

ULUSLARARASI HUKUKTA “ERGA OMNES” KAVRAMI

Yard. Doç. Dr. Kemal BAŞLAR*

1. Giriş:

İradeci-pozitivist temele dayanan klasik Vestafalya uluslararası hukuk sistemi¹ İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ciddi bir şekilde sorgulanmaya başlandı. O zamana kadar klasik pozitif hukukun etkisinde şekillenen kavram ve doktrinler bir reenkarnasyon yaşayan doğal hukukun etkisiyle yeni baştan şekillenmeye başladı. İkinci Dünya Savaşından sonra oluşan 'Rönesans'döneminde² egemenlik, kuvvet kullanma yasağı, iç işlerine müdahale, uluslararası hukukun kaynakları ve devletlerin rızasının mutlaklığı kavramları yeni baştan tanımlanmaya başlandı. Klasik sistemin en önemli yapı taşları olan devlet iradesinin kutsallığı, mutlak egemenlik ve devletlerin *de jure* eşitliği ilkeleri önemli ölçüde eleştiri aldı.

Uluslararası hukukun en önemli eksikliklerinden birisi, “Avrupa Kamu Hukuku” sisteminin “uluslararası kamu hukuku” sistemine dö-

* Uluslararası Hukuk Öğretim Üyesi, Güvenlik Bilimleri Fakültesi ve Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi (yarı-zamanlı), Anayasa Mahkemesi Rapor-törü, kbaslar@turk.net.

1 Uluslararası hukukun doğumu olarak kabul edilen 1648 Vestafalya Barış Antlaşması ve bugünkü uluslararası hukukun temeli için bkz. ATALAY, A. Haluk, *Uluslararası Hukukun Oluşumu: İlk Küreselleşme Dönemi, 1492-1648*, Göçebe yayınları, 1997.

2 Bu dönem Rus İhtilali, Dünya Savaşları, Nazi ve Faşist Diktatörlüklerin ortaya çıkardıkları felaketlere karşı bir reaksiyon niteliği taşır. Cf. LLOYD, D., *The Idea of Law*, Penguin, Middlesex, 1964, p. 70, 88.

nüşmesinde ortaya çıkan bütün devletleri bağlayan anayasal normların eksikliği idi. Bu eksikliği karşılamak amacıyla uluslararası hukuka ilk giren kavramlardan birisi 1945 yılında uluslararası hukuka Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38/1. maddesinde yer alan "medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk ilkeleri"dir. Devletlerin iradeleri dışında oluşmuş kurallarla bağlanabileceğini gösteren bu ilkelerin bir kısmı o kadar önemlidir ki, uluslararası düzenin Anayasa kuralları niteliğinde kabul edilebilir.³

Genel hukuk ilkelerinin uluslararası hukuka girmesiyle pozitivist-iradeci hukuk doğal hukuk karşısında ilk golünü yedi. 1960'lı yılların sonuna geldiğimizde ikinci bir kavram uluslararası hukuka girdi⁴: *Jus cogens* (buyruk kuralları-emredici normlar). Bu normlar da, Allott'un dediği gibi, uluslararası bir anayasa'nın kabulünün sonucudur.⁵ Viyana Antlaşmalar Hukuku ile pozitif uluslararası hukuka giren bu kavramı şu şekilde tanımlanmaktadır:

"Yapılışı sırasında, genel uluslararası hukukun bir buyruk kuralı ile çatışan her antlaşma batıldır. Bu Sözleşmenin amaçları bakımından, genel uluslararası hukukun buyruk kuralı, devletlerin milletlerarası topluluğun tümünce, aksine hiç bir kuralın konulması olanağı bulunmadığı ve ancak genel milletlerarası hukukun aynı nitelikteki yeni bir kuralıyla değiştirilebileceği kabul edilen ve tanınan bir kuraldır" (Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, madde 53).

³ Örneğin, verilen zararın tazmini, kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanılmaması... gibi. Edip Çelik, Georges Scelle'nin görüşünü paylaşarak bu düşünceyi ifade etmektedir. Bknz. ÇELİK, Edip, *Milletlerarası Hukuk-1*. Kitap, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1987, 121.

⁴ Aslında bazı normların bağlayıcı etkisi olduğunu ilk dile getiren Alfred Verdross olmasına rağmen, pozitif hukuka girmesi 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile olmuştur. (bknz. VERDROSS, A., "Forbidden Treaties in International Law", *American Journal of International Law* (1937) vol. 31, 571 *et seq* (zikreden Zemanek, *infra*, dn. 15, 7).

⁵ Allott bu kavramı Hammurabi, Solon Kanunları, uluslararası anayasa veya sözde doğal hukuk teorisi olmadan açıklamanın imkânsız olduğunu söylemektedir. See Philip ALLOTT, "Reconstituting Humanity- New International Law", *European Journal of International Law*, vol. 3, 1992, 250. (Bu makaleye <http://www.ejil.org> adresinden ulaşılabilir.): Byers' de anayasal kural niteliğinde olduğunu söylüyor, bknz. BYERS, dn. 17, 212.

Aynı Sözleşmenin 64. maddesi gereğince "Genel milletlerarası hukukun yeni bir buyruk kuralı oluştuğunda, bununla çatışan yürürlükteki her antlaşma bâtil olur ve sona erer". 1970'li yıllardan günümüze kadar geçen 30 yıldan fazla bir süredir bu kavramın içeriğinin ne olduğu konusunda ne de hukuksal dayanağını nereden aldığı hususunda uluslararası hukukçular tarafından bir uzlaşma sağlanamadı.⁶ Ancak kesin olan bir şey var, o da Soğuk Savaş döneminde gerçek bir "uluslararası kamu hukukunun" doğmaya başladığı. Nasıl iç hukukta kamu yararı, genel ahlak ve adabın korunması, ulusal güvenlik gibi konularda kişilerin temel hak ve özgürlükleri kısıtlanmakta ve sözleşme yapma özgürlüklerine bir çerçeve getirilmekteyse, benzeri bir durum bu kavramla uluslararası hukuka girmiştir.⁷ Bu kavramla doğal hukuk ikinci golünü kaydetti.

Bu kavram sayesinde insan haklarının korunmasına, silahsızlanma, kuvvet kullanılmasının önlenmesi ve korunması amacına yönelmiş kurallar ve devletlerin bağımsızlıklarını koruyan kurallar Anayasal değerlerde normlar olarak kabul edilmiştir. Böylece bu kuralların oluşumuna devletler istekleriyle katılmasalar bile bütün devletler için bağlayıcı ve geçerli olarak kabul edilir.

Jus cogens kavramı iradeci uluslararası hukuka vurulmuş ikinci darbe olmasına rağmen sadece antlaşmalar hukukunu ilgilendirmesi ve antlaşmaların geçersizliği sonucunu doğurması itibariyle dar bir kapsama sahipti. Sözleşmeden kaynaklanmayan davranışların da sorumluluk doğurması ve bunun takibinin yapılması gerçek bir "uluslararası kamu hukukunun" doğmasını gerektiriyordu. Klasik uluslararası hukuk, bütün devletlerin ortak isteklerine cevap verecek bir sorumluluk sistemi getiremediğinden bütün uluslararası topluluğun yararına olacak kurallara (normlara) saygı duyulabilmesi için her bir devletin bireysel olarak dava hakkına sahip olacağı bir kavrama olan ihtiyaç kendini gösteriyordu. İlişkilerin karmaşıklaştığı günümüzde klasik devlet-merkezci yaklaşımın uluslararası sorumluluğun ortaya çıkışında ve tazmininde yetersiz kalmaktadır.

⁶ Bu kavram için bkz. HANNIKAINEN, L., *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law*, Lakimiesliiton Kustannus, Finnish Lawyers Publ. Comp., Helsinki, 1988; DANILENKO, G.M "International Jus Cogens: Issues of Law Making" (1991) 2 European Journal of International Law 42-65.

⁷ *Jus cogens* kavramı ortaya çıktığında yapılan doktrinel tartışmalar için bkz. ÇELİK, dn. 3, 196.

Uluslararası hukuka baktığımız zaman bütün uluslararası topluluğun mağdur olduğu durumlarda uluslararası topluluk adına hareket edip, işlenen suçun veya ihlal edilen yükümlülüğün cezalandırılmasını talep edecek hukuksal bir kavram ve buna sahip çıkacak bir organa olan ihtiyaç giderek artmaktadır. Örneğin, Buda heykellerinin Afganlılar tarafından yıkılmasının bir bedeli olmalı mı? Uluslararası Balina Avcılığı Sözleşmesi'ne üye olduğu halde bazı balina türlerinin yok olmasına neden olacak ölçüde avlayan bazı Kuzey Denizi devletlerine karşı dur diyecek bir mekanizma oluşturulabilir mi? Tropikal ormanları yok etmek isteyen veya kendi sınırları içinde yaşayan yerli kabilelerin yaşadıkları ortamları yok ederek soylarının tükenmesine yol açacak şekilde hareket eden tropikal iklim kuşağındaki devletlere dur diyecek bir mekanizma var mı? Bir insan topluluğunun self-determinasyon hakkını inkar edip ciddi boyutlarda insan hakkı ihlalinde bulunan devletlere karşı koyacak bir yasal zemin oluşturulabilir mi? Pasifik okyanusunda nükleer denemeler yapan veya Ay'a roketlerle nükleer atık taşımak isteyen devletler uluslararası topluluğa karşı bir yükümlülük altında bulunuyorlar mı?

Bu soruların cevabı uluslararası sorumluluk hukukunun incelenmesini gerektiriyor. Geleneksel olarak uluslararası hukukta zarar tazmin yolları iki taraflı olup sadece yasal menfaatleri zarar görmüş olan devletlere tanınmıştır.⁸ Uluslararası hukukta insanlığın ortak ilgisi olan alanlarda dava açma hakkı (*locus standi*) maalesef sadece doğrudan mağdur olanlar için tanınmış bir imkândır. Ekonomik ve ekolojik yönden tamamen sınırların kalktığı bir dünyada dava açma hakkını sadece doğrudan ilgili devletlere tanımak sorunlara neden olmaktadır. Bu devletleri uluslararası bir yargı organına götürecek ve cezalandırmalarını sağlayacak bir etkin bir evrensel hukuk sistemine ihtiyaç var. Evrensel uluslararası değerlerin üstün tutulduğu, bir yasal düzen olmadığı için bütün uluslararası topluluğun menfaatlerinin kimin tarafından ve nasıl korunacağı da bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ulusal hukuklarda sorumluluk hukuksal, cezai, idari ve siyasi olarak ayrılır. Uluslararası hukukta ise hukuksal ve cezai sorumluluk olarak iki sorumluluk olmasına rağmen, bunlar tam gelişmemiştir. Bazı du-

⁸ BROWNLIE, I., *Principles of International Law*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1990, 469-470.

rumlarda ikili tazmin yolları bazı normların ihlali durumunda yeterli olmuyor. Onlar bütün uluslararası topluluk tarafından uyulması herkese karşı bir yükümlülük olarak ortaya çıkmalı. Hatta doğrudan zarar olmasa bile her devlet tarafından uluslararası yükümlülüklerin ihlali halinde ihlalin tazmini ile ilgili olarak dava açma hakkı bulunabilmeli.

İşte bu problemleri aşmada ve beklentileri gerçekleştirmede karşımıza Latince bir kavram çıkıyor: *erga omnes*.⁹ Bu kavram hukukun genel ilkeleri ve *jus cogens*'ten sonra uluslararası hukukta anayasal nitelikte temel değerlerin varlığını gösteren ve korumayı amaçlayan üçüncü bir kavramdır. Bu kavram uluslararası hukukun değişim süreci içerisinde kaçınılmaz olarak uluslararası hukukun içerisine gelip yerleşti. Jus cogens'in 1969'da pozitif hukuka girmesinin ardından tam bir yıl sonra¹⁰ bu kavramın ortaya çıkmasıyla doğal hukuk pozitif hukuk karşısında hat-trick yapmış oldu. Gelen bu golle birlikte artık uluslararası hukukun objektif bir hukuk düzenine doğru dönüşmeye başladığını söyleyebiliriz.¹¹ Çünkü bütün uluslararası toplumun yararını ilgilendiren bazı anlaşmalar *interspatial* (mekanötesi) ve *intertemporal* (zamanötesi) olarak bütün devletleri bağlayacak hükümler ihtiva etmekte olup, devletlerin taraf olmasına bakmadan bunlardan doğan yükümlülükleri kabul ettikleri farz edilir. Bütün uluslararası topluluğun menfaatini korumak için bazı devletler tarafından yapılan antlaşmalara diğer devletlerin farazi olarak rıza gösterdikleri kabul edilir.¹²

⁹ Bu kavramın en ayrıntılı olarak tartışıldığı iki kaynak için, bkzn. RAGAZZI, M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Clarendon Press, Oxford, 1997.: ve DE HOOGH, A., *Obligations Erga Omnes and International Crimes : A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of the International Responsibility of States*, Kluwer Law International, The Hague, 1996.

¹⁰ Aşağıdaki 1970 Barcelona Traction davasına bakınız. (dn. 37 ve ona bağlı metin).

¹¹ DELBRUCK, J., "Prospects for a "World (Internal) Law?": Legal Developments in a Changing International System", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 9, (Spring, 2002) 401-430, 417.

¹² Bu sonuca F. Tesòn'un "the hypothetical consent theory" adlı çalışmasından hareket ederek vardık. Bknz. TESÒN, F.R., "International Obligation and the Theory of Hypothetical Consent", *Yale Journal of International Law*, vol. 15/1, 1990, 84-120: Bknz. WATSON, J.S., "State Consent and the Sources of

Erga omnes, kelime anlamı itibariyle, “herkese akan” demektir.¹³ *Erga omnes* aslında hukukun değişik disiplinlerinde kullanılmakta ise de, bu çalışmada sadece uluslararası topluluğa karşı olan yükümlülükler bağlamında incelenecektir.¹⁴ *Erga omnes* yükümlülüklerden bazıları Soykırım Sözleşmesi, Biyolojik Silahlar Sözleşmesi ve İklim Değişikliği Sözleşmesi gibi gibi antlaşmalardan kaynaklanır.¹⁵ Bazıları ise evrensel veya yarı-evrensel nitelik taşıyan bir nitelikte olup, *jus cogens* normlarının doğasından kaynaklanır.¹⁶ *Erga omnes, actio popularis*’ten (herkese tanınan dava hakkı) daha dar, *jus cogens*’ten daha geniş bir kavramdır.¹⁷ *Jus cogens* seviyesine varan uluslararası suçlar ondan sapması söz konusu olmayacak *erga omnes* yükümlülükler oluşturur. *Erga omnes* kavramı ile *jus cogens* kavramı arasında yakın bir ilişki vardır¹⁸: Hatta bir elmanın iki yarısı gibi görülürler.¹⁹ Bundan dolayı *jus cogens*’ten kaynaklanan yükümlülükler muhtemelen *erga omnes* yükümlülüklerdir.²⁰

International Obligation” 86th Proc. American Society of International Law (1992), 108-109.: Bu konuyla ilgili olarak John Rawls’ın “hypothetical original contract” adlı teorisine atıf yapmadan geçemeyeceğiz, bkz. RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge Univ. Press, 1972 (Revised edition by Belknap Pr. (September 1999)).

- 13 BASSIOUNI, M. Cherif, “*International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59/4, 1996, 63-74.
- 14 Örneğin Anayasa Mahkemesi’nin kararları *erga omnes* etkiye sahip olup yasaama yürütme ve yargı organlarını bağlar.
- 15 ZEMANEK, K., “*New Trends in the Enforcement of Erga Omnes Obligations*”, (2000) *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 4, 1-52, 6.
- 16 *Ibid.*
- 17 Bknz. BYERS, Michael, “*Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*” *Nordic Journal of International Law*, vol. 66(2/3), 1997, 211-239.
- 18 Uluslararası Hukuk Komisyonu’nda yapılan tartışmalarda bir bir yerine geçecek şekilde kullanılmıştır. (BYERS, *ibid.*, 231, dn 71, *Yearbook of International Law Commission*, vol.1, (1986) 247-253).
- 19 Zemanek, Bruno Simma’dan alıntı yaparak “bir paranın iki farklı yüzü gibidirler” demektedir, (SIMMA, dn. 52, 229 *et seq.* (in Zemanek, dn. 15, 7): bkz. BASSIOUNI, dn. 13. (Not: bu makalede atıfta bulunulan bazı kaynaklar elektronik ortamdan metin olarak indirildiği için sayfa numaralarına atıfta bulunamıyoruz).
- 20 ZEMANEK, dn. 15, 6.

İki taraflı ilişkilerde yükümlülüğün ihlali sadece ilişkiye taraf olan devlet(ler) için bazı haklar doğurur. *Erga omnes* yükümlülüğün ihlali halinde ise bütün devletler ya yükümlülüğün yerine getirilmesini veya iddia edilen ihlalin sona erdirilmesini isteyebilir²¹. *Erga omnes* bir veya birkaç devlete değil, bütün uluslararası topluluğa karşı olan yükümlülükleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Bazen bir uluslararası antlaşmaya taraf olan bütün devletlere karşı *erga omnes* yükümlülükler olabileceği gibi, bazen de bölgesel bir örf ve adetin varlığından da kaynaklanabilir. *Erga omnes* toplum yararına olan değerlerin korunmasını hedefler.

Uluslararası insan hakları gelenek hukukunun en önemli sonucu, belki de, gelenek hukuku normlarının bütün devletleri bağlaması ve bir gelenek veya bir antlaşma hükmünün uluslararası gelenek hukukunun bir parçası olarak değerlendirildiği zaman devletlerin iç yargılama yetkisi ve egemenliğinin dışında olmasıdır. Yani, devletlerin egemenlik veya iç yargılama yetkisi haklarını ileri sürerek bu norm alanından kaçınamamasıdır. Diğer bir deyişle, bunlar *jus cogens* ve *erga omnes* karakterde yükümlülükler yüklemektedir. Bilindiği gibi, uluslararası bir kural *jus cogens* ve *erga omnes* karakterde ise, bütün devletler bu kural ile bağlıdır. Dahası, devletler, uluslararası insan hakları gelenek hukukuna karşı, kesin ve sınırsız egemenlik hakları ile münhasır iç yargılama yetkileri pelerininin arkasına sığınamazlar. Ayrıca, bütün devletler, insan haklarını kendi sınırları içinde ve hatta uluslararası çerçevede korumak ve geliştirmek yükümlülüğü altındadır ki; bu yükümlülükleri uluslararası insan hakları hukukundan doğmaktadır. ²²

Uluslararası hukuk sisteminin bütün normları aynı seviyeye koyduğu ve aynı rejime tabi kıldığı inancı son on yıllarda etkisini kaybetti. Uluslararası normlar arasında bir hiyerarşinin olması gerektiği düşüncesi hem yargı kararlarında hem de doktrinde kabul görmektedir. Bu normların belli başlıcaları uluslararası suçlar, *jus cogens* ve *erga omnes* yükümlülüklerdir. Bu üç kavram birbiriyle ilişkilidir. Hepsinin

²¹ STRAPATSAS, Nicolaos, "Universal Jurisdiction and the International Criminal Court" Manitoba Law Journal, vol. 29, 2002, 1-31, 16.

²² ZARARSIZ, M. Emin, "Devlet Egemenliği Kavramı ve İnsan Haklarının Korunması", Liberal Düşünce Dergisi, <http://www.liberal-dt.org.tr/idd/m12/DDem-za.htm>,

ortak özelliği tanımlamalardaki güçlüktür. Saldırının yasaklanması gibi normlar her üç kategoriye de girmektedir.²³ *Jus cogens* seviyesine varan uluslararası suçlar ondan sapması mümkün olmayan *erga omnes* yükümlülükler oluştururlar. Yüksek statülü bu tür suçlar takibat yapma ve sınır dışı etme, sınırlama hükümlerinin uygulanmazlığı, devlet başkanı da dahil olmak üzere yargı muafiyetlerinin uygulanmaması, üstlerin emirlerine uyma mazeretinin arkasına sığınmama, acil durumlar da bile onlardan sapmanın mümkün olmamasıdır.

Ancak bu kavram genellikle “*erga omnes* yükümlülükler” olarak kullanılır. Bu kavramla ifade edilmek istenen şey en genel anlamda “sadece ilgili devletler arasında ihlal edilen hukuk kurallarının sorumluluk doğurmasının ötesinde”, bir hukuk kuralının ihlali halinde özel ilgisi olmasına bakılmaksızın diğer devletlerin de hukuki anlamda söz konusu hukuk kuralının ihlalden dolayı dava hakkının (*locus standi / actio popularis*) olması anlamına gelir. İki taraflı olmayan yükümlülükler uluslararası hukukta yeni bir anlayışı göstermektedir. Yeni basılan kitaplarda sıklıkla bahsedilen bu kavramın maddi ve usul yönünden ne anlama geldiği noktasında hâlâ belirsizlikler vardır.

Erga omnes kavramı hem doktrinde hem de yargı kararlarında çeşitli anlamlarda kullanılmıştır. *Erga omnes* uluslararası hukukun birçok yeni kavramı gibi tanım sıkıntısı çekmektedir. Ragazzi, tanımlamaktan çok, *erga omnes* yükümlülüklerin muhtevasını dört başlıkta özetlemektedir: 1- Dar kapsamlıdır. 2- Yasaklama getirmektedir. 3- Yükümlülükler getirmektedir. 4- Çok sayıda devlet tarafından kabul edilen hukukun kodifikasyonu veya *jus cogens* niteliğinden kaynaklanan genel uluslararası hukuk kurallarından kaynaklanmaktadır. Hepsi temel ahlaki değerleri yansıtan temel politik hedeflere araç durumunda olan sorumluluklardır.²⁴

Profesör Gaja, *erga omnes*'i tarif ederken *jus cogens* ve uluslararası suçlar kavramından faydalanarak kavramın yerini açıklamaktadır.

²³ KORKEAKIVI, Antti, “Consequences of “Higher” International Law: Evaluating Crimes of State and Erga Omnes”, *Journal of International Legal Studies*, vol. 2, 1996, 81.

²⁴ Bu özet Juan-Antonio tarafından Yazarın kitap özetinde yapılmaktadır. CARRILLO-SALCEDO, Juan-Antonio, “The Concept of International Obligations”, *American Journal of International Law*, vol. 92/4, 1998, 791-793.

Erga omnes yükümlülükler en geniş daireyi oluşturmaktadır. *Jus cogens* normlarından kaynaklanan yükümlülüklerin hepsi *erga omnes*'tir. Ancak bunun tersi doğru değildir. Bundan dolayı *jus cogens* daha dar dairede yer almaktadır. 1976 yılında 19. madde kabul edildiğinde Uluslararası Hukuk Komisyonu açıkça uluslararası sorumlulukların uluslararası suçlardan daha geniş bir kategori olduğunu ileri sürdü.²⁵

İlk olarak, teknik anlamda 1970'lerde Profesör Egon Schwelb evrensel bir yargı üzerine uzlaşma sağlamak için ilk çabaları ortaya koymuştur. Roma hukukunun ilkelerinden yararlanan Schwelb, *erga omnes* kavramını ortaya atmıştır.²⁶ Bugün, *jus cogens* hakkında yazılmış çok kaynak olmasına rağmen *erga omnes* yükümlülükler hakkında doğrudan yazılmış bir kaç monografi dışında çok eser yok.²⁷ Ne var ki *erga omnes* kavramını dünya literatürüne kazandırma onuru Uluslararası Adalet Divanı yargıçlarına ait olmuştur. Aşağıda özetlenen yargı kararlarından da görüleceği gibi uluslararası hukuk uygulayıcıları hâlâ bu kavrama layık olduğu yeri verebilmiş değildir.

2. İçtihat Hukukunda Erga Omnes Kavramı

2.1- Fur Seals Davası (1893)²⁸

Pasifik Ayı Balıkları Hakem Kararında ulusal yargı yetkisi dışındaki bölgelerde ayı balıklarını korumak için devletlerin düzenleme yapıp yapmama hakkının olup olmadığı sorgulanmıştır. Amerika ve Büyük Britanya Bering Denizinde yaşayan ayı balıklarını aşırı avlanmadan koruyacak uluslararası kurallar üzerinde anlaşamadılar. Sonuçta meseleyi hakem kararı ile çözmek için bir antlaşma imzaladılar. Hakem

²⁵ ABI-SAAB G., "The uses of Article 19", European Journal of International Law, vol. 10/2, 1999, 339-351, 348.

²⁶ (cf. RUBIN, A. P., "Actio Popularis, Jus Cogens and Offenses Erga Omnes?", vol. 35/2 *New England Law Review* (2001), 265-280, 268), 16. yüzyılda Grotius *De Jure Belli ac Pacis* adlı eserinde doğrudan zarar görme durumu olmasa bile hukuk kuralları her devlet tarafından müeyyideye bağlanmalı demişti.

²⁷ RAGAZZI ve DE HOOGH'un kitapları için bkz. (dn. 9).

²⁸ *Berin Seas Fur Seals Fisheries Arbitration* (Great Britain v. United States), Moore's International Arbitrations (1893), 755.

Mahkemesine sunulan sorulardan bir tanesi de Amerika'nın kendisine bağlı adaların 3 mil dışında bulunan ayı balıklarını korumak için her hangi bir düzenleme yapma hakkının olup olmadığı, eğer var ise bunun ne çeşit bir hak olduğu idi.

Bu olayda Amerika doğrudan bir zarara uğramamış olsa bile ulusal yargı yetkisi dışında düzenleme yapma hakkının olduğunu savunuyordu. Amerika dayanak olarak common law ve medeni hukuktan, devletlerin uygulamalarından doğa tarihinden ve insanlığın ortak ilgisinden bahsetti. Amerika ayrıca hiç kimsenin bir ülkenin açık denizlerdeki çok önemli ulusal menfaatlerini etkileyecek şekilde tahrip edemeyeceğini ve Amerika'nın bütün insanlığın menfaatine bir emanetçi olarak hareket ettiğini ve bu emaneti engel olmadan yerine getirilmesine izin verilmesi istendi.

Büyük Britanya bu davada klasik uluslararası hukuk ilkelerine dayanarak Amerika'nın böyle bir hakkının olmadığını ileri sürdü. Hakem Mahkemesi kararında Amerikan iddiasını reddetti. Amerika'nın Berin Denizindeki adaların 3 mil dışındaki alanda mülkiyet ve koruma hakkının olmadığını ileri sürdü.

Görüldüğü gibi Amerika'nın bu iddiaları *erga omnes* sorumlulukların temelini oluşturacak ilk örnek olmaktadır. Ancak 19. yüzyıl dönemi bu şekilde bir sorumluluğun kabul edilmesi için çok erken bir dönem olarak kabul edilmelidir.

2.2. Monetary Gold Davası (1954)²⁹

Korfu Boğazı davasında (1949),³⁰ Uluslararası Adalet Divanı, Korfu Boğazına mayın döşeyerek Büyük Britanya gemilerine zarar vermektен dolayı Arnavutluk'u tazminat cezasına çarptırdıysa da, Arnavutluk bu karara uymadı. Bunun ardından Fransa, Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık'tan oluşan üçlü bir Komisyona, 1943'de Almanlar tarafından Roma'dan alınan Arnavutluk Merkez Bankası

²⁹ *Case of the Monetary Gold Removed from Rome in 1943* (Italy v. France, United Kingdom and Northern Ireland and United States of America), ICJ Reports, 1954, Application 12., [http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/igoldsummary540615.htm]

³⁰ İngiltere v. Arnavutluk, ICJ Reports, 1949, s. 4.

altınlarını tevdi edildi. Hem Arnavutluk hem de İtalya tarafından mülkiyet iddiasında bulunulan altınların kime ait olduğu Komisyon için problem oluşturmaya başladı. Meseleyi çözümleyemeyen Mahkeme sorunu hakeme tevdi etmeye karar verdi. Anlaşmaya bir ilave yapılarak Arnavutluk lehine karar verilmesi halinde altınların daha önceden Korfu Boğazı dolayısıyla alacaklı olan Büyük Britanya'ya verilmesi öngörüldü. Hakem kararı Arnavutluk lehine idi.

1953 yılında, İtalya Uluslararası Adalet Divanı'na bir başvuru yaparak Fransa, Amerika ve Birleşik Krallık aleyhine altınların mülkiyeti ile ilgili olarak dava açtı. Daha sonra İtalya dava gerekçelerini zamanında teslim etmeyerek Uluslararası Adalet Divanı'nın yetkisi sorusunu ortaya attı. İtalya davanın ayrılmaz bir parçası olan Arnavutluk'un rızası olmadan Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisinin olmayacağını ileri sürdü.

Davalı üç devlet, bir devlet tarafından diğer devlet aleyhine açılan davalar aynı zamanda doğrudan veya dolaylı olarak üçüncü devletlerin hak ve menfaatlerini de içerir iddiasında bulundular. Mahkeme Arnavutluk'un doğrudan etkilenen devlet olduğunu ve yargı hakkının olmadığını ileri sürdü. Bu davada Büyük Britanya'nın alacağını tahsil etmek için üçüncü bir devlette bulunan malvarlığının tahsilini Uluslararası Adalet Divanı engellenmiş oldu. Görüldüğü gibi bu davada da Uluslararası Adalet Divanı *erga omnes* yükümlülükler karşısında olumlu bir görüş beyan etmekten çekindi.

2.3. Güney Batı Afrika Davaları ve Namibia Tavsiye Kararı (1962)³¹

Milletler Cemiyeti Güney Afrika Birliğine Güney Batı Afrika Topraklarının idaresini manda yoluyla vermişti. 1960 yılında Etiyopya ve Liberya Uluslararası Adalet Divanından ırkçı sınıflaşma ve manda şartlarını tek taraflı değiştirme gibi nedenlerle manda yönetimine aykırı davranan Güney Afrika Birliği'nin manda yönetiminin kaldırılmasını istedi.

Etiyopya ve Liberya mandanın şartlarına göre Milletler Cemiyeti'nin

³¹ Preliminary Objections - Judgment of 21 December 1962, [<http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/ilsaesasummary621221.htm>].

eski üyeleri gibi hareket ederek yasal hak ve menfaatlerinin olduğunu ileri sürdüler. Başka hiç bir devletin daha büyük menfaatinin olmadığını ileri sürdü. Güney Afrika Uluslararası Adalet Divanının yargı yetkisi olmadığını, Etiyopya ve Liberya'nın da dava ehliyetinin olmadığını ileri sürdü. Gerekçe olarak davacı devletlerin somut bir menfaatinin olmadığını veya ülke vatandaşlarının etkilenmediğini savundu

1962 yılında verilen kararda Mahkeme davaya bakma ehliyetinin olduğunu ileri sürdü. Etiyopya ve Liberya'nın Milletler Cemiyeti'nin üyeleri olarak Güney Afrika aleyhine dava açabileceğine hükmetti. Uluslararası Adalet Divanı, Milletler Cemiyeti'nin her hangi bir üyesinin Manda antlaşmasının sorumluluklarının yerine getirilmesi amacıyla dava hakkının olduğunu ileri sürdü. Bu davada Divan yargıçlarının çoğunluğu yasal ilgisinin *erga omnes* olarak var olduğu sonucuna vardılar.

Bunu ayırık oy yazısında Yargıç Jessup şöyle ifade etmektedir.

“uluslararası hukuk uzun süreden beri devletlerin kendi ekonomik finansla veya diğer materyal veya fiziksel veya somut çıkarlarının etkilemeyen sorunlarla ilgili olarak yasal menfaatlerini tanıdığını söyledi. Bunlardan bir tanesi de bir başka ülkede insanları etkileyen zalimane muamelelerinin ilgili devleti ilgilendirmesidir.”³²

1966 yılında Mahkeme, çok tartışmalı bir kararla, daha önce verdiği kararına geri döndü. Davanın esas bölümünü incelerken başvuranların başvurma haklarının olmadığını söyledi. Davayı açanların kendi çıkarlarının etkilendiğini göstermeden esastan incelemeye geçilemez sonucuna vardı. Mahkeme *actio popularis* (herkese dava hakkının tanınması- kamu davası gibi) kavramına işaret etti ve uluslararası hukukta bunun bilinmediğini ileri sürdü. Bunun hukukun genel prensipleri olarak da kabul edilemeyeceğini ileri sürdü.³³ Sonuç olarak bu karar dar iki taraflı tazminat kuralına işaret etmektedir.³⁴ Karar

³² *South West Africa cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, ICJ Report, 1962, Separate Opinion of Judge Jessup, 425.

³³ *South West Africa (judgment) Case* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), ICJ Reports, 1966, 47.

³⁴ CHARNEY, J., “*Third States Remedies in International Law*”, Michigan Journal of International Law vol. 57, (1989), 61.

uluslararası camia tarafından kınandı ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, manda yönetimine son verdi.³⁵

1971 yılında Uluslararası Adalet Divanı'ndan Birleşmiş Milletler hareketinin hukuki etkileri konusunda bir tavsiye kararı verilmesi için talepte bulunuldu. Mahkeme müeyyidelerin bütün Birleşmiş Milletler devletleri üzerinde ve görevleri örf ve adetten kaynaklanan üye olmayan devletler üzerinde bağlayıcı olduğu sonucuna karar verdi.

Northern Cameroons (1963) davasında da, başvuruda bulunanlar Vesalet anlaşmasının bazı hükümleri için *erga omnes* niteliğinde bulunmuşlardır. Bu gücü Birleşmiş Milletler şartının 76 (b) (c) maddesinde yer alan Birleşmiş Milletler üye devletlerinin ortak menfaatlerini korumak amacıyla görevlendirilmelerinden almışlardır.³⁶

2.4. Barcelona Traction Davası (1970)³⁷

1966 tarihli Güney Batı Afrika davası ile 1970 Tavsiye Kararı arası, Mahkeme Barcelona Traction davası hakkında karar vermek zorunda kaldı. Barcelona Traction, Light Power Company Limited Şirketi Kanada kanunlarına göre kurulmuş ve Toronto'da konuşlanmış elektrik üreten bir şirketti. İspanya'da bir alt birimi vardı. Kanada şirketi olmasına rağmen hisselerinin büyük kısmı Belçika vatandaşlarına aitti (%88). 1948 yılında İspanyol Hükümetinin aldığı bazı tedbirler sonucu, üç İspanyol hisse senedi sahibi İspanyol Mahkemesinden bir karar çıkartarak şirketin iflasını istediler. Şirketin malvarlığı haczedilip satılığa çıkarıldı. Barcelona Traction'a karar bildirilmedi. Şirket

³⁵ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, ICJ Reports 1971, vol. 16, 52-55.

³⁶ *Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom) (Preliminary Objections)*, ICJ Reports, 1963. (cited in Annecker, C., "The Legal Regime of Erga Omnes Obligations in International Law" (1994) *Australian Journal of International Law*, vol. 46/2 131-136, 132.)

³⁷ *Barcelona Traction, Light Power Company Limited (Belgium v. Spain), Second Phase*, ICJ Reports, 1970, 4.: Bu kararın uzun Türkçe çevirisi için bkz. Aslan, Gündüz, *Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler Örnek Kararlar*, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2000, 574-582. [<http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/ibtsummary700205.htm>]

de itiraz etmek için hiç bir girişimde bulunmadı. Kanada önce şirket adına İspanya Hükümeti nezdinde diplomatik himaye hakkını kullandıysa da sonra bundan vazgeçti.

Sonuç olarak, Belçika devleti çoğu Belçika vatandaşı olan hisse senedi sahiplerini korumak amacıyla tazminat talep etmek için Uluslararası Adalet Divanı'na başvurdu Başvuruya göre Kanada hukukuna göre kurulmuş bir şirketin İspanyol devletinin bazı organları tarafından yapılan işlemlerin uluslararası hukuka aykırı olduğu iddia edildi. Belçika hükümeti, her ne kadar şirket üçüncü bir ülkede bulunsa da vatandaşlarını korumak amacıyla dava hakkı olduğunu ileri sürdü. İspanya hükümeti Belçika şirketi olmayan bir şirketteki hissedarları korumak için girişimde bulunan Belçika'nın dava açma hakkının (*locus standi*) olmadığını savundu

Divan, yabancı bir şirketin hissedarlarının çıkarlarını korumak amacıyla başvuruda bulunan Belçika hükümetinin dava hakkının olmadığını ileri sürdü. Bununla birlikte Mahkeme bazı durumlarda üçüncü devletlerin tazminat talebi için *actio popularis*'e sahip olma ihtimalini kabul etti. Ve aşağıdaki meşhur *obiter dictum* ile *erga omnes* yükümlülükleri kabul etti.³⁸

“ bir bütün olarak uluslararası topluluğa karşı bir devletin sorumlulukları ile diplomatik koruma sahasında karşılıktan kaynaklanan yükümlülükler arasında zaruri bir sınır çizilmelidir. Özellikleri itibari ile önceki bütün devletlerin ilgisidir. Söz konusu hakların önemi dikkate alındığında, bütün devletler bunların korunması için yasal bir çığara sahip olabilir; bunlar *erga omnes* yükümlülüklerdir...”

Ruda tarafından işaret edildiği gibi bazı hukuksal olmayan davranışların dünya çapında yasal sorumluluk doğurması çağdaş uluslararası hukukun temelden değişmesi anlamına gelmektedir ve bunun kaynağı da yukarıda aktarılan meşhur karardır.³⁹ Mann *obiter dicta*'nın *erga omnes* yükümlülükler konusunda mahkemenin iyi dikkatli hazır-

38 Uluslararası Adalet Divanı'nı Barcelona Traction davasında verdiği karar bir *ratio decidendi* değil *obiter dictum*'dur. Yani davanın esasını çözmeye yönelik olmayan ve bağlayıcı olmayan açıklayıcı bir karardır.

39 RUDA, J.M., “Some of the Contributions of the International Court of Justice to Development of International Law” New York University Journal of International Law and Politics, (Fall 1991), 35

lıklar yaptığını ve davayı bir vesile olarak kullanıp suni olarak karar metninin içine taşıdığını ifade etmektedir⁴⁰.

Mahkemeyi böyle bir karar vermeye zorlayan gerçek 1966 yılında verdiği kararın çok ciddi eleştirilere maruz kalmasıdır. Barcelona Traction kararından sonra Gaja⁴¹ ve Aréchaga⁴² gibi bir çok yazar kararı destekleyen yazılar yazdılar. Ancak Uluslararası Hukuk Komisyonu eski üyelerinden McCaffrey *erga omnes* yükümlülüklerden bahsedilmesinin bu çok cömert bir kullanım olduğunu davanın gerçekleri ve hukuki sorunların bundan bahsetmeye hiç de gerek olmadığını gösterdi.⁴³

2.5. Nuclear Test Davası (1974)⁴⁴

Temmuz 1966 ile Temmuz 1972 arasında Fransa Güney Pasifik bölgesinde yer alan Mururoa'da Fransa nükleer test denemeleri yaptı. Avustralya ve Yeni Zelanda Uluslararası Adalet Divanı'na başvurarak Fransa aleyhine yargı süreci başlattılar. Uluslararası Adalet Divanı'ndan Fransa'nın 1973 Mayıs'ında başlatacağı nükleer denemelerin ve Pasifikte'ki diğer testlerin durdurma kararı vermesi istendi. Fransa davada taraf olmamayı tercih etti. Yeni Zelanda uluslararası topluluğun bir üyesi olarak radyoaktif döküntü meydana getirecek nükleer denemelerin yapılmamasını isteme hakkının olduğunu; Yeni Zelanda'nın bulunduğu bölgede ortaya çıkan suni radyoaktif serpintiyi önleme hakkının olduğunu ve bu serpintinin kendi topraklarına girmemesini isteme hakkına sahip olduğu ve ayrıca deniz dibi kaynaklarını işleme ve araştırma hakkı olduğu, sonuçta bu haklarının nükleer denemeler sonucu engelleneceğini ileri sürmüştür.

Avustralya hükümeti de denemelerin uluslararası hukuk ve Birleşmiş Milletler Şartını ihlal ettiğini özellikle Avustralya halkının her hangi bir ülkeden gelecek atmosfer kaynaklı nükleer denemeden uzak olması gerektiği; Avustralya'nın rızası olmadan hava sahasına radyoaktif

⁴⁰ RAGAZZI, (dn. 9), 5.

⁴¹ GAJA, G., "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", *Recueil des Cours* (RdC) (1981), vol. III, 280-281.

⁴² ARÉCHAGA, J., *De, International Law in the Past Third of a Century*, RdC (1978), vol. I, 275.

⁴³ RAGAZZI, (dn. 9), 5.

parçaların girdiğini bunun serbest deniz ulaşımı ve hava sahasını etkilediğini ileri sürmüştür. Uluslararası Adalet Divanı, Nuclear Test Cases davasında her devletin atmosferde de yapılan nükleer denemelerin durdurulmasına karşı dava hakkının olduğunu kabul etmedi.

2.6. East Timor Davası (1995)⁴⁵

1974'de Portekiz Birleşmiş Milletler Şartınının 11. Bölümü gereğince kendi kendini idare edemeyen bir bölge olarak kabul etti. 7 Aralık 1975'de Endonezya Doğu Timor'u işgal edip 1976'da ilhak etti. Portekiz geri çekildi. 1975 Kasımında bir yerli parti Doğu Timor'un bağımsızlığını iddia etti. Diğer gruplar Endonezya ile bütünleşme dahil işbirliğine gidilmesini istediler. Birleşmiş Milletler Endonezya'nın geri çekilerek self-determinasyon hakkını kabul etmesini istedi. Birleşmiş Milletler 1982'ye kadar Doğu Timor'la ilgili kararlar vermeye devam etti. Daha sonraki yıllarda, sorun Dekolonizasyon Komitesinin önünde olmasına rağmen BM olayı takip etmeyi bıraktı Uluslararası Adalet Divanında 1991 yılında Portekiz tarafından Avustralya aleyhine bir dava açıldı. Portekiz Avustralya'nın Doğu Timor'da bazı faaliyetlerin durdurulmasını talep etti. Portekiz başvuru dilekçesinde Endonezya ile 1989 yılında Doğu Timor'un kıta sahanlığında maden araştırma ve arama faaliyetleri için Timor Gap Bölgesi İşbirliği Antlaşması yapan Avustralya'nın uluslararası hukuku ihlal ettiğinden bahsediyordu. Portekiz Doğu Timor'u yönetme hakkının kendisinde olduğunu ve bunu gözetmeyen Avustralya'nın sorumlu tutulmasını talep etti.⁴⁶

Kendi kendini idare edemeyen, self determinasyon hakkının olduğu Doğu Timor'la ilgili bu başvuru karşısında Avustralya dava şartlarına itiraz etti. Divan ilk başta 14'e 2 Avustralya'nın ileri sürdüğü gibi yar-

⁴⁴ *Nuclear Tests* (Australia v. France) (Interim Protection) ICJ Reports 1973, 99; (Judgement) ICJ Reports 1974, 253. *Nuclear Tests* (New Zealand v. France) (Interim Protection), ICJ Reports 1973, 135. <http://www.icj-cij.org/icjwww/idecisions/isummaries/iafsummary730622>

⁴⁵ *East Timor* (Portugal v. Australia) [1995] ICJ Reports, 90. <http://www.icj-cij.org/icjwww/icasess/ipa/ipaframe.htm>

⁴⁶ NALDI, G., "The East Timor Case and the Role of the International Court of Justice in the Evolution of the Right of Peoples to Self-Determination", Australian Journal of Human Rights, vol. 5/1, (1999), <http://www.austlii.edu.au/au/other/ahric/ajhr/V5N1/ajhr514.html#Heading5>

gı yetkisinin olmadığından hareketle meseleyi çözümlemeyeceğine karar vermişse de (Portekiz'in olayda taraf olmadığından ve Divan'ın Statüsünü kabul etmeyen Endonezya aleyhine karar veremeyeceğinden hareketle), hem Portekiz hem de Avustralya için Doğu Timor topraklarının kendi kendine idare edilmeyen bir bölge olduğunu, halkının self determinasyon hakkının olduğu ve bunların Birleşmiş Milletler Şartı ve uygulamadan kaynaklandığını ve *erga omnes* yükümlülükler niteliğinde olduğunu söyleyerek işin esasını incelemeye geçmiştir.⁴⁷

Bundan başka davalarda da *erga omnes* yükümlülüklerine atıflar vardır. Örneğin, *Tehran Hostages* davasında, Divan, İran tarafından ihlal edilen Viyana Diplomatik İlişkiler Sözleşmesi'ndeki yükümlülükleri "imperative norms" olarak kabul ederek, İran'ın uluslararası hukuku ihlal ettiğinin uluslararası topluluğa duyurulmasının kendi görevi olduğunu ileri sürdü.⁴⁸

2.7. Gabcikovo-Nagymaros Davası (1997)⁴⁹

Uluslararası Adalet Divanının, 25 Eylül 1997 tarihinde karara bağladığı Gabcikovo - Nagymaros Davası süreci incelendiğinde de; daha önce sergilenen temel yaklaşım görülecektir.⁵⁰ Macaristan başvurusunda; projenin sürdürülmesinin Tuna nehrinin ana yatağının değişmesine yol açacağını, bu durumun da bölgenin çevresel kaynaklarına ve ekolojisine telâfisi imkânsız zararlar vereceğini, içme suyu rezervlerini tehdit edeceğini, flora ve faunayı tahrip edeceğini, ayrıca, ülkesel egemenliğinin ve uluslararası akarsuların kullanımıyla ilgili yapılaşma kurallarının ihlâl edileceğini belirtmiştir.

Slovakya ise, bu iddialar karşısında; Macaristan'ın tek taraflı olarak 1977 Antlaşmasını sona erdiremeyeceğini, "*pacta sunt servanda*" il-

⁴⁷ BEKKER, Peter H.F., "Recent Developments at the World Court", American Society of International Law Newsletter, September, 1995.

⁴⁸ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Provisional Measures, Order of 15 December 1979, ICJ Reports, 1979, 20, 40-43.

⁴⁹ [http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ihs/ihsjudgment/ihs_ijudgment_970925_frame.htm].

⁵⁰ BEKKER, P. H.F., "Gabcikovo-Nagymaros Project", American Journal of International Law, Vol. 92/2, 1998, 273-278.

kesi gereğince 1977 Antlaşmasının hükümlerinin geçerli olduğunu, ayrıca, Macaristan aleyhine tazminata hükmedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

23 Ekim 1992'de Macaristan Çek ve Slovak Federal Cumhuriyetini Tuna nehri ile ilgili karar vermesi için davet etti. 2 Temmuz 1993'de Slovakya Divan'ın yargı yetkisini kabul etti. Dava, Macaristan ve Çekoslovakya'nın 1977 yılında yaptıkları antlaşmadan sonra ortaya çıkan uyuşmazlık nedeniyle, Macaristan ve Slovakya'nın 1993 yılında Uluslararası Adalet Divanına başvurmak için ayrıca özel bir antlaşma yapmalarıyla açılmıştır. Taraflar bu antlaşmada Uluslararası Adalet Divanından hangi hususlarda karar vermesini istediklerini belirtmişler, Uluslararası Adalet Divanı ise kararını bu antlaşma doğrultusunda ve bu antlaşmayla sınırlı olarak uluslararası hukukun temel ilkelerini esas alarak vermiştir. Gabcikovo-Nagymaros davasında Yargıç Weeramantry ayırık kararında yargılama süreçlerinin taraflar arasında *erga omnes* yükümlülükler doğurduğunu yasal sonuçlarına ilişkin bir bölüm ayırmış. Bu kısım gelecek yargılamalarda *erga omnes* yükümlülüklerin rolünü ortaya koyma açısından kayda değer.

Bu davalar da göstermektedir ki, şu ana kadar hiçbir karar *erga omnes* üzerine kurulmamıştır. Uluslararası Adalet Divanı yukarıdaki davalarda *erga omnes* ile ilgilenmesine rağmen hiç birinde *erga omnes* yükümlülüğü ihlal etmenin sonuçlarını açıklığa kavuşturmamıştır. Aslında Barcelona Traction davasında *erga omnes* yükümlülükler kavramını ortaya atan Mahkeme değil taraflardı.⁵¹ Divan bu davalarda insan haklarının içeren evrensel düzeydeki belgelerin *erga omnes* yüklediğini kabul etmedi.

Uluslararası Adalet Divanı kavramı ne tanımlamış ne de hukuki sonuçlarını açıklamıştır.⁵² Divan daha sonraki kararlarında bazı usule ilişkin sertlikler getirerek kavramın uygulanma sahasını daraltma eğilimindedir. Uluslararası Adalet Divanı kararlarından *erga omnes* yükümlülüklerin insan hakları, bireylerin öldürülmesi ve ortadan kaybolması, işkence ve gayri insani muamele, uzatılmış ve keyfi gö-

51 RUBIN, (dn. 26).

52 SIMMA, Bruno, "From Bilateralism to Community Interest in International Law", 250 Recueil des Cours 229 *et seq.*, 298 (1994). (nakleden, Carrillo-Salced, dn. 24).

zaltına alma gibi konuları içeren sadece dar bir alana sıkıştırıldığını görmekteyiz⁵³ Uluslararası Adalet Divanı'nın bu kavramı cılız bir şekilde seslendirmesine rağmen uluslararası hukukta geniş kabul görmüştür.

3. Uluslararası Hukuk Komisyonu

Uluslararası Hukuk Komisyonu 1949'dan beri uluslararası sorumluluk ile ilgili çalışmaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu şu ana kadar 53 defa oturum yapmış olup, 18 yıl önceki çalışmalarında devletlerin sorumluluğu konusundaki çalışmalarında bu kavrama yer vermesiyle bu kavram pozitif hukuka taşınmıştır.⁵⁴ Taslak maddelerin ilk okunması 1996 yılında tamamlandı, ikinci ise 2001 oturumunda bitirildi, ve toplam 30 yıldan fazla sürdü.⁵⁵ Uluslararası Hukuk Komisyonu devletlerin sorumluluğu konusunda ikinci bölümün taslak maddelerini Genel Kurul'a yorumda bulunması için gönderdi. Bu süre içinde Roberto Ago (1962-1979), Willem Riphagen (1980-1986), Gaetano Arangio-Ruiz (1987-1996) ve James Crawford (1997-) özel rapor-tör olarak çalıştılar.⁵⁶

Komisyon, "Devletlerin Sorumluluğu Konusunda Taslak Maddeleri" hazırlarken, *erga omnes* kavramına dolaylı yoldan 1984 yılında yapılan bir düzenleme ile 19. maddede yer vererek,⁵⁷ bu kavramın merke-

53 Gabcikovo-Nagymaros Project davasında Uluslararası Adalet Divanı çevresel etki değerlendirmesi'nin uluslararası bir yükümlülük olduğunu ifade edebilirdi ama etmedi. Daha ziyade sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler üzerinde durdu. Hakim Weeramantry ayırık oy yazısında ÇED'i bir örf ve adet kuralı olarak kabul etti.

54 Uluslararası hukuk Komisyonu internet sayfasından alınmıştır [http://www.un.org/law/ilc/guide/9_6.htm].

55 Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun internet sayfasında devletlerin sorumluluğu ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi yer almaktadır. Bknz. [http://www.un.org/law/ilc/archives/statresp.htm] ve "*/State responsibility - electronic archive.htm".

56 Raportörlerin isim ve çalışmaları ile ayrıntılı bilgi için bknz., "Annex III: Special Rapporteurs of the International Law Commission (1949-2001)" Annex III Special Rapporteurs of the International Law Commission (1949-2001) Analytical Guide to the Work of the ILC category-based index.htm

57 "International Law Commission Draft Articles on State Responsibility", bknz. [http://www.un.org/law/ilc/guide/9_6.htm]

zi bir yere oturmasında önemli bir rol oynamıştır. Bu konuda raportör olarak görevlendirilen W.Riphagen ve J. Crawford bu kavrama değişik anlamlar yüklemeye çalışmışlardır.

Eski 19. maddede devlet suçları diye bir kavram yer alıyordu. Komisyonun raportörleri *erga omnes* kavramını yeni bir dil ve terminoloji olduğu için kullanmadılar. Onun yerine “bütün uluslararası topluluğa karşı olan sorumlulukların ciddi bir biçimde ihlali” olarak tanımlandı. Ancak, iç hukukta işlenen suçları kamu adına takip eden ve kovuşturan savcılık kurumu gibi bir kurumun uluslararası hukukta olmaması dolayısıyla, bütün uluslararası topluluk adına işlenen bir suçun cezalandırılması için ne yapılacağı konusu şüpheyle karşılandı.

Dört paragraftan oluşan 19. madde uluslararası suç ile kusur arasındaki farkı ortaya koymaktır.⁵⁸ İlk paragrafta uluslararası yükümlülüklerin tamamının uluslararası haksız fiil olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte eğer bu haksız fiil uluslararası topluluğun temel yararlarının korunmasına karşı çok önemli bir ihlali oluşturuyorsa, o takdirde bu tür bir ihlal bütün uluslararası topluluğa karşı bir suç olarak kabul edilmektedir. (Taslak Madde 19/2)

19. maddenin 3. paragrafında uluslararası suç oluşturan ihlallere yer verilmektedir. Buna göre;

a- Saldırının yasaklanması gibi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli uluslararası yükümlülüklerin ciddi bir şekilde ihlali,

b- Koloni egemenliğinin kurulması ve devamını yasaklama gibi uluslararası barış ve güvenliği korumak için çok önemli bir uluslararası yükümlülüğün ciddi ihlali,

c- Kölelik, soykırım ve ırk ayrımının yasaklanması gibi inani koruyan uluslararası yükümlülüklerin ciddi ihlali,

d- Atmosfer veya denizin kitlesele kirliliği gibi çevrenin korunmasını ve

⁵⁸ Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-second Session, UN GAOR, 55th Session, Supp. No. 10, ch. IV, UN Doc. A/55/10 (2000). The ILC's Draft Articles on State Responsibility: Toward Completion of a Second Reading -from the October 2000 issue of the AJIL- [<http://www.asil.org/crawford.htm>].

muhafazası için çok gerekli bir sorumluluğun ihlali.

Bu eylemleri ihlal yoluyla işleyen devlet uluslararası suç işlemiş olur. Görüldüğü gibi burada devletlerin cezai sorumlulukları iç hukuktaki temel bir *maxim* olan "*nullum crimen sine lege*" ilkesine aykırı bir şekilde doğmaktadır. Çünkü burada kimse bu eylemlerin ne olduğunu çok açık olarak ifade edemez. Bu noktanın açıklığa kavuşturulamasından dolayı *erga omnes* yükümlülükler hakkında bir çok tartışma yürütülmektedir.

Yukarıda sayılan eylemler tahdidi değil tâdadidir. Savaş suçları, bir devlet tarafından bir halk topluluğu üzerine sistematik saldırılar düzenlenmesi, soykırım evrensel yargı yetkisine tipik örneklerdir. Anti-terörizm antlaşmaları uyuşturucu ile mücadele antlaşmaları gibi antlaşmalardan kaynaklanan rejimler de uluslararası yargı yetkisini doğurabilir. Özel Raportör James Crawford 19. maddede yer alan "uluslararası suçlar" kavramının *jus cogens* ve *erga omnes* yükümlülüklerin ihlali halindeki sonuçları doğurabileceğini söylemekte ve bu iki kavramın uluslararası suç kavramıyla daha iyi olarak açıklanabileceğini ileri sürmektedir.⁵⁹

Crawford, Taslak madde 40/3'ün *erga omnes* sorumlulukların ihlali sorunlarıyla ilgilenecek şekilde yeniden düşünülmesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁶⁰ Madde 40 (2)(e)(iii)'yi *erga omnes* ihlalleri kapsayacak şekilde yeniden tanımlamak gerekmektedir. 40 maddede yer alan sorumluluk ihlali *erga omnes* sorumluluktan kaynaklanmalıdır; uluslararası suçlar veya yanlış davranışın ciddiyetinden değil.⁶¹

Bu çalışmalarda uluslararası kusurlarla uluslararası suçlar birbirinden ayrılarak sadece ikincisinin bir özelliği olarak *erga omnes* gösterilmişse de, Uluslararası Hukuk Komisyonu antlaşma ve örf ve adet hukukundan kaynaklanan başka yükümlülükler için de *erga omnes* kavramına müracaat edilmiştir.

⁵⁹ ABI-SAAB, (dn. 25).

⁶⁰ GAJA, G., "Should All References to International Crimes Disappear from the ILC Draft Articles on State Responsibility?" *European J. Int'l. Law*, vol. 10/2, (1999) 365-370, 367.

⁶¹ *ibid.*

4. Erga Omnes ve Locus Standi

Klasik ve çok sınırlı dava hakkı anlayışına göre, küresel müştereklere karşı tecavüzler vuku bulduğunda zarar gören devletin yeterli dava hakkı yoktur.⁶² Uluslararası hukukun içtihat hukuku genel olarak *actio popularis* kavramına düşmandır.⁶³ *Erga omnes* yükümlüklerin ihlal edilmesinden dolayı dolaylı yoldan zarar görenlere dava hakkı (*locus standi- standing*) verildiğini düşünecek olursak, bu hak kimde olmalıdır? Burada akla çeşitli alternatifler gelmektedir: Devletler ve uluslararası örgütler, sivil toplum örgütleri, bireyler ve gelecek nesiller adına hareket edecek kurum ve kuruluşlar.⁶⁴ Uluslararası Hukuk Komisyonu 1979 yılında zarar veren devlet aleyhine dava açma hakkının artık sadece zarar gören devletin tekelinde bir yetki olmadığını söyledi.⁶⁵ Uluslararası Hukuk Komisyonu doğrudan mağdur olanların değil uluslararası topluluğun bütün üyelerinin müdahil olabileceğini söyledi. Bütün devletlerin uluslararası nitelikte yanlış davranışta bulunan devlet aleyhine hukuki yollarla söz konusu devletin sorumluluğunu isteme hakkına sahip olabilmesi bu kavramın en önemli özelliklerindedir.

Erga omnes nitelikli bir suç işlendiğinde, bütün devletlere dava hakkı tanımak, doğrudan mağdur olan devletlerin dışında diğer dolaylı zarar gören devletlerin de dava açacakları anlamına gelirse, bu kavramın uluslararası hukuka girmesi çok kolay olmayacaktır. Bu noktada *erga omnes* yükümlülüklerin *actio popularis*'ten daha dar bir çerçeveye sahip olması gerekir. Hali hazırda bir çok devlet Uluslararası Adalet Divanı'nın zorunlu yargı yetkisini kabul etmemektedir. Dolaylı olarak etkilenen devletlere Divan önünde dava ehliyetinin tanınması, yargı yetkisinin tanınması noktasında bir çok devleti daha da terdirgin edecektir.⁶⁶

⁶² NANDA, Ved P., *International Environmental Law and Policy*, Transnational Juris. Publ., Irvington-on-Hudson, N.Y., 1995, 2.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Son üçünü NANDA ifade etmektedir: cf. *ibid.*, 21.

⁶⁵ ILC Report 1979, U.N. Doc. A/34/10, 320.

⁶⁶ KORKEAKIVI, Antti "Consequences of "Higher" International Law: Evaluating Crimes of State and Erga Omnes, *Journal of International Legal Studies*", Summer 1996 v. 2/2, 81 et seq., 112.)

Bu noktada uluslararası topluluk adına bazı örgütlerin bu hakka sahip olması daha makul olarak gözükmektedir. Ancak, bilindiği gibi uluslararası topluluk tüzel kişiliği olmayan belirsiz bir kavramdır. Öyleyse uluslararası topluluğu temsil etme hakkını kim elinde tutacaktır? Örneğin insan hakları ihlalinde Avrupa Konseyi gibi bir örgüt akla gelmektedir. Avrupa Birliği gibi bölgesel örgütler de düşünülebilir. Gerhard Zimmer evrensel bir yapısı olan BM çatısında kolektif yaptırımın uygulanmasını ileri sürmektedir⁶⁷. *Erga omnes* yükümlülükler uluslararası topluluğun ortak sorumluluğu olarak nitelendiriliyorsa o zaman uygulanmasını bireysel devletlere veya bölgesel dar kapsamlı uluslararası örgütlere vermemek lazım demektedir.⁶⁸ BM uluslararası hukukun bir tüzel kişisi olarak bu dava hakkına en layık olan aday gibi gözükmektedir.⁶⁹

Uluslararası topluluk çok soyut bir kavram olduğu için asıl olan topluluk menfaatinin olduğu dikkate alınarak özellikle Birleşmiş Milletler ve bunu temsilen Güvenlik Konseyi başta olmak üzere, diğer uluslararası örgütlere imkan tanınması uygun olur.⁷⁰ Örneğin BM Şartının 2(6). maddesi dünya barışı tehlikeye düştüğünde BM üyesi olsun olmasın ilgili devlete müdahale etme yetkisi doğmaktadır. Evrensel otorite yetkisinin kullanılması geçmişte çok sık rastlanmadı. Ancak son yıllarda süper güçlerin kavgasının bitmesi, insani müdahalenin yeni boyutlar kazanmasıyla bir değişim gözlenmektedir. Bu eğilimin bir başka ifadesi bazı ödevlerin *erga omnes* yükümlülükler yüklemesidir.⁷¹ Ancak bu ödevlerin icrası aşamasında *actio pro socio* şeklinde ortaya çıkması bu yetkinin başka amaçlarla kötüye kullanılmasına neden olabilir. Bu nedenle Fastenrath *erga omnes* kavramının *erga societatem* olarak algılanmasını istemektedir. Böylece uluslararası örgütler Güvenlik Konseyi'nin kendi görev sahasında yaptığı gibi *erga omnes* yükümlülüklerin ihlali halinde kendiliklerinden yetkilendirildik-

⁶⁷ KÖCHLER, Hans, "Humanitarian Intervention in the Context of Modern Power Politics", International Progress Organization, Studies in International Relations, XXVI, Vienna 2001, 30.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ KORKEAKIVI, dn. 58, 103.

⁷¹ FASTENRATH, U., "Relative Normativity in International Law", European Journal of International Law, 4/3, (1993), 305-340, Final Remarks, [http://www.ejil.org/journal/Vol4/No3/art1-04.html]

leri konular için yaptırım uygulayabileceklerdir.⁷²

Ancak devletler bu konuda kendilerini de ilgilendiren konularda yargı yetkisini uluslararası örgütlere bırakacaklar mı? Bu konuda devletlerin çekinceleri olacağı düşünülürken, kavramın pozitif hukukta yerleşmesi için dava açma hakkını sadece devletlere tanımak ilk aşamada uygun olabilir. Eğer uluslararası topluluğun devletler ve uluslararası örgütler dışında bir *sui generis* yapısı olduğu kabul edilirse, bu takdirde sivil toplum örgütlerinin de dava açma hakları olmalı mı? Bunlar üzerinde uzun yıllar tartışmaların olacağı sorulardır.

5. *Erga Omnes*'in Kullanılabileceği Alanlar

Klasik uluslararası hukukta *erga omnes* uluslararası ceza hukukunun yasal yükümlülük doğuran bağlayıcı bir kaynağı olarak kabul edilmektedir.⁷³ Bu bağlamda silahlı tecavüz, soykırım, insalığa karşı işlenen suçlar, savaş suçları, kölelik, korsanlık ve kölelik-benzeri uygulamalar ve işkence bu kategoride değerlendirilmekte ve her devletin insanlığa karşı olan yükümlülüklerin ihlali halinde yasal ilgisi olduğu kabul edilmektedir. Bu eylemlerin suç olarak kabul edilmelerindeki mantık uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden eylemler olması ve insanlık vicdanını şok etmeleridir. Ancak, uluslararası barış ve güvenlik sadece bu tür eylemlerle özleştirilemez. Artan çevre felaketleri dolayısıyla çevre suçlarının da uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden eylemler olduğu ve bu konuda mücadele edilmesi gerektiği düşüncesi Soğuk Savaş döneminde daha sık dile getirilmeye başladı.⁷⁴

⁷² (Simma, B, "Does the UN Charter Provide an Adequate Legal Basis for Individual or Collective Responses to Violations of Obligations *Erga Omnes*?", in J. Delbrück (ed.), *The Future of International Law Enforcement: New Scenarios -New Law?*, (1993), 125 (nakleden Fastenrath, *ibid.*)

⁷³ BASSIOUNI, dn. 13, 64.

⁷⁴ 1992 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bildirisinde "ekonomik, sosyal, çevresel ve insancıl dengesizliklerin askeri olmayan kaynakları uluslararası barış ve güvenliği tahdit eden tehlikelerdir ve Birleşmiş Milletler bu konulara en üst önemi vermek zorundadır" demiştir. Security Council Summit Declaration, *New Risks for Stability and Security*, New York Times, February 1, 1992 at A4 (alıntı yapılan kaynak: SMITH, E.D., "The Need for Effective Multilateral Sanctions" in *The United Nations Response to a Changing*

Erga omnes kavramı gelecekte küresel çevre problemlerinin çözümünde bir çare olabilir. Çevre suçlarının kölelik ve korsanlık gibi *delicta juris gentium* olması tavsiye edilmiştir. Fauna ve floranın korunması karşısında bu kavramı kullanmak devletlerin egemenlik sahasını daraltıcı etkiye sahip olacaktır. "Çevresel Etki Değerlendirme" (ÇED) yapmanın uluslararası bir yükümlülük olduğu ifade edilmektedir.⁷⁵ Bir çok sözleşme bu yükümlülüğe yer vermiştir. Bir çok ülkenin iç hukuk mevzuatında yer almaktadır. Jacobsson, Antarktika Antlaşmalar Sisteminin bağımsız bir hukuksal rejim ve *erga omnes* olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmektedir.⁷⁶ Her ne kadar antlaşmalar yoluyla geçerli *erga omnes* yükümlülükler sonuçlandıran rejimler ortaya koyalı da, Antarktika Antlaşması böyle bir antlaşma değildir. Bununla birlikte Antarktika Antlaşması'nın bazı hükümleri örf ve adetin yansıması niteliğindedir. Bütün uluslararası topluluk tarafından kabul edilmiştir.⁷⁷

Barcelona Traction kararından sonra 1974 yılında BM Genel Kurulu Devletlerin Ekonomik Hak ve Görevleri Şartını kabul etti. (Res. 3281 (XXXIX)). Bu Şartın bölümlerinden birisi de çevrenin şimdiki ve gelecek nesiller için korunması ve muhafaza edilmesi bütün devletlerin sorumluluğu konusundadır ve bütün devletler kendi topraklarındaki faaliyetlerin çevreye ve, diğerleri arasında, ulusal sınırların dışındaki alanlara zarar vermemesini temin etme yükümlülüğü altına girmişlerdir.

Küresel çevre felaketlerinin önlenmesi açısından *erga omnes* yükümlü-

World: International Law Implications, Proc. 86th American Society of International Law 303-308, s. 304.)

⁷⁵ PREISS, Erika L., "The International Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment: The ICJ Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project" N.Y.U. Environmental Law Journal, vol. 7, 1999, 307-351, 351.

⁷⁶ JACOBSSON, Marie Gotton "The Antarctic Treaty System: "Erga Omnes" or "Inter Partes"?", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Lunds Üniversitesi, 1998. (Proquest Dissertation Abstracts veri tabanından ulaşılmıştır) bnz. Umi Dissertation Abstracts at [<http://www.proquest.com>]

⁷⁷ Antarktika Antlaşmalar Sistemi ile ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞLAR, K., "Antarktika Antlaşmalar Sistemi (1961-2001): 40 Yılın Ardından Antarktika'nın Hukuki Rejimi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Yayınlanacak makale).

lülükler gelecekte çok önemli bir rol oynayacaktır. Ozon tabakasının incilmesi, biyoçeşitliliğin yok olması, iklim değişikliğine karşı önlemler geliştirmek gibi alanlarda devletlerin bireysel politikalar yürütmesi söz konusu olamaz. Ne var ki, bazı durumlarda devletler kendi vatandaşlarının yaşam hakkını güvence altına almak, dış borç ödemek ve fakirlikten kurtulmak için bütün insanlığın zararına olacak şekilde çevreye zarar verebilir (örneğin tropikal ormanları yok edebilirler). İşte bu durumda küresel yardım anlayışının kurumsal bir nitelik alması gerekmektedir. Boed uluslararası yük-paylaşım mekanizmaları oluşturarak bütün uluslararası topluluğa uluslararası yükümlülüklerini yerine getirme konusunda yardımcı olmayı tavsiye ediyor.⁷⁸ Özellikle insan hakları, çevre ve kalkınma hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin gönüllü olarak yerine getirilmesine yardımcı olacak bir mekanizma olduğundan, bu karamın üzerinde daha ayrıntılı durulması gerekmektedir.

6. İnsanlığın Ortak İlgisi

Erga omnes çağdaş uluslararası hukukun en önemli ve zor kavramlarından birisi⁷⁹ olarak tanım ve kapsam sıkıntısı çekmeye devam ederken, bu kavramın bir an önce hayata aktarılması gerekiyor. Bu kavramın uluslararası hukukta ne zaman kabul edilebilir yasal bir norm olarak kullanılabileceği belli değildir. Küresel problemlerin bir an önce çözümlenmesi gerektiği karşısında uluslararası topluluk "insanlığın ortak ilgisi" (common concern of mankind) gibi daha esnek ve kabul edilebilir kavramlar geliştirmeye çalışıyor. Bu kavram aslında *jus cogens* kavramını kullanmadan aynı yükümlülüğe işaret etmektedir.⁸⁰ İnsanlığın ortak ilgisi kavramı devletlere işbirliğine girme yü-

⁷⁸ BOED, Roman, "State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct", Yale Human Rights & Development Law Journal, Vol. 3, 2000, available at [http://www.yale.edu/yhrdlj] (last visited 28 Sept. 2002).

⁷⁹ CARRILLO-SALCED, A. "The Concept of International Obligations" American Journal of International Law, vol. 92/4, 1998, 791-793, 793.

⁸⁰ SCHRIJVER, Nicolaas Jan "Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties in an Interdependent World" [Online Resource] Groningen : University Library Groningen [Host], 1995. - Dissertation (document), "Chapter 8: International Environmental Law: Sovereignty versus the Environment?", <http://www.ub.rug.nl/eldoc/dis/jur/n.j.schrijver/h8.pdf>, 226

kümlülüğü getirmektedir.⁸¹

Bu kavram ilk olarak 43/53 sayılı ve 1988 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararıyla literatüre girmiştir.⁸² Bu kavram, ilk olarak uluslararası topluluğun ortak müdahalesi için bir destek norm olarak düşünülmüştür.⁸³ 1992 İklim Değişikliği ve Biyoçeşitlilik Sözleşmelerinde iklim ve biyoçeşitlilik 'insanlığın ortak ilgisi' olarak tanımlanmıştır. İnsanlığın ortak ilgisi kavramı iklim değişikliği konusunda devletlerin yükümlülükleri ne olursa olsun, *erga omnes* etki doğurmaktadır. Bu nedenle herhangi bir devlet iklim değişikliğini etkileyen politikalara veya faaliyetlere karşı çıkacak yasal temsil hakkını elde etmiş oluyor. Bunun için gerçekten etkilenmiş olması şartı aranmalıdır.⁸⁴

Fauna ve floranın korunması karşısında bu kavramı kullanmak devletlerin egemenlik sahasını daraltıcı etkiye sahip olacaktır. Herhangi bir devlet, bunun için gerçekten etkilenmiş olması gerekmeden, iklim değişikliğini etkileyen politikalara veya faaliyetlere karşı çıkacak yasal temsil hakkını elde etmiş oluyor.⁸⁵

Bütün devletlere yasal temsil hakkı vermek küresel sorularını çözme-

⁸¹ BORG, S., "The Trusteeship Council as a Keeper of the Global Commons for Future Generations and the Role of Diplomacy in Implementing Effective Environment Protection", <http://diplo.diplomacy.edu/publishing/environment/frimorn2.htm>. (Google arama motorunun önbelleği yoluyla ulaşıldı). (normal sayfaya ulaşamadı) (erişim tarihi: 25 Eylül 2002)

⁸² Section VI- The Atmosphere and Climate Change: Bu kavramın ayrıntılı anlatımı için BORG, S., "The Common Concern Concept: A Prerequisite for an International Legal Regime for the Protection of Areas Beyond National Jurisdiction for Present and Future Generations" *Future Generations Journal*, vol. 11, (1993), 14 et seq.

⁸³ Örneğin, 1972 Stockholm Deklarasyonu'nun hazırlık çalışmalarında küresel sorunlar karşısında çevrenin korunması için işbirliği ve ortak hareketin gereğinden bahsedilmişti UN. Doc. A/CONF.48/4, Annex, at 2 (1972).: Bu görüş tarafından da paylaşılmaktadır. MAFFEI, M.C., "Evolving Trends in the International Protection of Species" (1993) 36 *German Yearbook of International Law* 131-186, 165.

⁸⁴ D'AMATO, Anthony & ENGEL, Kirsten (eds.), *International Environmental Law Anthology*, Anderson Pub Co, 1997, 31.

⁸⁵ *Ibid.*

de etkili olacaktır. Zarar görme şartı olmadan dava açma hakkına sahip olmak aynı şekilde düşünen küçük devletleri, ellerinde somut sonuçlar olmadan yapılan eyleme karşı itiraz etme konusunda, birlikte hareket etmeye zorlayacaktır.⁸⁶

7. Erga Omnes'in Somut Olarak Etkisini Göstermesi

Uluslararası kamu düzenini etkileyecek ölçüde önemli yükümlülükleri ihlal eden devletlere karşı başvurulabilecek başlıca üç yol akla gelmektedir. İlki devletlerin sorumluluğundan önce o eylemi işleyenleri ihlal edilen eylemle ilgili kurulmuş bir mahkemede yargılamak. İkincisi, devletlerin sistematik bir şekilde kendine bağlı organları tarafından bu yükümlülüklerin ihlali halinde "insani müdahale" yoluyla iç işlerine müdahale ederek yapılan eylemi durdurmak veya ortadan kaldırmak. Üçüncüsü ise, iç hukukta erga omnes nitelikteki yükümlülüklerin ihlalinin dolaylı yönden zarar gören veya görebilecek kişi ve gruplara dava hakkı tanımak (actio popularis). Böylece devletlerin kendi iç hukuk sistemi içerisinde uluslararası yükümlülüklerine uygun davranılmasını sağlayacak bir mekanizma geliştirilmesidir. Bunların her biri oldukça tartışmalı konular olup, bu makalenin boyutu dikkate alındığında, sadece bazı önemli hususlara işaret edilecektir.

İlk olarak, bir devletin erga omnes yükümlülükleri ihlal etmesi halinde diğer devletlerin başvurabileceği yollar klasik uluslararası hukukta sınırlıdır. Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisini kabul etmemiş bir devleti La Haya Mahkemesi önüne çıkarmak söz konusu değildir. Ancak son zamanlarda özellikle insan haklarının ihlalinin kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali halinde bu yükümlülüğü ihlal eden bireylerin uluslararası ceza veya savaş suçları mahkemesinde yargılanmaları gündeme gelmektedir (Pinochet ve Milosevic gibi). Bu bağlamda Güvenlik Konseyi 1993 yılında Yugoslavya Savaş Suçları Mahkemesini (War Crimes Tribunal), 1994 yılında Ruanda Uluslararası Mahkemesini kurdu. 1998 yılında Roma'da Uluslararası Ceza Mahkemesi kuruldu. Güvenlik Konseyi'nin Birleşmiş Milletler Şartı

⁸⁶ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TRINDADE, A.A.C. & ATTARD, D.J., "The Implications of the 'Common Concern of Mankind' Concept on Global Environmental Issues", in IWAMA, T., ed., *Policies and Law on Global Warming: International and Comparative*, Tokyo, 1991, 10.

tarafından kendisine verilen böyle bir yetkisi olup olmadığını⁸⁷ ve bu özel mahkemelerin sayısının artmasının kargaşaya yol açıp açmadığını bir kenara bırakarak,⁸⁸ ifade etmek gerekir ki, bu ad hoc yetkiye sahip mahkemeler kısıtlı yetkilerine rağmen evrensel yükümlülüklerin ihlali durumunda yapılan eylemlerin karşılıksız kalmadığını gösteren önemli işaretlerdir.

Bu yargısal yola ilave olarak, son on yıl içerisinde bulunmuş ikinci bir yol da "insani müdahale"dir.⁸⁹ Soğuk Savaş dönemi sonrası, insani müdahale "uluslararası ilişkilerde devrimsel yeni bir kavram" olarak ortaya çıktı.⁹⁰ Bunun nedeni Birleşmiş Milletler şartı açık olarak böyle bir kavrama atıfta bulunmuyor. Bu nedenle, "[h]iç bir yerden gelmedi ve inanılmaz derecede kısa sürede çok geniş kabul gördü".⁹¹ Özellikle kurumsallaşmış topluluk prosedürlerinin yeterince gelişmediği ve erga omnes yükümlülükleri durdurma ve önlemede yetersiz kalmaları halinde "insani müdahale" bir uluslararası polis gücü oluşmasının ilk basamağını teşkil edebilir. "İnsani müdahale" o kadar etkili bir akademik silah olarak ortaya çıkmıştır ki, sadece savaş suçlarından kaynaklanan ihlallerin cezalandırmasında değil, aynı zamanda küresel çevre felaketlerine yol açacak şekilde ısrarla uluslararası antlaşmalardan⁹² kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal eden devletlere karşı "eko-

87 Bu konuyu Zemanek'de tartışmaktan kaçınmıştır, ZEMANEK, dn. 15, 20.

88 Nurnberg ve Tokyo Savaş Suçları Mahkemesi gibi mahkemelerinin sayısının artmasının eleştirisel olarak incelendiği şu eser, konuyu daha ayrıntılı çalışmak isteyenlere bir fikir verebilir bkz. OELLERS-FRAHM, Karin, "Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions", Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 5, 2001: Bu konuda özel bir portal hazırlanmıştır. Bknz. "The Project on International Courts and Tribunals" [<http://www.pict-pcti.org/home.html>].

89 Bu husus Zemanek tarafından ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Bknz. ZEMANEK, dn. 15, 34-52. Ancak Zemanek'ten farklı olarak, çevre hakkının korunması amacıyla aşağıda insani müdahaleyi işleyeceğiz.

90 SULLIVAN, S., "A Right to Intervene?: The World is Embracing a Dangerous New Rule of International Law" (Kapak Haberi), Newsweek, 18 January 1993, 7.

91 Ibid.

92 Örn. Dünya Mirası Sözleşmesi, Ozon Tabakasının İncelmesine Karşı Viyana Sözleşmesi ve ona bağlı olarak imzalanan Protokoller ve İklim Değişikliği Sözleşmesi gibi çok önemli yükümlülükler yükleyen çoktarafli sözleşmeler gibi

müdahale" yapılması ile ilgili teklifler gündeme gelmeye başladı. Bunun temelinde yatan kavramsal düşünce yeterli ve yaşanabilir bir çevrenin temel insan hakkı olup, bir jus cogens ilkesi olarak ortaya çıkmasıdır.⁹³ Bütün jus cogens kuralları aynı zamanda erga omnes yükümlülükler yüklediklerinden kavramsal olarak insani müdahale için gerekli zemin hazır sayılır.

Bütün insanlığın yaşam sistemini oluşturan kaynakları kısmen veya tamamen ortadan kaldırma konusunda faaliyet gösteren devletleri durdurmak için klasik uluslararası hukuk sistemi yetersiz kalmaktadır. Örneğin tropikal ormanlarını kalkınma amacıyla tamamen yok etmek isteyen veya sanayileşme uğruna binlerce yıllık kültürel mirası katleden devletlere karşı bugün "yeşil bereliler"⁹⁴ benzeri müdahale güçleri ile savaşmak mümkün olabilir mi? 1989 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda dönemin Avusturya Dışişleri Bakanı Alois Mock çok kıymetli doğal kaynakları korumak amacıyla uluslararası bir polis gücü kurulmasını teklif etti.⁹⁵ O günden beri uluslararası topluluğun doğal kaynaklar üzerindeki hakkı ve müdahale yetkisi doktrinel olarak tartışılmakta olup,⁹⁶ ileride jus cogens niteliğindeki normların ihlali halinde, "insani müdahalenin" uluslararası topluluğun ortak yararına olacak değerlerin korunması için bir araç olarak kullanılacağını düşünüyoruz. Bu müdahalenin diğerlerinden farkı,

⁹³ SHUTKIN, W.A., "International Human Rights Law and the Earth: The Protection of Indigenous Peoples and the Environment", Virginia Journal of International Law, vol. 31, 1991, 477-511, 489.

⁹⁴ Bu terimin orijini için bkz. MOLONE, L.A., "Green Helmets: A Conceptual Framework for Security Council Authority in Environmental Emergencies" Michigan Journal of International Law, vol. 17 (1996) 515-536, 518-9.

⁹⁵ "Carrot and Stick: Spurring Conservation with a Prize and a Police Force" The Time (Magazine), 9 October 1989, 45.: bkz. CEDE, F., "UN Green Helmets: A Model System for the Settlement and Prevention of Environmental Disputes", Austria Federal Ministry for Foreign Affairs, Vienna, 1992 (P. Sand'ın "Trusts for the Earth:..." adlı makalesinden alınmıştır, in LANG, W. Ed., Sustainable Development and International Law, Graham & Trotman, 1995, 167-188, 184.

⁹⁶ Bkz. McCLEARLY, R.M., "The International Community's Claim to Rights in Brazilian Amazonia" Political Studies, vol. 39/4, 1991, 691-707.: GILLESPIE, T.R., "Unwanted Responsibility: Humanitarian Military Intervention to Advance Human Rights" Peace and Change, vol. 18/3, 1993, 219-246.

müdahale edilen yerde bulunan bir grup insanı korumaktan çok, müdahale edilen yerin dışında yaşayan binlerce insanı korumak için gerekçe olarak kullanılacağıdır. Üçüncü dünya ülkeleri karşı çıksa da bu yaklaşım uzun dönemde çok stratejik doğal kaynakların kontrolünde güçlü devletlerin eline çok önemli bir silah vereceği gibi görünüyor. Örneğin, OPEC ülkelerinin bir karar alıp ABD ve AB ülkelerine petrol yasağı koyduğu farz edelim. Bu durumda Batı şu argümanı kullanacaktır. "Petrol insanlığın yaşamını sürdürmek için o kadar önemli bir kaynaktır ki, bu bir çeşit "enerji hakkı" gibi görülebilir. Bu hak ise yaşam hakkının en önemli tamamlayıcısıdır. Batı'ya petrol satmayarak milyonlarca insanın yaşam hakkını ve kalitesini düşürecek derecede bir yükümlülüğü yerine getirmeyen devletler erga omnes yükümlülüklerine aykırı davranmaktadırlar. Bu durumda Batı'nın kendi insanlarının temel insan hakkını korumak için "insani müdahale"de bulunarak petrol kaynaklarını kontrolü altına alması Birleşmiş Milletler Şartının 2. maddesinde yer alan müdahale etmeme ilkesine aykırılık teşkil etmez."...

Erga omnes yükümlüğün ihlalinin kaynağında önlenmesi ile ilgili olarak akla gelen üçüncü yol, actio popularis'i ülke içerisinde gerçek ve tüzel kişilere tanıyarak, doğrudan dava açma hakkına sahip olmayan kişi ve kurumların da etkin bir rol almalarını sağlamak olmalıdır. Bu konuda en somut gösterge Aarhus Sözleşmesidir.

Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu (AEK) bünyesinde oluşturulan Çevre Politikası Komitesi'nce hazırlanan "Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Çevresel Karar Verme Sürecine Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi" 23-25 Haziran 1998 tarihleri arasında Danimarka'nın Aarhus kentinde imzaya açılmış olup 2001 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'de, taraf ülkelerin, çevresel bilgilerin milliyet, vatandaşlık ve ikametgâh şartı aramaksızın kamuya açılmasını sağlayacakları hükme bağlanmaktadır. Sözleşme gereğince, bilgiye erişim, karar almaya halkın katılımı ve yargıya başvurma hakkını herkes kullanabilecektir. Bu hakları kullananın herhangi bir menfaatinin bulunması gerekli değildir. Hakkı kullanmak isteyenler, gerçek kişiler, tüzel kişiler, örgütlü gruplar ya da gönüllü yurttaşlar hareketi olabilir. Hakkı kullanmak isteyen gerçek kişi ya da örgütlerin, vatandaşlığı, ikametgahı, oturduğu yer neresi olursa olsun bilgiye erişim, karar almaya katılım ve yargıya başvurma hakkını kullanabilecek-

tir.⁹⁷

Bu Sözleşme ile actio popularis çok geniş bir kesime verilmiştir. Böylece devletlerin çevreye zarar verecek nitelikte olan davranışları daha başından yargı denetimine açılmaktadır. Bu Sözleşme ile bir devlet kendi toprakları üzerinde mutlak tasarruf hakkı olduğu anlayışından vazgeçerek, gelecek nesiller için hareket eden insanların devlet politikalarını yargı organları önünde sorgulamalarında imkan tanımaktadır.

6. Sonuç

Yukarıda anlatılanların ışığında konuyu özetlemek gerekirse şunlar söylenebilir:

Gerek *jus cogens* gerekse *erga omnes* uluslararası hukukta çok geniş kabul gördü. Gelişimleri uluslararası hukuk düzeninin önemli kilometre taşlarından birisi olmuştur.⁹⁸ *Erga omnes*'in ayırıcı niteliği iki taraflı olmayan (non-bilateral) niteliğidir. Hatta iki taraflılığın "anti-tezi" olduğunu bile söylemek mümkündür.⁹⁹ "*Erga omnes* yükümlülükler" kavramı iki taraflılığa meydan okuyan bir kavramdır. Bunun sonucunda objektif sorumluluğa dayanan bir hukuksal ilişki doğmaktadır. *Erga omnes* yükümlülükler örf ve adetin de bir parçasıdır.¹⁰⁰ *Jus cogens* kurallarının aksine *erga omnes* sorumluluklar hem örf ve adetten hem de antlaşmalardan kaynaklanabilir. *Jus cogens* veya *erga omnes* sorumluluklar kuralı çok az sayıda devlete uygulanır. Her ne kadar *jus cogens* kuralları *erga omnes* kuralları olsa da, *jus cogens* kuralı olmayan *erga omnes* kuralları vardır ve bu şekilde varlığını sürdürebilir.¹⁰¹

97 Bkz. ERLAT, Ömer T., "Bilgiye Erişim, Halkın Karar Almaya Katılımı ve Yargı Hakkı için Aarhus Sözleşmesi", İzmir Barosu Dergisi, sayı. 3, 2002.: Türkiye bu Sözleşme'yi milli güvenlik gerekçesiyle imzalamamıştır.

98 BYERS, Michael, "Conceptualising the Relationship Between Jus Cogens and Erga Omnes Rules", Nordic Journal of International Law, vol.66, 1997, 211-239, 239.

99 *Ibid.*, 232.

100 Byers uzun süren bir süreç sonucu oluşan örf ve adet kuralları olduğundan bahsediyor, *ibid.*, 239.

101 *Ibid.*, 237.

Bu tür sorumluluğun tipik özellikleri, bölünmezliği, karşılıklılık ilkesine dayanmaması, ihlalinde antlaşmaya taraf olsun olmasın bütün devletlerin etkilenmesidir.¹⁰² Bütün devletlere yasal temsil hakkı vererek zarar görme şartı olmadan dava açma hakkına sahip olmak aynı şekilde düşünen küçük devletleri ellerinde somut sonuçlar olmadan yapılan eyleme karşı itiraz etme konusunda birlikte hareket etmeye zorlayacağından yararlıdır.

Hem Uluslararası Hukuk Komisyonu raportörleri hem de bir çok uzman, uluslararası suçların uluslararası kusurlu hareketlerden iki yönden farklı olduğunu açıklamaktadırlar. 1- farklı düzeyde bir sorumluluk içerir. 2- Sorumluluğu talep edecek kişiler hakkında farklı kurallar içerir. Bu da klasik uluslararası hukuka bir aykırılık teşkil eder. Ancak son yıllarda yeniden yapılanma içine giren uluslararası hukuk da bu alanda bir yeniden yapılanma gözlenmektedir.

Geçen 30 yıldan fazla zaman içinde, *Erga omnes* çağdaş uluslararası hukukun en önemli ve zor kavramlarından birisi¹⁰³ olarak tanım ve kapsam sıkıntısı çekmeye devam etmektedir. Bu kavramın uluslararası hukukta ne zaman kabul edilebilir yasal bir norm olarak yaygın bir şekilde kullanılabileceği belli değildir. Özellikle giderek daha belirgin bir şekilde ortaya çıkan "uluslararası kamu hukukunun" anayasasını oluşturacak kavramları belirlemede bu kavram ilgi odağı olmaya devam edecektir.

Belki de bu Latince kavramı kullanmadan, uluslararası topluluk başka türevlerini ortaya çıkaracaktır. Özellikle egemenlikleri kısıtlanacak devletler bu kavramın çok geniş olarak uygulanmasına karşı çıkacaklardır. Bu nedenle, küresel problemlerin bir an önce çözümlenmesi gerekliliği karşısında uluslararası topluluk daha esnek ve kabul edilebilir kavramlar üzerinde duracaktır. "İnsanlığın ortak ilgisi" kavramı bunlardan birisidir. Bu kavram, *erga omnes* karakterli yükümlülüklerin ihlali halinde, uluslararası topluluğa hareket imkanı ve dava hakkı vermesi açısından gelecekte adından daha sık söz ettirecektir.

¹⁰² PEGNA, O. L., "Counter-claims and Obligations Erga Omnes before the International Court of Justice", European Journal of International Law, vol. 9, 1998, 724-736, 731.

¹⁰³ CARRILLO-SALCED, A. "The Concept of International Obligations", American Journal of International Law, vol. 92/4, 1998, 791-793, 793.