

# ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKU VE DİPLOMATİK HİMAYE HAKKI

*International Human Rights Law and Diplomatic Protection*

**Doç. Dr. Mahmut GÖÇER\***

**GİRİŞ**, I. DİPLOMATİK HİMAYE VE İNSAN HAKLARININ KORUNMASI, A. Diplomatik Himayenin İnsan Hakları Alanındaki İşlevselliği Sorunu, B. Diplomatik Himaye Çerçevesinde Bireysel Hakların Varlığı Sorunu, II. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN DİPLOMATİK HİMAYE ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ, A. İnsan Haklarının Uyruluk Koşulu Üzerindeki Etkileri, 1. İnsan Haklarının Uyruluğunun Etkinliği Ve Sürekliliği Kuralı Üzerindeki Etkileri, 2. Uyruluk Koşulunun Kimi Birey Kümeleri Bakımından Etkinliğini Yitirmesi, a. Mültecilerin Ve Uyruksuzların Diplomatik Himayesi, b. Zararın Emredici Normların İhlalinden Kaynaklanması Durumunda Devletin Kendi Uyuğunda Olmayanları Himaye Etmesi, B. İnsan Haklarının Diplomatik Himayenin Takdir Yetkisi Olma Niteliği Üzerindeki Etkileri, 1. Diplomatik Himaye Yetkisinin Kullanılması Yükümlülüğü Ve İnsan Hakları Sözleşmeleri, 2. Emredici Normların İhlali Halinde Diplomatik Himaye Yetkisinin Kullanılması Yükümlülüğü, **SONUÇ VE DEĞERLENDİRME**

## ÖZET

İnsan haklarının uluslararası korunmasının gelişiminin, diplomatik himaye kurumunun işlevselliği ve temel kuralları üzerindeki etkileri, son yıllarda yoğun bir tartışma konusu haline gelmiştir. Bu alanda geleneksel anlayışın ifade ettiği düşüncelerin aksine, diplomatik himaye mekanizması ile insan hakları mekanizmalarının birbirini destekleyen ve karşılıklı etkileşim içinde olan mekanizmalar olduğu artık geniş ölçüde kabul

---

\* Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

edilmektedir. Böylece bir yandan, diplomatik himaye insan hakları alanında koruyucu bir rol üstlenirken, diğer yandan da insan hakları hukuku diplomatik himayenin niteliğini ve kullanım koşullarını etkilemektedir. Bu çalışmanın amacı, diplomatik himaye ile insan hakları arasındaki etkileşimin niteliğine ve boyutlarına ışık tutmaktır.

**Anahtar Sözcükler:** İnsan hakları, diplomatik himaye, uluslararası hukuk

### ABSTRACT

The development of the safeguarding of international human rights and the functioning of the institution of diplomatic protection and their effects on fundamental rules, has become an issue of contention in recent years.

It is now widely accepted that the mechanisms of diplomatic protection and human rights support and mutually affect each other, contrary to the traditional views held in this field.

While undertaking the protection of human rights on one hand, on the other it is affecting the characteristics of diplomatic protection and the rules of its use.

The aim of this work is to highlight the characteristics and dimensions of the interaction between diplomatic protection and human rights.

**Keywords:** Human rights, diplomatic protection, international law

### GİRİŞ

Geniş bir bakış açısı altında, bir devletin kendi vatandaşlarından birinin, bir başka devletin uluslararası hukuk açısından meşru sayılmayan bir eyleminden veya ihmalinden zarar görmesi durumunda, bu zarardan sorumlu sayılan devlete karşı, bu zararın giderimi için uluslararası bir talepte bulunma hakkı olarak tanımlanabilecek (Salmon, 2001:904) diplomatik himaye kurumu, çok uzun zaman boyunca uluslar arası sorumluluk hukukunun merkezi bir kurumu olarak işlev görmüş olmasına karşın, modern uluslararası hukukta bir takım etkenlerin etkisi altında ortaya çıkan değişimlere kapalı kalamamış ve uygulama alanı ile kullanım koşulları bakımından zorunlu bir dönüşüm sürecinin içine çekilmiştir.

Gerçektende, bir yandan yabancı ülkelerde yaşayan vatandaşların haklarının korunması aşamalı olarak uluslararası sözleşmeler yoluyla gerçekleştirilmeye başlanması ve özellikle diğer yandan, bireyin doğrudan başvuru hakkını öngören insan haklarının uluslararası korunmasına ilişkin mekanizmaların ve kurumların hızla çoğalması ve etkinliğinin güçlenmesi,

diplomatik himaye kurumunun işlevselliğinin önemli ölçüde gerilemesine ve, uluslararası insan hakları hukukunun etkisi altında, diplomatik himayenin önemli nitelik ve koşullarından olan, uyrukluk koşulu ile diplomatik himaye yetkisinin takdir yetkisi olma niteliğinin sorgulanmasına ve yoğun bir biçimde tartışılmasına neden olmuştur.

Kuşkusuz, Uluslararası Adalet Divanı'nın "Barcelona Traction" kararında, ortaya koyduğu iki kategori yükümlülük (diplomatik himaye çerçevesindeki yükümlülükler ile insan haklarına ilişkin erga omnes yükümlülükler) arasındaki temel ayırım ve farklılaşma bir kutsal gerçeklikmiş gibi düşünüldüğünde, uluslararası insan hakları normlarının ve mekanizmalarının, diplomatik himaye hakkı veya kurumu üzerinde, bu hakkın niteliğine ve kullanım koşullarına tesir edecek derecede, bazı etkilerinin ortaya çıktığını söylemek ilk bakışta ütopyik bir yaklaşım olarak görülebilir.

Bununla birlikte, insan haklarının korunmasının uluslararası hukuktaki yerinin güçlenmesi ve buna bağlı olarak ortaya çıkan kimi gelişmeler ve uygulamalar, diplomatik himayenin insan haklarının korunması alanında işlevsel bir rol üstlenebileceğini gösterdiği gibi, gerek BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda yürütülen diplomatik himayenin kodifikasyonu çalışmaları ve gerekse Uluslararası Adalet Divanı'nın "La grand" kararı, diplomatik himaye çerçevesinde bireyin rolünün ve statüsünün güçlenmesine ve diplomatik himaye alanında bireysel hakların ortaya çıkmaya başladığına işaret etmektedir<sup>1</sup>. Bütün bu gelişmeler, diplomatik himayenin temel koşullarından olan uyrukluk koşulu ve diplomatik himayenin takdir yetkisi olma niteliğinin, güçlenen insan haklarının korunması perspektifi çerçevesinde, sorgulanması ve gözden geçirilmesi zorunluluğunu beraberinde getirmektedir.

## **I. DİPLOMATİK HİMAYE VE İNSAN HAKLARININ KORUNMASI**

### **A. Diplomatik Himayenin İnsan Hakları Alanındaki İşlevselliği Sorunu**

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda diplomatik himayeye ilişkin olarak yürütülen çalışmalar, diplomatik himaye ile insan hakları arasındaki ilişkilerin niteliği ve diplomatik himayenin günümüzde insan haklarının korunması alanında önemli bir rol üstlenip üstlenemeyeceği sorununu, öğretilerdeki tartışmalara koşturarak tartışma gündemine taşımıştır. Bu tartışmaların temelinde yatan sorun, bir devlet ile kendi vatandaşları arasındaki ilişkilerin, tümüyle bu devletin ulusal yetkisi içinde sayıldığı ve dolayısıyla uluslararası hukukun uygulama alanı dışında kaldığı bir dönemde ortaya çıkmış olan diplomatik himaye kurumunun, insan haklarının

<sup>1</sup> Benzer anlamda bkz. (Bennouna, 1998:245).

uluslararası korunmasına ilişkin kurumların ve mekanizmaların hızla çoğaldığı günümüzde, bu alanda işlevsel bir rol oynayıp oynamayacağını saptanmasına ilişkin bulunmaktadır. Diplomatik himayenin bu alandaki rolüne ilişkin yüzeysel bir bakış açısı, devletlerin insan hakları alanındaki uluslararası yükümlülüklerinin, uyrukluğa ne olursa olsun kendi yetki çevreleri içinde bulunan her bireyin korunmasını hedef alması karşısında, diplomatik himayenin bu alanda üstlenebileceği bir rol bulunmadığı, sonucuna götürebilecektir. Bu bakış açısı altında, diplomatik himayenin uygulama alanı, insan hakları alanı dışında, yabancılara yapılacak muameleye ilişkin uluslararası sözleşme veya teamül kurallarının uygulanması ile sınırlı bir alandır.

Bununla birlikte, Uluslararası Hukuk Komisyonu'na sunulan ve diplomatik himayeye ilişkin ilk raporda, özel raportör Dugard'ın da altını önemle çizdiği gibi, bireye, temel haklarının ihlal edilmesi durumunda, uluslararası etkin başvuru yolları sağlayan uluslararası insan hakları sözleşmelerinin sayısının henüz çok sınırlı olduğu ve neredeyse bir avuç bireyin bu etkin araçlardan faydalanabildiği göz önüne alındığı zaman, diplomatik himayenin bu alanda hiçbir rolü olamayacağını öngören yaklaşımın, ne kadar yüzeysel ve gerçeklikten uzak olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır<sup>2</sup>. Gerçektende, bu nitelikte etkin başvuru olanaklarının bulunmadığı insan hakları ihlalleri durumlarında, bireyin uyrukluğunda bulunduğu devletin, diplomatik himaye çerçevesinde, insan haklarına uyulmasını sağlamak amacıyla müdahale etmesi, en azından bu devletin vatandaşları açısından, bu alanda çok değerli bir rol oynayabilir. Dolayısıyla, özel raportörün de vurguladığı üzere, diplomatik himaye kurumunu, modası geçmiş bir kurgu gibi algılayarak zayıflatmaya çalışmak yerine, ona bu alanda işlevsel bir rol kazandırmak bakımından, onun hukuki rejimini oluşturan kuralları güçlendirmeye çaba sarf etmek daha doğru bir yaklaşım olarak görünmektedir<sup>3</sup>.

Bu yaklaşım tarzı çerçevesinde, diplomatik himaye mekanizması ile insan haklarının korunması mekanizmaları, birbirini dışlamayan ve karşıtlık ilişkisi içinde olmayan, fakat aksine birbiriyle bağdaşan, birlikte var olabilecek ve hatta karşılıklı olarak birbirini destekleyen mekanizmalar olarak görülmek durumundadır. Bu anlamda, Uluslararası Hukuk Komisyonu da, insan haklarının, diplomatik himaye kurumunun temellerini tartışma konusu yapan bir yaklaşımı kesinlikle reddetmekle birlikte, diplomatik himaye ile insan haklarının uluslararası korunması arasındaki ilişkileri çatışmacı bir perspektif içinde gören yaklaşımı da kabul etmeyerek,

<sup>2</sup> Aynı anlamda bkz. (Condorelli, 2003:20).

<sup>3</sup> Bkz. Premier rapport sur la protection diplomatique –AGNU- Doc. A/CN. 4/506 (7 Mars 2000), Par. 32.

insan haklarının uluslararası korunmasının gelişimini göz ardı ederek, diplomatik himaye kurumunun ele alınamayacağını teslim etmektedir<sup>4</sup>.

Gerçekten de, diplomatik himaye kurumunun insan haklarının uluslararası korunması alanında önemli bir rol üstlenebilmesi, sadece, bireye açık etkin uluslararası başvuru yollarının bulunmadığı durumlarda değil, fakat Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi gibi, bireye uluslararası yargı organı önünde etkin başvuru hakları tanıyan gelişmiş bir sistem çerçevesinde dahi söz konusu olabilmektedir. Bu anlamda, Avrupa İnsan Hakları denetim organlarının önüne gelmiş bulunan bazı davaların gösterdiği gibi, Strasbourg organlarına yapılan devlet başvuruları, her ne kadar Avrupa kamu düzeninin korunmasına dayandırılmış olsa da, bu başvuruların diplomatik himaye kaygılarına yabancı olmadığı, davaların koşulları ve içeriğinden açıkça anlaşılmaktadır<sup>5</sup>. Bu çerçevede, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin, aynı konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne açılmış bir dava bulunması durumunda dahi, diplomatik himaye haklarının kullanılmasını olanak dahilinde tuttukları ve dışlamadıkları görülmektedir. Yakın bir zaman önce Liechtenstein'in ortaya koyduğu tutum, bu alanda çok çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır. Bu ülkenin Almanya'ya karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde yaptığı başvuru hakkında Mahkeme'nin karar vermesinden (12 Temmuz 2001)<sup>6</sup> kısa bir süre önce, Liechtenstein Prenslığı hükümeti, 12 Haziran 2001 tarihinde, Almanya'ya karşı aynı konu hakkında Uluslararası Adalet Divanı'na başvuruda bulunmuştur. Divan'a sunulan başvuru dilekçesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, bu ülkenin Divan'a yaptığı başvuru, bir anlamda, Avrupa Mahkemesi'nin benimsediği çözüme karşı, diplomatik himaye hakkının kullanılması çerçevesinde, fiili bir istinaf başvurusu olarak görünmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi etkin denetim mekanizmalarının söz konusu olduğu durumlar dışında, diplomatik himayenin bu alandaki işlevsel rolü, özellikle bir yabancı devletin bir fiili veya ihtimalinden dolayı insan hakları ihlal edilmiş olan bireylerin kullanabilecekleri başvuru yollarının bulunmadığı durumlarda, daha büyük bir önem kazanmaktadır. Bu anlamda, 28 Aralık 1998 tarihinde Gine'nin Kongo Demokratik Cumhuriyeti'ne karşı, diplomatik himaye çerçevesinde, vatandaşlarından birinin uğradığı insan hakları ihlalinin söz konusu ederek, Uluslararası Adalet Divanı'na yaptığı "Diallo" başvurusu, her ne kadar münferit bir örnek oluştursa da, diplomatik himayenin, insan haklarının uluslararası korunması

<sup>4</sup> Rapport de la CDI, Document A/53/10, Par. 83-91.

<sup>5</sup> Bu tür davalara örnek olarak bkz. CEDH, 7 Juillet 1989 "Soering" Serie A, no:161;10 Mai 2001, "Chypre c. Turquie", requete no:25781/94.

<sup>6</sup> Bu karar hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. (Cohen-Jonathan, 2001:448).

alanında oynayabileceği koruyucu rolü çok çarpıcı bir biçimde ortaya koymaktadır<sup>7</sup>.

Bu perspektif çerçevesinde, diplomatik himayenin, en azından istisnai bazı durumlarda, devletlerin ve uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığının, ağır insan hakları ihlalleri durumları bakımından ortaya çıkardığı, dava hakkı ve giderim elde etme anlamındaki engelleri ve olumsuzlukları, dolaylı bir şekilde, aşmaya olanak verebilecek bir mekanizma olarak da, ilgili devlet tarafından kullanılabilmesini belirtmek gerekir. Bu bakımından, insan hakları ihlaline maruz kalmış vatandaşının, sorumlu tutulabilecek devlete karşı dava hakkının böyle bir yargı bağımsızlığı ile karşı karşıya kalması durumunda, ilgili devlet bir giderim elde etme amacıyla, sorumlu devlete karşı diplomatik himaye hakkını kullanma yoluna gidebilir. Böylece, diplomatik himaye kurumu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, devletlerin ve uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığına ilişkin içtihadının<sup>8</sup>, bireyin korunması açısından, içerdiği zayıflığı telafi edebilecek bir işlev üstlenmiş olacaktır.

Öte yandan, diplomatik himaye ile insan hakları arasındaki karşılıklı etkileşim çerçevesinde, insan haklarının uluslararası korunmasının gelişimi de, diplomatik himayenin niteliğini ve temel kurallarını anlamlı bir biçimde etkilemektedir. Zira her devletin ilgili diğer devletten, uluslararası hukuk uyarınca, vatandaşları lehine talep etme hakkına sahip bulunduğu, “minimum muamele standardı”nın içeriği, günümüzde büyük ölçüde insan haklarına ilişkin ilkelerden çıkarılmaktadır (Condorelli, 1995:109-145).

### **B. Diplomatik Himaye Çerçevesinde Bireysel Hakların Varlığı Sorunu**

Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın “Mavrommatis” kararında vurgulandığı gibi, yabancı ülkelerdeki vatandaşlarının çıkarlarını korumak amacıyla diplomatik himaye hakkını kullanan devlet “sadece kendine özgü olan bir hakkı”, yani “vatandaşlarının şahsında uluslararası hukuka saygı gösterilmesini sağlama hakkını” kullanmaktadır<sup>9</sup>. Diplomatik himayenin, devlet haklarının korunmasını sağlayan ve kullanılması sadece devlete özgü bir hak niteliğinde olan bir mekanizma veya tedbir olduğu hususu Uluslararası Adalet Divanı tarafından 1955'te verdiği “Nottebohm” kararında bir kez daha teyid edilmiştir<sup>10</sup>. Ancak Divan özellikle 1970 yılında verdiği “Barcelona Traction” kararında, diplomatik himaye alanı ile insan haklarının korunması alanının birbirinden farklı iki alan oluşturduğunu ve

<sup>7</sup> Bu davanın verileri konusunda geniş bilgi için bkz. Communiqué de Presse de la CIJ 98/46 du 30 decembre 1998. Bu konuda bkz. (Pellet, 2001).

<sup>8</sup> Bu kararlar arasında özellikle bkz. CEDH, 21 novembre 2001, “Al-Adsani”, requete no:35763/97:19 fevrier 1999, “Waite et Kennedy”, Rec. 1999, S.1129.

<sup>9</sup> CPJI, 30 aout 1924, Publications Serie A, s.12.

<sup>10</sup> CIJ, 6 avril 1955, Recueil, 1955, s.24.

dolayısıyla devletin bu iki farklı alandaki hukuki durumun aynı olmadığını ortaya koyarak, diplomatik himaye çerçevesinde birey haklarının varlığının söz konusu olmadığı anlamına gelecek bir biçimde, insan hakları ile diplomatik himaye arasında bir ayırım çizgisi bulunduğunu açık bir biçimde vurgulamıştır<sup>11</sup>. Divan'ın bu kararda, "devletlerin bütün uluslararası topluma karşı sorumlu olduğu ve erga omnes bir nitelik taşıyan insan haklarına ilişkin yükümlülükler ile diplomatik himaye çerçevesinde bir diğer devlete karşı söz konusu olan yükümlülükler arasında gerçekleştirdiği ayırım, geleneksel anlayışın savunucuları tarafından, diplomatik himayenin nitelik bakımından insan haklarının korunmasına uygun bir mekanizma olmadığı biçiminde yorumlanmıştır. Zira, bu anlayışı savunanlara göre, bir devletin kendi vatandaşlarının insan haklarının ihlal edilmesinden dolayı, bir diğer devlete karşı girişimde bulunması durumunda, diplomatik himaye çerçevesinde söz konusu olan kendine özgü bir hakkı ileri sürmüş olmamaktadır. Çünkü, Divan'ın "Barcelona Traction" kararında da vurgulandığı üzere, bu hakların korunmasında bütün devletlerin ortak bir hukuki çıkarı olduğu kabul edilmektedir. Oysa diplomatik himaye hakkını kullanan devletin, bunu yapmasında bir özel çıkarı bulunduğu ve kendine özgü bir hakkı kullandığı, bu kurumun temel nitelikleri olarak görülmektedir (Condorelli, 2003:21).

Ancak bu yaklaşım, yakın zamanlarda tanık olduğumuz uluslararası uygulamayı yeterince göz önüne alan geçerli bir yaklaşım olarak görülemeyeceği kanısını taşımaktayız. Zira, Uluslararası Adalet Divanı'nın yakın zaman önce vermiş olduğu "La Grand" kararında da altını çizerek vurguladığı gibi, modern uluslararası hukukta insan haklarının gerçek muhatapları ve sahiplerinin bireyler olması ve dolayısıyla bu alanda devletlerin kendilerine özgü haklarının söz konusu olmaması, bireysel haklar öngören bir andlaşmaya taraf olan bir devletin, diplomatik himaye çerçevesinde vatandaşlarının andlaşmalardan kaynaklanan bireysel haklarını korumak amacıyla girişimde bulunmasına ve gerekli koşulların oluşması halinde uluslararası yargı yollarına başvurmasına bir engel olarak görülemez. Bu anlamda Divan, diplomatik himaye çerçevesinde, uluslararası hukuk tarafından tanınmış olabilecek bireysel hakların varlığına ilk kez atıfta bulunduğu "La Grand" kararında, diplomatik himayenin, bir devletin bir yandan taraf olduğu andlaşmaya uyulmasını talep etme hakkını ve diğer yandan da bu andlaşmadan kaynaklanan bireysel haklara saygı gösterilmesini isteme hakkını ileri sürebileceği bir uluslararası girişim çerçevesi olduğunu vurgulamaktadır<sup>12</sup>. Bu çerçevede Divan'ın ortaya koyduğu görüşlerde yeni olan husus, bu tür durumlarda sadece devletin, vatandaşlarının şahsında kendisine borçlu olunan muameleyi elde etme özgün hakkı değil, fakat aynı zamanda devletin, diplomatik himaye aracılığıyla, bir andlaşmanın tanıdığı bireysel hakları ileri sürme hakkının

<sup>11</sup> CIJ, 5 fevrier 1970, s.32.

<sup>12</sup> CIJ, 27 Juin 2001, Recueil, 2001, Öz. Par. 42 ve 77-78.

söz konusu olduğu hususudur. Böylece, diplomatik himayenin, himaye eden devletin yabancı ülkelerdeki vatandaşlarının uluslararası kuralların gerektirdiği şekilde muamele görmesini talep etme hakkını içerdiği tartışılmaz bir gerçek ise de, devletin kendisine özgü böyle bir hakkının, uluslararası normların doğrudan bireylere tanımış olabileceği bireysel haklarla bağdaşmaz olduğu artık söylenemeyecektir. Bu bakımdan “konsolosluk himayesi hakkı açısından geçerli olanın, insan hakları yönünden geçerli olmaması için bir sebep bulunmamaktadır”(condorelli, 2003:22).

Diplomatik himaye çerçevesinde bireysel hakların varlığına ilişkin bu gelişim çizgisi doğrultusunda, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun da, Divan'ın söz konusu kararında gösterdiği çözüm tarzını benimsediği söylenebilir. Komisyon, devletin uluslararası açıdan meşru olmayan eylemlerden dolayı sorumluluğu hakkındaki Maddeler Taslağı'nın 33. Maddesindeki yorumunda, Divan'ın “La Grand” kararının yukarıda sözünü ettiğimiz paragrafından aynen alıntı yaparak, bireysel hakların uluslararası hukukta insan hakları alanı dışında da doğabileceğini ve yabancılara yapılacak muamele konusundaki uluslararası kuralların, hem bireylere hem de bireylerin uyruğunda bulunduğu devletlere haklar tanıyabileceğini dile getirerek, meşru olmayan bir eylemin aynı anda, birbirini tamamlar nitelikte iki hak olan, hem zarara uğrayan bireyin hakkını hem de bireyin uyruğunda olduğu devletin hakkını ihlal edebileceğini vurgulamaktadır<sup>13</sup>.

## **II. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN DİPLOMATİK HİMAYE ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ**

İnsan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası normların gelişimi diplomatik himaye kurumunun tüm nitelik ve koşullarını aynı ölçüde etkilenmiştir. Bu etkiler daha çok, diplomatik himayenin temel koşullarından olan uyrukluk koşulu ile diplomatik himaye yetkisinin bir takdir yetkisi olma niteliği üzerinde yoğunlaşmıştır.

### **A. İnsan Haklarının Uyrukluk Koşulu Üzerindeki Etkileri**

Uluslararası insan hakları hukukunun gelişiminin, diplomatik himaye hakkının temel koşullardan olan uyrukluk koşulu üzerindeki etkileri, uyrukluk koşulunun nispeten mağdur lehine (pro victima) bir yaklaşım çerçevesinde ele alınarak, bir yandan uyrukluğun sürekliliği ve etkinliğine ilişkin zorunlulukların hafiflemesi ve diğer yandan da bazı mağdur kümeleri bakımından uyrukluk koşulunun tümüyle etkinliğini yitirmesi biçiminde kendini göstermektedir.

<sup>13</sup> Rapport de la Commission du droit international, Cinquante-troisième session, doc A/56/10, S.252.



### 1. İnsan Haklarının Uyrakluğun Etkinliği Ve Sürekliliği Kuralı Üzerindeki Etkileri

Uyrakluğun etkinliği ve sürekliliğine ilişkin zorunluluklar, her ne kadar pozitif hukuktaki geçerliliğini korumakta ise de, bu zorunlulukları hafifletmeyi veya serbestleştirmeyi amaçlayan ciddi itirazlarla karşılaşmaktadır.

İlk olarak uyrakluğun etkinliği kuralına ilişkin itirazları ele alacak olursak, Uluslararası Adalet Divanı'nın 1955 yılında verdiği "Nottebohm" kararında<sup>14</sup> dile getirilen, uyrakluğun etkin olması koşulunun, bütün diplomatik himaye durumlarına uygulanabilir nitelikte bir genel ilke olarak sayılamayacağı gerek öğretide bir kısım yazarlarca gerekse Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda diplomatik himayeye ilişkin tartışmalarda ifade edilmektedir. Bu anlamda, kimi yazarlar haklı olarak, uyrakluğun etkin olması koşulunun, gerçekte, kendisine alışılacelmiş bir biçimde atfedilen değere sahip olmadığı, fakat sadece "Nottebohm" davasında iki devleti karşı karşıya getiren olayın özel koşulları ile sınırlı bir değeri bulunduğunu ileri sürmektedirler (Flauss, 2003:39). Aynı şekilde, Uluslararası Hukuk Komisyonunun diplomatik himaye konusundaki özel raportörü Dugard, "Nottebohm" içtihadının yeniden okunması gereğini dile getirerek, diplomatik himaye hakkındaki ilk raporunda, uyrakluğun etkinliği koşulunun terk edilmesini ve sadece, doğum, evlenme veya iyi niyetli bir telsik yoluyla elde edilmiş bir uyrakluk koşulu ile yetinilmesini önermiştir<sup>15</sup>. Böyle bir öneri, kuşkusuz, diplomatik himaye kurumunun yeniden canlandırılmasını amaçlamakta ve özellikle, yerleştikleri ülke devletinin uyrakluğunu elde etmemiş, fakat uyrakluğunda bulunduğları devlet ile de artık etkin bağları kalmamış olan birçok kişinin, diplomatik himayeden yararlanabilmesinin önündeki engelleri kaldırmaya çalışmaktadır.

İkinci olarak uyrakluğun sürekliliği kuralına gelince, bu kuralın varlığının ve uluslararası hukuktaki yeni gelişmeler karşısında, geçerliliğinin çok daha ciddi itirazlarla karşılaştığı ve yoğun bir biçimde sorgulanmaya başladığı görölmektedir. Gerçekten de, geleneksel olarak diplomatik himayenin en yerleşik kurallarından biri olarak sayılan, uyrakluğun sürekliliği kuralının, sürekli olarak dile getirildiği gibi o kadar da yerleşik bir kural olmayabileceğinin altı çizilmektedir. Bu anlamda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik himaye konusundaki özel raportörü Dugard'ın da ifade ettiği gibi, uyrakluğun sürekliliği kuralı bazı yargı kararlarıyla, bazı devletlerin uygulamalarıyla, bazı kodifikasyon teşebbüsleriyle ve bazı yazarlarca desteklenen bir kural durumundadır<sup>16</sup>. Bir bakıma, öğretilerdeki yoğun tartışmaların ve birçok kodifikasyon girişiminin başarısızlığa

<sup>14</sup> 14 CIJ, 6 avril 1955, "Nottebohm", Rec. S.4.

<sup>15</sup> Article 5 du Premier rapport sur la protection diplomatique.

<sup>16</sup> Doc. A/CN.4/606, Add1, S.9.

uğramasının gösterdiği gibi, uyrukluğun sürekliliği kuralının varlığı dahi tartışma konusu edilmektedir (Wyler, 1990:195). Ayrıca, sürekli uyruklu kuralının, talepte bulunan kişiden daha ziyade, bizzat talebin kendisine uygulandığı göz önüne alındığı zaman, bu kuralın ifade ediliş biçiminin de aynı şekilde tartışma konusu olmaya elverişli olduğu görülmektedir. Bu kuralın, söz konusu niteliğinden dolayı, bazı durumlarda, özellikle de, ilgili kişi uyrukluğunu değiştirse dahi, zararın ilgili bireyi takip ettiği uyuşmazlıklarda uygulanabilir olmadığı vurgulanmaktadır<sup>17</sup>.

Söz konusu kuralın niteliğine ilişkin bu teknik mülahazaların ötesinde, uyrukluğun sürekliliği kuralının temelleri, daha esaslı bir biçimde, dogmatik alanda tartışma konusu edilmektedir. Zira bu kural, diplomatik himayenin kurucu temeli olan ve bireye verilmiş olan zararın devlete verilmiş bir zarar olarak telakki edilmesini öngören kurgu ile bağdaşmadığı gibi, giderim hakkını sadece, bireyin zararın meydana geldiği anda uyuşunda bulunduğu devlete hasretmesi de, bireyin uluslararası hukuktaki yeri ve statüsünün güçlenmesi yönündeki gelişim ile çelişmektedir (Flauss, 2003:40).

Bu durum, Uluslararası Hukuk Komisyonu özel raportörü Dugard'ı, uyrukluğun sürekliliği kuralının yeniden düzenlenmesi ve formüle edilmesi çerçevesinde, reform niteliğinde sayılabilecek öneriler sunmaya götürmüştür. Bu çerçevede özel raportör, uyrukluğun sürekliliği kuralının her durum için geçerli olacak biçimde tümüyle terkedilmesini değil, fakat iyi niyetle uyruklu değiştirilmesi halinde bu kuralın uygulanmamasını önermektedir. Böylece, davalı devletin kötü niyetle ve başka amaçlarla gerçekleştirilmiş uyruklu değişikliklerine itiraz etme hakkı olacağı gibi, ilgilinin daha önce uyuşunda bulunduğu ilk devletin de ilgili kişi lehine öncelikli girişim hakkı korunmuş olacaktır. Bu şekilde, ilgilinin yeni uyrukluğunu kazandığı ikinci devlet, ancak, kişinin ilk uyuşunda bulunduğu devletin hareketsiz kalması veya girişiminin yeterli bir sonuç vermemesi halinde, ilgili lehine girişimde bulunma hakkını kullanabilecektir. Ayrıca kişinin uyrukluğunu kazandığı ikinci devlet, ilgilinin daha önce uyuşunda bulunduğu ilk devlet dışındaki devletlere karşı girişimde bulunma hakkına, diplomatik himaye çerçevesinde, sahip olacaktır<sup>18</sup>.

## **2. Uyruklu Koşulunun Kimi Birey Kümeleri Bakımından Etkinliğini Yitirmesi**

Diplomatik himayenin temel koşullarından olan uyruklu bağı koşuluna andlaşmalar yoluyla kimi istisnalar (sapma durumları) getirilmesi uygulaması yeni bir olgu oluşturmamaktadır. Bu tür bir uygulamanın geniş kapsamlı bir biçimde gerçekleştirilmesinin yakın yıllardaki örneğini, Kuveyt'in Irak tarafından işgal edilmesinden kaynaklanan giderimler

<sup>17</sup> Bu anlamda bkz. J.Dugard, premier rapport, Additif, Doc. A/CN/506/Add., S.86.

<sup>18</sup> Premier rapport sur la protection diplomatique, Doc. A/CN.4/506/Add.1, S.86-87.

sorununun çözülmesi amacıyla, BM Güvenlik Konseyi'nin (1991) 692 sayılı kararı ile oluşturduğu bir tazmin komisyonu önünde, devletlerin, kendi ülkelerinde, sürekli biçimde ikamet eden yabancılar, mülteciler ve sığınma hakkı talep edenler de dahil olmak üzere bireyler yararına girişimde bulunabilmesini öngören düzenleme oluşturmaktadır (Bouony, 1997:116-131).

Ancak uyrukluk koşuluna getirilen bu tür istisnaların (sıpmaların) ötesinde, ele aldığımız soruna ilişkin tartışmalar, bir yandan mültecilerin ve uyruksuzların diplomatik himayesi ve diğer yandan da devletin uyruğunda bulunmayan ve bir uluslararası hukuk emredici normunun (Jus cogens) ihlalden mağdur olmuş bireyleri diplomatik himayesine alıp alamayacağı noktasında odaklanmaktadır.

#### **a. Mültecilerin Ve Uyruksuzların Diplomatik Himayesi**

Devletin diplomatik himaye yetkisinin kendi topraklarında ikamet eden mültecilerin ve uyruksuzların korunmasını içine alacak biçimde genişletilip genişletemeyeceği sorunu konusunda, her ne kadar uluslararası uygulamada olumlu yönde örnek oluşturabilecek durumlara rastlanmasa da, öğretilerde bir kısım yazarlar, devletin himaye yetkisinin mültecileri ve uyruksuzları kapsayacak biçimde genişletilmesi gerektiğini dile getirmektedir (Dugard, 2000:47). Hatta bazı yazarlar, her devletin kendi topraklarında ikamet eden mülteciler lehine diplomatik himaye yetkisini kullanması zorunluluğunu öngören bir uluslararası hukuk kuralının kabul edilmesinin, genel olarak mülteciler sorununun çözülmesinde büyük katkı sağlayacağını ifade etmektedir (Reiterer, 1985:52). Aynı yaklaşım çizgisi çerçevesinde, ilgili kişilerin haklarını ileri sürebilme araçlarına sahip olmadıkları insani durumlarda, bir devletin kendi uyruğunda bulunmayan kişiler lehine diplomatik himaye çerçevesinde girişimde bulunabilme olanağı, Uluslararası Hukuk Derneği içinde de kabul gören bir görüş durumundadır (Orrega-Vacuna, 2000:632).

Bu görüşlere koşut bir şekilde, Uluslararası Hukuk Komisyonu'na 2000 yılında sunulmuş olan diplomatik himaye hakkındaki ilk raporda, uluslararası hukukun aşamalı gelişimi perspektifinde, benzer bir çözüm tarzı önermektedir. Buna göre, ilgili kişinin, diplomatik himaye yetkisini kullanacak devletin ülkesinde sürekli ve yasal bir biçimde ikamet etmesi halinde ve ilgiliye verilen zararın, ilgilinin söz konusu devlet ülkesinde yasal bir ikamet statüsü kazanmasından sonra, meydana gelmiş olması koşuluyla, bir devlet, bir mülteci veya uyruksuz lehine diplomatik himaye hakkını kullanabilecektir. Bu öneriye destek olarak, özel raportör Dugard, bir devletin zarar gören birey lehine sunmuş olduğu taleplere ilişkin uyuşmazlıklarda, ikamet edilen yer kavramının önem ve değerinin güçlenmesini ileri sürmektedir<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> 19 Premier rapport sur la protection diplomatique, Article 8, Doc. AGNU, A/CN.4/506, S.45.

### **b. Zararın Emredici Normların İhlalinden Kaynaklanması Durumunda Devletin Kendi Uyuğunda Olmayanları Himaye Etmesi**

Uluslararası Adalet Divanı'nın "Barcelona Traction" kararında, devletlerin yerine getirmekle sorumlu oldukları erga omnes yükümlülüklerin varlığını kabul etmesinin ve uluslararası hukuk emredici normlarının varlığının 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi tarafından tanınmasının, öğretide, doğal bir uzantısı olarak algılanan, ancak Divan'ın 1966 tarihli Güney Batı Afrika davasındaki kararı sonrasında etkinliğini yitiren "actio popularis" doktrini, devletin kendi uyuğunda bulunmayanlar lehine diplomatik himaye hakkını kullanabilmesi tartışmalarında, yeni bir güncellik kazanmış gibi görünmektedir (Flauss, 2003:47). Bu anlamda bazı yazarlar, bir devletin, uyrukluğa ilişkin mülahazaları göz ardı ederek, emredici normların (Jus cogens) ihlalinden mağdur olmuş bireyler lehine, diplomatik himaye çerçevesinde, talepte bulunabilme hakkına elverişli bir genel kanı (opinio juris) ve uygulamanın gelişmekte olduğuna işaret etmektedir. Bu görüşe göre, devletlere bu alanda bir "actio popularis" hakkının tanınması, devletlerin emredici hukuk normlarına saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğünden çıkarsanmaktadır. Zira bu yükümlülüğün, bir yandan insancıl hukuka ilişkin 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 1. Maddesi tarafından öngörülmesinden ve diğer yandan devletlerin uygulamalarında var olmasından kaynaklanan, en azından bir teamül değerine sahip olduğu kabul edilmektedir (Thierry, 1990:105). Aynı şekilde her devletin, bir emredici normun ihlalinden mağdur olan bireyler yararına diplomatik himaye çerçevesinde girişimde bulunma hakkının dayanağı, uluslararası kamu düzeni kavramında da aranabilir. Bu anlamda, uluslararası hukuk emredici normları, erga omnes yükümlülükler ve Divan'ın 1996 tarihli "Nükleer silah kullanımı veya tehdidinin meşruiyeti" konusundaki danışma görüşünde, insancıl hukuk kurallarını nitelendirmek bakımından dile getirdiği "ihlal edilemez kurallar", bir uluslararası kamu düzeni oluşturacağından, bu kamu düzeninden ayrılamaz nitelikteki hakların korunması görevinin sadece bireyin uyuğunda bulunduğu devlete verilmesi, söz konusu kamu düzeni kavramıyla bir çelişki yaratmaktadır (Flauss, 2003:48). Son olarak, her devlete, böyle bir durumda kendi uyuğunda bulunmayan bireyler lehine girişimde bulunma hakkının tanınması (actio popularis), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde devletlere Avrupa insan hakları kamu düzeninin korunması amacıyla tanınmış olan başvuru hakkına da dayandırılabilir.

### **B. İnsan Haklarının Diplomatik Himayenin Takdir Yetkisi Olma Niteliği Üzerindeki Etkileri**

Diplomatik himayenin devlete özgü bir hak olarak kabul edilmesi, devletin, gerekli görmediği durumlarda bireyin bu yöndeki talebine rağmen, diplomatik himaye yetkisini kullanmama özgürlüğünü de içermektedir.

Ancak bu özgürlüğün, insan haklarına ilişkin uluslararası normların gelişiminin etkisi altında, bir gerileme sürecine girdiği veya girmesi gerektiği çok yoğun tartışmalara konu olmaktadır. Esasen bu tartışmaların iki boyutunun bulunduğu söylenebilir. Bu çerçevede, birinci boyutu, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin, diplomatik himayenin kullanılmasını devlet açısından bir yükümlülük ve kişi bakımından bir bireysel hak olarak tanıyıp tanımadığı hususu oluştururken, ikinci boyut, emredici normların (Jus cogens) ağır ihlali halinde diplomatik himayenin kullanılmasının bir yükümlülük olarak öngörülüp öngörülemeyeceğine ilişkin bulunmaktadır.

### **1. Diplomatik Himaye Yetkisinin Kullanılması Yükümlülüğü Ve İnsan Hakları Sözleşmeleri**

Uluslararası insan hakları hukukunun günümüzde ulaştığı aşamada henüz hiçbir uluslararası insan hakları sözleşmesi, ister temel güvenceler ister usul güvenceleri açısından olsun, diplomatik himaye hakkının kullanılmasını bir bireysel hak olarak tanıyan bir düzenleme içermemektedir. Bu bakımdan, Amerikan Devletleri İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde, diplomatik himayenin kullanılması yetkisinin bir uluslararası denetim çerçevesinde alınmasına ilişkin, gerek danışma görüşü gerekse yargısal karar niteliğinde, hiçbir içtihat mevcut olmadığı gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde de, sadece eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, AİHS'nin hiçbir diplomatik himaye hakkını güvence altına almadığına ilişkin içtihadına rastlanabilmektedir (Flauss, 2004:814).

Bunun yanında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan devletler arasında iç hukukları, diplomatik himaye yetkisinin kullanılmasının reddi kararlarına karşı, bireylere dava hakkı veya benzer nitelikte bir başvuru olanağı sağlayanların sayısı çok nadir denecek kadar azdır. Bugün için, diplomatik himayenin kullanılmasının reddi kararlarına karşı yargısal başvuru olanağı tanıyan sadece alman, İsviçre ve İspanyol hukuk sistemleri mevcuttur (Ress, 2003:121; Caflisch, 2003:76; Ridruejo, 2003:111). Böyle bir yargısal başvuru olanağı tanımakla, bu hukuk sistemleri, zımnî olarak diplomatik himayeyi, AİHS'nin 6.(1) maddesi anlamında ileri sürebilir bir "medeni hak" olarak nitelendirmekte ve böylece, diplomatik himaye yetkisinin kullanımının reddi kararı ile karşı karşıya gelen vatandaşlarına, "adil yargılama hakkı" ve "bir mahkemeye ulaşma hakkı" çerçevesinde, hak arama olanakları sunmuş olmaktadır.

Buna karşın, öğretilerde bazı yazarların da haklı olarak altını çizdiği üzere, diplomatik himayenin kullanımının devlet tarafından reddedilmesinin, AİHS'ye taraf devletlerin iç hukukları tarafından bir "hükümet tasarrufu" olarak kabul edildiği göz önüne alındığı zaman, AİHS'nin 6. Maddesine başvurmanın işlevsel bir niteliği olmayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Aynı şekilde, AİHS bireysel hak niteliğinde bir diplomatik himaye hakkı

öngörmediğinden, etkin başvuru hakkına ilişkin 13. maddeye dayanılarak bir sonuç elde edilmesi de olanaklı görünmemektedir (Flauss,2004:831).

Öte yandan, diplomatik himayenin bir bireysel hak olarak tanınmasının, esasen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. , 3. Ve 4. maddelerinin ihlalini oluşturan zararlara uygulanan, pozitif yükümlülükler teorisine dayandırılabilceği yönünde, öğretilerde tartışılan bir öneriye de rastlanmaktadır (Ress, 2000:184). Fakat böyle bir öneri, ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin pozitif yükümlülükler kavramının oldukça geniş bir anlayışını benimsemiş olması halinde, anlamlı ve işlevsel bir nitelik taşıyabilecektir. Daha açıkça belirtmek gerekirse, bu önerinin etkili olabilmesi, Avrupa Mahkemesi'nin, ülke dışı etkileri olan pozitif yükümlülüklerin varlığını kabul etmiş olmasına bağlıdır (Flauss, 2004:832-833). Oysa Avrupa Mahkemesi'nin yakın zaman önce verdiği "Bankoviç" kararı ile ortaya koyduğu içtihat, Sözleşme'nin 2. , 3. ve 4. Maddelerinin ve dolayısıyla, pozitif yükümlülükler teorisinin ülke dışı uygulanması olanaklarını geniş ölçüde azaltmış görünmektedir (Cohen-Jonathan, 2002:1070). Buna rağmen öğretilerde bazı yazarlar, Mahkeme'nin "Bankoviç" kararının, Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde, diplomatik himaye yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlara karşı başvuru olanağı sağlanmasına tümüyle kapıyı kapamadığını ifade etmektedir. Zira Avrupa Mahkemesi, Sözleşme'nin 1. Maddesinin uygulama alanına giren, devlet yetkilerinin uluslararası ölçekte kullanılması durumları arasında, diplomatik veya konsolosluk görevlileri tarafından yabancı ülkelerde yerine getirilen eylem ve işlemleri zikretmektedir (Flauss, 2003:52).

Son olarak, öğretilerde bazı yazarlar, diplomatik himayenin Avrupa Birliği hukukundan kaynaklanan bir nitelik değiştirme sürecine girdiğini ve bu bağlamda Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 46. Maddesinin, diplomatik himayeyi devlete özgü bir hak olarak değil, bir bireysel hak ve hatta bir temel hak olarak kabul ettiğini ileri sürmektedirler (Condorelli, 2003:12).

## **2. Emredici Normların İhlali Halinde Diplomatik Himaye Yetkisinin Kullanılması Yükümlülüğü**

Uluslararası insan hakları hukukunun bireylere diplomatik himayenin kullanılması yönünde bir bireysel hak tanımamış olması olgusundan hareket eden, Uluslararası Hukuk Komisyonu özel raportörü Dugard, 2000 yılında sunmuş olduğu diplomatik himayeye ilişkin ilk raporda, bireyin uğradığı zararın bir emredici normun (Jus cogens) ihlalden kaynaklanmış olması halinde, ilgili devletin diplomatik himaye hakkını kullanması yükümlülüğü şeklinde, bir "bağlı yetki" durumu öngörülmesini önermiştir. Söz konusu öneriye göre, zarara uğrayan kişinin bir uluslararası yargı yeri önünde talepte bulunabilme olanağının bulunmaması ve zararın bir emredici normun ihlalden kaynaklanmış olması halinde, kişinin uyuşukunda bulunduğu

devletin, bu kişi lehine ve zararın isnat edilebildiği üçüncü devlet nezdinde, diplomatik himaye yetkisini kullanması yükümlülüğü söz konusu olacaktır<sup>20</sup>.

Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, devletler için öngörülen böyle bir yükümlülüğün etkinliği uygulamada devletlerin, diplomatik himayenin kullanılmasının reddi kararları ile karşılaşan ve bir emredici normun ihlalden mağdur olmuş bulunan kendi uyrukluğundaki bireylere, bu kararlara karşı kullanabilecekleri uygun bir başvuru yolunun sunulması yönünde alacakları tedbirlere bağlı olacaktır. Fakat devletlerin iç hukuklarını bu yönde uyumlu hale getirerek düzenlemeleri temeline dayanan bu argüman, uygulanan hukuk karşısında en azından bugün için sağlam ve geçerli gibi görünmemektedir. Zira her ne kadar bazı devletler, ulusal uygulamalarında veya mevzuatlarında, diplomatik himayenin kullanılması konusunda ulusal makamların sahip olduğu takdir marjının azaltılması yönünde düzenlemeler yapmışlar ise de, iç hukuklarında, diplomatik himayenin kullanılmasını bir bireysel hak olarak kabul eden devletlerin sayısı (Bulgaristan, Macaristan, Romanya, Polonya ve Baltık devletleri anayasalarında olduğu gibi) oldukça nadir görünmektedir (Malenovsky, 2003:96-98).

Bu argüman dışında, Uluslararası Hukuk Komisyonu özel raportörü sunmuş olduğu öneriye dayanak olarak, insan haklarının korunması yükümlülüğünün etkilerinin ülke dışına taşması olgusundan hareket ederek, insan haklarının uluslararası korunması çerçevesinde devletin üstlendiği yükümlülüklerin, yabancı ülkelerde işlenen insan hakları ihlallerinden mağdur olmuş bireylere karşı, “koruma ödevi” içermediği yönündeki görüşü reddetmekte ve bir devletin, uluslararası hukuk emredici normları uyarınca üstlendiği insan haklarını koruma yükümlülüğünün, sadece ülke sınırları içinde değil, fakat aynı zamanda ülke sınırları dışında da geçerli ve bağlayıcı bir yükümlülük olduğunu hususunu ileri sürmektedir. Özel raportörün bu tezi, çok mantıklı ve sağlam gerekçelere dayandırılmış gibi görünmekle birlikte, pozitif hukukta var olan durumla örtüşmemektedir. Zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi, devletlere en gelişmiş düzeyde ülke dışı koruma yükümlülüğü empoze eden bir sistem çerçevesinde dahi, Avrupa Mahkemesi’nin yakın zaman önce “Bankoviç” kararı ile ortaya koyduğu içtihat, Sözleşme’nin ihlalinin, Mahkeme’ce “Al-Adsani” kararında bir emredici norm olarak kabul edilen bir normu (işkence yasağı kuralı) ilgilendirmiş olması durumunda dahi, devletlerin ülke dışı sorumluluğunun çok geniş bir biçimde yorumlanmasını öngören anlayışı reddetmektedir<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Article 4(19) du Premier Rapport sur la Protection diplomatique doc. A/CN/506, 7mars 2000.

<sup>21</sup> CEDH, 12 decembre 2001, “Bankoviç”, requete no 57207/99; CEDH, 21 novembre 2001, “Al-Adsani”, requete no 35763/97.

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Uluslararası hukukta yaşanan çağdaş gelişmeler diplomatik himaye ile uluslararası insan hakları hukuku arasındaki karşılıklı etkileşimlerin varlığının basit bir yanılsama değil, fakat gitgide güçlenen bir gerçeklik olduğunu ortaya koymaktadır. Bu çerçevede, diplomatik himaye kurumunun insan haklarının uluslararası korunması alanında etkin ve işlevsel bir rol üstlenebilmesinin yanında, insan haklarının uluslararası korunmasına ilişkin normların gelişiminin etkisi altında, diplomatik himayenin nitelik ve koşullarının belli ölçülerde bir değişim ve dönüşüm sürecine girmesi kaçınılmaz görünmektedir. Kuşkusuz, uluslararası insan hakları normlarının gelişimi, diplomatik himayenin tüm nitelik ve koşullarını aynı ölçüde ve yoğunlukta etkilememiştir. Bu etkilerin bir bölümü var olan hukuk düzeyinde (de lege lata) iken, kimi olası etkiler olması gereken boyutuna (de lege ferenda) ilişkin bulunmaktadır. Bu bağlamda insan haklarının korunmasının, diplomatik himayenin temel koşullarından olan uyrukluk koşulu üzerindeki kimi somut etkilerine karşın, diplomatik himaye yetkisinin takdir yetkisi olma niteliği üzerindeki etkiler, daha ziyade muhtemel bir aşamalı gelişim perspektifi içinde değerlendirilmek durumundadır. Zira diplomatik himayenin devletin yaşamsal çıkarlarının korunması bakımından üstlendiği emniyet sübabı rolünden dolayı, devlete bu alanda tanınmış olan takdir yetkisinin tümüyle kaldırılmasını düşünmek gerçekçi bir yaklaşım olarak görülemez ise de, devletin bu alandaki takdir marjının, uluslararası hukukta yeni bir meşruiyet koşulu olarak ortaya çıkmış bulunan insan haklarına saygı ile bağdaştırılması kaçınılmaz bir zorunluluktur. En azından, emredici normların ihlali durumları için geçerli olacak şekilde, fakat özel raportör Dugard'ın belirttiği gibi bir kodifikasyon andlaşması içinde değil de, bir denetim mekanizması içeren insan haklarının korunması sözleşmeleri çerçevesinde, diplomatik himayenin kullanılması yükümlülüğüne yönelik bir bağlı yetki durumunun öngörülebilmesinin daha gerçekçi ve işlevsel olabileceği kanısını taşımaktayız. Kaldı ki Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2004 yılında kabul ettiği, diplomatik himaye hakkındaki maddeler Taslağı, Dugard'ın öne sürdüğü görüşlerin bir süre daha yoğun biçimde tartışılacağını ve diplomatik himaye ile insan hakları arasındaki ilişkilerin ve etkileşimlerin niteliği sorununun güncelliğini koruyacağını ortaya koymaktadır<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la C.D.I, in A.G., doc.off., 59<sup>e</sup>me ses., 2004, A/59/10



**KAYNAKÇA**

- Condorelli, L.(2003), “L’evolution du champ d’ application de la protection diplomatique”, in La Protection Diplomatique, (dir.J.F.Flauss), Bruylant, 2003, s.3.
- Ress, G.(2003), “La pratique allemande de la protection diplomatique”, in La Protection diplomatique, Bruylant, 2003, s.121.
- Ridruejo, J.P. (2003), “ La pratique espagnole de la protection diplomatique”, in La Protection diplomatique, Bruylant, 2003, s.109.
- Flauss, J.F (2003), Vers un aggiornamento des conditions d’exercice de la protection diplomatique”, in La Protection diplomatique, Bruylant, 2003, s.29.
- Cafilish, L. (2003), “La pratique suisse de la protection diplomatique”, in La Protection diplomatique, Bruylant, 2003, s.73.
- Malenovsky, J.(2003), “La pratique de la protection diplomatique dans les P.E.C.O”, in La Protection diplomatique, Bruylant, 2003, s.93.
- Dugard, J.(2000), Premier rapport sur la protection diplomatique AGNU, Document. A/CN.4/506 (7 mars 2000).
- Rapport de la Commission du droit international, cinquante-troisième session, 23 avril-1’er juin et 2 juillet-10 aout 2001, doc.A/56/10 s.252.
- Thierry, H (1990), L’ evolution du droit international public, RCADI, , 1990, t.III , S.105.
- Condorelli, L. (1995), droit international public, Geneve, 1995.
- Reiterer, M. (1985), “The Protection of Refugees by the State of Asylum”, Braumüller, Wien, 1985.
- Orrega- Vacuna, F. (2000), “Interim report on The Changing Law of Nationality of claims”, International Law Association, London Conference 2000, s.631.
- Bouony, L. (1997), “Regard sur la commission d’indemnisation des Nations-Unies”, AFDI, 1997, s.116.
- Chappez, J. (1995), “La protection diplomatique”, Jurisclasseur de droit international, 1995, Fasc. 250.
- Wyler, E. (1990), La regle dite de la continuite de nationalite dans le contentieux internaional, PUF, Paris, 1990.

- Dugard, J. (2000), Premier rapport sur la protection diplomatique Additif, Doc. A/CN.4/506/Add.1.
- Bennouna, M.(1998). “La protection diplomatique, droit de l’Etat Liber Amicorum, Boutros-Ghali, Bruylant 1998, s.245.
- Pellet, a. (2001), “Droits-de l’hommisme et droit international”, droits fondamentaux (Rev. Electronique), Juillet-Decembre 2001, No:1.
- Carreau, D.(2001), droit international Public, Pedone, Paris, 2001.
- Flauss, J.F. (2004), “Contentieux europeen des droits de l’homme et protection diplomatique”, Melanges G.Cohen-Jonathan, Bruylant, 2004, s.813.
- Cohen-Jonathan, G (2000), “La territorialisation de la Convention europeenne des droits de l’homme”, RTDH, 2002, s.1069.
- Projet d’articles sur la protection diplomatique adopté par la C.D.I, A.G., doc.off., 59’eme ses., 2004, A/59/10.