

NÜKLEER SILÂHLAR VE MİLLETLERARASI INSANCIL HUKUK
İLİŞKİSİNİN DIVAN'IN 1996 TARİHLİ DANIŞMA GÖRÜŞÜ
ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Ayşe Nur TÛTÛNCÛ*

Giriş

Dünyada barışın sağlanabilmesi için milletlerarası kuruluşlar tarafından çaba sarfedilmesine ve milletlerarası andlaşmalar yapılmasına rağmen, savaşlar önlenememektedir. Bu durumun doğal sonucu, silâhlanma yarışının sürüp gitmesidir. Silâhlanma, saldırı amacına veya caydırıcılık amacına yönelik olabilir. Ancak, silâhları kullananların, en azından bunlara sahip olanların tercih ettiği gerekçe, caydırıcılık esasıdır.

Silâhların kullanacağı mekân, yerküremiz ve hedefi ise, burada yaşayan insanlar ve bunlar tarafından oluşturulan şehirler, sanayi tesisleri, ulaşım, haberleşme, enerji ve uygarlık abideleridir ki, son savaşta bunların hepsine tanık olunmuştur. Günümüzde savaşlar cephelerde yapılmamakta, yani, yalnız silâhlı kuvvetler arasında cereyan etmemektedir. Savaşan devletlerin, asker ve sivil, doğrudan insana yönelik olarak yaptığı sıcak savaşlarda kullanılan silâhlar şu şekilde sıralanabilir: Klâsik ve modern silâhlar, nükleer silâhlar, kimyasal silâhlar, biyolojik silâhlar, kozmik ve elektronik silâhlar, meteorolojik silâhlar, psikolojik silâhlar, şimdilerde belki e-teknolojinin gerektirdiği silâhlar.¹ Gerçekte, bu silâhların hepsi de büyük tehdit oluşturur. Ancak, kitle imha silâhları olarak adlandırılan nükleer, kimyasal ve

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

biyolojik silâhlar, bu sıralananlar arasında özel bir sınıfa dahildirler. Zira, bunlar duyu organları ile keşfedilemediğinden, çok daha fazla insan hayatı çok daha tehdit altında kalmaktadır.

Kitle imha silâhları içinde yer alan nükleer silâhların tehdit ya da kullanımının hukuka uygunluğu konusu, Milletlerarası Adalet Divanı'nın, 8 Temmuz 1996'da verdiği bir Danışma Görüşü'nde incelenmiştir.² Bu Görüş, o zamana kadar Divan önüne getirilen 51 Danışma Görüşünden³ ve bazı yorumculara göre Divan'ın tarihindeki en önemli kararlardan ve verilen kararlar içinde de köşe taşlarından biri olmuştur.

Divan, kitle imha silâhları içinde yer alan nükleer silâhlarla ilgili olarak kendisine sunulan bu sorunu, aynı grup silâhlardan biyolojik ve kimyasal silâhlarla mukayese ederek incelemiştir. Yakın zaman gündemini meşgul eden Irak savaşının, Koalisyon Güçlerince ifade edilen gerekçelerinden biri de, bu ülkede kitle imha silâhlarının bulundurulmasıdır. Gerçi, kitle imha silâhlarının çoğunun gizli olması ve bağımsız bir şekilde doğrulanamaması sebebiyle, Irak'ın nükleer, biyolojik, kimyasal silâh ve güdümlü füze (*ballistic missiles*) kapasite ve prog-

1 Özellikle Körfez Savaşı, akıllı bombalar, yüksek teknoloji ürünü silâhlar, elektronik algılayıcılar, gizleme yetenek ve bilişim istihbaratı açısından askerî teknolojik bir devrimin ölçütü olarak kabul edilmektedir. O zamana kadar rastlanılmayan misket(*cluster*) ve boğucu bombalar gibi silâhlar da o savaş esnasında ilk defa kullanılmıştır. Thomas W. Smith, "Yeni Savaş Hukuku: Yüksek Teknoloji ve Altyapısal Şiddeti Meşrûlaştırmak", *Liberal Düşünce*, Üç Aylık Dergi, Yıl:7, Sayı 29, Kış 2003, 62.

2 Danışma Görüşü'nün metni ve Yargıçların görüşleri için bkz:35 *International Legal Materials (ILM)* 809 (1996). Ayrıca, Görüş hakkında yazılar için bkz:D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, Fifth Edition, London, Sweet&Maxwell 1998, 924-940; P. H.F. Bekker, *International Decisions*, 91 *American Journal of International Law(AJIL)* 126 (1997); R. A. Falk, "Nuclear Weapons, International Law and The World Court: A Historic Encounter", 91 *AJIL* 64 (1997); B. H. Weston, "Nuclear Weapons and the World Court:Ambiguity's Consensus", 7 *Transnational Law & Contemporary Problems (TLCP)* 371 (1997); M. J. Matheson, "The ICJ Opinions on Nuclear Weapons", 7, *TLCP* 353 (1997).

3 28 tane Daimi Adalet Divanı'na, 23 tane Adalet Divanı'na olmak üzere getirilmiştir.

ramlarının kesin olarak tespiti mümkün olamamıştır. B.M. Özel Komisyonu (UNSCOM)⁴ ve Milletlerarası Atom Enerjisi Kurumu'nun (IAEA) Eylem Timinin geçmiş Irak programları hakkında ayrıntılı incelemeleri bulunurken, izlenen inkâr edici ve yanıltıcı politikalar ve denetçilerin Kasım 1998'de ülkeden çıkarılmaları dolayısıyla güncel kapasite hakkında bilgi sahibi olmak güçlük arzemiştir. Nükleer silâh yelpazesinin çeşitliliği ve herkesin üzerinde anlaştığı bir tanımının yapılmaması, hangi silâhın nükleer silâh kapsamında olduğunun değerlendirilmesini zorlaştırmaktadır. Ancak, Irak'ın nükleer silâh yapımında kullanılabilecek uranyum veya plutonyumu yasa dışı yollardan elde etmesinin mümkün olması, bu ülkede önceden radyolojik bomba denemelerinin yapılması ve bu çeşit silâh yapımında kullanılabilecek yeterli sayıda uzmanın mevcut olması, çeşitli menzillere atış yapabilen El-Hüseyin güdümlü füzelerinin şarbon, gıda zehiri, aflatoksin ve gaz kangreni gibi biyolojik silâhların teslim sistemi olarak kullanılabilmesi imkânı, biyolojik ve kimyasal silâh taşıyacak yeniletilmiş scud(*çok hızlı uçar*) füzeleri, seyir(*cruise*) füzeleri ve insansız hava araçlarına sahip olunabileceği endişeleri kafalarda tereddüt yaratmıştır.

A.B.D., Irak ağırlık merkezlerini⁵ tomahawk füzeleri ile vurmuştur. Irak'ta ilk olarak sınırlı bir güç kullanılmak istenmiş, ancak bunun yeterli olmayacağı değerlendirilerek konvansiyonel savaşa dönülmüştür. Tomahawk füzeleri, sınırlı güç kullanımının bir parçasıdır. Çünkü, askerî birlikleri tehlikeye atmadan düşman ülkeye gözdağı

⁴ Güvenlik Konseyi'nin 3 Nisan 1991 tarih ve 687 sayılı Kararı ile Irak ve Kuveyt'le işbirliği içindeki üye devletler koalisyonu arasındaki resmî bir ateşkesin koşulları tesis edilmiştir. Bu Kararın D Bölümü, Irak'ın kitle imha silâhlarının ve 150 km.'den daha fazla mesafedeki roket atarlarla birlikte ilgili madde ve üretim tesislerinin milletlerarası gözetim altında ortadan kaldırılmasına değinir. Aynı zamanda, devletleri yasak maddelerin elde bulundurulması ve üretiminin yeniden başlamasına engel olmak için önlemler alma-ya davet eder. Özel Komisyon, kararın nükleer kapsamlı olmayan hükümlerini icra etmek ve nükleer alanlarda Milletlerarası Atom Enerjisi Kurumu'na yardım etmek üzere kurulmuştur. Bu konu, Kararın 7'den 13'e kadar paragraflarında yer alır.

⁵ Her iki tarafın baskın özellikleri dikkate alınarak, belirli bir ağırlık merkezi geliştirilir. Her şeyin bağlı olduğu güç ve hareketler, bu noktaya yönlendirilir.

verebilmek mümkün olabilmektedir. Teknik olarak, tomahawk füzele-
rine nükleer başlık takmak mümkündür. Ancak, bu başlıkların
Irak'ta kullanılıp kullanılmadığı konusunda bir kaynak mevcut de-
ğildir. Bu yüzden, A.B.D'nin de nükleer silâhlarının olduğu ve kullandı-
ğı tartışması netleşmemektedir. Askerî kaynakların değerlendirmel-
eri, kullanılmadığı yönündedir. Çünkü, belli bir süre sonra aynı mev-
kilere kendi askerlerini de sokmuştur. Kendi askerlerinin de nükleer
başlıkların yan etkisinden etkilenmeleri durumu söz konusu olabilir.
Bu husus, atılan nükleer güç ile doğru orantılı olacaktır. Aynı zaman-
da nükleer bir güç kullanılmış olsa idi, diğer ülkeler bu durumu he-
men fark ederek savaşa karşı oluşturulan kamuoyunu bu hususta
kendi lehlerine kullanabileceklerdir. Diğer ülkelerin ellerindeki tek-
noloji, bu durumu tespit etmeye yeterlidir.

Tüm bu hususların kesinliği doğrulanamasa bile, gerçek olduğu var-
sayımı ile hareket edilirse, bu Görüş'te belirtilen sonuçların önemi
açıkça ortaya çıkar. Bu yazı, nükleer silâhlara başvurunun, esas iti-
barıyla özünü milletlerarası insancıl hukukun kural ve ilkelerinin
oluşturduğu söz konusu Danışma Görüşü ışığında ve özellikle silâh
kullanımına dair milletlerarası insancıl hukukun ve ilkeleri çerçeve-
sinde değerlendirilmesini amaçlamaktadır.

I- Nükleer Silahların Hukuka Uygunluğu Sorununun Genel Çerçevesi

Nükleer silâhlarla ilgili hukuka uygunluk sorununun Divan önünde
ileri sürülmesinin arkasındaki itici güç, bir grup sivil toplum örgütü
olmuştur.⁶ Bunlar, WHO'nun üyelerini ve sonuçta da, Genel Kurul'u
başarılı bir şekilde ikna etmiştir.

14 Mayıs 1993'te Dünya Sağlık Konseyi, Divan'a şu soruyu yönelt-
miştir:

⁶ Bu girişim, aslı 1980li yılların sonunda biçimlendirilen Nükleer Silâhlara Karşı Milletlerarası Hukukçular Derneği, Nükleer Savaşın Önlenmesi İçin Milletlerarası Doktorlar, Milletlerarası Barış Bürosu olan Dünya Mahkemesi Projesi tarafından başlatılmıştır. Daha sonraysa içinde Yeşil Barışın da içinde bulunduğu 10 kadar örgüt bu girişime katılmıştır. Bkz: Manfred Mohr, "Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons under International Law-A Few Thoughts on

“Sağlık ve çevresel alandaki etkilerini dikkate alınca, bir devletçe savaşta ve diğer silâhlı çatışmalarda kuvvet kullanılması, o devletin WHO Anayasası dahil olmak üzere milletlerarası hukuk altındaki yükümlülüklerinin ihlâli olacak mıdır?”⁷

Bir yıl sonra ise, B.M. Genel Kurulu Divan’dan WHO’nun istediğinden daha geniş bir kapsamı olan şu sorunun cevaplanmasını istemiştir:

“Milletlerarası hukuka göre herhangi bir hal ve durumda, nükleer silâh tehdidine veya kullanılmasına izin verilmiş midir?”⁸

Nükleer silâh tehdit ve kullanımının lehine ve aleyhine yapılan tartışmalar, Görüşün verilmesi sürecindeki yazılı ve sözlü aşamalar boyunca devam etmiştir.

Nükleer silâhların kullanılmasının hukuka uygun olduğunu destekleyen devletler⁹, Divan’ın her iki isteme cevap vermede yetkisini tartışmaya, kısaca, bir yandan WHO’nun bu nevi bir istemde bulunabilmesi için yetkisinin olmadığını ve diğer yandan Genel Kurul’un talebinin belirsiz ve soyut niteliğini ve bunun silâhsızlanmaya dair görüşmelere muhtemel olumsuz etkisini ileri sürerek başlamışlardır. Bu noktada esas itibarıyla şu hususlara işaret edilmiştir:

- * nükleer silâhların kullanılması hususunda açık bir yasak olmaması;
- * milletlerarası toplumun önemli bir bölümünce ve başlıca batılı devletlerce kesin olarak karşı olunduğu için bu silâhların kullanılmasını kınayan Genel Kurul Kararları’ndan gerçek bir *opinio juris* çıkarmanın mümkün olmaması¹⁰;

ius Strenghts and Weaknessses”, 316 *International Review of the Red Cross*, 92,102 (1997).

⁷ Resolution WHA 46.40 of 14 May 1993. Bkz: WHO’nun talebine dair meseleler için, A.V. Lowe, “Shock verdict:Nuclear War May or May Not Be Unlawful”, *Cambridge Law Journal*, 1996, 415.

⁸ A/Res. 49/75K of 15 December 1994.

⁹ Diğerleri yanında, A.B.D., Birleşik Krallık, Fransa’nın yazılı ve sözlü açıklamaları için bkz:Opinion, paras. 15-19.

¹⁰ E. Kristponsdottir, “The Legality of Nuclear Weapons”, 30 *N.Y.U. J.I.* 328 (1997-1998).

- * nükleer silâhlara başvurunun hukuka uygun olduğunu örtülü olarak tanıdığı belirtilen bir bütün olarak milletlerarası toplumca kabul edilen caydırıcılık uygulaması¹¹;
- * bazı nükleer güçlerin, saldırı durumunda nükleer silâhlara başvurma hakkını saklı tuttıkları *Tlatelolco ve Rarotonga Andlaşmaları*'ni¹² aktederken yaptığı ve diğer akitlerce itirazla karşılanmayan bildirimler;
- * saldırıya uğrayan bir devletin meşrû müdafaada bulunurken nükleer silâhları kullanma hakkı.

Nükleer silâhların kullanılmasının hukuka uygun olduğuna itiraz edenler¹³, Divan'ın her iki görüş istemine de cevap vermesi gerektiğini iddia etmişlerdir. Onlara göre, WHO, 1980li yıllardan beri nükleer silâhlar sorununu incelemektedir. Böylece, öne sürülen sorun onun yetki alanı içindedir. Her iki istem de, B.M. Şartı'nın 96. maddesi anlamında hukukî sorunlardır. Divan'ın bunlara cevap vermesi gerekir. İşin esası, nükleer silâhların düşmanca amaçlar için kullanılmasının yarattığı etki düşünüldüğünde bu kullanımın açık bir şekilde hukuka aykırı olduğu görülür.

Divan, bu konularda ayrıntıya girmeden önce, B.M. Şartı'nın m.96/2 uyarınca, teşkilât faaliyetleri kapsamında doğan bir soruna ilişkin olmayan bir meseleye dayanan WHO'nun talebine cevap vermeyi reddetmiştir.¹⁴

Ancak, Divan, B.M. Genel Kurulu tarafından huzuruna getirilen sorunu ele almayı kabul etmiştir. Böylelikle, bazı nükleer güçlerce ileri sürülen yetkisizlik ve kabul edilmezlik itirazlarını da reddetmiş olur

11 Ibid., 341.

12 14 Şubat 1967 tarihli Lâtin Amerika'da Nükleer Silâhların Yasaklanmasına Dair Tlatelolco Andlaşması, 6 *ILM* 521(1967). 6 Ağustos 1985 tarihli Güney Pasifikte Nükleer Silâhtan Arındırılmış Bölgeye Dair Rarotonga Andlaşması, 24 *ILM* 1440 (1985).

13 Diğerleri yanında, Mısır, Hindistan, Solomon Adaları, Malezya ve Nauru'nun yazılı ve sözlü açıklamaları .

14 Milletlerarası Adalet Divanı, *Legality of The Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinion of 8 July 1996 (WHO), para.20 ff .

Divan, incelemesinde başlangıç noktası olarak milletlerarası hukukun nükleer silâhların bazısının veya hepsinin açık bir şekilde yasaklandığı bir kural içerip içermediğinin bilinmesinin gerekli olduğu önermesini kabul etmiştir. Divan'ın Görüşü, aynı zamanda böyle bir yasaklamanın bulunabileceği milletlerarası hukuk alanlarını teşhis etmek açısından da önem taşımaktadır. Nükleer silâhların kullanılmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürenler, sadece B.M. Şartı'na değil, milletlerarası insancıl hukuka ve aynı zamanda bunlardan oldukça bağımsız bir şekilde insan hakları ve çevre hukukuna da dayanmışlardır. Bu alanlar, çağdaş milletlerarası hukuktaki en dramatik gelişmeleri kapsayan sınıraşan görüş açılarıdır.¹⁵ Ancak Divan, nükleer silâhların kullanılmasının hukuka uygunluğu sorununun, Şart ve silâhlı çatışmada uygulanabilen hukuka¹⁶ atıfla belirlenmesinin gerekli olduğunu kabul etmiş, nükleer silâh tehdidi veya kullanımının, kural olarak silâhlı çatışma hukukunu ihlâl ettiğini başkanın belirleyici oyu ile yediye yedi oyla sonuçlandırmıştır. Ayrıca, bu tehdit veya kullanımın, meşrû müdafaa uç durumunda veya devletin hayatta kalması için gerekli ise, hukuka aykırı olup olmadığını sonuçlandıramadığını da eklemiştir.

Divan, *inter alia* şu bulgulardan sonra, nükleer silâhların kullanımının *kural olarak* hukuka aykırı olduğu sonucunu çıkarır:

- * bu silâhlar, potansiyel olarak felâket yaratırlar. Zira, tahrip edici gücü, zaman ve yer olarak sınırlandırılmaz. Bütün uygarlığı ve bütünüyle yerkürenin ekosistemini yok edecek potansiyeli haizdir.¹⁷
- * radyasyon sebebiyle çevreye ve gelecek nesillere zararlı olacak etki doğururlar. Radyasyonun iyonlaştırılması, gelecekteki çevre, yiyecek ve deniz ekosistemine zarar vermek ve gelecek nesillerde genetik etkiler ve hastalıklara sebep olmak potansiyelini haizdir.¹⁸

15 P. W. KAHN, "Nuclear Weapons and the Rule of Law", 31, *New York University Journal of International Law and Politics* J.I. 381 (1998-1999)

16 Bilgi için bkz:N. Rostow, "The World Health Organizations, The International Court Of Justice and Nuclear Weapons", 20 *Yale Journal of International Law* 166 (1995).

17 Opinion, para.35.

18 Loc. cit.

- * gerginlik riskini sınırlamak için¹⁹ yeterli kesinliği haiz olan taktik nükleer silâhların varlığı farzedilse bile, hiçbir devlet bu sınırlı kullanımın, yüksek verimli nükleer silâh kullanımını arttırma eğiliminde olup olmayacağını göstermeye muktedir değildir.²⁰
- nükleer silâhların yeni olması, Birleşik Krallık, A.B.D. ve Rusya Federasyonu tarafından da tanınmış olduğu gibi, milletlerarası insancıl hukukun bunlara uygulanabilirliğine karşı bir argüman değildir.²¹
 - Martens şartı²², milletlerarası insancıl hukukun nükleer silâhlara uygulanmasını onaylar.²³
 - tarafsızlık, hangi çeşit silâh kullanılırsa kullanılsın bütün milletlerarası silâhlı çatışmalara uygulanabilir.²⁴
 - sivil ve askerî hedefler arasında herhangi bir ayırımı önleyecek veya çarpışanların gereksiz acı çekmesiyle sonuçlanacak savaş yöntem ve araçları yasaklanmıştır. Gerçi nükleer silâhların benzersiz özellikleri karşısında, bu silâhların kullanılması, bu gibi gerekliliklerle nadiren uzlaşır gözükür.²⁵

Divan, nükleer silâhların kullanımının hukuka aykırı olduğuna dair sonuca varırken, bu bulguyu maalesef şu hususlarda gözlem yaparak yumuşatır:

- Her devletin hayatta kalma, böylelikle B.M. Şartı'nın 51. maddesi uyarınca meşrû müdafaaya başvurma temel hakkı vardır.²⁶

19 Opinion, para.43.

20 Ibid., para.94; cf. para.43.

21 Ibid., para.86.

22 Bu şartın modern bir ifadesi, 1977 tarihli Ek Protokol I'in m.1/2'de bulunabilir: "*Sivil ve çarpışanla, bu Protokol veya diğer milletlerarası anlaşmaların kapsamadığı durumlarda, yerleşik teamül, insanlık ilkeleri ve kamu bilincinin emirlerinden çıkan milletlerarası hukukun, koruma ve otoritesi altında kalır.*", 16 ILM 1391 (1977).

23 Opinion, para.87.

24 Ibid., para.89.

25 Ibid., para.95.

26 Ibid., para.96.

- Milletlerarası toplumun kayda değer bir bölümü, caydırıcılık siya-
setine bağlıdır.²⁷
- Tlatelolco ve Rarotonga Andlaşmaları kabul edildiği zaman, nükle-
er silâhlara sahip olan devletler, bir nükleer güç yardımıyla bir
devletçe işlenen saldırı durumunda bunları kullanma hakkını sak-
lı tutmuştur.²⁸
- Bu devletler, *Nükleer Silâhların Yaygınlaştırılmamasına Dair
Andlaşma*'nın²⁹ yaygınlaştırılmasıyla ilgili benzer çekinceler koy-
muşlardır.³⁰

II- Nükleer Silâh Tehdidi Ya Da Kullanımında Milletlerarası İnsancıl Hukukun İlke ve Kurallarının Rolü

Milletlerarası Adalet Divanı, bu Danışma Görüşü ile ilk kez *milletle-
rarası insancıl hukukun* bazı kurallarını³¹ ayrıntılı olarak incelemeye
davet edilmiştir. Başka örneklerde, en yakın örnek olarak da *Nikara-
gua Davası*'nın³² hiç bir yerinde, bu çeşit geniş bir incelemeye yer ve-
rilmemiştir. Danışma Görüşü, insancıl hukukun kurallarının teamüli
niteliğine dair önemli bulgular içerir ve bu kuralların ve diğer kural-
larla ilişkilerinin yorumuna dair ilginç açıklamalarda bulunur. Böyle-
ce milletlerarası insancıl hukukun kural ve ilkeleri bu Görüş'ün
özünü oluşturmaktadır diyebiliriz. 74 ve 95'inci paragraflar arasında
açıkça bu konuya göndermede bulunulur ve hükmün D ve E bölümler-
i gibi, yargıçların ayrı, karşı görüş ve açıklamalarında, nükleer silâh
tehdidi veya kullanımına dair söz konusu kural ve ilkelerin ilgili rol-
lerine temas eden pek çok kısım yer almaktadır. Danışma Görüşü'nün
sonuçları bazıları, kesinlikle olmak üzere eleştirilebilir. Ancak, yo-

27 Loc. cit.

28 Ibid.

29 7 ILM 809(1968).

30 Opinion para. 96.

31 Ayrıntılı bilgi için bkz: Malcolm N. Shaw, *International Law*, Fourth Edition,
1997, Cambridge University Press U.K., 806 vd.

32 Nicaragua v. United States, Case Concerning Military and Paralimitary Ac-
tivities in and Against Nicaragua(Merits) *I.C.J. Reports* 1986, 14.

rumları, insancıl hukukun çağdaş milletlerarası hukuktaki yeri ve rolüne dikkat çekmektedir. Kısaca, bu sonuçlar insancıl hukuk genel teorisinin ilerlemesine ve gelişmesine yardım edecek ve dünyadaki etkinliğini arttıracaktır.

Divan'ın gerekçesindeki bazı aşamalar, nükleer silâh tehdidi veya kullanımına ilişkin olduğu için milletlerarası insancıl hukukun genel ilkelerine yaklaşımını anlamak açısından çok önemlidir. Öncelikle Divan, nükleer silâhların benzersiz niteliğini ele alır. Nükleer patlamanın diğer silâhlara nazaran çok daha fazla şekilde güçlü olduğunu ve radyasyonun nükleer silâhlara özgü olduğunu kabul eder.³³

İkinci olarak, milletlerarası hukukun ve özellikle milletlerarası insancıl hukukun ilgili ilkelerinin, nükleer silâh tehdit veya kullanımını düzenlediğini gözlemler. Bu aşikâr ilke açıklaması, Divan huzurunda görünen beş nükleer silâh devleti de dahil olmak üzere, bütün devletlerce açık bir şekilde kabul edilmiştir.³⁴

Üçüncü olarak, Divan, önündeki meseleyle ilgili devlet uygulaması vasıtasıyla gelişen teamül kurallarını tanıır. Bu çerçevede, özellikle, çarpışanların düşmana zarar verecek araçları kabul etmek hakkının sınırsız olmadığını tekrarlar.³⁵

Divan Görüş'ünde, "*insancıl hukukun dokusunu oluşturan başlıca ilkeler*"i sıralamıştır: Bunlar, *ayırt etme ilkesi, fark gözetmeyen silâhların kullanılmasının yasaklanması, çarpışanların gereksiz acı çekmelerine karşı yasaklama ve devletlerin kullandıkları silâhlarda sınırsız araç seçimini haiz olmadıkları* olgusudur.³⁶

İlk bakışta bu ilkelerin uygulanması akla yatkın her durumda huku-

33 Opinion, para.35.

34 Ibid., para.22.

35 m.22, 1907 tarihli Kara Savaşındaki Kural ve Örflere İlişkin Lahey Düzenlemeleri, *International Law Concerning the Conduct of Hostilities, Collection of Hague Conventions and Some Other International Instruments*, International Committee of the Red Cross, Geneva, Revised and updated edition, 1994-1996, 13; T.C. Genelkurmay Başkanlığı, *Silâhlı Kuvvetler İçin Savaş Hukuku Bilgisi*, Ankara 1987, 347; Opinion, para.77.

36 Ibid., para.78.

ka aykırılık sonucuna götürür. Nükleer silâhların sivil nüfusa karşı kullanılması kesinlikle yasaklama kapsamına girer. Ancak, küçük, düşük getirili taktik nükleer silâhların sivil nüfusun yaşadığı merkezlerden uzaktaki askerî hedeflere karşı kullanılabileceği ve böyle bir kullanımın milletlerarası insancıl hukukun genel ilkelerine zorunlu olarak uygun olması gerekmediği tartışmaları ortaya çıkarılmıştır.³⁷ Genel ilkelerin özel durumlara uygulanması, yargı gelişimi sürecinde esash önem taşır. Divan, bu sürecin devreye girmesinde başarısız olmuştur. Bunun yerine, nükleer silâhların ve bunların kullanımının, milletlerarası insancıl hukukun genel ilkeleriyle nadiren uyuştugu ve hukukun ilke ve kurallarıyla nadiren farklı olacağını sonuçlandırmaya muktedir olmadığını ifade eder.³⁸

Divan, *ayırt etme ilkesinin*, “sivil nüfusun, sivil hedeflerin korunmasını amaçladığını ve çarpışan ve çarpışmayanlar arasında ayırım tesis ettiğini” belirtir.³⁹

Bu Görüş nükleer silâhların kullanımının hukuka uygunluğuna dair olduğu için, bu açıklama, özel silâhların kullanımının nasıl etkileneceği anlamında düşünülür. Ancak, bu husustaki hüküm yalnızca *Ek Protokol I*⁴⁰ 48’inci maddesinde andlaşma formunda bulunabildiği için, Divan’ın Görüşü’nde insancıl hukukun başlıca ilkelerinden biri olduğunun yeniden tesis edilmesi önemlidir. Çarpışan ve çarpışmayanların statüsünü tesis edenlerden, sivil nüfusun açıktan öldürülmesinin yasaklanmasına kadar birçok kurallar bu ilkedен kaynaklanır.

³⁷ Taktik silâhların milletlerarası insancıl hukuka uygun olmadığı tartışmaları için bkz:William R. Hearn, “*The International Legal Regime Regulating Nuclear Deterrence and Warfare*”, 61 *British Yearbook of International Law* 199,232-44(1990); Burns H.Weaston, “*Nuclear Weapons Versus International Law: A Contextual Reassessment*”, 28 *McGill Law Journal(MGLJ)* 543,581,587 (1983); Daniel J. Arbess, “*The International Law of Armed Conflict in Light of Contempororary Deterrence Strategies:Empty Promise or Meaningful Restraint?*” 30 *MGLJ* 89,111-121 (1984).

³⁸ Opinion, para.95.

³⁹ Loc. cit., bkz:Savaş Zamanında Sivil Kişilerin Korunmasına dair Dördüncü Cenevre Konvansiyonu,; R.G. 30 Ocak 1953, 8322, 5407.

⁴⁰ 16 *IL M* 1391 (1977).

Ayırt etme genel ilkesi ve buna eşlik eden çarpışan ve çarpışmayanları ayırt etmeye muktedir olmayan silâhların yasaklanması ile ilgili olarak Higgins, aşikâr olduğu için nükleer silâhların sivil bir hedefe karşı kullanılmasının açık bir şekilde hukuka aykırı olduğunu kabul etmiştir. Ancak, nükleer silâhların dolaylı olarak sivillere de zarar vermesiyle sonuçlanabilecek askerî bir hedefe karşı kullanılması daha karmaşıktır. Burada hukuk, askerî gereklilik ve insaniyet (*humanity*) ölçütleri arasında bir dengeleme yapılmasını gerektirir. Herhangi bir dolaylı zararın, hukuka uygun askerî amaca ulaşmaya orantılı olması gerekir. Bu, kaçınılmaz olarak derece sorunlarını içerir. Bir hedef hukuka uygun olsa bile, nükleer silâh kullanılması onu tahrip için tek yol idiyse, kullanıcının, hâlâ sivillere kitle halinde dolaylı zararlar sonuçlanacak bir gerekliliği doğrulaması gerekir. Yargıç Higgins, nükleer silâhların tüm etkileri bakımından bütüncül olmadığını ve çeşitli silâhları içerdiğini ileri sürer.⁴¹ Ancak, herhangi bir nükleer silâh, yalnızca askerî hedefe yönelmeye muktedir olmaması ve dolayısıyla sivil ve askerî hedefler arasında ayırım yapamaması kapsamında hukuka aykırıdır.⁴²

Fark gözetmeyen silâhların kullanılmasının yasaklanması ilkesi, Divan'ca şimdiye kadar bir davada bu derecede detaylı olarak incelenmemiş bir ilkedir.⁴³ Orantılılık ilkesiyle ilişkisi, karışıklığa neden olabilir. Dolayısıyla, yargıçların bu kuralı yorumlarken görüldüğü çoğunluk değerlendirilirken dikkatli olmak gerekir. Divan'ın bütün yargıçları bu ilkeyi sadece bir teamül kuralı olarak kabul etmekle kalmamış, Yargıç Bedjaoui, bunu *jus cogens* olarak kabul ederken⁴⁴, Yargıç Guillaume bunun *mutlak* bir ilke olduğunu belirtmiştir⁴⁵. Divan ise, şunu belirler:

41 Yargıç Higgins'in Karşı Görüşü, para.24.

42 loc cit.

43 Silâhlarla saldırı konusunda bir mahkemece milletlerarası hukuk ışığında inceleme yapılması *Shimoda Davası*'nda olmuştur. Bu davada Bölge Mahkemesi, fark gözetmeyen silâh anlamını incelememiş ama, bir savaş yöntemi olarak fark gözetmeyen bombalamanın hukuka uygunluğuna bakmıştır. R. Falk, "The Shimoda Case: a legal appraisal of the atomic attacks upon Hiroshima and Nagasaki", 59, (AJIL) 759 (1965).

44 Yargıç Bedjaoui'nin Açıklaması, para. 21.

45 Yargıç Guillaume'nin Ayrı Görüşü, para.5.

“Devletler, hiç bir zaman sivilleri saldırı konusu yapmamalıdır ve sonuç olarak silâhlarının sivil ve askerî hedefleri ayırması mümkün değilse, asla kullanılmamalıdır.”⁴⁶ Dolayısıyla Divan, fark gözetmeyen silâhlarla, siviller üzerine kasıtlı bir saldırıyı eşdeğer tutmuştur. Fark gözetmeyen silâhların yasaklanması, teamül olarak kabul edildiği, fark gözetmeyen silâhları yasaklayan andlaşma formu olarak sadece bütün devletlerce onaylanmamış olan *Ek Protokol I*⁴⁷ varolduğu ve yalnızca bu andlaşmada hangi tip silâhların bu kuralla çatışacağına dair genel bir açıklama olduğu için önemlidir. Divan’ın mantığı izlenirse, *Ek Protokol II*’de⁴⁸ bulunan siviller üzerine kasıtlı saldırı yasağı, kendiliğinden fark gözetmeyen silâhların Protokolün uygulandığı milletlerarası olmayan silâhlı çatışmalarda kullanılmaması gerektiği anlamına gelir. Bu ölçüte karşı denenebilen herhangi bir silâh, onlarla çatışırsa, bu silâhın kullanılmasını yasaklayan herhangi bir özel andlaşmaya veya devlet uygulamasına bile ihtiyaç olmaksızın yasaklanabilir. Divan, sorun olan silâh, kurala uysa da uymasa da, herhangi bir olaydaki hukuka uygunluğun bir devletin rızasına bağlı olduğunu söylemiş değildir; fakat, böyle bir hüküm vermeye hakkı olduğunu açık bir şekilde belirtmiştir.

Divan’ın *sivil ve askerî hedefleri ayırmaya muktedir olmamayı* ne kadar kesinlikte algıladığına bakmak gerekir. Bir silâhın, böyle bir ayırımı bizatihi kendisinin yapamayacağı şüphesizdir. Bu konuda, *Ek Protokol I*’de daha doğru bir ifade kullanılmıştır. M.51/4(b) ve (c), çatışmanın fark gözetmeyen yöntem ve vasıtalarını tanımlamıştır:“(b)-... özel bir askerî hedefe yöneltilmemiş olan; (c)- ... bu Protokol’un aradıklarıyla sınırlanamayan etkiler” ve son olarak her iki durumda da, askerî hedefleri, sivilleri veya sivil hedefleri fark gözetmeden vurmak özelliğidir. Nükleer silâhlar, özel bir askerî hedefe yönlendirilebileceği için ilk ölçütü ihlâl etmediği tartışılabilir. Gerçekte ise, göndermede bulunabilen *teslim sisteminin*(*delivery system*) doğruluğudur. Üç yargıç, nükleer silâhların yalnızca ilk ölçütü kullanarak doğası gereği mutlak olarak fark gözetmeyen olmadığına karar vermiş gözükür. Bunlardan yalnızca Yargıç Higgins karşı görüşünde⁴⁹, fark gözetmeyen

⁴⁶ Opinion, para.78.

⁴⁷ *Protocols I and II to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 16 ILM 1391 (1977). Ek Protokol I için bkz: 1396.

⁴⁸ Ibid., 1442.

⁴⁹ Yargıç Higgins’in Karşı Görüşü, para.24.

silâhları tanımlamak girişiminde bulunmuştur. Bir silâhın *per se* hukuka aykırı olabileceği sonucuna, dolaylı zarar meydana gelse bile, yalnızca askerî bir hedefe kilitlendirilmeye muktedir olamaması durumunda varır. “*Bütün nükleer silâhların eşsiz ve derinden yıkıcı özelliklerine rağmen, tam terim, etkide tek olmayan bir çok silâhı kapsar. Özel bir nükleer silâhın, bu ayırımı yapmaktan âciz olduğu kapsamda kullanılması hukuka aykırı olacaktır.*”⁵⁰ Yargıç Guillaume, Divan’ın verdiği tanıma çok fazla bir şey ilâve etmez ve karşı görüşünde, nükleer silâhlar hususunda vardığı sonuç ne olursa olsun gerekçesini vermez. “*Teamül hukuku tek bir kesin yasaklamayı ihtiva eder ki, bu, askerî ve sivil hedefler arasında ayırım yapamayan kör silâhlar denilen silâhların kullanılmasına ilişkin olmalıdır.*”⁵¹ Schwebel, bu hususta biraz zorluk olduğunu kabul eder. “*Nükleer silâhların kullanımını yöneten insancıl hukukun ilkelerini sonuçlandırmak zor değilse de, -.....askerî ve sivil hedefler arasında ayırım yapma-, bunu söz konusu ilkelerin uygulanmasının kolay olduğu sonucu izlemez.*”⁵² Mamafih, Yargıç Schwebel daha sonra farklı kullanımlara ve bunların hangisinin hukuka uygun veya aykırı olup olmadığına dair tahliline devam eder ve o da, nükleer silâhların doğası itibarıyla fark gözetmeyen olmadığına karar verir.

Ek Protokol I, m.51, para.4’deki ikinci ölçüt, bir silâhın etkileri bu “*Protokol’ün aradıklarıyla sınırlandırılmazsa*”, hukuka aykırı sayılmasıdır; bu, muhtemelen özellikle paragrafın son ifadesi ışığında değerlendirilirse, etkileri ayırım ilkesini başka şekilde ihlâl etmeyen anlamına gelir.

Burada kastedilen nedir? Bir varsayım, gerçekten orantılılık ilkesi (alt para.b) ve alan bombardımanının yasaklanması (alt para.a) olarak çevrilebilecek m.51/5’te yeralan “*fark gözetmeyen saldırılar*” diğer ölçütü olabilir. Bunların ikisi de, inkâr edilemez bir şekilde teamül kuralıdır. İmkânsız olmamasına rağmen, orantılılık ilkesinin, nükleer silâhların doğası itibarıyla fark gözetmeyen olup olmadığını tespit etmek için kullanılması çok zordur. Alan bombardımanının yasaklanması ile ilgili olduğu kadarıyla, *Protokol*’de şekillendirilen bu kuralın

50 Loc. cit.

51 Yargıç Guillaume’nin Ayrı Görüşü, para.5.

52 Başkan Yardımcısı Schwebel’in Karşı Görüşü, 7.

da, bir ölçüt olarak kullanılması m.51/5 (a)'nın ifadesi, yerleşik bir alanda birkaç ayrı askerî hedefe tek bir hedefmiş gibi davranarak saldırmak niyetini gerektirdiğinden zordur. Herhangi bir silâhın özelliği hususunda karara varırken, silâhın plânlanan kullanımlarından biri, sivillere ait bir merkezden uzak olan bir askerî hedefe saldırmak olabileceği için bu farzedilemez.

İkinci varsayım, *Protokol*'ün 51. maddesinin diğer kısımlarından cevap bulmaya çalışmaktır. Ama daha ziyade, *ayırım ilkesinin* gerekli anlamına dayanarak karar vermektir. Bu ilke, insancıl hukuka göre hukuka uygun olan bir amaca ulaşmak için, hedef ve silâh seçimi ve sivil kişiler ve mallar bir yanda ve çarpışanlar ve askerî hedefler diğer yanda olmak üzere belirtilenlere saygı gösterilmesini koşul olarak arar. Bu durum, plânlama ve saldırıların etkisinin yeterli bir derecede öngörülebilir olmasını gerekli kılar. Gerçekten orantılılık ilkesi, saldırı öncesi beklenen sonuçların değerlendirilmesini gerekli kılar. Tartışılan silâh tamamen öngörülemeyen etkileri haiz ise, bunlardan hiç biri mümkün olamaz. Çünkü, meselâ havanın etkisine bağlıdır. Fark gözetmeyen silâhlar ikinci ölçütü ile, doğru hedeflense ve tam işlev görse bile, silâhın, kendi hayatlarını avucuna almasının muhtemel olduğu ve sivil veya çarpışanlara gelişigüzel olarak önemli bir derecede vurduğu bu gibi durumları kapsamına almasının amaçlandığı ileri sürülebilecektir.

Görüş'te ve diğer yargıçlarca yapılan değerlendirmelerde belirtilenlere dönersek, nükleer silâhların fark gözetmeyen niteliğine dair bir karar verebilmek için, onun niteliğine dair bulgular önem taşır. Kendisine sunulan bilimsel kanıtlara dayanarak Divan, şu sonuçlara varmıştır. "*Bu hukuku mevcut davaya uygulamada Divan, nükleer silâhların belirli benzersiz karakterini dikkate almada başarısız değildir. Nükleer silâhlar, enerjisi atom patlaması ve yayılmasıyla açığa çıkan patlayıcı araçlardır. Bu durumda sadece ısı veya enerji değil, aynı zamanda güçlü ve uzun ömürlü radyasyon da açığa çıkarırlar..... Bu özellikler, nükleer silâhları potansiyel olarak felâket yaratan silâh haline getirir. Bunların yıkıcı gücü, ne mekân ve ne de zamanda depolanamaz. Dünyanın bütün ekosistemini ve bütün medeniyeti yok etme potansiyelleri vardır.*

Nükleer bir patlama ile açığa çıkan radyasyon, sağlık, tarım, tabii kaynaklar ve geniş bir alandaki nüfusu etkileyecektir. Ayrıca, nükleer

*silâhların kullanılmasında gelecek nesil için ciddî bir tehlike mevcuttur. Radyasyon iyonlaşması, gelecek çevre, gıda ve denizlere zarar ve gelecek nesiller için genetik kusur ve hastalıklara neden olma potansiyelini haizdir.”*⁵³

Divan, Görüş’ünde nükleer silâhları şöyle değerlendirmiştir: Nükleer silâhların benzersiz niteliği karşısında, bu silâhların kullanımı gerçekten bu koşullarla nadiren uyuşur görünür. Ancak, Divan, kendisini nükleer silâhların kullanılmasının her halükârda zorunlu olarak silâhlı çatışmada uygulanan kural ve ilkelerle çelişkili olacağını kesinlikle sonuçlandırmak üzere muktedir kılan yeterli unsurların olmadığını düşünmektedir.⁵⁴ Divan’ın nükleer silâhların tahrip edici gücünün, ne zaman ve ne de mekânda içerilemeyeceğine ilişkin bulgusu dikkate alınınca, bu bulgunun ikinci cümlesi şaşırtıcıdır. Ancak, bunu tek bir düşünceden ziyade, iki farklı çeşit bakış açısını yansıtan iki cümle olarak görmek daha doğrudur. Bu gönderme, hâlihazırda nükleer silâhların doğası gereği zorunlu olarak fark gözetmeyen özellik taşıdığını belirten veya ima eden üç yargıç tarafından yapılmıştır.(Bunlardan ikisi, Görüş’e muhalefet etmiştir.) Sekiz yargıç(Bunlardan üçü, Görüş’e muhalefet etmiştir.) esasen aşırı tahrip edici niteliğini kendilerine dayanak olarak alarak, herhangi bir nükleer silâhın kullanımının insancıl hukuku zedeleyeceğini ve radyasyonun kontrol edilemez şekilde sivil ve çarpışanları benzer şekilde etkilediğini belirtmiştir. Burada özellikle üç yargıcın görüşü belirtmeye değerdir.

Yargıç Fleischhauer şöyle söyler: “Nükleer silâh, silâhlı çatışma ve tarafsızlık hukukuna uygulanabilen hukukun altını çizen insancıl mülahazaların reddidir. Nükleer silâh, sivil ve askerî hedefleri ayırmaz”.⁵⁵

Yargıç Bedjaoui, “nükleer silâhların, mağdurlarını, çarpışan ve çarpışmayan ayırımı yapmadan karıştırarak vurmak özelliği olduğu görülür... Nükleer silâh kör bir silâhtır ve böylelikle esas özelliği, insancıl hukukun silâhların kullanımındaki basiret kurallarını zedelediğini” belirtir.⁵⁶

53 Opinion, para.35.

54 Ibid., para.95.

55 Yargıç Fleischhauer Ayrı Görüşü, para.2.

56 Yargıç Bedjaoui’nin Açıklaması, para.20.

Yargıç Herczegh, "Görüş'ün bulgularında dikkat çekilen milletlerarası insancıl hukukun temel ilkelerinin, kategorik ve kesin olarak nükleer silâhları içeren kitle imha silâhlarının kullanımını yasakladığını" belirtir.⁵⁷

Yargıçların çoğunluğu, nükleer silâhların doğası gereği fark gözetmez olduğunu kabul eder. Bunu, nükleer silâh sisteminin başlangıçtaki hedef kabiliyetine göre değil, çarpışanlar ve askerî hedefler ve siviller ve sivil hedefler arasında doğru bir ayırım yapmaması anlamında olan zararlı, kontrol edilemeyen etkiler açısından yaparlar. Bu yorum, diğer silâhların değerlendirilmesi için de yararlı olacaktır.

Görüş, *orantılılık ilkesi*'ne doğrudan bir göndermede bulunmaz; ama, yukarıda belirttiğim gibi, bazı yargıçlar bunun teamül niteliğini kabul eder. Yargıç Higgins, Schwebel ve Guillaume, belirli durumlarda nükleer silâhların aynı eğilimdeki etkilerinin aşırı olmayacağını kabul edilmesi için bu ilkeye dayanmışlardır. Yargıç Higgins ve Guillaume, bu hususta sınırlayıcıdır ve nükleer silâhların sebep olduğu zarar çok büyük olursa, sadece uç hal ve durumlarda, aynı eğilimdeki etkilerin aşırı olmaması için askerî hedefin kâfi derecede önemli olacağını belirtirler. Mamafih, amaç çeşitlerinin somut örnekleri verilmemiştir. Yargıç Higgins, gerekli durumları aşağıdaki gibi belirtir:

*"Askerî yararın olabilmesi, gerçekten Devletin hayatta kalması(bekâsı) veya kendi nüfusuna geniş ve şiddetli bir acı vermenin önlenmesiyle ilgili olması ve bu askerî hedefin ortadan kaldırılması için başka yol bulunamayan bir durumun olması ile ilgili bir şey olması gerekir."*⁵⁸

Öte yandan Schwebel, radyasyonun çok kişiyi etkilememesi sebebiyle çöldeki ordu ve okyanustaki denizaltı saldırılarını orantısız olmayabilen örnekler olarak vermiştir.⁵⁹

Ancak, diğer yargıçlar, ya orantılılık ilkesine atıfta bulunmamış veya nükleer silâhları doğası gereği fark gözetmeyen saydıkları için olayla ilgisiz olarak kabul etmişlerdir.⁶⁰

⁵⁷ Yargıç Herczegh'in Açıklaması, 1, para.2.

⁵⁸ Yargıç Higgins'in Karşı Görüşü, para.21.

⁵⁹ Yargıç Schwebel'in Karşı Görüşü, paras.23 ve 24.

⁶⁰ Meselâ, Yargıç Weeramantry'nin Karşı Gönüşü,para.XI.

Gereksiz acıya veya zarara yol açan silâhların kullanılmasının yasaklanması konusunda Görüş'te "böyle bir zarara sebep olan veya acılarını yararsız bir şekilde arttıran silâhların kullanılması yasaklanmasından dolayı.....yani, meşrû askerî hedeflerin üstesinden gelmek için kaçınılmaz olandan daha büyük bir zarar olarak söylenebileceğini" belirtir.⁶¹

Bu konudaki problem, gereksiz acı çektirme kuralının ilgili silâhın kullanımını hususunda genel bir değerlendirmeyi öngörmesidir. Eğer denemede başarısız olunursa, silâh kullanılamaz. Teorik olarak, her ve her bir kullanım için değerlendirme yapılması gerekir; ama, bu tamamen gerçekçi ve uygulamada yapılan bir değerlendirme değildir. Değerlendirmenin silâhın normal amaçlı kullanımına mı, yoksa akla yatkın kullanımına mı dayandırılacağı hususu tartışmalıdır. Uygulamada bazı özel silâhlar olağan amaçlı kullanımına dayalı olarak yasaklanmıştır. Başka bir ölçütte ısrar edilirse, herhangi bir silâhın yasaklanabilmesi muhtemel değildir. Kesin bir ölçüt özelliğinde sahip olunacak diğer bir unsur, 1868 tarihli *St. Petersburg Deklarasyonu*'ndaki⁶² bir açıklamadır. Burada kaçınılmaz şekilde öldürücü olan silâhlar, savaş ihtiyaçlarında ölçüsüz kabul edilir. Sadece Yargıç Higgins, buna göndermede bulunur⁶³ ama, nükleer silâhların bu ölçüte karşı değerlendirilmesine devam etmemiştir. Görüş, ayırım yapma ilkesine dair benzer bir değerlendirme yapar. Nükleer silâhların kullanımını, bu ilkeyle nadiren uzlaşır. Ama, Divan, bütün hal ve durumlar için kesin olarak karar veremez.⁶⁴ Buna rağmen yargıçlar, çok ihtiyatlı değildir ve genel bir değerlendirme yaparlar.⁶⁵

Yargıç Higgins, aynı zamanda çok fazla zarara ve gereksiz acıya sebep olan silâhların yayılmasına karşı genel bir yasağı da dikkate almıştır. Gereksiz acı vermenin, dehşet verici acı verme ile aynı olmadığını

61 Opinion, para.78.

62 *Conduct of Hostilities, op.cit.*, 171.

63 Yargıç Higgins'in Karşı Görüşü, para.12.

64 Opinion, para.95.

65 Yargıç Fleischhauer'in Ayrı Görüşü, para.2; Bedjaoui'nin Açıklaması, para.20; Herczegh'in, Açıklaması, 1, para.2; Shahabuddeen'in Karşı Görüşü, paras.19-21; Koroma'nın Karşı Görüşü, 11; Weeramantry'nin Karşı Görüşü, 48.

açıklar. Yine, ona göre askerî gereklilik ve insaniyet ölçütleri arasında dengeleme gerektiren genel ilkenin uygulanması, kendiliğinden objektif bir acı düzeyine karşı bir yasak olduğu anlamına gelmez. Bu şu soruyu akla getirir. Hangi askerî gereklilik, nükleer silâhların sebep olabileceği çeşitten bir acı çekme eziyetini haklı çıkaracak ağırlıkta olabilir? Bu tip sorular Divan'ın kendisine sorması gereken sorulardır ve eğer nükleer silâhların hukuka uygunluğuna dair nitelikli bir cevap vermek gerekirse, bu hususun da cevaplanması gerekir.

Divan, milletlerarası andlaşmalar hukukunda nükleer silâh tehdit veya kullanımına dair kapsamlı ve evrensel bir yasak olmadığına karar vermiştir. Görüş uyarınca, “şimdiye kadarki şablon, hukuka aykırı olduğu özel andlaşmalarla ilân edilen kitle imha silâhları için olmuştur.”⁶⁶ Bu noktada Divan, milletlerarası toplumun bir andlaşma ile nükleer silâhlara dair geniş bir yasak kabul edilmesinde katettiği yol ile, kimyasal ve biyolojik silâhlar konusunda geniş yasaklamalar getiren 10 Nisan 1972 tarihli *Biyolojik ve Zehirleyici Silâhların Geliştirilmesi, Üretilmesi ve Depolanmasının Yasaklanması ve İmhasına Dair Konvansiyon*⁶⁷ ve 13 Ocak 1993 tarihli *Kimyevî Silâhların Geliştirilmesi, Üretilmesi ve Depolanmasının Yasaklanması ve İmhasına Dair Konvansiyon*⁶⁸ arasında bir karşılaştırma yapar.

Kimyevî Silâhların Geliştirilmesi, Üretilmesi ve Depolanmasının Yasaklanmasına ve İmhasına Dair Konvansiyon'un hazırlık çalışmalarında yapılan tartışmalarda, nükleer silâhlar meselesinin hiçbir zaman gündeme getirilmediğine, dolayısıyla, nükleer silâh tehdidi veya kullanılmasına dair yasak kaynağı olarak buraya bakılmasının doğru olmayacağına işaret eder. Bu gerekçe, doğrudur ve gerçekleri yansıtır. Aksine, Divan, zehir ve zehirli silâhların kullanımını yasaklayan 1907 tarihli *Kara Savaşındaki Kural ve Örflere İlişkin Lahey Düzen-*

⁶⁶ Opinion, para.57.

⁶⁷ 10 Nisan 1972 tarihli *Biyolojik ve Zehirleyici Silâhların Geliştirilmesi, Üretilmesi ve Depolanmasının Yasaklanması ve İmhasına Dair Konvansiyon*. 1015 *United Nations Treaty Series* 163. Türkiye, bu andlaşmanın tarafıdır. R.G. 6.10.1974-14968.

⁶⁸ 13 Ocak 1993 tarihli *Kimyevî Silâhların Geliştirilmesi, Üretilmesi ve Depolanmasının Yasaklanması ve İmhasına Dair Konvansiyon*. 32 *ILM* 800 (1993); *Conduct of Hostilities*, op.cit., 207. Türkiye bu andlaşmayı 14 Ocak 1995'te imzalamış ve 12 Mayıs 1997'de depo merciine tescil ettirmiştir.

lemeleri'nin 23 (a) maddesi ve kimyevi, bakteriyolojik ve benzeri silâhların kullanımını yasaklayan 1925 tarihli *Boğucu, Zehirleyici ve Diğer Gazların ve Bakteriyolojik Savaş Yöntemlerinin Kullanımının Yasaklanmasına Dair Cenevre Protokolü*'nun⁶⁹ nükleer silâhlara uygulanamayacağını ileri sürerken daha fazla tereddüt edilebilir. Bu andlaşmaların metinlerinde “*boğucu, zehirleyici veya diğer gazlar veya benzeri likit madde ve araçların*” ne anlama geldiği tanımlanmış değildir. Divan'a göre devlet uygulaması, bu terimlerin doğal anlamları içinde “*aslen veya hatta münhasıran zehirleyici ve boğucu etkileri olan*”⁷⁰ ve “*nükleer silâhları kapsamayan*”⁷¹ silâhları kapsar olarak anlaşılması gerektiğini gösterir.

Bu belgelerin, yalnızca “*aslen veya hatta münhasıran zehirleyici ve boğucu etkileri olan silâhları yasakladığı*” iddiası, herhangi bir kesin unsura dayanmaz. Öncelikle Divan'ın, bu iddiasının temelleri bilinmemektedir. İfade, uygulamaya mı dayanmaktadır? Öyle ise, bu hangi devlet uygulamasıdır? Bu noktada, Divan'ın sessiz olduğunu görmekteyiz. Yine, *Cenevre Protokolü* de, meseleye dair sessiz kaldığı için bu gibi bir sınırlandırıcı yorumu hiç bir şekilde doğrulamamaktadır.⁷² 29 Temmuz 1899 tarihli *Lahey Deklarasyonu*⁷³, amacı boğucu veya zararlı gazların yayılması olan mermilerin kullanımını yasaklanmasına rağmen, bu kelimeler, esaslı bir şekilde *Cenevre Protokolü* metninde yoktur. Hatırlarsak Cenevre Protokolü, sadece boğucu, zehirleyici ve diğer gazları değil, aynı zamanda bütün benzeri likitleri, maddeleri veya araçları da yasaklar. Bu durum, lafzı ve esasının, Divan'ın yalnızca aslen veya hatta münhasıran zehirleyici ve boğucu etkisi olan silâhlara atıfta bulunduğu⁷⁴ dar yorumuna karşı olduğu kapsamda anlaşılmalıdır.

Ayrıca devlet uygulamasına dair itiraz, Birleşmiş Milletler'in 1961 tarihli ve 1653(XVI) sayılı *Genel Kurul Kararı*'yla çatışır. Bu kararda

69 *Conduct of Hostilities, op.cit.*, 178.

70 *Opinion*, para.55.

71 *Loc. cit.*

72 League of Nations, *Records of the Conference for the Supervision of the International Trade in Arms and Ammunition and in Implements of War*, Geneva, 4 May-17 June 1925.

73 *Conduct of Hostilities, op.cit.*, 173.

74 *Opinion*, para.55.

nükleer silâhların kullanılmasının *inter alia* 1899 ve 1907 tarihli *Lahey Deklarasyonları*'nın ve 1925 tarihli *Cenevre Protokolü*'nün faaliyet alanı içine girdiği belirtilir. Genel Kurul, söz konusu bu karara nükleer silâhların kullanılmasını kınayan daha sonraki kararlarında da göndermede bulunur.⁷⁵ Dolayısıyla bu belgelerin nükleer silâhların kullanılmasına uygulanırlığını doğrulayan bir uygulama mevcuttur.

Divan, bulgularında da tutarsız kalmıştır. "*Radyasyon olgusunun nükleer silâhlara özgü olduğunu*"⁷⁶ doğru bir şekilde belirttikten sonra, yalnızca nükleer silâhlara özel olan radyasyon olgusunun, kimyevi silâhları tanımlayan aynı özellik olan *yalnızca canlı maddeleri etkilemesi* nasıl görmezlikten gelinebilir?⁷⁷ Nükleer silâhların, patlama ve ısı üretmeleri sebebiyle kimyevî silâhlar gibi olmadığını iddia etmek, birisi bir kimyevi silâha sadece patlayıcı ilâve ederse artık kimyevî olmadığı veya birisi bir silâhın hukuka uygun ve aykırı etkilerini birleştirirse artık hukuka aykırı olmadığı saptamasıyla aynıdır.

Karşı görüşünde Yargıç Weeramantry'a göre, Divan'ın gerekçesi "*bir eylemin hem hukuka uygun ve hem de aykırı sonuçları varsa, hukuka uygun olan aykırı olanı haklı çıkarır veya ona mazeret olur*" ifadesine vardırıran yukarıda belirtilen beyanı aksettirir.⁷⁸

Halen, zehirleyici silâhların mağdurlarına yalnızca zehirleme dışında başka zararlı etki vermediğine dair bir şey yazılmış değildir. Gerçekten zehirli bir merminin, mağdura zehir aşılması için bir telekinetik sürecin düzenleneceğini ama, ona zarar vermeyeceğini düşünmek zordur. *Lahey Düzenlemeleri*'ni kaleme alanlardan, bunu beklemek çok zordur.

Nükleer silâhların başlangıçtaki ve sonraki radyoaktiviteden sonuçlanan etkileri, zehirlenme ile sebep olunan etkilerle benzerlik taşır. Bu

⁷⁵ A/Res. 2936(XXVIII) of 29 November 1972; 33/71 B of 14 December 1978; 35/152 D of 12 December 1980, etc.; daha yakın zamanlarda 50/71 E of 12 December 1995.

⁷⁶ Opinion, para.35.

⁷⁷ *Chemical and Bacteriological(biological) Weapons and the Effects of Their Use, Report of the Secretary-General, UN, Newyork, 1969, 5-6.*

⁷⁸ Yargıç Weeramantry'nin Karşı Gönüşü, 58.

durum, nükleer silâhların, bilimsel çevrelerde⁷⁹ ve devletlerce “nükleer yakıt veya radyoaktif izotop kullanma ve içermek için tasarlanmış olan veya içeren, diğer kontrol edilemeyen nükleer yakıtın dönüştürülmesi veya patlaması suretiyle veya nükleer yakıt veya radyoaktif isotopun radyoaktivitesi ile kitle imhası, kitlenin zararı veya kitlenin zehirlenmesi yeteneği olan herhangi bir silâh” olarak⁸⁰ tanımlanması ile kabul edilmiş bir olgudur.

Diğer deyişle, nükleer silâhların asıl etkileri ısı ve patlamayla gelse bile, bununla birlikte zehirlenme nihai etkisini de üretir. Böylelikle, Lahey Düzenlemeleri'nin m.23(a) altında, asıl etkisi mağdurun vücuduna zarar vermek olsa da, zehir veren dolayısıyla da yasağa tâbi olan zehirli ok veya mermiyle aynı temelde yasaklanmış olacaktır.

Şu halde Divan, 1899 ve 1907 Lahey Deklarasyonları m.23/a ve Cenevre Gaz Protokolü'ne atıfta bulunur. Ama, bunların nükleer silâhları kapsamayacağını belirtir. Çünkü, devlet uygulaması bu anlaşmaların asıl ve münhasır etkilerininin zehirleyici ve boğucu silâhları kapsadığını göstermiştir.

Aslında bu çok doğru değildir. Çünkü, zehir tek yaralayıcı mekanizma olmamasına rağmen, zehirli başlıklı ok ve mermiler bu yasaklamayla kapsanır. Ne yazık ki Divan, zehirlenme yasaklamasına sadece andlaşma hukuku çerçevesinde temas eder. Örf ve adet hukuku çerçevesinde düşünülürse, bu hukukun amacının yaralı askerlerin mümkün olan iyileşmesini engellemesi olduğu gerçeği kabul edilebilirdi. Bu mülâhaza, nükleer silâhların değerlendirilmesiyle de ilgili olabilir. Yalnızca, Weeramantry ve Koroma Karşı Görüşlerinde, nükleer silâhların en büyük etkilerinden biri zehirlenme olduğundan, bu silâhların da yasaklandığına karar vermişlerdir.

Divan, nükleer silâhların tehdidi veya kullanımını, silâhlı çatışmalar hukukuyla kural olarak uyumlu bulmaz; ama, bir devletin hayatı tehlikede olduğu zaman, meşrû müdafaa durumunda bunu yapıp yap-

⁷⁹ Effects of Nuclear War on Health and Health Services, WHO doc. A/36/12, 24 March 1983.

⁸⁰ 23 Ekim 1954 tarihli *Silâhlandırmanın Kontrolüne Dair Paris Anlaşmalarının III. Protokolü* ve Ekleri, Ek II,I(a) Bkz: *American Foreign Policy, 1950-1955, Basic Documents*, Vol.I, Department of State Publication 6446.

mayacağını bilmemektedir. Ne yazık ki, Divan, ne bu hakkın kapsamını herhangi bir şekilde tanımlanmış, ne de ima etmiştir. Bu nokta, Görüş'te çok eleştirilir ve oldukça hassas soruların sorulmasına neden olur. Meselâ, hayatta kalma hakkı en korkunç ve zalim silâhların kullanımını haklı çıkarır mı gibi. Bütün bunlar gözönünde tutulunca, bu silâhların kullanılması uç meşrû müdafaa durumunda, *jus ad bellum* (kuvvete meşrû başvuruyu düzenleyen hukuk), *jus in bello* (bilfiil kuvvet kullanımını düzenleyen hukuk) yüküme saygı gösterilmesinden kısmen istisna tutulma hakkı bahşedilerek kabul edilebilir mi? Bunu yapma, *causa belli* ne olursa olsun bütün hal ve durumlarda saygı gösterilmesi gereken *jus in bello* insancıl hukukun temel ilkelere aykırı olur. Herhangi ve her suçlu devlete, hayatta kalma hakkı gerekçesini kullanarak insancıl hukuk ilkelerinin ihlâllerini aklamaya imkânı sunulmuş mudur? Divan, para.105 E ilk paragrafında hukuku beyan eder; ama, ikincisinde hukuku bilmediğini iddia eder. Şöyle ki, Yediye karşı yedi oyla, Başkanın toplam oyu ile,

“Yukarıdaki şartlardan sonra, genellikle nükleer silâhların kullanımı veya tehdidi, silâhlı çatışmada uygulanabilen milletlerarası hukukun ve özellikle milletlerarası insancıl hukukun ilke ve kurallarına aykırı olacağına;

*Mamafih, Divan milletlerarası hukukun bugünkü durumu ve elindeki olguların unsurları karşısında, nükleer silâhların kullanımı veya tehdidinin, hayatı tehlikede olan Devletin meşrû müdafaaada bulunması en uç örneğinde, bu durumun hukuka uygun veya aykırı olup olmadığını kesin olarak sonuçlandıramamıştır.”*⁸¹

Uç durumda da olursa olsun meşrû müdafaa durumunda nükleer silâhların kullanılmasının haklı çıkarılabileceği izlenimini vermekle, Divan, *jus ad bellum* ve *jus in bello* arasında tehlikeli bir karışıklık yaratır.⁸² *Jus in bello*ya saygı gösterilmesinin, *jus ad bellum*a ait bir kurala tâbi olabilmesini önerir. Bunu yaparak, silâhlı çatışmalar hukukuna dair temel prensiplerden birini yalancı çıkarır. Bu da, çarpı-

81 Opinion, para. 105 E.

82 Gökçen Alpkaya, “Nükleer Silâhlar ve Uluslararası Adalet Divanı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Cemal Mihçioğlu'na Armağan, Cilt:52, No:1-4, Ocak-Aralık 1997, 117.

şanların savaş hukuku önündeki eşitliğidir.⁸³

Belirli mülâhazalar ışığında, *para.105 (2)E* çelişkilidir. Nükleer silâhların kullanılmasının insanlığın yok olmasını gündeme getirmesine dair bulgudan sonra, saldırı anında bir devletin hayatta kalmasının kullanıcısının yok olmasına götürebilecek bir silâhın kullanılmasını haklı çıkarıp çıkarmayacağını merak etmeye devam edilebilir mi? Eğer nükleer silâhlara başvurunun bütün insanlığın yeryüzünden silinmesine önderlik etmesi muhtemelse ve milletlerarası insancıl hukukun devletlerin iradesini yansıtması kabul edilmişse, devletlerin kendini korumaya çalışan bir devlet kadar, kendi suikastına önderlik yapacak bir kuralı nasıl olup da kabul ettiğini anlamak zordur.⁸⁴ Böyle bir önermenin anlamsızlığı, Divan'a yöneltilen soruna olumsuz cevap ima eder. Sadece meşrû müdafaa uç örneği bile, nükleer silâhların kullanımını haklı çıkaramaz.

Divan'ın kastettiğinin tamamen bu olmadığını farzederek, meşrû müdafaa amaçları için nükleer silâhların çok az veya insanlığın hayatta kalmasını etkilemeyecek bir kullanımının, nükleer silâhların böyle bir kullanımının diğer pek çok devletlerin ülkesini etkileyen nükleer radyasyon ve döküntüyü önlemeyeceği olgusunda kalır.⁸⁵ Bu noktada devletlerin bir devletin hayatta kalması için kendi ülkesel bütünlüğü; vatandaşlarının sağlığı, çevreye saygı, tarafsızlığın tehlikeye atılmasına dair milletlerarası toplumdaki çok sayıdaki devletin anlaşmış olduğunu farzetmek mâkul mudur? Böyle bir soruya olumlu cevap vermek, devletlerin egemenliklerine ciddî bir müdahale anlamına gelecektir. Hiç bir devlet, diğer bir devletçe nükleer silâhların kullanımından sonuçlanan zararlı etkileri kabule hazırlıklı olduğunu söylememiştir. Zira, egemenlik üzerinde sınırlamalar farzedilemez. Devletlerin, nükleer silâh kullanımının kabulünü, az ya da çok, caydırıcılıktan vazgeçtikleri olgusunda izlemeye çabalamak yararsızdır.⁸⁶

⁸³ *Yearbook of the Institute of International Law*, Vol.50, Part.2,1963, 368; Protokol I, preamble, para.5, art.96, para.3. Ayrıca bkz: Yargıç Ranjeva'nın Ayrı Görüşü, 6-7 ve Yargıç Shahabuddeen'in Karşı Görüşü, 30.

⁸⁴ Yargıç Shahabuddeen'in Karşı Görüşü, 34.

⁸⁵ Opinion, paras. 35 ve 39.

⁸⁶ Opinion, paras.73, 96.

Sonuç

Silâh kullanımına dair milletlerarası insancıl hukuk, bu Görüş'te ilk defa bir ölçüde incelenmiştir. "Kaçınılmaz" olarak tanımlanan bazı kuralların, Görüş'te yeniden onaylaması memnuniyet vericidir. Özellikle, fark gözetmeme özellikleri ve gereksiz acıya sebep olan silâhların kullanımının yasaklanması gibi. Aynı zamanda, bu kuralların yenileri dahil, istisnasız bütün silâhlara uygulanmasının vurgulanması önemlidir. Bu çerçevede, şartlar ne olursa olsun, bu kuralların uygulamasına dair istisna olmadığının da altını çizmek gerekir. Milletlerarası insancıl hukukun kendisi, savaş zamanında kolaylıkla meydana gelen her türlü barbarlık ve dehşete karşı son engeldir ve bir çatışmanın bütün taraflarına eşit olarak uygulanır.

Divan'ın silâhların kullanımına dair milletlerarası insancıl hukuk ilkelerinin, bir milletlerarası teamül kuralı oluşturduğu belirlemesi dolayısıyla rıza olmadan bağlayıcı olması sevindiricidir. Ancak, Divan'ın genel ilkeleri nükleer silâhların kullanılmasına dair esaslı bir yasağa dönüştürmeye muktedir olamaması, endişe doğurmalıdır. Özel silâhlara ilişkin bir silâhsızlanmaya dair milletlerarası hukuk, yumuşak bir ifadeyle "silâh teknolojisindeki ilerlemeler" olarak adlandırılan şeyi yakalamayı arayan sürekli bir tepkime durumundadır. Bu konuda en yeni anlaşma, lazer ve kör edici silâhların yasaklanmasına dairdir ve yeni bir teknolojinin geliştirilmesi hususunda müzakere edilmiştir. Ama, bu teknoloji savaş silâhı olarak kullanılmadan önce, teknolojik gelişmelere bir karşılık olarak müzakere edilerek tahmin edilmeyen bir başarı elde etmiştir.⁸⁷ Milletlerarası toplumun müzakereleri, teknolojik gelişmelere bir karşılık olsaydı bile, onlardan önceden ayrılmaz. Milletlerarası toplum, genel insancıl ilkeler üzerinde anlaşmıştır ve yorumlarını açıklamaya devam eder. Ama Divan, bu ilkeler ve bunların özel sınıf silâhlara uygulanması arasında bir boşluk olduğunu kabul eder. Bu boşluk giderilene kadar, milletlerarası toplum teknolojiye tepki göstermeye devam edecektir. Nükleer silâhlara ilişkin esaslı bir gelişme kaydedilmiştir; ancak, gelecekte öngörülemeyen ve

⁸⁷ 13 Ekim 1995 tarihli Aşırı Zararlı veya Karışık Sayılabilecek Belirli Konvansiyonel Silâhların Kullanımına Dair Yasak ve Sınırlamalara İlişkin Konvansiyon'un IV'üncü Protokolü, *Conduct of Hostilities*, op.cit., 203. Ayrıca bkz:B.M. Carnahan ve M. Robertson, "The Protokol on Blinding Laser Weapons:A New Direction for International Humanitarian Law", 90 *AJIL* 484 (1996).

bilinmeyen teknolojik gelişmeler olacaktır. Divan, bu davada uygulamaya dair ilkelerin yürürlüğe sokulmasını duyurmada az rastlanacak bir olanak elde etmiştir. Buna rağmen, nükleer silâh tehdidi veya kullanımının her hal ve durumda bu ilkelere uygun olmayacağını sonuçlandırmakta muktedir olmamasına rağmen, hiç olmazsa uygulama süreciyle meşgul olabilirdi. Ancak, ne yazık ki bu şansı daha istekli şekilde ele almak bakımından başarılı olamamıştır ve nükleer silâh devletlerinin işine yarar bir tutum sergilemiştir.

Bu silâhlar, benzersiz imha edici etkileri yüzünden hiç kimsenin kullanılmasını istemediği silâhlardır. Divan'ın Görüşü'nün, milletlerarası toplumun bu korkunç tehditten kurtulmasına vesile olamamakla birlikte, kurtulma çabalarına taze bir itici güç olduğunu söylemek mümkündür.

Nükleer silâhların kullanılmasına dair küresel bir yasak, nükleer savaş riskini azaltır ve böyle bir savaşı başlatmak için açık veya örtülü tehdide dair siyasî baskıları zayıflatır. Gerçekten, şimdiye kadar ileri sürülen herhangi bir silâhlı saldırıya karşı nükleer saldırı tehdidinden oluşan nükleer caydırıcılık doktrininin geçersizliği ilân edilmiş olur.

Ayrıca, nükleer silâhların savaş aracı olmaktan çıkarmak üzere kullanılabilmesi durumu, nicelik veya nitelik itibarıyla nükleer üstünlüğün önemini azaltır. Yeni esash stratejik nükleer kuvvetlerin ve taktik nükleer silâhların ortadan kaldırılmasının da yolunu açar.