmazlıklara yetki verildiği anlamına gelmemekte ise de Danışma görüşleri bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Devletler BM Andlaşması ve UAD Statüsünü kabul ederek UAD'nin danışma görüşü verebilmesine de peşinen rıza göstermiştir. Lauterpacht'ın da vurguladığı gibi Devletleri rıza gösterdikleri kuruluşların prosedürlerinden korumak söz konusu olamaz.<sup>19</sup> Üstelik *Chagos* danışma görüşüne konu olayın mutlak olarak iki tarafı ilgilendiren bir uyuşmazlık olduğunu söylemek de günümüz uluslararası hukuk anlayışı çerçevesinde mümkün değildir. Zira dekolonizasyon süreci ile bağlantılı olarak self determinasyon hakkı artık uluslararası toplumu ilgilendiren *erga omnes* nitelikte bir haktır. Nitekim UAD de *Doğu Timor* davasında self determinasyon hakkının *erga omnes* niteliğini vurgulamıştır.<sup>20</sup> Dekolonizasyon sürecine ilişkin uyuşmazlıklar aynı zamanda Genel Kurul'un yetkisi dahilinde olup<sup>21</sup> Genel Kurul'un bu hususta danışma görüşü talep etmesi doğal kabul edilmelidir.

*Barış Andlaşmaları* danışma görüşünde UAD 1947 tarihinde Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile yapılan barış andlaşmalarını incelemiştir. Üç devlet Divan'ın temel hak ve özgürlükler konusunu ele alamayacağını, bu hususların münhasır iç hukuk meseleleri olduğunu ve dolayısıyla danışma görüşü vermenin uygun olmadığını iddia etmiştir. Divan önündeki danışma görüşü talebi, 1947 tarihli Barış Antlaşmalarını imzalayan Devletler (bir yanda Bulgaristan, Macaristan, Romanya ve diğer yanda Müttefik Devletler) arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak benimsenecek usulle ilgilidir. Divan bu anlamda uygulanacak usule ilişkin her üç devletle yapılan andlaşmaların ilgili maddelerinin yorumlanmasının iç hukuk meselesi değil uluslararası hukuk meselesi olduğunu ve dolayısıyla Divan'ın yetkisi dahilinde olduğunu vurgulamıştır.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> LAUTERPACHT, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens & Sons Ltd., 1958, pp. 355-358.

<sup>20</sup> *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, 30 June 1995, I.C.J. 90, 102, para. 29.

<sup>21</sup> Nitekim 1960 tarihli ve 1514 sayılı Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri [UNGA Res. 1514 (XV) (14 December 1960)] de bir Genel Kurul kararı çerçevesinde ortaya çıkmıştır.

<sup>22</sup> *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania; First Phase, Advisory Opinion*, International Court of Justice (ICJ), I.C.J. Reports 1950, 30 March 1950, para.70-71.



Benzer şekilde *Soykırım Sözleşmesine Konan Çekinceler* davasında Filipinler, konunun Filipinler ile Avustralya arasında uyuşmazlık konusu olduğunu ve bu nedenle danışma görüşü talep edilemeyeceğini iddia etmiştir. Divan ise Genel Kurul'un Soykırım Sözleşmesinin tüm süreçlerinde etkin rol oynadığını ve bu anlamda çekincelerin etkisine ilişkin danışma görüşü talep etmeye yetkili olduğunu vurgulamıştır.<sup>23</sup> 2004 tarihli *Duvar* danışma görüşünde ise İsrail, Filistin ile arasında birçok hususu kapsayan uyuşmazlığın kendi rızası alınmadan danışma görüşüne konu edilemeyeceğini, konu hakkında İsrail ile Filistin'in farklı görüşlere sahip olduğunu, İsrail'in bu anlamda konuyu herhangi bir uluslararası merciye taşımadığını iddia etmiştir.<sup>24</sup> Divan ise danışma görüşlerinin neredeyse tamamında genel olarak iki farklı görüşün olabileceğini ancak bu hususun danışma görüşü verme yetkisini ortadan kaldırmadığını vurgulamıştır. Ayrıca Divan'a göre Genel Kurul'un da dünya barış ve güvenliğini korumayı amaçlayan yetkileri söz konusudur. Bu anlamda *Duvar* meselesinin sadece iki tarafı değil ayrıca BM'yi de ilgilendirdiğini unutmamak gerekir.<sup>25</sup>

Öte yandan UAD'nin danışma görüşü verebilme fonksiyonunu düzenleyen BM Andlaşmasınının 96. maddesi ile UAD Statüsü'nin 65. maddesi devletlerin rızasının alınması gerektiğinden bahsetmemiştir. Bu durumun da *Doğu Karelia* danışma görüşünde USAD'ın tereddütte kaldığı durumun UAD'nin devletlerin rızasından bağımsız olarak hareket etmesini sağladığı şeklinde yorumlanmıştır.<sup>26</sup> Nitekim daha önce de belirttiğimiz gibi devletler BM Andlaşması ve UAD Statüsüne taraf olarak rızalarını önceden beyan etmişlerdir. Esasen böyle bir durum söz konusu olmasaydı dahi kanaatimizce BM Andlaşması 96. madde ile UAD Statüsü 65. maddede devletlerin rızasının alınması gerektiği düzenlenmediğinden yine aynı sonucun ortaya çıkması gerekirdi.

UAD danışma görüşlerini verirken yetki konusunu talepten bağımsız olarak kendisi ele almakta belirlemektedir. Bu anlamda danışma

<sup>23</sup> Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, [1951] ICJ Rep 15, 28th May 1951, pp-19-20.

<sup>24</sup> TASHJIAN, Joel S., Contentious Matters and the Advisory Power: The ICJ and Israel's Wall, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 6, No. 1, 2005, p.428.

<sup>25</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 19 July 2004 I.C.J. 136, 171, para. 46-50.

<sup>26</sup> ROSENNE, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, The Hague; London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 989.

görüşleri özelinde kişi bakımından yetki (*ratione personae*) ve konu bakımından yetki (*ratione materiae*) gündeme gelmektedir. Zira kişi bakımından sadece BM organları<sup>27</sup> ve uzmanlık kuruluşları danışma görüşü talep edebilmekte ve ayrıca danışma görüşünün konu bakımından “hukuki bir soruya” ilişkin olması ve talep eden organın veya kuruluşun danışma görüşü istemeye faaliyetleri bakımından uygun olması gerekir. Nitekim *Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi'nin 273 Sayılı Kararının İncelenmesi İçin Başvuru* kararında Divan, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul dışında danışma görüşü talep eden kuruluşların ancak faaliyet alanları çerçevesinde Divan'a bir soru yöneltebileceğini vurgulamıştır.<sup>28</sup> Benzer şekilde UAD *Nükleer Silâhların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğuna Dair Danışma Görüşü*'nde Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'un herhangi bir hukuki sorun hakkında danışma görüşü talep edebileceğinin altını çizmiştir.<sup>29</sup> Nitekim UAD 1993 yılında Dünya Sağlık Örgütü'nün (DSÖ) talep ettiği danışma görüşünü vermeyi reddetmiş ve DSÖ'nün yetkisini aşarak (*ultra vires*) nükleer silahların hukukiliğine ilişkin bir danışma görüşü talep edemeyeceğini, nükleer silahların sağlığa olan etkileri ile hukukiliğinin farklı konular olduğunu ve hukukiliğe ilişkin bir sorunun DSÖ'nün faaliyet alanına girmediğini belirtmiştir.<sup>30</sup> Bu anlamda bu defa Genel Kurul nükleer silahların kullanımının veya tehdidinin hukuka uygunluğuna ilişkin Divan'a soru yönelmiş ve Divan 1996 tarihli danışma görüşünü vermiştir. Belirtmek gerekir ki tüm şartların sağlanmasına rağmen UAD

<sup>27</sup> Belirtmek gerekir ki BM organları içerisinde sadece Sekreterlik'e danışma görüşü talep etme yetkisi verilmemiştir. Bu anlamda birtakım yazarlar Sekreterlik'e yetki verilmesi halinde, faaliyet alanı düşünüldüğünde, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi ile yarışabileceğini düşünmektedir. BEDJAOUİ, Mohammed, *The New World Order and the Security Council: Testing the Legality of Its Acts*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 78. Diğer birtakım yazarlar ise Sekreterlik'in yetkisini geniş bir şekilde kullanacağını ispat edilmemiş bir iddiadan ibaret olduğunu ileri sürmektedir. SCHWEBEL, Stephen, *Authorizing the Secretary-General of the United Nations to Request Advisory Opinions of the International Court of Justice*, *American Journal of International Law*, Vol. 78, 1984, p. 876-878.

<sup>28</sup> *Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal*, *Advisory Opinion*, 20 July 1982, I.C.J. Rep. 325, para.21.

<sup>29</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory Opinion*, ICJ GL No 95, [1996] ICJ Rep 226, 8th July 1996, para.11.

<sup>30</sup> AKANDE, Dapo, *The Competence of International Organizations and the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice*, *European Journal of International Law*, Vol 9, 1998, p.439.

yine de danışma görüşü vermek zorunda değildir.<sup>31</sup> Nitekim UAD statüsü 65. madde de İngilizce metninde *shall* yerine *may* ibaresini kullanarak nihai kararı UAD'ye bırakmıştır. Bu anlamda Divan'ın *Batı Sahra* danışma görüşünde de vurguladığı üzere Divan isterse danışma görüşü vermekten kaçınabilir.<sup>32</sup>

Öte yandan Divan'ın danışma görüşleri ancak hukuki bir soru veya soruna ilişkin ise verilebilir. Tamamen siyasi bir konuda Divan danışma görüşü verme yetkisine sahip değildir.<sup>33</sup> Ancak uluslararası hukukun mutlak olarak politikadan arındırılmayacağı gerçeğini Divan da tespit etmiş ve politik öğeler içerse dahi temel olarak hukuki bir karaktere sahip ve hukuki argümantasyon kullanılarak şekillendirilmiş soruları cevaplamaktan kaçınmamıştır. Divan *Duvar* danışma görüşünde, başvurunun dilinde ve tavsifinde bir belirsizliğin olması durumunda bunun Divan tarafından düzeltileceğini ve sırf bu nedenden dolayı danışma görüşü vermekten kaçınmayacağını belirtmiştir.<sup>34</sup> Bu anlamda Divan önüne gelen sorunun hukuki olarak ifade edilmese dahi hukuki bir sorun içerdiğini tespit ederse danışma görüşü vermekten kaçınmaz. Belirsizliği kendisi giderir.<sup>35</sup> Öte yandan Divan'a yöneltilen soru olgusal (factual) durumların tespitini de içerebilir. Bu açıdan Divan *Namibya* danışma görüşünde hukuki sorunların olgusal hususları içerebileceğini ve bu durumun Divan'ın danışma görüşü verme yetkisini ortadan kaldırmayacağını vurgulamıştır.<sup>36</sup> Nitekim Divan'ın, şimdiye kadar, olgusal olduğu gerekçesiyle geri çevirdiği bir danışma görüşü talebi söz konusu değildir.

## II. DANIŞMA GÖRÜŞLERİ VE YARGISAL DENETİM

<sup>31</sup> BOWETT, Derek W., *The Court's Role in Relation to International Organizations*, in LOWE, Vaughan & FITZMAURICE, Malgosia (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Grotius Publications, 1996, p. 186.

<sup>32</sup> *Western Sahara*, 1975 I.C.J. 4, at 41, Advisory Opinion of 16 October 1975, para. 21.

<sup>33</sup> POMERANCE, Michla, *The ICJ's Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall between the Political and the Judicial*, *The American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 1, 2005, pp.34-40.

<sup>34</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 19 July 2004 I.C.J. 136, 171, para. 38.

<sup>35</sup> *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal Case*, ICJ Rep., 1982, para. 46.

<sup>36</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, 21 June 1971 I.C.J. 16, 55, para. 40.

UAD tarafından bir örgütün kararının hukukiliği hakkında verilen danışma görüşlerinin uygulamada yargısal denetim (judicial review) görevi göreceğine ilişkin bir tartışma vardır.<sup>37</sup> Zira Divan'ın bir örgüt kararını hukuka aykırı sayması onu iptal etmesi (annulment) gibi bir netice doğuracaktır ki tavsiye niteliğinde olan danışma görüşleri açısından böyle bir fonksiyonun mevcut olmadığı aşikardır. Nitekim böyle bir netice danışma görüşü talep eden örgütün de istemeyeceği bir durumdur. Ancak böyle bir riskin varlığı ile birlikte üzerinde hukuki tartışma olan örgüt kararları hususunda net bir neticenin ortaya çıkması bakımından danışma görüşleri önemli bir rol üstlenmektedir. Esasen bir BM organı olan Divan'ın kendisine başvuran BM organları ve uzmanlık kuruluşlarının ahenk içerisinde çalışmasına yardımcı olma işlevi düşünüldüğünde bu durumun ortaya çıkması son derece normaldir. Nitekim Divan'ın danışma görüşü kendiliğinden bir hukuki netice yaratmamakta ancak tavsiyesi doğrultusunda hareket edildiğinde pratik bir etkiye neden olmaktadır.<sup>38</sup> Ancak kanaatimizce bu durum dahi tartışmaya açıktır. Örneğin, Divan'ın bir örgüt kararının hukuka uygun olmadığını tespit etmesi ve örgütün de, tavsiye niteliğinde olduğu gerekçesiyle, Divan'ın tespitini yerine getirmediği bir durumda yine de mevcut örgüt kararının hukuka uygun olduğunu söylemek mümkün müdür? Bu sorunun yanıtını aramadan önce Divan'ın yargısal denetimi çerçevesinde tartışılan bazı danışma görüşlerinden bahsetmek gerekir.

1962 tarihli *BM'nin Belirli Harcamaları* danışma görüşünde Divan'a, BM'nin Kongo ve Ortadoğu barış gücü operasyonlarına ayrılan harcamanın "örgüt giderleri" arasında kabul edilip edilemeyeceği sorulmuştur. 20 Aralık 1961'de Genel Kurul, Birleşmiş Milletler'in Kongo'daki operasyonları ve Birleşmiş Milletler Ortadoğu Acil Durum Gücü'nün (UNEF) operasyonları ile ilgili olarak kendisi tarafından belirlenen harcamaların "örgüt harcamaları" oluşturup oluşturmadığı konusunda danışma görüşü talep eden bir karar kabul etmiştir. Bilindiği üzere Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 17. maddesinin 2. fıkrası şu hükmü haizdir: "Örgütün masrafları, Genel Kurul tarafından paylaştırıldığı şekliyle, Üyeler tarafından karşılanacaktır.". BM Andlaşması çerçevesinde verilen 20 Temmuz

<sup>37</sup> RAMCHARAN, Bertrand, *Modernizing the Role of the International Court of Justice* (Chapter: A Judicial Review Role for the ICJ), TMC Asser Press, 2022, pp 113-120.

<sup>38</sup> RAO, Pemmaraju Sreenivasa, *The United Nations and International Peace and Security-An Indian Perspective*, in, TOMUSCHAT, Christian (eds.), *The United Nations at Age Fifty: A Legal Perspective*, Kluwer Law International, 1995, p. 179;

1962 tarihli danışma görüşünde, bu harcamaların Birleşmiş Milletler'in harcamaları olduğu yönünde karar verilmiştir. Divan, Andlaşma'nın 17. maddesinin 2. paragrafına göre, "örgütün giderleri"nin, Örgüt'ün amaçlarını yerine getirme maliyetlerini karşılamak için ödenen tutarlar olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme, söz konusu harcamalara izin veren kararları inceledikten sonra, bu tür harcamalara karşı ileri sürülen argümanları temelsiz bulmuştur.<sup>39</sup> *Namibya* danışma görüşünde<sup>40</sup> ise Divan, ayrıca yetkilendirilmedikçe yargısal denetim veya temyiz mercii görevi üstlenmediğini ve diğer BM organları üzerinde böyle bir yetkiye sahip olmadığını vurgulamıştır. Ancak buna rağmen Divan'ın tespitleri yine de yargısal denetimi andırmaktadır. Zira hem Genel Kurul hem de Güvenlik Konseyi kararlarının geçerliliğini tartışmıştır.<sup>41</sup> Ancak yine de teknik açıdan Divan'ın örgüt kararlarını iptal etme yetkisi olmadığından örgüt kararlarının geçersizliğini iddia etmek mümkün gözükmemektedir. Bu durumda ortada usulen geçerli ancak içerik olarak hukuka aykırı bir karardan bahsetmek mümkündür.

Thirlway'e göre Divan'ın danışma görüşlerinin tavsiye niteliğinde olduğu ve bağlayıcı olmadığı açıktır. Ancak teorik olarak doğru olan bu durum Divan'ın bir yükümlülük tespiti yapması durumunda pratikte farklı etkilere sahip olmaktadır. Zira Divan'ın ortada bir uluslararası yükümlülüğün var olduğunu tespit etmesinden sonra yükümlülüğe uyması beklenen devletin artık Divan'ın kararının tavsiye niteliğinde olduğu ve tespitinin bir anlam ifade etmediğini iddia etmesi zor gözükmemektedir. Böyle bir durumun ilgili devleti açıkça zayıf konumda bırakacağında şüphe bulunmamaktadır.<sup>42</sup> Gerçekten de UAD Statüsü'nün 38. maddesi üzerine fikir yürüten yazarlar temel olarak ikincil kaynaklardan biri kabul edilen yargı kararlarının hukuk belirleyici (law determining) bir role

<sup>39</sup> Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2 of the Charter), Advisory Opinion, [1962] ICJ Rep 151, ICGJ 221 (ICJ 1962), 20th July 1962, para.157.

<sup>40</sup> *Namibya* danışma görüşü aşağıda daha detaylı olarak ve sorumluluk hukuku açısından ele alınmıştır.

<sup>41</sup> Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 21 June 1971 I.C.J. 16, 55, para 116. BUTCHER, Goler T., The Consonance of U.S. Positions with the International Court's Advisory Opinions, in DAMROSCH, Lori F. (eds.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, New York, Transnational Publishers Inc., 1987, p. 436.

<sup>42</sup> THIRLWAY, Hugh, *The International Court of Justice*, in EVANS, Malcolm D. (eds.), *International Law*, Oxford University Press, 2003, p. 582.

sahip olacağını kabul etmektedirler.<sup>43</sup> Daha açık ifadeyle uluslararası hukukta her ne kadar emsal karar doktrini (doctrine of precedent) kabul edilmese de UAD kararlarının uluslararası hukuku ve uluslararası hukuk yükümlülüklerini tespit edebileceğinde şüphe yoktur. Bu kararlara danışma görüşü çerçevesinde verilen kararlar da dahildir. Zira danışma görüşlerinde uygulanacak hukuk da, tahdidi olmamakla birlikte, UAD statüsünün 38. maddesinde yer alan kaynaklar çerçevesinde şekillenmektedir. Ayrıca uygulamada Divan'ın daha önceki kararlarına uymaya özen göstermesi Divan'ın kararları çerçevesinde birçok kuralın muhkem hale gelmesi neticesini doğurmuştur. Bu nedenle pratik olarak Divan'ın danışma görüşlerinde yaptığı tespitlerin etkisi klasik tavsiye niteliğinin ötesine taşınmaktadır. Bu durum Divan'ın uluslararası sorumluluk hukukuna ilişkin yaptığı tespitlerde görülebilmektedir.

### III. DANIŞMA GÖRÜŞLERİNİN ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKUNA ETKİSİ

UAD danışma görüşleri birçok yönden uluslararası sorumluluk hukukunun gelişimine önemli katkılarda bulunmuştur. Hatta bazı katkılar dönemi itibarıyla o kadar yeni olmuştur ki Divan'ın hukuk tespit etmenin (determination of law) ötesine geçerek hukuk yarattığı (creation of law) yönünde yorumlara neden olmuştur.<sup>44</sup> Divan'ın çeşitli danışma görüşlerinde sorumluluk tartışması gözlemlenebilmektedir. Bu anlamda *BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini, Güney Batı Afrika'nın Statüsü, Duvar ve Chagos* danışma görüşlerinde Divan'ın artan bir şekilde uluslararası sorumluluk hukuku tespitleri ele alınacak daha sonra ise *Chagos* kararı ile birlikte uluslararası hukuk açısından genel bir değerlendirme yapılacaktır.

#### A. BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini Danışma Görüşü

İsveç vatandaşı olan Folke Bernadotte ve diğer bazı kişiler 1948 Arap-İsrail savaşından sonra taraflar arasında arabuluculuk yapmak

<sup>43</sup> SCHWARZENBERGER, Georg, *International Law*, London: Stevens and Sons, vol. 1, pp. 26-27. WALDOCK, Humphrey, *General Course on Public International Law*, RCADI, Vol.106, 1962, (Chapter 6, Subsidiary and Derivative Sources of International Law), p. 88. BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2003, p. 5.

<sup>44</sup> MAYR, Teresa F. & MAYR-SINGER, Jelka, *Keep the Wheels Spinning: The Contributions of Advisory Opinions of the International Court of Justice to the Development of International Law*, *ZaöRV*, Vol.76, 2016, pp.431-435.

üzere BM görevlisi olarak Kudüs'e gönderilmişlerdir. Bernadotte'nin Filistin tarafının haklarına ve Kudüs'ün statüsüne ilişkin fikirleri İsraili bir takım radikal grupların Bernadotte ve arkadaşlarına karşı cephe almasıyla neticelenmiş ve neticede Bernadotte ve arkadaşları bu çetelerce düzenlenen bir suikaste hayatını kaybetmiştir.<sup>45</sup> Bunun üzerine Genel Kurul Divan'a iki soru yönelterek danışma görüşü talep etmiştir: 1) Birleşmiş Milletlerin bir temsilcisinin görevini yerine getirirken, bir Devletin sorumluluğunu içerecek şekilde zarara uğraması durumunda, Birleşmiş Milletler, bir Örgüt olarak, sorumlu *de facto* veya *de jure* hükümete karşı, (a) Birleşmiş Milletlere veya (b) mağdura ve hak sahiplerine verilen zararı gidermek amacıyla uluslararası bir talepte bulunma kapasitesine sahip midir? 2) Birinci sorunun (b) kısmına olumlu bir yanıt verilmesi durumunda, Birleşmiş Milletler'in alacağı önlemler, mağdurun vatandaşı olduğu Devletin sahip olabileceği haklar ile nasıl bağdaştırılabilir?<sup>46</sup>

Divan, 11 Nisan 1949 tarihli danışma görüşünde, BM'nin ancak geniş ölçüde uluslararası kişiliğe sahip olma ve uluslararası düzlemde faaliyet gösterme kapasitesi ile mümkün olabilecek işlev ve hakları yerine getirmeyi amaçladığına karar vermiştir. Bu anlamda Divan BM'nin, kendisine verilen zararın tazmini için bir talepte bulunma ve uluslararası bir eylem başlatma kapasitesine sahip olduğunu tespit etmiştir. Öte yandan Divan BM'nin yalnızca kendisine verilen zararlar için değil, mağdurun veya hak sahibi olan kişilerin uğradığı zararlar bakımından da tazminat talep edebileceğini beyan etmiştir. Bu anlamda geleneksel diplomatik himaye kurallarının yanında BM'nin de kendi hizmetinde çalışan kimseler için koruma işlevi gerçekleştirebileceğini kabul etmek gerekir. Özellikle Dünyanın sorunlu bölgelerinde çalışan BM personelinin BM'den uygun destek ve koruma görmeleri önemlidir. Bu nedenle Divan, BM'nin, mağdurun veya hak sahibi kişilerin uğradığı zararlar için uygun tazminat talep etme kapasitesine sahip olduğunu tespit etmiştir. Ancak Divan'a göre BM ile mağdurun uyrukluk devleti arasındaki olası çatışma ya genel bir anlaşma yoluyla ya da herhangi bir somut olayda özel bir sözleşme yoluyla ortadan kaldırılabilir.<sup>47</sup> Görüldüğü üzere Divan açık bir şekilde kurucu anlaşmada yazmasa dahi örgütün görevlerini yerine getirmesi için

<sup>45</sup> LIANG, Yuen-Li, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, *The American Journal of International Law*, Vol. 43, No. 3, 1949, p. 461.

<sup>46</sup> UNGA Res. 258 (III), 3 December 1948.

<sup>47</sup> *Reparation for injuries suffered in the service of the Nations*, *Advisory Opinion*, [1949] ICJ Rep 174, 11th April 1949, pp.187-188.

gerekli olan yetkilerin zımni bir şekilde (implied powers) varlığını kabul etmiştir.<sup>48</sup> Divan'ın tespiti esasen uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliğini ve yetkilerini ortaya koymada kullanılan en önemli araçlardan biridir. Sadece BM'nin değil tüm uluslararası örgütlerin (hükümetlerarası örgütler) uluslararası hukuk kişiliğinin varlığı hususunda bir delil olarak kullanılmaktadır. Ancak bazı yazarlar uluslararası örgütün kurucu andlaşmasında uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin açık bir hükmün bulunmaması durumunda konunun tartışmalı olduğunu ifade etmişlerdir. Buna göre bazı yazarlar devletlerin iradesine bakmak gerektiğini vurgularken diğer bazı yazarlar ise ortaya çıkan objektif koşullara bakmak gerektiğini savunmaktadır.<sup>49</sup> Öte yandan bakıldığında esasen Divan'ın odaklandığı husus BM'nin sorumluluk ileri sürme yetkisi ve uluslararası hukuk kişiliğidir. Ancak Divan dolaylı olarak İsrail'in uluslararası sorumluluğuna da değinmiştir. Bu anlamda Divan'ın danışma görüşlerinde uluslararası sorumluluğa ilişkin tespitleri artan bir ivmeye sahiptir. Bu durum Divan'ın sonraki bazı danışma görüşlerinde gözlemlenebilmektedir.

## **B. Güney Batı Afrika'nın (Namibya) Statüsü'ne ilişkin Danışma Görüşleri**

*Güney Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü* danışma görüşünde Divan hem BM'nin Milletler Cemiyeti ile ilişkisini hem de Güney Afrika Birliği'nin (Union of South Africa)<sup>50</sup> bölgenin statüsüne ilişkin uluslararası yükümlülüklerini değerlendirmiştir. Eski bir Alman sömürgesi olan Güney Batı Afrika, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Milletler Cemiyeti

<sup>48</sup> Reparation for Injuries case, p.182-183. MAKARCZYK, Jerzy, The International Court of Justice on the Implied Powers of International Organizations, in MAKARCZYK, Jerzy (eds.), Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 506.

<sup>49</sup> RAMA-MONTALDO, Manuel, International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations, British Yearbook of International Law, Vol.44, 1970, p. 112. KLABBERS, Jan, An Introduction to International Organizations Law, Cambridge University Press, 2015, pp.46-47. Uluslararası örgütlerin kişiliği ve yetkileri üzerine tartışmalar için genel olarak bakınız: EMİR, Nergiz, Uluslararası Hukukta Kişilik Kavramı ve Uluslararası Örgütlerin Hukuki Kişiliğinin Sonuçları, Yetkin Yayınları, 2021, s.98-121.

<sup>50</sup> Şimdiki adı Güney Afrika Cumhuriyeti (Republic of South Africa).



Misakı'nın 22. maddesi uyarınca mandater sıfatıyla Güney Afrika Birliği'nin mandasına (mandate) verilmişti. Bu anlamda Mandaterin Milletler Cemiyeti'ne yıllık rapor sunması gerekmekteydi. Ancak 1946 yılında Milletler Cemiyeti Örgütü'nün hukuki kişiliği, bizatihi örgütün kendi kararıyla, sonlandırılmıştır. Milletler Cemiyeti feshedilirken Manda altındaki bölgelerin akıbetine ilişkin bir hususa değinilmemiştir. Benzer şekilde BM kurulurken de Manda altında yer alan bölgelerin kendiliğinden BM şemsiyesi altına girdiğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu anlamda Güney Afrika Birliği Manda'nın sona erdiğini ve BM'ye rapor sunma yükümlülüğünün olmadığını iddia etmiştir. Bunun üzerine Genel Kurul, Güney Afrika Birliği'nin Manda statüsünden kaynaklanan uluslararası yükümlülüklerinin olup olmadığını ve varsa bu yükümlülüklerin ne olduğuna ilişkin Divan'a sorular yöneltmiş ve danışma görüşü talep etmiştir.<sup>51</sup>

Divan, Milletler Cemiyeti'nin ve onun denetim mekanizmasının feshedilmesinin, Manda'nın sona ermesi sonucunu doğurmadığına ve Mandaterin, bölgedeki idaresi hakkında, Birleşmiş Milletler'e hesap verme yükümlülüğü altında olduğuna karar vermiştir. Divan'a göre BM daha önce Milletler Cemiyeti tarafından icra edilen denetleme görevlerini yerine getirme kapasitesine sahiptir. Öte yandan, BM tarafından uygulanacak denetim derecesi, Manda sistemi kapsamında uygulanan denetimi aşmamalı ve bu hususta Milletler Cemiyeti Konseyi tarafından izlenen usule mümkün olduğu kadar uygun olmalıdır. Ayrıca Mandaterin, Güney Batı Afrika'nın uluslararası statüsünü tek taraflı olarak değiştirme yetkisi yoktur. Divan Güney Afrika Birliği'nin, BM bünyesinde kurulan Vesayet Konseyi'ne (Trusteeship Council) raporlama yapmaya devam etmesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>52</sup> Belirtmek gerekir ki Divan'ın BM'nin raporlama mekanizması olduğuna ilişkin yorumu temel olarak Milletler Cemiyeti ve BM arasında halefiyet ilişkisinin varlığına bir delil sayılmıştır.<sup>53</sup>

Benzer şekilde *Namibya* danışma görüşüne konu olayda Genel Kurul, 27 Ekim 1966 tarihli 2145 sayılı kararıyla, Güney Batı Afrika Mandaasının sona erdirildiğine ve Güney Afrika'nın artık bölgeyi yönetme hakkı

<sup>51</sup> UNGA Res. 338 (IV), 6 December 1949.

<sup>52</sup> International status of South-West Africa, Advisory Opinion, [1950] ICJ Rep 128, 11th July 1950, p.133-137.

<sup>53</sup> CHIU, Hungdah, Succession in International Organisations, The International and Comparative Law Quarterly Vol. 14, No. 1, 1965, p. 83 vd.

olmadığına karar verdi.<sup>54</sup> 1969'da Güvenlik Konseyi, 264 sayılı kararıyla, Güney Afrika'ya bölgeden geri çekilme çağrısında bulundu<sup>55</sup> ve 30 Ocak 1970'de, 276 sayılı kararıyla, Güney Afrikalı yetkililerin Namibya'daki varlığının devam etmesinin yasa dışı olduğunu ve Güney Afrika Hükümeti tarafından bölge adına alınan tüm kararların yasadışı olduğunu ilan etti.<sup>56</sup> Konsey ayrıca tüm üye devletleri Güney Afrika Hükümeti ile, mevzu bahis kararlarla bağdaşmayan, herhangi bir andlaşma yapmaktan kaçınmaya çağırdı. Ayrıca Güvenlik Konseyi, 29 Temmuz 1970'te, 284 sayılı kararıyla, Güney Afrika'nın Namibya'da varlığını sürdürmesinin Devletler açısından hukuki sonuçları hakkında Divan'dan bir danışma görüşü talep etti.<sup>57</sup> Divan, 21 Haziran 1971 tarihli *Namibya* danışma görüşünde, Güney Afrika'nın Namibya'daki varlığının devam etmesinin uluslararası hukuka aykırı olduğunu ve Güney Afrika'nın yönetimini derhal kaldırma ve geri çekme yükümlülüğü altında olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca Divan, BM üye devletlerinin Güney Afrika'nın Namibya'daki varlığını tanınamama yükümlülüğü altında olduğunu ve BM'nin Namibya ile ilgili faaliyetlerinde BM'ye yardımcı olması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>58</sup> Görüldüğü üzere Divan hem Güney Afrika'nın uluslararası yükümlülüklerine uymamaktan sorumlu olduğunu tespit etmiş hem de diğer devletlerin de uluslararası hukuka aykırılığı tanınamama yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamıştır. *Duvar* danışma görüşünde Divan bu hususlarda daha detaylı bir karara imza atmıştır.

### C. Duvar Danışma Görüşü

İsrail'in işgal ettiği Filistin topraklarında güvenlik gerekçesi ileri sürerek inşa ettiği duvar hakkında verilen danışma görüşü devletin sorumluluğu hakkında önemli bir karardır. 8 Aralık 2003'te acil toplantı yapan (emergency special session)<sup>59</sup> BM Genel Kurulu Divan'a şu soruyu

<sup>54</sup> UNGA Res. No. 2145 (XXI), 27 October 1966.

<sup>55</sup> UNSC Res. No. 264, 20 March 1969.

<sup>56</sup> UNSC Res. No. 276, 30 January 1970.

<sup>57</sup> UNSC Res. No. 284, 29 July 1970.

<sup>58</sup> Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 21 June 1971 I.C.J. 16, 55, para. 88 vd.

<sup>59</sup> BM Acil Toplantıları temel olarak Kore uyuşmazlığı esnasında alınan 377(A) Barış İçin Birlik (Uniting for Peace) kararına dayanmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bakınız: BAYRAK, Muhammed Enes, Barış İçin Birlik Kararı: Uluslararası Barış ve

yönelterek danışma görüşü talep etmiştir: 1949 tarihli Dördüncü Cenevre Sözleşmesi, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararları dahil olmak üzere uluslararası hukuk kural ve ilkeleri dikkate alındığında, işgalci güç İsrail'in Doğu Kudüs ve çevresi dahil olmak üzere İşgal Altındaki Filistin Toprakları'nda, Genel Sekreter'in Raporu'nda açıklandığı şekliyle, ördüğü duvarın hukuki sonuçları nelerdir?<sup>60</sup> Divan öncelikle İsrail'in 1967 savaşında Yeşil Hattın (Green Line) ötesine geçerek Filistin topraklarını işgal ettiğini ve bu topraklarda işgalci güç (occupying power) olarak varlığını sürdürdüğünü vurgulamıştır. Daha sonra Divan 2625 sayılı Dostane İlişkiler Bildirisi, 1949 Cenevre Konvansiyonları ve Self Determinasyon hakkı gibi uluslararası hukuk kurallarının işgal altındaki Filistin topraklarına uygulanabileceğini tespit etmiş ve Duvar inşasının uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde analizini yapmıştır.<sup>61</sup> Divan'a göre İsrail'in bir oldu bitti (*fait accompli*) neticesinde işgal ettiği topraklarda ördüğü Duvar *de facto* ilhak anlamına gelmekte ve İsrail ile Filistin arasında gelecekte çizilecek sınırın belirsizleşmesine neden olmaktadır. Ayrıca 1949 Cenevre Konvansiyonlarına ve Güvenlik Konseyi kararlarına aykırı olarak kurulan illegal yerleşimlerle birlikte düşünüldüğünde Duvar inşası Filistin halkının self determinasyon hakkını ihlal etmektedir.<sup>62</sup> Divan'a göre İsrail'in güvenlik gerekçesi sebebiyle Duvar inşasını sürdürdüğü ve Duvar'ın gerekli olduğu savunması ise temelden yoksun olup İsrail'in insancıl hukuk ve insan hakları yükümlülüklerini ihlal ettiği gerçeğini değiştirmemektedir.<sup>63</sup>

Divan daha sonra Duvar inşasından kaynaklanan hukuki sonuçları ve sorumluluğu tespit etmiştir. Divan'a göre; İsrail Filistin halkının self determinasyon hakkına saygı gösterme yükümlülüğü ile insancıl hukuk ve insan hakları hukuku kapsamındaki yükümlülüklerine uymamaktan sorumludur. İsrail duvar inşa çalışmalarını durdurmalı ve Duvar'ın İşgal Altındaki Filistin Toprakları'nda bulunan kısımlarını sökerek uluslararası

---

Güvenliğin Sürdürülmesinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Sorumluluğu, Onikilevha Yayıncılık, 2022, s.57 vd.

<sup>60</sup> UNGA Res. ES-10/14, 8 December 2003.

<sup>61</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 19 July 2004 I.C.J. 136, 171, para. 86-113.

<sup>62</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, para. 115-122.

<sup>63</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, para. 138-141.

hukuk ihlaline derhal son vermelidir. Ayrıca İsrail, duvarın inşasından etkilenen gerçek veya tüzel kişilerin uğradığı tüm zararları tazmin etmelidir.<sup>64</sup> Divan, Duvar inşasının diğer devletler açısından sonuçlarına da değinmiş ve tüm Devletlerin, duvarın inşasından kaynaklanan hukuka aykırı durumu tanımama ve bu inşaatın yarattığı durumun sürdürülmesine yardım etmeme yükümlülüğü altında olduğuna karar vermiştir. Tüm devletler, duvarın inşasından kaynaklanan herhangi bir engel dahil olmak üzere, Filistin halkının self determinasyon hakkını kullanmasının önündeki tüm engelleri ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Benzer şekilde Dördüncü Cenevre Sözleşmesine taraf olan tüm devletler İsrail'in uluslararası insancıl hukuka uymasını sağlamakla yükümlüdür.<sup>65</sup> Son olarak Divan, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyinin, mevcut danışma görüşünü dikkate alarak, söz konusu hukuka aykırı duruma son vermek için başka ne gibi adımlar atılması gerektiğini değerlendirmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir.<sup>66</sup> Görüldüğü üzere Divan İsrail'in uluslararası hukuka aykırı eyleminden ve sorumluluğundan bahsetmektedir.<sup>67</sup> Chagos danışma görüşünde ise Divan bir adım ileriye giderek doğrudan Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından hazırlanan "Devletin Uluslararası Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğuna Dair Taslak Maddeler" in 1. maddesini alıntılacak ve "bir devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur" diyecektir.<sup>68</sup>

#### D. Chagos Danışma Görüşü

Devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin bir inceleme *Chagos* danışma görüşünde de yapılmıştır. Mauritius 1814'ten 1965'e kadar Birleşik Krallık sömürgesi altında kalmıştır. Chagos takımadaları da esasen

<sup>64</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, para. 149-154.

<sup>65</sup> Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, para. 154-159.

<sup>66</sup> SCOBIE, Iain, Unchart(er)ed Waters?: Consequences of the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory for the Responsibility of the UN for Palestine, European Journal of International Law, Vol. 16, Issue 5, 2005, p.941 vd. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, para. 160.

<sup>67</sup> BARRIE, GN, The Neglected Aspects of the International Court Of Justice's "Wall Opinion" on the Consequences of Internationally Wrongful Acts, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 47, No. 1, 2014, p. 129.

<sup>68</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ILC 2001, UN Doc. A/56/49(Vol.1)/Corr.4, art. 1.

Mauritius'un bir parçası olarak idare edilmiştir. 14 Aralık 1960'ta Genel Kurul 1514 sayılı "Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri"yi kabul etmiş ve sömürge topraklarının self determinasyon hakkı çerçevesinde bağımsızlığına kavuşturulmasını istemiştir. Bu kapsama Mauritius'un bağımsızlığı da dahildi. 1964 yılına gelindiğinde ABD ile Birleşik Krallık arasında Chagos takımadaları içerisinde yer alan Diego Garcia adasına bir üs kurulmasına ilişkin görüşmeler başlamıştır.<sup>69</sup> Birleşik Krallık konuyu Mauritius temsilcileri ile de görüşmüş, temsilciler daha sonradan takımadaların Mauritius'a iade edileceği inancıyla üs fikrini kabul etmiştir. 1965 yılında ise Birleşik Krallık Chagos takımadalarını Mauritius'tan ayırarak farklı bir koloni kurmuştur. 1968 yılında Mauritius bağımsızlığına kavuşmuş ve BM üyesi olmuştur. Genel Kurul ve Afrika Birliği, Chagos takımadalarının Mauritius'a verilmesi ve dekolonizasyon sürecinin tamamlanması gerektiğine ilişkin çeşitli bildirimler yayınlamıştır.<sup>70</sup>

23 Haziran 2017 tarihinde ise Genel Kurul 71/292 sayılı kararı ile UAD'den danışma görüşü talep etmiş ve Divan'a şu soruları yöneltmiştir: (a) 14 Aralık 1960 tarihli 1514 (XV), 16 Aralık 1965 tarihli 2066 (XX), 20 Aralık 1966 tarihli 2232 (XXI) ve 19 Aralık 1967 tarihli 2357 (XXII) Genel Kurul kararlarında yansıtılan yükümlülükler de dahil olmak üzere uluslararası hukuk kuralları dikkate alındığında, Chagos Takımadaları'nın Mauritius'tan ayrılmasının ardından 1968'de Mauritius'a bağımsızlık verildiğinde, Mauritius'un dekolonizasyon süreci hukuki olarak tamamlanmış mıydı? (b) yukarıda belirtilen kararlarda yansıtılan yükümlülükler de dahil olmak üzere, uluslararası hukuk açısından, Chagos Takımadaları'nın idaresinin Birleşik Krallık tarafından devam ettirilmesinden kaynaklanan, Mauritius vatandaşlarının, özellikle de Chagos kökenli olanların, Chagos Takımadaları'na yeniden yerleştirilmesi için bir program yürütmemesi de dahil olmak üzere, sonuçları nelerdir?<sup>71</sup>

Divan, öncelikle, Mauritius'un dekolonizasyon sürecine uygulanabilir bir uluslararası hukuk kuralı olan self determinasyon hakkının

<sup>69</sup> ALLEN, Stephen, Self-Determination, The Chagos Advisory Opinion and The Chagossians, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, Issue 1, 2020, pp. 2-4.

<sup>70</sup> Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, *Advisory Opinion*, ICGJ 534 (ICJ 2019), 25th February 2019, para.25-53.

<sup>71</sup> UNGA Res. 71/292, 23 June 2017.

niteliğine, içeriğine ve kapsamına değinmiştir.<sup>72</sup> Divan'a göre BM Andlaşması, Birleşmiş Milletler'in amaçlarından biri olan self determinasyon ilkesinin hayata geçmesini ve halkların eşit haklara sahip olmasını sağlayarak, kendi kendini yönetemeyen bölgelerin (non-self governing territories) nihayetinde kendilerini yönetmesine olanak sağlayacak hükümler öngörmüştür. Ayrıca Divan, 1514 sayılı kararın kabul edilmesinin, dekolonizasyona ilişkin devlet pratiğinin (state practice) konsolidasyonunda belirleyici bir anı temsil ettiğini ve bu pratiğin *opinio juris* ile desteklendiğini kaydetmiştir. Böylece kendi kendini yönetemeyen bölgelerin ülkesel bütünlüğü ve self determinasyon hakkı teyit edilmiştir. Divan, Birleşik Krallık'ın iddia ettiği gibi 1970 tarihli Dostane İlişkiler Bildirisi ile değil 1514 sayılı karar ile self determinasyon hakkının uluslararası teamül hukuku kuralı haline geldiğini tespit etmiştir. Divan, kendi kendini yönetemeyen toprakların halklarının, bir bütün olarak topraklarının bütünlüğünü talep etme ve self determinasyon hakkını kullanma hakkına sahip olduğunu ve sömürgeci devletin buna saygı duyması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>73</sup>

Genel Kurul'un dekolonizasyon meselelerindeki işlevlerini ve kararlarını inceledikten sonra Divan, Genel Kurul'un BM Andlaşması çerçevesinde kendisine verilen görevler kapsamında hareket ettiğini belirtmiş, Birleşik Krallık'ı Mauritius'un dekolonizasyon sürecini tamamlama konusundaki uluslararası yükümlülüklerine uymaya davet etmiştir.<sup>74</sup> Mauritius yetkililerinin Chagos Takımadaları'nın ayrılmasını prensipte kabul ettiği koşulları hatırlattıktan sonra Divan, bu rızanın ilgili insanların özgür ve gerçek iradesine dayanmadığına karar vermiştir. Sömürgeci güç Birleşik Krallık, uluslararası hukuktan doğan ve Mauritius'un dekolonizasyonu sürecinde Genel Kurul tarafından kabul edilen kararlara yansıyan yükümlülüklerine uymalı ve Chagos da dahil olmak üzere, Mauritius'un toprak bütünlüğüne saygı göstermelidir. Nitekim takımadalar Mauritius'tan hukuka aykırı olarak ayrılmış ve yeni bir koloni

<sup>72</sup> KATTAN, Victor, The Chagos Advisory Opinion and the Law of Self-Determination, Asian Journal of International Law, Vol.10, Issue 1, 2019, p.7.

<sup>73</sup> Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, para.140-162.

<sup>74</sup> MINAS, Stephen, Why the ICJ's Chagos Archipelago Advisory Opinion Matters for Global Justice and for 'Global Britain', Transnational Legal Theory, Vol.10, Issue 1, 2019, pp.129-133.

oluşturulmuştur. Bu nedenle 1968'de Mauritius bağımsızlığını kazandığında dekolonizasyon süreci hukuken tamamlanmamıştır.<sup>75</sup>

Divan, Mauritius'un dekolonizasyon sürecinin 1968'de hukuken tamamlanmadığını tespit ettikten sonra, Birleşik Krallık tarafından devam ettirilen Chagos Takımadaları'nın yönetiminden kaynaklanan sonuçları uluslararası hukuk açısından incelemiştir. Divan, Birleşik Krallık'ın Chagos Takımadaları'nın yönetmeye devam etmesinin "bu devletin uluslararası sorumluluğunu doğuran haksız bir fiil teşkil ettiği" sonucuna varmış ve Birleşik Krallık'ın "Chagos Takımadaları yönetimine son vermekle yükümlü olduğu"na hükmetmiştir.<sup>76</sup> Birleşik Krallık mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde takımadaları iade etmeli ve tüm BM üyesi Devletler Mauritius'un dekolonizasyonunu tamamlamak için Birleşmiş Milletler ile iş birliği yapmalıdır. Divan, self determinasyon hakkına saygının *erga omnes* bir yükümlülük olmasından dolayı, tüm Devletlerin bu hakkın korunmasında hukuki bir menfaati olduğuna karar vermiştir. Divan, ayrıca, yerlerinden edilen Chagos kökenliler için Genel Kurul'un gerekli önlemleri alması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>77</sup>

*Chagos* danışma görüşünde Divan'ın devletin sorumluluğuna ilişkin tespitleri bizatihi Divan üyeleri tarafından ayrıık görüşlerde tartışılmıştır. Yargıç Gevorgian'a göre Divan'ın devletin sorumluluğuna ilişkin tespiti danışma görüşleri ile çekişmeli yargı yetkisi arasındaki ince çizgiyi aşmıştır. Yargıç'a göre Chagos danışma görüşünü Namibya ve Duvar danışma görüşlerinden bu anlamda ayırmak gerekir. Zira diğer ikisinde Güvenlik Konseyi zaten Namibya'da bulunmanın veya Duvar inşasının hukuka aykırı (unlawful) olduğunu tespit etmişti. Oysa Chagos uyuşmazlığında böyle bir Güvenlik Konseyi kararı yoktur.<sup>78</sup> Yargıç Tomka ise danışma görüşünün devletin sorumluluğunun tespiti için yanlış bir mecra olduğunu savunmuştur. Yargıç'a göre asıl amaç Genel Kurul'a görevini yerine getirmesi için yardımcı olmak ise BM Andlaşması'nda yer alan

<sup>75</sup> Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, para.163-174.

<sup>76</sup> RRECAJ, Besfort T., Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (ICJ Advisory Opinion, 25 February 2019, General List No. 169), Utrecht Journal of International and European Law, Vol.35, 2020, p.54.

<sup>77</sup> Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, para.175-182.

<sup>78</sup> Declaration of Judge GEVORGIAN para.5-6.

yükümlülükler çerçevesinde bir inceleme yapılması yeterlidir.<sup>79</sup> Esasen Divan'ın devletin sorumluluğu hususundaki tespitleri Genel Kurul'un sorduğu sorulardan kaynaklanmaktadır. Zira Genel Kurul, sadece Mauritius'un dekolonizasyon sürecinin tamamlanıp tamamlanmadığını değil aynı zamanda bunun hukuki sonuçlarını da sormuştur.<sup>80</sup>

Öte yandan, kanaatimizce, Divan'ın devletin sorumluluğunu veya bir eylemin uluslararası hukuka aykırılığını tespit etmesi için Namibya veya Duvar danışma görüşlerinde olduğu gibi Güvenlik Konseyi kararına ihtiyacı yoktur. Böyle bir yükümlülük ne uluslararası hukuk kuralları ne de Divan'ın kendi içtihadı ile desteklenmektedir. Kaldı ki Namibya ve Duvar ile ilgili uluslararası hukuka aykırı eylemler Güvenlik Konseyi daimi üyesi olmayan devletlerce işlenmiş eylemlerdi. Chagos kararında ise Güvenlik Konseyi'nin daimi üyesi olan Birleşik Krallık tarafından devam ettirilen bir uluslararası hukuka aykırı eylem söz konusudur. Güvenlik Konseyi kararlarının tarihine bakıldığında daimi üyelerin menfaati ile çatışan konularda veto hakkını kullanmaktan çekinmediği gözlemlenebilmektedir. Bu anlamda Güvenlik Konseyi'ndeki daimi üyelik ve veto yetkisini hesaba katmadan hukuki tavsif veya yorum yapmak isabetsiz sonuçlara götürebilecektir.

Danışma görüşlerine uyulup uyulmaması ya da uyum düzeyi Divan'ın dikkate alması gereken bir husus değildir. Aynı şekilde Divan danışma görüşü talep eden organın (ör. Genel Kurul) danışma görüşü neticesinde atması gereken adımları da belirlemek zorunda değildir. *Bati Sahra* danışma görüşünde de belirtildiği üzere Divan'ın görevi kendisine sorulan soruları yanıtlamak ve hukuki temele dayanan bir danışma görüşü vermektir.<sup>81</sup> Ancak, kanaatimizce, danışma görüşleri en azından bir gerçeği araştırma (fact finding) raporundan daha fazla etkili olmalıdır. Danışma görüşü neticesinde hem danışma görüşünü talep eden organ ya da uzmanlık kuruluşu hem de diğer devletler gerekli önlemleri almalıdır. Aksi halde danışma görüşlerinde tespit edilen devletlerin sorumluluğu, aleyhine sorumluluk tespiti yapılan devletle uyumsuzluk halinde olan

<sup>79</sup> Declaration of Judge TOMKA, para.8.

<sup>80</sup> BORDIN, Fernando Lusa, State Responsibility in Advisory Proceedings: Thoughts on Judicial Propriety and Multilateralism in the Chagos Opinion, in BURRI, Thomas and TRINIDAD; Jamie (eds.), The International Court of Justice and Decolonisation: New Directions from the Chagos Advisory Opinion, Cambridge University Press, 2021, p.100.

<sup>81</sup> Western Sahara, 1975 I.C.J. 4, at 41, Advisory Opinion of 16 October 1975, para. 73.



karşı devletin hukuki dayanaklarını güçlendirmekten başka bir işe yaramayacaktır. Oysa Divan'ın danışma görüşlerinde yaptığı uluslararası sorumluluk tespitleri tüm uluslararası toplumu ilgilendirdiği için yapılmaktadır. Aksi halde Divan'ın yetkisini aştığı ve sadece iki devlet arasında uyuşmazlık konusu bir konuyu ele aldığı söylenebilirdi. Öte yandan devletlerin uluslararası hukuka aykırı eyleminden sorumluluğu için UAD'nin bağlayıcı kararı kurucu unsur değildir. Devletler uluslararası hukuk yükümlülüklerine uymak zorundadır. Bu anlamda UAD devletleri uluslararası hukuka uydurmak için tek seçenek değildir. BM organları ve devletler çeşitli tek taraflı ya da kolektif yaptırımlar uygulayabilir veya karşı önlemlere başvurabilir. Nitekim Divan'ın kendisi *Duvar* ve *Chagos* kararlarında Genel Kurul'u ve tüm devletleri uluslararası hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak önlemler almaya davet etmektedir. Divan bir açıdan danışma görüşü verme yetkisini aşmamak adına uluslararası hukuka aykırılığı kaldırmak için alınacak önlemleri tek tek ifade etmekte, bunu BM Organlarına ve devletlere bırakmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında Divan'ın danışma görüşleri teknik açıdan tavsiye niteliğinde olmakla birlikte kanaatimizce belirli bir uluslararası hukuk tartışmasını nihayete erdirmektedir. Danışma görüşünün sorumluluk tespiti uluslararası toplumun gerekli önlemleri alma yükümlülüğünü ortaya çıkarmaktadır. Divan'ın hem devletleri hem de uluslararası toplumu ilgilendiren bir konuda açık seçik bir şekilde sorumluluk tespiti yapması ile (ör. chagos) nizalı bir davada tespit yapması arasında sorumluluğun varlığı açısından bir fark bulunmamaktadır. Her ikisinde de devletler ve uluslararası toplum uluslararası hukuk yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Divan'ın danışma görüşünün sorumluluk tespiti yapmasına rağmen salt bir tespit olarak tarihte yerini alması kanaatimizce doğru bir yaklaşım değildir. Üstelik Divan'ın tespitine konu olan sorumluluk bir BMGK daimi üyesi ile ilgili ise konu daha da büyük önem arz etmektedir. Zira BMGK'da bir daimi üyeye karşı yaptırım kararı alınması imkansız gibidir. Bu durumda sorumluluk Genel Kurul'a düşmektedir. Genel Kurul'un Divan'dan danışma görüşü talep edip Divan'ın sorumluluk tespitine rağmen sorumlu devlete yaptırımı tavsiye eden bir karar almaması sorumlu devletin cezadan muafiyeti (impunity) gibi bir netice çıkarmaktadır. Kanaatimizce *Chagos* gibi bir devletin açık bir şekilde uluslararası hukuku ihlal ettiği ve bu ihlalden sorumlu olduğuna dair tespit içeren bir Divan kararından sonra Genel Kurul hem BM organlarını hem de üye devletleri önlem almaya çağıran bir karar almalı ve bireysel ya da

kollektif yaptırımları teşvik etmelidir. Her ne kadar Genel Kurul kararları tavsiye niteliğinde ise de böyle bir karar hem devletlerin tek taraflı yaptırımlarının önünü açacak hem de sorumlu devleti uluslararası hukuka uymaya zorlayacaktır.

## SONUÇ

Uluslararası Adalet Divanı uluslararası hukukun gelişimine en önemli katkıları yapmış olan uluslararası mahkemedir. Temel olarak çekişmeli yargı kararları ile danışma görüşleri arasında bağlayıcılık farkı olsa da aslında ikisi farklı amaçlara hizmet etmek için kurgulanmıştır. Çekişmeli yargı devletler arasındaki uyuşmazlıkların barışçıl yolla çözülmesini amaçlarken danışma görüşleri ise BM organları ve uzmanlık kuruluşlarının işleyişi açısından rehberlik etmek amacını gütmektedir. Ancak 1945'ten bugüne geçen zaman içerisinde Dünya sistemi büyük oranda değişmiş, sömürge imparatorlukları dağılmış ve BM üye sayısı 193'e çıkmıştır. Aynı zamanda BM'nin ve uzmanlık kuruluşlarının da faaliyet alanları genişlemiş ve birçok konu faaliyet alanları kapsamına alınmıştır. Öte yandan devletler arasında bağımlılık ve iş birliği ilişkileri de artmış ve iki devlet arasındaki uyuşmazlık çoğu zaman uluslararası toplumu da ilgilendiren uyuşmazlıklar olarak ortaya çıkmıştır. Bu anlamda artık devletler arasındaki uyuşmazlıkların neredeyse tamamında hem iki tarafı ilgilendiren hem de diğer devletleri ilgilendiren bir boyut söz konusudur. Diğer devletlerin ilgisi dolaylı yoldan BM ve uzmanlık kuruluşlarının konuya olan ilgisinden de kaynaklanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında USAD'ın *Doğu Karelia* kararında ortaya koyduğu ilkenin sürdürülebilmesi mümkün değildir. Nitekim UAD de Dünya Sağlık Örgütü'nün nükleer silahlar hakkında talep ettiği danışma görüşü hariç hiçbir talebi reddetmemiştir. Nitekim bu durumda dahi Genel Kurul devreye girerek nükleer silahlar ile ilgili danışma görüşü talep etmiş ve UAD danışma görüşünü vermiştir. Bu anlamda yetki problemini klasik çerçevede düşünmemek, devletler arasındaki uyuşmazlıkların uluslararası topluma yönelik neticeleri olabileceğini de hesaba katmak gerekmektedir.

Devletler arasındaki uyuşmazlıkların uluslararası topluma yansıyan tarafı Divan'ı da uluslararası sorumluluk hukukuna ilişkin daha fazla tespit yapmaya itmiştir. Bu anlamda Divan sadece iki devleti ilgilendirmediği danışma görüşü vermeye yetkili olduğunu her kararında uzun bir şekilde izah etmektedir. Nitekim Divan yetkisizlik kararı olan DSÖ danışma görüşü talebinde içerik olarak değil talep eden kuruluş açısından yetkisizlik kararı vermiştir. Sadece iki devleti ilgilendirdiği veya

çekişmeli yargı yetkisinde aranan rızayı dolandığı gerekçesiyle reddettiği bir danışma görüşü talebi söz konusu olmamıştır. Divan önüne gelen birçok danışma görüşü talebinde konunun uluslararası toplumu veya BM'yi ilgilendiren boyutlarını dikkate olarak uluslararası sorumluluk tespiti yapmış ve hem BM'nin hem de diğer devletlerin yükümlülüklerini tespit etmiştir. Tarihsel olarak bakıldığında Divan 1949 tarihli *BM Nezdinde Uğranılan Zararların Tazmini* kararında dolaylı yoldan sorumluluk tespiti yapmış, *Güney Batı Afrika* ve *Duvar* kararlarında doğrudan devletlerin yükümlülüklerinden bahsetmiş, *Chagos* kararında ise 2001 tarihli UHK taslak maddelerinde yer alan "bir devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur" tespitini yapmıştır. Divan'ın sorumluluk tespitleri her ne kadar tartışmalara neden olsa da kanaatimizce devletlerarası uyuşmazlıkların uluslararası toplumu ilgilendiren yönü nedeniyle isabetli bir yaklaşımdır. Hatta Divan'ın tespitleri üzerine diğer devletler ve BM organları gerekli önlemleri almalıdır. Bu hem BM (özellikle Genel Kurul) hem de diğer devletler üzerinde bir yükümlülüktür. Divan'ın kararlarının tavsiye niteliğinde olması bu yükümlülüğün bağımsız olarak varlığına etki etmemekte ve devletleri sorumluluktan kurtarmamaktadır. Uluslararası hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması ve sorumluluğun yerine getirilmesi için BM organları ve özellikle Divan'a soru soran Genel Kurulun gerekli tedbirleri içeren karar almaktan kaçınmaması gerekmektedir.

## KAYNAKLAR

- AKANDE, Dapo, The Competence of International Organizations and the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice, *European Journal of International Law*, Vol 9, 1998, p.439.
- ALLEN, Stephen, Self-Determination, The Chagos Advisory Opinion and The Chagossians, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, Issue 1, 2020, pp. 2-4.
- AUST, Anthony, Advisory Opinions, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, Issue 1, 2010, p.123.
- BARRIE, GN, The Neglected Aspects of the International Court Of Justice's "Wall Opinion" on the Consequences of Internationally Wrongful Acts, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 47, No. 1, 2014, p. 129.
- BAYRAK, Muhammed Enes, Barış İçin Birlik Kararı: Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Sorumluluğu, *Onikilevha Yayıncılık*, 2022, s.57 vd.
- BEDJAOUİ, Mohammed, The Contribution of the International Court of Justice Towards Keeping and Restoring Peace, in *Conflict Resolution: New Approaches and Methods*, UNESCO Publishing, 2000, p. 13.
- BEDJAOUİ, Mohammed, The New World Order and the Security Council: Testing the Legality of Its Acts, *Martinus Nijhoff Publishers*, 1994, p. 78.
- BERMAN, Franklin, The International Court of Justice as an 'Agent' of Legal Development?, in TAMS, Christian J. & SLOAN, James (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2013, pp.7-20.
- BERNABEL, Giulia, The Law-Making Effect of ICJ Advisory Opinions A Survey of the Chagos Opinion, in TELES, Patrícia Galvão & RIBEIRO, Manuel Almeida (eds.), *Case-Law and the Development of International Law: Contributions by International Courts and Tribunals*, Brill Nijhoff, 2021, p.127 vd.
- BORDIN, Fernando Lusa, State Responsibility in Advisory Proceedings: Thoughts on Judicial Propriety and Multilateralism in the Chagos Opinion, in BURRI, Thomas and TRINIDAD; Jamie (eds.), *The International Court of Justice and Decolonisation: New*

Directions from the Chagos Advisory Opinion, Cambridge University Press, 2021, p.100.

BOWETT, Derek W., The Court's Role in Relation to International Organizations, in LOWE, Vaughan & FITZMAURICE, Malgosia (eds.), Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings, Cambridge, Grotius Publications, 1996, p. 186.

BROWNLIE, Ian, Principles of Public International Law, Oxford University Press, 2003, p. 5.

BUTCHER, Goler T., The Consonance of U.S. Positions with the International Court's Advisory Opinions, in DAMROSCH, Lori F. (eds.), The International Court of Justice at a Crossroads, New York, Transnational Publishers Inc., 1987, p. 436.

CHIU, Hungdah, Succession in International Organisations, The International and Comparative Law Quarterly Vol. 14, No. 1, 1965, p. 83 vd.

EMİR, Nergiz, Uluslararası Hukukta Kişilik Kavramı ve Uluslararası Örgütlerin Hukuki Kişiliğinin Sonuçları, Yetkin Yayınları, 2021, s.98-121.

KATTAN, Victor, The Chagos Advisory Opinion and the Law of Self-Determination, Asian Journal of International Law, Vol.10, Issue 1, 2019, p.7.

KLABBERS, Jan, An Introduction to International Organizations Law, Cambridge University Press, 2015, pp.46-47.

LAUTERPACHT, Hersch, The Development of International Law by the International Court, Stevens & Sons Ltd., 1958, pp. 355-358.

LIANG, Yuen-Li, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, The American Journal of International Law, Vol. 43, No. 3, 1949, p. 461.

MAKARCZYK, Jerzy, The International Court of Justice on the Implied Powers of International Organizations, in MAKARCZYK, Jerzy (eds.), Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 506.

MAYR, Teresa F. & MAYR-SINGER, Jelka, Keep the Wheels Spinning: The Contributions of Advisory Opinions of the International

- Court of Justice to the Development of International Law, *ZaöRV*, Vol.76, 2016, pp.431-435.
- MINAS, Stephen, Why the ICJ's Chagos Archipelago Advisory Opinion Matters for Global Justice and for 'Global Britain', *Transnational Legal Theory*, Vol.10, Issue 1, 2019, pp.129-133.
- PASQUALUCCI, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 29.
- POMERANCE, Michla, The ICJ's Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall between the Political and the Judicial, *The American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 1, 2005, pp.34-40.
- PUMA, Giuseppe, Preliminary Questions in the ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, *ZaöRV*, Vol.79, 2019, pp.865-877.
- RAMA-MONTALDO, Manuel, International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations, *British Yearbook of International Law*, Vol.44, 1970, p. 112.
- RAMCHARAN, Bertrand, *Modernizing the Role of the International Court of Justice (Chapter: A Judicial Review Role for the ICJ)*, TMC Asser Press, 2022, pp 113-120.
- RAO, Pemmaraju Sreenivasa, *The United Nations and International Peace and Security-An Indian Perspective*, in, TOMUSCHAT, Christian (eds.), *The United Nations at Age Fifty: A Legal Perspective*, Kluwer Law International, 1995, p. 179;
- ROSENNE, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, The Hague; London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 989.
- RRECAJ, Besfort T., Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (ICJ Advisory Opinion, 25 February 2019, General List No. 169), *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol.35, 2020, p.54.
- SCHACHTER, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, (Chapter VI, Resolutions and Political Texts), *RCADI*, Vol.178, 1982, p. 117.

SCHWARZENBERGER, Georg, *International Law*, London: Stevens and Sons, vol. 1, pp. 26-27.

SCHWEBEL, Stephen M., *Widening the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice without Amending Its Statute*, *Catholic University Law Review*, Vol.33, Issue 2, 1984, p.358.

SCHWEBEL, Stephen, *Authorizing the Secretary-General of the United Nations to Request Advisory Opinions of the International Court of Justice*, *American Journal of International Law*, Vol. 78, 1984, p. 876-878.

SCOBIE, Iain, *Unchart(er)ed Waters?: Consequences of the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory for the Responsibility of the UN for Palestine*, *European Journal of International Law*, Vol. 16, Issue 5, 2005, p.941 vd.

TALMON, Stefan, 'The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?' in TOMUSCHAT, Christian & THOUVENIN, Jean-Marc (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens And Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p.99.

TASHJIAN, Joel S., *Contentious Matters and the Advisory Power: The ICJ and Israel's Wall*, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 6, No. 1, 2005, p.428.

THIRLWAY, Hugh, *The International Court of Justice*, in EVANS, Malcolm D. (eds.), *International Law*, Oxford University Press, 2003, p. 582.

WALDOCK, Humphrey, *General Course on Public International Law*, RCADI, Vol.106, 1962, (Chapter 6, *Subsidiary and Derivative Sources of International Law*), p. 88.

### **Uluslararası Yargı ve Örgüt Kararları**

1960 tarihli ve 1514 sayılı Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri [UNGA Res. 1514 (XV) (14 December 1960)].

Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, *Advisory Opinion*, 20 July 1982, I.C.J. Rep. 325, para.21.

- Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2 of the Charter), Advisory Opinion, [1962] ICJ Rep 151, ICGJ 221 (ICJ 1962), 20th July 1962, para.157.
- Charter of the United Nations (adopted on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945) 1 UNTS 16, art. 96.
- Covenant of the League of Nations, 28 April 1919, 108 LNTS 188, art. 14.  
Çeviri: DENK, Erdem, Bakınız: <http://www.erdemdenk.com/mcmi-saki.doc> (erişim tarihi 25.02.2022).
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ILC 2001, UN Doc. A/56/49(Vol.1)/Corr.4, art. 1.
- East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, 30 June 1995, I.C.J. 90, 102, para. 29.
- ICJ Website, <https://www.icj-cij.org/en/organs-agencies-authorized> (erişim tarihi 02.03.2022).
- International status of South-West Africa, Advisory Opinion, [1950] ICJ Rep 128, 11th July 1950, p.133-137.
- Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania; First Phase, Advisory Opinion, International Court of Justice (ICJ), I.C.J. Reports 1950, 30 March 1950, para.70-71.
- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 21 June 1971 I.C.J. 16, 55, para. 40.
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 19 July 2004 I.C.J. 136, 171, para. 46-50.
- Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, ICJ GL No 169, ICGJ 534 (ICJ 2019), 25th February 2019, para.83-91.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ GL No 95, [1996] ICJ Rep 226, 8th July 1996, para.11.
- Reparation for injuries suffered in the service of the Nations, Advisory Opinion, [1949] ICJ Rep 174, 11th April 1949, pp.187-188.
- Request for an Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos



Archipelago from Mauritius in 1965, UNGA Res 71/292 (22 June 2017) UN Doc A/RES/71/292.

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, [1951] ICJ Rep 15, 28th May 1951, pp-19-20.

Statute of the International Court of Justice, 24 October 1945, 33 UNTS 993, art.36.

The Status of Eastern Carelia, advisory opinion, PCIJ Series B, No. 5, para.27-28-29.

UNGA Res. 258 (III), 3 December 1948.

UNGA Res. 338 (IV), 6 December 1949.

UNGA Res. 71/292, 23 June 2017.

UNGA Res. ES-10/14, 8 December 2003.

UNGA Res. No. 2145 (XXI), 27 October 1966.

UNSC Res. No. 264, 20 March 1969.

UNSC Res. No. 276, 30 January 1970.

UNSC Res. No. 284, 29 July 1970.

Western Sahara, 1975 I.C.J. 4, at 41, Advisory Opinion of 16 October 1975, para. 21.